



DIÁLOGOS JURÍDICOS ATUAIS

Cristina Rezende Eliezer
Henrique Avelino Lana
Pauliana Maria Dias
(Organizadores)

Cristina Rezende Eliezer
Henrique Avelino Lana
Pauliana Maria Dias
(Organizadores)

DIÁLOGOS JURÍDICOS ATUAIS

Editora Metrics
Santo Ângelo – Brasil
2022

Copyright © Editora Metrics

Imagem da capa: Freepik

Revisão: Os autores

CATALOGAÇÃO NA FONTE

D536 Diálogos jurídicos atuais [recurso eletrônico] / organizadores:
Cristina Rezende Eliezer, Henrique Avelino Lana, Pauliana
Maria Dias. - Santo Ângelo : Metrics, 2022.
353 p.

ISBN 978-65-5397-068-7

DOI 10.46550/978-65-5397-068-7

1. Direito. 2. Tecnologias. 3. Democracia digital. I. Eliezer,
Cristina Rezende (org.). II. Lana, Henrique Avelino (org.). III.
Dias, Pauliana Maria (org.).

CDU: 34

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

2022

Proibida a reprodução parcial ou total desta obra sem autorização da Editora Metrics
Todos os direitos desta edição reservados pela Editora Metrics

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	IMED, 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>Reinaldo Belli</i>	
APRESENTAÇÃO	15
<i>Henrique Avelino Lana</i>	
Capítulo 1 - TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA E A INDISPONIBILIDADE DE BENS NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	17
<i>Lorena Ribeiro de Carvalho Sousa</i>	
Capítulo 2 - CONTRATOS EMPRESARIAIS E A LIBERDADE ECONÔMICA.....	29
<i>Henrique Avelino Lana</i>	
Capítulo 3 - O DIREITO À PRIVACIDADE E O PRINCÍPIO RESPONSABILIDADE	39
<i>Cláudia Taís Siqueira Cagliari</i>	
Capítulo 4 - DEMOCRACIA DIGITAL E REMOÇÃO DE CONTEÚDO NAS ELEIÇÕES	53
<i>Caio de Barros Santos</i> <i>Henrique Perlatto Moura</i>	
Capítulo 5 - A PRESCINDIBILIDADE DA REPERCUSSÃO GERAL E DA ARGUIÇÃO DE RELEVÂNCIA DA QUESTÃO FEDERAL PERANTE A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA ACESSIBILIDADE À JURISDIÇÃO	65
<i>Pauliana Maria Dias</i> <i>Daniel Carlos Dirino</i>	
Capítulo 6 - APONTAMENTOS JURISPRUDENCIAIS ATUAIS SOBRE A MEMÓRIA COLETIVA E O DIREITO AO ESQUECIMENTO.....	75
<i>Cynthia Fernandes Ferreira</i> <i>Henrique Avelino Lana</i>	

Capítulo 7 - A LEGITIMIDADE *AD CAUSAM* NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA
E A IMPRESCINDIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA
O PROCESSO CONSTITUCIONAL..... 87

Antonio Donizetti de Resende
Xenofontes Curvelo Piló
Filipe Augusto Silva

Capítulo 8 - AS ALTERAÇÕES NORMATIVAS TRAZIDAS PELA LEI
13.467/17 E O (IN)EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA 101

Ariete Pontes de Oliveira
Maria Luísa Ferreira da Mota Amaro

Capítulo 9 - EFICÁCIA DA RESPONSABILIZAÇÃO NOS CASOS DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: A REPARAÇÃO DOS DANOS
AO ERÁRIO E A MUDANÇA LEGISLATIVA TRAZIDA PELA LEI Nº
14.230/2021 115

Beatriz de Figueiredo Coppola

Capítulo 10 - OS PROBLEMAS DA POLARIZAÇÃO POLÍTICA E
LEGISLATIVA CONTEMPORÂNEA À LUZ DA POLÍTICA MODERNA
EM NICOLAU MAQUIAVEL 129

Railson da Silva Barboza
Luana de Aguiar Leixa

Capítulo 11 - (IN)COMPATIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA
INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA..... 145

Xenofontes Piló
Geraldo Magela Vicente

Capítulo 12 - BLOCKCHAIN COMO MEIO DE EXTRAÇÃO DA PROVA
NO PROCESSO CIVIL..... 155

Daniel Araújo de Assis

Capítulo 13 - AS COTAS RACIAIS E A CONVENÇÃO
INTERAMERICANA CONTRA O RACISMO - UM LIMITE
CONSTITUCIONAL À REVISÃO 169

Geovane Lopes de Oliveira

Capítulo 14 - APONTAMENTOS SOBRE O ENCERRAMENTO DE SOCIEDADES MERCANTIS	183
<i>Henrique Avelino Lana</i>	
Capítulo 15 - A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E O ROL PARA OS DADOS SENSÍVEIS: UMA REFLEXÃO ACERCA DA IDENTIFICAÇÃO DO INDIVÍDUO.....	201
<i>Fábio Gomes Paulino</i>	
<i>Letícia Serra Maciel de Campos Abreu</i>	
Capítulo 16 - A UTILIZAÇÃO DO <i>EQUITY CROWDFUNDING</i> COMO FORMA DE CAPTAÇÃO DE RECURSOS PELAS <i>STARTUPS</i>	209
<i>Lucas Vinícios Cruz</i>	
Capítulo 17 - O FENÔMENO DA UBERIZAÇÃO: CONFLITOS TRABALHISTAS E <i>DUMPING</i> SOCIAL	223
<i>Daniely Maria dos Santos</i>	
<i>Livia Valadão Murad</i>	
Capítulo 18 - POR UMA ADEQUADA COMPREENSÃO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS.....	235
<i>Estevão Salomão Simões</i>	
<i>Henrique Avelino Lana</i>	
Capítulo 19 - A IMPORTÂNCIA DA TOMADA DE DECISÃO EM UM MUNDO DE ALTA COMPETITIVIDADE ORGANIZACIONAL.....	249
<i>Augusta Isabel Junqueira Fagundes</i>	
<i>Lilianny Garcia de Andrade</i>	
Capítulo 20 - CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA EM TEMPOS DE PANDEMIA	259
<i>Ester de Souza Sobrinho</i>	
<i>Iussa Cristina Mansur Guimarães</i>	
<i>Lucas Henrique Costa Oliveira</i>	
<i>Meire Adriana Costa</i>	
Capítulo 21 - EDUCAÇÃO FINANCEIRA E TUTELA COLETIVA DO MÍNIMO EXISTENCIAL DO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO.....	277
<i>Ricardo Alexandre Lopes Assunção</i>	

Capítulo 22 - LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD): ANÁLISE PRELIMINAR E A INFLUÊNCIA DA <i>GENERAL DATA PROTECTION REGULATION</i> (GDPR).....	291
---	-----

Caroline Ferrari Costa

Capítulo 23 - AS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA SUPERVALORIZAÇÃO E CONSEQUENTE FRAGILIZAÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL DESCRITA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ...	303
--	-----

Valéria Silva Rocha

Capítulo 24 - NÃO MONOGAMIA E PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA: BREVE OLHAR SOBRE O DIREITO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES NAS RELAÇÕES DE AFETO MULTIPARENTAIS	313
--	-----

Poliana Myriam Felipe Rodrigues de Santana
Mariana Aparecida da Silva

Capítulo 25 - A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DA MEDIAÇÃO JUDICIAL E DA JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO FERRAMENTAS PEDAGÓGICAS PARA O ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA ESCOLAR.....	327
--	-----

Carla Ribeiro Vaz de Melo
Elizabeth Damasceno de Souza
Rodrigo Fialho Silva
Rogéria Aparecida de Souza Oliveira

Capítulo 26 - <i>VISUAL LAW</i> : USO DE MODALIDADES HÍBRIDAS DE LINGUAGENS PARA UMA EFICIÊNCIA JURISDICIONAL	339
---	-----

Leila Cristina Arantes

POSFÁCIO	349
----------------	-----

Daniely Maria dos Santos

SOBRE OS ORGANIZADORES	351
------------------------------	-----

PREFÁCIO

Honrou-me o generoso convite da Professora Cristina Rezende Eliezer para prefaciar esta distinta obra jurídica coletiva, coordenada por ela e pelos Professores Henrique Avelino Lana e Pauliana Maria Dias. Início os cumprimentando pela grande iniciativa de difundir conhecimentos construídos com colegas e alunos, agora postos à disposição da comunidade acadêmica e aos aplicadores do Direito no Brasil.

Intitulada “Diálogos Jurídicos Atuais”, a obra contempla vinte e cinco artigos da mais alta qualidade técnica acadêmica, com aplicabilidade à prática jurídica nos mais variados temas. É uma obra que veio para ficar.

A atividade do jurista – aquele intérprete não autêntico – é propor a interpretação que entende adequada à luz do Direito Positivo, postulando sua adoção pelos detentores do poder jurídico de fixar a interpretação “correta” – o Estado-Juiz. Neste esforço, o acadêmico e o Advogado se veem diante do cotejo de normas que, pela própria natureza da linguagem, não são unívocas, e consequentemente carecem de uma definição de sentido para cumprir a função social do Direito de prescrever comportamentos e conduzir a vida em sociedade.

Essa atividade interpretativa – da qual este livro é resultado, após o trabalho de seus valorosos autores –, todavia, não é meramente descritiva. Também não é inteiramente construtiva. *A interpretação do Direito é simultaneamente descrição e construção*,¹ daí ser imprescindível o trabalho sério e dogmaticamente responsável da doutrina jurídica, inibindo voluntarismos que ultrapassem o Direito Positivo, mas adequando os critérios de interpretação aos casos concretos de forma a *desenvolver adequadamente o Direito*.

Da leitura dos artigos que compõem este livro, verifica-se que seus autores lograram conciliar os limites descritivos que se impõem ao intérprete, sem contudo deixar de adotar os critérios constitucionalmente mais adequados à interpretação de cada caso analisado, tornando-se fortemente recomendável a leitura atenta de todos os artigos aqui contidos.

Uma questão especial singulariza esta publicação, e merece ser

1 GRAU, Eros Roberto Grau. *Porque tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 8ª edição refundida do Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2017.

sublinhada: muitos dos temas escolhidos dizem respeito a elementos da realidade social absolutamente novos, ainda não regulados expressamente ou com completude pelo ordenamento jurídico positivo. Aqui o desenvolvimento do Direito é ainda mais desafiador, convidando a comunidade jurídica a analisar como o sistema jurídico – parte do sistema da sociedade em que está instituído² – introduz no campo do Direito fatos sociais até então desconhecidos pelas próprias normas vigentes (veja-se os exemplos do *Blockchain*, do *Equity Crowdfunding*, entre outros).

Quando não são os fatos que constituem inovações de nossa época, as matérias dos artigos contêm abordagens inovadoras, igualmente agregando à comunidade científica trabalhos de alta qualificação técnica.

É por isso que tenho a tranquilidade e alegria de recomendar a todos a leitura desta bela obra, rica em temas jurídicos atuais, propondo-se à construção dialógica do conhecimento jurídico a partir de interpretações robustas e qualificadas de seus notáveis autores.

Belo Horizonte, 1º de novembro de 2022.

Reinaldo Belli

Doutorando (USP) e Mestre (UFMG) em Direito.

Advogado e Professor.

reinaldo@belli.adv.br

2 LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Martins Editora, 2017.

APRESENTAÇÃO

Com muita honra e alegria, apresento-lhes a obra “Diálogos Jurídicos Atuais”. Desde já, a partir da própria visualização da capa do livro, percebe-se ser um livro inovador, o qual foi escrito por pesquisadores dedicados e interessados em temas multidisciplinares atuais do direito, presentes no cotidiano jurídico moderno.

Mostra-se um livro acadêmico, escrito de forma construtiva e reflexiva, útil a todos operadores de direito. Todos os temas foram criteriosamente escolhidos, tendo-os sido escritos em uma linguagem jurídica, acessível, simples, objetiva, completa e, sobretudo, técnica.

Nesta perspectiva, o livro aborda temas relativos a “tutela provisória de urgência e a indisponibilidade de bens na lei de improbidade administrativa”; “contratos empresariais e a liberdade econômica”, “o direito à privacidade e o princípio responsabilidade”, “democracia digital e remoção de conteúdo nas eleições”, “a prescindibilidade da repercussão geral e da arguição de relevância da questão federal perante a garantia constitucional da acessibilidade à jurisdição”, “apontamentos jurisprudenciais atuais sobre a memória coletiva e o direito ao esquecimento”, “a legitimidade *ad causam* na ação civil pública e a imprescindibilidade dos direitos fundamentais para o processo constitucional”, “as alterações normativas trazidas pela lei 13.467/17 e o (in)efetivo acesso à justiça”, “eficácia da responsabilização nos casos de improbidade administrativa: a reparação dos danos ao erário e a mudança legislativa trazida pela lei nº 14.230/2021”, “os problemas da polarização política e legislativa contemporânea à luz da política moderna em Nicolau Maquiavel”, “(in)compatibilidade de aplicação da inteligência artificial e a presunção de inocência”, “*blockchain* como meio de extração da prova no processo civil”, “as cotas raciais e a convenção interamericana contra o racismo - um limite constitucional à revisão”, “apontamentos sobre o encerramento de sociedades mercantis”, “a lei geral de proteção de dados e o rol para os dados sensíveis: um reflexão acerca da identificação do indivíduo”, “a utilização do *equity crowdfunding* como forma de captação de recursos pelas *startups*”, “o fenômeno da uberização: conflitos trabalhistas e dumping social”, “por uma adequada compreensão da lei geral de proteção de dados”, “a importância da tomada de decisão em um mundo de alta competitividade organizacional”, “a concretização do princípio do acesso

à justiça em tempos de pandemia” ,” educação financeira e tutela coletiva do mínimo existencial do consumidor superendividado”, “lei geral de proteção de dados (lgpd): análise preliminar e a influência da *general data protection regulation (gdpr)*”, “as consequências práticas da supervalorização e consequente fragilização da prova testemunhal descrita no código de processo penal”, “não monogamia e parentalidade socioafetiva: breve olhar sobre o direito das crianças e adolescentes nas relações de afeto multiparentais”, “a utilização das técnicas da mediação judicial e da justiça restaurativa como ferramentas pedagógicas para o enfrentamento da violência escolar” e “*visual law*: uso de modalidades híbridas de linguagens para uma eficiência jurisdicional”.

Nestas rápidas e sinceras palavras, sem pretender me alongar e talvez me sobrepor ao brilhantismo dos textos, convido o leitor a apreciar a obra e desejo-lhe uma ótima e proveitosa leitura.

Um cordial abraço.

Henrique Avelino Lana

Mestre e Doutor

Pós-Doutorado em Direito Empresarial

Capítulo 1

TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA E A INDISPONIBILIDADE DE BENS NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Lorena Ribeiro de Carvalho Sousa¹

1 Introdução

Quando se pensa em Improbidade Administrativa a palavra corrupção, malversação de recursos públicos, enriquecimento ilícito vem a mente. A bem da verdade, este instituto surgiu em decorrência da prática de atos que ocasionaram, em um primeiro momento, dano ao erário, como obras inacabadas, a exemplo de “elefantes brancos” que se vê ao longo de todo território brasileiro.

A improbidade administrativa está prevista no artigo 37, parágrafo quarto, da Constituição Brasileira de 1988, como forma de responsabilizar agentes públicos e também privados que ocasionem enriquecimento ilícito ou prejuízo aos cofres públicos, ou ainda, que violem os princípios administrativos, tais como a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Buscando a regulamentar aludido dispositivo constitucional, o legislador infraconstitucional editou a norma 8.429/1992, em um contexto político bastante conturbado, com a deposição do primeiro presidente eleito democraticamente, pós período ditatorial.

A Lei de Improbidade Administrativa estabelece meios necessários para tutelar a probidade que deve permear a gestão pública, inclusive prevendo um rito especial para a aplicação de sanções aos agentes.

Mesmo que prevendo este rito especial, a lei de Improbidade Administrativa também se regula – por aplicação subsidiária – pelo Código de Processo Civil de 2015.

Todavia, embora a existência de regras processuais explícitas na lei processual – a qual obrigatoriamente deveria ser aplicável nos casos de

¹ Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada. Professora Universitária. Membro da Comissão de Processo Civil da OAB Minas Gerais.

apuração de responsabilidade por ato de improbidade – o que se viu foi a formação de padrões decisórios em uma leitura completamente equivocada do instituto das tutelas provisórias, em especial a de urgência.

Quando se observa a antiga redação conferida na Lei n. 8.429/92, não havia determinação legal de demonstração do requisito do *periculum in mora*, tão característico das tutelas de urgência, para a concessão de medida de indisponibilidade de bens para assegurar reparação aos cofres públicos. Em uma aplicação sistemática, o correto seria a interpretação associada ao CPC/15, adotando todos os requisitos necessários à concessão de tutela de urgência. Porém, o Superior Tribunal de Justiça firmou precedente de que bastaria a existência de *fumus boni iures*, sendo completamente dispensado o perigo da demora.

Esta criação jurisprudencial criou uma verdadeira aberração jurídica, distorcendo por completo o instituto processual consolidado há décadas na doutrina processualística.

Neste ponto, o presente estudo busca averiguar a necessidade de adequação do instituto da tutela provisória de urgência à medida de indisponibilidade de bens prevista na Lei de Improbidade Administrativa, visando, sobretudo, assegurar os direitos e garantias fundamentais daquele que é réu neste tipo de ação.

Para tal desiderato, a presente pesquisa se valerá de uma revisão literária e também de análise do texto normativo e jurisprudencial sobre a temática da tutela provisória e a lei de improbidade administrativa.

Em um primeiro ponto, discutir-se-ão os aspectos gerais e processuais alusivos ao instituto da tutela provisória, perpassando desde a doutrina clássica de Piero Calamandrei, à comparação normativa dos artigos dos Códigos de Processo Civil de 1973 e de 2015.

No segundo ponto, abordar-se-ão os aspectos gerais da Lei n. 8.429/92, como também das mudanças normativas previstas pela Lei n. 14.230/21. Vão ser analisados, de igual forma, julgados do Superior Tribunal de Justiça que consolidaram o entendimento de que para a concessão de indisponibilidade de bens bastaria a presença de provas indiciárias da prática de ato ímprobo. E por fim, vão ser trazidas as principais inovações da novel reforma promovida no microssistema de responsabilização por improbidade, sobretudo, a necessidade de se revistar os requisitos para o bloqueio de bens, em sede liminar.

Em conclusão, verá como se mostra necessária a adequação normativa promovida pela Lei n. 14.230/21, para equalizar as discrepâncias

do instituto da tutela provisória de urgência ocorridas ao longo das décadas de vigência da Lei n. 8.429/92 por força do entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça. Ou seja, por mais que se repute reprovável um ato ímprobo, não merece tratamento diferenciado à concessão de bloqueio de bens, em sede de cautelar, sem que haja a averiguação de todos os requisitos necessários: a probabilidade do direito e o perigo de dano.

2 As tutelas provisórias no ordenamento brasileiro

O tempo é algo decisivo para a consagração ou para o perecimento de um direito. No campo processual este tempo deve ser levado em consideração para a efetivação de direitos, já que os sujeitos processuais não podem se tornar reféns de um Judiciário moroso.

Em termos processuais, o ordenamento jurídico brasileiro incorporou a noção de tutelas provisórias, como um instrumento “apto a reduzir os inconvenientes que decorrem do tempo” (GONÇALVES FILHO, 2013, p. 21).

Na literatura jurídica, foram os esforços de Piero Calamandrei que propiciaram o surgimento da figura da cautelariedade aos procedimentos submetidos à apreciação da justiça civil. Este instituto é marcado por três essenciais características: a instrumentalidade, a provisoriedade e a sumariedade.

Traduzindo melhor as lições de Calamandrei, José dos Santos Bedaque pontua que:

As características fundamentais dessa modalidade de tutela são a instrumentalidade, a provisoriedade e a sumariedade. Guarda com a tutela final relação de subordinação instrumental, pois visa a preservar sua efetividade, pelo que carece de autonomia. Por isso é provisória ou interina, ou seja, deixa de existir se o direito, para cuja proteção foi admitida, não for reconhecido afinal, no provimento definitivo. Tendo em vista a urgência que lhe é inerente, a tutela cautelar se caracteriza pela sumariedade da cognição (BEDAQUE, 1988, p. 34).

Remo Caponi, discente da Universidade de Florença, onde também estudou Piero Calamandrei, assevera três possibilidades de utilização das medidas provisórias, baseados na experiência europeia:

Infatti, quanto ai tipi di contenuto dei provvedimenti provvisori, oltre ai provvedimenti di istruzione preventiva, l'esperienza europea ne esprime fondamentalmente tre: i provvedimenti che conservano la situazione di fatto e di diritto al fine di assicurare la futura esecuzione forzata; i provvedimenti di regolamentazione di una situazione provvisoria; i

provvedimenti che anticipano il contenuto del provvedimento definitivo e soddisfano immediatamente, in modo parziale o totale, l'interesse protetto dal diritto dedotto in giudizio (CAPONI, 2012, p. 1253)²

Veja-se a partir da experiência europeia que a utilização de medidas provisórias se dava essencialmente para assegurar uma situação de fato ou de direito (tutela assecuratória), para assegurar futuras execuções forçadas de modo que o devedor não dissipasse o patrimônio ou crie embaraços para cumprimento de uma obrigação; ou ainda de natureza satisfativa, para de plano, ainda pendente de uma decisão final, seja antecipado um direito da parte.

Logo, o que se percebe das lições do autor italiano é de que a função cautelar é pautada na ideia de provisoriedade, fruto de uma cognição não exaustiva, e que pode ser modificada ao longo do procedimento dependendo da produção probatória ou da alteração dos fatos processuais.

Bem explicitando a noção de tutela provisória colhe-se do excerto de Leonardo Grego que:

Tutela provisória é aquela que, em razão da sua natural limitação cognitiva, não é apta a prover definitivamente sobre interesse no qual incide e que, portanto, sem prejuízo da sua imediata eficácia, a qualquer momento, poderá ser modificada ou vir a ser objeto de um provimento definitivo em um procedimento de cognição exaustiva. (GRECO, 2016, p. 186).

Na sistemática legislativa brasileira, o Código de Processo Civil de 1973 destinou um livro específico para o denominado “processo cautelar”. Ainda que na parte geral do livro destinado ao processo de conhecimento houvesse previsão relativa aos requisitos para a concessão de tutela provisória, em especial a satisfativa, o livro destinado às tutelas cautelares trazia um extenso rol de medidas em espécie que poderiam ser aviadas pelo sujeito interessado, tais como: o arresto, o sequestro, o arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem.

Contudo, de modo mais acertado e sanando eventual confusão sistemática existente no CPC de 1973, o Código de Processo Civil de 2015 pontuou de forma destacada o gênero tutela provisória, e suas espécies tutelas de urgência (tutela cautelar e tutela satisfativa) e tutelas de evidência

2 Tradução livre: “De fato, quanto aos tipos de conteúdo das medidas provisórias, além das medidas preventivas, a experiência europeia expressa basicamente três: as medidas que preservam a situação fática e por lei, a fim de garantir futuras execuções forçadas; as disposições de regulação de uma situação provisória; as medidas que antecipam o conteúdo da disposição final e satisfazem de imediato, parcial ou totalmente, o interesse tutelado pelo direito deduzido judicialmente”.

(aquelas descritas no artigo 311³).

Leonardo Greco ainda salienta a existência de critérios de classificação da tutela provisória, quais sejam: o critério da natureza, o critério funcional e o critério temporal.

O critério da natureza parte da providência a ser adotado, classificando-se em tutelas provisórias de urgência – na qual o requisito do perigo da demora é relevante para sua definição – e em tutelas provisórias de evidência – marca pela acentuada probabilidade de existência do direito da parte (GRECO, 2016).

Já o critério funcional o que é observado é a finalidade preponderante da medida, seja para sua preservação ou para implantação de uma situação fática/jurídica, cuja principal classificação é a tutela cautelar versus tutela antecipada.

Por fim, o terceiro critério (o temporal) é marcado pelo momento em que a medida é apresentada em um procedimento, podendo ser antecedente (de forma autônoma e antes do ajuizamento da demanda principal) ou incidente (caso requerida no curso da ação principal).

Esta sistematicidade trazida pelo CPC-15 mostra-se essencial para facilitar a concessão destas medidas, de natureza provisória, no ordenamento jurídico brasileiro, e ainda mais, para demonstrar a relevância de se cogitar o processo em bases constitucionais.

Desde a promulgação da Constituição Brasileira de 1988, o processo passou a ser constitucionalizado, fincado em bases de direitos e garantias fundamentais, tais como o contraditório, a ampla defesa, a imparcialidade e o dever de fundamentação (BARROS, 2009), denominado modelo constitucional de processo.

Essas garantias fundamentais não podem ser olvidadas durante a concessão de medidas de tutela provisória. Mesmo que se pense a

3 Art. 311, CPC/15. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

necessidade de se assegurar a inversão de tempo para proteger um direito vilipendiado, os direitos fundamentais não podem ser desprezados apenas em nome de uma justiça eficientista.

No entanto, mesmo que o processo constitucionalizado seja a base do sistema de justiça civil, tal realidade não era observada quando da aplicação da medida de indisponibilidade de bens (tutela cautelar) prevista na Lei n. 8.429/92. E por essa razão, discutir cautelaridade e o procedimento especial previsto na Lei de Improbidade Administrativa é tão relevante na atualidade.

3 Tutela de urgência e a nova lei de improbidade administrativa

A Improbidade Administrativa refere-se à má qualidade de uma administração, à prática de atos que impliquem em enriquecimento ilícito do agente ou em prejuízo ao erário, ou, ainda, em violação aos princípios que orientam a Administração Pública, como apregoa o artigo 37 da Constituição Brasileira de 1988.

Para a proteção do patrimônio público e visando a responsabilizar agentes públicos e particulares que pratiquem atos ímprobos, desonestos, a Lei de Improbidade Administrativa – Lei n. 8.429/92 – estabelece meios necessários para tutelar a probidade administrativa, que se insere dentro dos direitos coletivos. O regramento legal prevê um procedimento especial, com regras próprias, e aplicando subsidiariamente o Código de Processo Civil:

No plano processual, a Lei de Improbidade Administrativa apresenta peculiaridades típicas de um procedimento especializado devidamente alinhado com o direito material que pretende tutelar. Nesse sentido, também quanto à estruturação do processo para tutela o direito à probidade administrativa há a necessidade de coordenação entre os diversos diplomas que compõem o microsistema de tutela coletiva dos direitos, observando-se sempre os parâmetros mínimos do direito fundamental ao processo justo e buscando, naquilo que pertine, o auxílio do diploma base do direito processual – o Código de Processo Civil – para a resolução dos problemas práticos que envolvem a estruturação desse rito especial (ABREU, 2013, p. 175).

Em termos gerais, a Lei n. 8.429/92 prevê condutas, comissivas ou omissivas, tidas por ilícitas, e ainda, arrola as respectivas sanções que se sujeitam os agentes públicos e particulares. Como há um caráter nitidamente sancionador, o legislador optou por prever um procedimento próprio para a tutela desta espécie de direito coletivo, adaptando-se melhor

às especificidades do direito material.

No dia 26 de outubro de 2022 foi editada a Lei n. 14.230/2021, que promoveu uma verdadeira reforma na Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92), tanto em aspectos de direito material quanto em regras procedimentais. Um dos pontos que chama a atenção é a nova regra para a decretação da tutela de urgência de indisponibilidade de bens.

É inegável que a medida de indisponibilidade de bens tem natureza assecuratória, visando a garantir eventual execução dos danos ou acréscimos legais apurados. Como medida acautelatória que é, e dentre o espírito do legislador, exige-se a cumulação de dois requisitos obrigatórios para o seu deferimento: *o fumus boni iures* (probabilidade do direito) e *o periculum in mora* (perigo de dano).

Para Araken de Assis, em se tratando de medida cautelar, os pressupostos para a concessão de indisponibilidade de bens são cumulativos, ainda mais considerando a gravidade relativa à constrição patrimonial imprimida ao requerido nesta espécie procedimental:

Entender diferentemente, dispensando menor rigor na certificação do perigo de dano, implicaria a concessão de medida de efeitos altamente perversos. O réu sofreria constrição patrimonial por tempo indefinido, paralisando a respectiva vida econômica e familiar no curso do processo. E, quanto maior a demora no julgamento, mais difícil se tornará o julgamento equânime, favorável ao réu, pressentindo o juiz que, em tal hipótese, a vítima do juízo errôneo do Ministério e da decisão judicial equivocada buscará do Estado-membro ou da União, conforme o caso, o ressarcimento dos prejuízos amargados. O processo constitucionalmente justo e equilibrado não pode abrigar semelhante consequência (ASSIS, 2017, p. 51).

Anterior a vigência das alterações promovidas na Lei de Improbidade Administrativa, o legislador infraconstitucional previa na redação original do artigo 7º que a indisponibilidade de bens seria uma medida cautelar aplicável apenas nas hipóteses em que houve indícios de atos ímprobos que causassem lesão ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito, e tão somente recairia sobre bens que assegurassem o integral ressarcimento do dano ou o acréscimo ilícito.

Todavia, o Judiciário brasileiro, em uma postura autoritária e ativista, pôs de lado um dos requisitos essenciais para a concessão de tutelas provisórias de urgência, qual seja, o *periculum in mora*.

A Primeira Seção do STJ, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo 1.366.721/BA, sob relatoria do Ministro OG Fernandes, fixou

o tema 701 em sua jurisprudência, determinando que, em relação às medidas cautelares que decretam a indisponibilidade dos bens do autor da improbidade administrativa, “*não está condicionada à comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista que o periculum in mora encontra-se implícito no comando legal que rege, de forma peculiar, o sistema de cautelaridade na ação de improbidade administrativa*”⁴.

É evidente que a tutela do erário é absoluta e essencial, já que corresponde a um direito indisponível de toda a coletividade. Contudo, devem ser feitas ressalvas ao comportamento autoritário do Judiciário, em criar – via interpretação – regras específicas para a concessão de uma medida cautelar ao arrepio do que originalmente previu o legislador.

Por muito tempo, havia um posicionamento da doutrina processualista contrária ao precedente firmado pelo Superior Tribunal de Justiça. E as críticas, mesmo que contundentes e precisas⁵, não foram acolhidas pelo judiciário pátrio.

Neste aspecto, concordamos com a defesa de Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira e Gustavo Henrique Schneider Nunes, para quem, é inconcebível que um precedente viole o que a própria lei determina, e, pois, perderia a sua eficácia vinculante em razão de ser contra legem. Mais do que isso, os próprios magistrados têm olvidado de seu papel dentro do modelo de processo constitucional e abrindo margem para comportamentos autoritários e ativista:

se o constitucionalismo, os direitos fundamentais e a lei propriamente dita têm como uma de suas principais funções conter o abuso de poder, cabe ao juiz autoconter-se ante a atividade interpretativa, saber qual o seu papel institucional e agir de maneira a não se portar como se legislador fosse ou como o único sujeito capaz de fornecer as respostas corretas” (FERREIRA; NUNES, 2021, p. 245-246).

Numa tentativa de corrigir os excessos do Judiciário brasileiro,

4 REsp 1.366.721/BA, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, DJe 19/9/2014

5 Veja-se a crítica alinhavada por Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende Oliveira: “o argumento de que a defesa do Erário justificaria tal presunção pode parecer simpática à população já esgotada diante de tanto mau trato da coisa pública, mas não se sustenta juridicamente. Se assim fosse, não só a medida cautelar de indisponibilidade de bens ora analisada se beneficiaria da presunção, mas todas as medidas cautelares que pudessem de alguma forma garantir uma efetiva reparação ao erário. Não se tem notícia de outras cautelares nesses termos gozando de tal prerrogativa”. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de improbidade administrativa**: direito material e processual. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 283.

novamente vem o legislador infraconstitucional trazer os requisitos para a concessão da medida cautelar de indisponibilidade de bens. Agora de modo expresso, no art. 16, §3º, com redação dada pela lei n. 14.230/21, está previsto a necessidade de cumulação da probabilidade do direito e da demonstração em concreto do perigo de dano irreparável ou de risco útil do processo, determinando ainda, prévia oitiva do réu, para a sua concessão.

Veja-se como uma vitória do devido processo legal a redação conferida em tal dispositivo, assegurando ao autor de um ato ímprobo a possibilidade de exercer o contraditório e a ampla defesa, ao invés de ter – unilateralmente – pela força do Estado todo o seu patrimônio constrito.

Neste diapasão, não há o que se falar em *periculum in mora* presumido, sendo necessária a verificação deste requisito no caso concreto. Não restando comprovado nenhum risco ao resultado útil ao processo ou dano irreparável, a medida de decretação de indisponibilidade de bens deve ser afastada. Inclusive, merecem ser revistas as medidas constritivas baseadas no precedente do STJ – agora superado pela vigência da nova lei de improbidade – sob pena de violar as premissas essenciais do Estado Democrático de Direito.

Vale, por fim, citar novamente os ensinamentos de Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira e Gustavo Henrique Schneider Nunes:

No Estado Democrático de Direito, o julgador é sempre obrigado a decidir de acordo com a resposta extraível da integridade do direito. Concorde ou não com o resultado dele advindo, ele deve respeitar. A atividade interpretativa do juiz requer responsabilidade, autocontenção e deferência aos demais poderes. Não se pode relativizar a importância que se deve dar à proteção da segurança jurídica, da igualdade, da separação de poderes e do Estado Democrático de Direito. Se cada juiz quiser decidir à sua maneira, ignorando os limites interpretativos e o devido processo legal, para que serve o direito, ou, mais especificamente, o processo? (FERREIRA; NUNES, 2021, p. 248).

Se o novo regramento implementado para a tutela da probidade administrativa desagrada, é papel da doutrina em fazer as críticas necessárias, e não ao Judiciário em criar interpretações mirabolantes para deixar de aplicá-la.

4 Considerações finais

Ao longo deste estudo se propôs uma revisão da bibliografia relativa ao instituto da tutela provisória de urgência, perpassando desde a doutrina clássica de Calamandrei, para quem a medida cautelar é pautada pela

provisoriedade e sumariiedade, até por clássicos estudiosos do processo civil brasileiro, como Leonardo Greco, José dos Santos Bedaque e Ovídio Baptista.

Em síntese, os clássicos apontam que para a concessão de uma medida desta natureza é imperiosa a conjugação de dois requisitos: *fumus boni iures* e *periculum in mora*.

Quando estudada as particularidades atinentes à Lei de Improbidade Administrativa vê-se como pujente a utilização da medida de indisponibilidade de bens, como natureza eminentemente asseguratória, para assegurar eventual execução de dano ao erário ou acréscimos ilegais em contas particulares dos agentes infratores.

Como medida acautelatória que é, e dentre o espírito do legislador, exige-se a cumulação de dois requisitos obrigatórios para o seu deferimento: *o fumus boni iures* (probabilidade do direito) e *o periculum in mora* (perigo de dano).

O legislador infraconstitucional previa na redação original do artigo 7º da Lei n. 8.429/92 que a indisponibilidade de bens seria uma medida cautelar aplicável apenas nas hipóteses em que houve indícios de atos ímprobos que causassem lesão ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito, e tão somente recairia sobre bens que assegurassem o integral ressarcimento do dano ou o acréscimo ilícito.

Ao arrepio do texto legal, e em nítida postura autoritária e ativista, o Judiciário passou a refutar toda a teoria clássica das cautelares no processo civil, passando a abolir a necessidade de demonstração do *periculum in mora* em casos deste jaez.

Em um estudo da jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça percebeu-se a tendência do Judiciário em deixar de cumprir a determinação legal, para criar novos requisitos para a concessão da medida de indisponibilidade de bens, muito mais maléfica ao infrator e ao arrepio dos direitos fundamentais assegurados na CRFB/88.

Precisou novamente o legislador editar nova regra processual, promovendo uma reforma na Lei de Improbidade Administrativa, para firmar o entendimento de que a medida de indisponibilidade é de natureza cautelar, e que, portanto, é imprescindível a junção de seus dois requisitos característicos, especialmente o *periculum in mora*.

Não obstante a postura do legislador mostra-se acertada, já que, em se tratando de um ordenamento pautado no civil law, o que está previsto em lei não pode ser afastado pelo julgador (salvo nas hipóteses

constitucionais), certo é que nada disto teria sido necessário se o Judiciário brasileiro se atentasse mais em cumprir sua função constitucional de dirimir controvérsias ao invés de ditar como o direito deveria ser.

Referências

ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte. A tutela jurisdicional do direito à probidade administrativa: o rito da Lei de Improbidade Administrativa e sua integração pelos demais diplomas processuais. **Revista da Faculdade de Direito da FMP** – 2013, n. 8, p. 174-205.

ASSIS, Araken de. Medidas de urgência na ação por improbidade administrativa. In: **Improbidade Administrativa: temas atuais e controvertidos**. MARQUES, Mauro Campbell; MACHADO, André de Azevedo; TESOLIN, Fabiano da Rosa (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2017

BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo Constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

CAPONI, Remo. Piero Calamandrei e La Tutela Cautelare. **Rivista di Diritto Processuale**. Pádua: CEDAM. ano LXVII (Seconda Serie), n. 5, Setembro-outubro 2012, pp. 1250-1257.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; NUNES, Gustavo Henrique Schneider. Ativismo judicial, indisponibilidade de bens e ação de improbidade administrativa. **Revista de Processo**. Vol. 315, ano 46, p. 231-250. São Paulo: Ed RT, maio, 2021.

GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015. In: DIDIER Jr, Fredie; MACEDO, Lucas Buriel; PEIXOTO, Ravi, FREIRE, Alexandre. **Novo CPC – Doutrina Seleccionada v. 4 – Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. 2ª ed. Salvador/BA: Juspodivm, 2016.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. Tutela cautelar como garantia

fundamental. **RJurFA7**, Fortaleza, v. X, n. 1, p. 21-31, abr. 2013.
NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho
Rezende. **Manual de improbidade administrativa**: direito material e
processual. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Capítulo 2

CONTRATOS EMPRESARIAIS E A LIBERDADE ECONÔMICA

*Henrique Avelino Lana*¹

1 Introdução

Independentemente do tipo societário escolhido para o exercício da empresa, ponto comum é a organização da atividade econômica.

Ao se falar de empresa, há que se considerar o aspecto da organização, função social da empresa e interesses que sobre ela gravitam.

Ao examinar o contrato empresarial é preciso considerar os vértices específicos do Direito Comercial, como a tutela de crédito, a necessidade de assegurar aos agentes econômicos segurança e previsibilidade em suas relações, a vinculação das partes à vontade declarada no contrato e a importância do erro na formatação do ambiente competitivo.

Estes contratos, percebe-se, podem ser estritamente empresariais, quando firmados entre empresários (é o caso do leasing), ou não, hipótese em se sujeitarão a disciplina especial (contratos de trabalho, consumidores e os contratos com a Administração Pública).

Parte da doutrina classifica os contratos empresariais em “comuns” (possíveis de utilização por qualquer pessoa, empresária ou não, tal como o de locação, o mandato, etc.); “puramente empresariais” (em que há a presença ao menos de um empresário, tal como os contratos bancários, seguro, leasing, arrendamento mercantil, etc.) e “interempresariais” (todas as partes são necessariamente empresários, tal como a franquia, representação comercial, concessão comercial, etc.).

É sobre este tema, em suas concepções gerais, que se almeja tratar neste capítulo, sem a pretensão de esgotá-lo, haja vista a magnitude do tema.

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

2 O contrato empresarial na atualidade

Nas relações contratuais entre empresários, pode-se dizer que:

- (i) em regra, não se aplica o CDC, porque nenhuma das partes assume a condição de destinatário final, já que os produtos ou serviços que são utilizados, direta ou indiretamente, na atividade econômica que exercem (REsp 541.867/BA);
- (ii) aplica-se o CDC quando uma das partes, ainda que seja um empresário individual ou sociedade empresária, assuma a condição de destinatário final econômico do produto ou serviço (REsp 1.025.472/SP e Enunciado 20 da I Jornada de Direito Comercial do CJF); e
- (iii) aplica-se excepcionalmente o CDC, ainda que nenhuma das partes seja destinatária final do bem, mas ostente vulnerabilidade técnica, econômica ou jurídica em relação à outra. (AgRg no AREsp 626.223/RN).

De fato, trata-se de necessária verificação a cada caso concreto.

Mas, porém, tais entendimentos do STJ aumentam os custos de transação e trazem insegurança jurídica, o que, em última análise, acaba prejudicando justamente os consumidores, porque tais custos acabam sendo internalizados e refletem no geral um aumento dos preços. Trata-se, pode-se dizer, de uma externalidade a ser internalizada.

Sabe-se que os contratos mercantis estavam disciplinados no Código Comercial de 1850 em sua parte primeira, qual foi totalmente revogada pelo atual Código Civil. Atualmente tanto os contratos civis quanto os contratos empresariais regem-se pelas mesmas regras gerais, dispostas basicamente no Título V, do Livro I, da Parte Especial, que vai do art. 421 ao 480 do CC/02.

Ademais, a maior intervenção estatal nos contratos provocada pelo Código Civil foi decorrente da publicização/constitucionalização do direito privado, que no campo obrigacional se manifestou na consagração do dirigismo contratual, o qual, apontam seus defensores, se deu em razão do reconhecimento de que a liberdade de contratar e a liberdade contratual, num regime de desigualdades econômicas latentes, produzem um forte desequilíbrio em muitas relações negociais.

Mas ocorre que os muitos empresarialistas sempre sustentaram que no direito empresarial não se pode pressupor uma assimetria contratual, porque na relação entre empresários não há, em princípio, uma parte presumidamente vulnerável ou hipossuficiente, de modo que o dirigismo contratual deveria ser evitado ou, pelo menos, aplicado com mais cautela.

Ao sentir deste autor, em síntese, quanto à aplicação do Código Civil aos contratos empresariais:

- i) nos contratos empresariais o dirigismo contratual deve ser aplicado apenas quando se constatar, no caso concreto, a existência excepcional de uma assimetria contratual (REsp 936.741/GO);
- ii) as regras contratuais protetivas do CC devem ser aplicadas aos contratos empresariais com cautela, sempre levando-se em conta a especificidade desses contratos; e
- iii) princípios contratuais protetivos, como a função social dos contratos e a boa-fé objetiva, devem ser interpretados de forma diferente quando aplicados aos contratos empresariais (REsp 1.409.849/PR).

Vale dizer que o Enunciado 29 das Jornadas de Direito Comercial do CJE: “aplicam-se aos negócios jurídicos entre empresários a função social do contrato e a boa-fé objetiva (arts. 421 e 422 do Código Civil), em conformidade com as especificidades dos contratos empresariais”.

No mesmo sentido, mostra-se salutar se fazer, via interpretação, uma imprescindível distinção entre os contratos civis e empresariais, tendo em vista a nítida diferença que há entre eles.

Isso pois os contratos empresariais se caracterizam pela simetria natural entre os contratantes, não sendo justificável aplicar a eles certas regras originais do Código Civil que limitavam ou relativizavam a liberdade para a celebração de contratos.

Inclusive, diante dos princípios da livre-iniciativa, da livre concorrência e da propriedade privada (art. 1º, IV e art. 170, II e IV CF), os empresários devem ter total liberdade para realizar negócios, desde que lícitos, bem como assumir os riscos de contratações malfeitas.

Ora, como se sabe “A regra de ouro do livre mercado é a seguinte: o empresário que acerta, ganha; o empresário que erra, perde”.

Assim, portanto, a intervenção estatal prévia (dirigismo contratual) ou posterior (revisão judicial) nos contratos empresariais deturpa a lógica natural do livre mercado, cria risco moral e traz insegurança jurídica para as relações interempresariais.

Em relação aos desafios e perspectivas, essas são instigantes.

Afinal, a Lei 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica) promoveu importantes alterações em algumas regras gerais do Código Civil sobre contratos, com o objetivo de diminuir o controle estatal sobre as relações privadas.

Prevê que o disposto naquela Lei será observado na aplicação e na

interpretação do direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho nas relações jurídicas que se encontrem no seu âmbito de aplicação e na ordenação pública, inclusive sobre exercício das profissões, comércio, juntas comerciais, registros públicos, trânsito, transporte e proteção ao meio ambiente.

Ademais, prevê que interpretam-se em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas.

Dispõe serem princípios:

- a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas;
- a boa-fé do particular perante o poder público;
- a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas;
- o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.

Conforme o lei da Liberdade Econômica, é dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente: criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes; redigir enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado; exigir especificação técnica que não seja necessária para atingir o fim desejado; redigir enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco; aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios; criar demanda artificial ou compulsória de produto, serviço ou atividade profissional, inclusive de uso de cartórios, registros ou cadastros; introduzir limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas; e restringir o uso e o exercício da publicidade e propaganda sobre um setor econômico, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei federal.

Destaque-se que o art. 421 do CC ganhou um parágrafo único com a seguinte redação: “nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”.

No mesmo sentido, houve ainda o acréscimo do art. 421-A ao texto do CC, que assim dispõe: “os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I – as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II – a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III – a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada”.

Assim, vale dizer, que a nova redação do Código Civil não diminuiu o dirigismo contratual apenas nos contratos empresariais, mas até mesmo nos contratos civis. Com efeito, o parágrafo único do art. 421 fala em “relações contratuais privadas”, e o art. 421-A é ainda mais claro, referindo-se indistintamente a “contratos civis e empresariais”.

Em verdade, o princípio fundamental da teoria geral do direito contratual é o da autonomia da vontade das partes contratantes, que está positivado no art. 421 do Código Civil: “a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”.

Relembre-se que o ordenamento jurídico tem procurado cada vez mais assegurar o equilíbrio contratual entre as partes contratantes, razão pela qual a própria legislação estipula limites à autonomia da vontade, o que se convencionou chamar de dirigismo contratual.

Pode-se dizer que o dirigismo contratual diminuiu e restringiu a autonomia da vontade, em virtude da elaboração de uma série de normas legislativas fixando princípios mínimos que os contratos não podem afastar (salário-mínimo, tabelamento de gênero, fixação de percentagem de juros).

Também poder-se dizer que expandiu-se a área das normas de ordem pública destinadas a proteger os elementos economicamente fracos, favorecendo o empregado, pela criação do direito do trabalho, o inquilino, com a legislação de emergência sobre locações, e o consumidor, por uma legislação específica em seu favor.

De forma construtiva, ao sentir deste autor, o adequado é que se tenha uma perspectiva e o desafio de pensamento jurídico, no âmbito do direito empresarial, que priorize a autonomia da vontade das partes.

Isso pois, afinal, caso contrário, contribui-se para a insegurança jurídica, que se manifesta especificamente nas atividades econômicas e transforma-se em obstáculo ao desenvolvimento.

A perspectiva e o desafio é que o Brasil deixe aparecer sempre nas

últimas posições nos rankings que classificam os países segundo índices de cumprimentos dos contratos.

Veja que o Enunciado 26 da I Jornada de Direito Comercial do CJF, prevê que “O contrato empresarial cumpre sua função social quando não acarreta prejuízo a direitos ou interesses, difusos ou coletivos, de titularidade de sujeitos não participantes da relação negocial”.

Outrossim, pelo “princípio da atipicidade dos contratos empresariais”, pode-se também analisar o princípio da autonomia da vontade sob outra perspectiva, relativa à possibilidade conferida às partes para a criação de contratos atípicos, isto é, não compreendidos nas modalidades típicas expressamente reguladas pelo ordenamento jurídico (art. 425 CC/02).

Ora, ao que parece, quando se cria um contrato típico, com detalhada regulamentação legal, essa liberdade contratual dos empresários diminui, já que eles ficam impossibilitados de estipular cláusulas que supostamente contrariem a chamada “essência” do contrato ou as regras legais cogentes que o disciplinam. Isso ocorre, por exemplo, com muitos contratos de colaboração empresarial (representação comercial e franquia, por exemplo) e com o contrato de factoring, no caso da cláusula de regresso.

A Lei 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica) alterou o Código Civil, acrescentando dois importantes dispositivos legais ao seu texto: o parágrafo único do art. 421 e o art. 421-A.

A partir da sua leitura, é possível verificar que:

- i) estão “ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais (ex.: CDC)” e
- ii) a presunção de paridade e simetria dos contratos civis e empresariais não é absoluta, mas só pode ser afastada quando houver “elementos concretos” nesse sentido.

Ao modesto sentir deste candidato, a redação não foi das melhores, pois a jurisprudência pode esvaziar o conteúdo dessa regra.

É necessário, por exemplo, que juízos e tribunais entendam que a desigualdade econômica entre as partes é um “elemento concreto” que justifica o afastamento da presunção de paridade e simetria de um contrato empresarial.

Espera-se, no entanto, que isso não aconteça.

De acordo com o princípio do consensualismo ou do consentimento, basta para a constituição do vínculo contratual o acordo de vontade entre

as partes, sendo, pois, desnecessária qualquer outra condição para que se aperfeiçoe o contrato.

Aliás, segundo o princípio da relatividade dos contratos, entende-se que a relação contratual produz efeitos somente entre as partes contratantes.

Já em relação aos contratos empresariais, a importante perspectiva se dá quanto a aplicação da chamada “teoria da aparência”, pois em determinados casos específicos em que um contratante de boa-fé engana-se diante de uma situação aparente, tomando-a como verdadeira, podem ser criadas obrigações em relação a terceiros que não atuaram diretamente na constituição do vínculo contratual.

Relembre-se, como por exemplo, excesso de mandato ou de continuação de mandato encerrado e representação comercial.

Inclusive, da mesma forma que o “princípio da relatividade” é excepcionado pela “teoria da aparência”, o “princípio da força obrigatória” também é excepcionado pela aplicação da chamada “teoria da imprevisão”, segundo a qual os direitos e deveres assumidos em determinado contrato podem ser revisados se houver uma alteração significativa e imprevisível nas condições econômicas que originaram a constituição do vínculo contratual (art. 478, 479 e 480 CC/02).

Assim, acredita-se que no âmbito dos contratos empresariais, é temerário admitir a rescisão ou a revisão de contratos com base na onerosidade excessiva, ainda que esta seja decorrente de situações extraordinárias e imprevisíveis.

Ou seja, trata-se de uma regra que não pode ser aplicada indistintamente a contratos civis, contratos de consumo e contratos empresariais.

Afinal, nas duas primeiras espécies de contrato, pode-se até aceitar a aplicação da teoria da imprevisão, mas nos contratos empresariais ela deve ser evitada.

O STJ, a nosso ver, corretamente, já negou a aplicação da teoria da imprevisão, em contratos empresariais, em casos de variação cambial, bem como em outras situações normais às atividades dos empresários, as quais não podem, portanto, serem consideradas fatos extraordinários e imprevisíveis. (REsp 849.228/GO).

A nosso ver, isso está em consonância com os enunciados 23 e 25 sobre o tema aprovados na I Jornada de Direito Comercial do CJF.

Nota-se que em um contrato empresarial, as partes podem estipular

previamente que determinados fatos não podem ser alegados no futuro como causa para a revisão de um contrato.

Relembre-se que princípio fundamental é o princípio da boa-fé dos contratos, pois os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé, inclusive empresariais.

O Enunciado 27 da I Jornada de Direito Comercial do CJF: “Não se presume violação à boa-fé objetiva se o empresário, durante as negociações do contrato empresarial, preservar segredo de empresa ou administrar a prestação de informações reservadas, confidenciais ou estratégicas, com o objetivo de não colocar em risco a competitividade de sua atividade”.

Já em relação ao princípio da “exceção do contrato não cumprido”, uma parte contratante não pode exigir o cumprimento da obrigação da outra parte se não cumpriu também a sua obrigação respectiva, aplica-se aos contratos empresariais.

E, ademais, a teoria do “adimplemento substancial” tem ganhado força na doutrina e na jurisprudência brasileiras nos últimos anos. Em síntese, quando o inadimplemento de um contratante for mínimo, e o contrato, conseqüentemente, tiver sido substancialmente cumprido, a outra parte pode ser privada do direito de extinguir o acordo, resolvendo-se a questão em perdas e danos.

A perspectiva e desafio sobre o tema é grande.

Por uma adequada pesquisa, é possível encontrar julgados antigos do STJ sobre o tema, nos quais a Corte Superior entendeu, por exemplo, que o não pagamento de apenas uma parcela (a última) do contrato de alienação fiduciária em garantia não autorizava a instituição financeira a rescindir a avença e requerer a busca e apreensão do bem (REsp 272.739/MG).

Não é adequado banalizar a sua aplicação, como infelizmente tem acontecido em nossos tribunais, os quais muitas vezes usam critérios meramente matemáticos para aferir eventual adimplemento substancial do contrato, desconsiderando outras questões como a própria natureza do acordo (REsp 1.200.105-AM).

Há julgados mais recentes do STJ que indicam que se começou a ter mais cautela na aplicação da teoria do adimplemento substancial (REsp 1.255.179/RJ).

Como “o uso do instituto da “substancial performance” não pode

ser estimulado a ponto de inverter a ordem lógico-jurídica que assenta o integral e regular cumprimento do contrato como meio esperado de extinção das obrigações. Ressalvada a hipótese de evidente relevância do descumprimento contratual, o julgamento sobre a aplicação da chamada “Teoria do Adimplemento Substancial” não se prende ao exclusivo exame do critério quantitativo, devendo ser considerados outros elementos que envolvem a contratação, em exame qualitativo que, ademais, não pode descurar dos interesses do credor, sob pena de afetar o equilíbrio contratual e inviabilizar a manutenção do negócio.” (REsp 1.581.505/SC).

A Lei 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica)² trouxe ao nosso ordenamento jurídico importantes e inovadoras regras de interpretação dos negócios jurídicos, com a inserção de dois parágrafos no art. 113 do Código Civil.

Normalmente quando se fala em interpretação no Direito, pensa-se na interpretação das normas legais, mas não na interpretação das normas negociais. E a Lei da Liberdade Econômica, ao que parece, muda esse paradigma.

3 Conclusão

Viu-se que independentemente do tipo societário escolhido para o exercício da empresa, ponto comum é a organização da atividade econômica.

Verificou-se que ao se falar de empresa, há que se considerar o aspecto da organização, função social da empresa e interesses que sobre ela gravitam.

De fato, ao que parece, a Lei 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica) trouxe ao nosso ordenamento jurídico importantes e inovadoras regras de interpretação dos negócios jurídicos, com a inserção de dois parágrafos no art. 113 do Código Civil.

Prevê que será observado na aplicação e na interpretação do direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho nas relações

2 Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências.

jurídicas que se encontrem no seu âmbito de aplicação e na ordenação pública, inclusive sobre exercício das profissões, comércio, juntas comerciais, registros públicos, trânsito, transporte e proteção ao meio ambiente. Dispõe-se que interpretam-se em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas.

Assim, via de regra, geralmente quando se cogita em interpretação no Direito, cogita-se na interpretação das normas legais, porém, sem refletir sobre a interpretação das normas negociais.

Felizmente, ao que se nota, a Lei da Liberdade Econômica, contribui para alterar esse cenário.

Referências

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

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

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

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

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

Capítulo 3

O DIREITO À PRIVACIDADE E O PRINCÍPIO RESPONSABILIDADE

Cláudia Taís Siqueira Cagliari¹

1 Introdução

Não há dúvidas de que a tecnologia tem impactado o mundo a ponto de causar a falsa sensação de que a vida, nos moldes em que era vivida há uma década, hoje seria quase que impraticável.

O avanço das tecnologias está em um ritmo tão célere, que o direito por diversas vezes não consegue acompanhá-lo, contudo, essas novas tecnologias carecem da regulação de seu uso, por meio da análise dos seus riscos e proveitos em favor da sociedade. Assim, deve haver, necessariamente, uma adequação das tecnologias para prevenir problemas originários de sua criação.

Nesta mesma esteira, é possível afirmar que não há qualquer certeza acerca de quais repercussões (positivas ou negativas) as novas tecnologias podem causar, assim como quais os impactos que podem ser produzidos a partir delas sobre homens e sociedade, o que atrai a atenção do Direito, como instrumento que visa a regular os comportamentos humanos, buscando harmonização e paz social.

Em específico, no que toca ao uso da *internet*, as repercussões geradas (especialmente diante do fenômeno da proliferação de “redes sociais”, com a massiva adesão de usuários) têm feito com o que o legislador brasileiro busque uma regulamentação para que direitos fundamentais sejam resguardados em benefício de todos.

Ocorre que nem sempre o direito possui condições de acompanhar a evolução da tecnologia, e isto é percebido quando o tema colocado sob enfoque é a rede mundial de computadores.

Não obstante, não há como se olvidar de situações – tão comuns

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. Coordenadora de Curso e Professora do Curso de Direito da UNA – MG. E-mail: claudiatcagliari@gmail.com.

nos dias de hoje – em que milhões de pessoas voluntariamente cedem o direito ao anonimato por meio de contratos de adesão nos quais a real intenção é única e exclusivamente encontrar alguma distração por meio de aplicativos e redes sociais, capitalizando fortunas às gigantes da *internet* que podem vender tais dados pessoais a fim de alcançarem outros objetivos (como desequilibrar o jogo democrático, por exemplo, como já ocorreu em mais de uma situação nos últimos anos por todo o mundo, como revela o escândalo envolvendo a *Cambridge Analytica*²).

A partir da *deep web* (ou *dark web*³), desvelou-se uma nova fronteira na qual os tradicionais instrumentos jurídicos sofrem diante da inventividade do homem, revelando uma fissura que expõe ameaças à sociedade e ao *status quo*, contrapondo o desejo de manutenção da privacidade a outros pilares do Estado Democrático.

Uma vez que a Constituição Federal alberga o direito ao devido processo legal, ampla defesa e contraditório, e veda a utilização de provas ilícitas, e, paralelamente a isto, verifica-se a necessidade de se utilizar de expedientes que, *a prima facie*, não se coadunam com o texto da Carta Maior, mais do que a utilização de princípios consagrados da hermenêutica para enfrentar situações semelhantes (ponderação, proporcionalidade e razoabilidade), nesta velocidade do mundo interconectado, advoga-se a tese de que a moral fundada em uma lógica imediatista kantiana cede espaço ao princípio responsabilidade, este, da lição de Hans Jonas, como norte interpretativo para o horizonte da *internet*.

Seguindo estas balizas, desenvolve-se o presente estudo.

2 Internet: território em que o “eu” está alheio à lei?

As novas tecnologias surgem na história da humanidade sempre com a potencialidade de gerar desconforto e estranheza pelo simples fato de o “novo” demandar um lapso temporal para que seja assimilado pelo homem.

Desde os tempos antigos, a ciência e a criatividade do ser humano colocam em xeque o *status quo*, repercutindo em alterações nos modos

2 Empresa que utilizou de dados de milhões de usuários da rede social *Facebook*, influenciando vários sufrágios em todo o mundo, em especial a eleição do Presidente dos Estados Unidos da América, Donald Trump, e o plebiscito de saída do Reino Unido da União Europeia, conhecido como *Brexit*.

3 Termos que são utilizados para conceituar a rede mundial de computadores em que, via de regra, não é possível o rastreamento dos usuários.

de interagir das pessoas e sociedades, o que não escapou da análise de pensadores que, desde há muito tempo, voltam suas lentes de observação para este ponto, na busca da tentativa de encontrar um norte capaz de guiar a civilização, evitando impactos indesejados a todos.

O Direito enquanto ciência, superada a compreensão de que se tratava de área compartimentada e alheia às demais manifestações da vida, estando, portanto, conectado com o mundo e longe de um ideal purista, cumprindo seu papel de moderador dos comportamentos humanos, carece de ferramentas para buscar compreender de que maneira deve produzir e aplicar normas para que os avanços científicos sejam harmonizados com a sociedade, aparando arestas não desejadas, para atingir o bem comum.

Atualmente, o uso da *internet* pode ser considerado como uma verdadeira revolução na humanidade, de modo que o homem, nos mais diversos confins do planeta, usufrui dos benefícios de se manter conectado, retirando da grande rede de computadores informações úteis para as mais variadas necessidades.

Com a democratização e evolução do uso desta poderosa ferramenta, novos limites surgem e, com eles, dificuldades de compreensão do mundo e tentativas de harmonização entre os homens.

O fato de ser possível comunicação humana mediante o uso do computador/aparelho celular/*tablet* e outros dispositivos, sem que haja, por vezes, meios de se identificar a pessoa que está por trás do agente que se apresenta ao outro interlocutor ou ao público em geral, viabiliza a sensação de que o homem na rede não se faz presente, de maneira que, nesta falsa hermenêutica da realidade, dá-se a entender que os atores envolvidos nas interações da rede são entidades que não representam ninguém.

Eis a problemática: a *internet* causa a sensação de que o personagem que a utiliza é totalmente desvinculado de um indivíduo de “carne e osso” e, assim sendo, não só o homem que transita no mundo virtual recebe a sensação de estar acobertado por uma espécie de manto da impunidade (em um “mundo” do “tudo pode”), como também – com fortes argumentos inclusive – advoga-se a tese de que o direito à privacidade pode ser invocado ao ponto de ser encarado como uma franquia fundamental intocável do cidadão.

De outra sorte, também não é novidade que existe no mundo de hoje uma vigilância que faz com que a utilização da internet possa ser rastreada de maneira que o homem, mesmo fantasiando ser um personagem abstrato, possa ser identificado, o que ocorre, por exemplo, quando o IP

(*Internet Protocol*) denuncia de onde vêm e vão os dados compartilhados na rede de computadores.

Na realidade, a imensa maioria das atividades produzidas em um ambiente de rede produz rastros que fazem com que o cidadão possa ser identificado, e, quando necessário, responsabilizado quando violada alguma norma jurídica (em especial em casos que denotam a prática de crimes na *internet*).

Entretanto, já se comprovou que esta vigilância não está sendo praticada somente em benefício da segurança dos cidadãos e das sociedades, mas, ao contrário disto, como instrumento de dominação para fins não democráticos ou libertários, a serviço de Estados e até mesmo das grandes indústrias, o que revela uma realidade na qual a *internet* não se coaduna com a defesa dos interesses insculpidos no rol de direitos e garantias dos países ditos civilizados.

Observando este poder que pode ser concentrado por meio do acesso dos dados dos cidadãos que fazem uso da *internet* é que se busca um meio termo entre o desejo de proteção das pessoas, coibindo-se o ambiente propício às condutas indesejadas, e o direito de não ser “bisbilhotado”.

Dentro desta perspectiva, podem ser citados os denominados *cypherpunks*⁴, por exemplo.

[...] E talvez o que vimos na Primavera Árabe e no ativismo pan-árabe potencializados pela *internet* tenha sido um reflexo disso. No nosso trabalho com o Nawaat.org, que criou o Tunileaks, forçando os comunicados oficiais do Departamento de Estado a romper a censura do regime e penetrar na Tunísia Pré-Revolucionária, vimos em primeira mão o enorme poder que a rede tem de levar as informações para onde elas são necessárias, e foi extremamente gratificante nos ver como resultado do nosso empenho, na posição de quem está participando daquilo. Acho que a luta pela autodeterminação que foi travada lá é a mesma que a nossa (ASSANGE, 2013, p. 131).

Essa trajetória positiva envolveria o autoconhecimento da civilização humana, porque o passado não pode ser destruído. Essa trajetória implicaria a incapacidade dos Estados neototalitaristas de surgir na prática, devido ao livre fluxo das informações e à capacidade das pessoas de conversar entre si em privado e conspirar contra tendências como essas, sem contar a capacidade do microcapital de se distanciar, sem restrições, de lugares inóspitos aos seres humanos.

⁴ Grupo de pessoas que utiliza a *internet* com propósitos ativistas para provocarem mudanças sociais, políticas e culturais, de cujo rol surge, dentre outros, a figura de Julian Assange, o fundador do site *WikiLeaks*.

Com base nesses fundamentos é possível criar uma ampla variedade de sistemas políticos. A utopia, para mim, seria uma distopia se houvesse apenas uma. Acho que os ideais utópicos devem incluir a diversidade de sistemas e modelos de interação. Se olharmos para o agitado desenvolvimento de novos produtos culturais e até para a evolução da língua, bem como para o modo como as subculturas estão criando os próprios mecanismos de interação potencializados pela internet, então, sim, consigo ver que isso tudo abre um caminho positivo possível (ASSANGE, 2013, p. 131).

Diante desta realidade, verifica-se a tentativa de se produzirem normas jurídicas.

Seguindo esse raciocínio, “se olharmos para o agitado desenvolvimento de novos produtos culturais e até para a evolução da língua, bem como para o modo como as subculturas estão criando os próprios mecanismos de interação potencializados pela *internet*” (ASSANGE, 2013, p. 131).

Percebe-se que, gradualmente, a tecnologia é introjetada na sociedade. As informações passavam a circular com mais alcance, sem a possibilidade de comprovação de sua veracidade por conhecimento direto da situação noticiada. O inflame social das repercussões trazidas por esta nova formação redundou em um texto que conferiu proteção jurídica à esfera privada.

No Brasil, a preocupação com o uso de dados dos usuários da *internet* levou o Congresso Nacional a aprovar a Lei 13,709, de 14 de agosto de 2018, conhecida como Lei de Proteção de Dados Pessoais, em que, no artigo 2.º, inciso II, encontra-se estampado o “respeito à privacidade”.

O direito à privacidade deverá ser garantido, não podendo haver o tratamento de dados que venha a lesar a honra e a intimidade. E não se pode vulnerar o direito à proteção de dados pessoais, no sentido de que é contrário à legislação a violação da igualdade, das liberdades individuais e do direito a não discriminação.

Corriqueiramente, o operador jurídico, ao considerar os problemas relacionados à era digital, depara-se com situações conflitantes. E isso também acontece em relação à proteção de dados pessoais, na medida em que, produto do direito à privacidade, extrapola seus limites, comunicando-se livremente com conceitos e vocábulos metajurídicos. Primeiramente, está contido no âmbito da privacidade, mas o supera, abarca e ressignifica, funcionando como livre espaço de mediação (DONEDA, 2006, p. 403).

Ocorre que, como acima citado, este “respeito à privacidade” não

se traduz em uma regra de “tudo pode” como salvo-conduto para que o usuário tenha condições de transgredir regras fundamentais insculpidas no ordenamento jurídico, produzindo condutas não desejadas.

Tendo em vista que existem possibilidades de se burlar o rastreamento do usuário da internet, como ocorre na “*deep web*”, a fronteira entre a privacidade e a impossibilidade da responsabilização dos sujeitos torna-se demasiadamente tênue, o que implica em questionamentos mais profundos acerca da privacidade frente a outras garantias fundamentais como o devido processo legal, a proibição de provas ilícitas, não incriminação, dentro de uma lógica que aponta, mais do que para juízos de ponderação, proporcionalidade e razoabilidade, para um norte interpretativo que toma como base o princípio responsabilidade.

Uma vez que há o risco de que este “respeito à privacidade” seja utilizado como instrumento nocivo, o legislador o obtemperou no artigo 4.º da lei citada, excluindo a aplicação da norma para casos que envolvem, dentre outros, a segurança pública, a defesa nacional, a segurança do Estado e atividades de investigação e repressão penais.

Nos Estados Unidos da América houve caso concreto em que um determinado cidadão foi acusado de gerenciar um negócio por meio do uso desta tecnologia que possibilita o bloqueio ao rastreamento do IP, nos limites da “*deep web*”, tendo produzido uma enorme quantidade de transações ilícitas e compartilhamento de dados que podem se caracterizar como crimes: o caso de Ross Ulbricht⁵.

De acordo com o que se verificou neste caso em específico, a descoberta do homem por trás do personagem somente se deu mediante a infiltração de agentes do FBI (*Federal Bureau of Investigation*) e ao uso de *hackeamento*, em possível afronta as regras constitucionais.

Não se tem notícia de caso semelhante no Brasil, mas, dentro deste contexto, de que maneira poderia se portar o Poder Judiciário?

Dentro deste cenário, em que a tecnologia mostra caminhos surpreendentes jamais antes visitados pelo operador do direito pátrio, urge o questionamento acerca da maneira como devem ser vistos princípios constitucionais que, há pouco tempo atrás, pareciam intangíveis.

Não se pode afirmar com certeza qual será o destino da jurisprudência nesta senda, porém não como negar que a evolução tecnológica e o uso

⁵ Este cidadão foi acusado de ser o personagem denominado “Dread Pirate Roberts” (DPR) que comandava a rede de negócios *Silk Road* em que encomendas de assassinatos, tráfico de drogas, pedofilia... eram possíveis mediante o pagamento de criptomoedas.

da *internet* demonstram clara necessidade de profundas reflexões sobre o tema, ganhando relevância o estudo do princípio responsabilidade, da lição de Hans Jonas.

A ética convida a um *agir* que não permite que se tenha nem a total paralisia, nem a morosidade diante de situações concretas que ameaçam o ser humano e a sociedade.

Em casos nos quais a tecnologia avança ao ponto de criar condições propícias à prática de condutas nocivas, como supracitado, valores que são caros ao Estado Democrático de Direito como estes insculpidos na Carta da República (devido processo legal, ampla defesa, proibição de prova ilícita, não autoincriminação...), na lógica do princípio responsabilidade, pendem para uma maior flexibilização.

A empatia do ser humano pelo seu semelhante, característica avessa à falsa impressão de que a rede de computadores elimina o componente humano, impedindo que se aflore a heurística do medo capaz de trazer à tona o princípio responsabilidade, portanto, é fundamental nestes tempos obscuros em que a defesa do “respeito à privacidade”, ao invés de defender o cidadão, volta-se contra ele em prejuízo à sociedade.

3 A proteção ao direito à privacidade frente ao devido processo legal e à proibição da prova ilícita na Constituição Federal

Como se pode verificar, a tecnologia reuniu condições de gerar meios pelos quais a ideia de manutenção de direito à privacidade alcançou um extremo capaz de fazer com que as pessoas, utilizando-se da rede mundial de computadores, pudessem interagir com interlocutores (e com o público em geral) sem que fosse possível sua identificação, escapando, assim, da responsabilidade por seus atos.

O Supremo Tribunal Federal já se debruçou sobre o tema do direito à privacidade por mais de uma ocasião, tratando de assuntos relacionados com, por exemplo, a quebra de sigilo bancário (RE 389.808), biografias não autorizadas (ADI 4.815), direito ao esquecimento (ARE 833.248).

Especificamente no que toca à análise da quebra de sigilo bancário, sob o escudo e proteção do direito à intimidade e à privacidade, o tema foi tratado sob a ótica da proibição do Estado de se valer das suas prerrogativas causando devassas na vida financeira das pessoas, devendo observar, em tais situações, a reserva de jurisdição, o que, de certa maneira, tangencia a análise acerca do devido processo legal e da proibição da utilização da prova

ilícita, correlacionando-se com as situações nas quais as pessoas utilizam-se do anonimato para, extrapolando o direito à livre expressão, praticar crimes, como ocorre no caso do uso da *internet*, sem rastreamento do *IP*, viabilizando a prática da pedofilia, do tráfico de drogas, dentre outros crimes de alto potencial nocivo à sociedade.

Ocorre que os crimes cometidos em ambientes digitais diferem destes que não são praticados fora dos ambientes de rede, o que reclama outra espécie de tratamento por parte do Poder Judiciário, uma vez que não há dúvidas de que o meio empregado (*internet*) traz inúmeras outras consequências diversas daquelas que usualmente se verificam no plano meramente material (e não virtual).

O Supremo Tribunal Federal, enfrentando questão relacionada com a possibilidade de se valer de prova contida e armazenada em meio digital, em momento não tão distante, porém, na velocidade das transformações causadas pela tecnologia, imensamente carente de atualização, firmou entendimento no sentido de que não há como o Poder Judiciário admitir tal prova por constituir caso em que está sendo ferida a inviolabilidade da intimidade das pessoas.

Inadmissibilidade, como prova, de laudos de degravação de conversa telefônica e de registros contidos na memória de microcomputador, obtidos por meios ilícitos (art. 5º, LVI, da CF); no primeiro caso, por se tratar de gravação realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, havendo a degravação sido feita com inobservância do princípio do contraditório, e utilizada com violação à privacidade alheia (art. 5º, X, da CF); e, no segundo caso, por estar-se diante de microcomputador que, além de ter sido apreendido com violação de domicílio, teve a memória nele contida sido degradada ao arrepio da garantia da inviolabilidade da intimidade das pessoas (art. 5º, X e XI, da CF).

AP 307, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 13-12-1994, P, DJ de 13-10-1995.

De 1995 para os dias de hoje, no entanto, inúmeras outras decisões têm sido tomadas no sentido de que, em que pese o direito à inviolabilidade da intimidade e da privacidade das pessoas, a Carta Constitucional não alberga direitos absolutos e, justamente por isto, no texto constitucional o hermenêuta deve sopesar conflitos entre princípios de modo a desvelar, com a utilização de primados como o da proporcionalidade, a ponderação e a razoabilidade, a resposta que melhor atende ao caso concreto, em benefício da sociedade, sem descurar dos valores compreendidos fundamentais ao constituinte, o que revela, por si só, que há meios de contrapor esta regra que não admite o uso de provas ilícitas ao devido processo legal.

A questão da utilização da prova, quando existente, na rede mundial não é o problema em si, de modo que, uma vez havendo publicação de material na *internet*, disponibilizado para o público em geral, não há qualquer divergência relevante acerca da possibilidade da utilização por qualquer interessado em benefício de eventual direito que busca mediante ação judicial.

O tema também já foi abordado pelo Supremo, como é possível ver:

As provas produzidas em contexto internacional, na hipótese em que amplamente disponíveis ao público em geral, como no caso de publicação na rede mundial de computadores, podem ser utilizadas em âmbito interno. Tratados de cooperação internacional têm como supedâneo a desburocratização da colheita da prova, de modo que, salvo proteção de interesse específico ou disposição expressa em sentido contrário, tais acordos não merecem aplicação, por ausência de interesse público, se consubstanciarem indevido obstáculo à apuração parlamentar.

MS 33.751, rel. p/ o ac. min. Edson Fachin, j. 15-12-2015, 1ª T, DJE de 31-3-2016.

Deste modo, a prova obtida junto à *internet* sequer pode ser imaginada como ilícita, posto que disponibilizada a todos para simples acesso.

A questão que causa maiores indagações é a que diz respeito à prova que é obtida de maneira ilícita (e aquelas dela decorrentes, por aplicação da teoria do fruto da árvore envenenada), em especial quando se demonstra essencial para coibir e reprimir a prática de crimes no ambiente virtual, favorecida pelo anonimato que, por sua vez, encobre-se na falsa percepção de que a *internet* é território sem lei e a privacidade pode contrapor-se até com mais força do que as prerrogativas do Estado, dentre elas, aquelas atinentes à persecução penal.

De um modo ou de outro, os Tribunais pátrios têm resolvido estas questões que se relacionam com a utilização das provas ilícitas, não havendo, contudo, abundante material jurisprudencial capaz de gerar entendimento minimamente sólido sobre esta matéria no ambiente virtual, como aqui se vindica.

Ainda no Supremo Tribunal Federal, também em decisão um pouco distante do avanço tecnológico que propicia o anonimato como escudo à prática de crimes cibernéticos, é possível encontrar:

Objecção de princípio – em relação à qual houve reserva de ministros

do Tribunal – à tese aventada de que à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes: é que, aí, foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou – em prejuízo, se necessário da eficácia da persecução criminal – pelos valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita: de qualquer sorte – salvo em casos extremos de necessidade inadiável e incontornável – a ponderação de quaisquer interesses constitucionais oponíveis à inviolabilidade do domicílio não compete a posteriori ao juiz do processo em que se pretenda introduzir ou valorizar a prova obtida na invasão ilícita, mas sim àquele a quem incumbe autorizar previamente a diligência.

HC 79.512, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 16-12-1999, P, DJ de 16-5-2003.

Neste caso, o Ministro Sepúlveda Pertence, aplicando a proporcionalidade, refutou a prova colhida em benefício da preservação da dignidade da pessoa humana.

Como se portar, entretanto, quando a única prova capaz de ser obtida é ilícita e se está justamente buscando o respeito a tão caro primado constitucional?

Para se compreender a importância do tema, há de ser citado precedente do Supremo Tribunal Federal em que um Deputado Federal impetrou Mandado de Segurança com o intuito de frear a instauração de Comissão Parlamentar de Inquérito para se apurar a existência de ilícitos por meio da utilização da *deep web* e eventuais interferências no processo eleitoral brasileiro, alegando inexistência de fato determinado.

Na decisão do Ministro Ricardo Lewandowski é possível ler:

A despeito do alegado pelo impetrante, reputo que a decisão proferida pelo Presidente do Congresso Nacional atende rigorosamente a todas exigências da Carta Constitucional, especialmente os fatos determinados e individualizados na investigação, *in verbis*:

“[...] investigar os ataques cibernéticos que atentam contra a democracia e o debate público; a utilização de perfis falsos para influenciar o resultado das eleições de 2018; a prática de cyberbullying sobre os usuários mais vulneráveis da rede de computadores, bem como sobre agentes públicos; e o aliciamento e orientação de crianças para o cometimento de crimes de ódio e de suicídio.” (doc. 5)

Além do panorama fático revestir-se de inegável gravidade, o quadro fático descrito no requerimento vem acompanhado da indicação precisa de acontecimentos objetivos situados no tempo e no espaço, bem como

individualizou, de forma suficiente, as condutas ilícitas passíveis de apuração, incluindo, neste quadrante, reportagens de grandes veículos de comunicação e o estudo da Diretoria de Análise de Políticas Públicas da Fundação Getúlio Vargas, segundo o qual 10% das interações no Twitter durante o processo eleitoral de 2014 teriam sido impulsionados pelos denominados “robôs virtuais”, além de outros dados capazes “prima facie” de influenciar a agenda eleitoral.

As nobres preocupações coligadas pelo autor - transmutação da natureza investigatória da CPMI em perseguição ao pensamento crítico quanto à atuação de detentores de mandato eletivo atual e às políticas públicas adotadas -, constituem simples especulações, desprovidas de qualquer substrato fático sobre as intenções dos parlamentares subscritores do requerimento. Tudo isso sem prejuízo, por óbvio, da possibilidade do controle futuro do Poder Judiciário em caso de desvirtuamento do instituto político em exame.

Ainda, é possível extrair unidade coerente de propósitos investigativos, e uma simbiose mínima dos objetos, no ato coator impugnado, especialmente no que concerne ao uso empresarial de softwares e outros artificios cibernéticos que, intencionalmente, buscam a interferir na formação da vontade popular em processo eleitoral, bem como a prática de cyberbullying, envolvendo ou não o uso de robôs algorítmicos, para constranger agentes públicos e os grupos mais vulneráveis que navegam nas redes sociais, como crianças, adolescentes, mulheres, negros e homossexuais, mediante o incentivo à prática de crimes.

Vislumbro, ainda, correlação lógica destes fatos com o genuíno propósito de investigar a denominada **deep web** (ambiente virtual que torna extremamente difícil o rastreamento das ações nele levadas a efeito, incluindo crimes graves, como tráfico de drogas e lavagem de dinheiro), sendo lícita, portanto, a sua inclusão como objeto de apuração pelo Congresso Nacional.

Assim, o deferimento de constituição da CPMI, objeto desse mandamus, está suficientemente fundamentado e com substrato em fatos determinados e individualizados, atendendo, por corolário lógico, as exigências do texto constitucional.

Isso posto, denego a segurança (art. 205 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

MS 36.560/DF, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 08-08-2019, 1ª T, DJE de 12-8-2019.

Desta maneira, verifica-se claramente que o assunto está em voga e reclama cada vez mais a atenção do Poder Público o que, ainda que a abordagem maior esteja sendo realizada antes no Poder Legislativo do que na mais alta Corte do Poder Judiciário, não impede a conclusão de que o Supremo Tribunal Federal esteja alheio aos fatos e à importância da

matéria.

Não há como se arredar, assim, da constatação de que o Supremo Tribunal Federal irá, em breve, enfrentar com frequência casos que reclamam a confrontação do princípio que veda a utilização da prova ilícita no processo, uma vez que, como acima se verifica, tal prova demonstra-se imprescindível para a prestação jurisdicional, ainda que cause mitigação a outros direitos fundamentais.

4 Considerações finais

O direito depara-se com desafios nunca antes vistos e imaginados a partir da difusão de tecnologias que, benéficas a todos, por vezes alteram de maneira elementar as interações entre as pessoas, gerando problemas que não podem ser ignorados pelos operadores do direito.

A internet tem elaborado meios de interações virtuais que levam a seus usuários a falsa sensação de que, ao utilizarem-se do ambiente virtual, encontram-se, no anonimato, alheios às suas responsabilidades.

Da mesma maneira que há o direito de se preservar a privacidade do usuário da *internet*, evitando-se que ocorram abordagens invasivas, como, por exemplo, a colheita de informações pessoais com a finalidade de direcionar escolhas no mercado de consumo, ou até mesmo influenciar eleições, existe um entendimento de que tal direito pode ser levado ao extremo de tal sorte que todo usuário da *internet* deve valer-se da prerrogativa de utilizar-se da rede sem que seja identificado.

Com base nesta última premissa, criaram-se condições para que o rastreamento da *internet* não fosse mais possível, gerando meios para que os usuários gozem de pleno anonimato, o que, em última consequência, viabiliza a prática de crimes e a dificuldade da ação repressora do Estado.

Neste norte, ganha relevância o debate acerca dos direitos fundamentais, em especial aqueles que garantem o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, à privacidade e à proibição da utilização de provas ilícitas.

Em um ambiente no qual a única maneira de se garantir a dignidade da pessoa humana, reprimindo crimes de alta gravidade, é a atuação estatal por meio de práticas que tradicionalmente não são aceitas no processo penal, a proibição da prova ilícita deve ser debatida com maior rigor, o que, neste breve estudo, aponta para uma atualização da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, atendendo aos anseios da coletividade.

Ainda que se tenham alguns casos judiciais enfrentando o problema da defesa do direito à privacidade e de sua repercussão negativa na prática de crimes, a jurisprudência ainda é bastante incipiente, não desvelando nortes a serem utilizados, o que atrai maior atenção.

Como tem ocorrido na história da humanidade, os avanços tecnológicos por vezes causam impactos tais que não é possível a determinação, com clareza, dos efeitos que produzirão sobre a sociedade, o que reclama uma análise do problema sob a lente da incerteza, e de maneira não imediata, o que faz com que se exija do operador do direito maior responsabilidade, princípio este a ser adotado como revelado por Hans Jonas.

Neste contexto, na medida em que se busca jurisdição, postulados como a proporcionalidade, a razoabilidade e a ponderação ganham grande relevância diante desta necessidade premente de se avaliar a validade da obtenção e utilização da prova ilícita na persecução penal de crimes praticados na *deep web*, de modo que, em não se tendo princípios absolutos no texto da Constituição Federal, possa ser verificada a harmonização das normas que garantem direitos e garantias fundamentais, garantindo-se o direito à privacidade na utilização da *internet*, mesmo que para isto o estado tenha que se valer de expedientes considerados ilícitos, tudo em benefício da coletividade.

Assim, cabe ao Poder Judiciário acomodar os anseios da sociedade, valendo-se, para tanto, nestes casos, do princípio responsabilidade.

Referências

ASSANGE, Julian. **Cypherpunks: liberdade e o futuro da internet**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013.

CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi. O Direito à Privacidade hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro. <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2017v38n76p213> Disponível em: **Revista Sequência** (Florianópolis), n. 76, p. 213-240, ago. 2017.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

JONAS, Hans. **O Princípio Responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2006.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas. 1999.

OLIVEIRA, Rafael Santos de; BARROS, Bruno Mello Correa de; PEREIRA, Marília do Nascimento. O Direito á Privacidade na Internet: desafios para a proteção da vida privada e o direito ao esquecimento. **Revista Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 70, pp. 561-594, jan./jun. 2017.

ROULAND, Norbert. **Nos confins do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

Capítulo 4

DEMOCRACIA DIGITAL E REMOÇÃO DE CONTEÚDO NAS ELEIÇÕES

Caio de Barros Santos¹

Henrique Perlatto Moura²

1 Introdução

O contexto de digitalização da vida em sociedade proporciona uma série de possibilidades disruptivas que, outrora, só eram encontrados nas obras de ficção científica. Algumas delas, entretanto, trazem consequências gravosas para a organização social, como é o caso das “Fake News”³, as quais se afiguram mentiras estruturadas em complexas redes de algoritmos, de modo que possuem efeitos graves na formação da opinião pública, questão que se agrava em contexto eleitoral e dificulta a aferição do que é verdadeiro e falso no contexto social⁴.

1 Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade Milton Campos. Especialista em Direito Empresarial pelo Centro de Atualização em Direito. Advogado. Professor universitário. E-mail: caioobsantos@hotmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/7453149393820684>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5723-7602>.

2 Advogado tributarista. Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário (Ibet) e pelo Instituto Elpídio Donizetti (IED). Professor. E-mail: henrique.perlatto@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/0721054953833990>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9920-8957>.

3 “A designação fake news tem levantado inúmeras questões. Palavra do ano em 2017, o termo foi definido por Allcot & Gentzkow (2017) como histórias noticiosas que não se baseiam em factos, mas que nos surgem como factos. Por outras palavras, significa que a mensagem foi adulterada, falsificada, mas são integrados elementos reais como acontecimentos ou personalidades que dão sustentabilidade a que a mensagem facilmente seja aceite por quem a recebe” (SILVA, Andreia Fernandes. **Porque é que as fake news se transformaram em protagonistas do jornalismo contemporâneo?**. Disponível em: <https://journals.openedition.org/cp/4139>. Acesso em: 14 de outubro de 2022).

4 “Constatou-se que as notícias falsas com mais chances de serem difundidas são aquelas dotadas de pathos, ethos e logos. Outro aspecto notado foi que, dependendo da plataforma em que é veiculada a notícia, as pessoas sentem-se mais inclinadas (ou não) a acreditar nela e compartilhá-la. Identificou-se que o uso de jargões científicos na estrutura de uma notícia falsa contribui para a validação de um discurso semelhante ao de especialistas. Evidenciou-se que pessoas com menor renda e menor escolaridade estão mais suscetíveis às fake news. Verificou-se também a contradição sobre como os participantes julgavam a veracidade de uma informação. Eles afirmaram que o faziam por intermédio de sites confiáveis, entretanto, quando se depararam com uma notícia verdadeira, ficaram em dúvida e acabaram por julgá-la mais falsa que verdadeira” (GOMES, Sheila Freitas; PENNA, Juliana Coelho Brada de Oliveira; ARROIO, Agnaldo. Fake News Científicas: Percepção, Persuasão e Letramento. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/>

A sociedade global passou por um movimento de grande polarização nos últimos anos, o que levou à proliferação de discursos intolerância e divulgação de notícias simuladas que impactam a democracia, especialmente a brasileira. Os mecanismos de controle no Brasil, porém, são complexos e a interpretação acerca do dano é, muitas vezes, casuística, pois falta um critério objetivo para balizar quais conteúdos devem ser retirados do ar. Além disso, muitas vezes a retirada do conteúdo não repara o dano causado na perspectiva da imagem pública e sequer eventual direito de resposta concedido o faria.

Neste contexto, é interessante investigar a evolução dos sistemas sociais nos meios digitais, que proporciona a estruturação de um *enxame digital*⁵, verdadeiras bolhas de conteúdo que são estruturadas em torno da irresignação, o que torna as “*fake news*” potencialmente mais perigosas para o contexto democrático, para compreender o atual paradigma social. Após, deve-se investigar qual o como se controla o conteúdo online, para investigar as principais dificuldades evidenciadas, especialmente com relação à subjetividade dos controladores. Para cumprir com o fim almejado, será realizada pesquisa bibliográfica.

2 Fake News e democracia digital

A velocidade de comunicação da internet acelerou o ritmo da vida social, o que dificulta a construção de um diálogo ou discurso profundo. Isso ocorre porque não há tempo para que o indivíduo se distancie de si para se ver no coletivo, de forma que perpetua sua individualidade na esfera pública⁶. A interconexão se tornou possível com o advento dos smartphones, que “*funciona[m] como um espelho digital para a nova versão pós-infantil do estágio do espelho. Ele abre um espaço narcísico, uma esfera do imaginário na qual eu me tranco. Por meio do smartphone o outro não fala*”⁷.

O que se verifica neste processo é a perda de um diálogo efetivo,

ciedu/a/bW5YKH7YdQ5yZwkjY5LjTs/#. Acesso em 14 de outubro de 2022).

5 HAN, Byung-chul. No enxame: Perspectivas do digital. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6300401/mod_resource/content/1/No%20enxame.pdf Acesso em: 14 de outubro de 2022.

6 “A sociedade da indignação é uma sociedade do escândalo. Ela não tem contenção, não tem compostura. A desobediência, a histeria e a rebeldia – que são características das ondas de indignação – não permitem nenhuma comunicação discreta e factual, nenhum diálogo, nenhum discurso. A compostura, porém, é constitutiva para a esfera pública. A distância, porém, é necessária para formação da esfera pública” (Id. p. 11).

7 Id. p. 17.

de modo que passam a ser replicados conteúdos que viralizam nas redes sociais. Estas, por sua vez, possuem algoritmos que respondem às interações dos usuários, de modo que passam a apresentar conteúdos mais compatíveis, suprimindo os que são desagradáveis. É nesta estrutura que a *fake news* pode se tornar um instrumento de manipulação democrática, com impactos reais em eleições em todo o mundo e foram cruciais para o resultado das eleições de 2016 dos Estados Unidos:

O estudo de Allcott e Gentzkow (2017), sobre a questão, demonstrou que a taxa de usuários que acreditaram em uma notícia falsa na eleição presidencial norte-americana de 2016 não ultrapassou 8%. Muito embora salientando que se trata de pesquisa feita com base em dados preliminares, os autores questionaram se as *fake news* realmente exerceram um papel decisivo nas eleições norte-americanas.⁸

A democracia é um regime de organização do poder político que é dependente de uma comunicação efetiva entre os indivíduos. Caso a comunicação passe a ser manipulada em estruturas de grande abrangência, o que ocorre é a instrumentalização da comunicação. As “*fake news*” consistem exatamente nesta instrumentalização, de forma que há uma ação estratégica que visa um fim privado em detrimento do que seria melhor para a coletividade.

O palco político brasileiro encontra-se fortemente marcado por *fake news*⁹, cujo controle compete ao judiciário ante a inafastabilidade da jurisdição, prevista no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição de 1988. Dessa forma, torna-se necessário investigar como está sendo realizado o controle judicial das *fake news*.

3 Controle de redes sociais

É interessante ressaltar que a intervenção nas redes sociais é tema recente no âmbito dos Tribunal Superior Eleitoral, que anteriormente zelava por uma não intervenção, o que veio a mudar em 2018. Nesse

8 MARTINS, Marcel Hofling; FARAH, Rafael Mott; TOLEDO, Gabriel Single. A remoção de conteúdos políticos da internet como estratégia eleitoral na democracia brasileira: perigos à liberdade de expressão na instituição de controles governamentais. Disponível em: <https://reedrevista.org/reed/article/download/398/284/2407>. Acesso em: 14 de outubro de 2022. p. 46)

9 Exemplos recentes podem ser evidenciados no tocante a utilização de vacinas, que levou a um crescimento elevado de casos de sarampo no Brasil em 2018 que tornou necessária a intensificação de campanha de vacinação pelo Ministério da Saúde. (TJPR, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **O perigo das fake news**. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/noticias-2-vice/-/asset_publisher/sTrhoYRKnQe/content/o-perigo-das-fake-news/14797?inheritRedirect=false. Acesso em: 14 de outubro de 2022.)

sentido, cumpre evidenciar que o controle das “*fake news*” era realizado pelos mecanismos de defesa da honra do indivíduo, não sendo suficientes para enfrentar a repercussão política destes instrumentos:

Existe, portanto, uma preocupação dos políticos brasileiros com a repercussão que informações veiculadas na Internet terão para o resultado do pleito. Ainda que a maior parte dos requerimentos (3.885, 77,2%) esteja fundamentada pelo menos no argumento de difamação da imagem, a coincidência do aumento dos pedidos com os momentos que antecedem as disputas eleitorais sugere que os pedidos, na realidade, estão relacionados com o processo eleitoral como um todo, pertencente à esfera pública de direitos, e não apenas com a proteção da honra ou imagem dos candidatos, tutelada a partir do modelo processual tradicional e privatista de direitos individuais.¹⁰

O problema das “*fake news*” se mostra complexo, uma vez que a intervenção na liberdade do indivíduo com a emissão de uma ordem para apagar um conteúdo é grande e, por outro lado, não resolve o problema do fato de que o dano já foi causado no contexto público. Neste contexto, também o STF foi alvo de diversos ataques, o que motivou a abertura do inquérito das *fake news*, um procedimento de juridicidade duvidosa, que se justificou pela finalidade de intimidação dos ministros¹¹.

O que se percebe é que as “*fake news*” tem o condão de irradiar efeitos sobre a opinião pública de forma rápida, o que se alastra, muitas vezes, mais rápido que a verdade no contexto da sociedade. O dano é causado de maneira rápida e, muitas vezes, irreversível, de modo que simplesmente a determinação de cancelamento não é suficiente para repará-la. Ainda, a imposição de multas diárias até que o conteúdo seja deletado, que ocorre no âmbito do poder judiciário, pode ser irrisória caso exista uma estrutura financiadora que supere o indivíduo que divulga a notícia.

Por isso há um anseio na criminalização das *fake news*, que está em debate no Congresso Nacional pelo Projeto de Lei nº 2.630/2020, o que também não resolve o problema da subjetividade no controle dos posts que serão deletados, dificuldade de difícil superação no âmbito do poder legislativo, o que leva a maior discricionariedade dos julgadores na definição das balizas do que pode ou não ser controlado nas redes sociais.

Para além dessas medidas, há um esforço grande de autorregulação

10MARTINS, Marcel Hofling; FARAH, Rafael Mott; TOLEDO, Gabriel Single. A remoção de conteúdos políticos da internet como estratégia eleitoral na democracia brasileira: perigos à liberdade de expressão na instituição de controles governamentais. Disponível em: <https://reedrevista.org/reed/article/download/398/284/2407>. Acesso em: 14 de outubro de 2022. p. 43.

11 Id. 46

das redes sociais, o que já vem sendo utilizado para diminuir o impacto destas no contexto eleitoral no mundo, especialmente considerando a possibilidade de que estas venham a ser sancionadas pelo impacto no déficit democrático que é alcançado pela veiculação de “*fake news*”.

Este controle, ainda que incipiente, pode contribuir para uma redução de casos mais graves, em que o impacto à imagem pública do candidato for muito severo, que leva à remoção do conteúdo publicado. É digno de nota que não há uma ofensa ao direito de liberdade de expressão a princípio, eis que as redes sociais são espaços controlados por termos de uso que limitam o que o usuário pode ou não fazer no contexto digital.

Não obstante, ainda faltam meios eficazes para que seja realizado o controle das postagens de *fake news* e a reparação dos danos causados, o que deve objeto de intensificação das pesquisas dos próximos anos, sob pena de fragilização das estruturas democráticas do ocidente.

Embora se trate de um caminho delicado e espinhoso, o Tribunal Superior Eleitoral vem engendrando esforços no sentido de regular o contexto das veiculações potencialmente falsas e, consequentemente, limitar a disseminação das fake News no âmbito virtual, como forma de preservação da lisura processo eleitoral.

Tal intento pode ser observado na resolução nº 23.610 de 18 de dezembro de 2019, a qual dispõe sobre a propaganda eleitoral, utilização e geração do horário gratuito e condutas ilícitas em campanha eleitoral.

Sem prejuízo à edição das leis ordinárias que versam sobre o processo eleitoral, as normas aplicáveis ao pleito são periodicamente atualizadas, sobretudo em momentos que precedem as eleições, através de resolução emanadas pelo TSE, os quais, via de regra, reproduzem as normas basilares acerca das regras eleitorais, tais como a lei nº 9.504/1997, o código eleitoral, lei complementar nº 64/1990 e resoluções anteriores, acrescentando-se, porém, algumas disposições inéditas e/ou adaptadas.

Nesse diapasão é que a resolução nº 23.610/2019 do TSE, com parte da redação acrescentada pela resolução nº 23.671/2021, visou, entre outras abordagens normativas, aportar a coibição de divulgação das fake News em todos os meios de veiculação, incluindo a internet e demais mecanismos virtuais utilizados.

Cabe anotar, inicialmente, que, de acordo com o artigo 6º da referida resolução, no tocante ao poder de polícia aplicável ao pleito, a propaganda exercida “nos termos da legislação eleitoral” não pode ser cerceada ou objeto de multa no âmbito municipal, haja vista que, consoante o §1º do

mesmo dispositivo, o poder de polícia, na espécie, só poderá ser exercido por juízes designados pelos tribunais regionais eleitorais. Restringe-se, portanto, ao âmbito da justiça eleitoral, portanto, de abrangência nacional, a fiscalização e tomada de providências legais acerca das possíveis infrações.

Também acerca do poder de polícia aplicável à propaganda eleitoral, a resolução em comento preconiza, reproduzindo à redação do artigo 42, §2º da lei nº 9.504/1997, que o aludido poder de polícia é restrito à coibição de práticas ilegais, vedando, contudo, o que o legislador chamou de censura prévia quanto ao teor dos programas e matérias jornalísticas, inclusive àqueles veiculados na internet.

A regra normativa enseja, porém, dúvidas sobre sua plena aplicabilidade e o cotejo com as demais disposições acerca da propaganda irregular, sobretudo na internet, eis que o conceito do que se configura a censura prévia guarda subjetividade. Um caminho lógico é a aquilatação sobre a existência da irregularidade na publicidade de campanha, de sorte que, restando de fato configurada, afastar-se-ia o caráter meramente “censurador”, avocando o necessário poder de polícia.

A questão que ainda subsiste, porém, atina-se ao caráter prévio da medida coibitiva, na medida em que a disposição se refere à censura “prévia”, de forma que cabe se prescrutar se o titular do poder de polícia poderá, no exercício do poder de polícia, determinar que o candidato, partido ou responsável pela produção da peça de propaganda, se abster de a veicular, antecipando-se à sua efetiva existência nos canais de divulgação virtual.

A solução passa pelo posicionamento pretoriano no âmbito do caso concreto, embora tal contexto não seja comum, tendo em vista que a publicidade de campanha chega ao conhecimento público, via de regra, após a sua veiculação.

Ainda sobre a atuação com esteio no poder de polícia, especialmente no que se refere à propaganda na internet, o §1º do artigo 7º da resolução 23.610 dispõe que este (poder de polícia) não poderá ser exercido caso a irregularidade se refira ao teor da propaganda eleitoral, hipótese em que a questão deverá ser submetida ao Ministério Público Eleitoral para a tomada das devidas providências, o que inclui a possibilidade de responsabilização criminal do (s) responsável (eis). Aliás, nas irregularidades sujeitas à penalidades, mesmo que constatada no teor da publicidade, o Ministério Público deverá ser acionado, conforme prevê o §3º do artigo 6º da resolução 23.610.

Sobre o poder polícia aplicável à internet, a resolução determina, ainda, que esta seja exercido por um ou mais juízes nomeados pelo Tribunal Regional competente para o exame do registro do candidato, em se tratando de eleições gerais, e, nas eleições municipais, o Juiz que exerce jurisdição eleitoral no respectivo município, e pelos Juízes designados pelos Tribunais Eleitorais, quando se tratar de município com mais de uma zona eleitoral.

Alocada na seção atinente à desinformação na propaganda eleitoral, embora abranja todas as formas de propaganda previstas, as normas insertas no artigo 9º da resolução 23.610/19 são de grande relevância ao combate da utilização de “fake News” nos canais de comunicação da internet, provável motivo de ter sua redação incluída pela resolução 23.671, editada em 14 de dezembro de 2021, data em que a preocupação com as notícias e veiculações falsas no processo eleitoral era patente.

O artigo legal, na redação de seu caput, aporta a condição basilar de que, ao veicular qualquer informação no âmbito da propaganda eleitoral, deverão os responsáveis verificado previamente a sua veracidade, conforme se pode ver na transcrição da íntegra do dispositivo:

Art. 9º A utilização, na propaganda eleitoral, de qualquer modalidade de conteúdo, inclusive veiculado por terceiras(os), pressupõe que a candidata, o candidato, o partido, a federação ou a coligação tenha verificado a presença de elementos que permitam concluir, com razoável segurança, pela fidedignidade da informação, sujeitando-se as pessoas responsáveis ao disposto no art. 58 da Lei nº 9.504/1997 , sem prejuízo de eventual responsabilidade penal. (Redação dada pela Resolução nº 23.671/2021).

Já o artigo 9º-A, em complemento à norma disposta no dispositivo já mencionado, impõe, de forma expressa, a vedação de divulgação ou compartilhamento de informações falsas ou descontextualizadas que possam influir no resultado do processo eleitoral, permitindo ao Juiz Eleitoral, após o devido impulsionamento do ministério público, determinar a sua cessação, sem prejuízo da apuração da responsabilidade do agente, inclusive no âmbito criminal. Vale transcrever a íntegra do artigo, para melhor visualização:

Art. 9º-A. É vedada a divulgação ou compartilhamento de fatos sabidamente inverídicos ou gravemente descontextualizados que atinjam a integridade do processo eleitoral, inclusive os processos de votação, apuração e totalização de votos, devendo o juízo eleitoral, a requerimento do Ministério Público, determinar a cessação do ilícito, sem prejuízo da apuração de responsabilidade penal, abuso de poder e

uso indevido dos meios de comunicação. (Incluído pela Resolução nº 23.671/2021).

O artigo 10 da referida resolução, embora esteja baseada na redação da lei 7.476, datada de 1986, nos parece possuir o mote legislativo bem atual, eis que impede a propaganda que emprego meios voltados à criação artificial de “estados metais, emocionais ou passionais” na opinião pública, intuito este que nos parece ser um dos objetos precípuos das “fake news”.

O §2º do mesmo artigo prevê a possibilidade de adoção de medidas, pela Justiça Eleitoral, para impedir ou fazer cessar a veiculação indevida, sendo que, em relação as hipóteses configuradoras de abuso do poder econômico, abuso do poder político ou uso indevido dos meios de comunicação social, preconiza o §3º que qualquer partido político, candidato, coligação ou o Ministério Público Eleitoral propor representação à Justiça Eleitoral para a apuração do fato, valendo-se do artigo 22 da Lei Complementar nº 64 de 1990.

Outra modalidade de falsa difusão que pode ser considerada fake News é a de se veicular notícia, ainda que verídica, e atribuir a sua autoria a terceiros, ato este que, por óbvio, pode prejudicar a imagem de um postulante a qualquer cargo eletivo. A conduta é vedada pelo artigo 35 da resolução 23.610/19, o qual atribui multa de R\$ 5.000,00 a R\$ 30.000,00 para o infrator.

Quanto à possibilidade expressa de pedido de retirada, pelo ofendido, de publicações que contenham agressões ou ataques à candidatos, no âmbito da internet, o artigo 30, §2º da resolução 23.610/19 a prevê expressamente, ressaltando a norma, ainda, a possível aplicabilidade de sanções cíveis e penais (em suas respectivas searas), disposição legal esta que pode ser avocada como fundamento para o pleito de retirada de fake news acerca de determinado candidato ou partido, desde que configurado o “ataque” pelo agente veiculador da notícia.

Ainda mais taxativo, o artigo 36 da resolução possibilita, mediante a provocação do Ministério Público, de candidatos, partidos ou coligações, a suspensão de acesso de todo o conteúdo que contrariar a lei nº 9.504/97, a qual estampa normas aplicáveis às eleições, podendo se enquadrar nos contextos normativos acerca das veiculações falsas, tratadas no presente artigo.

Importante destacar que o citado artigo legal, além de prever a suspensão da veiculação inadequada, determina que fique consignado, ao se tentar acessar o conteúdo suspenso, que este foi suspenso em razão da

desobediência à norma eleitoral.

Por outro lado, deve-se registrar que, muito embora tenha a resolução 21.610/19 instituído mecanismos legais de coibição da prática de disseminação de fake News no âmbito virtual (com cunho eleitoral), a mesma norma previu, para muitos de forma antagônica, que a atuação da Justiça Eleitoral, nesse interim, se dê “com a menor interferência possível no debate democrático, dispositivo este comumente utilizado como fundamentação para impugnar judicialmente a ordem de retirada ou suspensão de veiculações falsas na rede de internet.

O artigo 38 da resolução em comento preconiza, também, que, “com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura”, as ordens de remoção partidas do judiciário deverão ser fundamentadas, limitadas às hipóteses de violação à regra aplicável ou ofensas a direito de pessoas envolvidas no processo eleitoral.

As ordens de remoção de veiculação na internet, ainda, precisam contar com um prazo razoável para que se providencie seu cumprimento, não inferior à 24 horas, sendo que, caso não sejam confirmadas por decisão transitada em julgado, deixarão de surtir efeitos jurídicos, cabendo ao ofendido recorrer a novo pleito de remoção junto à justiça comum.

O Supremo Tribunal Federal, no intuito de combater a desinformação e o impacto das fake news no processo democrático, inaugurou um programa de combate à desinformação. Assim, além de promover medidas de conscientização da população, o tribunal criou uma série denominada #VerdadesdoSTF, em que divulga quais fatos são verdadeiros ou falsos acerca da atuação e dos membros da corte.

Além disso, foi firmado um termo de cooperação entre o TSE e o STF¹², de modo a estimular uma cultura de desestímulo às fake news, o que não tem se mostrado efetivo no contexto das eleições de 2022, cuja marca tem sido a veiculação de notícias falsas e manipulação dos fatos, estimulando a indignação coletiva e o ambiente de animosidade no contexto social.

12 TSE, Tribunal Superior Eleitoral. **TSE assina com o Supremo acordo para combater as fake news sobre o Judiciário.** Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Maio/tse-assina-com-o-supremo-acordo-para-combater-as-fake-news-sobre-o-judiciario>. Acesso em: 14 de outubro de 2022.

4 Conclusão

O contexto de virtualização dificultou a verificação dos fatos e dos discursos, questão que incentiva a formação de enxames digitais movidos pela indignação. Assim, as *fake news* tornam-se instrumento poderoso para fins políticos, eis que podem virar o resultado das urnas caso “viralizem”, sem que seja possível a adoção de medidas para sua contenção.

O que se verifica, após a apresentação do contexto legal, é que há uma insuficiência de mecanismos institucionais para que se solucione o problema das *fake news*, especialmente ao tratar do problema sob a perspectiva da honra individual, quando a sua abrangência transcende essa esfera e atinge potencialmente toda a coletividade.

Dessa forma, há uma ênfase na adoção de mecanismos de autorregulação e conscientização social sobre os impactos das fake news, notadamente pelo fato de que as medidas tradicionais, como remoção de conteúdos e penas de pecuniárias não são suficientes para reverter o dano causado à imagem pública dos candidatos eleitorais.

É perceptível que devem ser repensados os mecanismos para lidar com a desinformação pela transmissão de fake news, tema que certamente será recorrente nos processos eleitorais não só do Brasil, mas de todo o mundo.

Referências

GOMES, Sheila Freitas; PENNA, Juliana Coelho Brada de Oliveira; ARROIO, Agnaldo. **Fake News Científicas: Percepção, Persuasão e Letramento.** Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ciedu/a/bW5YKH7YdQ5yZwkJY5LjTs/#>. Acesso em 14 de outubro de 2022

SILVA, Andreia Fernandes. **Porque é que as fake news se transformaram em protagonistas do jornalismo contemporâneo?.** Disponível em: <https://journals.openedition.org/cp/4139>. Acesso em: 14 de outubro de 2022

HAN, Byung-chul. **No enxame: Perspectivas do digital.** Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6300401/mod_resource/content/1/No%20enxame.pdf. Acesso em: 14 de outubro de 2022

MARTINS, Marcel Hofling; FARAH, Rafael Mott; TOLEDO, Gabriel Single. **A remoção de conteúdos políticos da internet como estratégia**

eleitoral na democracia brasileira: perigos à liberdade de expressão na instituição de controles governamentais. Disponível em: <https://reedrevista.org/reed/article/download/398/284/2407>. Acesso em: 14 de outubro de 2022.

TJPR, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **O perigo das fake news.** Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/noticias-2-vice/-/asset_publisher/sTrhoYRKnlQe/content/o-perigo-das-fake-news/14797?inheritRedirect=false. Acesso em: 14 de outubro de 2022

TSE. Tribunal Superior Eleitoral. **TSE assina com o Supremo acordo para combater as fake news sobre o Judiciário.** Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Maio/tse-assina-com-o-supremo-acordo-para-combater-as-fake-news-sobre-o-judiciario>. Acesso em: 14 de outubro de 2022.

Capítulo 5

A PRESCINDIBILIDADE DA REPERCUSSÃO GERAL E DA ARGUIÇÃO DE RELEVÂNCIA DA QUESTÃO FEDERAL PERANTE A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA ACESSIBILIDADE À JURISDIÇÃO

Pauliana Maria Dias¹

Daniel Carlos Dirino²

1 Considerações iniciais

Em tempos digitais e espaços cibernéticos procedimentais, o Estado-jurisdição ainda vivencia uma exaustiva crise de operacionalidade, suscitando, portanto, minuciosas e profundas discussões acadêmicas e reformas no ordenamento jurídico brasileiro. Neste sentido, o panorama adotado pelos cientistas do direito, como solução a essa crise, sempre se finda pela celeridade processual e segurança jurídica como forma de efetivação do exercício de função jurisdicional e, consequentemente, de garantir um resultado útil ao processo, independentemente do sistema jurídico e prático oferecido na busca pela Justiça.

Nesse diapasão, em meio às reformas realizadas nesse sistema jurídico, o que se inclui a própria desjudicialização hodierna, a atenção se volta para a construção de institutos jurídicos salvacionistas que, ressaltando os posicionamentos dos tribunais superiores, torna-se padrão dogmático redefinidor da prática forense.

Nessa tessitura, como se norma fossem, tais institutos se revelam

1 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. Docente na Pontifícia Universidade Católica de Minas Arcos e no Centro Universitário Una de Bom Despacho e Divinópolis. Advogada. E-mail: paulianamdias@gmail.com

2 Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Una. Coordenador do Núcleo de Práticas Jurídicas do Centro Universitário Una Bom Despacho, professor de direito - UNA (Campus Bom Despacho-MG); PRO LABORE CONCURSOS PÚBLICOS, CHROMOS COLÉGIO E PRÉ e N.E.C. TIPURA. Advogado. E-mail: danieldirino.adv@gmail.com

ponto de partida e de chegada na prestação do serviço público jurisdicional, pois são transportados para a realidade sobrevivida pela comunidade política do Estado, como justificadores do provimento final. (BRÊTAS, 2005) Possuem como pretensão, portanto, estabilizar, a qualquer custo, os conflitos que chegam aos tribunais superiores e, ao mesmo tempo, consolidar ideias que sejam determinantes para futuras decisões jurisdicionais.

Tais institutos, uma vez efetivados como propositores de teses jurídicas sedimentadas, na verdade, promovem “*o fechamento operacional do sistema*” (STRECK, 1988, 27-28), pois, desvirtuados da constitucionalidade, desarmonizam do modelo constitucional de processo que, não obstante ultra modernizado, preza por princípios clássicos como contraditório, igualdade das partes, imparcialidade do juiz e duração razoável do processo. Isso é inegável e inevitável ao processo.

Destarte, como delimitadores da participação ativa das pessoas na construção dos provimentos – o que, diga-se, é o sustentáculo do processo constitucional – afeta claramente a principiologia constitucional, mormente o devido processo legal, acarretando graves consequências para a ordem processual. A mais evidente, certamente, a restrição ao duplo grau de jurisdição.

Dos institutos mencionados, destacam-se a Repercussão Geral para Recursos Extraordinários, efetivada desde os idos anos 2011, e a recentíssima Relevância da Questão Federal para Recursos Especiais. São considerados, poderosos aparatos jurídicos, autossuficientes que hipervalorizados pelos tribunais políticos superiores estão aglutinados ao ordenamento jurídico como opção normativa.

Ambos funcionam como verdadeiros filtros, agindo severamente em face das pessoas, que, pretendendo a concretização de seus direitos, pleiteiam, junto ao Estado-jurisdição, o exercício da função jurisdicional “pessoas livres, dotadas de direitos subjetivos umas em face de outras e perante o próprio Estado”. (BRÊTAS, 2004, p. 102-103).

Embora esteja clarividente o comando existente no texto constitucional, como o sistema jurídico adotado pelo Brasil, Repercussão Geral e Relevância da Questão Federal são possuidores de força normativa, assumem posição de destaque ao engessar interpretações, impossibilitando, conseqüentemente, novos posicionamentos acerca dos variados conteúdos trazidos pelas normas, que informam o ordenamento jurídico. (SRTECK, 2011).

Nessa conjectura, a construção interpretativa individual da norma,

considerando regras e princípios, toma dimensão incipiente ou mesmo desconsiderada na fundamentação das decisões. Os institutos com função restritiva da acessibilidade à função jurisdicional passam, então, a satisfazer apenas a *ratio decidendi*. Desta premissa, o provimento toma corpo mediante posicionamentos solitários, pessoais, em muitas vezes, vagos, equivocados e descontextualizados, caracterizando a má prestação do serviço público jurisdicional, e desencadeando, conseqüentemente, frustração e descrédito das partes – os receptores dos efeitos da decisão – ao âmbito jurisdicional.

De certo esse comportamento jurídico é atrativo aos interessados aos meios alternativos de solução de conflitos, e por que não? Já que têm capacidade autocompositiva e heterocompositiva suficientes para se alcançar a pretensão, tornando-se compensativos em questão de tempo, valores, paridade de armas e validade perante o ordenamento jurídico e a vida social.

Com efeito, ainda no que se refere a aquela má prestação do serviço jurisdicional, inevitável a realização rotineira de revisão dos institutos filtros. E tal revisão requer estrutura normativa técnica dialética – procedimento – realizada sob os auspícios do devido processo legal.

Registradas essas considerações, chega-se ao objetivo principal da pesquisa: analisar, criticamente, a Repercussão Geral e a Relevância da Questão Federal como construtores de decisões únicas a partir dos recursos Extraordinário e Especial.

2 Repercussão Geral como instituto delimitador metodológico procedimental

A crítica se inicia a partir da edição da Emenda Constitucional nº. 45, quando ocorreu a popularmente chamada “Reforma do Judiciário”, em que das várias alterações a Constituição Federal, destacam-se os parágrafos 2º e 3º do artigo 102, que respectivamente conferem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões definitivas de méritos proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade; e a introdução no texto constitucional do requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário, a Repercussão Geral das questões constitucionais.

Efetivamente, o principal motivo para a reforma do Estado-jurisdicção, como também em outras reformas infraconstitucionais, foi, e ainda é, a extirpação da morosidade judiciária e a conseqüente promoção

da eficiência processual. Segundo o que se colhe da Emenda referida, o instituto da Repercussão Geral, na realidade, estaria preparado para padronizar as decisões judiciais advindas do Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de aplicá-las a todos os casos tidos por iguais àqueles nos quais já se teria decidido. Verificando as suas consequências, como denota Soares (2011), torna-se frágil este argumento como aparato agilizador da função jurisdicional, considerando que suas vertentes fogem à celeridade pretendida pelo Supremo Tribunal Federal a preservação das garantias e direitos constitucionais.

A Repercussão Geral não é instituto inédito no ordenamento jurídico brasileiro, tendo sua origem no instituto da Arguição de Relevância, incluída na Constituição Federal de 1967. Nesse compasso, frisa ainda que a Arguição de Relevância de questão federal foi introduzida no ordenamento através da Emenda nº 3 de 1975, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Não obstante sua aplicação agora nos Recursos Especiais, tal técnica não se trata de inovação, estando presente no histórico do ordenamento jurídico e do Supremo, desde as décadas de 60 e 70. (CASAGRANDE, 2008)

Nessa linha, importante ressaltar que ainda que as discussões polemizadas que abordam a aplicação da Repercussão Geral no direito processual, as dificuldades para a conceituação do próprio tema são visíveis, buscando o legislador critérios para a sua definição no texto do art. 1035 do Código de Processo Civil, “cujo o texto carrega a pecha da subjetividade na interpretação e aplicação da figura jurídica em comento” (CASAGRANDE, 2008, p. 108). A própria falta de definição da repercussão geral junto à amplitude de sua interpretação trazida pelo dispositivo acima citado já possibilita prejuízo aos sujeitos do procedimento, provocando decisões arbitrárias.

Perceptível, portanto, que o reconhecimento da Repercussão Geral como combatente eficaz dos recursos, inclusive repetitivos, retira consequentemente, do Recurso Extraordinário interposto o caráter fatídico individual, eis que somente a partir da observação de outros critérios de cunho geral (econômico, político, social e jurídico), que suplantam as partes e interessados no processo específico, haverá a possibilidade de conhecimento do recurso, e seu mérito estará vulnerável a apreciação do Supremo Tribunal Federal.

Inegavelmente, a função de “filtro” do instituto instituiu clara negação aos princípios do devido processo legal e do duplo grau de

jurisdição. Basta superficial análise dos artigos trazidos pela Lei 11.418/06 para concluir este raciocínio. Sendo que o destaque maior se encontra naqueles recursos sobrestados, que, não obstante possuírem realidades diferenciadas são tidos como “cópias” e, por conseguinte inadmitidos, não podendo sequer se recorrer dessa decisão. Posteriormente tais recursos são avaliados pelos “Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais” (BRASIL, 2006), ou seja, não terão qualquer oportunidade de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal.

Em termos constitucionais, o devido processo não se resume apenas a solução de litígios sob o auspício de um determinado Estado, mas sim, pelo justo exercício da função jurisdicional que os legitimados pleiteiam junto ao Judiciário objetivando a ratificação de seus valores e direitos fundamentais através da solução de seu litígio. Assim, de nada adianta celeridade se a decisão advinda não possui qualidade. A estrutura procedimental deve se conjecturar no espaço-tempo que lhe é garantido a Constituição Federal, para que possa inclusive estar aberta à discursividade imbuída pela principiologia contemporânea. (LEAL, 2010). De outra forma, editar e efetivar institutos que restringem participação e influência, nunca será o melhor caminho para solução de conflitos.

3 Relevância da Questão Federal e seu impacto na interposição de Recurso Especial

As mesmas diretrizes críticas estabelecidas para o requisito da Repercussão Geral se aplicam ao instituto da Relevância da Questão Federal para conhecimento do Recurso Especial. Isto é fato. A função de filtro a cada Emenda (no caso a 125/2022) à Constituição Federal toma corpo no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Não se sabe qual o pensamento do legislador constituinte, se não o político, quando dificulta à sociedade acessibilidade à Justiça. Sim, a crítica é dura, porque processo e o procedimento não possuem distinções, a não ser que o interesse não seja o da efetivação da jurisdição.

Sabido que o Superior Tribunal de Justiça, conhecido como tribunal cidadão tem sua criação a partir da Constituição de 1988, espera-se que se aplique o que diz o Estatuto Constitucional. Como o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça dedicou-se a criação de filtros que pudessem reprimir a sociedade de ver sua pretensão examinada individualmente pela Corte. A título de exemplo, tem-se a Súmula 7 que

tolhe o reexame de matéria probatória pelo Tribunal Superior. (BRASIL, 1990). Evidentemente, há discernimento na compreensão que se trata de um tribunal extraordinário, e que não se deve ocupar com questões que relativamente, estão para os juízos dos tribunais de segundo grau e a primeira instância. No entanto, o uso desenfreado, ou seja, como fundamento para a maioria do não conhecimento dos Recursos Especiais, é que se torna a pecha da restrição ao duplo grau de jurisdição.

Arguição de Relevância é isso. Repercussão Geral também.

No mesmo embate, a sociedade acaba por se tornar carente de estabilidade, previsibilidade e confiabilidade no posicionamento do Tribunal Superior, que possa a ser um colegiado de teses ao invés de ser um colegiado decididor, como se espera. (MARTINS E DUTRA, 2022)

Em seus preceitos, apesar de ser um instituto já conhecido do ordenamento em outras oportunidades, deverá ser, segundo o que a Emenda 125/22 referencia, aplicado após a edição de norma infraconstitucional, no entanto, já se tem tribunais observando o requisito para admissibilidade ou não do Recurso Especial. O velho filtro recursal está sendo aplicado pelos Tribunais de Justiça do Distrito Federal, de Mato Grosso do Sul, de Goiás, da Paraíba e do Piauí. Ora, mais e o regramento constitucional? Isso em apenas dois meses e meio de edição da Emenda.

Enfim, há o incentivo do próprio Tribunal Superior para a aplicabilidade da Arguição de Relevância, entendendo que haverá o cumprimento de sua missão de uniformização da interpretação do Direito federal infraconstitucional. Mais essa missão é dinâmica, a interpretação que se deve dar ao Direito é a correta, como já disse Streck (2009). E qual é a resposta correta que deve suscitar uma interpretação? Aquela que seja constitucional, que tenha a Constituição como aparato jurídico. Ou seja, reduzir a interpretação do decididor àquela do Tribunal Superior contraria a Constituição Federal, exatamente porque o Direito não está inerte e se constrói a partir da sua efetividade no caso concreto.

Na realidade a Arguição de Relevância está mais para racionalização da acessibilidade à Justiça, pois, é certa e considerável a redução de julgamentos que se terá pelo firmamento de uma interpretação única aos variados temas que perpassará pelo Tribunal Superior.

Associado a isso, não cuidou o legislador, como na Repercussão Geral, de discriminar o que de fato seria a “relevância”. Como objetivar o requisito que sua etimologia pauta-se exatamente em interpretações subjetivas? Transparece que a relevância estará ao critério do decididor,

causando consequentemente, a insegurança jurídica e a própria instabilidade no Tribunal Superior. Por oportuno compreender que a esta situação deixa o sujeito vulnerável, ou pelo menos deixará até se estabelecer critérios para relevância do Recurso Especial.

O processo constitucional não pode contar com fatores dessa estirpe, o que torna o filtro restritivo ao direito de ação, que só se encerra após o exercício da jurisdição pela última instância dos tribunais.

Curiosamente, o legislador constitucionalista pretendendo um alvitre básico para definir a pressuposição da relevância, atribuiu às causas valores que de plano caracterizará o atendimento do requisito. Causas acima de 500 (quinhentos) salários mínimos. (BRASIL, 2022) Deixando a cargo do sujeito o ônus da demonstração da existência da relevância se sua causa possuir valor inferior, e considerando sua percepção de relevância e seu estado de espírito, entenderá pela existência ou não do requisito. Novamente, inquestionável a aproximação da insegurança jurídica.

O que levou o legislador ao entendimento de que a causa com valor acima de 500 (quinhentos) salários mínimos é mais relevante que a causa com valor inferior?

Certo é, que o cientista prático do direito deverá também ser um visionário para prestar sua consultoria, devendo esclarecer já na primeira oportunidade que na pretensão recursal futura aos Tribunais Superiores, será certa a quase impossibilidade de se atender requisitos como a Arguição de Relevância e Repercussão Geral, atingindo na realidade os desejos dos decididores.

O diálogo crítico retoma seu círculo vicioso no campo da discutibilidade, para compreender-se que a única certeza neste momento é que relevância será aquilo que o Superior Tribunal de Justiça julgar que é, ou melhor, quiser que seja. Segundo o seu sentir, o seu pensar, o seu aplicar.

Noutro norte, e não menos preocupante, há que ratificar que o Recurso Especial é o instrumento para prevalência da soberania e segurança da lei infraconstitucional e lhe serve como protetor contra quaisquer violações. Nesta conjectura, a lei apenas externaliza o direito infraconstitucional que reconhece a todos. Reconhecível, portanto, que a lei federal se torna relevante. E não se tem lei federal que seja menos relevante. Logo o direito a se resguardar pelo Recurso Especial sempre será relevante e cuidará das especificidades do caso concreto. Como filtrar a relevância do direito reconhecido pela lei?

Se o Ordenamento Jurídico reconhece que há um Direito

estabelecido em lei federal comum a todos, deve-se preservar a sua autoridade, aplicabilidade e uniformidade indistintamente. Isto é assegurado constitucionalmente, não devendo por isto prevalecer um requisito que configura como fechamento de portas, e consequentemente a restrição da acessibilidade democrática à justiça.

A crítica continua.

4 Considerações Finais

A posição referenciada na pesquisa se mostra contrária a recapitulação do sistema de filtros implementado via Constituição Federal. Politizar o processo, o procedimento e o direito de ação na intenção de atingir grandes massas com julgamentos únicos, revisita a tese de que a interpretação legislativa se solidifica em apenas uma vertente, aquela atribuída exclusivamente pelo Tribunal Superior. E como se sabe, isto também solidifica o Direito, caracterizando-o como detentor de uma verdade única, sem variações. Porquanto o assunto alvitrado, está suscetível às opiniões e a críticas.

Institutos filtros, advindos de movimentos reformistas perante a Constituição Federal, só servem aos Tribunais Superiores. Repercussão Geral e Arguição de Relevância da Questão Federal restringem garantias processuais constitucionais pertencentes a todos os legitimados ao processo, o que de plano se remete ao retrocesso.

Visualizados como aparatos céleres, prejudicam o princípio da influência, e principalmente a discursividade que deve estar inserida na estrutura procedimental. Logo, conclui-se, novamente, que tais institutos não atendem ao processo constitucional, que contemporâneo, mormente pela tecnologia a que se caracteriza na atualidade, preza por uma principiologia uníssona, que dilata a participação dos sujeitos no procedimento judicial até atingir o duplo grau de jurisdição no Supremo Tribunal Federal, demonstrando consequentemente a individualidade do caso concreto através do exercício ao direito de ação, o direito fundamental a que se busca.

Referências

BRASIL, Lei 11.417 de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro

de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 de dez. de 2006.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, 21ª ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2022.

BRASIL, **Emenda Constitucional 125 (2022)**. Altera o art. 105 da Constituição Federal para instituir no recurso especial o requisito da relevância das questões de direito federal infraconstitucional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc125.htm. Acesso em: 13 de out. de 2022.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Fundamentos do Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 7, n. 13 e 14, p. 150-163, 1º e 2º sem., 2004.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. A Garantia da Fundamentação das Decisões Jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 8, n. 16, p. 147-161, 2º sem., 2005.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Exame técnico e sistemático do código de processo civil reformado. In: BRÊTAS, Ronaldo Dias de Carvalho e NEPOMUCENO, Luciana Diniz (coordenadores). **Processo Civil Reformado**, 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, p. 407-456, 2009.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. As Reformas do Código de Processo Civil e o Modelo Constitucional do Processo. In: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho e Nepomuceno, Lucina Diniz (Coordenadores). **Processo Civil Reformado**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, p.457-496, 2009.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CASAGRANDE, Érico Vinícius Prado. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário e Garantia Fundamental da Ampla Defesa: estudo do novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário na perspectiva de uma teoria de direito democrático**. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira et al. Súmulas Vinculantes: Sua Ilegitimidade no Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade Mineira de**

Direito, Belo Horizonte, v. 8, n. 16, p. 162-198, 2º sem. 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

MARTINS, Rogério Vidal Gandra da Silva; DUTRA, Roberta de AMORIM. Considerações sobre a arguição de relevância em recurso especial. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-set-16/martins-dutra-arguicao-relevancia-recurso-especial>. Acesso em: 12 de out. de 2022.

NETO, João Pereira Monteiro. Filtro de relevância do recurso especial. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-25/monteiro-neto-filtro-relevancia-recurso-especial>. Acesso em: 13 out. 2022.

SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Manual elementar de processo civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 254.

STRECK, Lênio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988.

STRECK, Lênio Luiz. Súmulas vinculantes em terrae brasilis: necessitamos de uma “teoria para a elaboração de precedentes”? **Revista Brasileira de Ciências Criminais** – RBCCRIM 78, 2009.

VITAL, Danilo. Cinco tribunais já aplicam filtro da relevância para admitir recurso especial. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-out-08/cinco-tribunais-aplicam-filtro-relevancia-admitir-resp>. Acesso em: 13 out. 2022.

Capítulo 6

APONTAMENTOS JURISPRUDENCIAIS ATUAIS SOBRE A MEMÓRIA COLETIVA E O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Cinthia Fernandes Ferreira¹

Henrique Avelino Lana²

1 Introdução

Desde os primórdios humanos, os efeitos da socialização se fizeram perceptíveis. Isso porque, muito embora pareça forte e inabalável, certo é que, diante da natureza, a humanidade configura-se frágil. Na realidade, todo o arcabouço tecnológico e técnicas de sobrevivência desenvolvidos pela espécie humana se deram, em grande medida, justamente com o fito de preservar-se, haja vista sua delimitação física e biológica frente aos demais seres vivos.

Nesse exato sentido, foi que uma das técnicas mais elementares adotadas pelos seres humanos com o objetivo de perpetuação da espécie consistiu, exatamente, no ato de socialização. Afinal, conquanto as teorias contratualistas tenham sido desenvolvidas apenas por volta do século XVII, muito antes de Hobbes, Rousseau e Locke pensarem nos contornos justificadores dos Estados Modernos, os humanos já haviam constituído as mais variadas formas de sociedade, nelas vivendo em comunidades e transmitindo seus aprendizados pela via das próprias gerações.

Por esse motivo é que, de uma forma geral, se faz compreensível a série de eventos e acontecimentos históricos que, somados entre si, constituem a própria vivência e desenrolar da humanidade até os dias atuais.

O homem só se reconhece como humano porquanto há outros com quem interage. Por assim dizer, em razão da socialização ocorrida, ocupa

1 Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e Graduada em Filosofia pelo Centro Universitário Dom Bosco. Assistente de Gabinete do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. E-mail: fcinthiaf@gmail.com

2 Advogado. Doutor em Direito. Pós Doutorado em Direito Empresarial. Professor na PUC/MINAS.

um lugar na história, constitui parte dela e, inclusive, é capaz de modificá-la, dada a liberdade da qual dispõe para fazer escolhas e efetivamente agir no mundo.

Dito isso e dados os efeitos da socialização, verifica-se constituída a própria história da humanidade, na qual os homens individualmente se fazem inclusos e da qual se é possível extrair, ainda que de maneira genérica ou sob perspectivas distintas, uma espécie de memória coletiva, a qual composta de um conjunto de eventos do curso histórico humano.

Em tal memória coletiva, evidentemente, não estará presente a totalidade dos acontecimentos humanos, especialmente porquanto imensuráveis e impossíveis de amplo registro e contabilização. Naturalmente, será constituída ao menos daqueles eventos mais significativos em termos históricos, seja de relevância mundial ou nacional, física ou emocional, análise essa que dependerá do contexto social e sujeitos neles envolvidos.

Há de se registrar que nem sempre tal memória coletiva é constituída exclusivamente de fatos positivos. Na verdade, em grande medida, referida memória engloba também ocorrências trágicas, violentas e negativas de um modo geral, as quais eventualmente possam ter escandalizado o corpo social, comovendo-lhe de tal forma que se tornaram inesquecíveis.

Em face justamente disso e tendo em vista que a memória coletiva é constituída por fatos marcantes na história dos homens, motivo pelo qual são recorrentemente lembrados em razão da publicidade à qual geralmente estão submetidos, por vezes, os indivíduos a eles relacionados invocam um excepcional direito a que julgam fazerem jus: o direito ao esquecimento.

Tal direito, de uma maneira genérica, dispõe sobre a possibilidade de que determinados fatos sejam teórica e abstratamente esquecidos pelo corpo social, não podendo ser lembrados midiaticamente ou utilizados como exemplos em futuras atividades humanas, visto que compreendidos como danosos à privacidade e intimidade do indivíduo dele requerente.

O grande ponto é que, por envolver questões constitucionais principiológicas, sobretudo o conflito entre relevantes princípios e direitos do ordenamento jurídico brasileiro, o direito ao esquecimento é palco de intensas polêmicas e importantes discussões acerca de sua (im)possibilidade de aplicação nos casos concretos, fato que exige intensas reflexões.

Metodologicamente, neste capítulo, far-se-á uma inicial análise sobre a ideia de direito ao esquecimento e sua relação com os direitos da personalidade. Na sequência, promover-se-á uma reflexão acerca dos princípios jurídicos brasileiros envolvidos na temática, bem como da

necessidade de sopesamento nos casos concretos envolvendo o direito discutido. Ato contínuo, discorrer-se-á a respeito do conflito entre os direitos à memória coletiva, à livre expressão, à informação e à imprensa e o direito ao esquecimento. Logo após, promover-se-á consideração quanto ao atual posicionamento das cortes jurídicas brasileiras sobre o tema.

2 Do direito ao esquecimento e sua relação com os direitos da personalidade

Sem pretender esgotar o assunto, certo é que o ato de esquecer apresenta-se tema polêmico. Para a Filosofia, pode relacionar-se com a escolha humana de negar a si o registro da própria consciência; para a Psicologia, alcança um contraste às ideias da famosa e histórica reminiscência e, para a História, consiste na opção por negar um conjunto de experiências individuais ou coletivas que constituem o homem ou a própria humanidade.

Não obstante isso, na atualidade, dentre as mais motivadas pretensões humanas, encontra-se estampada uma incessante busca pela eternização de variados fatos. Tal eternização, por sua vez, se dá em nítida oposição à ideia de esquecimento e tem sido grandemente alcançada mediante armazenamento em massa de dados e informações pelas vias tecnológicas, com disponibilização ampla e sem precedentes ao mundo globalizado.

O grande ponto, entretanto, que gera discussões nesta vasta sociedade da transparência (HAN, 2017, p. 111) diz respeito à (in) existência de limites à exposição em massa dos referidos dados e informações armazenados - ou, de forma mais abrangente, dos eventos que constituem a memória coletiva construída.

Muito embora seja essencial a memorização de ocorrências históricas, certo é que, por diversas vezes, em razão da publicidade à qual estão submetidos, os sujeitos nelas envolvidos podem se sentir desconfortáveis, atacados em suas intimidades e privacidades, com a publicização e lembrança dos fatos.

Por estarem recorrentemente sujeitos aos julgamentos sociais e midiáticação em massa, sobretudo em face da liberdade de expressão e de imprensa garantidos aos cidadãos, bem como física e mentalmente expostos às consequências desta exposição, os indivíduos buscam amparo junto aos direitos a que fazem jus em seus respectivos Estados. Noutras

palavras, postulam o direito ao esquecimento daquilo que desejam não seja mais lembrado pelo corpo social, o que gera demandas conflituosas e polêmicas decisões judiciais.

Em síntese, tal direito ao esquecimento dispõe sobre a possibilidade de que determinados fatos sejam teórica e abstratamente esquecidos pelo corpo social, ainda que sejam indiscutivelmente verídicos, desde que causadores de profundo abalo social e emocional aos envolvidos, bem como decorrido certo lapso temporal desde o acontecimento. Por isso, inclusive, que tal garantia também pode abarcar vítimas e familiares relacionados.

No Brasil, em que pese a Carta Magna não faça menção expressa ao referido direito ao esquecimento, aqueles que entendem por sua existência o fazem com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da Constituição Federal de 1988), do qual decorrem os próprios direitos da personalidade dispostos no Código Civilista de 2002.

Na hipótese, defendem que, violada a intimidade, privacidade, honra e imagem dos indivíduos (art. 5º, inciso X da Constituição Federal e Capítulo II do Título I, Livro I, do Código Civil de 2002), com um consequente desconforto desmedido em razão da publicidade e memorização de certos fatos, surge para tais sujeitos a possibilidade de pleitearem uma espécie de esquecimento do ocorrido, compreendendo que os transtornos deles decorrentes e os constrangimentos causados ferem a dignidade das respectivas pessoas envolvidas.

Argumentam, inclusive, que a falta de expressa menção legislativa ao direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro não constitui óbices ao seu reconhecimento enquanto garantia dos indivíduos. Primeiro, porque, nos termos de Norberto Bobbio, “também os direitos do homem são, indubitavelmente, um fenômeno social”, motivo pelo qual há uma “[...] estreita conexão existente entre mudança social e nascimento de novos direitos [...]” (BOBBIO, 2004, p. 63). Segundo, porquanto os direitos da personalidade não foram previstos exaustivamente no Código Civil, tratando-se de um rol meramente exemplificativo (FRANCESCHET; DIAS, 2020, p. 61), fazendo-se possível a inclusão, portanto, do discutido direito ao esquecimento.

Em suma, não obstante seja indiscutível a importância da manutenção da memória coletiva e do direito à informação sobre ela, há quem defenda uma limitação desta garantia por compreender que, por vezes, ela confronta a própria dignidade dos sujeitos. Nestes casos, aduz-se que é possível o pleito de esquecimento do ocorrido, fazendo com que tais

lembranças indesejadas sejam abstratamente apagadas da memória coletiva e possibilitando que os indivíduos envolvidos sejam “deixados em paz”, não mais sendo incomodados com o assunto.

A grande questão do esquecimento, todavia, é que a discussão vai muito além da mera (im)possibilidade de seu reconhecimento enquanto direito. Envolve, na realidade, uma análise principiológica ampla do sistema jurídico, com base nos contornos teleológicos da Constituição Federal do Estado brasileiro. Afinal de contas, se pura e simplesmente garante-se o direito ao esquecimento aos sujeitos de modo a preservar-lhes a dignidade humana, não se fazendo qualquer ponderação ou sopesamento de ideias, pode-se eventualmente violar a liberdade de imprensa, de expressão em geral, o direito à informação e à memória coletiva, todos derivados do importantíssimo direito constitucional à liberdade (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal).

Por esse motivo, essencial se faz uma reflexão pormenorizada acerca do conflito entre os princípios constitucionais que envolvem o direito ao esquecimento, bem como a necessidade de sopesamento nos casos concretos tendo em vista as possíveis consequências no plano fático de sua (in)aplicabilidade.

3 Dos princípios constitucionais e a necessidade de sopesamento com relação ao direito ao esquecimento

Em relação aos princípios constitucionais, é adequado se fazer menção a espécies de diretrizes gerais admitidas no plano constitucional e que servem de norte para a criação legislativa, interpretação normativa e aplicação jurídica nos litígios sociais. Em outros termos, referem-se os princípios a normas abstratas do ordenamento jurídico que guiam a própria existência e contornos do Estado Democrático de Direito.

Tomando-se isso por base, certo é dizer que a ordem principiológica não cumpre as mesmas funções das regras jurídicas. Muito embora ambas possam ser classificadas como normas, os princípios assumem um grau de abstração tamanho que, especificamente nos casos concretos, serão aplicados apenas de forma parcial e sopesada, e não integralmente, tal como ocorre com as regras.

Em termos práticos, não se pode simplesmente aplicar, por exemplo, a integralidade do princípio da publicidade do processo e dos atos processuais (art. 93, IX da Constituição Federal de 1988 e art. 11 do

Código de Processo Civil) em todos os processos judiciais. Isso porque determinados casos demandam um sigilo excepcional da justiça como medida de se assegurar, inclusive, o próprio princípio da dignidade humana, no qual se faz incluso o direito à preservação da intimidade (art. 189, III da Constituição Federal de 1988), os quais poderiam restar facilmente violados se apenas ignorados em detrimento de uma ampla publicidade dos fatos.

A ordem principiológica deve ser cuidadosamente sopesada, ou seja, com ponderação dos princípios aplicáveis ao caso concreto, de modo que se estabeleça seus pesos abstratos e, pois, a preponderância de um por sobre o outro na específica situação analisada.

Exatamente por sua abstração e generalidade, os princípios podem, eventualmente, ser conflitantes, do que se extrai a necessidade de aplicação equilibrada nas demandas sociais.

Quanto ao direito ao esquecimento, verifica-se que é grandemente fundamentado nos direitos da personalidade dispostos aos sujeitos de direito no Código Civilista, os quais decorrentes do princípio da dignidade humana amplamente protegido pela Constituição Federal de 1988.

Todavia, se, por um lado, pode o referido direito ao esquecimento ser extraído do princípio da dignidade, por outro, pode consubstanciar-se como violador de outras garantias constitucionais. Afinal, de certo modo, também uma das mais imprescindíveis e protegidas garantias da ordem constitucional é, justamente, a liberdade, da qual derivam incontáveis direitos que visam proteger os cidadãos contra as arbitrariedades do Estado, bem como dos próprios semelhantes que ousarem contrariá-la.

Ao que parece, alguns dos famosos direitos corolários da garantia constitucional à liberdade são o próprio direito à liberdade de expressão e à imprensa, o direito à informação e o direito à memória coletiva (arts. 5º, IX e XXXIII e 216, ambos da Constituição Federal de 1988).

E, também ao que parece, apesar de garantidos constitucionalmente, poderiam tais direitos ser facilmente contrariados por eventual pleito de direito ao esquecimento, uma vez que a exclusão abstrata de uma ocorrência social ou fato histórico marcante poderiam resultar na impossibilidade de midiatização e publicidade do assunto, bem como da livre manifestação da opinião e, especialmente, de constituição da memória coletiva.

Nesse sentido, observa-se restarem conflitantes as garantias constitucionais relacionadas ao pleito do esquecimento, vez que, ao mesmo tempo em que envolvem a dignidade do sujeito requerente e a

manutenção de sua intimidade, privacidade, honra e imagem, abarcam também a liberdade daqueles que se veem no direito de acessar o fato, opinar sobre ele e adicioná-lo à memória coletiva a que fazem jus.

Visível o conflito entre relevantes princípios constitucionais envolvidos no tema relativo ao direito ao esquecimento, visto que, enquanto um o fundamenta, o outro o deslegitima. Por isso, o tema é relevante e se faz necessária uma reflexão pormenorizada em cada caso concreto com a finalidade de se realizar um adequado sopesamento, científico, principiológico.

4 Do direito ao esquecimento e os direitos à memória coletiva, à informação e à livre expressão em geral

Dispostas as considerações relativas ao conflito principiológico que envolve a (im)possibilidade de aplicação do direito ao esquecimento, ao adentrar no plano dos próprios direitos brasileiros, também se faz possível observar garantias que se mostram em divergência para com a lógica do ato de esquecimento. É o caso, por exemplo, do direito à memória coletiva, à informação, à livre expressão em geral e à imprensa, se colocados estes em comparação com o direito ao esquecimento.

Isso porque, segundo o professor Yuval Noah Harari, “[...] a vida continua de geração em geração [...]”, pois “tudo está conectado, e cada um depende do outro [...]” (HARARI, 2018, p. 333). Por esse motivo, de uma maneira geral, todas as ações humanas e, pois, ocorrências históricas estão interligadas e compõem uma espécie de memória coletiva.

Nesse sentido, forma-se uma teia de acontecimentos históricos que conformam a própria história humana, fato que inclusive dá origem à relevante garantia da memória coletiva protegida na Constituição, especificamente em seu art. 216. Nele, prevê-se que “constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”, protegendo-se, em suma, o direito à memória dos povos.

Junto a isso, ou seja, à proteção da memorização histórica, vê-se igualmente tutelado o direito à informação das pessoas. Afinal de contas, tratando-se o Estado de uma abstração comum pertencente àqueles a ele submetidos, preza-se por uma publicidade ampla dos fatos, de modo a assegurar que todos possam se inteirar dos assuntos que envolvem o interesse

coletivo. Não por outro motivo, inclusive, que se prevê o famoso princípio da publicidade, bem como o direito à informação, além de medidas para o caso de haver violações destas garantias (arts. 37, *caput*, e 5º, XXXIII, da Constituição Federal de 1988).

Em sequência e à vista disso, ou seja, ao fato de que o ordenamento jurídico tutela o direito à memória em intrínseca relação com o direito à informação dessa mesma memória, observa-se a decorrência de outros direitos que, com eles, também se relacionam, quais sejam o direito à liberdade de expressão e à imprensa. Isso porque, de maneira simples, não se pode olvidar a importância da mídia em geral como veículo da própria publicidade, levando aos povos o conhecimento sobre os fatos de interesse coletivo. Por consequência, não se pode esquecer o relevante papel da opinião pública em geral sobre tais acontecimentos, a qual observada a partir de uma livre expressão manifesta e como exercício de efetiva democracia.

Em que pese isso tudo, por outro lado, quando analisado o direito ao esquecimento propriamente dito, verifica-se sua interligação com outros direitos distintos que, em situações práticas, podem conflitar com as próprias garantias relativas ao interesse público. É o caso, por exemplo, dos já citados direito à intimidade, privacidade, honra e imagem dos indivíduos (art. 5º, inciso X da Constituição Federal e Capítulo II do Título I, Livro I, do Código Civil de 2002).

Estes zelam pela inviolabilidade daquilo que é mais pessoal aos sujeitos de direito, relacionando-se com aspectos mais individuais, subjetivos e que fogem da lógica da ordem pública. Não por outra razão, inclusive, que são chamados de direitos da personalidade, visto que tidos como “[...] mínimos e indispensáveis, intrínsecos a todos que estão na condição de ser humano” (FRANCESCHET; DIAS, 2020, p. 61). Por isso que, apesar de não possuírem um caráter patrimonial, se violados ou ameaçados, podem acarretar a necessidade de indenização pelos danos (FRANCESCHET; DIAS, 2020, p. 63).

Nessa perspectiva, enquanto os direitos à memória coletiva, à informação, à livre expressão em geral e à imprensa buscam tutelar o interesse público, os direitos à intimidade, privacidade, honra e imagem objetivam proteger o interesse do indivíduo. Em face disso, quando colocados na pauta da (in)aplicabilidade do direito ao esquecimento, podem demonstrar-se conflituosos e divergentes, chamando à discussão a necessidade de uma análise principiológica para adequação nos casos

concretos.

Ora, teriam os indivíduos o direito ao esquecimento de certos fatos em detrimento do interesse público, valendo-se da dignidade humana a que fazem jus e com a finalidade de resguardar sua intimidade, privacidade, honra e imagem? Ou deveria prevalecer o interesse público movido pela máquina da publicidade com o fito de assegurar a informação, imprensa e livre expressão dos sujeitos?

Nos casos concretos, as respostas variam; juridicamente, as cortes constante e distintamente se posicionam. Mas vale registrar, todavia, que o próprio Direito é fruto de aspirações sociais, motivo pelo qual está sujeito a constantes mudanças se o contexto histórico e social as exigirem e se os indivíduos as pleitearem, sobretudo considerando um mundo globalizado com ampla comunicação de ideias. Afinal, como diz o professor Harari, “7 bilhões de pessoas têm 7 bilhões de agendas [...]” (HARARI, 2018, p. 12), porém, “um mundo global exerce uma pressão sem precedentes sobre a conduta e a moralidade pessoais” (HARARI, 2018, p. 14).

5 Do atual posicionamento das cortes brasileiras com relação ao direito ao esquecimento

Em termos jurídicos, o direito ao esquecimento há tempos se mostrou como palco de intensas discussões e, como já apresentado, diferentes posicionamentos. No âmbito internacional, por exemplo, fez repercutir o famoso “Caso Lebach” de 1973, analisado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão; o caso “Google Spain S.L, Google Inc. y Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González (C-131/12)” de 2014, julgado pela Corte de Justiça da União Europeia; ou mesmo a “Sentencia 1280/2016”, apreciada pelo Tribunal Supremo da Espanha.

No Brasil, especificamente, referido direito restou amplamente discutido em razão do assassinato de Aída Jacob Curi, no ano de 1958, na cidade do Rio de Janeiro. No caso, passados muitos anos desde o acontecido, a emissora de TV Globo resolveu reconstituir o caso no programa “Linha Direta”, mas sem prévia concordância dos familiares da jovem assassinada. Por esse motivo, descontentes com o ato, em 2004, os irmãos de Aída Curi recorreram ao Judiciário pleiteando reparações.

Todavia, em sede de segundo grau, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no REsp nº 1.335.153 – RJ 2011/0057428-0, entendeu que a

falta de autorização dos familiares não constituía óbices ao exercício da livre expressão de comunicação da emissora, notadamente porque se tratava de garantia amplamente assegurada no âmbito constitucional, motivo pelo qual negou a indenização nos moldes postulados.

Em face disso e por discordância com a decisão proferida, levou-se o tema à repercussão geral no ano de 2017, por meio do Recurso Extraordinário nº 1.010.606. À época, o Supremo Tribunal Federal instaurou audiência pública com a participação de diversos especialistas a fim de discutirem o aparente conflito entre a liberdade de informação e o direito ao esquecimento.

Da mencionada audiência, delineou-se três teses distintas, quais sejam, pró-informação, pela qual se defendeu a inexistência do direito ao esquecimento; pró-esquecimento, pela qual se aduziu uma necessária preservação da dignidade humana; e intermediária, argumentando-se não haver hierarquização entre direitos fundamentais e a necessidade de sopesamento nos casos.

Contudo, quando do efetivo julgamento do caso, o qual ocorrido no ano de 2021, por nove votos contra um, decidiu o Supremo Tribunal Federal que o direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal de 1988. Segundo argumentou o relator à época, o Ministro Dias Toffoli, não se pode pretender o cerceamento do direito à informação ou à livre manifestação nos dias atuais, ainda que decorrido lapso temporal significativo desde o acontecimento do fato, sob pena de se violar as próprias garantias de um Estado democrático.

Aduziu o Ministro, ainda, que a referida decisão não revelava um descuido da Corte para com os direitos da personalidade ou dados e informações de terceiros. Na realidade, reforçava que o fator tempo não deveria influir como uma espécie de “direito social de perdão” nos casos concretos, bem como que a ampliação normativa, como no caso da Lei Geral de Proteção dos Dados de 2018, vem buscando garantir um cuidado necessário e a devida privacidade dos indivíduos, sem prejuízo, naturalmente, de instrumentos como o *habeas data*.

Em suma, consolidou o Supremo Tribunal Federal em 2021 o entendimento de que o direito ao esquecimento é inconstitucional, motivo pelo qual não poderia ser invocado pelos indivíduos junto ao Estado brasileiro.

Todavia, há de se registrar que se trata de tema ainda passível de discussões, especialmente porque relacionado às amplas e constantes

mudanças sociais, podendo eventualmente resultar, no futuro, em alteração jurisprudencial, seja pela via da modificação constitucional ou mesmo dos institutos de *overruling e overriding*.

6 Considerações finais

Obviamente, nestas linhas, não se pretendeu esgotar o tema, haja vista de sua magnitude científica. O direito ao esquecimento é palco de polêmicas discussões e origem de entendimentos divergentes. Isso porque, a bem da verdade, assume intrínseca relação com algo bastante caro à própria humanidade: a conformação histórica e social dos homens enquanto efetivos participantes dos fatos e ocorrências da história por meio de uma memória coletiva.

Para tanto, buscou-se inicialmente delinear os contornos do que configura o ato do esquecimento, passando-se a uma análise pormenorizada dele enquanto direito dos indivíduos em um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, percorreu-se sua relação com os direitos da personalidade previstos no ordenamento jurídico brasileiro, conceituando, caracterizando e relacionando-os ao aspecto individual e subjetivo dos sujeitos.

Na sequência, discorreu-se acerca da lógica principiológica constitucional, sua abstração e generalidade, enfrentando o conflito existente entre as garantias de dignidade da pessoa humana e liberdade quando colocadas na pauta do direito ao esquecimento. Buscou-se, em seguida, discutir a necessidade de sopesamento dos princípios nos casos concretos, tomando por base a teleologia da própria Constituição Federal de 1988.

Ato contínuo, dissertou-se acerca dos direitos diretamente envolvidos na temática do esquecimento, apresentando o conflito existente entre os direitos à memória coletiva, à informação, à livre expressão em geral e à imprensa, que buscam tutelar o interesse público, e os direitos à intimidade, privacidade, honra e imagem, que objetivam proteger o interesse dos indivíduos.

Por fim, realizou-se breve análise do atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal com relação à temática do direito ao esquecimento, cujo entendimento consubstanciou-se na tese de incompatibilidade da referida garantia com o âmbito constitucional. Registrou-se, por fim, que tal decisão, entretanto, não é imutável, em que pese momentaneamente

consolidada pela Corte.

Referências

BAUER, Luciana; BRANDALISE, Giuliana de Miranda. **O direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro: um delineamento do instituto levando em consideração os desafios da era virtual, as contribuições da jurisprudência internacional e o julgamento do RE nº 1.010.606**. Portal Unificado da Justiça Federal da 4ª Região. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&cid_pagina=2151 Acesso em: 07 de out. 2022.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **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: 28 de set. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em 30 de set. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14020.htm. Acesso em: 05 de out. 2022.

FRANCESCHET, Júlio César; DIAS, Wagner Inácio. **Direito Civil: parte geral**. 5ª ed. Bahia: Editora JusPodivm, 2020.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade da transparência**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.

HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus: uma breve história do amanhã**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: uma breve história da humanidade**. 46ª ed. Porto Alegre: L&PM, 2019.

Capítulo 7

A LEGITIMIDADE *AD CAUSAM* NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A IMPRESCINDIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA O PROCESSO CONSTITUCIONAL

Antonio Donizetti de Resende¹

Xenofontes Curvelo Piló²

Filipe Augusto Silva³

1 Introdução

As ações transindividuais têm como legitimado *ad causam* um terceiro, que deverá propor as referidas ações em nome próprio, representando aquele que receberá os efeitos do provimento judicial, ou seja, o legitimado ativo extraordinário representará o real detentor do direito ou interesse, que não poderá figurar no processo das ações transindividuais.

Como referido, o legislador ordinário, ao definir o legitimado ativo para as ações transindividuais optou pelo modelo representativo de processo, mas há duas exceções, onde aquele que receberá os efeitos

-
- 1 Doutorando em Direito - Proteção dos Direitos Fundamentais - pela Universidade de Itaúna. Mestre em Direito - Proteção dos Direitos Fundamentais - pela Universidade de Itaúna. Mestre em Engenharia Geotécnica - Geotecnia de Pavimentos - pela Universidade Federal de Ouro Preto. Pós-Graduado *lato sensu* - Especialista em Engenharia Rodoviária pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Pitágoras de Divinópolis. Especialista em Engenharia de Segurança do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Processual Constitucional pela Faculdade de Pará de Minas. MBA em Mercado de Capitais e Derivativos pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Engenharia Civil pela Fundação de Ensino e Tecnologia de Alfenas. Bacharel em Direito pela Faculdade Pitágoras de Divinópolis. Advogado.
 - 2 Doutorando em Direito - Proteção dos Direitos Fundamentais - pela Universidade de Itaúna. Mestre em Direito - Proteção dos Direitos Fundamentais - pela Universidade de Itaúna. Pós-graduado *lato sensu* - Especialista em Direito Público pela Universidade de Itaúna. Especialista em Ciências Penais pelo Centro Universitário Newton Paiva. Bacharel em Direito pela Faculdade Promove. Bacharel em Ciências Contábeis pela Faculdade Newton Paiva. Advogado.
 - 3 Doutorando em Direito - Proteção dos Direitos Fundamentais - pela Universidade de Itaúna. Mestre em Direito - Proteção dos Direitos Fundamentais - pela Universidade de Itaúna. Pós-Graduado *lato sensu* - Especialista em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro Universitário Newton Paiva. Bacharel em Direito pela Universidade de Itaúna. Advogado.

da sentença poderá intervir processualmente nas ações transindividuais, a primeira é na ação popular, regulamentada pela Lei nº 4.717/65, recepcionada pela CF/88 “Constituição Federal de 1988” (art. 5º, inciso LXXIII, da CF/88), que estabelece que qualquer pessoa (cidadão, art. 1º da Lei nº 4.717/65) é parte legítima para propor ação popular e, a segunda ocorre na defesa dos direitos individuais homogêneos, onde os interessados poderão intervir como litisconsortes, conforme dispõe o art. 94 da Lei nº 8.078/90 – CDC “Código de defesa do Consumidor”. Como exposto, o legislador ao definir o legitimado para as ações transindividuais de forma extraordinária, restringindo a participação do jurisdicionado, real detentor do direito e ou interesse, adotou o modelo autocrático de processo, mas se ancorou nos mesmos princípios aplicados ao processo individual, que se embasam no sujeito e na legitimidade para definir o direito de ação do jurisdicionado no processo judicial.

Apesar de o direito de agir da população (ação popular) já existir desde o Império, positivado no art. 157 da Constituição de 1824, esta ação somente foi regulamentada em 29 de junho de 1965, com a edição da Lei nº 4.717. Já a Lei nº 7.347 - LACP “Lei da Ação Civil Pública”, com objeto bem mais amplo - art. 1º, da LACP -, foi sancionada e editada em 24 de julho de 1985, mas os direitos transindividuais somente foram amparados como deveriam, após a promulgação da Constituição Federal de 1988 com a positivação de vários direitos individuais e coletivos, *u.g.*, os artigos 5º, 196, 225, dentre outros dispositivos constitucionais.

O microsistema de processo coletivo brasileiro é composto pelas normas: Lei nº 4.717/65 - Ação Popular; Lei nº 7.347/85 - Ação Civil Pública; e, Lei nº 8.078/90 - CDC “Código de Defesa do Consumidor”. Mas, o direito transindividual também é regido por outras normas, como por exemplo: Decreto-Lei nº 5.452/43 - CLT “Consolidação das Leis do Trabalho”; Lei nº 10.671/03 - EDT “Estatuto de Defesa do Torcedor”; Lei nº 7.853/89LAPD “Lei de Apoio às Pessoas Deficientes”; Lei nº 13.146/15 - EPD “Estatuto da Pessoa com Deficiência”; e, Lei nº 13.105/15 - CPC/15 “Código de Processo Civil de 2015”, dentre outras.

Como é cediço, a legitimidade *ad causam* consiste na legitimidade ativa ou passiva para pleitear um direito ou interesse em juízo, trata-se de uma das condições da ação. Conforme estabelece o CPC/15, caso o jurisdicionado não reúna os requisitos para as condições da ação, o processo deverá ser extinto sem a resolução do mérito. O *caput* e incisos do art. 485 do CPC/15 estabelecem que o juiz deverá extinguir o processo sem a resolução do mérito quando se verificar a ausência dos pressupostos de

constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, dentre eles, os pressupostos processuais - art. 17 do CPC/15 - legitimidade e interesse processual.

Todavia, conforme supracitado, o legislador ordinário se alicerçou nos mesmos princípios e conceitos aplicados ao processo individual para estabelecer sobre as condições da ação no processo das ações coletivas *lato sensu*, mas, definiu o legitimado - ativo - *ad causam* nas ações transindividuais - exceto na ação popular e na defesa dos direitos individuais homogêneos - no modelo representativo (autocrático) de processo. Assim, o legitimado ativo da ACP postulará direito alheio em nome próprio, mas aquele que receberá os efeitos da sentença ou do acordão não poderá figurar diretamente no processo da ação transindividual. Nesse modelo representativo adotado para as ações transindividuais, o contraditório e a ampla defesa e conseqüentemente, a formação do mérito processual poderá restar prejudicada. Nos casos da ação civil pública passiva, um dos colegitimados, representando a coletividade, estará no polo passivo do processo coletivo *lato sensu*, portanto não será o demandante, mas sim o demandado e, nesse caso, contrariando a tese dos defensores da legitimação extraordinária para as ações transindividuais, que consideram que os efeitos da coisa julgada, art. 103 do CDC, ocorrem *secundum eventum litis* e só incidem para beneficiar o jurisdicionado, no caso das ação civil pública passiva, isso não é verdadeiro, os efeitos da coisa julgada poderá incidir de forma prejudicial ao jurisdicionado.

Assim, a legitimação extraordinária para as ações coletivas, inclusive para a ACP, encontra-se ou não, em conformidade com o processo constitucional? Há duas hipóteses, a primeira considera que a referida legitimação, adotada para as ações transindividuais, inclusive para a ACP, encontra-se em conformidade com os princípios do processo constitucional, já a segunda, entende que não, a legitimação extraordinária ou autônoma adotada para as ações transindividuais, incluindo a ACP, não está em conformidade com os princípios do processo constitucional. Dessarte, utilizando-se o método teórico-bibliográfico dedutivo, partindo-se do macroanalítico para microanalítico, esta pesquisa buscou responder o tema problematizado. Assim, após a análise do arcabouço normativo, jurisprudencial e doutrinário sobre aludido tema, foi possível esclarecer se a referida legitimação *ad causam* é ou não compatível com os princípios do Processo Constitucional e se o mérito processual restará ou não prejudicado nesse modelo de representação processual, adotado para as ações transindividuais no ordenamento jurídico brasileiro.

2 A Ação Civil Pública na tutela dos direitos transindividuais

Conforme já exposto, a ação civil pública objetiva tutelar direitos - de terceira geração - transindividuais, na defesa do meio ambiente, da saúde, dos direitos dos consumidores, das classes de trabalhadores, dentre outros.

Como se sabe, os direitos de terceira geração são fruto da democratização da sociedade contemporânea, que, com a maior participação dos movimentos populares, acompanha o surgimento do Estado democrático de direito. [...]. Esses direitos apresentam a expansão da titularidade individual aos grupos, às minorias étnicas, religiosas e à humanidade, ou seja, sua marca consiste na transindividualidade. [...]. Dentro dessa geração encontram-se os direitos ao desenvolvimento, à paz, ao patrimônio comum da humanidade e, destacadamente, ao meio ambiente, entre outros direitos dotados de dimensão global e cuja titularidade encontra-se em uma universalidade de sujeitos indeterminados ou indetermináveis (titularidade coletiva e difusa). (CARVALHO, 2013, p. 56).

A ação civil pública tem como objeto a tutela dos direitos e interesses transindividuais, definidos no art. 1º da Lei nº 7.347/85 e parágrafo único do art. 81 do CDC. Assim, a defesa coletiva será exercida quando se tratar de: direitos ou interesses difusos, que são aqueles direitos ou interesses transindividuais de natureza indivisível, cujos titulares sejam um número de pessoas indeterminadas ou indetermináveis ligadas por circunstâncias de fato; direitos ou interesses coletivos *stricto sensu*, que são aqueles direitos ou interesses transindividuais de natureza indivisível de que sejam titulares um grupo, categoria ou classe de pessoas, determinadas ou determináveis, vinculadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; e ainda, os direitos ou interesses individuais homogêneos, que são aqueles direitos ou interesses transindividuais decorrentes de origem comum.

Os artigos 82 do CDC e 5º da Lei nº 7.347/85 estabelecem quais são os legitimados que poderão de forma concorrente propor a ação transindividual, inclusive a ACP principal e cautelar, que são: os legitimados universais: Ministério Público e a Defensoria Pública; e os legitimados não universais (aqueles que necessitam da pertinência temática para agir no processo): União, Estados, Distrito Federal e os Municípios; autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista e a associação que esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil e inclua entre as suas finalidades institucionais: a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à

livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, éticos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Como visto, o legitimado para as ações transindividuais, incluindo a ação civil pública, postulará direito alheio em nome próprio, mas aquele que receberá os efeitos da sentença – o destinatário do provimento final - não participará da referida ação transindividual. Como supracitado, o legislador adotou o modelo de representação processual.

No entanto, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2017, p. 197) consideram que a técnica escolhida para a legitimação das ações transindividuais foi à da substituição processual autônoma, exclusiva, concorrente e disjuntiva e não a representativa.

Mas, Luiz Manoel Gomes Junior e Miriam Fecchio Chueiri (2014, p. 1.275-1.277) compreendem que não há fundamento para a substituição processual nas ações transindividuais, pois se trata do modelo de representação processual. Isso, porque na hipótese de substituição processual, o substituto é afetado, positiva ou negativamente, em seu direito material pelos efeitos da decisão. Nas ações coletivas uma sentença de improcedência, independentemente do motivo, com ou não insuficiência de provas, não impedirá a tutela individual do direito, afastando assim o elemento da substituição processual.

A legitimação para as ações transindividuais é denominada por parte da doutrina como extraordinária. Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2017, p. 191-193), por exemplo, defendem que a legitimação para as ações transindividuais deve se denominar como extraordinária, pois vai a juízo defender situação jurídica onde se afirma que é o titular ou vai a juízo defender outra situação jurídica, cuja titularidade é imputada a terceiro. entre esses opostos contraditórios não existe meio termo.

Todavia, há outros entendimentos, Arruda Alvim (2014, p.132) entende que se trata de legitimação autônoma, porque os legitimados *ad causam* nas ações transindividuais não são beneficiários diretos de eficácia favorável. Assim, é sem sentido dizê-lo legitimados extraordinários, mesmo porque não haveria o legitimado ordinário.

Luiz Manoel Gomes Junior (2005, p. 33-35) recomenda afastar a classificação fundada no tipo de interesse protegido e sugere que a denominação da legitimação *ad causam* para a ações transindividuais seja qualificada simplesmente como legitimação processual coletiva. Como evidenciado, essa classificação caracteriza o *legitimatio ad causam* e não cria uma subclasse de legitimados conforme questiona alguns autores que não

admitem a denominação da legitimidade extraordinária ou autônoma.

Importante mencionar que os legitimados ativos para a ACP também poderão propor aos investigados o CAC “compromisso de ajustamento de conduta” que, caso acordado, se redundará no TAC “termo de ajustamento de conduta”. Como este termo possui eficácia de título executivo extrajudicial, se for cumprido e não questionado por outro colegitimado, evitará a propositura da ACP. Mas, somente o MP poderá instaurar o ICP “inquérito civil público”, previsão do art. 129, inciso III da CF/88.

No art. 1º do CPC/15 encontra-se positivado que o processo será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na CF/88. Desta forma, para assegurar o cumprimento e a validade do processo constitucional é imperioso respeitar o princípio do devido processo legal. Este princípio engloba a ampla defesa e o contraditório, previstos, respectivamente, no art. 5º, incisos LIV e LV da CF/88.

Como já exposto, o direito de agir no processo coletivo *lato sensu* funda-se nos mesmos princípios do processo individual, ou seja, no sujeito. No entanto, aquele que sofrerá os efeitos da sentença não poderá participar da respectiva ação coletiva, pois, somente na ação popular o cidadão poderá participar e nas ações que litigam direitos individuais homogêneos (art. 94 do CDC) será possível a intervenção dos interessados como litisconsortes.

Após essas reflexões sobre o processo coletivo *lato sensu* é relevante reiterar que, segundo o *caput* e incisos do art. 485 do CPC/15, o juiz deverá extinguir o processo sem a resolução do mérito, quando verificar a ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do mesmo. Entre eles, os pressupostos processuais previstos no art. 17 do CPC/15 - legitimidade ou interesse processual. Assim, caso o postulante não atenda às condicionantes do art. 17 do CPC/15, o juiz poderá extinguir o processo sem julgar o mérito, colocando fim ao litígio através de uma sentença terminativa.

Mas, segundo o art. 488 do CPC/15, em casos excepcionais, de não preenchimento de todos os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, somente será possível ao juiz decidir e julgar o mérito se a respectiva decisão favorecer a parte que se aproveita da sentença terminativa do art. 485 do CPC/15. Essa exceção, visa o atendimento do art. 4º do CPC/15, que determina que as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito,

incluindo a atividade satisfativa.

Contudo, conforme estabelece o art. 18, *caput* e parágrafo único do CPC/15, ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico; mesmo assim, havendo substituição processual, o substituto poderá intervir como assistente litisconsorcial.

Como visto, em razão de o processo transindividual ser embasado nos mesmos parâmetros do processo singular, que em detrimento dos direitos fundamentais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal – processo constitucional - o juiz somente poderá decidir em conformidade com exposto supra.

Aroldo Plínio Gonçalves (2012, p. 129) ressalta que a legitimação para as ações coletivas possui um caráter extraordinário, pois só através da lei será possível destinar os efeitos do provimento a sujeitos que não participa do processo. Com isso, trata-se de uma exceção ao princípio do contraditório, que exige a possibilidade de participação argumentativa daqueles que sofrerão os efeitos da sentença nos procedimentos que levam a formação do mérito processual, convencimento do juízo e consequentemente, do provimento.

Para que se tenha o devido processo legal, princípio basilar do Processo Constitucional, é imprescindível o contraditório e a ampla defesa em simétrica paridade das partes, pois são requisitos essenciais para a formação do mérito e do dispositivo judicial. Mas, nas ações coletivas *lato sensu* não é bem isso que ocorre, pois, conforme mencionado alhures, aquele que sofrerá os efeitos do dispositivo judicial não poderá exercer o contraditório, haja vista que não está legitimado para postular nas referidas ações transindividuais.

O modelo de representação processual, adotado para as ações transindividuais, recebe críticas de alguns juristas, *v.g.* Fabrício Veiga Costa (2012, p. 267) adverte que o modelo de processo transindividual adotado pelo Brasil reproduz o conceito dogmático, restritivo e autocrático de mérito processual, pois todas as discussões referentes às questões de mérito processual estão concentradas nas mãos dos juízes e dos legitimados extraordinários.

Da mesma forma, inconformado com o atual modelo de legitimação extraordinária para as ações transindividuais, Vicente de Paula Maciel Junior (2006, p. 188) defende que o legitimado - ativo - *ad causam* não deve transcorrer apenas com base no sujeito, mas pela vinculação temática

dos litígios – difusos - transindividuais. Para possibilitar que o dispositivo judicial seja derivado das reais pretensões da coletividade, fundado nos temas e na formação democrática do mérito processual, será necessário realização de audiência pública prévia para viabilizar a participação de qualquer legitimado natural interessado.

Não obstante, aqueles que defendem o modelo representativo de processo das ações transindividuais consideram que os efeitos da coisa julgada, inclusive na ACP, só incidirão (*secundum eventum litis*) para beneficiar os representados e seus sucessores, que poderão promover a liquidação e a execução da sentença nos termos dos art. 96 e 99 do CDC.

Os efeitos *secundum eventum litis* são estabelecidos pelos artigos 16 da LACP e 103 do CDC, os quais determinam que nas ações transindividuais a sentença faça coisa julgada: I - nas ações de natureza difusa: *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas; nesta hipótese, qualquer outro legitimado, valendo-se de novas provas, poderá propor nova ação; II - nas ações de natureza coletiva *stricto sensu: ultra partes*, mas, limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo na improcedência do pedido por insuficiência de provas nos termos do supracitado inciso I. Nestes contextos, a coisa julgada, não prejudicará os interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe, pois não induzem litispendência para as ações individuais; III - nas ações de natureza individual homogênea: *erga omnes*, mas, apenas no caso de procedência do pedido para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores. Mas, alguns juristas entendem que os efeitos da coisa julgada nas ações transindividuais não se formam *secundum eventum litis*, v.g., Antonio Gidi, no extrato infra.

Rigorosamente, a coisa julgada nas ações coletivas do direito brasileiro não é *secundum eventum litis*. Seria assim, se ela se formasse nos casos de procedência do pedido, e não nos de improcedência. Mas não é exatamente isso que acontece. A coisa julgada sempre se formará independentemente de o resultado da demanda ser pela procedência ou pela improcedência. A coisa julgada nas ações coletivas se forma *pro et contra*. O que definirá, de acordo com o “evento da lide”, não é a formação da coisa julgada, mas o rol de pessoas por ela atingidas. Enfim, o que é *secundum eventum litis* não é a formação da coisa julgada, mas a sua extensão “*erga omnes*” ou “*ultra partes*” à esfera jurídica individual de terceiros prejudicados pela conduta considerada ilícita na ação coletiva (é o que se chama extensão *in utilibus* da coisa julgada). (GIDI, 1995, p. 73).

Marcelo Abelha Rodrigues (2017, p. 1.890) também entende

que a expressão que denomina os efeitos da coisa julgada como *secundum eventum litis* não se apresenta tecnicamente adequada. Isso, porque a referida expressão é utilizada para designar determinadas situações em que a autoridade da coisa julgada não se opera, mesmo tendo ocorrido o julgamento do mérito. Esse autor questiona que as razões políticas que, em regra, justificam a autoridade do julgado não poderiam ser aplicadas somente para algumas situações em detrimento de aspectos específicos, *v.g.*, a natureza e a titularidade do direito tutelado, julgamento pela insuficiência de prova, dentre outros motivos.

Entretanto, quando se trata da ação civil pública passiva essas afirmativas se tornam ainda mais preocupantes, pois os efeitos da sentença poderão incidir de forma prejudicial à parte que figurar no polo passivo da respectiva demanda judicial. Na ação civil pública passiva a coletividade e o seu representante (colegitimado extraordinário) não serão os demandantes, mas sim os demandados. Destarte, invertendo a citada lógica professada pelos defensores do atual modelo representativo de processo, os efeitos da coisa julgada na ação civil pública passiva - *secundum eventum litis* - poderão incidir sobre o representado de forma prejudicial. Na ACP passiva a coletividade estará em ambos os polos da ação, assim não há como sustentar que os efeitos da coisa julgada só incidirão para beneficiar o jurisdicionado.

Raimundo Simão de Melo (2014, p. 30) adverte que as definições de interesses ou direitos fixadas pelo CDC são genéricas e não discriminam a matéria, portanto, as positavações que estabelecem sobre os direitos transindividuais e os legitimados *ad causam* para as ações transindividuais (artigos 81 e 82 do CDC) também incidem na seara laboral. Haja vista que, por força do art. 90 do próprio Código de Defesa do Consumidor, essa definição aplica-se a qualquer outro ramo do direito. Assim, tais definições aplicam-se ao Direito do Trabalho, mais especificamente, ao Direito Coletivo do Trabalho, quer seja pela negociação coletiva ou por intermédio do dissídio coletivo. Mas é importante ressaltar que no Direito do Trabalho clássico, quando se refere à criação de novas condições de trabalho, fala-se em interesses no sentido comum, pois os trabalhadores não têm uma garantia real sobre a concretização desses interesses, são apenas pretensões que objetivam a criação ou modificação de certas reivindicações. Porém, interesses transindividuais trabalhistas no sentido de que trata o CDC, são aqueles positivados no ordenamento jurídico pela legislação, sentenças normativas ou pela autonomia privada normativa.

O referido art. 90 do CDC estabelece que nas positavações previstas

no Título III do Código de Defesa do Consumidor, incluindo os artigos 81 e 82 do citado Código consumerista, se aplicam as normas do CPC/15 e da Lei nº 7.347/85, que dispõe sobre a ação civil pública, inclusive no que se refere ao inquérito civil público.

Na hipótese de greve em atividades essenciais com possibilidade de lesão ao interesse público (art. 114, § 3º, da CF/88), o MPT “Ministério Público do Trabalho” poderá ajuizar o dissídio coletivo no Tribunal Regional do Trabalho competente para conhecer e julgar a referida ação. Com fundamento nos artigos 114, inciso II e 129, *caput* e inciso III da CF/88 c/c o art. 83, inciso III, da LC nº 75/93 c/c os artigos 1º, 2º, 5º, 11 e 12, da Lei nº 7.347/85, o MPT também poderá propor uma ACP cautelar passiva em âmbito laboral, nesse caso a ação deverá ser proposta na Vara do Trabalho competente (lugar do dano). Mesmo nas greves em atividades não essenciais, que ofenda os direitos transindividuais da coletividade, o MPT poderá ajuizar ACP passiva nas Varas do Trabalho onde ocorreu o dano. Nesse caso, o legitimado *ad causam* (sindicato) estará no polo passivo da demanda, defendendo direito alheio em nome próprio. Mas, nesse caso os efeitos da coisa julgada não incidirão somente para beneficiar, pelo contrário, poderão ser prejudiciais tanto para o representante (colegitimado para as ações transindividuais) como para os representados.

Conforme determina o art. 11 da Lei nº 7.347/85, na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou, independentemente do requerimento do autor, cominar multa diária, se esta for suficiente ou compatível. Já o art. 84, § 4º, do CDC, estabelece que na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento da obrigação. Assim o juiz poderá, na hipótese do art. 3º do CDC (tutela provisória) ou na sentença, se for suficiente ou compatível com a obrigação, impor, *ex officio*, multa diária ao réu, fixando prazo razoável para o adimplemento do preceito.

Em uma eventual ACP cautelar passiva movida pelo MPT em virtude de paralisação das atividades essenciais com a possibilidade de lesão ao interesse público for julgada como abusiva, a coletividade e seu representante deverão cumprir a sentença judicial. Mas, na hipótese do descumprimento (obrigação de fazer ou não fazer) pelos obreiros, o juiz poderá, de ofício ou a pedido do autor, penalizar o representante,

sindicato da categoria (polo passivo da demanda) com cominação de multa (astreintes). Salienta-se que o sindicato não tem o poder e nem reúne as condições para obrigar os representados cumprirem a citada obrigação.

Essa exemplificação evidencia a importância da participação do destinatário do direito substancial no processo coletivo *lato sensu*, inclusive na ACP, pois somente assim as partes poderão construir o mérito de forma participativa, garantindo o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, requisitos imprescindíveis do Processo Constitucional.

3 Considerações finais

Como exposto alhures, com exceção da ação popular (cidadão) e da defesa dos direitos individuais homogêneos (litisconsórcio), no modelo representativo de processo, adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro para as ações transindividuais, o *legimatio ad causam* nas ações coletivas *lato sensu* - dentre elas a ACP, não será o legitimado natural, mas, um terceiro, que litigará direito alheio em nome próprio e, aquele que sofrerá os efeitos do dispositivo judicial, não poderá figurar no processo das ações transindividuais.

Nas ações transindividuais, o direito tutelado é coletivo, mas os interesses sempre serão individuais, postulados de forma coletivizada. Assim, não se deve olvidar da importância da LACP e do CDC para a tutela dos direitos transindividuais. Mas, em detrimento do modelo representativo de processo adotado pelo legislador ordinário para a legitimação *ad causam* nas referidas ações coletivas, como exposto alhures, compromete o contraditório e a formação mérito processual. Nesse modelo dificilmente obter-se-á um provimento que contemple efetivamente todos os interesses da coletividade. Isso, porque no modelo representativo de processo o mérito processual não se adequará aos reais anseios da coletividade, pois o mérito não é formado pelo legitimado natural, como deveria, mas, por um terceiro, que pleiteará direito alheio em nome próprio, e aquele que suportará os efeitos do provimento não poderá participar do referido processo.

Não observar os princípios do Processo Constitucional consiste no descumprimento dos princípios emanados da própria Constituição Federal 1988. Assim, caberá aos estudiosos do tema reavaliar e aprimorar o atual modelo de processo transindividual ou pela via legislativa, editar um Código de Processo Coletivo para o Brasil.

Além dos problemas inerentes à legitimidade extraordinária (representação processual), que comprometem o contraditório, a ampla defesa e a formação do mérito processual das ações transindividuais, ainda existem as inconveniências próprias das ações coletivas passivas – incluindo a ACP passiva. Como relatado, nessas ações a coletividade estará no polo passivo da demanda e os efeitos da coisa julgada - *secundum eventum litis* - ao invés de beneficiar a coletividade, poderá prejudica-la. Contudo, os legitimados naturais (destinatários do direito subjetivo), apesar de suportarem os efeitos - prejudiciais - da coisa julgada, não poderão participar do referido processo coletivo. Tais fatos, não são condizentes com o devido processo legal, pois prejudicam o contraditório, a ampla defesa e interferem no mérito processual, portanto, o modelo representativo de processo, adotado para as ações transindividuais, incluindo a ACP, não está de acordo com o Processo Constitucional.

Referências

- ALVIM, A. Ação civil pública. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Org.). **Processo Coletivo: do surgimento à atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- COSTA, F. V. **Mérito processual: a formação participativa nas ações coletivas**. Belo Horizonte: Arrais Editores, 2012.
- CARVALHO, D. W. de. **Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- DIDIER JR., F; ZANETI JR., H. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 11. ed. Salvador: JusPoivm, 2017.
- GIDI, A. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GOMES JR., L. M.; CHUEIRI, M. F. Sistema coletivo: porque não há substituição processual nas Ações coletivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Org.). **Processo Coletivo: do surgimento à atualidade**. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2014, p. 1.271-1.280.
- GOMES JR., L. M. **Curso de direito processual civil coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- GONÇALVES, A. P. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed.

Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

MACIEL JR., V. de P. **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como a ações temáticas.** São Paulo: LTr, 2006.

MELO, R. S. de. **Ação civil pública na justiça do trabalho.** 5. ed. São Paulo: LTr, 2014.

RODRIGUES, M. A. **Fundamentos da tutela coletiva.** Brasília; Gazeta Jurídica, 2017.

Capítulo 8

AS ALTERAÇÕES NORMATIVAS TRAZIDAS PELA LEI 13.467/17 E O (IN)EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA¹

Ariete Pontes de Oliveira²

Maria Luísa Ferreira da Mota Amaro³

1 Introdução

O presente trabalho tem como objetivo principal denunciar a afetação do direito humano fundamental do acesso à justiça em decorrência das alterações processuais promovidas pela Lei 13.467/17. Nesse sentido, além de buscar compreender quais os efeitos práticos que decorrem dessas alterações, procurou-se compreender o contexto sociojurídico em que se deram, bem como os argumentos que permeiam o Judiciário e a busca de uma aplicação econômica dos direitos sociais.

O ordenamento juslaboral tem por objeto central a proteção do trabalhador, parte hipossuficiente e subordinada na relação de emprego. Assim, a tutela é conferida à pessoa humana do trabalhador que, por vez, é base do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, a fim de tutelar a pessoa do trabalhador por meio do valor trabalho, o constituinte de 1988 garantiu centralidade ao valor trabalho na ordem constitucional, garantindo, ainda, *status* prioritário do valor trabalho como direito social.

A efetividade da tutela material juslaboral será assegurada pelo Direito processual trabalhista. Contudo, desconSIDERANDO a finalidade dessa tutela, a publicação da Lei 13.467/17 veio desregulamentar diversas garantias conferidas aos trabalhadores e, em especial, veio afetar o efetivo direito humano fundamental do acesso à justiça. É importante notar que, sendo o valor trabalho considerado essencial para a formação do ser

1 A presente pesquisa encontra-se fomentada pelo PROGRAMA DE BOLSAS DE PRODUTIVIDADE EM PESQUISA - PQ/UEMG - CHAMADA 01/2021

2 Doutora em Direito Privado com ênfase em Direito do Trabalho pela PUC/Minas. Professora efetiva da UEMG-DIAMANTINA, curso fora de sede em Guanhães/MG. Avaliadora do BASIS. Advogada Trabalhista. Secretária Adjunta da Comissão Educação Jurídica da OAB/MG. ariete.oliveira@uemg.br

3 Graduanda em Direito, Universidade do Estado de Minas Gerais, maria.luisa21@hotmail.com

humano, é necessário um Judiciário fortalecido, bem como uma legislação apta à proteção eficiente, o que resta questionamento a partir das normas trazidas pela Lei 13.467/17.

Dessa forma, a presente pesquisa tem o intuito de compreender em que termos o direito humano fundamental do efetivo acesso à Justiça foi desregulamentado pela Lei 13.467/17.

A análise da presente pesquisa observou aspectos quantitativos e qualitativos, buscando certificar e comparar dados quantitativos x demandas judiciais trabalhistas, tendo como marco temporal a Lei 13.467/17. A presente pesquisa estrutura-se por meio da revisão bibliográfica de fontes primárias e secundárias, tendo como metodologia uma pesquisa descritiva e explicativa.

Ao final, conclui-se afirmando que a Lei 13.467/17 é fruto de processo neoliberal precarizante, caracterizado pela redução de direitos sociais e de sua proteção jurídica, levando em consideração apenas números e cálculos econômicos. Ademais, busca-se demonstrar a existência de um discurso ideológico, o qual distorce a realidade trabalhista e seus dados, a fim de tipificá-la como uma justiça informal e que, em sua maioria, trata de demandas frívolas, tendo como fim a extinção dessa Justiça especializada.

2 Lei 13.467/17 e tentativa de subversão da sistemática protetiva

Em primeiro lugar, cumpre tecer comentários sobre o capitalismo e, em especial, sobre sua crise a partir da década de 70. A sociedade atual se insere em um modelo de produção capitalista, dotado de contradições, que se desenvolve a partir do século XIV com o declínio do sistema feudal e consequente renascimento comercial (SCHEIFER, 2019).

Scheifer (2019) salienta que, em seu desenvolvimento como um modelo econômico, o capitalismo passou por diversas fases, entre elas, cumpre citar a implementação do modelo Liberal Clássico, em que se defendia a inércia do Estado em respeito ao preceito *laissez-faire*. Ainda segundo o autor, essa fase clássica durou, aproximadamente, cinquenta anos, perpassado por diversas crises, entre elas, a de 1929, tendo como consequência o aumento do debate sobre quais seriam as formas adequadas de intervenção do Estado de forma a propiciar a reestruturação da economia dos países.

A década de 1970 é cenário de uma nova crise, cuja estabilidade

econômica garantida anteriormente se perde, aumentando a recessão, que se torna prolongada e generalizada com a consequente elevação de preços, desestabilizando a economia mundial (SCHEIFER, 2019). Cosoante Scheifer (2019), nesse ponto, o capitalismo busca implementar respostas, reformulando-se e reestruturando-se.

Quando se fala em neoliberalismo, Brown (2019, p. 29) indica não haver um conceito definido, mas que é comumente associado a um “[...] conjunto de políticas que privatizam a propriedade e os serviços públicos, reduzem radicalmente o Estado social, amordaçam o trabalho, desregulam o capital e produzem um clima de impostos e tarifas amigável para investidores estrangeiros”.

Dessa maneira, o Estado deixa de intervir no mercado financeiro e também reduz a sua atuação junto a tutela e prestação dos direitos sociais. Scheifer (2019) ressalta que a ideologia neoliberal se espalhou pelo globo ainda na década de 80, do séc. XX, tendo como marcadores históricos os governos de *Thatcher* no Reino Unido, e de *Ronald Reagan*, nos Estados Unidos. O resultado da política neoliberal leva às privatizações e, no plano da tutela juslaboral, o Direito do Trabalho é afetado por intensa desregulamentação.

Para Gonzales *et al* (2009), falar em flexibilização, leia-se desregulamentação, significa tentativa de redução de trâmites burocráticos, os quais nem sempre serão responsáveis por incorporar prejuízo aos direitos e garantias justralhistas. Contudo, a conotação adotada pelos países capitalistas, a partir dos anos 1980, traduziu-se em da tutela trabalhista, numa clara desregulamentação.

Nesse contexto, vieram as desregulamentações juslaborais nos anos 90, do séc. XX no Brasil e no tempo presente a desregulamentação se apresentou pela Lei 13.467/17 que, representou resposta dada ao capitalismo desenfreado, de modo a afetar direitos de natureza material e especialmente, de ordem processual, atacando diretamente o princípio fundamental do livre acesso à justiça.

Nesse sentido, aponta-se a restrição a concessão dos benefícios da justiça gratuita aos trabalhadores litigantes e ainda, a possibilidade de condenação em honorários periciais e de sucumbência daquele que é beneficiário dessa garantia em caso de sucumbência de seus pedidos⁴

4 Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita. § 4º Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no caput, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo.

(artigo 790-B, da CLT).

A Lei 13.467/17 é fruto do Projeto de Lei 6.787/2016, apresentado em 23 de dezembro de 2016 e aprovado em 13 de julho de 2017, que tramitou por menos de seis meses, sendo legalizado às pressas, ignorando-se as consequências complexas e negativas que poderiam advir dessa desreforma, as quais são dotadas de alto impacto social e econômico (ECORSIN, 2019).

Em sede de argumentação, os parlamentares alegam a necessidade de aprimoramento das relações de trabalho no Brasil, uma vez que há “um nível elevado de judicialização das relações do trabalho, o que é retratado pela quantidade de ações trabalhistas que anualmente dão entrada na Justiça do Trabalho” (BRASIL, 2017, p. 8).

Para os parlamentares, era necessário flexibilizar o processo de contratação de trabalhadores, permitindo que a empresa contratasse diretamente com os empregados, valorizando o diálogo social a partir de pactos laborais, devendo prevalecer o negociado (BRASIL, 2017).

Para Scheifer (2019, p. 67-68), essas reformas podem ser agrupadas em três eixos: o primeiro, responsável pela afetação do Direito material individual; o segundo, pelo afeto ao Direito material coletivo; e o terceiro, afetando o Direito processual do trabalho.

O presente trabalho irá se pautar nesse terceiro grupo, em especial no que se refere à cobrança de multa por litigância de má-fé a ser imposta ao trabalhador, bem como a condenação do beneficiário da justiça gratuita ao pagamento de honorários de sucumbência e periciais, e ainda, pela alteração dos requisitos para deferimento da gratuidade. Enfim, pela afetação ao direito ao efetivo acesso ao Judiciário trabalhista.

Nesse sentido, a presente pesquisa apresenta como a desforma trabalhista veio afetar o direito humano fundamental ao efetivo acesso à justiça pelos trabalhadores.

2.1 Alterações processuais promovidas pela Lei 13.467/17 no que toca ao direito humano fundamental ao efetivo acesso à Justiça pelos trabalhadores

Neste tópico, serão apresentadas as alterações normativas implementadas pela Lei 13.467/17 responsáveis pela afetação do direito humano fundamental ao efetivo acesso à justiça pelos trabalhadores e, por consequência, mitigadoras da efetividade dos demais direitos humanos

fundamentais referentes ao trabalho, já que o Direito processual do trabalho tem por fim a efetiva tutela ao Direito material do trabalho.

De acordo com o artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal⁵, o Estado deverá prestar assistência judiciária gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Nesse sentido, Schiavi (2017) salienta que assistência judiciária gratuita é gênero do qual se extrai como espécie a justiça gratuita.

A primeira se refere ao direito de a parte hipossuficiente ser representada em juízo por um advogado, gratuitamente, e, em complemento, a garantia de isenção de todas as eventuais despesas processuais. Já a segunda nada mais é que o direito à isenção de todas as taxas processuais, como custas, honorários de perito etc. (SCHIAVI, 2017).

Em primeiro lugar, a Lei 13.467/17 foi responsável pela alteração dos requisitos para a concessão dos benefícios da justiça gratuita, passando a estabelecer hipossuficiência presumida em relação àqueles trabalhadores que recebam salários iguais ou inferiores a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, qual seja de R\$2.834,88 (dois mil oitocentos e trinta e quatro reais e oitenta e oito centavos = 40% de R\$7.087,88, em 2022). E, para aqueles que recebam remuneração acima da presunção prevista, o benefício será deferido desde que a parte comprove sua hipossuficiência.

Outra alteração significativa diz respeito à nova redação dada ao artigo 790-B da Consolidação das Leis Trabalhistas, a qual impõe a responsabilidade pelo pagamento de honorários periciais pela parte sucumbente, ainda que beneficiária da justiça gratuita.

Assim, até mesmo nos casos em que a parte é beneficiária da justiça gratuita, que, constitucionalmente, em teoria, é isenta de custas e taxas processuais, na sistemática trabalhista, passava, pelo texto original da Lei, a ser responsável pelo pagamento dos honorários devidos ao perito, em caso de sucumbência na produção dessa prova.

Antes da Lei 13.467/17, vigorava a Orientação Jurisprudencial 387 TST-SDI-I - 11 do TST, a qual previa a responsabilidade da União pelo pagamento dos honorários de perito quando a parte sucumbente fosse beneficiária da Justiça Gratuita.

5 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

Em continuidade, a Lei 13.467/17 foi responsável pelo acréscimo do artigo 791-A, alterando a disciplina dos honorários sucumbenciais no tocante ao beneficiário da justiça gratuita, indicando a necessidade de pagamento destes honorários, ainda que a parte goze do benefício da justiça gratuita. Além da previsão de cobrança de honorários sucumbenciais à parte hipossuficiente, passou-se a permitir a chamada “sucumbência recíproca” ou parcial.

Capelletti e Garth (1988) já se manifestavam no sentido de serem as custas uma poderosa barreira ao acesso à Justiça, em especial nos sistemas jurídicos que aplicam o ônus da sucumbência. Isso porque, a menos que o litigante em potencial tenha a certeza de sua vitória ao final da lide, ele enfrentará um risco enorme, pois, ao final, pode pagar as custas de ambas as partes. Além disso, não é possível prever quais serão as despesas, tanto de sua parte quanto da contrária, afastando, assim, o trabalhador da tutela estatal.

Por fim, a Lei 13.467/17 foi responsável por acrescentar cinco parágrafos ao art. 844 da CLT, os quais também são responsáveis pela mitigação do acesso à justiça, ao inserir outra hipótese de diminuição de seu alcance ao prever outra possibilidade de pagamento de custas processuais pelo beneficiário da justiça gratuita. Esta se daria em caso de ausência da parte reclamante à audiência inaugural.

De forma ainda mais grave, pode-se observar que o §3º, do art.844 da CLT, condiciona o pagamento das custas ao ajuizamento de outra demanda, sendo responsável pelo afastamento do litigante de baixa renda.

Em suma, o próprio Estado-juiz que já havia reconhecido a impossibilidade de pagamento, ao lhe deferir a justiça gratuita, ignora essa situação, abrindo possibilidades interpretativas para a cobrança em desfavor do litigante hipossuficiente. Traduzindo a situação narrada, esse trabalhador não demandará seus pretensos direitos em uma nova demanda, por estar impossibilitado para tanto, sendo uma consequência desproporcional e injusta.

Não há como sustentar a validade das normas processuais trazidas com a Lei 13.467/2017, tendo sido essas questões discutidas em sede de Controle Concentrado no Supremo Tribunal Federal, via Ação Direta de Inconstitucionalidade 5766.

Nesse sentido, passa-se ao estudo da referida ação, bem como, ao final, questiona-se quais seriam os próximos passos para que se houvesse o reestabelecimento efetivo do acesso à Justiça.

3 Ação Direta de Inconstitucionalidade 5766

Em sede de controle concentrado de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a analisar as proposições normativas aqui tratadas. A Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5766 foi proposta pelo Procurador Geral da República (PGR) ainda em 2017. Posteriormente, distribuída para o Relator Min. Roberto Barroso, em 28 de agosto de 2017, tendo sido o julgamento suspenso em 09 de maio de 2018, e votada, oficialmente, em outubro de 2021.

Em sede de parecer técnico, o PGR alegou a inconstitucionalidade dos artigos 790-B, *caput* e §4º; 791-A, *caput* e §4º; e 844, §§2º e 3º, os quais preveem a necessidade de pagamento de honorários periciais e advocatícios de sucumbência, bem como a obrigatoriedade de pagamento das custas pela ausência injustificada à audiência de julgamento, ainda que a parte seja beneficiária da justiça gratuita.

Para o Procurador, a denominada “reforma trabalhista” promoveu intensa desregulamentação da proteção social do trabalho, inserindo 96 disposições, as quais, em sua maioria, são responsáveis pela redução material dos direitos dos trabalhadores (BRASIL, 2017). Argumentou que a legislação impugnada contraria a garantia fundamental destinada aos trabalhadores considerados socialmente mais vulneráveis, atacando frontalmente sua tutela judicial trabalhista, que integram o mínimo existencial a ser assegurado, uma vez que o acesso ao judiciário é indispensável ao provimento de condições materiais mínimas de vida do trabalhador pobre (BRASIL, 2017).

Nesse sentido, pode-se afirmar que o legislador se esqueceu que a gratuidade judiciária é meio indispensável de acesso à Justiça pelo trabalhador com baixo padrão salarial na tutela de seus direitos atinentes ao trabalho. Registre-se que a Justiça trabalhista é responsável pela tutela do mínimo existencial garantido ao trabalhador, bem como de afirmação da dignidade do trabalhador, e, de certa forma, do seu direito a ter direitos (BRASIL, 2017). Para o PGR (BRASIL, 2017), as normas em comento geram um ônus desproporcional aos indivíduos vulneráveis que, acabam, por consequência, desassistidos (BRASIL, 2017).

A votação final teve como resultado a declaração de inconstitucionalidade das disposições dos artigos 790-B e 791-A, por maioria dos votos dos ministros (6x4), entretanto, o artigo 844 e seus cinco parágrafos foram considerados constitucionais pelo Plenário. A fim de

compreender a ADI 5766, passa-se a análise de dois votos paradigmáticos.

O primeiro voto a ser analisado é o do Relator, Ministro Roberto Barroso, que votou pela constitucionalidade de todos os dispositivos questionados. O Ministro Barroso justifica, em seu voto, que as normas processuais devem criar incentivos e desincentivos a fim de equilibrar o custo individual e social da litigância, impedindo o ajuizamento de demandas frívolas e aventureiras, sendo essa a finalidade da Lei 13.467/17 (BRASIL, 2018).

Em continuidade, o Relator Min. Roberto Barroso sustenta que a Lei 13.467/17 apenas busca solução justa, visando a utilização do Judiciário de forma racional, impedindo lides temerárias e de má-fé (BRASIL, 2018). Para fundamentar sua argumentação, o Relator apresenta dados de outros países para comprovar que a litigiosidade no Brasil é excessiva, prejudicando “o mercado de trabalho, os trabalhadores e os empreendedores corretos e honestos” (BRASIL, 2018, p. 16). Compara, ainda, o custo do Judiciário brasileiro com outros países, alegando ser o percentual gasto no Brasil maior que a média mundial.

Ao prever que o beneficiário da Justiça gratuita arque com os honorários periciais em caso de sucumbência, para o Ministro Barroso, não há que se falar em inconstitucionalidade, visto que a parte formulou pretensão indevida e, se houve a atuação de um perito, não cabe à União, e em consequência à sociedade, arcar com tal gasto (BRASIL, 2018).

Ademais, ao prever o pagamento de honorários sucumbenciais pelo beneficiário da justiça gratuita, a Lei 13.467/17 também não incorre em erro, sendo razoável a previsão, uma vez que “a parte vencida, ainda que beneficiária da justiça gratuita, não precisa pagar nada, salvo se, nos dois anos seguintes, deixar de ser hipossuficiente” (BRASIL, 2018, p. 24). Assim, não se afeta o acesso à Justiça, pois, para o Ministro, não se condiciona a propositura da ação a nenhum pagamento.

Entretanto, o Ministro Barroso, atento à natureza das verbas alimentares e da garantia de um mínimo existencial, aponta a necessidade de utilização de certos critérios, sendo estes:

[a] utilização de créditos havidos em outros processos observará os seguintes critérios: i) não exceder 30% do valor líquido recebido, por aplicação analógica das normas que dispõem sobre o desconto em verbas alimentares; ii) não incidir sobre valores inferiores ao teto do Regime Geral da Previdência Social, atualmente R\$ 5.645,80 (BRASIL, 2018, p. 30).

Por fim, em relação ao artigo 844 e parágrafos seguintes, para o Ministro Barroso, não deveria haver nenhum questionamento acerca da sua constitucionalidade, pois busca apenas o combate à litigância de má-fé de oportunistas contumazes (BRASIL, 2018).

Em sentido oposto, e atento à finalidade do Direito material e processual do trabalho, o Ministro Edson Fachin, segundo votante, alega a duvidosa constitucionalidade das disposições analisadas, que configuram indicativo de esvaziamento do interesse dos trabalhadores hipossuficientes econômicos. Esse fator imperaria o receio de que suas demandas, ainda que vencedoras, não lhe ofereçam o retorno devido (BRASIL, 2018).

O Ministro Fachin aduz que a gratuidade judiciária é direito constitucional reconhecido pela primeira vez na Constituição de 1934, sendo instrumento relevante na garantia de acesso à Justiça daqueles considerados hipossuficientes econômicos (BRASIL, 2018). Tendo como base as lições de Cappelletti, o Ministro discorre sobre o obstáculo mais evidente do acesso à Justiça, qual seja a hipossuficiência econômica (BRASIL, 2018).

Ademais, para o Ministro Fachin, é necessário o reestabelecimento do acesso gratuito ao Judiciário trabalhista, pois, se os trabalhadores não possuem acesso pleno ao Tribunal, não reunirão condições mínimas para reivindicar e garantir os seus direitos. Ademais, devem ser observadas as disposições constitucionais, já que a gratuidade da justiça é garantia fundamental que busca dar máxima efetividade ao Direito fundamental de acesso à Justiça (BRASIL, 2018).

É interessante notar o argumento do Ministro Edson Fachin de que o uso de créditos de outras ações para o pagamento de verbas sucumbenciais é eminentemente inconstitucional, isso porque o recebimento ou não de créditos processuais, trabalhistas ou não, não modifica por si só a condição de miserabilidade do trabalhador (BRASIL, 2018).

Assim, “o pagamento de despesas processuais, independentemente da declaração oficial da perda da condição de hipossuficiência econômica, afronta o próprio direito à gratuidade da Justiça e, conseqüentemente, o próprio direito ao acesso à Justiça” (BRASIL, 2018, p. 80). Em complemento, para o Ministro Fachin, a Lei 13.467/17 esvazia os direitos fundamentais considerados essenciais, em especial “no âmbito das garantias institucionais necessárias para que lhes seja franqueado o acesso à Justiça, propulsor da busca de seus direitos fundamentais sociais, especialmente os trabalhistas” (BRASIL, 2018, p. 81). Em conclusão, o Ministro Edson

Fachin vota no sentido de declarar a inconstitucionalidade de todas as previsões questionadas.

Em conclusão, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.766 foi julgada parcialmente procedente pelo Tribunal, declarando inconstitucionais os arts. 790-B, *caput* e § 4º, e 791-A, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Cumprе salientar que, desta decisão, foram opostos embargos de declaração pelo Advogado-Geral da União, o qual alega haver contradição entre a fundamentação e a decisão final (BRASIL, 2022). Alega, ainda, haver omissão no tocante a responsabilidade da União pelo pagamento dos honorários periciais e de sucumbência em caso de beneficiário da Justiça Gratuita, sendo necessário a formalização de que estes efeitos sejam prospectivos (BRASIL, 2022).

Os embargos foram rejeitados, vez que, não se vislumbrou a contradição e a omissão opostas pelo AGU. O Ministro Alexandre de Moraes reitera que, os Embargos de Declaração não permitem que haja inovação no julgamento.

Ademais, em relação a modulação dos efeitos, decidiu-se que não se comprovou a presença de elementos excepcionais, quais sejam segurança jurídica ou excepcional interesse econômico que justificasse a retração dos efeitos da decisão (BRASIL, 2022). Assim, para que a União seja responsável pelos encargos sucumbenciais anteriores à declaração de inconstitucionalidade, terá que demonstrar a presença ou não deste ônus caso a caso à partir da delimitação da capacidade econômica do beneficiário à época (BRASIL, 2022).

3.1 Possibilidades pós-declaração de inconstitucionalidade

Diante do exposto, percebe-se que a efetividade dos direitos sociais passa a ser analisada sob um prisma eminentemente econômico, de busca do lucro e da redução de custos com direitos sociais, embasado proeminentemente por um discurso ideológico. Marques (2021, p. 719) sob o viés da Karl Marx, define ideologia como “um pensamento que compreende a realidade, não a partir de suas premissas reais (bases materiais), mas sim das representações ideais que os sujeitos têm da realidade”.

Nesse sentido, a dimensão da ilusão acaba por difundir um processo de distorção da realidade, a qual acaba por ocultar a verdadeira história.

Segundo Marques (2021, p. 721), “esse falseamento está diretamente relacionado ao ocultamento da luta de classes e da dominação dos interesses particulares da burguesia, a partir do Estado”.

Assim, o discurso sobre custo social de litigância e de excesso de demandas frívolas é responsável pela dispersão de discursos ideológicos, que têm como consequência a diminuição de direitos e de garantias sociais, e, de forma mais drástica, o fim da Justiça do Trabalho.

Ademais, a Lei 13.467/17 se insere em um contexto de desorganização e destruição do sistema protetivo criado no âmbito trabalhista, fenômeno camuflado pelos ideais de flexibilização e busca de adaptação dessa legislação à realidade (ORTEGA, 2020).

Em contrapartida, conforme relatório do TST, a maioria das demandas ajuizadas se relacionam a pretensões de direitos trabalhistas decorrentes do término do vínculo de emprego. Como esses pedidos podem ser classificados como frívolos e aventureiros? Fato é que

[a]s investidas em face do acesso do/da trabalhador/a à Justiça do Trabalho se dão, de maneira concomitante, ao aprofundamento e à ampliação da vulnerabilidade social e econômica dos/das trabalhadoras. Esse quadro redobra a centralidade do papel da Justiça do Trabalho na construção de uma tutela adequada aos/às trabalhadores e na potencialização da regulação judicial das relações de trabalho (VARELLA, 2021, p. 17).

Se o trabalhador se vê afastado do Judiciário, em consequência, não terá seus direitos assegurados, devendo-se atentar não apenas ao mero acesso, mas que este seja justo e efetivo, com a participação da parte vulnerável na defesa concreta de seus direitos (VARELLA, 2021, p. 14).

Em resumo, percebe-se que as normas alteradas pela Lei 13.467/17 foram responsáveis pelo afastamento do trabalhador hipossuficiente da proteção judicial, o que se percebe com a queda do ajuizamento de demandas demonstrado pelos dados do Tribunal Superior do Trabalho. Assim, o acesso à Justiça se viu mitigado em face das restrições impostas.

Outrossim, ainda que a declaração de inconstitucionalidade dessas normas seja positiva, não se pode deixar de expressar preocupação em face do contexto e dos argumentos nessa decisão expressados.

4 Considerações finais

A proposta deste trabalho foi analisar a afetação do acesso à Justiça em face das alterações processuais promovidas pela Lei 13.467/17

no tocante à Gratuidade Judiciária, bem como da constatar a realidade juslaboral após a vigência da referida legislação.

Nesse contexto, é possível afirmar que essa (des)forma surge em um contexto neoliberal, em que se busca uma análise utilitarista do Direito, o qual se apropria de um discurso ideológico, que busca o desmonte da Justiça do Trabalho e sua posterior extinção. Foi possível perceber o tratamento legislativo a fim de restringir garantias fundamentais conquistadas pelos sindicatos e trabalhadores a duras penas, tendo como argumento a necessidade de flexibilização e adaptação de uma lei antiga e burocrática à realidade, fundamento este que esconde a real intenção, qual seja a desregulamentação dos direitos sociais trabalhistas. A decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade demonstra a continuidade desses argumentos, desregulamentação do Direito do Trabalho em detrimento de custos sociais distorcidamente abordados.

A partir da análise das questões aqui expostas, percebe-se que, mesmo que a declaração de inconstitucionalidade dessas alterações legislativas deva ser considerada um pequeno avanço, pois visa a desconstituir um retrocesso legislado, esta não se mostra ainda suficiente. Isso porque o contexto atual, baseado na lógica neoliberal e mercadológica, a sociedade e o Direito passam a ter como prioridade a competitividade das empresas, bem como o lucro, em detrimento da garantia de direitos sociais. Esta lógica vem sendo mascarada a partir de discursos ideológicos, que falseiam a realidade.

O trabalho é fundamental à vida de qualquer ser humano, estando atrelado à dignidade da pessoa humana e a toda sua existência, não podendo a sua proteção passar por desregulamentações. Quando se protege o trabalho, protege-se a pessoa, base do Estado Democrático de Direito. Portanto, é necessário a existência de um Judiciário fortalecido para que as garantias materiais e processuais sejam realmente efetivadas, e, nesse sentido, o acesso à Justiça seja reestabelecido de forma integral, nos moldes da Constituição Federal de 1988 e dos documentos internacionais de Direitos Humanos.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5766**. Inteiro teor do Acórdão. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>. Acesso 15 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5766**. Inteiro teor do acórdão. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15352075483&text=.pdf>. Acesso em 19 de Julho de 2022.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. **Ação direta de Inconstitucionalidade**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADI5766reformatrabalhistas.pdf>. Acesso 15 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Orientação jurisprudencial 387**. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#void387>. Acesso em: 15 de junho de 2022

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Primeiro ano da reforma trabalhista: efeitos**. Notícias do TST. 2018. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/-/primeiro-ano-da-reforma-trabalhista-efeitos>. Acesso em: 2 nov. 2021.

BRASIL. **Lei 13.467 de 13 de Julho de 2017**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 2 nov. 2021.

BROWN, Wendy. **Nas Ruínas do neoliberalismo**. São Paulo: Editora Filosófica Politeia, 2019.

CAPPELETI, Mauro; GARTH Bryan. **Acesso à justiça**. Tradução Elen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.

GONZALES, Roberto; GALIZA, Marcelo; AMORIM, Brunu; VAZ, Fábio; PARREIRAS, Luiz. **Regulação das Relações de Trabalho no Brasil: O Marco Constitucional E A Dinâmica Pós-Constituinte**. Vinte anos da Constituição Federal: Repositório do Conhecimento do IPEA 2ª edição, volume 2, 2009.

MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete. **O Processo do Trabalho como Instrumento do Direito do Trabalho e as Ideias Fora de Lugar do Novo CPC**. São Paulo: LTr, 2015.

MARQUES, Marcelo de Souza. Em torno da ideologia – notas sobre o “falseamento da realidade”. **Revista contemporânea**. v. 11, n. 2, p. 717-

734. Maio/agosto 2021. ISSN Eletrônico: 2316-1329. Disponível em: <https://doi.org/10.4322/2316-1329.2021014>. Acesso em: 20 de junho de 2022.

OIT. Danos da COVID-19 a longo prazo: recuperação lenta do emprego e risco de aumento da desigualdade. **Perspectivas sociais e do emprego**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_797490/lang--pt/index.htm. Acesso em 25 de junho de 2022.

OLIVEIRA, Murilo. Direito do Trabalho e emancipação. **Revista da faculdade de direito da UFPR**. Capa. v. 46 (2007). DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufr.v46i0.14979> Acesso em: 2 nov. 2021.

ORTEGA, Fernando Fita. Flexibilidade Brasil 2019. **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**. coords. Pedro Paulo Teixeira Manus e Suely Gitelman- São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020.

REIS, Italo Moreira. **Legitimação para agir no processo coletivo do trabalho**. Tese de mestrado apresentada perante a PUC/MG. Belo Horizonte: 2022.

SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17**. São Paulo: LTr Editora, 2017.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2017.

SCHEIFER, Camila Ecorsin. **A reforma trabalhista e a (des)construção do Direito do Trabalho no Brasil: uma análise da conjuntura da aprovação da Lei 13.467/2017**. Tese de mestrado: Universidade Estadual de Ponta Grossa, Paraná, 2019.

VARELLA, Renata Versiani Scott. **A centralidade do acesso pleno à Justiça do Trabalho nos tempos atuais**.

Capítulo 9

EFICÁCIA DA RESPONSABILIZAÇÃO NOS CASOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: A REPARAÇÃO DOS DANOS AO ERÁRIO E A MUDANÇA LEGISLATIVA TRAZIDA PELA LEI Nº 14.230/2021

Beatriz de Figueiredo Coppola¹

1 Introdução

Uma alteração estratégica na Lei de Improbidade Administrativa – Lei 8.429/1992 – entrou em vigor em outubro de 2021, com a publicação da Lei 14.230/2021. Dentre as alterações, interessa ao presente artigo aquela que retirou a possibilidade de responsabilização culposa dos agentes públicos² por atos de improbidade previstos no artigo 10 do antigo diploma legislativo.

Em sua redação original, o dispositivo³ em questão entendia como atos de improbidade, que causa lesão ao erário, ações ou omissões *dolosas ou culposas* que ensejassem perdas patrimoniais, desvios, malbaratamento ou dilapidação dos bens e haveres do Poder Público nas três esferas federativas – quais sejam, União, Estados/Distrito Federal e municípios – e também em entidades contempladas com subvenção, benefício ou incentivo, fiscal

1 Mestranda em Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e graduada em Direito pela mesma instituição. Advogada no Caminati Bueno Advogados. E-mail: beatriz.figgcoppola@gmail.com.

2 O conceito de agente público adotado no presente artigo é aquele aplicável ao sistema de improbidade administrativa, depreendido da análise dos artigos 1º e 2 da Lei de Improbidade, *in verbis*: “Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei. Art. 2º Para os efeitos desta Lei, consideram-se agente público o agente político, o servidor público e todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades referidas no art. 1º desta Lei.”

3 Texto anterior à alteração legislativa: “Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer **ação ou omissão, dolosa ou culposa**, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...)” (g.n.).

ou creditício de órgãos públicos ou, ainda, aquelas criadas ou custeadas com mais de cinquenta por cento de recursos proveniente do erário.

A partir de 2021, contudo, o artigo 10 deixou de contemplar a possibilidade de responsabilização culposa dos agentes públicos, subsistindo apenas a possibilidade de condenação na modalidade dolosa. O dispositivo passa a ter o seguinte texto:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer **ação ou omissão dolosa**, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (...) (g.n.).

Independentemente das motivações que justificaram a alteração legislativa, que partem de uma compreensão político-social advinda do Poder Legislativo, a mudança tem impactos nas condenações já existentes, especialmente aquelas transitadas em julgado. A partir de uma análise doutrinária e jurisprudencial, o presente artigo dedica-se, então, a verificar os impactos dessa alteração na eficácia da responsabilização civil em condenações já existentes, especialmente no tocante à *reparação dos danos* causados ao erário.

2 Diferentes instâncias do ato ilícito: a autonomia entre as instâncias cível, penal e administrativa e os limites de sua inter-relação

Um fato pode ser tutelado pelo Direito em diversas esferas, a depender do interesse jurídico subjacente. Há, assim, fatos jurídicos que encontrarão fundamentação normativa em leis civis, administrativas e penais. Exemplos não faltam. Atividades poluidoras, por exemplo, como as previstas na lei 9.605/1998, demandam o dever de reparar pelos prejuízos causados ao meio-ambiente, implicam a imposição de sanções administrativas e acarretam também a condenação criminal, a depender da gravidade da conduta. Outro exemplo, a formação de cartel, prevista nas leis 12.529/2011 e 8.137/1990, além do dever de indenizar – caso provado o dano – implica a imposição de sanções administrativas e criminais aos transgressores se comprovada a materialidade da conduta.

Raciocínio análogo ao apresentado acima se aplica aos atos de improbidade administrativa, já que, a depender da conduta praticada pelo agente público, pode ser ele condenado a reparar o dano causado ao erário, enfrentar sanções administrativas – como, por exemplo, a perda da função

pública, a suspensão de direitos políticos e o pagamento de multas – e, ainda, responder por crimes contra a Administração Pública, caso haja uma coincidência entre o ilícito administrativo e o tipo penal.

Esse cenário indica de pronto que não se trata de questão trivial. A inter-relação entre as diferentes instâncias e a preservação da necessária autonomia de cada uma tornam a análise desses atos ilícitos complexa e digna de cautela adicional. Exige-se, então, uma análise de questões prejudiciais e fáticas de forma harmoniosa e coerente, exatamente porque há diversos órgãos de controle com competência para perseguir os mesmos fatos ou, ao menos, fatos correlacionados (MARQUES, 2016). Não seria possível, então, falar em *isolamento* entre diferentes órgãos ou entes estatais, ainda que se admita a independência desses.

Isso porque os diferentes Poderes do Estado detêm autonomia institucional para atuar, uma decorrência do princípio da separação dos Poderes que rege o Estado Democrático de Direito (vide o artigo 2º da Constituição Federal⁴) e fomenta a aplicação da lei sob perspectivas e competências distintas (MARQUES, 2016). O Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao uniformizar a interpretação da legislação federal, reconheceu essa autonomia existente entre as três esferas. Em questões envolvendo improbidade administrativa, posicionou-se no seguinte sentido:

2015 – Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 606.352/SP

Assim, por expressa disposição legal, as penalidades impostas pela prática de ato de improbidade administrativa independem das demais sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica.⁵

Ainda sobre essa inter-relação, especialmente em casos em que a conduta pode caracterizar crime, o julgamento de um agente público em uma esfera pode (e até mesmo deve) gerar efeitos em outra. É o caso das decisões absolutórias criminais fundamentadas na inexistência do fato ou na exclusão da autoria, que acarretam a impossibilidade de responsabilização administrativa e civil⁶.

4 Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

5 BRASIL. STJ. AgRg no AREsp n. 606.352/SP, Relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 15/12/2015, DJe de 10/2/2016. Precedente antigo, no mesmo sentido: BRASIL, STJ. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 9.281/PR. Relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 13/9/2000, DJ de 30/10/2000.

6 O STJ se manifestou nesse sentido em diversos precedentes. O seguinte excerto ilustra tal entendimento: “Diante da relativa independência entre as instâncias cível e criminal, a absolvição no juízo criminal apenas vincula o juízo cível quando reconhecer a inexistência

Isso não significa, porém, que a responsabilidade civil não seja autônoma frente à penal, se outras circunstâncias inerentes à absolvição estejam caracterizadas. Um exemplo é o caso de extinção da punibilidade criminal em decorrência da prescrição. O art. 935 do Código Civil é bastante taxativo nesse sentido, ao afirmar que *a responsabilidade civil é independente da criminal*, sendo inquestionável a existência do fato ou a definição da autoria quando decididas no juízo criminal.

Assim, a autonomia entre as diferentes instâncias é indispensável para uma operabilidade razoável do sistema jurídico, no entanto essas diferentes esferas encontrarão, em diversas ocasiões, pontos de convergência, que fazem com que independência e inter-relação exijam ponderação e análise criteriosa sobre as hipóteses de incidência das normas nos casos concretos.

3 Dever de reparação: fundamento geral da responsabilização civil

A intenção de restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico afetado pelo dano é o fundamento de existência da responsabilidade civil. Nas palavras de Aguiar Dias (1995, p. 42-43), *sua causa geradora*. Os ônus decorrentes de um prejuízo devem, então, ser distribuídos aos seus causadores, em atenção aos interesses da pacificação social. A partir dessa definição, nota-se uma aplicação transversal da responsabilização no ordenamento jurídico, exatamente porque, se verificado um prejuízo decorrente de um ato ilícito ou de uma atividade de risco que gerem prejuízos materiais ou imateriais, emergirá uma obrigação de indenizar.

Essa obrigação subsistirá nas diferentes esferas do direito, independente do sujeito lesado – seja ele pessoa natural ou pessoa jurídica de direito privado ou de direito público. Será, então, sob esse fundamento, que se verificará o dever de reparar os danos causados ao erário por atos de improbidade administrativa, considerando, inclusive, o fundamento constitucional para tanto – basta analisar o parágrafo 4º do artigo 37 da Constituição Federal⁷.

do fato ou atestar não ter sido o increpado seu autor. Nos demais casos, como por exemplo a absolvição por ausência de provas de autoria ou materialidade, ou ainda quando reconhecida a extinção da punibilidade pela prescrição, subsiste a possibilidade de apuração dos fatos na esfera cível”. REsp n. 1.780.046/MG, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/8/2019, DJe de 11/10/2019.

7 Art. 37, § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

A responsabilização do agente causador do dano poderá, por sua vez, estar fundada na culpa ou na teoria do risco, a depender das origens e da conformação do ato ilícito. A regra geral é justamente a culpa, que se subdivide entre dolo e culpa *stricto sensu*, originando o que se entende por responsabilidade subjetiva. Paralelamente a ela, fundada no risco, encontra-se a responsabilidade objetiva.

A responsabilidade subjetiva exigirá a demonstração do modo de ação do causador do dano, evidenciando a intenção dolosa, nos casos em que há vontade lesante, ou um comportamento negligente, imprudente ou imperito, apto a caracterizar a culpa *stricto sensu*. A responsabilidade objetiva terá seu fundamento no risco e prescindirá da necessidade de perquirir a subjetividade do agente, independentemente assim da demonstração de dolo ou culpa (MONTEIRO *et al*, 2014, p. 588-602).

No caso da alteração legislativa promovida pela Lei 14.230/2021, um dos elementos da responsabilização subjetiva, como visto acima, foi afastado: a culpa *stricto sensu*. Os impactos dessa alteração são relevantes, pois, ao mesmo tempo em que a culpa pode fundamentar a responsabilização sancionadora – penal ou administrativa – ela também pode fundamentar o dever de reparação do erário.

Em nosso sistema jurídico, o principal fundamento da responsabilização civil extracontratual seria a culpa, conforme previsão do art. 186 do Código Civil⁸. Essa previsão se assenta tanto na culpa *stricto sensu*, quanto no dolo, entendido como culpa gravíssima.

Sob o prisma cível, a culpa se apresenta como uma violação ao dever objetivo de cuidado ou, ainda, como omissão de uma diligência exigível. A compreensão da conduta diligente – que não resulta em lesão a bens jurídicos de terceiros – passa por um processo bifásico. Em um primeiro momento, o agente deve buscar o comportamento adequado para atingir uma determinada finalidade. É uma fase essencialmente intelectual, em que se ponderam vantagens e inconvenientes de cada atuação possível. O segundo momento é aquele em que o agente adota o comportamento cabível, escolhido após o esforço intelectual de vigilância e atenção (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 47).

A culpa passa, então, a ser compreendida como uma desconformidade do padrão geral e abstrato de comportamento. A culpa *in abstracto* é removida de sua dimensão moral, para ser observada a partir de

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

circunstâncias externa de ordem física, como de tempo, lugar e influência do meio social (SCHREIBER, 2013, p. 36). Tais noções não denotam, de nenhuma forma, incompatibilidade com a conduta que se espera do agente público, muito pelo contrário. A busca do comportamento adequado para alcançar um resultado e o emprego dos meios para alcançá-los são plenamente cabíveis na lógica de atuação do gestor público.

O dolo, por sua vez, é a conduta intencional dirigida a um ato ilícito. Uma vontade consciente do agente em produzir uma lesão a interesses tutelados de outrem (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 46). Segundo Silvio Rodrigues (2003, p. 160), é a ação ou omissão do agente que deliberadamente prossegue em uma ação ou omissão que sabidamente causará danos, havendo um propósito claro nessa direção.

A mudança legislativa deixaria, então, de sancionar administrativamente o agente público que cause culposamente danos ao erário, restando apenas a penalidade em caso de atuação dolosa que culmine em prejuízo ao patrimônio público. É nesse contexto que emergem, então, questões em torno da eficácia da lei. Em regra, essa eficácia é prospectiva, ou seja, a lei produz efeitos após sua vigência. Contudo, como a mudança afeta o direito administrativo *sancionador*, em observância à retroatividade da lei mais benéfica, seria possível atribuir uma eficácia retroativa ao novo diploma, pelo menos a partes dele.

4 Segurança jurídica, eficácia retroativa da lei e os riscos de uma revisão das condenações *reparatórias* existentes

A segurança jurídica visa preservar a estabilidade nas relações, situações e vínculos jurídicos (MEDAUAR, 2014, p. 152). Enquanto princípio constitucional, baseia esta estabilidade na legalidade ou na proteção concedida às expectativas criadas (CAMARGO, 2012). Sua idealização surgiu da necessidade humana de ter (ou sentir que tem) alguma certeza de que vivencia hipóteses impassíveis de variações ou mudanças no decorrer do tempo, o que favoreceria a coordenação e a organização da vida social (CANOTILHO, 2017, p. 257).

Não por menos, o conceito associa-se a elementos objetivos da ordem jurídica, como *garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito*. Segundo Canotilho (2017, p. 257), a segurança e a proteção da confiança seriam dois elementos constitutivos do próprio Estado de Direito, pois exigem (1) *fiabilidade, clareza, racionalidade e*

transparência dos actos de poder; (2) de forma que em relação ao eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos de seus próprios atos.

Em sentido amplo, a segurança poderia ser definida como o direito que o indivíduo tem de poder confiar que seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas vigentes e válidas sejam afetados por atos ou decisões provenientes do Poder Público (Legislativo, Judiciário e Executivo) – também fundamentados por estas normas – que produzirão efeitos jurídicos previstos no ordenamento jurídico.⁹

As principais decorrências do princípio da segurança jurídica estão relacionadas a:

a) atos normativos – como a proibição de normas com eficácia retroativa restritivas de direito ou de interesses juridicamente tutelados;

d) atos jurisdicionais – inalterabilidade da coisa julgada; e

c) atos administrativos – estabilidade dos casos (e.g. processos administrativos) decididos por atos administrativos constitutivos de direitos (CANOTILHO, 2017, p. 257).

Interessam, ao presente artigo, as duas primeiras hipóteses.

No que diz respeito à conformação da irretroatividade das normas, dois conceitos são indispensáveis: eficácia e incidência. Eficácia diz respeito à possibilidade de a norma produzir efeitos, enquanto incidência refere-se ao efeito produzido. Se estamos diante de normas legisladas, aplicamos a doutrina da irretroatividade nos casos em que, ainda que cabível a aplicação da lei nova, a incidência da lei antiga tenha ocorrido plenamente. Nos casos em que há uma controvérsia e é necessária a aplicação da lei pelo juízo, a decisão faz coisa julgada, o que protege a relação controvertida – aquilo fixado perante o tribunal não pode ser mais atingido retroativamente.

Essa doutrina serve ao valor segurança jurídica, cumprindo o propósito de solucionar conflitos com o mínimo de perturbação social possível, exatamente porque evita a instauração de intermináveis conflitos – em outras palavras: permite a pacificação social (FERRAZ JUNIOR, 2011, p. 214-217). Por isso a coisa julgada é extremamente importante,

9 Nas palavras de J. J. Gomes Canotilho: “O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia de protecção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo têm do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico” (CANOTILHO, 2017, p. 257).

exatamente porque opera como um *elemento imunizador dos efeitos que a sentença projeta para fora do processo e sobre a via exterior dos litigantes* (DINAMARCO, 2004, p. 221).

A utilidade do instituto está diretamente relacionada à garantia de estabilidade dos efeitos da sentença, impedindo que as questões objeto do processo sejam questionadas depois de definitivamente resolvidas pela decisão não mais sujeita a recurso. O trânsito em julgado garantido constitucionalmente¹⁰ detém, então, uma legitimidade política e social relacionada diretamente à capacidade que tem de atribuir segurança as relações jurídicas atingidas pelos efeitos da sentença (DINAMARCO, 2004, p. 221).

Há, contudo, uma exceção importante: a retroatividade da lei penal mais benéfica, prevista de forma taxativa na Constituição Federal, no inciso XL do art. 5º. Essa retroatividade *in bonam partem* preconiza que os efeitos da lei que descriminaliza uma conduta retroagirão e afetarão o campo de incidência da lei antiga, afastando-a, de forma que a conduta deixa de ser ilícita (FERRAZ JUNIOR, 2011, p. 217). Como consequência principal, tem-se que a condenação penal ou administrativa sancionadora poderá ser revista, mesmo após o trânsito em julgado da decisão terminativa.

Uma questão que surge no contexto da anulação de uma sentença condenatória – penal ou administrativa – é, justamente, se a retroatividade da lei sancionadora mais benéfica poderia espalhar seus efeitos para condenações em outras instâncias, como a cível, em casos envolvendo improbidade administrativa.

5 Responsabilização na improbidade administrativa: consequências da alteração legislativa

A noção de improbidade administrativa envolve uma categoria ético-normativa atrelada à ideia de honra institucional, uma decorrência da moralidade institucional baseada em valores republicanos, que visa atingir as graves desonestidades e ineficiências funcionais, patologias e transgressões normativas praticadas no âmbito da gestão pública. Essa má gestão pode se concretizar por ações ou omissões de agentes públicos no exercício de suas funções, ou em razão delas, com ou sem a participação de particulares. Há, ainda, uma vulneração de regras e princípios

10 “Art. 5º, XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”

constitucionais e infraconstitucionais que são inerentes à improbidade administrativa, uma vez que há agressão a direitos fundamentais e a normas de cultura administrativa vigentes, que, em nosso ordenamento, advém principalmente do *caput* do art. 37¹¹ da Constituição Federal, que congrega os princípios que regem a Administração Pública (MARQUES, 2016).

Nesse contexto é que se verifica que a improbidade administrativa é disciplinada, em regra, pelo direito administrativo sancionador – na instância administrativa, como o próprio nome sugere – sendo que também encontrará a tutela da instância civil, nos casos em que advierem prejuízos patrimoniais do ato de improbidade.

As alterações trazidas, então, pela Lei 14.230/2021, especificamente ao art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa, alteraram significativamente o regime de responsabilização dos agentes públicos em casos de dilapidação do patrimônio, exatamente porque suprimiram a modalidade culposa – tanto para fins sancionatórios quanto para fins reparatórios. Com a alteração trazida pela Lei nº 14.230/2021, apenas ações e omissões dolosas configurariam ato ímprobo (MARQUES, 2016).

Essa alteração legislativa, na dimensão que afeta disposições de teor punitivo, sujeitar-se-ia aos efeitos do princípio da retroatividade da lei sancionadora mais benéfica¹². Com isso, sentenças condenatórias que apliquem sanções administrativas a agente públicos poderiam ser revisitadas e alteradas pelos Tribunais pátrios. Uma questão menos pacífica, porém, envolve a retroatividade da lei na dimensão que trata do dever de reparação do dano ao erário, em condenações por atos de improbidade administrativa culposos já existentes, fundamentadas no antigo art. 10 da Lei 8.429/1992. Para enfrentá-la, indispensável, então, entender como opera essa reparação no microssistema da improbidade administrativa.

Precedentes do Superior Tribunal de Justiça sobre o art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa e o dever de reparação nele previsto entendem que há uma prevalência da noção de independências entre as instâncias, a qual permite atribuir classificações distintas a sanções e ao dever de reparação. No caso, os precedentes indicam que a aplicação de penalidades em função dos atos ímprobos não se confunde com o dever de reparação civil dos danos causados ao patrimônio público. A ementa a

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

12 Constituição Federal, art. 5º, XL: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

seguir exemplifica, de forma bastante taxativa e adequada, a *ratio decidendi* constante de diversos acórdãos¹³ da Corte:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM RAZÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECURSO ESPECIAL. EX-PREFEITO. EXISTÊNCIA DE PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE NA CONDENAÇÃO. REPARAÇÃO DE DANO QUE NÃO SE CONFUNDE COM APLICAÇÃO DE PENA. LEGALIDADE DA OBRIGAÇÃO DE RESSARCIR O PREJUÍZO, ALÉM DA SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS. ARTIGO 12, I, DA LEI 8.429/92. RESTABELECIMENTO DA SOLUÇÃO APLICADA NA SENTENÇA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO (STJ, 2006).¹⁴

Indo além na análise, a Corte reconheceu a possibilidade de manutenção do dever de reparar o erário, ainda que os atos de improbidade administrativa não fossem mais passíveis de sanção, em casos de prescrição da pretensão punitiva do Estado. Esse posicionamento foi definido pela Corte no Tema Repetitivo 1.089¹⁵, que firmou que *[N]a ação civil pública por ato de improbidade administrativa é possível o prosseguimento da demanda para pleitear o ressarcimento do dano ao erário, ainda que sejam declaradas prescritas as demais sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/92.*

Considerando, então, que a reparação dos danos é distinta das sanções aplicadas aos atos de improbidade administrativa, pode se tornar temerário conceder uma eficácia retroativa à alteração legislativa na dimensão que afeta o dever de indenizar, especialmente se essa eficácia alcançar sentenças *cíveis* condenatórias. Partindo de um raciocínio contrário, em que os efeitos da retroatividade atingissem mais do que apenas o direito administrativo sancionar e alcançassem o direito privado, poderia haver uma afronta à independência entre as instâncias, assim como um abalo à segurança jurídica.

Isso porque a desconstituição da ilicitude em uma determinada instância não necessariamente produz efeitos em outra – se uma conduta deixa de ser crime, ela não necessariamente deixará de ser ilícito civil. Carlos

13 Diversos precedentes do STJ adotaram posicionamento análogo, vide: **REsp. n. 1.780.046/MG**, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/8/2019; **REsp. n. 1.899.407/DF**, Relatora Ministra Assusete Magalhães, Primeira Seção, julgado em 22/9/2021; **REsp. n. 1.315.528/SC**, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 21/8/2012; **REsp. n. 1.184.897/PE**, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/6/2010; **REsp. n. 1.019.555/SP**, relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 16/6/2009.

14 BRASIL. STJ. **Recurso Especial n. 664.440/MG**, relatora Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 06/04/2006, DJe de 08/05/2006.

15 O Tema 1.089 afetou o julgamento do REsp. n. 1899407/DF, REsp. n. 1899455/AC e REsp. n. 1901271/MT.

Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho (2011) são taxativos no sentido de que *sempre que a absolvição penal tiver por fundamento motivo peculiar do direito penal (ou processo penal), a sentença não obsta à ação civil indenizatória*.

Além disso, permitir a revisão de condenações reparatórias, de forma irrestrita, engendraria em si o potencial de criar um ciclo de conflitos intermináveis, desprestigiando a estabilidade do sistema jurídico e a previsibilidade dos efeitos advindos da incidência da lei, o que afrontaria a segurança jurídica, tão prestigiada pelo Estado de Direito.

5 Considerações finais

Como analisado acima, um ato ilícito pode ser tutelado por diferentes instâncias jurídicas independentes entre si. Além disso, o regime de responsabilização civil seguiria um regime próprio, que tem como fundamento o dever de reparação integral dos danos causados. Por fim, a regra geral aplicável em termos de vigência legislativa é a irretroatividade da lei, que encontra como única exceção – prevista taxativamente na Constituição Federal – a retroatividade de efeitos da lei sancionadora mais benéfica ao acusado.

Com base nessas ponderações, tende-se a entender que a irretroatividade que pode vir a afetar o direito administrativo sancionador, não espraiairia seus efeitos aos dever de reparação dos danos causados de forma culposa pelo agente público, de tal forma que as condenações já existentes – especialmente aquelas sob o manto do trânsito em julgado – deveriam ser mantidas, devendo a lei produzir seus especificamente na instância civil de forma prospectiva.

Pondera-se, inclusive, que não haveria uma incompatibilidade entre o regime de reparação dos danos previsto na lei anterior e aquele vigente atualmente. Isso porque dever de reparação subsiste mesmo após a alteração legislativa, que manteve no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa a previsão sobre o dever de reparação o dano. Seria até mesmo possível conceber que uma previsão como tal poderia ser despicienda, já que o dever de reparação integral subsistiria, considerando o princípio do *neminem laedere*, que rege a responsabilidade civil extracontratual, o que reforça ainda mais a noção de que se está diante de uma dimensão autônoma da instância civil.

Referências

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. Vol. II. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; BALARINI, Flávia Gonçalves. **A segurança jurídica na doutrina e nos tribunais**. Niterói: XXI Congresso Nacional do CONPEDI, 31 out. 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

COSTA, Rafael de O.; BARBOSA, Renato K. **Nova Lei de Improbidade Administrativa: De acordo com a Lei n. 14.230/2021**. Lisboa: Grupo Almedina, 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556274683/>. Acesso em: 05 jun. 2022.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Vol. II. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2004.

DIREITO, Carlos Alberto M.; FILHO, Sergio C. **Comentários ao Novo Código Civil - Vol. XIII**, 3. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2011. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-3878-9/>. Acesso em: 05 jun. 2022.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed., 3. reimp. São Paulo: Atlas, 2011.

MARQUES, Mauro C. **Improbidade Administrativa - Temas Atuais e Controvertidos**. São Paulo: Grupo GEN, 2016. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972653/>. Acesso em: 05 jun. 2022.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 18. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de Direito Civil**. Vol. 5: direito das obrigações, 2. parte. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RODRIGUES, Silvio. **Responsabilidade Civil**. 20. ed. São Paulo:

Saraiva, 2003.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

Capítulo 10

OS PROBLEMAS DA POLARIZAÇÃO POLÍTICA E LEGISLATIVA CONTEMPORÂNEA À LUZ DA POLÍTICA MODERNA EM NICOLAU MAQUIAVEL

Railson da Silva Barboza¹

Luana de Aguiar Leixa²

1 Introdução

O presente artigo propõe uma reflexão e discussão sobre a sociedade contemporânea e suas relações interpessoais no que tange a polarização política que tem fomentado atos extremos, tais como a violência.

O instrumento principal de defesa utilizado pelas antíteses políticas é um princípio básico e primordial para a construção da democracia: A Liberdade de Expressão. Porém, há um limite da liberdade de expressão no âmbito do pensamento binário político?

A reflexão abrange não só os dias correntes, mas também uma análise através do filósofo Florentino Nicolau Maquiavel, sobre as relações sociais políticas e os possíveis danos causados pela polarização. Tal pensamento “Maquiavélico” atemporal, induz a melhor interpretação do cenário atual, do qual há um sentimento de identidade política exacerbado que vem ultrapassando a linha tênue de esferas sociais e afetivas.

Neste diapasão, surge a nomenclatura partidismo que traz uma perspectiva de preconceito na análise dos movimentos extremistas de polarização política, que encontra questionamentos nessa concepção para uma tipificação de crimes puramente de ódio, em sua acepção mais ampla e estrita.

1 Doutorando e Mestre em Política Social pela UFF. Pós-Graduado em Ética e Filosofia Política pela Faculdade Unyleya. Pós-Graduado em História da Arte pela FACUMINAS. Bacharel em Filosofia pela PUC-Rio.. E-mail: railson_barboza@yahoo.it

2 Pós-Graduanda em Ciências Penais e Segurança Pública pelo Instituto Rogério Greco de Ensino. Bacharel em Direito pela UNESA. Advogada – OAB/RJ. E-mail: luanaleixa@gmail.com

2 As divisões sociais em Maquiavel

Na leitura das obras escritas pelo autor florentino, em especial suas três obras políticas (*O Príncipe*, *Os Discorsi* e *A Arte da Guerra*) e nas duas históricas (*História de Florença* e *A Vida de Castruccio Castracani*), identifica-se seu incômodo com a polarização dos grupos sociais (ou classes, numa perspectiva e linguagem marxista), causa das constantes instabilidades da sociedade de Florença. Em primeiro lugar, antes de debruçarmos sobre o assunto, trataremos sobre um costume que perdura nas interações sociais, e em especial, na política. Através de duas de suas obras políticas e de uma de cunho histórico, busca-se trazer a problemática das divisões sociais que criam um distanciamento entre o povo e os representantes, fenômeno que perdura em todo ambiente político e legislativo até os dias atuais.

2.1 Vida política e leis

Quando inclinamos nosso estudo sobre a concepção política, antropológica e ética em Maquiavel, é necessário compreender a ruptura pela qual o autor estabelece em relação aos antigos pensadores. Duas das três obras políticas que o autor escreve, “*O Príncipe*” e “*Os Discorsi*”, são pertencentes à uma corrente conheci da como “humanismo civil, que nas palavras de White, “é uma filosofia política na qual o cristianismo pode ser percebido apenas como algo extra, opcional” (WHITE, 2007, p.244), ou seja, sem desempenhar nenhum papel nas tomadas de decisões de um governante maquiavélico. Maquiavel, pode-se dizer, está imerso ao mundo prático e é à partir dele que constrói as bases para uma nova ciência política. Seu pensamento, segundo Vinícius de Campos Barros, se afasta “da metafísica e das longas e estéreis discussões medievais para, distante de qualquer tipo de devaneio abstrato, finca-se, com firmeza incomparável, no solo árido e hostil da política realista” (BARROS, 2014). A chamada “verdade efetiva” (ou *verità effettuale*) das coisas, objeto de análise das relações políticas em Maquiavel, seria portanto uma nova forma de conceber a política e também um novo método, onde a especulação é substituída pela observação *in loco* da realidade. Através dessa observação notam-se aspectos singulares no comportamento humano e nas suas relações, e são por elas que entendemos o jogo político, seus interesses e particularidades.

Começamos discutindo a relação de influência, que na maioria das vezes é exercida verticalmente através das relações de poder e hierárquicas. Empiricamente observada nos diversos setores da sociedade, pode ser

descrita como algo natural nas relação interpessoais, ou como analisa Vinícius de Campos Barros, um fenômeno que ocorre frequentemente na vida social. Através dessa relação de influência, e das diversas interações sociais, “construímos nossa concepção de vida, arte, poder etc., as quais, em muito, vêm-nos como legado de nosso tempo, presente de nossa civilização” (BARROS, 2014, p.13) Todas as formas de interação humana deixam marcas, legados, com algum tipo de influência seja nos hábitos, costumes, modos de pensar, etc. Segundo o autor florentino, os homens quase sempre trilham os mesmos caminhos de outros, agindo por imitação” (MAQUIAVEL, O Príncipe, Capítulo VI), absorvendo, portanto, costumes, ações e hábitos tanto de personalidades históricas como de pessoas com algum tipo de vínculo. Não obstante, o cenário político é um ambiente por excelência propício à formação de alianças, conchavos, concordâncias, entre outros hábitos construídos à partir das interações sociais. E são essas interações que definem os caminhos que determinada nação ou estado traçará, bem como quais serão as regras que irão nortear suas condutas.

A vida política, analisada por Vinicius de Campos Barros à luz de Maquiavel, não pode ser apontada como um ente estático, idealista ou apático. A constituição do Estado torna propícia as constantes mudanças na sociedade, seja na relação de poder como na sua constituição social, que de acordo com o comentador, essas mudanças “levam da ordem à corrupção em um processo repetitivo” (BARROS, 2004, p.45). O instinto egoísta, ganancioso e volúvel tão frisado pelo autor florentino em sua Magna Obra “O Príncipe” sobre a natureza humana, especificamente no Capítulo XVII, traz instabilidade e uma sede insaciável pelo poder, tornando o governo político suscetível à transitoriedades e fluxos contínuos. A partir disso, a criação de grupos que objetivam seus próprios interesses (subjativos) em descarte dos interesses comuns aos cidadãos (ou de bem estar público, numa literatura mais atual) se torna cada vez mais forte, utilizando a inserção nos meios públicos (seja pela política, como no âmbito judiciário, legislativo) para consolidar e perdurar seus desejos. Deste modo, vê-se que não só a política, como também as próprias leis podem ser manipuladas em favor de alguns que detém o poder. Ou seja, as leis se tornam instrumentos de benefícios para poucos e, conseqüentemente, manipuláveis de acordo com interesses particulares.

2.2 Os danos recorrentes das polarizações, na visão de Maquiavel

Notamos atualmente uma crescente onda de polarização, em nossa sociedade: seja de ordem ideológica, religiosa, política, etc. Entretanto, esse fenômeno obviamente não é exclusivo do nosso tempo histórico, mas recorrente em diversas sociedades, culturas, nações, independente do contexto histórico. Segundo Maquiavel, “há em todos os governos duas fontes de oposição: os interesses do povo e os da classe aristocrática” (MAQUIAVEL, *Comentários*, Livro I, Capítulo IV), e são elas que iniciam os embates naturais que acontecem numa sociedade.

Na sociedade de Florença, por exemplo, Maquiavel aponta algumas dificuldades para se estabelecer uma boa convivência entre o povo e os nobres. As inimizades que foram construídas e que ajudaram a manter Roma e Florença desunidas, pela visão do autor têm por causa inicial a vontade dos grandes em comandar e a do povo em não obedecer. A diferença entre as consequências que essas inimizades desenvolvem nessas suas cidades são determinantes para julgar o perigo das polarizações, sejam elas sociais ou políticas. Enquanto em Roma as inimizades eram definidas por disputas, as de Florença eram definidas por combates. A diferença entre “disputas” e “combates” eram vistas na prática com as consequências que o povo sofria quando derrotado: as disputas em Roma terminavam com leis, todavia as de Florença terminavam com exílio e morte de muitos cidadãos (MAQUIAVEL, *História de Florença*, Livro III, Capítulo I). Por um lado, o “bom relacionamento” entre nobres e o povo não necessariamente gerava uma igualdade, mas fazia sobressair os interesses dos nobres, influenciando nas tomadas de decisões e “contaminando” os interesses particulares dos cidadãos. Por essa razão, Maquiavel salienta que “é útil e necessário que as leis da república concedam à massa um meio legítimo de manifestar a cólera que lhe possa inspirar um cidadão” (MAQUIAVEL, *Comentários*, Livro I, Capítulo VII) para que seja podado qualquer tipo de autoritarismo da parte dos nobres caso a condição subjulgada dos cidadãos seja descoberta.

Complementando, Maquiavel em seus “Discorsi” refletiu sobre o perigo das calúnias para a manutenção da liberdade³ dentro de uma

3 Podemos interpretar e observar o conceito de liberdade, pelo contexto encontrado no Capítulo VIII no primeiro Livro dos *Comentários*, com um significado que posteriormente relaciona-se aos direitos adquiridos pelas constituições nacionais. Numa sociedade livre, naquele contexto histórico, a liberdade era o fator primordial que separava um Estado bem governado de um governo liderado por um tirano. Por mais que o conceito de direito universal ainda não fosse promulgado formalmente, estava implícito nesta concepção de liberdade o seu uso prático. (grifo nosso)

república, e como é importante que as leis sejam justas e estabeleçam a ordem dentro da sociedade. Quando as leis só respaldam interesses particulares, ou privilegiam uma certa “elite”⁴, o bem comum está ameaçado e o perigo da aristocracia se transformar numa tirania contra os cidadãos se torna bastante provável. Quanto mais a ambição⁵ dos nobres ganhou força e dominou as instituições políticas e legislativas, mais o povo se tornou refém dos interesses dos que detinham o poder⁶.

Os danos causados por essa ambição desenfreada, que atinge as instituições públicas, podem ser transliteradas numa possível desordem, onde aqueles que sofrem as injustiças se sente no dever de “fazer justiça com as próprias mãos”, despertando o desejo de vingança e de adquirir por meios considerados ilícitos aquilo que deveriam ser dados por direito, como se vê no capítulo V do 1º livro dos “*Discorsi*”. A liberdade de uma cidade está ameaçada e, conseqüentemente, o próprio bem estar de todos os seus cidadãos, enquanto as leis e as boas ordenações da sociedade não sejam preservadas⁷.

Todavia, qual seria o caminho para que se aquiete as ambições dos nobres e dos povos, e se mantenha a liberdade e justiça, inteiramente ligados à boa ordenação da cidade? Na leitura segundo o autor florentino, vemos que a corrupção é o avesso da liberdade, sendo a deficiência da ordenação vigente das leis e da justiça. A manutenção da liberdade depende da contínua criação de ordenações e leis que subordinem os homens, sobretudo os grandes, aos modos públicos e os tornem incapazes de perseguir a utilidade particular em detrimento do bem comum⁸. A liberdade naquele contexto histórico esteve ameaçada, em Florença, devido à privação dos cidadãos ao acesso das riquezas, causa comum da corrupção

4 Nesse caso, a elite da sociedade florentina era formada pelos magistrados (os que detinham o poder da lei), os governantes (aqueles que estavam de frente das decisões do estado) e pelos nobres (aqueles que por linhagem de sangue detinham *ipso facto* algum título e influência dentro da sociedade).

5 “(...) O temor de perder o que se tem provoca paixão igual à causada pelo desejo de adquirir. É natural dos homens não se considerarem proprietários tranquilos a não ser quando podem acrescentar algo aos bens de que já dispõem”. MAQUIAVEL, Nicolau. **Comentários sobre a Primeira Década de Tito Lívio**. Livro I. Capítulo V.

6 “Porque naquelas famílias antigas era tão grande o poder, eram tão grandes os favores que recebiam dos príncipes que não bastavam ordenações e modos civis para freá-las”. MAQUIAVEL, Nicolau. **História de Florença**. Livro III, Capítulo V

7 Para Maquiavel, é raro, mas apenas quando um homem possuidor de *virtù* consegue frear os interesses de ambos os grupos (com certeza vantagem, é claro, da classe alta), é que as cidades terão sua liberdade preservada, bem como os direitos do povo como cidadão. Cf. MAQUIAVEL, Nicolau. **História de Florença**. Livro IV, Capítulo I.

8 Cf. MAQUIAVEL, Nicolau. **Historia de Florença**. Prólogo de Patrícia Fontoura Aranovich. p.p. 23-24.

desenfreada e da manipulação dos instrumentos públicos como as leis e a justiça.

As divisões, portanto, geram facções que são uma das coisas mais danosas às boas ordenações da sociedade. Ambas as partes, nobres e plebes, segundo Maquiavel, não desejam submeter-se nem às leis, nem aos homens (MAQUIAVEL, História de Florença, Livro VI, Capítulo I) revelando, portanto, um traço antropológico inclinado à desobediência do próprio homem. Apesar dessa aparente igualdade potencial na desobediência às leis, são os nobres que detém a força para manipular as situações e por as circunstâncias ao seu favor. Com isso, as ordenações e as leis podem tender às satisfações de uma classe restrita, sendo elas não ordenadas com a vida livre, mas para o partido ou grupo político que ascende ou permanece no poder.

Deste modo, o autor florentino aponta a importância do legislador para um Estado, bem como sua real missão para preservar a retidão das leis e o cumprimento da justiça. Assim, Maquiavel discorre que o “legislador sábio, animado do desejo exclusivo de servir não aos seus interesses pessoais, mas os do público: de trabalhar não em favor dos próprios herdeiros, mas para a pátria comum, não poupará esforços para reter em suas mãos toda a autoridade” (MAQUIAVEL, Comentários, Livro I, Capítulo IX), visto que encontrará respaldo nos indivíduos que têm ciência do bem que aquela autoridade faz aos cidadãos, independente do grupo social e político pertencente.

A imagem do legislador que segue esses princípios e foge dos perigos da polarização, enraizadas nas injustiças e na manipulação das leis, não sofrerá danos, mantendo sua boa reputação e ganhando prestígio. Internamente, se blinda de possíveis traições, vinda de outros legisladores (ou magistrados), fazendo-se valer do conselho do autor florentino em sua obra Magna, “O Príncipe”: “contra quem é reputado dificilmente se conjura, dificilmente ele é atacado, desde que se perceba que é excelente e reverenciado pelos seus” (MAQUIAVEL, O Príncipe, Capítulo XIX).

3 A liberdade de expressão como instrumento de polarização política

A Liberdade de expressão é um dos princípios basilares da democracia, assim previsto na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) em seu art. 11, menciona que a livre manifestação

do pensamento e opiniões é um direito primordial de todo cidadão, tendo ressalva em casos determinados pela lei quando houver abusos na liberdade. Bem como, na Carta Magna, integrando aos direitos e garantias fundamentais, disposto no art. 5º, IV ⁹, do qual consiste, em suma na expressão: “Não concordo com o que dizes, mas defenderei até à morte o teu direito a dizê-lo” (Beatrice Hall, 1868-1956).

Todavia, tal aludido princípio, tem tomado rumos exacerbados no que concerne a linha tênue entre o livre manifesto de pensamento e os crimes contra a honra e incitação ao ódio, perante a binaridade do pensamento político.

3.1 O partidarismo e os conflitos de pensamento binários políticos

Faz parte de toda história do ser humano, estar intrínseco o pensamento binário, sobre a descendência da antítese do bem e do mal, surge a esquerda e a direita, ambos se identificando como “bons” e o lado oposto como o “mal”. O que enseja, por nítida, lógica, um conflito já instalado.

O nascimento da dicotomia intitulada esquerda e direita, tem-se historicamente iniciada, logo após a revolução francesa (1789), onde na Assembleia Geral à direita do orador, ficavam organizados os representantes da aristocracia (conservadores) e à esquerda, os comuns (revolucionários). Neste diapasão houve a perpetuação da definição até os dias atuais presente no Brasil.

O Brasil fortificou esse desmembramento político, impulsionadas substancialmente em propagandas eleitorais, e no surgimento do fenômeno do discurso do “Partidarismo”, utilizando-o como uma espécie de preconceito ao oposto, atingindo até esferas sociais e afetivas. Segundo Cass Sunstein, o “partidarismo existe quando as pessoas têm imediatas reações negativas viscerais a membros do partido político oposto”¹⁰. Bem como afirma também que: “essas reações funcionam de forma muito parecida

9 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

10 Tradução livre do em inglês e original: “Partyism exists when people have immediate, visceral negative reactions to members of the opposing political party”. (SUNSTEIN. Cass. We have Entered the Age of Partyism – It Might Get Worse Than Racism. Heat Street, may 2016.

ao racismo, no sentido em que afetam decisões e múltiplas áreas da vida, incluindo amizade, namoro, casamento, emprego e contratações”¹¹.

Afigura-se ao atual cenário político brasileiro uma forma de “partidarismo”, uma vez que a população fez emergir dimensões de identidade e não somente uma ideologia política. A título de exemplo, os famigerados casos diversos de discursos preconceituosos em redes sociais onde o “adversário” político é fortemente achincalhado e por vezes impunha-se verdades à luz de suas óticas sendo as outras invalidadas e alcança ainda provérbios e deliberações de má condutas e juízo de valor no que concerne ao caráter do outro.¹²

O Partidarismo foi objeto de estudo de pesquisa e publicado em junho de 2014, pelos Professores Americanos Shanto Iyengar e Sean J. Westwood, quando constataram que essas aludidas reações, passam do limite do contexto político e causam intensa hostilidade aos eleitores opostos (inimigos), sendo essa polarização equiparada à discriminação por cor da pele.¹³

Concluíram que essa repulsão é consequência de uma não punição a esse tipo de conduta, haja vista que é até fomentada pelos próprios líderes políticos, bem como pela mídia, o que legitima aos cidadãos exercerem a discriminação.

Em que pese o Brasil, destacou Rodolfo Viana Pereira que “as eleições presidenciais de 2014 foram um marco destacado na história da polarização política brasileira”¹⁴, somado a exposição da Operação Lava Jato, tornou-se mais acalorado tal debate polarizado, mormente pela falta de representatividade política o que levou a inacabáveis disputas e segregação da população pelo temor do futuro do País, devastado pelos inúmeros escândalos de corrupção. E sedenta por um salvador, da personificação de suas esperanças, acaba por escolher a autoridade combatente de suas

11 Tradução livre do original em inglês: “The reactions operate a lot like racism, in the sense that they affect decisions in multiple areas of life, including friendship, dating, marriage, hiring, and contracting”. (SUNSTEIN. *Cass. We have Entered the Age of Partyism – It Might Get Worse Than Racism*. Heat Street, may 2016.

12 Por exemplo o Inquérito das FakeNews; exame do Presidente da República positivo e negativo para a COVID-19; O caso de estupro de vulnerável onde a identidade da vítima foi exposta à grupos religiosos por uma eleitora assumida do Presidente, dentre outros.

13 IYENGAR, Shanto; WESTWOOD, Sean. Fear and Loathing across Party Lines: New Evidence on Group Polarization. *American Journal of Political Science*, v. 59, n. 3, p. 690–707, July 2015.

14 PEREIRA, Rodolfo Viana. Ensaio sobre o ódio e a intolerância na propaganda eleitoral. In: KIM, Richard Pae; NORONHA, João Otávio de. *Sistema Político e Direito Eleitoral Brasileiro: estudos em homenagem ao Ministro Dias Toffoli*. São Paulo: Gen/Atlas, 2016. p. 673

lástimas e não sua representatividade real, assumindo assim uma conduta de paixões políticas e “guerra” ao oposto de suas ideologias.

O debate de inimigos de ideologias políticas, usa como instrumento de validar seus discursos a liberdade de expressão e emprega suas manifestações por meio de redes sociais, cuja a funcionalidade foi ressignificada por uma forma pan-óptico virtual¹⁵, onde as pessoas estão vigiando, julgando e punindo comentários opostos à sua visão política afetiva, dos quais o comportamento agrava quando “deixam de seguir” pessoas que não tem opiniões iguais e se assemelham ainda mais com pessoas que confirmam suas opiniões, elevando assim o grau de intolerância em face da diversidade de pontos de vista.

Ademais, há de se questionar se o discurso do partidarismo deve ter de fato uma atenção do Estado, afim de punir tal discurso do ódio que muitas das vezes se legitima do “manto” da liberdade de expressão fundamentado pela manutenção da democracia.

3.2 A liberdade de expressão como um manto de legitimidade para práticas de discurso de ódio

Os direitos fundamentais, não são absolutos, são relativos, apenas em âmbito de direitos humanos o direito a não tortura seria o único que se pode dizer absoluto. Dessa forma, mesmo sendo o pilar basilar para a garantia da democracia e seu desenvolvimento, não pode ser utilizada a liberdade de expressão para legitimar certas práticas de incitação ao ódio com a fundamentação de uma liberdade de pensamento de ativismo democrático, é o caso dos discursos contra minorias, crimes contra a honra (difamação, calúnia e injúria)¹⁶, que incitam a violência contra à mulher¹⁷, bem como discursos de incentivo a prática de terrorismo¹⁸.

Os limites surgem quando se atinge/viola um outro bem jurídico, sendo esses conflitos deliberados através da ponderação dos bens jurídicos, conforme explicação de Willis Santiago Guerra Filho, quando profere sobre a relatividade dos princípios constitucionais: “Não há princípio do qual se possa pretender seja acatado de forma absoluta, em toda e qualquer

15 FOUCAULT, M. Vigiar e Punir: história da violência nas prisões. Petrópolis: Editora Vozes, 1987. No Livro há referência ao pan-óptico, ou seja, uma penitenciária, modelo, onde poderia ser vigiada à todo tempo em sua integralidade.

16 Decreto-lei 2848/40 – Arts: 138, 139 e 140.

17 Lei nº 11.340

18 Lei nº 13.260/2016

hipótese, pois uma tal obediência unilateral e irrestrita a uma determinada pauta valorativa, digamos, individual, termina por infringir uma outra, por exemplo, coletiva. Daí se dizer que há uma necessidade lógica e, até, axiológica, de se postular um princípio de proporcionalidade, para que se possa respeitar normas, como os princípios e, logo, também, as normas de direitos fundamentais, que possuem o caráter de princípio, tendentes a colidir.” (GUERRA FILHO, 2005).

O Supremo Tribunal Federal já utilizou desse limite na manutenção da ponderação dos bens jurídicos no HC 82.424 de 2014¹⁹, agindo precisamente na restrição da liberdade de expressão quando se torna incitação ao ódio. Porém esses limites estão pautados em situações específicas, já explanadas anteriormente, e não em pura e simplesmente definição do ódio, ou seja, a aversão a outro ser humano de forma intensa.

Coaduna da hipótese de falha na legislação brasileira na seara dos crimes de ódio, o Dr. Desembargador Guilherme Nucci, afirmando que não existe de modo claro tal espécie de legislação, defende, portanto, o aprimoramento do ordenamento jurídico, urgentemente.²⁰

Nesse sentido, faz-se plausível tal afirmação diante da problemática polarização política e sua forma de Partidarismo, mormente pelas redes sociais, que tem fomentado ao extremo a ideologia política, disseminando

19 “Os Ministros entenderam que, no caso, a conduta do paciente, consistente em publicação de livros de conteúdo anti-semita, foi explícita, revelando manifesto dolo, vez que baseou-se na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. Dessa forma, a discriminação cometida, que seria deliberada e dirigida especificamente contra os judeus, configura ato ilícito de prática de racismo, com as consequências gravosas que o acompanham.

O Plenário consignou que a Constituição Federal impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuam rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a restauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem.

Assentou-se, por fim, que, como qualquer direito individual, a garantia constitucional da liberdade de expressão não é absoluta, podendo ser afastada quando ultrapassar seus limites morais e jurídicos, como no caso de manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. Por isso, no caso concreto, a garantia da liberdade de expressão foi afastada em nome dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. Vencidas a tese que deferiria a ordem para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva e a tese que deferiria habeas corpus de ofício para absolver o paciente por atipicidade da conduta. Consequentemente, o Plenário do Tribunal, por maioria de votos, denegou a ordem” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF nega Habeas Corpus a editor de livros condenado por racismo contra judeus. Notícias STF, set. 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61291>. Acesso em: 21 ago 2020.

20 Disponível em : <https://www.migalhas.com.br/depeso/309333/crimes-de-odio-uma-tipificacao-necessaria-para-o-brasil>. Acesso em: 22.ago.2020.

privacidade e intimidades sem sequer verificar a veracidade dos fatos?

Nota-se, claramente, que a polarização tem atingido níveis de preconceitos alarmantes, ao passo de cercear liberdades de manifestações e até mesmo violações da dignidade da pessoa humana e violência física, que, analisando em uma ótica histórica de comportamento cíclico do ser humano, por analogia a idade das trevas do sistema inquisitório, pairou sobre a atualidade quando se acusa, julga e pune o seu semelhante por simples recusa em aceitar o diferente, pela cortina e manto da liberdade de expressão, esconde o ódio infiltrado na intolerância da identidade política, já atingindo o patamar social e afetivo de seus seguidores.

Neste sentido, a democracia contemporânea e sua pluralidade, encontra-se abalada, pois o desrespeito a dignidade pessoa humana em suas manifestações de ódio encobertas pelo princípio da liberdade de expressão, inviabiliza o próprio exercício da cidadania.

É inescrutável criar uma lei específica para o discurso do ódio, sobretudo que sua definição cairá, muito possivelmente, em uma generalização, o que causará viés subjetivo para seu enquadramento, bem como a utilização da ponderação dos bens jurídicos condensará em uma já tipificação penal, principalmente no rol dos crimes contra a honra, ensejando também a fronteira da incitação ao crime (art 286 CP), eis que as próprias leis penais são dotadas de generalidade e abstração.²¹

Assim, surgiu a ideia de: limites aos limites dos direitos fundamentais,²² que são extraídos de forma implícita ou até mesmo explícita da Carta Magna, garantindo que um direito fundamental, quando necessitar de um limite, não seja retirado o seu significado, ou seja, não perdendo o seu núcleo essencial.

Todavia, ainda não existe um entendimento pacífico na doutrina a respeito de quais são esses intitulados limites dos limites dos direitos fundamentais, pois o entendimento pode divergir e variar de acordo com a peculiaridade de cada sistema constitucional.²³

Neste diapasão, algumas constituições, como a portuguesa, já expõe as regras quanto à limitação dos direitos fundamentais,²⁴ porém

21 Decreto-lei 2848/40 – Arts: 138, 139, 140 e Art. 286 - Incitar, publicamente, a prática de crime: Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa.

22 MENDES, Gilmar Ferreira/BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 6ª ed., 2011, p. 239.

23 PAULA, Felipe de. A (de)limitação dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, p. 40.

24 Art. 18º, nº 2 e 3, da Constituição de Portugal: “2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades

outras, como a própria constituição brasileira, não há essa regra expressa e conforme explica Jane Pereira: “Na ordem constitucional brasileira não existe referência expressa ao regime jurídico das restrições aos direitos fundamentais. Não obstante, tais garantias defluem do caráter supremo e vinculante das disposições de direito fundamental e do princípio do Estado de Direito, uma vez que consubstanciam exigências fundamentais para a proteção dos direitos e liberdades constitucionais.”²⁵

Dessa forma, trata-se de inquestionável a aplicabilidade destas garantias e princípios, independente de estar expresso na Constituição, em razão dos elementos consequentes do princípio da repartição do Estado de Direito e das necessidades de **proteção** dos direitos fundamentais, garantindo a sua segurança.²⁶

Em suma, os limites dessa natureza, é reconhecido a reserva de lei, a aplicação de princípios mais amplos e genéricos, como por exemplo os da razoabilidade e da proporcionalidade,²⁷ assim como o respeito e a proteção do núcleo essencial do direito fundamental.

Portanto, a convicção de que a manifestação na forma de discurso do ódio é assegurada pelo princípio da liberdade de expressão, parte do pressuposto de que esse discurso apenas pode ser limitado nos casos em que vier violar diretamente os direitos de terceiros.

Por outro lado, uma violação indireta não passa a dar legitimidade a restrição ao discurso de ódio, discriminatório, pois fundamentos baseados na ordem, somente, emocional não se enquadram em justificativa plausível e suficiente que objetive uma interferência estatal sobre a liberdade de expressão. Estas condutas discursivas devem ser pelo menos danosas em potencial a algum interesse juridicamente protegido para serem proibidas.²⁸

e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.” O art. 165, nº 1,: “1. É da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as seguintes matérias, salvo autorização ao Governo: [...] b) Direitos, liberdades e garantias.

25 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação e Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, 342.

26 NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 727

27 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 117, nota 84.

28 BARRETO, Gustavo Augusto Ferreira. *Dano e Coação: Princípio do Dano e os Limites do Direito*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 45.

Com efeito, cercear tal princípio basilar da democracia, implicaria em uma redução de sua singularidade no seu núcleo essencial, reduzindo a um valor ínfimo, sendo o discurso do ódio ponderado em cada caso concreto utilizando o princípio da proporcionalidade ou da cedência recíproca entre valores constitucionais, bem como outros meios de hermenêutica.

4 Conclusão

A questão chave de todo nosso percurso metodológico e teórico, tem por fundamento a contextualização da problemática da liberdade de expressão à luz da teoria política clássica de Nicolau Maquiavel. Geralmente, não se tem por hábito o embasamento teórico somente em uma fonte, sendo ela contemporânea ou clássica, havendo necessidade em recorrer ao auxílio de comentadores. Nesse trabalho, buscou-se adequar o pensamento moderno de Nicolau Maquiavel, que tem por objetivo responder as demandas daquela realidade política e social, sem cair no anacronismo, em vista da relação de seus temas com os atuais fenômenos sociais e políticos. No que tange da liberdade de expressão, em uma perspectiva para estabelecer limites e até cerceá-la, depara-se com o discurso acalorado de incitação ao ódio, levando a assimetria social, haja vista a segregação e exclusão de diferentes pontos de vista de um viés político refratado em identidade afetiva e social, colocando em exposição de vulnerabilidade o próprio exercício da cidadania em uma democracia contemporânea. “A política, em função de ser contingente, está sempre suscetível às mudanças e instabilidades” (PEREIRA, 2021, p. 28), tornando elementar resguardar dos perigos da tirania as possibilidades de ação, em todos os âmbitos de atuação da esfera pública.

Na sociedade renascentista, os perigos de uma monopolização do poder da lei (e consequentemente da forma de agir e se expressar) foi explicitada por Maquiavel, revelando seus perigos e sua potencialidade no que tange a discrepância social. Aqueles que detém o poder da legislação e da execução se tornam algozes dos que estão na base da pirâmide social, estimulando o crescimento de uma tirania aristocrata.

Porém, a Liberdade de expressão não é um princípio absoluto, sendo passível sua relativização com a ponderação dos bens jurídicos, o que previsivelmente tenderá em uma tipificação penal. Portanto, cercear a liberdade de expressão seria um retrocesso ao exercício da democracia em sua pluralidade.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARRETO, Gustavo Augusto Ferreira. **Dano e Coação: Princípio do Dano e os Limites do Direito**. Curitiba: Juruá, 2016.

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

BRASIL. **Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília: Senado Federal, 1989.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. STF nega Habeas Corpus a editor de livros condenado por racismo contra judeus**. Notícias STF, set. 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticia-Detalhe.asp?idConteudo=61291>. Acesso em: 21 ago. 2020.

BARROS, Vinícius Soares de Campos. **10 lições sobre Maquiavel**. 6ª Edição. Editora Vozes. Petrópolis-RJ, 2014.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **O Princípio da Proporcionalidade e Teoria do Direito**. IN: GRAU, Eros; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). **Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, p. 268-283, 2003.

FOUCAULT, M. . **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões**. Petrópolis: Editora Vozes, 1987.

FRANÇA. **Declaração de Direitos dos Homens e do Cidadão**. In: PECES-BARBA, Gregorio. **Textos Básicos sobre Derechos Humanos**.

IYENGAR, Shanto; WESTWOOD, Sean. Fear and Loathing across Party Lines: New Evidence on Group Polarization. **American Journal of Political Science**, v. 59, n. 3, p. 690–707, July 2015.

NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MAQUIAVEL, Nicolau. **Comentários sobre a Primeira Década de Tito Lívio**. Tradução de Sérgio Bath. Editora Universidade de Brasília, 2ª Edição, revista. Brasília, 1979.

MAQUIAVEL, Nicolau. **História de Florença**. Glossário e revisão técnica Patrícia Fontoura Aranovich. Tradução MF. Edição de Texto Karina Jannini. Editora Martins Fontes. São Paulo, 2007.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Edição bilíngue. Tradução, interpretação e notas de Diogo Pires Aurélio. Editora 34, 1ª Edição. São Paulo, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira/BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 6ª ed., 2011.

PAULA, Felipe de. **A (de)limitação dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação e Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PEREIRA, João Aparecido Gonçalves. **Política e Conflitos: o que Maquiavel nos ensina?** 1ª Edição. Editora Appris. Curitiba, 2021.

WHITE, Michael. **Maquiavel: um homem incompreendido**. Tradução de Julián Fuks. Editora Record. Rio de Janeiro, 2007.

Capítulo 11

(IN)COMPATIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Xenofontes Piló¹

Geraldo Magela Vicente²

1 Introdução

Não há dúvidas que a tecnologia de informação trouxe um impacto muito grande na sociedade, revolucionando um segmento da mesma, criando assim uma nova estrutura social. O fundamento de uma revolução é a negação de um sistema ou modelo anterior, havendo assim uma transformação radical no modelo social.

Destaca-se que tal revolução é um modo de desenvolvimento, sendo que a mesma não está na ideia de produção clássica. Diante dos fatos a revolução digital, encontramos o aumento exponencial da capacidade computacional, o advento do Big Data e a inteligência artificial, a qual já influência, para o bem ou para o mal, imenso contingente da humanidade. Sendo imprescindível sua regulação, de modo a posicionar os seres humanos como protagonistas centrais da inovação tecnológica.

Na seara do Direito, a aplicação das inovações tecnológicas trata-se de um processo que tende a se potencializar em razão da natureza das atividades exercidas pelos Tribunais e a carga de trabalho a que se veem submetidos. O Poder Judiciário passa a ser ambiente abundante para a implementação de soluções inovadoras, e as mesmas já se encontram em andamento constante, como a utilização da Inteligência Artificial (IA) pelos tribunais, que vem se espalhando por todo o país, prometendo maior acesso à Justiça e eficiência em diferentes tipos de tarefas nos referidos

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.

2 Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce-FADIVALE- Delegado Geral de Polícia Civil de Minas Gerais

tribunais.

No presente artigo foi utilizado, para o desenvolvimento do estudo, o método descritivo e analítico, em uma análise sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, através do procedimento metodológico da pesquisa bibliográfica e estudo de casos concretos sobre a utilização de máquinas com inteligência artificial no processo penal, articulando literatura situada entre a tecnologia e o direito, com base no método hipotético dedutivo.

O problema central com o qual nos preocupamos é a expansão da intervenção estatal através da Inteligência artificial no processo penal no qual se lida com liberdades individuais, o que se reflete na restrição de garantias processuais, atingindo diretamente a dignidade da pessoa humana e principalmente a presunção de inocência, mesmo que se argumente pela necessidade de uma paridade entre acusação e defesa.

A inocência, apesar das enormes controvérsias quanto à sua definição e às diferenças quanto à extensão e amplitude de sua proteção nos diferentes países, é um direito fundamental consagrado em todos os ordenamentos jurídicos modernos e previsto nas mais importantes declarações internacionais de direitos. No Brasil, aliás, recentemente foi aprovada a Proposta de Emenda Constitucional nº 17, que inclui a proteção de dados no rol dos direitos e das garantias fundamentais previstos no art. 5º da Constituição, o qual passou a contar com o inciso LVII, dispondo ser “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

2 A aplicabilidade da Inteligência Artificial no Direito

A Inteligência Artificial (IA) difundida desde a década de 70, porém recentemente ouvimos falar sobre os inventos produzidos a partir de sua aplicação. Convenciona-se que a IA é distinta de automação e da operação simbólica incapaz de aprendizagem, pois automação envolve máquinas operadas sem qualquer autonomia. No atinente à IA significa que o sistema artificial aprende em sequência similar, não igual à humana. Atualmente, com o uso de redes neurais profundas (DNNs, do inglês *Deep Neural Networks*), tem-se um problema no que se refere à explicação da decisão. As DNNs são redes neurais que utilizam o aprendizado de máquina. Sistemas que utilizam essas redes são capazes de ajustar a decisão final com base em histórico de dados que são importados de uma base já existente ou até mesmo reimportados a partir de decisões do próprio

sistema. Baseado nessa ampla gama de funcionalidades derivadas do uso da Inteligência Artificial, Peixoto (2020, p. 23) afirma que são várias as capacidades de sistemas de Inteligência Artificial que podem ser úteis para o campo do direito. Dentre elas, cita reconhecer objetos/pessoas, converter linguagem/imagem em texto, extrair sentido da linguagem e transmitir significado por meio de sentenças, ordenar informações de uma forma prática, combinar informações para alcançar conclusões e programar uma sequência de ações para serem cumpridas. (PEIXOTO, 2020, p. 23).

Observa-se, no processo penal, não há no uso das tecnologias como uma solução simples para o estabelecimento de procedimentos judiciais que levem à conclusão da culpa de modo automático, justo e imparcial. No Brasil, o CNJ editou normas para que o Poder Judiciário se adaptasse às tecnologias, principalmente a tecnologia da IA. Porém esses sistemas não são compatíveis com a ordem constitucional brasileira, na qual encontramos princípios como a presunção de inocência, a individualização da pena na execução penal. Desse modo, a desumanização penal seria conflitante com a ressocialização do reeducando, que passaria a ser mais um número no sistema que analisa a situação de detentos. Conclui-se, portanto, que deve haver uma análise individualizada por detento para que seja aferida sua periculosidade, e uma análise das circunstâncias da sua prisão.

3 A Inteligência Artificial, a presunção de inocência e demais Direitos Fundamentais

A Constituição de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, vem tratar, em seu texto, dos direitos e garantias fundamentais, promovendo uma verdadeira reestruturação do Estado brasileiro e de seus direitos fundamentais. Os direitos e garantias fundamentais se encontram inscritos no Título II, que foi dividido em cinco capítulos: a) direitos individuais e coletivos; b) direitos sociais; c) direitos de nacionalidade; d) direitos políticos; e) direitos relacionados à existência, organização e a participação em partidos políticos (MAZZUOLI, 2019, p. 442).

Para Hartmann (2020, p. 17), a IA está associada à reprodução artificial da capacidade de organizar informações para uma solução aceitável de um problema. Por estar associada ao processamento de dados e à necessidade habitual de arquiteturas que demandam uma alta capacidade de armazenagem e processamento computacional, a IA – mesmo não

sendo em seus fundamentos uma ciência nova – ganhou impulso incrível nos últimos anos.

Destaca-se que neste contexto impulsionada pelos avanços tecnológicos surge os aspectos negativos da relação da IA com o direito. A IA também pode amplificar a discriminação, seja em razão dos objetivos para os quais foi construída, seja porque a reproduz a partir dos dados de entrada. A atenção ao julgamento imparcial e ao devido processo legal deriva da constatação de que soluções informatizadas podem ser empregadas para auxiliar as tomadas de decisões judiciais. Um exemplo é o COMPAS, acrônimo de *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*. Trata-se de um *software* que analisa dados de um questionário e os sopesa com outras variáveis gerando um relatório indicativo da possibilidade, representada por notas de 1 a 10, se o imputado reincidir, classificando-o como de baixo, médio ou alto risco.

Não deve ser aceito um julgamento pela inteligência artificial, em razão de diversos detalhes no decorrer do processo. Justo é atribuir à regulação da IA a tarefa de categórica proteção do genuinamente humano, incentivando a empatia, a cooperação digital e a capacidade solidária efetiva, cabendo a regulação estatal promover a prioridade saudável de conexões intersubjetivas entre as pessoas.

É importante esclarecer que a Resolução nº 332/20 dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e uso da Inteligência Artificial pelo Poder Judiciário, mas há ainda muitas perguntas sem respostas quanto à utilização da IA. Porém, não se pode negar o grande passo tecnológico que o Poder Judiciário deu em relação ao uso da tecnologia.

Na sociedade hodierna vivencia um modernismo tecnológico, o que antes era impossível até mesmo de se imaginar, hoje é uma realidade, como nos filmes de ficção científicas e estudos científicos. Ademais, com essa modernidade que vem propagando o mundo, a inteligência artificial (IA) vem se transfundido nos diversos ramos, até mesmo no ramo jurídico.

A possibilidade da inteligência artificial para o direito é a esperança para a celeridade do processo, para que tenha uma sociedade mais justa, porém esta inteligência artificial pode ser prejudicial ou favorável para o direito, tanto para os Direitos Humanos quanto para o instituto da presunção de inocência.

Os direitos humanos são direitos historicamente adquiridos ao longo dos anos e os direitos sociais que relacionam com tal tecnologia

que se tratam de máquinas pensantes e possam reproduzir emoções. Esse contexto pode ser relacionado diretamente aos Direitos Humanos.

Em tempos digitais, esse mesmo contexto pode ser um desafio para a esfera jurídica. Salienta citar que em Portugal, por exemplo, criou a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital, que trata sobre os direitos humanos na era digital e a atuação dos advogados durante sua tramitação.

No seu artigo 9º trata expressamente sobre o “*uso da inteligência artificial e robôs*”:

1 - A utilização da inteligência artificial deve ser orientada pelo respeito dos direitos fundamentais, garantindo um justo equilíbrio entre os princípios da explicabilidade, da segurança, da transparência e da responsabilidade, que atenda às circunstâncias de cada caso concreto e estabeleça processos destinados a evitar quaisquer preconceitos e formas de discriminação. (PORTUGAL, 2021)

A Inteligência Artificial (IA) é um dos um campos da ciência que tem por finalidade realizar atividades humanas repetitivas de maneira autônoma. Notória que a inteligência artificial pode ser prejudicial a alguns aspectos essenciais e que podem ser contemplados pela IA, uma vez que a máquina não é capaz de compreender o significado da emoção e da veracidade das provas.

A exemplo disso, temos o procedimento probatório, a incidência dos padrões de provas, análise acerca da presunção de inocência, entre outras implicações.

O ex-consultor da ONU e ex-vice-presidente do Conselho de IA e Robótica do Fórum Econômico Mundial, **Stuart Russell**, lembrou que o direito fundamental mais importante é o direito à vida e ressaltou que o algoritmo nunca pode superar os direitos humanos.

A declaração universal dos direitos humanos em seu artigo 10 trata sobre o direito de ter uma pública audiência, por um tribunal independente e imparcial.

Artigo 10

Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir seus direitos e deveres ou fundamento de qualquer acusação criminal contra ele. (ONU, 1948).

A constituição Federal de 1988 em seu Art. 5º, LVII, trata do princípio da presunção de inocência, cuja redação estabelece que “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal*”

condenatória.”

No mesmo sentido o Art. 8º, item 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH, 1969) em sua redação prevê que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente a sua culpa”.

Para o Procurador Regional da República Eugênio Pacelli de Oliveira **não se trata de uma presunção de inocência**; “mas, em verdade, de estado ou situação jurídica de inocência. Em outras palavras, simplesmente inocência”. (2015, p. 48).

Diante do poder punitivo do Estado a maior garantia do indivíduo é o princípio da presunção de inocência. A inteligência Artificial (IA), tendo intuito de padronizar e sistematizar decisões judiciais, a automação de tarefas repetitivas do dia a dia e Padronização de decisões processuais, pode ser um perigo para o instituto da presunção de inocência, pois cada crime tem sua peculiaridade, ou seja, a IA atingirá diretamente o direito fundamental assegurado pela carta magna.

Todavia, o STF (Supremo Tribunal Federal), está fazendo testes em ferramentas tecnológicas, cujo nome RAFA 2030, tendo por objetivo apoiar a classificação de processos que ocorrem na Corte. Tais testes está voltado para a Agenda 2030 da organização das Nações Unidas (ONU).

Segundo o secretário-geral do STF, Pedro Felipe de Oliveira Santos, “há muito potencial para contribuir com as atividades desenvolvidas no âmbito do STF, alinhando inteligência artificial com a inteligência humana, para maior eficiência nas atividades administrativas da Corte”.

Destacou o secretário-geral que os testes mostraram-se positivos, tendo um grau de precisão acima dos 90% apresentados nos últimos testes, traduzindo-se em benefícios não só para o tribunal, como também, para a sociedade.

O problema pode ser enorme voltado para tais números, pois em se tratando de máquinas, não podem qualificar se são eficientes ou não. Insta enumerar casos em que incorreria a quebra de *cadeia de custódia*, será que a IA irá conseguir distinguir se houve rompimento ou não de uma *cadeia*, por exemplo?

O código de processo penal em seu artigo 158-A trata sobre a cadeia de custódia e traz a seguinte redação:

Art. 158-A. 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. (Incluído pela Lei 13.964/2019) (BRASIL, 1941)

O princípio da presunção de inocência vigora no ordenamento jurídico brasileiro os elementos constitutivos, em se tratando do ônus da prova obstinar-se à acusação e esse princípio não deve ser diferente com relação ao conjunto de procedimentos da cadeia de custódia.

Deste modo, ao se falar em (IA) inteligência Artificial, *a priori* pensamos em máquinas e que estas dependem de atualizações constantes, que por descuido todos os números podem vir a ‘cair por terra’, podendo, assim, prejudicar diretamente o cidadão e mesmo o direito fundamental de presunção de inocência.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), O Pacto de San José da Costa Rica, traz em seu artigo 8.2: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Nesse viés, os dados fornecidos à máquina para que essa tenha a IA, podem ser tendenciosos e preconceituosos, pois é confiável a um ser humano que é propenso ao erro. A inteligência artificial tem por seu objetivo agilizar os processos repetitivos e correlaciona conceitos, porém em se tratando de máquina não os compreendem, podendo replicar as ideologias que lhe são fornecidas.

Fenoll (2018), sob a ótica da sentença de mérito, suscita que existem quatro aspectos relevantes que são: a motivação da valoração probatória, a incidência dos *Standards*, a análise acerca da presunção de inocência e o procedimento probatório.

Claramente, a atribuição dos conceitos que os humanos podem oferecer à inteligência artificial é de relevante perigo, uma vez que a máquina não é hábil para ter sentimentos e compreender significados.

O ente humano tem seguramente dois guias na vida: o raciocínio que o orienta e a consciência que o **adverte**. Coisas ou estado de ânimo que mantém relação com nosso espírito, inerente e própria dos mortais. Por mais que se tente, nenhuma máquina conseguiria absorver de forma diligente e racional.

No Código de Processo Penal (1941) em seu artigo 316, parágrafo único, tem em sua literalidade que o Juiz terá que revisar o processo de 90 a 90 dias, “Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de

tornar a prisão ilegal”.

Sob esse aspecto, para fins de preservação da segurança, os juízes ainda terão que fundamentar as decisões, e continuarão atuando como mecanismos revisionais de certa decisão de mérito proferida.

Nessa mesma perspectiva, Boeing e Moraes da Rosa (2020. p. 84/85), o juiz fará a revisão posterior à revisão da máquina, ou seja, em primeiro momento o processo judicial elimina o julgamento humano da relação processual; o juiz humano compete o papel de revisor e por sua vez a máquina com julgamento de mérito da causa.

Deste modo, cabe ensinar a máquina a compreender o papel de julgar e o papel tênue de fundamentar as decisões, sempre observando o princípio da legalidade, permitindo, assim, a decisão posterior do ser humano, vinculando a isso, o princípio da presunção de inocência, uma vez que não há como afrontar uma decisão complexa.

4 Conclusão

Atuando como um pilar do estado democrático de direito, a fundamentação das decisões, garante assim o controle da legalidade sob a decisão proferida.

Neste ponto, já pode ser capaz de perceber a preocupação sobre o crivo da aplicação da IA limitando as tarefas repetitivas, deixando o processo mais célere. Portanto, as decisões proferidas no ato da resolução podem acarretar um mal maior para a pessoa que está sendo julgada.

Nesse ponto de vista, pode-se perceber a ideia a ser partilhada no presente artigo, a respeito das máquinas dotadas de inteligência artificial e a presunção de inocência, sendo utilizadas na Corte brasileira.

Desta forma, conclui-se a respeito dos riscos que a IA possa trazer para o ramo do direito, visto que a tecnologia de hoje não comportaria a ideia nem mesmo a capacidade de igualar-se ao cérebro humano, sendo que uma máquina não possui autonomia para interferir em um dos direitos fundamentais adquiridos ao longo dos anos, que se trará exatamente do **direito à presunção de inocência.**

Referências

BRASIL. **Código de Processo Penal de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm.

Acesso em: 7 out. 2022.

CIDH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969.**

Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 7 out. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 332, de 21 de agosto de 2020.**

Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/wp-content/uploads/2020/08/Resoluc%CC%A7a%CC%83o-332-CNJ.pdf>. Acesso em: 7 out. 2022.

NOLL, Jordi Nieva. **Inteligencia Artificial y Proceso Judicial.** Marcial Pons: Madrid, 2018.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 7 out. 2022.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direito internacional público. 12. ed. São Paulo: Forense, 2019.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** 19ª Edição. Barueri: Atlas, 2015.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann. **Inteligência Artificial e direito: convergência ética e estratégica.** Vol. 5. Curitiba: Alteridade, 2020.

PORTUGAL. **Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital.**

Disponível em: <https://files.dre.pt/1s/2021/05/09500/0000500010.pdf>. Acesso em: 7 out. 2022.

ROSA, Alexandre Moraes; BOEING, Daniel Henrique A. **Ensinando um robô a julgar.** Rio de Janeiro: Emais, 2020.

Capítulo 12

BLOCKCHAIN COMO MEIO DE EXTRAÇÃO DA PROVA NO PROCESSO CIVIL

Daniel Araújo de Assis¹

1 Introdução

O que é novo pode assustar. Se é novo, é desconhecido, e com isso o ser humano não tem boa relação. Assim foi no passado, desde nossas origens e os tempos mais remotos, assim foi com a expansão do conhecimento científico e tecnológico, desde quando tínhamos perder nossos empregos para as máquinas e não entendíamos a internet, assim é hoje, com os novos horizontes do avanço humano, com *blockchain* e criptomoedas – que seja aonde forem, seguem rodeadas de cétricos.

A necessidade investigativa do presente ensaio surge, portanto, da carência elucidativa que por vezes impede a melhora da condição humana. A *blockchain* é uma das redes virtuais mais seguras já criadas pelo ser humano e desponta como uma tecnologia-base promissora para tudo que no futuro possa dela se valer. Naturalmente, em razão dessa percepção otimista, mas científica, considero a *blockchain* como um dos meios mais seguros de extração da prova documental eletrônica e um dos mais confiáveis métodos de preservação de sua cadeia de custódia.

Propus, ao longo das próximas páginas, uma reflexão sobre a era tecnológica que vivemos para focarmos nosso olhar no papel do Poder Judiciário ao possibilitar o uso de métodos alternativos para extração da prova, seja em nome da conveniência, seja pela própria necessidade do caso concreto, mas sempre em nome da verdade processual. Não só porque interessa à jurisdição estatal reconstruir uma verdade factual sobre a qual se baseia a demanda, mas também para possibilitar um efetivo exercício da ampla defesa e do contraditório que esteja atento à produção probatória.

Não me pareceu ser um assunto que desafiasse uma longa incursão,

1 MBA em Gestão e Inovação pela Escola Superior de Advocacia – ESAMG. Pós-graduando em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Bacharel em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Advogado. E-mail: daniel.araujo.assis@gmail.com

mesmo porque o critério de tipicidade dos meios de prova no processo civil é discutível por ausência de previsão legal. Aliás, a legislação processual é deveras receptiva aos diversos meios de produção probatória, facultando às partes que se valham de todos os meios legais ou moralmente legítimos para que alcancem o seu objetivo e se desincumbam do ônus processual que lhe cabe.

Esse estudo tratou-se, portanto, de um ensaio às avessas porque houve uma investigação sobre o assunto tratado, que é objeto de outros estudos e enfoques já publicados, mas não houve uma pretensão de esgotar os detalhes que permeiam a aplicação da prova documental no processo civil extraída via *blockchain*. Houve, sim, um desejo de abordar a questão de maneira satisfatória para que sua utilização prática seja naturalizada pelos operadores do Direito. Especialmente, constranger a comunidade jurídica à sua aplicação, seja por conveniência, como por necessidade. É a expressão do que investiguei, estudei e pensei, minha singela contribuição.

2 O papel da Justiça no advento das novas tecnologias

A era da informação pode ser conceituada como a essência do nosso mundo. A vida proposta nos tempos pós-revolucionários já não é a mesma. Já não somos obrigados a assistir o mesmo filme, ler o mesmo jornal ou vestir a mesma calça. A massificação e a singularidade dão lugar à personalização e multiplicidade de produtos e serviços. Mesmo para mim, enquanto autor de uma nova era, falar do que o mundo já foi é um desafio: as previsões do que já vivi datam do último século.²

Suas bases, então, pertencem a tempos ainda mais longínquos: desde que Johannes Gutenberg adaptou a invenção chinesa da tipografia para o Ocidente no século XV, passamos por Charles Babbage (Máquina Analítica), Alexander Graham Bell (telefone), Konrad Zuse (binary digit ou apenas “bit”), Bill Gates (Microsoft), Steven Jobs e Stephen Wozniac (Apple). Todas essas personalidades deram a tona de uma era que já nos é tão íntima e envolvente que nossa imaginação vive estipulando o porvir.

A imposição de um isolamento social em virtude da pandemia da Covid-19 não varreu o mundo despercebidamente: impôs não só um maior cuidado com a saúde coletiva e individual, como também confirmou as previsões no que toca o ensino à distância (EAD) e o home office. Hoje

2 A título de ilustração, uma matéria da Revista Super Interessante publicada em 1994 já previa o amplo acesso aos smartphones e o trabalho remoto, assim como diversas outras transformações já incorporadas à sociedade mundial contemporânea. Para saber mais: <https://bit.ly/3tTetzX>.

o debate gira em torno de como a sociedade se comportará em tempos pós-pandemia. “A tecnologia veio pra ficar”. Esse tem sido o lema da humanidade.

Mesmo o contato social, tão essencial para a vivência gregária do ser humano, de pouco em pouco tem se dado pela via virtual. Redes sociais como o Facebook, Twitter e WhatsApp permitem uma interação humana mais do que satisfatória. A propósito, essa comunicação em massa tem levantado debates a respeito da preservação de direitos e garantias fundamentais, sobretudo em tempos que a prática de crimes virtuais tem crescido exponencialmente.³

Na operacionalização da Justiça, essa transformação impôs uma revolução significativa.⁴⁻⁵ No Brasil, a tramitação eletrônica de processos físicos permite que advogados de todo o país representem clientes a quilômetros de distância. Todo o acervo probatório pode ser digitalizado e até mesmo as audiências tem ocorrido por videoconferência, dentre outras facilidades *capazes* de ampliar o acesso à justiça.⁶

Há quem diga que o Poder Judiciário tem deixado transparecer certa morosidade no dever de adaptação e inovação, apostando na manutenção de certas condutas e práticas dispensáveis, que só atendem à invocação de uma suposta segurança jurídica transvestida de mero conservadorismo. Essa evidente alteração comportamental no *homo sapiens* invariavelmente influi no Direito, o que não nos permite mais conceber o exercício da atividade jurídica – eminentemente intelectual – sem o apoio das máquinas, softwares e da inteligência artificial na gestão processual. Fazer as pazes

3 Segundo dados da Central Nacional de Denúncias de Crimes Cibernéticos – uma parceria, da ONG Safernet Brasil com o Ministério Público Federal (MPF) –, o número de denúncias anônimas de crimes cometidos pela internet mais que dobrou em 2020. De janeiro a dezembro do ano passado, foram 156.692 denúncias anônimas, contra 75.428 em 2019 (GLOBO, 2021).

4 Segundo Dierle Nunes (2020, p. 15), é a chamada “virada tecnológica”. A expressão decorre de um paralelo com outras revoluções, a saber: (i) virada constitucional, indicando os impactos da constitucionalização do Direito, sobretudo no segundo pós-guerra; (ii) virada cognitiva, decorrente da percepção dos impactos das heurísticas e vieses cognitivos no Direito; (iii) virada linguística-ontológica, significando o abandono da linguagem como instrumento de comunicação, reconhecendo-a como condição de possibilidade.

5 Já se fala na instituição de Cortes de Justiça completamente virtuais, sem qualquer instalação física. O jurista americano Richard Susskind teoriza sobre a questão em seu livro, “Online Courts and the Future of Justice”, que ganhou certa notoriedade em virtude da pandemia da COVID-19.

6 No final de 2020, o Conselho Nacional de Justiça aprovou a Resolução nº 345, em que autoriza e regulamenta a prática do “Juízo 100º Digital”, permitindo que os atos processuais de uma demanda sejam completamente praticados pela via eletrônica, tornando desnecessário o comparecimento físico aos fóruns e tribunais.

com o progresso é pressuposto inafastável para uma prestação jurisdicional satisfatória.

Os refreios da Justiça, ao bem da verdade, estão intimamente ligados à insegurança que as novas tecnologias carregam consigo. Com as benesses que tanto anunciamos, vem também o compartilhamento não autorizado de dados pessoais, adulterações de documentos e páginas da *web*, a construção de perfis *fakes* em toda a rede, além das inúmeras invasões praticadas por *hackers*, cuja regra é a não identificação do responsável em razão de obstáculos investigativos insuperáveis ou extremamente custosos.

É claro que o avanço tecnológico não poderia ser obstado pelos negativismos causados pelo infrator da ordem. Seja qual for a era em que vivermos, o ser humano continuará a se valer de egoísmos para alcançar seus propósitos. Com o surgimento das criptomoedas e a consequente necessidade de impedir qualquer interferência humana em tais operações, surgiu a criptografia via *blockchain*. Seu conceito surgiu quando Satoshi Nakamoto (pseudônimo do suposto criador do bitcoin) publicou o artigo acadêmico intitulado “Bitcoin: um sistema financeiro eletrônico peer-to-peer” (2008, p. 3). Ali, a *blockchain* é definida como uma rede que marca o tempo das transações, colocando-as em uma cadeia contínua no *hash*, formando um registro que não pode ser alterado sem refazer todo o trabalho. Basicamente, tal tecnologia surgiu para que o *bitcoin* pudesse existir, mas as possibilidades de uso vão muito além das criptomoedas. Em termos mais ilustrativos:

Pense num trenzinho de brinquedo cujos trilhos estão espalhados pelo mundo inteiro. Não um, mas vários que formam uma rede global. Cada material vai dentro de um vagão, que é validado por máquinas espalhadas pelo mundo. Se aprovado, ele é selado com um código complexo de letras e números e se junta a outros vagões. Para aumentar ainda mais a segurança, cada vagão carrega seu código e o código do vagão anterior. Assim, caso alguém tente invadir um vagão, será preciso desvendar mais de um código. Essa rede de trenzinhos não tem dono, por isso todos os envios são registrados num livro disponível para qualquer um acessar. Mas não é possível ver o que foi enviado nem quem enviou, apenas quando houve o envio. Realizar todas essas operações é um pouco complexo. São poucas as pessoas que têm as máquinas necessárias para criar os códigos que selam os vagões e juntá-los com outros, por isso elas são remuneradas por esse trabalho (LEITE, 2020).

É possível afirmar, portanto, que a Justiça estará devidamente segurada, afinal a criptografia possibilita que uma série de elementos probatórios possam ser preservados, garantindo uma cadeia de custódia

imaculada. Está aí uma evidência de que a tecnologia pode fornecer também segurança, acima de tudo jurídica.

Naturalmente, essa inquietação quanto à coleta de provas em tempos de alta volatilidade na rede alcança todos os campos do Direito, com especial atenção à atividade judicante, já que a uma prolação de uma decisão de mérito justa e efetiva está intimamente ligada à integridade das provas necessárias ao processamento e julgamento de uma demanda. Há casos que requerem um alto índice de confiabilidade da prova, sobretudo quando o resultado pode significar a supressão de direitos e garantias individuais para uma das partes, como na cominação de sanções de natureza penal.

3 A *blockchain* como meio de extração de prova no processo civil

O mundo jurídico se vale da prova como meio de alcançar a veracidade dos fatos alegados. E o magistrado, para sua convicção (THEODORO JUNIOR, 1995, p. 26).

Não é novidade que o processo civil tal qual como conhecemos hoje admite uma variedade de meios de prova capaz de facilitar a vida do operador do Direito e, principalmente, possibilitar a superação de obstáculos que possam se formar na formação da prova e de sua cadeia de custódia. Segundo o art. 389 do Código de Processo Civil (CPC), “as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.

Tomando as provas eletrônicas como exemplo, remeto-nos à ata notarial que, apesar de não se identificar como uma inovação da norma processual civil⁷⁻⁸, conceitua-se como “o instrumento público pelo qual o tabelião, ou preposto autorizado, a pedido de pessoa interessada, constata fielmente fatos, coisas, pessoas ou situações para comprovar a sua existência

7 No Brasil, a primeira menção legislativa moderna à ata notarial encontra-se na Lei nº 8.935/94, especialmente em seu art. 7º, III.

8 Segundo Leonardo Brandelli (2004, p. 41): “No Brasil, a primeira ata notarial lavrada o foi por Pero Vaz de Caminha, escrivão da armada portuguesa, ao narrar para o rei de Portugal a descoberta e a posse das novas terras. Embora lavrada sob outra designação, a carta de Pero Vaz de Caminha, levada para Portugal por Gaspar de Lemos, e que é o ‘registro de nascimento’ do Brasil, constitui-se efetivamente na primeira ata notarial lavrada em solo pátrio, uma vez que lavrada pelo escrivão da armada e dada a sua natureza narrativa”.

ou o seu estado” (RODRIGUES; FERREIRA, 2013, p. 103)⁹ – sendo, portanto, um dos meios de prova mais consagrados para a formalização de provas obtidas por meios digitais.

Diante da ocorrência cada vez mais comum de atos ilícitos na internet, a necessidade de formalizar as provas para utilização em juízo tem despertado a criatividade dos advogados cotidianamente. Capturas de tela (*prints*) foram e continuam sendo um dos meios mais utilizados pelos causídicos para registro da prova obtida, especialmente pela facilidade de sua materialização. Apesar de poder ser aceita pelo magistrado segundo o princípio da liberdade probatória consagrado no art. 389 do CPC, os tribunais têm agido com cautela na sua admissão, como também a tem rejeitado: o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do RHC nº 99.735/SC, registrou precedente que recusa a utilização de *prints* do aplicativo WhatsApp em razão de sua volatilidade. *In verbis*:

Tanto no aplicativo, quanto no navegador, é possível, com total liberdade, o envio de novas mensagens e a exclusão de mensagens antigas (registradas antes do emparelhamento) ou recentes (registradas após), tenham elas sido enviadas pelo usuário, tenham elas sido recebidas de algum contato. Eventual exclusão de mensagem enviada (na opção “Apagar somente para Mim”) ou de mensagem recebida (em qualquer caso) não deixa absolutamente nenhum vestígio, seja no aplicativo, seja no computador emparelhado, e, por conseguinte, não pode jamais ser recuperada para efeitos de prova em processo penal, tendo em vista que a própria empresa disponibilizadora do serviço, em razão da tecnologia de encriptação ponta-a-ponta, não armazena em nenhum servidor o conteúdo das conversas dos usuários.

A ata notarial, em tal situação, se revela como forte candidata a uma melhor preservação da cadeia de custódia, preocupação maior dos tribunais, assim como consignado no RHC nº 99.735/SC. Todavia, sua produção envolve outras variáveis, tais como a burocracia registral envolvida no traslado, a necessidade de presença física do meio do qual se extrai a prova à presença do tabelião e o custo temporal e financeiro, sem prejuízo de outros obstáculos que podem surgir a depender da origem da prova. Há ainda a inafastável possibilidade de singelos juízos de valores sobre a descrição do fato pelo tabelião, seja na escolha de palavras, seja na observação alcançada.¹⁰

9 Na conceituação fornecida por Leonardo Brandelli (2007, p. 249), a ata notarial é “o instrumento público mediante o qual o notário capta, por seus sentidos, uma determinada situação, um determinado fato, e o traslada para seus livros de notas ou para outro documento”.

10 Já dizia Aristóteles que, sendo o homem um animal capaz de desejar e de se mover nessa direção, acaba por ser corrompível, dinâmico e indeterminável (ZINGANO, 1998, p. 33).

Mesmo não sendo um meio à prova de falhas, a ata notarial confere uma segurança jurídica à prova de dúvidas, justamente por conta da fé pública que lhe atribui o tabelião quando a confecciona. É, portanto, um meio de prova típico confiável *per se*.

Nessa esteira desponta a extração da prova via *blockchain*. Sua operação pode ser realizada através de várias plataformas comercializadas pelo mercado, empresas estas que detêm a técnica e o conhecimento aprofundado da rede *blockchain* e disponibilizam, de forma clara, prática e intuitiva, o serviço para extração da prova eletrônica com total respeito à cadeia de custódia. Uma das empresas é a OriginalMy (2022), que disponibiliza a “Prova de Autenticidade de Conteúdo Web” (PacWeb):

A solução Prova de Autenticidade de Conteúdo Web faz uma cópia completa do conteúdo que está sendo visualizado no seu navegador e gera um relatório comprovando a sua existência. É possível registrar a autenticidade de conteúdos publicados na web, seja em sites, blogs, mídias sociais ou portais. Além disso, a partir do relatório gerado pelo plugin, é criado um hash, código único e exclusivo, que identifica o seu documento em nosso site.

O que faz? Gera um relatório em formato PDF com os dados de quem está coletando a prova, link da postagem, cópia do que está na tela e os metadados que são informações técnicas importantes para demonstrar a veracidade da prova. Além do relatório você também terá acesso ao arquivo de vídeo com a prova para apresentar em juízo.

Por que a Blockchain? Com a certificação em blockchain, é possível comprovar que a prova coletada não sofreu modificações. Mesmo se o conteúdo for excluído, você terá uma comprovação com data e hora de quando a prova foi coletada.

A rede *blockchain* funciona como uma espécie de diário de controle no qual são armazenadas informações sobre qualquer dado. Cada bloco criado nessa grande corrente gera um *hash*¹¹ próprio, singular e incapaz de modificação, contando sempre com o mesmo número de caracteres. A simples inclusão de um caractere no dado registrado pode modificar por completo o *hash*. Sua utilização faz a rede *blockchain* tão segura que operações civis e comerciais já são realizadas através dos *smart contracts* (contratos inteligentes).¹²

11 Um *hash* é o resultado de uma função *hash*, que é uma operação criptográfica que gera identificadores únicos e irrepetíveis a partir de informações fornecidas. *Hashes* são uma peça chave da tecnologia da tecnologia blockchain e tem ampla utilidade (Bit2me, 2022).

12 Mais sobre *smart contracts*: DE ASSIS, Daniel Araújo. *Smart contracts: inovação, Direito e liberdade*. In: ELIEZER, Cristina Rezende; LANA, Henrique Avalino (coords.). *Perspectivas jurídicas e tecnologia*. Santo Ângelo: Metrics, 2021.

Assim, a *blockchain* produz uma prova documental incorruptível e sem vieses.

O estudo do *blockchain* como meio de prova me permite alcançar a conclusão de que a extração de prova do mundo real se torna muito mais segura e confiável do que a própria ata notarial, especialmente porque dispensa intermediários humanos. Se na ata notarial há um viés interpretativo do fato capturado pelo tabelião – ainda este se encontre imbuído da vontade de não emanar qualquer juízo de valor e procure não fazê-lo – na extração via *blockchain* haverá apenas o magistrado como destinatário e manipulador da prova, único destinado à sua interpretação, sem compartilhar o ato de exame e descrição da prova com o tabelião.

É fato que, segundo o art. 411 do CPC, a prova documental considera-se autêntica sempre que “a autoria estiver identificada por qualquer outro meio legal de certificação” ou “não houver impugnação da parte contra quem foi produzido o documento”. Sua validade, a toda maneira, será avaliada pelo próprio magistrado, que exercerá seu juízo de convicção de maneira livre, mas motivada, como dispõe o art. 371 do CPC: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

Dessa maneira, a própria possibilidade de impugnação do documento e da sua cadeia de custódia fica prejudicada, já que a veracidade dos fatos contidos na prova documental extraída via *blockchain* afasta a possibilidade de questionamentos, remontando a uma verdadeira reconstrução processual dos fatos, à verdade real, conferindo ao magistrado elementos suficientes para formação de uma convicção segura. Cabível, aí, a citação de Moacyr Amaral dos Santos (1995, p. 223):

Ao chegar a esse ponto, a prova conseguiu seu fim. Só então se pode dizer que está concluída a prova. Prova, assim, é a verdade resultante das manifestações dos elementos probatórios, decorrente do exame, estimação e ponderação desses elementos; é a verdade que nasce da avaliação, pelo juiz, dos elementos probatórios. Daí definir-se avaliação: processo intelectual destinado a estabelecer a verdade produzida pelas provas. [...] na avaliação se desenvolve trabalho intelectual do juiz. É ato seu. É ele quem pesa e estima as provas. Ele foi quem a coligiu, dirigiu, inspecionou, é quem delas vai extrair a verdade. Certamente, as partes poderão, mesmo deverão, elucidar, fornecer subsídios para a avaliação, mas é o juiz quem a faz e, errada ou certa, é a única admissível no processo.

Sobre essa reconstrução processual, *tenho um parênteses elucidativo*

a *fazer*: esse constructo de verdade real na verdade nada mais é do que uma verdade processual, construída sobre elementos e indícios fornecidos pelas partes no intuito de promover uma reconstrução fidedigna dos fatos sob litígio. Sou crítico desse conceito de verdade real porque ele acaba contribuindo para uma noção equivocada de que tudo aquilo que pode, de determinada maneira, colocar em xeque o alcance da verdade factual é execrável. Inclusive e sobretudo inovações, como a *blockchain*. Essa verdade real, entretanto, pode ser inalcançável e sequer pode ser medida ou revista.¹³

A partir do momento em que aceitamos que riscos são parte da vivência humana e que todo meio de prova possui suas particularidades – até mesmo a ata notarial –, passamos também a aceitar que a verdade factual será tudo aquilo que as partes lograrem provar. Tenhamos que o Direito é um conjunto de normas e princípios destinados à realização daquilo que consideramos justiça, mas com esta não se confunde. A justiça está em constante mutação e o Direito carece de certa estabilidade.¹⁴ Não podemos buscar essa verdade subjetiva em nome da justiça.

Sob a referência de Pierre Bourdieu (*et al*, 2004, p. 45-48; 73-80), a verdadeira noção de verdade real nas ciências sociais e naturais reside naquela realidade construída consensualmente entre aqueles que, de alguma maneira, participaram de seu processo construtivo e a aceitam como uma verdade que não carece de investigação, justamente porque é real. Desta feita, a compatibilidade e aceitação da prova extraída via *blockchain*, assim como qualquer outro meio de prova, depende apenas de um consenso da comunidade jurídica sobre a segurança de sua cadeia de custódia.

Como vimos até aqui, a veracidade dos fatos capturados via *blockchain* é assegurada de maneira ímpar.

É lógico concluir que a aceitação da prova extraída via *blockchain* está também ao cargo da parte a quem o documento eletrônico é oposto. Por outra via, não me parece tão lógico deduzir que a mera irresignação é suficiente para desconstituição da prova. Toda impugnação deve seguir a regra tradicional do ônus probatório, neste caso, conforme art. 373, II, do CPC, sendo a parte prejudicada responsável pela prova de corrupção

13 A profundidade desse pensamento possui bases filosóficas. Para tanto, leia NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Fragments posthumes*. Automne 1887 – mars 1888. Oeuvres philosophiques complètes, XIII. Paris: Galimard.

14 Já dizia Miguel Reale (1992): “Nada mais incompatível com o direito do que a incerteza, a carência de uma diretriz segura: o direito responde, de maneira primordial, ao desejo espontâneo que o homem tem de fugir à dúvida”.

do documento extraído via *blockchain* – afinal, pensar diversamente seria impor um ônus de prova negativa.

A par de tais considerações, tenho que a extração da prova via *blockchain* não se desalinha dos métodos típicos tradicionais de prova, mesmo porque, em termos materiais, não se diferencia da extração via ata notarial. A mera intermediação de fidedignidade exarada por um tabelião é facilmente eliminada da cadeia de custódia por um sistema muito mais confiável e robusto, a *blockchain*.

O Código de Processo Civil, a propósito, não elenca um rol taxativo de todas as provas admitidas em direito, tampouco fala em tipicidade, mas tão somente nomina meios probatórios mais usuais e o procedimento respectivo a ser adotado em juízo, conferindo abertura à utilização de todos os demais métodos cabíveis e possíveis para formação da prova e sua apresentação ao magistrado. Falar em tipicidade da prova é, aliás, uma atecnia. Como regra geral, a prova válida é aquela que atende o seu propósito, seu fim.

Tenhamos em consciência, aliás, ainda que essa eventual classificação tipológica da prova não se confunde com sua confiabilidade. Lembremos das medidas executivas atípicas no CPC: a apreensão da CNH, a sanção de astreintes e o bloqueio dos cartões de crédito são classificados como medidas executivas atípicas, mas não são menos importantes ou menos qualificadas em seu propósito, é apenas uma questão de utilidade e conveniência. Assim também é com a *blockchain*. Ela pode servir como meio de prova em que a extração documental do fato é difícil ou complicada de ser feita via ata notarial, *v.g.*, vídeos.

Em termos de segurança jurídica, o próprio diploma processual cuidou de admitir a prova eletrônica, conforme previsão dos arts. 439 a 441 do CPC. Essa regulação é evidência de que toda a insegurança com relação ao risco de corrupção da prova obtida eletronicamente já foi superada pelo legislador, assim como também ocorrido com a assinatura eletrônica, que detém regramento próprio na Medida Provisória (MP) nº 2.200/2001 – Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil).

Não há mais discussões sobre a segurança afeta aos documentos eletrônicos, “inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil”, haja vista o status legal a eles conferido pelo art. 10, §2º, da MP nº 2.200/2001, que vai de encontro à exigência do art. 411, II, do CPC. Todo e qualquer debate acerca da utilização da tecnologia *blockchain* como meio de prova encontra-se superado mesmo pela legislação aplicável, abrindo

caminho para sua ampla utilização no processo civil e em todo o Direito.

5 Conclusão

Analisando detidamente a *blockchain* como meio de garantir a cadeia de custódia da prova documental, é possível percebermos que o receio envolvido em sua utilização não passa de mero preconceito (leia-se pré-conceito) infundado. Se há receio de sua corrupção, o sistema *blockchain* demonstra-se incorruptível; se há dúvidas acerca de sua aceitação legal, o ordenamento jurídico mostra-se receptivo; se há zelo pela verdade dos fatos, a *blockchain* apresenta-se como solução para uma verdade processual.

Não se trata mais de uma opção como meio de prova, mas sim de um caminho essencial. A prova extraída via *blockchain* é patentemente mais segura do que uma ata notarial ou um documento de papel, afinal sempre garantirá a origem do fato, uma extração imaculada e um registro próprio, com seu identificador alfanumérico singular. Difícil mesmo é encontrar inconvenientes na sua utilização.

O desconhecido, por muitas vezes, surge como uma abertura para superação de tradições que já não são sinônimos de utilidade e praticidade. Lidar com a tecnologia, é dizer, com esse desconhecido, evidencia-se como o melhor caminho para a superação dos desafios que aparenta e impõe. É nessa trilha que a jurisdição estatal precisa caminhar, constantemente à procura de meios que lhe permitam reafirmar sua competência e confiabilidade.

Poucas tecnologias atualmente se mostram tão seguras quanto a *blockchain*. Seu método de validação é incorruptível. Não em vão serve como base para movimentações financeiras e moedas, como os *smart contracts* e o *bitcoin*. Toda desconfiança afeta encontra-se há muito superada pela iniciativa privada, especialmente por aqueles que mais fazem dinheiro em todo o mundo. É bem verdade que hoje ainda possa haver um longo caminho até a transformação pretendida pelos contratos inteligentes e as criptomoedas, mas a segurança da rede está pronta. Sua qualidade é garantida, cientificamente comprovada. E o Poder Judiciário não pode e nem deve hesitar na sua utilização.

Referências

BARREIRA, Wagner. Era da informação: Tudo ao mesmo tempo agora. Revista Super Interessante. 31 ago. 1994. Disponível em: <https://bit.ly/3tTetzX>. Acesso em: 13 mai. 2021.

BIT2ME. O que é um hash? Disponível em: <https://academy.bit2me.com/pt/que-es-hash/>. Acesso em: 13 out. 2022.

BOURDIEU, Pierre; CHAMBOREDON, Jean-Claude; PASSERON, Jean-Claude. O ofício do sociólogo: metodologia da pesquisa na Sociologia. Petrópolis: Vozes, 2004.

BRANDELLI, Leonardo. Ata Notarial. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2004.

BRANDELLI, Leonardo. Teoria Geral do Direito Notarial: De acordo com a Lei nº 11.441/2007. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução CNJ nº 345, de 9/10/2020. Dispõe sobre o “Juízo 100% Digital” e dá outras providências. Brasília, DF: 9 out. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2RvIOY3>. Acesso em: 18 mai. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). RHC 99.735/SC. Relatora: Min. Laurita Vaz, 12 dez. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3gbHPrM>. Acesso em: 15 out. 2022.

GLOBO. Denúncias de crimes cometidos pela internet mais que dobram em 2020. Portal G1, 9 fev. 2021. Disponível em: <https://glo.bo/3v4vaJW>. Acesso em: 18 mai. 2021.

LEITE, Vitor. O que é blockchain: uma explicação simples. Blog Nubank, 05 out. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3eYyGA4>. Acesso em: 18 mai. 2021.

NAKAMOTO, Satoshi. Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em: 15 out. 2022.

NUNES, Dierle. Virada tecnológica no direito processual (da automação à transformação): seria possível adaptar o procedimento pela tecnologia. In: NUNES, Dierle; LUCON, Pedro Henrique dos Santos; WOLKART, Erika Navarro. Inteligência Artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

ORIGINAL MY. PacWeb. Disponível em: <https://originalmy.com/pacweb>. Acesso em: 13 out. 2022.

RODRIGUES, Felipe Leonardo; FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger. Tabela de Notas. Christiano Cassettari (coord.). São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. Primeiras linhas do Direito Processual Civil. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1995.

SUSSKIND, Richard. Online Courts and the Future of Justice. New York: Oxford University Press, 2019.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do Direito Processual Civil e processo de conhecimento. v. 1. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

ZINGANO, Marco Antonio. Razão e sensação em Aristóteles: um ensaio sobre De anima III 4-5. Porto Alegre: LP&M, 1998.

Capítulo 13

AS COTAS RACIAIS E A CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA O RACISMO - UM LIMITE CONSTITUCIONAL À REVISÃO

Geovane Lopes de Oliveira¹

1 Introdução

A promulgação da Lei de Cotas, Lei nº 12.771, em 29 de agosto de 2012, representou um marco jurídico fundamental para o processo histórico de luta da população negra por reconhecimento de direitos e uma vitória dos movimentos sociais antirracistas. A partir dela, e pela primeira vez, foi definida uma política pública específica que buscava a superação das desigualdades sociais de acesso ao meio mais elementar de ascensão social, a educação.

O texto normativo determina a reserva de vagas nos concursos seletivos para ingresso em Universidades Federais e Colégios Técnicos Federais do Brasil vinculados ao Ministério da Educação primordialmente para pessoas de baixa renda (até 1,5 salários mínimos *per capita* na família) que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, à razão de cinquenta por cento das vagas existentes, e destaca uma parcela dessas vagas para autodeclarados pretos, pardos e indígenas e pessoas com deficiência, “em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição”. (BRASIL, 2012)

O referido ato normativo reconfigurou o panorama das políticas afirmativas e produziu uma relevante mudança na perspectiva de acesso ao ensino para a população negra brasileira e, embora esteja longe de ter alcançado seus objetivos plenos, mostrou-se consistente na produção de um aumento de ingresso e formação daquele grupo, como registra Fernandes (2022).

A despeito dos dados sobre os benefícios dessa ação afirmativa,

¹Advogado, professor da Faculdade de direito da Fundação Educacional de Além Paraíba e do CESA – Centro de Ensino Superior de Barbacena, doutorando em Ciências Sociais pela UFJF e mestre em direito internacional pela UERJ – geovanelopesoliveira@gmail.com

ela sempre foi alvo de ataques por parte de parcela da população e de representantes políticos, sob os mais variados argumentos. Em 2016, foi aprovado projeto de modificação da lei que estabeleceu a obrigação de revisão do programa de ação afirmativa dez anos após a sua implantação, ou seja, em 2022. Se, por um lado, é certo que a expressão “revisão” não indica necessariamente redução ou extinção da política de cotas, também é certo que a pressão política histórica contrária à garantia de direitos da população negra, considerando a guinada para a orientação política de direita que o Brasil vivencia desde 2016, consolidada na eleição de 2018 (NICOLAU, 2020), podem ser indicativos de que a referida política está sob risco.

Há, contudo, uma nova perspectiva de análise da disposição que determina a revisão da política de cotas. No ano de 2021, o Congresso Nacional brasileiro aprovou, através do procedimento previsto no art. 5º, §3º, da Constituição Federal, a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, assinada na Guatemala em 2013, que foi posteriormente ratificada pelo Governo e incorporada à nossa legislação interna através do Decreto nº 10.932, de 10 de janeiro de 2022. Esse tratado determina de forma expressa (artigo 5º) a obrigatoriedade de criação e/ou manutenção de políticas de ação afirmativa para proteção e concretização de direitos da população negra, que “não se estenderão além de um período razoável ou após terem alcançado seu objetivo”. (BRASIL, 2022).

Nessa perspectiva, considerando o status constitucional da Convenção, ainda é possível admitir-se propostas de revisão da Lei de Cotas que estabeleçam sua extinção ou redução, ou, ainda exclusão do benefício à população negra, mantendo-se apenas as cotas para pessoas pobres, ou o parâmetro de constitucionalidade modificado pela Convenção exige a comprovação de efetiva concretização dos objetivos pretendidos pela política implantada?

O presente trabalho, de caráter técnico-teórico, amparado em pesquisa bibliográfica, visa analisar essa relação hierárquica entre a Convenção Interamericana Contra o Racismo e a Lei de Cotas, como a perspectiva de dimensionar as condições de possibilidade de revisão da última, sem prejuízo da proteção dos ditames constitucionais e da proteção do direito fundamental à igualdade da população racializada, a partir da reafirmação das ações afirmativas.

O texto será dividido em duas partes. Na primeira parte do texto

serão resgatados os processos históricos de formação da política de cotas, bem como os efeitos da mesma ao longo dos últimos dez anos, *vis-à-vis* as condições persistentes de desigualdade racial ainda presentes na população brasileira. Na segunda parte, serão discutidos os parâmetros de organização hierárquica do ordenamento jurídico brasileiro, em especial a partir da criação do status constitucional dos Tratados aprovados pelo procedimento equiparável ao das Emendas Constitucionais, que projetou tais normas à condição de parte do Bloco de Constitucionalidade e, portanto, parâmetros para a jurisdição constitucional.

2 A ação afirmativa a partir da política de cotas no Brasil

Como destacam Feres Júnior et al. (2018), é difícil determinar um marco inicial, principalmente por conta da multiplicidade de noções sobre o conceito de ação afirmativa. Com efeito, alguns autores destacam a Lei do Boi, de 1968, que reservou vagas em universidades para filhos de fazendeiros como primeiro ato normativo da espécie (FERES JÚNIOR et al., 2018, posição 1002). A rigor, o incentivo do Governo Brasileiro na Primeira República, e mesmo na Segunda, para a vinda e instalação de estrangeiros brancos no Brasil, como política de branqueamento da população brasileira (SEYFERTH, 2002) é, de si, uma espécie de ação afirmativa pautada no critério racial, embora direcionada na contramão da proteção da população racializada e subalternizada e pensada justamente como instrumento de manutenção da opressão (e mesmo de supressão) da população negra brasileira em benefício da população branca.

Essa política de Estado só foi superada tempos depois, embora não tenha sido substituída de imediato por programas de ação afirmativa protetivos da população negra, uma vez que o mito da democracia racial (criação teórica extraída de uma leitura muito particular da obra Casa Grande e Senzala, de Gilberto Freyre, que, entretanto, não propôs o referido conceito) foi um parâmetro de leitura da sociedade brasileira por muitos anos, até que finalmente restou problematizado e substituído na academia e nas justificativas de ação governamental, ainda que com persistentes e frequentes ressuscitações tanto no âmbito teórico como nas discussões políticas e midiáticas.²

2 Não cabe no escopo de presente trabalho a discussão sobre o conceito de “democracia racial” e sua construção a partir de uma leitura enviesada da obra de Gilberto Freyre. Entre muitos autores que lançam na tarefa e merecem ser lidos, destacam-se, com abordagens e objetivos diferentes, José Wellington de Souza e Marcelo Paixão, cujas referências completas encontra-se na bibliografia deste trabalho.

Assim, no que se refere especificamente à questão das políticas públicas de cotas para negras e negros, Feres Júnior et al. (2018), indica como marco inicial a intensificação dos debates acadêmicos a esse respeito, que remonta à década de setenta, a partir de estudos sobre desigualdade racial produzidos pelo IUPERJ, hoje IESP-UERJ, pautadas nos dados estatísticos nacionais, conduzidos por Carlos Hasenbalg e Nelson do Valle Silva, que corroboraram as denúncias de racismo de há muito apresentadas pelo movimento negro (FERES JÚNIOR ET AL., 2018, posição 1010).

Esse marco histórico representa o que Telles (*apud* THEODORO, 2022) identificou como terceira geração de estudos acadêmicos sobre a questão racial no Brasil. Na primeira geração, desenvolvida entre as décadas de 40 e 50, as análises partiam do pressuposto da “existência de uma posição inicial desvantajosa para os negros”, fruto da escravidão e “da adesão social a valores culturais tradicionais”; na segunda, entre as décadas de 50 e 60, finalmente de processa um efetivo desafio ao “mito da democracia racial”, com a reafirmação do “preconceito racial como obstáculo à ascensão social”. Finalmente, na terceira geração, reconhece-se a questão racial como “algo perene e constitutivo da desigualdade no Brasil” (THEODORO, 2022, p. 55). É essa perspectiva, aliás, que irá catapultar a importante construção teórica recente que coloca no centro da discussão o conceito de “racismo estrutural” (para todos, ver ALMEIDA, 2019).

Não obstante tal processo de discussão acadêmico, nada do que concretamente existiu no Brasil teria acontecido sem a participação essencial dos movimento negro, ou seja, dos vários coletivos que ao longo da segunda metade do século XX, em especial a partir de sua reorganização na década de 1970, firmaram posição em favor de mudanças estruturais que levassem à reparação histórica das perdas e da negação de direitos impostas à população negra, não só pela via de uma escravização que perdurou por mais de 300 anos, mas também pela via de políticas públicas de apagamento e subalternização dessa parte expressiva da população brasileira desde a abolição da escravidão e a proclamação da República. (RODRIGUES, 2020)

No âmbito internacional, a Conferência de Durban, em 2001, promovida pela Organização das Nações Unidas, reafirmou mundialmente a necessidade de produção de políticas afirmativas com o objetivo de superação do racismo contra a população negra disseminado globalmente, e teve importante participação do Brasil. Contudo seus reflexos mostraram-se expressivos já nos preparativos para a partição do país, visto que trouxe para a mídia nacional uma discussão geralmente tratada de forma ambígua

e pautada no mito da democracia racial que, aliás, era à época ainda a teoria adotada pelo governo de Fernando Henrique Cardoso (FERES ET AL., 2018, posição 1065; DIJK, 2021, p. 149-159).

Vale dizer que ao final de mencionado governo, foi lançado um tímido Programa Nacional de Ações Afirmativas (Decreto nº 4.228, de 13 de maio de 2002) que, entretanto, não implantou nenhuma política de cotas para negros (FERES JÚNIOR ET AL., 2018, posição 1074). Na verdade, a primeira experiência de implementação de cotas raciais se deu na Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro, por força da Lei Estadual nº 3524, de 28 de Fevereiro de 2000, limitado àquelas instituições situadas no Estado do Rio de Janeiro.

Foi a Universidade de Brasília que, por iniciativa própria, inserida na Resolução nº 38/200 do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da UnB, produziu a nacionalização da discussão. Seu programa foi, inclusive, submetido à apreciação do Poder Judiciário, pela via de ação judicial proposta junto ao Supremo Tribunal Federal questionando o programa (Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental nº 186), cuja decisão, confirmando a adequação do programa aos parâmetros constitucionais e que pode ser considerado inclusive subsídio para a criação da Lei de Cotas (PIMENTA, 2019).

Entre as experiências implantadas nas universidades do Estado do Rio de Janeiro e na Universidade de Brasília e a promulgação da Lei de Cotas, muitos outros programas surgiram e, entrementes, também veio à lume o Estatuto da Igualdade Racial, Lei nº 12.288, de 20 de Julho de 2010, que identifica o Brasil como multirracial e multiétnico, além de reconhecer que as pessoas de ascendência africana estiveram e estão sujeitas à discriminação em razão dessa característica (FERES JÚNIOR ET AL., 2018, posição 1159), buscando superar esse quadro, a fim de garantir “à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica” (trecho final do Artigo 1º da Lei 12.288/10 – BRASIL, 2010).

Estava preparado o terreno para a criação e adoção de uma ação afirmativa no âmbito nacional que regulasse especificamente a política de cotas. E nesse cenário, em agosto de 2012, surge a Lei 12.771, que previa a adoção de cotas sociais para ingresso em Universidades Federais e Institutos Federais de Ensino e, dentro dessas cotas sociais, determinava a criação de

cotas específicas para as pessoas autodeclaradas pretas ou pardas (negras). A criação da norma jurídica produziu uma adesão de 86% das universidades estaduais (que não estão sujeitas à norma federal e se mantêm reguladas por leis estaduais ou resoluções das instituições) e, em tese, 100% das universidades federais. Universidades como a USP (Universidade de São Paulo) e a UNICAMP (Universidade de Campinas), ambas estaduais, que mantinham sistemas de bonificação sem relevantes resultados práticos no perfil de ingresso, recentemente mudaram seus programas para as cotas. (FERES JÚNIOR ET AL., 2018, posição 1250)

Para entender a importância das cotas raciais na educação é preciso fazer primeiro uma digressão histórica sobre as políticas educacionais e a população negra no Brasil para, em seguida, confrontar essa realidade histórica com os impactos da política de cotas raciais. A primeira questão é consistentemente Theodoro (2022), que dá notícia de que até 1930 não havia uma política educacional nacional, de forma que os legisladores locais “oscilavam entre se omitir e negar educação à população negra” (THEODORO, 2022, p. 173), de forma que, no mais das vezes, essa educação só era alcançada através de escolas organizadas por comunidades negras de forma independente, sem prejuízo da sempre presente luta da população negra pelo acesso a bens e serviços que o Estado ou negava ou negligenciava.

Já na Lei do Ventre Livre (1871), que determinava a condição de não escravo para as crianças nascidas das mulheres escravizadas, abriu-se uma brecha legal para que não fosse obrigatória, já que essa educação poderia ficar a cargo dos proprietários das escravizadas mães das crianças (THEODORO, 2022, p. 177). Como destaca o autor, a proclamação da República trouxe, em alguns casos, até o retrocesso da situação já deficitária no período do Império, a ponto de a primeira Constituição da República (1891) não prever direito à educação primária universal, pública e gratuita, além de separar o ensino elementar dos ensinos secundário e superior (estes dois últimos restritos às elites), divisão que não se alterou com as reformas dos anos de 1930 (*Idem*, p. 178).

Ao mesmo tempo, o surgimento, ampliação e consolidação das teorias eugênicas no corpo de intelectuais e sua adoção pelas políticas de Estado, contribuiriam para o desamparo da população negra na educação e nas outras dimensões de direitos fundamentais. Na constituição de 1934 a educação eugênica é expressamente prevista (art. 138). E a criação do Ministério da Educação na Era Vargas dá corpo à essa educação eugenista. Com isso, as dificuldades do alunato negro ampliaram-se e a escola, onde

esses alunos negros deveriam ser acolhidos, tornou-se um espaço de reforço de estereótipos negativos que reafirmavam a ideia de inferioridade negra (THEODORO, 2022, p. 187). Citando estudo de Ricardo Henrique, Theodoro (2022, p. 187) destaca que a ampliação da educação na população brasileira entre os anos de 1929 e 1974 foi significativa, embora a população negra tenha se mantido mais analfabeta e com menos anos de estudo, como regra. Além disso, mesmo a profissão de professor foi paulatinamente vedada às pessoas negras. A revalorização da profissão, sua equiparação de salários com os oficiais militares trouxe, ao mesmo tempo, uma exclusão dos profissionais negros. A educação era branca, lecionada por professores brancos para alunos brancos, relegando os negros à condição minoritária e subalterna. (THEODORO, 2022, p. 190).

Esse quadro significou uma efetiva exclusão das possibilidades de educação da população negra no geral, e de acesso à educação superior em especial, haja vista o desnível no tempo, no acesso e na qualidade de estudo de negras e negras, *vis-à-vis* a população não negra. Na contundente conclusão de Theodoro, “os filhos dos ricos, brancos, frequentarão os melhores colégios” e aprenderão a “arte da gestão da sociedade desigual”, porque essa desigualdade para eles nunca foi um problema, e essa perspectiva tende a favorecer “decisões políticas em prol da redução de gasto público” e “privatização de serviços”, que para eles nunca serão negados. (THEODORO, 2022, p. 327).

Na contramão dessa perspectiva, as políticas de cotas ampliam os horizontes de formação da população subalternizada, embora ainda estejam longe de uma efetiva equalização de oportunidades, acesso e fruição de bens e direitos. Contudo apontam um caminho de concretização da superação da sociedade desigual. Godoi e Santos (2021, p. 18) produzem um apanhado dos resultados alcançados pela implantação da Lei de Cotas no Brasil e registram um sensível aumento de ingresso de negras e negros nos cursos de ensino superior e técnico, em decorrência da efetivação da Lei de Cotas.

Entre 2012 e 2016, a participação de estudantes oriundos do ensino médio em escolas públicas nas instituições federais de ensino superior passou de 55,4% para 63,6% (crescimento de 15%), ao passo que a participação de estudantes pardos, pretos e indígenas egressos de escolas públicas passou de 27,7% para 38,4% (aumento de 39%) (SENKEVICS; MELLO, 2019, p. 194).

Estudo da Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior (Andifes) indicou que, entre 2014 e 2018, a proporção de graduandos pretos e pardos nas instituições federais

cresceu consideravelmente, razão que aumenta desde 2010 e superou em quase 8 pontos percentuais a de graduandos brancos em 2018 (51,2% contra 43,3%). (GODOI; SANTOS, 2021, p. 17).

Ao mesmo tempo, os autores destacam que o avanço alcançado ainda está aquém das necessidades da população e mesmo das metas no Plano Nacional de Educação, o que reforça a necessidade de manutenção do programa de cotas raciais, ainda que possa ser reestruturado para adequar-se às demandas e as especificidades do momento contemporâneo. Segundo informam os autores, a taxa de analfabetismo é 2,3 vezes maior entre negros do que entre brancos. Enquanto 80% dos jovens brancos entre 18 e 24 anos estão matriculados no ensino superior, apenas 55,6% dos jovens negros de mesma idade cursam um curso universitário. Além disso, a Meta 12 do Plano Nacional de Educação (Lei 13.005/14), que determina uma taxa líquida de matrícula na educação superior de 33% até 2024, embora já tenha sido cumprida em 2018 para a população branca (36,1%), ainda está muito aquém da meta para a população negra (18,3%). (GODOI; SANTOS, 2021, p. 19)

Outros muitos aspectos poderiam ser destacados aqui, como, por exemplo, o baixo nível de acesso de negras e negros aos cursos mais bem avaliados, como revelam Saldaña, Takahashi e Tanaka (2019), em artigo jornalístico que analisa os dados do censo educacional do Ministério da Educação. Ao mesmo tempo, recente pesquisa sobre a implementação de da Política de Cotas Raciais nas Universidades Federais, produzida pelo Grupo de Trabalho de Políticas Etnorraciais da Defensoria Pública da União (DPU) e da Associação Brasileira de Pesquisadores/as Negros/as (ABPN), apurou que, em sete anos, entre 2013 e 2019, 19% das vagas reservadas a cotistas deixaram de ser disponibilizadas pelas Universidades.

Os autores da pesquisa destacam ainda que não há instrumentos consistentes que garantam uma análise completa da eficácia da referida política pública, o que nos remete à discussão sobre a forma de revisão da Lei de Cotas. Há muito a ser equacionado ainda em termos de dados e análise para que se possa definir a forma como a política de cotas deve ser revisada. Não obstante isso, é preciso considerar as limitações para a sua modificação decorrentes da estrutura normativa a que está submetida esta política pública, o que será objeto do próximo tópico.

3 A Convenção Interamericana Contra o Racismo e a revisão da política de cotas para ingresso nas universidades brasileiras

No tópico anterior identificou-se a importância da política de cotas para a ampliação do acesso à educação superior para uma população historicamente alijada da fruição desse direito, primeiramente de qualquer forma de educação e, posteriormente, pela consolidação de uma sociedade desigual construída através do racismo, de conseguir níveis mínimos de formação que garantissem a disputa das vagas nas universidades em pé de igualdade com a população branca. O texto também demonstrou os persistentes déficits, que apontam para a necessidade de manutenção da política de cotas e mesmo para a urgência de uma revisão que produza uma remodelação que a torne mais eficiente.

Não obstante isso, desde a sua implantação, a política de cotas para ingresso nas universidades sofreu duros ataques de uma parcela da população que, ainda inspirada pelas ideias de uma democracia racial no Brasil ou efetivamente sustentadas por ideologias discriminatórias, defendem a inadequação da política de cotas. Essa parcela da população ampliou sua expressão política a partir da eleição de 2018, na qual os políticos de matriz ideológica mais à direita, ou mesmo à extrema direita, saíram vitoriosos, alcançando não só a Presidência da República, mas também uma parte expressiva das vagas no Congresso Nacional, nas Assembleias Legislativas e Governos Estaduais. (NICOLAU, 2020)

Essa ampliação do viés de direita e de extrema direita na representação política insuflou os ataques às políticas de cota em geral, e à política de cota para negros nas universidades em especial, justamente no momento em que se deveria produzir a revisão da Lei de Cotas, por força de expressa disposição legal.

Não cabe no escopo deste trabalho, deslindar os argumentos sociológicos, antropológicos ou políticos pela manutenção da política, a respeito dos quais os dados demonstrados no item anterior já apontam o caminho. A tarefa aqui é mais simples. Pretende-se apropriar-se dos indicativos trazidos no item anterior para demonstrar a impossibilidade jurídica de qualquer proposta que pretenda diminuir ou extinguir a política de cotas para negras e negros no ingresso às universidades públicas, a partir do reconhecimento de que, com a entrada em vigor da Convenção Interamericana contra o Racismo, criou-se uma modificação do parâmetro constitucional de avaliação da legislação infraconstitucional que exige a criação e/ou manutenção/ampliação de ações afirmativas, como sucedâneo de um direito constitucional agora expresso.

Ocorre que até a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, não havia no ordenamento jurídico brasileiro qualquer indicação expressa do status hierárquico dos Tratados e Convenções firmadas pelo Brasil no âmbito das Relações Internacionais. Com isso, valia a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal desde a década de 1970, que atribuía status a tais normas equivalente a leis ordinárias, de forma que o conflito entre tratados e leis se resolvia pelos critérios cronológico e/ou da especialidade. Ainda que a promulgação da Constituição de 1988 tivesse trazido à tona a tese de que tratados deveriam ser reconhecidos como sendo de categoria normativa superior às leis ordinárias, tese defendida por muitos juristas internacionalistas, a orientação do STF só se modificou efetivamente com a mudança do texto constitucional e a inclusão do §3º do art. 5º da Constituição, que define que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. (MAZZUOLI, 2018, p. 311 a 323).

Assim, a partir de 2004, quaisquer tratados de direitos humanos que tenham sido aprovados pelo Congresso Nacional nos termos do §3º do art. 5º da Constituição, têm automaticamente status de norma constitucional, compondo o bloco de constitucionalidade do ordenamento jurídico brasileiro e, via de consequência, passando a figurar como parâmetro para o controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais. Ou seja, o surgimento de um Tratado de Direitos humanos com status constitucional condiciona hierarquicamente o conteúdo e a forma das normas infraconstitucionais de qualquer espécie. (STRECK, 2018, p. 446).

É esse justamente o caso da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, firmado pela República Federativa do Brasil, na Guatemala, em 5 de junho de 2013. Ela foi aprovada pelo Congresso Nacional nos termos do §3º do art. 5º da Constituição Federal (Decreto Legislativo nº 1, de 18 de fevereiro de 2021), ratificada pelo Governo Federal em 27 de junho de 2021, com instrumento de ratificação depositado junto à Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, em 28 de maio de 2021. Por fim, deu-se a internalização da norma através do Decreto do Executivo de nº 10.932, de 10 de janeiro de 2022. Assim, o referido Tratado é norma jurídica plenamente válida e obrigatória tanto no âmbito internacional (posto que já concretizado o depósito de seis ratificações e o artigo 20 da Convenção determina que a entrada em vigor dar-se-ia pelo depósito da segunda ratificação – OEA, 2021), quanto no âmbito

interno, pela publicação do Decreto do Executivo. A Convenção, a seu turno, determina expressamente nos artigos 5º e 6º a criação e a consolidação de políticas afirmativas.

Veja-se que, a partir da entrada em vigor da Convenção, há um densificação normativa do direito fundamental de igualdade material, que estabelece a obrigatoriedade de o Estado criar políticas públicas de superação de condições de discriminação ou redução de acesso a bens e direitos de grupos subalternizados, em especial (no caso da Convenção), das populações racializadas. Enquanto o texto original da Constituição não indicava parâmetros de concretização das medidas de superação do racismo, tudo ficou relegado à ampla interpretação produzida pelos agentes políticos e autoridades judiciais. Contudo, após a Convenção, as políticas de cotas não podem mais ser questionadas quanto à sua legitimidade e validade jurídica, relegando à discussão apenas à forma de implementação de tais medidas e às justificativas sociais e culturais para a escolha dos formatos de concretização das políticas afirmativas e de seus parâmetros.

A Convenção é expressa, ainda, ao determinar que as ações afirmativas devem promover “condições equitativas para a igualdade de oportunidades, inclusão e progresso para essas pessoas ou grupos” (art. 5º), sem que sejam consideradas discriminatórias, desde que não se estendam além do prazo razoável após terem alcançado os objetivos buscados. Da mesma forma, a determinação da Convenção relativamente à obrigação de garantir “igualdade de oportunidades para todas as pessoas” (art. 6º) designa especificamente “políticas de caráter educacional, medidas trabalhistas ou sociais, ou qualquer outro tipo de política promocional”, corroborando a validade e viabilidade da Lei de Cotas e relegando o debate de sua revisão apenas e tão somente às dimensões de efetivo cumprimento dos objetivos buscados pela política pública.

4 Considerações finais

As políticas públicas do Estado Brasileiro relativas à educação foram por um longo tempo excludentes da população negra, sobretudo no âmbito do ensino superior, embora também tenham atingido o ensino fundamental em alguns períodos. E, a despeito da superação da restrição de acesso ao ensino básico, o processo histórico de formação da sociedade desigual relegou a população negra a uma condição de inviabilidade de acessar a formação superior, de forma estrutural.

A ação afirmativa instituída pela Lei de Cotas, promulgada em 2012, tentou superar essa estrutura discriminatória e os dados dos últimos dez anos dão conta de que o Brasil avançou na garantia de acesso ao direito à educação plena para a população negra, mas ainda está longe de garantir a plena igualdade de oportunidades para esse grupo subalternizado.

Ao longo de sua história, a políticas de cotas sofreu ataques de parte da sociedade e dos representantes políticos, que foram ampliadas após a guinada para a direita na política brasileira ocorrido nas eleições de 2018. Não obstante isso, a aprovação pelo Congresso Nacional da Convenção Interamericana contra o Racismo, em 2021, e sua ratificação e entrada em vigor internamente em 2022, surgem num momento providencial para a discussão da política de cotas.

Ocorre que o status hierárquico da Convenção (norma constitucional parte do bloco de constitucionalidade) habilita aquele tratado a servir como parâmetro de constitucionalidade. Ao mesmo tempo, seus dispositivos que, expressamente, determinam a necessidade criação de políticas públicas de superação de desigualdade baseadas na raça, consolidam a tese da plena constitucionalidade da política de cotas e transformam-se em escudo protetor contra as tentativas de supressão ou esvaziamento da referida política, vis-à-vis os ainda persistentes déficits de consolidação da igualdade material plena no que se refere ao acesso à educação.

Referências

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural [recurso digital kindle]**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulg. em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16/10/2022.

BRASIL. **Decreto nº 10.932, de 10 de janeiro de 2022**. Promulga a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, firmado pela República Federativa do Brasil, na Guatemala, em 5 de junho de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D10932.htm. Acesso em: 16/10/2022.

BRASIL. **Decreto nº 4.228, de 13 de maio de 2002**. Institui, no âmbito da

Administração Pública Federal, o Programa Nacional de Ações Afirmativas e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4228.htm. Acesso em: 16/10/2022.

BRASIL. **Lei nº 12.288, de 20 de Julho de 2010.** Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nos 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm. Acesso em: 16/10/2022.

BRASIL. **Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012.** Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm. Acesso em: 16/10/2022.

DIJK, Teun Adrianus van. **Discurso antirracista no Brasil:** da abolição às ações afirmativas. São Paulo: Contexto, 2021.

FERES JÚNIOR, João; CAMPOS, Luiz Augusto; DAFLON, Verônica Tostes; VENTURINI, Anna Carolina. **Ação afirmativa:** conceito, história e debates. [recurso digital kindle]. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2018.

FERNADES, Cláudia Monteiro. Ações afirmativas como política de combate às desigualdades raciais e de gênero na educação superior brasileira: resultados das últimas décadas. **Revista do PPGCS –UFRB –Novos Olhares Sociais** | Vol. 5–n.1–2022. Disponível em: <https://www3.ufrb.edu.br/ojs/index.php/novosolharessociais/article/view/631>. Acesso em: 16/10/2022.

GODOI, Marciano Seabra de; SANTOS, Maria Angélica dos. Dez anos da lei federal das cotas universitárias: avaliação de seus efeitos e propostas para sua renovação e aperfeiçoamento. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 58, n. 229, p. 11-35, jan./mar. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/229/ril_v58_n229_p11. Acesso em: 16/10/2022.

GRUPO DE TRABALHO DE POLÍTICAS ETNORACIAIS. **Pesquisa sobre a Implementação da Política de cotas Raciais nas Universidades Federais.** Defensoria Pública da União. Associação Brasileira de Pesquisadores/as Negros/as. 2020. Disponível em: <https://www.andes.org.br/diretorios/files/renata/2022/setembro/Anexo-Circ339-22.pdf>. Acesso em: 16/10/2022.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional.** 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NICOLAU, Jairo. **O Brasil dobrou à direita:** uma radiografia da eleição de Bolsonaro em 2018. [recurso digital kindle]. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

PAIXÃO, Marcelo. **A lenda da modernidade encantada:** por uma crítica ao pensamento social brasileiro sobre relações raciais e projeto de Estado-Nação. Curitiba, PR: CRV, 2014.

PIMENTA, Alexandre Jorge. Análise da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 186/DF e sua repercussão na Lei de Cotas. **Revista Programa Conexões /UFPA On-line.** – Vol. 3, 2018, Belém/ PA – ISSN 2447-097X. p. 33-48. Disponível em: <https://periodicos.ufpa.br/index.php/conexoesdesaberes/article/view/7888/5795>. Acesso em: 16/10/2022.

RODRIGUES, Cristiano. **Afro-latinos em movimento:** protesto negro e ativismo institucional no Brasil e na Colômbia. [recurso digital kindle]. Curitiba: Appris, 2020.

SALDAÑA, Paulo; TAKAHASHI, Fábio; TANAKA, Marcela. Presença de negros avança pouco em cursos de ponta das universidades. **Portal Folha de São Paulo.** 1º de Julho de 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2019/07/presenca-de-negros-avanca-pouco-em-cursos-de-ponta-das-universidades.shtml>. Acesso em: 16/10/2022.

SEYFERTH, Giralda. Colonização, imigração e a questão racial no Brasil. **REVISTA USP**, São Paulo, n.53, p. 117-149, março/maio 2002. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/33192/35930>. Acesso em 16/10/2022.

SOUZA, José Wellington de. **Raça e nacionalidade tropical:** a obra de Gilberto Freyre para além da antropologia culturalista. [recurso digital kindle]. São Paulo: Editora Dialética, 2021.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional. 5ª ed. **Rio de Janeiro:** Forense, 2018.

THEODORO, Mário. **A sociedade desigual:** racismo e branquitude na formação do Brasil. [recurso digital kindle]. Rio de Janeiro: Editora Schwarcz, 2022.

Capítulo 14

APONTAMENTOS SOBRE O ENCERRAMENTO DE SOCIEDADES MERCANTIS

Henrique Avelino Lana¹

1 Introdução

Busca-se desenvolver um trabalho científico, reflexivo, acadêmico e eminentemente construtivo, proporcionando-se um debate acerca do instituto da dissolução parcial em seus contornos. Verifica-se notória relevância acerca deste tema, seja em termos jurídicos, sociais ou econômicos. Assim, far-se-á uma objetiva e pormenorizada exposição dos princípios e motivos que se revelam essenciais à exata compreensão do tema. Ao final, almeja-se demonstrar que trata-se de instituo detentor de ampla aplicabilidade e importância prática para sócios, sociedades e, por que não, cidadãos em geral. Vê-se, até mesmo pelo noticiário televisivo e impresso, cada vez mais a necessidade de progresso econômico para o Brasil. Pode-se dizer ser consenso de todos nós brasileiros que havendo progresso econômico para nossa nação, conseqüentemente, haverá mais conforto econômico também para cada um de nós, enquanto cidadãos. Para que haja progresso econômico, pode-se afirmar também ser necessário que os mecanismos para fomento de nossa economia estejam em pleno vapor. Nesse sentido, assumem relevância as atividades econômicas, habituais, profissionais, que objetivam a circulação ou fornecimento de bens e serviços, com o intuito de lucro, ainda que tenham que depender do risco de sucesso ou insucesso negocial.

Assim, a empresa, enquanto atividade, merece a atenção que será dada neste artigo. Fato é que quando há o sucesso, com obtenção de lucros, as sociedades que exercem a empresa tendem a manter sua existência por longo período, perpetuando-se ao longo dos anos, em conglomerados e grupos econômicos. Porém, diante do insucesso, o cenário tende a ser outro, surgindo o pessimismo e o lamento, o que conduz ao natural encerramento da atividade. São vários os fatores que, infelizmente, em nosso país, contribuem para que seja árdua a tarefa daqueles que decidem

1 Pós-Doutorado em Direito Empresarial. Doutor, Mestre e Especialista pela PUC/MG.

se aventurar ao somar seus esforços e recursos, em prol do exercício da atividade econômica, tais como, sobretudo, a alta carga tributária e os altos ônus decorrentes da legislação do trabalho.

Diante desse cenário, realça a necessidade de se priorizar a manutenção da atividade econômica exercida, de modo que se foque a preservação da empresa pois, como se construirá adiante, existem inúmeros outros interesses que gravitam entorno dela. Diretamente relacionado a tal contexto, mostra-se coerente que dissidências, dissabores, falecimento, desavenças ou descumprimentos dos deveres de colaboração e cooperação entre aqueles que compõem o quadro societário, não sejam justificativas razoáveis para se colocar fim à sociedade e, conseqüentemente, findar a atividade negocial, mediante a dissolução (ou dissolvição) total da empresa. Assim, neste artigo serão abordados os fundamentos jurídicos, legais e jurisprudenciais que instigaram o surgimento do instituto da dissolução parcial nas sociedades, o qual também contribui, sobreforma, para a dinamicidade e fomento da economia de nosso país. Avancemos.

2 Análise preliminar do tema

É certo que analisar coerentemente as hipóteses de dissolução parcial do vínculo societário, ou mesmo o próprio instituto jurídico da dissolução parcial, necessariamente passa, antes, pela distinção entre sociedade de pessoas e de capital. Isso porque, nas sociedades de capital, a permanência ou retirada de um sócio não proporciona, em tese, a diminuição da perspectiva de continuidade da empresa, pois a boa administração dos negócios não está essencialmente adstrita à propriedade das quotas ou ações. Já nas sociedades de pessoas, sabe-se que as qualidades pessoais de cada sócio e a boa convivência e afinidade entre eles são a essência da própria existência do contrato de sociedade.

Por isso, como adiante será visto, o direito escrito nacional dispôs, em um primeiro momento, em suma, que o afastamento do sócio significava “quebra” do contrato social, dando-se causa então à extinção total do vínculo social. Ocorre que, como será abordado a seguir, a realidade econômica evidenciou que nas sociedades, de pessoas ou capitais, e ao seu redor, pairam interesses diversos e que denotam possuir uma função social.

² Diretamente ligado à economia de nosso país, o exercício da atividade econômica, via empresa e pelas limitadas, potencializa a maximização

2 Sobre esse ponto, mostra-se importante ver a pioneira obra de Comparato (1983).

do bem estar, maximização dos interesses pessoais e sociais, maximiza as riquezas, promove a geração de empregos e tributos, aperfeiçoa serviços e produtos utilizados pelo consumidor, etc.

Em termos econômicos, a atividade negocial influencia na relação de concorrência entre os agentes econômicos, até em âmbito internacional. Também influencia o meio ambiente, de onde provêm os recursos naturais escassos, indispensáveis à atividade e que merecem uma análise econômica, de maneira a ser utilizados da forma mais eficiente possível. A disciplina da dissolução parcial é tema de suma importância e mostra-se merecedor de profundo estudo e esclarecimento. Sua abordagem legal é ampla, antiga, e por isso é necessária uma cuidadosa especificação de seus conceitos. Isso decorre do fato de ser o direito societário eminentemente dinâmico, sendo difícil prever todas as hipóteses de sua abrangência no cotidiano da atividade negocial. Como muito bem pondera Celso Barbi Filho, para quem é muito relevante e pouco esclarecida no direito privado é a disciplina da dissolução das sociedades. Trata-se de matéria regulada por normatização legal extensa e, em parte, antiga, sendo objeto de volumosa abordagem doutrinária e vasto exame jurisprudencial, mas ainda carente de uma precisa sedimentação conceitual. Isso talvez se explique pela constante mutação evolutiva que o processo econômico impõe ao direito societário, o qual se vê incapaz de acompanhar, em velocidade compatível, a diversidade de fenômenos e alternativas apresentadas para a realidade da vida empresarial. (BARBI FILHO, 2004, p. 51).

Ao se analisar o direito objeto do Código Comercial de 1850, percebe-se que a dissolução foi, no primeiro momento, tratada como sendo o sentido antagônico em relação à formação da pessoa jurídica.

Assim, dissolvida totalmente a pessoa jurídica, proceder-se-ia à liquidação de seus débitos e disposição do ativo e, caso houvesse sobra, o saldo seria devolvido aos sócios na exata proporção de suas participações, pondo-se termo ao vínculo societário. Notava-se, dessa forma, em pleno apogeu liberal mundial, um aspecto individualista que orientava a dissolução (total) das sociedades, eis que os motivos que a ensejavam decorriam, sobretudo, da vontade interna e individual dos sócios que a compunham. Corroborar esta perspectiva individualista a redação dos artigos 335 e 336 do Código Comercial Brasileiro de 1850³, em relação

3 Art. 335 - As sociedades reputam-se dissolvidas: 1 - Expirando o prazo ajustado da sua duração. 2 - Por quebra da sociedade, ou de qualquer dos sócios. 3 - Por mútuo consenso de todos os sócios. 4 - Pela morte de um dos sócios, salvo convenção em contrário a respeito dos que sobreviverem. 5 - Por vontade de um dos sócios, sendo a sociedade celebrada por tempo

aos quais se dissolviam as sociedades, dentre outros motivos, pela falência, incapacidade ou morte de qualquer um dos sócios, inabilidade de qualquer um deles, ou mesmo pelo simples intuito de um único sócio, nos casos de ser ela por prazo indeterminado.

Ou seja, caso se constatasse algum empecilho relacionado a um sócio específico, todo o aparato econômico e jurídico da sociedade estaria então comprometido. Não havia, até então, mecanismos legais que permitissem que um sócio se ausentasse, e os demais, remanescentes no vínculo societário, pudessem continuar o exercício da atividade econômica. Diante desse cenário, associado ao hodierno contexto econômico capitalista prevalecente, esse sistema eminentemente individualista não resistiu, tendo em vista que o passar dos anos e evoluir dos tempos evidenciou que a empresa possui notável importância sócio econômica. Trajano de Miranda Valverde, há cerca de 70 anos atrás, já ponderava que a evolução do direito comercial brasileiro reflete a necessidade de se proteger a sociedade, a continuidade da empresa, contra os próprios sócios ou os eventos que, pelo Código Comercial, de feição nitidamente individualista, acarretam a dissolução do organismo jurídico, com prejuízo para a economia de seus componentes e, indiretamente, da economia nacional. (VALVERDE, 1942, p. 637).

Sabe-se que a empresa, enquanto atividade, não é, por si, sujeito de direito no Brasil. É objeto de direito que representa uma instituição econômica atrelada à organização de capital e trabalho, objetivando a circulação ou produção habitual e profissional de serviços e bens que detém um titular, sendo este sujeito de direito, pessoa física ou jurídica. Assim, considerando-se que a sociedade empresária é o modelo jurídico que sujeitos de direito escolhem para unir esforços comuns em busca do objetivo lucrativo, a empresa, enquanto atividade, se mostra como sendo instituto que interessa a todos, da coletividade, preservar.

Logo, o regime da dissolução da sociedade não poderia continuar sendo influenciado apenas pelos intuitos volitivos individualistas dos sócios. Fazia-se imprescindível que se desse maior valor ao interesse coletivo, em

indeterminado. Em todos os casos deve continuar a sociedade, somente para se ultimarem as negociações pendentes, procedendo-se à liquidação das ultimas. (BRASIL, 1850).

Art. 336 - As mesmas sociedades podem ser dissolvidas judicialmente, antes do período marcado no contrato, a requerimento de qualquer dos sócios: 1 - mostrando-se que é impossível a continuação da sociedade por não poder preencher o intuito e fim social, como nos casos de perda inteira do capital social, ou deste não ser suficiente; 2 - por inabilidade de alguns dos sócios, ou incapacidade moral ou civil, julgada por sentença; 3 - por abuso, prevaricação, violação ou falta de cumprimento das obrigações sociais, ou fuga de algum dos sócios;

sobreposição ao individual. Surgiu, nesse desiderato, a dissolução parcial das sociedades.

A doutrina contemporânea, apesar da ausência de previsão legal própria e específica, passou a tratar então a dissolução total como exceção, e a dissolução parcial como regra, em contrariedade ao Código Comercial de 1850. Em um primeiro momento, quando se cogitava de dissolução parcial, ainda não havia, no Brasil, leis escritas que instruísem de forma pormenorizada como se daria o desligamento de sócios do vínculo social, tal como o direito de recesso, anteriormente previsto para as sociedades de quotas de responsabilidade limitada, nos termos do artigo 15 do Decreto n.º 3.708/1919 (BRASIL, 1919) ou artigo 137 da Lei 6.404/1976 (BRASIL, 1976), que toca sobre as sociedades anônimas.⁴ Jason Soares Albergaria Neto preleciona que a característica marcante do Decreto n.º 3.708/1919 foi a sua “singularidade”, fazendo com que inexistassem disposições essenciais sobre a dissolução, liquidação e partilha, tornando-o um diploma inteiramente mudo acerca das causas e forma de dissolução. [...] Tal realidade fez com que a doutrina e o Judiciário orientassem sobre como dirimir os conflitos de interesses entre sócios nas empresas que adotaram esse tipo societário. (ALBERGARIA NETO, 2007, p. 241).

A dissolução parcial era, na verdade, instituto próprio, decorrente da interpretação jurídica conferida às leis que propriamente disciplinavam a dissolução total das sociedades, dentre elas, como salientado, os artigos 335 e 336 do Código Comercial de 1850. Segundo Waldirio Bulgarelli, trazida, entretanto, a questão da empresa a partir de certa época, à colação, houve expressiva mudança na apreciação dos interesses nela envolvidos, passando-se a admitir a continuação da sociedade, apesar dos velhos dispositivos legais e de certas cláusulas contratuais. Foi então, que se recorreu à dissolução parcial, como verdadeira construção pretoriana, a qual em termos de apuração de haveres, iria se expandindo até chegarmos

4 Decreto 3.708/1919 - Art. 15. Assiste aos socios que divergirem da alteração do contracto social a faculdade de se retirarem da sociedade, obtendo o reembolso da quantia correspondente ao seu capital, na proporção do ultimo balanço approved. Ficam, porém, obrigados ás prestações correspondentes ás quotas respectivas, na parte em que essas prestações forem necessárias para pagamento das obrigações contrahidas, até á data do registro definitivo da modificação do estatuto social. (BRASIL, 1919).

Lei 6.404/1976 - Art. 137. A aprovação das matérias previstas nos incisos I a VI e IX do art. 136 dá ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor das suas ações (art. 45), observadas as seguintes normas: I - nos casos dos incisos I e II do art. 136, somente terá direito de retirada o titular de ações de espécie ou classe prejudicadas; II - nos casos dos incisos IV e V do art. 136, não terá direito de retirada o titular de ação de espécie ou classe que tenha liquidez e dispersão no mercado, considerando-se haver:

ao atual período com a chamada dissolução parcial como se total fosse. (BULGARELLI, 1999, p. 409).

Verificava-se ser a dissolução parcial instituto supra legal, por ser maneira interpretativa do contrato ou da lei, visando-se a coibir a dissolução total da sociedade nos casos previstos em lei. Pondera Paulo Penalva Santos, a dissolução parcial era fruto da criação jurisprudencial que permitia ao sócio que se retirava da sociedade, o mesmo resultado que seria alcançado se a sociedade fosse totalmente dissolvida. Essa orientação dos tribunais tomou por base o art. 335, nº 5 do Código Comercial, que reputava dissolvida a sociedade por vontade de um dos sócios quando celebrada por prazo indeterminado. Assim, bastava que a sociedade fosse por tempo indeterminado para que o sócio pudesse requerer a sua dissolução. Aos poucos, a doutrina e a jurisprudência foram desenvolvendo a linha de preservação da empresa, permitindo a adoção do critério de liquidação, mas sem liquidar a sociedade. (SANTOS, 2010, p. 9).

A dissolução parcial, por si, não era exatamente o mesmo que as formas legais que configuram a saída, mediante recesso, morte, exclusão, etc. Isso, pois, pela dissolução parcial pretendia-se evitar a extinção da atividade econômica, justamente nas hipóteses nas quais não estivesse expresso na lei como sendo caso de recesso ou saída, proporcionando-se, desse modo, interpretação mais extensiva às normas que impunham a dissolução total. Assim, pela dissolução parcial não há dissolução completa do vínculo social, podendo remanescer no exercício da atividade econômica os demais sócios. Após ter sido recepcionada pela jurisprudência pátria como forma de manutenção da empresa, a dissolução parcial foi expressamente disposta no Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002).

3 Prevalência do princípio da função social da empresa na gestão

A empresa, enquanto atividade, acarreta interesses não só dos titulares do empreendimento, mas também da comunidade em geral e do próprio poder público. A Constituição Federal Brasileira, que trata o Estado como agente econômico, invoca a necessidade de se buscar a justiça social. Nas palavras de Eduardo Goulart Pimenta, especificamente em nosso ordenamento, o interesse social na moderna empresa privada, dentro de uma ordem econômica fundada na liberdade de iniciativa (art. 170 da Constituição Federal de 1988, *caput*), vem se tornando cada vez mais

premente, em especial em um contexto onde a presença do Estado como agente econômico está diminuindo, ao mesmo tempo em que aumenta a preocupação com a realização dos ditames da justiça social (art. 170 da Constituição Federal de 1988, *caput*). (PIMENTA, 2004a, p. 30).

Afinal, a atividade empresária açambarca em seu funcionamento a atuação de distintos grupos de pessoas, sendo eles empregadores, sócios, administradores, prestadores de serviços, fornecedores, empregados, clientes, etc. Busca-se tutelar todos que lidam com a empresa. Há, nesse sentido, a *função social da empresa*. Segundo Francisco dos Santos Amaral Neto, emprestar ao Direito uma função social significa, portanto, considerar que os interesses da sociedade se sobrepõem aos interesses do indivíduo, sem que isso implique, necessariamente, a anulação da pessoa humana, justificando-se a ação do Estado pela necessidade de se acabar com as injustiças sociais. Função social significa não-individual, sendo critério de valoração de situações jurídicas conexas ao desenvolvimento das atividades de ordem econômica. (AMARAL NETO, 2003, p. 367). Para Eduardo Tomasevicius Filho, a função social da empresa constitui o poder-dever de o empresário e os administradores da empresa harmonizarem as atividades da empresa, segundo o interesse da sociedade, mediante a obediência de determinados deveres, positivos e negativos. (TOMASEVICIUS FILHO, 2003, p. 40). A função social da empresa envolve o papel da atividade econômica em prol da comunidade, independentemente do tipo societário⁵ adotado ou grau de capacidade econômica do agente. Conforme José Waldecy Lucena, embora voltados os estudos sobre a função social da empresa para a macroempresa, não se pode negar, como parece intuitivo, que as médias e pequenas empresas não deixam também de formar um núcleo de interesses [...] o qual, embora em menor escala, está relacionado com uma indelmentável função social. (LUCENA, 1996, p. 734-735).

Busca-se com a função social da empresa respeitar, de forma sustentável, a maximização de interesses, riquezas e bem estar individuais e coletivos daqueles que com ela se relacionam, conciliando-se os interesses da sociedade em geral com os interesses daquele que exerce a empresa.⁶

5 A lei n.º 6.404/76, que disciplina as Sociedades Anônimas, faz referências à função social da empresa, tal como se lê no art. 116: “Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: [...] Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.” (BRASIL, 1976).

6 Como bem salienta foi salientado em outra obra: A função social é um princípio que trouxe um maior grau de justiça nas relações sociais, visando coibir os abusos individuais. Nas empresas,

⁷ Portanto, mostra-se mais socialmente interessante e útil, sobretudo para a coletividade, que a atividade econômica seja preservada, mesmo na hipótese de um sócio desejar deixá-la, o que conduz ser salutar a dissolução parcial.

4 O Princípio da Preservação da Empresa

De modo a salientar a importância da manutenção da empresa, enquanto atividade econômica, já há muito se vem invocando o princípio de sua preservação, de modo a se evitar o fim da produção ou circulação dos bens e serviços proporcionada por determinada sociedade empresária. Caso um determinado sócio pretenda sair do vínculo societário, independentemente do grau de complexidade ou porte da sociedade, a atividade deve ser mantida, haja vista o interesse coletivo, econômico, que a permeia. Segundo Avelás Nunes, as empresas comerciais representam um valor econômico de organização que é necessário conservar, para salvaguarda do esforço organizador dos empresários, do direito dos empregados ao trabalho, dos direitos dos sócios a ver frutificar seu capital. A ordem jurídica deve, portanto, facilitar o afastamento daquele sócio cuja presença é elemento pernicioso para o seu normal funcionamento e para a prosperidade da sua empresa. (NUNES, 2001, p. 58). Nas valiosas palavras de Eduardo Goulart Pimenta, sobre a preservação da empresa, institutos como o recesso e a exclusão de sócio vem sendo utilizados hodiernamente como instrumentos para a preservação da atividade e do organismo econômico contra os abalos ocorridos na estrutura da sociedade que os exerça. Autores como Rafael García Villaverde, Arturo Dalmartello e Avelás Nunes há muito já vem trabalhando o princípio da preservação

direciona a fazer o bem comum, possibilitando um ganho econômico mais justo para todos. Diante dessa nova realidade, deve a empresa ter como meta outros objetivos atrelados a uma exploração das atividades econômicas, que não se pautem exclusivamente com o objetivo de lucro, mas estar associadas a valores de justiça social e bem-estar coletivo. Assim, numa economia de mercado que pressupõe ao particular a detenção dos meios de produção, a empresa constitui elemento essencial para determinar a estrutura econômica e social de uma sociedade. O que se conclui que é plenamente possível a conciliação da busca do lucro com o exercício da função social da empresa. (MAGALHÃES, 2009, p. 12).

⁷ Em outra obra: "Então, pode-se dizer que cumprir uma função social é atingir uma finalidade útil para a coletividade, e não apenas para as pessoas diretamente envolvidas. Ela determina uma limitação interna, no sentido de que legítimo será o interesse individual quando realizar o direito social, e não apenas quando não o exercer em prejuízo da coletividade. O princípio da função social, dessa forma, impõe ao proprietário (ou a quem for exercer o direito de usar, gozar e dispor da propriedade), bem como ao empresário - conforme será visto adiante - a prática de comportamentos em benefício da sociedade. (PEREIRA; MAGALHÃES, 2011, p. 55).

da empresa, assinalando sua importância e relacionando-o, dentre outros, ao instituto da exclusão de sócio. [...] No direito Pátrio, Rubens Requião e Fábio Konder Comparato, dentre outros, têm-se destacado, por também abordar a relação entre a exclusão de sócio e a preservação da empresa, vínculo este também válido se tratarmos, por exemplo, do direito de recesso.[...] o princípio da preservação da empresa constitui-se na imposição de determinadas normas e condutas ao empresário e àqueles que diretamente estão envolvidos com a empresa, tendentes a possibilitar ao organismo econômico cumprir com a demanda social em torno de si mesmo que à custa do interesse de seus titulares. Dentre estas normas, certamente estão, e não é demais repetir, os já mencionados institutos da exclusão e da dissolução parcial de sociedade.” (PIMENTA, 2004a, p. 33-34).

Ademais, ainda que haja intuito vingativo individual do sócio no sentido de que, com seu pedido de dissolução, acabe por extinguir de vez a atividade econômica, esta deve ser mantida, eis que nesses casos merece prevalecer o interesse da coletividade em sobreposição ao interesse individual do sócio dissidente. Para José Waldecy Lucena, a empresa, seja macro, média, pequena ou micro, como instituição fundamental de nossa época, há de ser preservada, tanto que possível, mesmo que, para isso, tenha-se de contrapor o hoje denominado “princípio preservativo da empresa” ao interesse individual dos sócio e às anacrônicas regras de um vetusto Código. (LUCENA, 1996, p. 750). Pelo princípio da preservação da empresa, pretende-se impor a continuação da atividade, evitando seu encerramento, devido a impasses individuais atrelados exclusivamente às pessoas que compõem a sociedade, tendo em vista as repercussões econômicas positivas que a manutenção da atividade acarreta a terceiros. Com a atividade econômica da sociedade empresária em funcionamento, fomenta-se a economia do país, proporcionando-se acúmulo de parceiros comerciais, clientes e prestadores de serviços, mais empregos são gerados, mais tributos são recolhidos, etc.

Nesse sentido, em observância ao princípio da preservação da empresa, mostra-se imprescindível priorizar-se a dissolução parcial em detrimento da dissolução total.

5 O contrato plurilateral

Como mencionado, em havendo manifestação por parte de um dos sócios em prol de seu desligamento social, a tendência anteriormente

era dissolver totalmente o vínculo societário, haja vista o disposto nos artigos 335 e 336 do Código Comercial. Assim, considerando-se a função social da empresa, bem como a necessidade de sua preservação, a ciência jurídica evoluiu no sentido da dissolução parcial. A noção de sociedade, considerando ser ela composta por pessoas que unem seus esforços objetivando lucro, vincula-se à perspectiva de estarem atreladas a um contrato.

Sobre tal elo, pondera-se, com escol, se sua natureza seria de “negócio jurídico complexo” ou “contrato”.⁸ Em que pese a notória e valiosa discussão, há atualmente certo consenso doutrinário no sentido de que o contrato de sociedade, por adotar peculiaridades de um ato complexo e, também, de um contrato, seria, na verdade, um contrato plurilateral, cuja criação doutrinária se deu pela colaboração de Túllio Ascarelli, a distinção entre “ato complexo” e “contrato”, no âmbito dos negócios que requerem, para sua realização, o concurso da vontade de várias partes, costuma ser assentada, pela doutrina, na circunstância de que as partes, no contrato, são animadas por interesses contrapostos: o contrato constitui justamente o instrumento jurídico da solução desta contraposição. As várias normas sobre o contrato encontram fundamento nessa observação. Ao contrário, no ato complexo, as partes apresentam-se, por assim dizer, do mesmo lado; justamente por isso, o ato complexo está sujeito a uma disciplina diversa daquela dos contratos. Que acontece, pois, na sociedade? Por um lado, parece-me inegável que, na constituição da sociedade, as várias partes tem interesses antagônicos, exatamente como nos contratos de escambo; por exemplo, no que respeita à avaliação da respectivas contribuições; à determinação da respectiva ingerência na administração; à distribuição dos lucros e das perdas [...]. De outro lado, no entanto, a constituição de uma sociedade representa apenas o primeiro passo: a sociedade, uma vez constituída, visa uma finalidade comum a todos os sócios, todos interessados na melhor realização dela; constitui um instrumento que, uma vez constituído, favorece a todos os sócios. (ASCARELLI, 2001, p. 276-277).

Como salienta Eduardo Goulart Pimenta, a constituição de uma sociedade está, portanto, e digamos assim, a “meio caminho” entre a noção clássica de contrato e a concepção de ato complexo. De forma a aclarar - definitivamente, segundo entendemos, - a questão, Tullio Ascarelli sistematizou, para explicar a constituição de uma sociedade.

8 Sobre tal discussão doutrinária, vide: Pereira (1994) e Fiuza (2004)

[...] No contrato plurilateral as vontades criadoras não se encontram em sentidos opostos, como nos contratos sinalagmáticos tradicionais. Ao contrário, estas vontades estão orientadas para a consecução de um objetivo comum. A idéia de objetivo, empresa, empreendimento, atividade a ser vivida em conjunto pelos signatários de um contrato plurilateral é de fulcral importância na caracterização deste instituto. As partes de um contrato plurilateral se obrigam a agrupar esforços pessoais e/ou recursos patrimoniais particulares em um fundo comum destinado à realização desta atividade ou empreendimento no qual todos partícipes se envolverão. (PIMENTA, 2010, p. 2).

Túlio Ascarelli bem ressalta que no contrato social plurilateral há a função instrumental finalística, com efeito, a função do contrato plurilateral não termina, quando executadas as obrigações das partes (como acontece, ao contrário, nos demais contratos); a execução das obrigações das partes constitui a premissa para uma atividade ulterior; a realização desta constitui a finalidade do contrato, este (sic.) consiste, em substância, na organização de várias partes em relação ao desenvolvimento de uma atividade ulterior. Concluindo uma sociedade, as partes querem organizar-se para a realização de uma atividade ulterior: esta constitui o objetivo da sociedade, e a sua determinação é, portanto, juridicamente relevante. Eis por que, em tais contratos, devemos preocupar-nos com o objetivo ou fim do contrato e com a possibilidade e com a legitimidade desse objetivo. (ASCARELLI, 2001, p. 273).

Diante de tal função instrumental e finalística, sempre que houver inadimplemento da obrigação de alguma das partes, ou mesmo invalidade, esta não afetará as demais relações, tampouco obstará a permanência da vigência do contrato entre os demais contratantes. Isso porque, no contrato bilateral típico, as vontades das partes estão em posições opostas. Já no contrato plurilateral, as vontades dos contratantes não são contrapostas, pois caminham a favor de um objetivo comum.

Comparato afirma, “nas sociedades, [...] analogicamente ao que ocorre em outros contratos plurilaterais, como a associação ou o consórcio, o elemento fundamental não é o sinalagma, mas o escopo ou o objetivo comum, inexistente aos demais tipos contratuais”. (COMPARATO, 2006, p. 40-41). Segundo José Xavier Carvalho de Mendonça, os sócios cooperam para o escopo comum, e, em lugar dos interesses antagônicos ou opostos, que se observam nos outros contratos, na de sociedade, todos os sócios se esforçam para o mesmo resultado, no qual estai empenhados. Cada um deles tem um fim, se não idêntico, ao menos semelhante ao dos outros.

(MENDONÇA, 1964, p. 14-15). Na abordagem de José Waldecy Lucena, no campo doutrinário [...] coube a Ascarelli, ao aprimorar a doutrina que tem o contrato de sociedade como um contrato plurilateral, fornecer suporte jurídico a que a organização jurídica societária sobrevivesse a certos males, que, pelas regras do Código Comercial, a levariam à completa extinção, assim concomitantemente aniquilando a empresa. (LUCENA, 1996, p. 738).

Nesse sentido, considerando-se que nos contratos bilaterais o inadimplemento por uma das partes acarreta a resolução do contrato como um todo, pois para se exigir a contraprestação é imprescindível a prestação, isso não ocorre no contrato plurilateral de sociedade. Afinal, no contrato plurilateral o eventual não cumprimento de alguma obrigação social não influi diretamente quanto aos demais contratantes, já que as prestações caminham em um objetivo comum.

Logo, no contrato plurilateral, o inadimplemento de algum sócio não implica absoluta invalidade do contrato. Como salienta Eduardo Goulart Pimenta, o já transcrito texto do caput do art. 981 do Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406/2002) deixa claro que, no contrato de sociedade, todos os contratantes se obrigam a contribuir com recursos patrimoniais ou esforços pessoais para a consecução da atividade comum. Outro fator de relevância na figura do contrato plurilateral está na constatação de que a prestação de cada um dos contratantes não é, por si só, a causa jurídica da prestação dos demais, em virtude da inexistência de oposição de vontades. Desse modo, o inadimplemento de um deles não torna, em princípio, ineficaz, o acordo como um todo, sendo ainda admissível, salvo cláusula contrária, a livre entrada e saída de contratantes sem violação à integridade do acordo. (PIMENTA, 2010, p. 4). Verifica-se a partir disto que, enquanto nos contratos bilaterais comuns o inadimplemento de uma das partes leva à resolução do contrato como um todo, posto que desta prestação depende a realização da obrigação e a satisfação do outro contratante, no contrato de sociedade (chamado contrato plurilateral) isto não ocorre. O inadimplemento de um dos coobrigados não atinge diretamente a situação dos demais partícipes do acordo de vontades, posto que as suas respectivas prestações se voltam para um objetivo comum. (PIMENTA, 2004a, p. 39).

Com clareza, Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca ao dizer que o contrato de sociedade, como avença plurilateral que é, pode abranger um número superior a duas, mas sempre incerto, de partes, possibilitando, destarte, que outras a elas venham a aderir. E, ao contrário do que sucede

nos contratos bilaterais - nos quais os direitos e obrigações são exercidos diretamente em relação ao outro contratante - , nos contratos plurilaterais as partes são titulares de direitos e obrigações para com todas as outras, já que o exercício desses direitos e obrigações destina-se à satisfação do interesse comum. Por essas razões, na primeira modalidade, a não-execução da obrigação de uma das partes pode acarretar a extinção do contrato. Na segunda, porém, essa extinção já não ocorre, porquanto o inadimplemento afeta apenas a adesão da parte, permanecendo íntegro o contrato quanto às demais. (FONSECA, 2007, p. 1-2). N o t a - s e assim que o contrato plurilateral de sociedade admite a entrada e saída de contratantes, merecendo estes retirarem de volta seus recursos financeiros investidos, sem que haja comprometimento de sua validade e eficácia.

Deriva daí a conclusão de que o afastamento do sócio não acarreta a dissolução da sociedade. E pouco importa que o desligamento do sócio se apresente como decorrência do não-cumprimento de obrigações sociais, de mera manifestação de vontade ou de fato ao quotista não necessariamente imputável, como v.g. a morte. Em todos esses casos, não se revelando a participação do sócio essencial à continuidade da sociedade - quer pela natureza da prestação a ele afeta, quer pelo grau de repercussão que a desvinculação acarretará ao capital social-, o contrato social não se rompe. Desatam-se apenas os laços existentes entre o sócio retirante e os demais sócios da sociedade. (FONSECA. 2007, p. 29) Assim, a doutrina jurídica passou a deter base teórica para assimilar os interesses econômicos e sociais que permeiam a atividade empresária, mesmo diante da exclusão ou desligamento voluntário de algum membro, ensejando-se a dissolução parcial.

6 O Decreto 3.708/1919

É certo que a sociedade por quotas de responsabilidade limitada representa modelo de sociedade contratual, via de regra, personalista, pela qual os sócios limitam sua responsabilidade em relação às obrigações societárias inadimplidas. De fato, tal como exposto, cuidava-se, anteriormente, no Decreto 3.708/1919 (BRASIL, 1919), praticamente, do único tipo societário utilizado para a estruturação jurídica da média e pequena sociedade empresária na economia do Brasil.

Foi em torno desse tipo societário, certamente o mais aqui utilizado atualmente, que se desenvolveu a dissolução parcial. Isso se deve ao fato do Decreto 3.708/1919 não ter disposto com ênfase sobre o regime

dissolutório desse tipo societário, o que fez com que fosse obrigatório recorrer-se ao Código Comercial de 1850 e à própria Lei 6.404/1976 (BRASIL, 1976). No Código de 1850, como foi dito, encontravam-se duas disposições eminentemente potestativas, que ensejavam ao sócio a prerrogativa de dissolver toda a sociedade, representadas pelos artigos 335, n. 5 e 336.

O Decreto n.º 3.708/1919 (BRASIL, 1919), em seu artigo 15, previu outro regime para a dissidência, que acarretava o direito de recesso do sócio que discordasse das alterações contratuais feitas pela maioria do capital. Já o Decreto Lei 7.661 ⁹, em 1945 (BRASIL, 1945) previu que a falência de um sócio não seria motivo de dissolução total, sendo causa apenas para a apuração de haveres. Percebia-se, é verdade, certo confronto de dispositivos legais, haja vista as regras constitucionais ligadas à liberdade de associação e a crescente importância dada à atividade econômica e interesse social de sua preservação, o que acarretou uma necessária mudança de interpretação dos artigos 335 e 336, do Código Comercial de 1850 (BRASIL, 1850), no tocante às sociedades por quotas de responsabilidade limitada. Quanto às decisões jurisprudenciais, considera a doutrina especializada ser marco o acórdão do Supremo Tribunal Federal, prolatado no Recurso Extraordinário n.º 50.659, de relatoria do Ministro Villas Boas (HENTZ, 1997, p. 41) em que se entendeu que a empresa deveria permanecer, mesmo mediante a saída de um sócio dissidente que pleiteara a dissolução total da sociedade por quotas de responsabilidade limitada com base no art. 335, n. 5 do Código de 1850. Eis a ementa:

DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE POR COTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. - NÃO SE DA AD NUTUM DE SOCIO DISSIDENTE, MESMO QUE SEJA CONSTITUIDA POR TEMPO INDETERMINADO, SENAO OS TERMOS DO CONTRATO, CUJAS CLAUSULAS DEVEM SER RIGOROSAMENTE OBSERVADAS, PRINCIPALMENTE SE A EXCLUSAO DA EMPRESA PODE ATINGIR INTERESSES DE OBREIROS A QUEM A LEI OUTORGA, PROTEÇÃO EXCEPCIONAL.- CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL QUE, SEM QUEBRA DO PRINCÍPIO DE LIBERDADE, PERMITE A RETIRADA DO SOCIO, QUE HAJA PERDIDO A AFFECTIO SOCIETATIS, COM PLENO RESSARCIMENTO E QUITAÇÃO,

9 Decreto Lei 7.661/1945 - Art. 48. Se o falido fizer parte de alguma sociedade, como sócio solidário, comanditário ou cotista, para a massa falida entrarão somente (sic.) os haveres que na sociedade éle (sic.) possuir e forem apurados na forma estabelecida no contrato. Se este (sic.) nada dispuser a respeito, a apuração far-se-á judicialmente, salvo se, por lei ou pelo contrato, a sociedade tiver de liquidar-se, caso em que os haveres do falido, somente (sic.) após o pagamento de todo o passivo da sociedade, entrarão para a massa. (BRASIL, 1945).

PARA QUE A SOCIEDADE CONTINUE.- RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM TERMOS. (RIO DE JANEIRO, 1969).

Há que se fazer alusão também ao acórdão, marco, de 1981, do Supremo Tribunal Federal, pelo qual se concluiu ser inadmissível a dissolução neste tipo societário quando por iniciativa do sócio minoritário inconformado.

É INADMISSÍVEL A DISSOLUÇÃO DAS SOCIEDADES POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA, POR INICIATIVA DO SOCIO MINORITARIO INCONFORMADO, QUER POR FORÇA DO ART 335, V DO CÓDIGO COMERCIAL, QUER COM FUNDAMENTO NO ART. 336, III, DO MESMO CÓDIGO. 1. RECONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO PARA DEFERIR A DISSOLUÇÃO PARCIAL DA SOCIEDADE LIMITADA, COMO SE APURAR EM EXECUÇÃO. 2. RECURSO NÃO CONHECIDO. (PARANÁ, RE- 92773, 1981).

Sobre tais decisões que evidenciam a mudança e consolidação jurisprudencial sobre o tema, Lucena expõe que a essa altura da evolução pretoriana, que progredira a remo surdo, já se fazia nitidamente sentir que o princípio preservativo da empresa fincara sólidas estacas no campo societário. Pacificado restara que vicissitudes pessoais dos sócios não mais seriam causas de dissolução total da sociedade, mas tão somente de sua dissolução parcial, com preservação da empresa por ela explorada. (LUCENA, 1996, p. 750). Deste modo, permite-se afirmar que foi da sociedade por quotas de responsabilidade limitada que a dissolução parcial nasceu. O Código Civil atual contempla explicitamente possibilidades legais em que o vínculo social será apenas parcialmente extinto, como nos dispositivos inseridos na parte “resolução da sociedade em relação a um sócio” (artigos 1.028 a 1.032) e “resolução da sociedade em relação aos sócios minoritários” (artigos 1.085 a 1.086), ao ponto de até mesmo admitir que a sociedade atue, por certo período, com apenas um sócio (artigo 1.033, inciso IV). (BRASIL, 2002).

7 Conclusão

O instituto da dissolução (total) evoluiu ao longo dos tempos, de modo que, sobretudo por interpretações doutrinárias e jurisprudenciais, viu-se a imperiosidade de consolidar-se em nosso ordenamento o instituto da dissolução parcial. Foram justificativas jurídicas para a existência da

dissolução parcial, os princípios da função social da empresa, da preservação da empresa e por ser o contrato de sociedade um contrato plurilateral. Após uma contextualização histórica, notou-se que, jurisprudencialmente, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n.º 50.659, de relatoria do Ministro Villas Boas, entendeu, pela primeira vez, que a empresa deveria permanecer em atividade, mesmo diante da saída de um sócio dissidente que pleiteasse a dissolução total da sociedade por quotas de responsabilidade limitada.

Referências

ALBERGARIA NETO, Jason Soares. A dissolução da sociedade limitada no novo código civil. In: BERALDO, Leonardo de Faria (Org.). **Direito societário na atualidade: aspectos polêmicos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 261 - 277.

ASCARELLI, Túllio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas: Bookseller, 2001.

BARBI FILHO, Celso. **Dissolução parcial nas sociedades limitadas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial**. São Paulo: Saraiva, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 85, n. 732, out. 2006, p. 40-41.

COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro** - RDM, São Paulo: Malheiros, ano 25, n.63, p.71-79, jul./set. 1983.

LANA, Henrique Avelino. **Dissolução parcial nas sociedades limitadas. Análise econômica sobre a inclusão do aviamento em dissolução parcial**. Belo Horizonte: Arraes. 2012.

LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades limitadas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LUCENA, José Waldecy. Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 734-735.

LUCENA, José Waldecy. **Lições de direito societário**. São Paulo: Juarez

de Oliveira, 2002.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. A Empresa em Crise. VirtuaJus. **Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito**, v. 1, p. 1-12, 2008.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. A função social da empresa. **Revista Magister de Direito Empresarial Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, v.5, n.28, p.5-12, ago. 2009.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida; FERREIRA, S. A. O direito de empresa em crise. **Revista Forense**, v. 398, p. 211-228, 2008.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 6 ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1964. p. 14-15. v.3.

PEREIRA, Henrique Viana; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **Princípios constitucionais do direito empresarial: a função social da empresa**. Curitiba: Editora CRV, 2011

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Exclusão e retirada de sócios: conflitos societários e apuração de haveres no código civil e na lei das sociedades anônimas**. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2004.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Direito, Economia e relações patrimoniais privadas**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 43, n. 170, p. 159-174, 2006.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de empresas: um estudo sistematizado**. São Paulo: IOB Thomson, 2006b.

Capítulo 15

A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E O ROL PARA OS DADOS SENSÍVEIS: UMA REFLEXÃO ACERCA DA IDENTIFICAÇÃO DO INDIVÍDUO

Fábio Gomes Paulino¹

Letícia Serra Maciel de Campos Abreu²

1 Introdução

Ano já é 2022 e a cada dia tem-se a sensação de as tecnologias que viabilizam o processo da comunicação dos indivíduos são superadas por novas formas mais modernas e mais aceleradas.

As chamadas tecnologias de informação e de comunicação, comumente chamadas TICs apresentam mecanismos que proporcionam a interação das pessoas sem que as mesmas estejam presentes nos ambientes, rompendo há muito a ideia da divisão do mesmo espaço físico, quiçá agora do mesmo ambiente virtual.

O que em uma época levou os ambientalistas a se preocuparem com ao desgaste e a preservação do ambiente natural, seja o solo, o ar e os recursos naturais, ganha agora a uma nova percepção e surge como locus de conhecimento e aprimoramento, o chamado ambiente virtual.

Tal como no ambiente físico, onde as pessoas, bens e serviços circulam, nessa nova perspectiva da virtualização das relações, as pessoas, agora tidas como a referência das suas informações, os dados que as identificam, também circulam, permitindo assim suas idas e vindas, as entregas dos seus bens e serviços, só que sem se deslocarem do lugar físico

1 Advogado, professor universitário na Faculdade Pitágoras e na escola técnica Grau Técnico, especialista em docência do ensino superior com ênfase no ensino jurídica, especialista em direito tributário, especialista em gestão de pessoas e liderança, mediador judicial, administração em ênfase em comércio exterior, membro do direito na escola – endereço eletrônico fabiogomespaulino@gmail.com

2 Mestra em Direito Público pela Universidade FUMEC; Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade Pitágoras Itabira; Professora Universitária e de Cursos preparatórios para concursos; Pós graduada em Direito Civil; Pós graduada em Docência Jurídica; Advogada; Membro do Direito na Escola; membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB-MG.

que se encontram.

Nessa nova ideia o que vai e vem, sobretudo, são as informações, os dados, as características daqueles que num passado nem tão distante, é que eram obrigadas a se deslocarem, colocando frente ao outro sua expressão física, resguardando na maioria das vezes seus dados e documentos mais íntimos.

Com esse avanço da tecnologia os indivíduos foram obrigados a se desprenderem de certas ressalvas em relação aos seus dados frente a necessidade do encurtamento dos espaços e distancias, fazendo frente a ideia de que o compartilhamento das informações, através da tecnologia, é que faria com que o tempo seria economizado, o dinheiro seria mais bem gasto e o sucesso dos negócios seria alcançado.

Surge então o que se pode perceber e considerar como uma espécie de hipercompartilhamento de informações numa hipertrofia do sistema virtual / digital.

Ante a essa situação de alto tráfego não seria longa a espera por eventuais acidentes de percursos sendo muito necessário que o Direito, enquanto ciência normativa e pacificadora de conflitos e interação social, trouxesse respostas bem como regras de conduta.

A Lei 13.709 de 14 de agosto de 2018, intitulada a Lei Geral de Proteção de Dados cuida de esclarecer e normatizar a questão, principalmente no que tange a definição acerca das informações transacionadas dia a dia.

No entanto, subiste uma reflexão premente a esta Lei, o que de todo além de saudável seria natural, visto o pouco tempo de sua vigência, acerca do que ela mesma apresenta como sendo os chamados dados sensíveis e assim sua importância em relação a este fluxo nas relações civis e seus impactos no tráfego social.

O presente artigo busca refletir sobre o conteúdo do inciso II do artigo 5º da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira que apresenta os chamados dados pessoais sensíveis, sendo estes, propostos pela Lei, de forma taxativa ou exemplificativa? Para tal, a estruturação da pesquisa tem como metodologia a pesquisa bibliográfica.

2 A LGPD e o titular dos dados

A Lei Geral de Proteção de Dados, chamada comumente de LGPD, instituída no ordenamento jurídico brasileiro no ano de 2018 através da Lei 13.709 (BRASIL, 2018) traz, além do princípio da boa-fé, princípio

este basilar também para a Lei 10.406 de 2002 (BRASIL, 2002), o Código Civil, os princípios como a finalidade, a adequação, a necessidade, o livre acesso, a qualidade dos dados, a transparência, a segurança, a prevenção, a não discriminação e a responsabilização e prestação de contas, como sendo os chamados princípios gerais a proteção dos dados e direitos do titular.

O rol acima encontra-se previsto no artigo 6 da LGPD e não exclui o diálogo que possa e deva existir quanto a proteção da dignidade do indivíduo em relação a outros diplomas normativos, dos quais destaca-se a Constituição Federal no seu artigo 5º caput, a inviolabilidade da segurança.

No tocante a consideração da Constituição Federal, mais precisamente no inciso X do artigo 5º, encontra-se a previsão acerca da proteção e garantia a intimidade, associando-se a esta a vida privada, a honra e a imagem e claro, havendo justa e necessária reparação em casos de dano provocado.

Tal previsão também é presente no escopo do Código Civil, artigo 21 (BRASIL, 2002), cuja a expressão dá-se quanto a inviolabilidade da vida privada, devendo esta inclusive ser mantida.

Nessa mesma sociedade, em alta conectividade, num chamado contexto de hiperconectividade, considerando-se este um estado em qual os indivíduos estariam em tal disponibilidade interacional de comunicação para todo e qualquer momento e com isso ocasionando desdobramentos de sua importância no cotidiano (MAGRANI, 2018, p. 21), as consequências positivas, ora esperadas, também podem surpreender com situações negativas, carecendo de um norteador quanto a definição e limitações reais, ainda que dentro de um mundo virtual, sobre a privacidade.

Até que ponto a intimidade e a privacidade do indivíduo, este ser hiperconectado, estará protegida e salvaguardada para casos em que lhe seja desferida certo ataque.

Há muito o conceito de privado, privacidade e intimidade superou a ideia de que o estar so, sozinho, configuraria a definição, vista pela ótica do afastamento do meio e do convívio com os demais.

Tem-se que a atualidade expõe e propõe ao indivíduo uma percepção de que a privacidade está ligada ao direito de controlar suas informações e assim determinar a maneira como se construa sua esfera particular (RODOTÁ, 2008, p.15).

O pensamento acima vai ao encontro da premissa trazida pela LGPD quanto a autonomia do indivíduo, ali chamado de Titular, acerca dos seus dados.

Tem-se que o artigo 17 da LGPD conceitua o titular como sendo toda pessoa natural aos quais os mesmos direitos previstos na Constituição são assegurados como a liberdade, a intimidade e a privacidade.

Denota-se portanto que a Lei que trata estes dados coloca o indivíduo, tido como o Titular não apenas considerando este como o portador do documento ou da informação, mas possuidor e autor de direitos e requerimentos inerentes a esta condição, tal como a exigência de obtenção de certificação de existência ou não destes dados, o acesso, correção, anonimização, portabilidade, e outros.

O empoderamento percebido reverte-se da característica de um Estado Democrático de Direito que preconiza a autonomia da vontade nas relações civis, tendo na ideia da filosofia kantiana o ser humano como o maior objetivo da sociedade jurídica, digno de uma existência plena e segura, permeando-se sempre por preceitos de ética e moral nas políticas públicas e sociais.

3 Os dados sensíveis e inserção do titular nas relações jurídicas

Naturalmente o indivíduo, ser social, necessita, para o desenvolvimento de suas relações civis e jurídicas, operacionalizar a troca de informações pessoais, indo além das básicas e referenciais, como nome, número de identidade e endereço.

Na medida em que surge essa necessidade e a relação adentra para que o trânsito dessas informações a LGPD cuida de esclarecer e pontuar certas diferenças no que tange a importância e o impacto de certas informações.

O artigo 5º da Lei ocupa-se de conceituar o que seriam as informações capazes de gerar a identificação de cada ser em sociedade, tido pela Lei como o Titular. Assim, um dado pessoal seria toda e qualquer informação que esteja relacionada a uma pessoa natural, gerando assim sua identificação.

Nota-se que por pessoa natural em si tem-se o referencial ao que o Código Civil enuncia nos artigos 1º e 2º quanto a personalidade civil, seus direitos e deveres, ou seja, desde o nascimento com vida, cabendo, porque não, também a pretensão de identificação do nascituro, entendido aquele que ainda não veio ao mundo.

A questão mais atinente a presente reflexão é tida no inciso II do artigo 5 da LGPD, no esteio do que a Lei busca esclarecer, tem-se que os

Dados dos titulares agora estariam desdobrados em algo mais importante ainda, os chamados Dados Sensíveis.

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, 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;

O que se pode perceber é que estas informações são de cunho extremamente íntimo, trazendo em contrapartida da ideia de privacidade, a exposição de algo com grande capacidade praticas negativas.

Metaforicamente no fluxo do ir e vir de informações, das transações de dados, comuns e agora tidos os sensíveis, a chance de um choque, acidental ou incidental, com risco a integridade física e moral do titular mostra-se constantemente existente.

Por serem informações que expressam pertencimento a determinada classe ou região, tal como a origem racial ou étnica, o posicionamento religioso ou político, o comportamento e a orientação sexual, bem como dados intrínsecos ao ser, como um dado biométrico ou genético, o titular pode ser considerado como uma presa extremamente vulnerável na selva de pedra.

Tem-se que tal exposição poderia gerar atitudes discriminatórias enfatizando ainda mais a desigualdade entre os cidadãos, quaisquer sejam eles, até mesmo os que nem ainda viram ao mundo.

4 Do rol taxativo enquanto dados sensíveis

O que se percebe, muito embora a LGPD ainda esteja caminhando no ordenamento jurídico brasileiro, a luz da “General Data Protection Regulation”, diploma normativo que é aplicado desde 25 de maio de 2018 tendo como abrangência todos os estados membros para harmonizar as leis de privacidade de dados na Europa³, é o que a lista de situações as quais o titular está ou estaria exposto já suscita dúvida se abarcaria toda e qualquer proteção quanto a situações de preconceito, discriminação ou desigualdade.

3 General Data Protection Regulation - GDPR - Disponível em <https://gdpr-info.eu/>

A objetividade trazida no artigo 5º da LGPD propõe-se a abarcar ao máximo os momentos e as eventuais exposições a que o indivíduo na relação jurídica possa se expor, por vontade de própria ou se obrigado a se ver exposto, no entanto a subjetividade da caracterização do que seria sensível ou não acaba por aparecer quanto a identificação daquele ser, titular da sua informação na relação jurídica.

Seria tal como exprimir que o que é importante, sensível, íntimo, na esfera de uma vida privada par um, não necessariamente seria para outro.

Na sociedade atual, onde a autodeterminação surge como direito praticamente líquido e certo amplamente divulgado, considerara que certas escolhas como nome, sobrenome, nome social, cabendo este dado como capaz de identificar alguém, também poderá ser objeto de prática de discriminação e ou afirmação de desigualdade social.

A conceituação normativa quanto a proteção do titular, integralmente da pessoa entremeio a sociedade, atuante nas relações jurídicas, merece e carece de maior amplitude.

A título de exemplificativo, não se encontra no rol aqui questionado, informações acerca de condenações criminais e outros dados inerentes aos antecedentes dos titulares.

Não resta dúvida que tais informações guardam vínculo direto com uma pessoa, tendo a alta capacidade de identifica-la e assim, por decorrência lógica, instrumentalizar a experimentação de uma situação de preconceito.

Na ótica do Estado Democrático de Direito a ressocialização é vista, em que pese seus aspectos práticos mais difíceis, como um direito daquele que experimentou o poder punitivo do Estado, no entanto há uma grade dificuldade de que fato o egresso do sistema penitenciário possa e consiga se reinserir no sistema social.

Desta maneira cabe, como dado pessoal sensível, dentre outros, esta e outras informações atinentes ao indivíduo, pois são altamente capazes de que sua utilização errada ou mesmo intencional, gere um impacto negativo, afirmando a desigualdade através de práticas preconceituosas e discriminatórias.

Tendo-se a influência da Lei brasileira pela Lei europeia, cabe destacar que a GDPR tem em um capítulo específico a respeito da questão aqui colocada. O artigo 10 “Processing of personal data relating to criminal convictions and offences” em português Processamento de dados pessoais

relativos a condenações criminais e infrações, presente no capítulo 2⁴, onde:

O tratamento de dados pessoais relativos a condenações e infrações penais ou medidas de segurança conexas com base no artigo 6.º, n.º 1, deve ser efetuado apenas sob o controle de uma autoridade oficial ou quando o tratamento for autorizado pela legislação da União ou do Estado-Membro que preveja as garantias adequadas para os direitos e liberdades dos titulares dos dados. Qualquer registro completo de condenações criminais deve ser mantido apenas sob o controle da autoridade oficial.

Percebe-se que há ali uma amplitude quanto a informação relativa as questões criminais, estendendo-se para condenações, infrações e medidas de segurança, o que não se vê na Lei brasileira, ainda.

Nesse sentido, a interpretação do inciso II do artigo 5º da LGPD deve ter, pelo interprete, seja o judiciário ou mesmo a sociedade em si, a característica de ser exemplificativo, sob pena de sua taxatividade, restrita a gramaticalidade, nada mais afirmar a desigualdade e a exclusão frente ao caso concreto.

5 Conclusão

Em tempos de modernidade, conceitos como hiperconectividade, ambientes virtualmente estruturados e o quase fim das barreiras físicas para a interação do ser social, a troca de informações pessoais vai muito além da apresentação do documento e a mera guarda de certos dados dos indivíduos.

As informações passam a ter alta relevância na medida em que delas se permitem a identificação dos seres, tidos agora como titulares destas informações, e assim, claro, permitirem que delas derivem atitudes negativas, como a discriminação a afirmação de desigualdades.

Partindo-se dessa premissa, dia a dia se faz necessária a evolução do que na ciência jurídica tem-se enquanto proteção do indivíduo e suas garantias constitucionais, como a privacidade, a intimidade e dignidade de sua pessoa.

A virtualização dos processos e a centralidade da tecnologia nas relações jurídicas coloca o indivíduo, titular dos dados pessoais, na grande roda da exposição de informações, sendo agora, além do titular de direitos deveres, o detentor do poder em relação a estes dados.

4 Arte. 10 GDPR Processamento de dados pessoais relativos a condenações criminais e infrações
- Disponível <https://gdpr-info.eu/art-10-gdpr/>

A LGPD, inspirada pela GDPR, além de elucidar, conceituar e sistematizar tais direitos, também anuncia o enquadramento dos chamados dados sensíveis numa tentativa de exprimir possíveis locais, interações ou posicionamentos do indivíduo que acaso consideradas como maiores que o próprio ser, trariam para este uma situação de exclusão social.

Nota-se que a Lei, em que pese sua modernidade, carece de refinamento visto que nem todas as possíveis situações, escolhas e características pessoais e porque não circunstanciais foram abarcadas como relevância de alta sensibilidade.

A proposição aqui tecida, muito embora tanto o estudo sobre a Lei Geral de Proteção de Dados e seus impactos, quanto os direitos e deveres dela inerentes, careçam e mereçam maiores desdobramentos, é de que o rol apresentado na Lei não deve ser interpretado em sua forma taxativa, merecendo um interpretação mais ampla para cada situação experimentada pelo indivíduo.

Referências

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

Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 15 de outubro de 2022.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm Acesso em 15 de outubro de 2022.

BRASIL. **Lei 13.709 de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm Acesso em 15 de outubro de 2022

MAGRANI, Eduardo. A internet das coisas. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2018. v. 1.

RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância.** A privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar 2008. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) General Data Protection Regulation GDPR - Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados. Disponível em <https://gdpr-info.eu/> Acesso em 15 de outubro de 2022.

Capítulo 16

A UTILIZAÇÃO DO *EQUITY CROWDFUNDING* COMO FORMA DE CAPTAÇÃO DE RECURSOS PELAS *STARTUPS*

Lucas Vinícios Cruz¹

1 Introdução

Atualmente, as *startups* estão em voga no cenário econômico mundial. Empreendedores, dispostos a assumir o risco de desenvolver um produto ou serviço inovador em condição de extrema incerteza, à frente de empreendimentos embrionários, estão se destacando cada vez mais dentre as sociedades empresárias tradicionais e já consolidadas.

Estas empresas nascentes, que ainda estão em estágio inicial, demandam, em um primeiro momento, investimento interno, através do capital dos próprios sócios empreendedores. Porém, à medida que a *startup* se desenvolve, faz-se necessário a captação de capital externo, para que a *startup* possa se desenvolver e continuar aplicando a sua metodologia inovadora.

As *startups* podem se valer de várias formas de captação de recursos financeiros para o desenvolvimento da atividade inovadora, seja por recursos dos próprios empreendedores, seja por recursos de terceiros. Dentre as formas de captação investimento, tem-se a modalidade denominada *equity crowdfunding*, também conhecida como financiamento coletivo.

Assim, o presente artigo científico tem como objetivo analisar o *equity crowdfunding* como forma de investimento e captação de recursos pelas *startups*. Neste sentido, o problema a ser respondido é saber se o *equity crowdfunding* pode ser uma alternativa viável para a *startup* realizar a captação de recursos para o desenvolvimento da atividade inovadora.

Inicialmente, será feita uma breve abordagem histórica e conceitual sobre as *startups* e, após, será explicado o *equity crowdfunding* e a Instrução

1 Mestre em Direito Empresarial pela PUC Minas (bolsista CAPES/PROEX TAXAS), Pós-graduado em Direito de Empresa pela PUC Minas (especialização). Advogado. E-mail: lucas@mpaladvogados.com.br

CVM 588/2017. Ao final deste artigo, concluiu-se pela viabilidade e pertinência da utilização do *equity crowdfunding* para que a *startup* realize a captação de recursos de terceiros.

2 Breves ponderações sobre as Startups

Embora a expressão “*startup*” tenha passado a ser usada com maior frequência no início do século XXI, quando a ideia de uma estrutura de negócio inovadora e incerta passou a ser algo mais evidente, principalmente em razão do desenvolvimento tecnológico e avanço da internet, a terminologia “*startup*” já era utilizada em meados de 1970², em alguns atos legislativos dos Estados Unidos da América voltados para a reforma de tributos aplicáveis a pequenos negócios (FEIGELSON; NYBØ; FONSECA, 2018, p. 21).

Foi com o surgimento das chamadas empresas “pontocom” e a posterior bolha por elas criada³, que as *startups* ficaram ainda mais evidentes e populares, estando diretamente associadas ao empreendedorismo, inovação e tecnologia. O navegador Mosaic, que posteriormente se tornou Netscape, lançado em 1993, a Yahoo, que abriu o seu capital em 1996, e a Amazon, que o fez em 1997, foram *startups* que contribuíram para a euforia do mercado financeiro à época.

Mas, afinal, o que seria uma *startup*? Uma *startup* possui características próprias, que as diferenciam de outros empreendimentos. Não é um novo tipo societário, tal como sociedade limitada ou sociedade anônima, mas sim um estágio de desenvolvimento de um empreendimento, que seria o estágio inicial. Daí a expressão “*empresas nascentes*”, como escreve Eduardo Goulart Pimenta (PIMENTA, 2020a, p. 343).

De acordo com Eduardo Goulart Pimenta e Henrique Avelino Lana:

Uma importante premissa precisa ser delineada: uma startup não deve considerada apenas como um tipo de empresa, tampouco como um estágio de uma. Startups podem ser consideradas, na realidade, uma

2 “Embora a origem do termo *startup* no contexto dos negócios seja incerta, esta terminologia também foi utilizada em um artigo publicado na Revista Forbes nos idos 1976. Tal artigo cuidava do desenvolvimento do setor de processamento de dados, abordando as startups como empresas de rápido crescimento no campo da tecnologia” (PIMENTA; LANA, 2021, p. 09).

3 De acordo com Peter Thiel (2014, p. 25), durante a bolha das “pontocom”, a NASDAQ, bolsa de ações estadunidense voltada para as companhias tecnológicas, atingiu o pico de 5.048 pontos em meados de março de 2000 e depois desabou para 3.321 pontos em abril do mesmo ano. Posteriormente, o mesmo índice chegou a atingir 1.114 pontos em outubro de 2002.

combinação de ambas ideias: um tipo de empresa, desde que esta esteja em um determinado estágio de desenvolvimento. Logo, para que uma empresa possa ser enquadrada no conceito de *startup*, não basta ela se organizar ou fornecer um produto ou serviço de forma diferente das outras; ela também precisa estar em determinada etapa de maturação a qual permita que assim seja chamada (PIMENTA; LANA, 2021, p. 11).

Qualquer empreendimento que esteja em fase embrionária e tenha como características a criação de um produto ou serviço inovador, que seja repetível, replicável escalável e com potencial de rápido e constante crescimento, atuando em um ambiente de extrema incerteza, pode ser considerado uma *startup*.

O conceito base de *startup*, que é usado como um pilar por grande parte dos autores que escrevem sobre o tema, é o trazido por Eric Ries, autor do *best seller* *A Startup Enxuta (The Lean Startup)*. Nesta obra, Ries define *startup* como “uma instituição humana projetada para criar novos produtos e serviços sob condições de extrema incerteza” (RIES, 2012, p. 26). O Autor destrincha este conceito, ao argumento de que a parte mais importante nesta definição é o que ela omite, já que, segundo o autor, o conceito de *startup* não diz respeito ao tamanho da empresa, a sua atividade ou o seu setor da economia. Neste diapasão, qualquer pessoa que esteja criando um novo produto ou negócio sob condições de extrema incerteza, é um empreendedor, ainda que trabalhe em uma entidade governamental, uma empresa apoiada por capital de risco, uma empresa sem fins lucrativos ou uma empresa voltada para a obtenção de lucro (RIES, 2012, p. 26).

Bruno Feigelson, Erik Fontenele Nybø e Victor Cabral Fonseca (2018, p. 31) dão um conceito semelhante, porém mais abrangente, sobre o que é uma *startup*. Para os autores, uma *startup* é “um grupo de pessoas à procura de um modelo de negócios, baseado em tecnologia, repetível e escalável, trabalhando em condições de extrema incerteza”.

A inovação de um produto ou serviço, somado à condição de extrema incerteza para o seu desenvolvimento e comercialização são traços marcantes das *startups*, que fazem com que elas se destaquem, sejam reconhecidas e diferenciadas das demais organizações empresárias, que exercem a empresa de maneira tradicional.

Para Eduardo Goulart Pimenta (2017, p. 26), a peculiaridade da *startup* está “no fato de pautar suas atividades a partir da tecnologia, que se reflete no oferecimento de inovadores produtos ou serviços ao mercado”.

As características que mais definem uma *startup* é o seu caráter

inovador (inovação) e a condição de extrema incerteza. Estas características estão diretamente relacionadas entre si, tendo em vista que a inovação, isto é, um empreendimento inovador, faz nascer a incerteza, o risco do negócio.

No que tange à inovação, acredita-se ser pertinente o entendimento de Erik Frederico Oioli sobre o tema, ao dispor que a “inovação consiste na implantação de novas ideias que gerem valor e ampliação dos resultados por meio da escalabilidade” (OIOLI, 2019, p. 15).

Para o autor, esta expressão “inovação” engloba três conceitos chaves para a sua melhor compreensão, consistentes (i) na expressão de uma nova ideia, que pode ser a criação de algo novo, fazer algo de uma forma diferente ou melhorar algo já existente; (ii) na percepção de utilidade da nova ideia, que quer dizer que a ideia deve gerar valor para o seu destinatário; e (iii) na necessidade de implantação da ideia, já que para ser uma inovação, é preciso implantar a ideia.

Isso quer dizer que, para desenvolver um empreendimento inovador, não necessariamente é preciso criar algo novo, disruptivo, que nunca foi pensado antes. A inovação também se refere a algo que já existe, mas passa a ser produzido de uma forma diferente, que soluciona problemas que a maneira tradicional não o faz, gerando valor para o seu destinatário. Tem-se, assim, duas formas de inovação: aquela que se refere a algo inédito e aquela que aprimora algo já existente.

A incerteza decorre do campo de atuação das *startups*, que é de alto risco. Afinal, por se tratar de um produto e/ou serviço inovador, não há um direcionamento bem definido no que diz respeito a sucesso e há alto risco de insucesso do empreendimento. Embora a proposta possa ser atraente e com grande chance de ter bons resultados, não possui precedentes que autorizem ou ajudem a *startup* a deter perspectivas claras e absolutas a longo prazo (PIMENTA; LANA, 2021, p. 16).

Desta forma, iniciar um novo empreendimento que seja exatamente igual a um negócio já existente e tradicional, embora seja uma atividade empresária, produto ou serviço, não é uma *startup*. Isto é, não há inovação, como também não há risco ou, se existe, é muito baixo, razão pela qual também se afasta a característica de empreender em um cenário de extrema incerteza. E é em razão disso que alguns empreendimentos, como um supermercado, uma padaria, ou uma loja de roupas podem ser financiados por simples empréstimos bancários, já que o nível de incerteza e de risco é em tese baixo, razão pela qual este risco pode ser calculado por um analista de crédito (RIES, 2012, p. 25).

No Brasil, a Lei Complementar n. 182, resultado do Projeto de Lei n. 146/2019, instituiu o Marco Legal das *Startups* e do Empreendedorismo Inovador. O marco legal das *startups* tem como objetivos trazer medidas que estimulem a criação de empresas de inovação, fomentar o empreendedorismo, estabelecendo incentivos e dando segurança para os investidores e, por fim, facilitar a contratação de soluções inovadoras por parte da administração pública.

O Marco Legal das Startups trouxe, em seu artigo 4º, requisitos objetivos que uma pessoa jurídica precisa atender para ser considerada *startup* e, assim, se valer dos instrumentos jurídicos criados por esta Lei Complementar. Assim, legalmente, define-se a *startup* como uma organização empresarial ou societária, cuja atuação se caracterize pela inovação aplicada a modelo de negócios, produtos ou serviços ofertados, que aufera receita bruta anual de até R\$ 16.000.000,00, tenha até 10 (dez) anos de inscrição no CNPJ e declare, em seu ato constitutivo, a utilização de modelos de negócios inovadores para a geração de produtos ou serviços, ou se enquadre no regime especial Inova Simples.

Portanto, as *startups* têm características em comum que são primordiais para distinguir as empresas nascentes de empreendimentos tradicionais. Uso constante de tecnologia, desenvolvimento de uma atividade inovadora, assumir riscos, empreender em condições de extrema incerteza e rápido e vertiginoso potencial de crescimento através do desenvolvimento de um produto ou serviço repetível e escalável são traços marcantes das *startups*, que as diferenciam de modelos de negócios tradicionais.

3 Equity crowdfunding como forma de captação de recursos por startups

O *crowdfunding* é uma forma de captação de recursos que se tornou mais popular com o avanço da tecnologia e a utilização, tanto pelas *startups*, quanto pelos investidores, de diversos recursos digitais capazes de auxiliar na aproximação entre investidor e investida.

Trata-se de um financiamento coletivo (da tradução literal, *crowd* significa multidão, coletivo, enquanto *funding* significa financiamento), ou, como aduz Eduardo Goulart Pimenta (2020a, p. 341), uma “captação pulverizada do capital de terceiros”, por meio do qual uma pluralidade de indivíduos financia algum projeto, ideia ou empreendimento através de

uma plataforma eletrônica.

Neste sentido, explicam Daniel Bushatsky e Wagner Doñate Rocco:

Neste contexto simbólico, conceitua-se o “Crowdfunding”, uma expressão de origem da língua inglesa que pode ser traduzida, de forma segmentada, pela palavra “crowd” (multidão) e “funding” (financiamento), contextualizando assim um “financiamento pela multidão” ou, como termo já utilizado correlato, “financiamento coletivo”. Sua conceituação pode ser expressa pela forma de captação de recursos financeiros em favor de pessoas, organizações e empresas, oriundos de um grande número de indivíduos ou organizações por meio de uma plataforma eletrônica. O cerne deste tipo de captação de recursos está amalgamada à forma pulverizada de investidores não conhecidos, exalado pelo próprio termo “crowd” (multidão) que compõe a expressão (BUSHATSKY; ROCCO, 2020, p. 181)

É popularmente conhecido como vaquinha online (PORTO, 2018, p. 80), pois o objetivo é arrecadar investimentos com valores baixos, mas em grande quantidade, por vários financiadores que, embora possam ter perfis e expectativas diferentes, compartilham a mesma vontade de financiar um projeto ou um empreendimento⁴.

O *crowdfunding*, então, é uma forma de financiamento em que pessoas físicas e/ou jurídicas conseguem acessar uma grande quantidade de investidores para financiar seus projetos, os seus empreendimentos, a sua ideia e a sua *startup*. É uma alternativa à captação de recursos através do sistema financeiro tradicional, pois o objetivo é financiar um projeto ou atividade sem precisar passar pelos custos, juros e garantias exigidos pelo sistema bancário, quando ocorre o fornecimento de crédito.

Para Cumming e Hornuf (2018, p. 3), justamente por não ter a intermediação de uma instituição financeira tradicional, o *crowdfunding* pode reduzir os custos de transação e tornar os serviços mais eficientes em termos de custo.

Caio Sasaki Godeguez Coelho⁵ exemplifica:

Esse processo de busca de dinheiro na “multidão” geralmente concretiza-se da seguinte forma: determinado indivíduo tem alguma ideia, projeto ou empreendimento e deseja executá-lo. Entretanto, sua

4 É o que afirmam Gaël Leboeuf e Armin Schwenbacher: “*The crowd represents a pool of potential funders, each with a different profile and expectations but sharing the same willingness to finance a project or an entrepreneur*” (LEBOEUF; SCHWIENBACHER, 2018, p. 11).

5 Para o autor, o *crowdfunding* não exige, necessariamente, que a transferência de recursos seja feita exclusivamente pela internet. O autor entende que a internet é apenas uma forma para a captação de recursos através do *crowdfunding*, mas outras formas também podem ser utilizadas, como campanhas televisivas (COELHO, 2018, p. 17).

execução depende de recursos financeiros. O idealizador do projeto, então, divulgação na internet, geralmente através de um portal específico para tanto. A partir disso, o projeto fica disponível para consulta dos internautas, os quais podem optar por apoiar o idealizador e contribuir com pequenas quantias de dinheiro para sua viabilização. esta contribuição pode vir sob a forma de doação, empréstimo ou até mesmo investimento com expectativa de retorno e, a partir das contribuições financeiras feitas por eles, possibilita-se que o projeto se concretize (COELHO, 2018, p. 16-17).

A captação de recursos através do *crowdfunding* traz a presença de três figuras: o autor de um projeto, que geralmente é um empreendedor ou uma *startup* que busca recursos financeiros para financiar o projeto, o colaborador ou investidor, que é a pessoa que vai financiar o projeto através do investimento feito pela plataforma, e a plataforma eletrônica que faz a intermediação entre o empreendedor e o investidor. É possível perceber, assim, que, em se tratando de *crowdfunding*, haverá três relações jurídicas diferentes: uma relação entre o empreendedor e o investidor, uma relação entre o empreendedor e a plataforma, e outra relação entre o investidor e a plataforma (TERRA, 2018, p. 1138).

O *crowdfunding* é um gênero, que dá origem a várias espécies⁶, tais como (i) *crowdfunding* de doação, em que se busca a obtenção de recursos para financiamento de algum projeto social, como, por exemplo para pagamento de alguma cirurgia; (ii) *crowdfunding* de contribuição ou recompensa, em que o colaborador financia o projeto e, em contrapartida, o autor assume a obrigação de recompensar os colaboradores com algum benefício quando projeto for realizado; (iii) *crowdfunding* de empréstimo ou *lending*, em que o investidor empresta dinheiro para o empreendedor através da plataforma e, como contraprestação, após um prazo estabelecido, tem-se a devolução do valor emprestado somado ao pagamento de juros; e (iv) *crowdfunding* de investimento ou *equity crowdfunding*, em que a contrapartida ao financiamento são títulos ou participação societária do empreendimento que receberá o investimento, chamado de *equity* (OIOLI; RIBEIRO JUNIOR; LISBOA, 2019, p. 144).

Todas estas modalidades de *crowdfunding* podem seguir dois caminhos: o chamado *all-or-nothing* (ou tudo ou nada, da tradução

6 Para um estudo aprofundado sobre as diversas espécies de *crowdfunding*, vide: SILVA, Adriano Fábio Cordeiro da; SOBRINHO, Adelgício de Barros Correia. **Crowdfunding enquanto contrato virtual: uma análise da natureza jurídica e de suas espécies**. In PINTO, Danielle Jacon Ayres; BASTOS, Elísio Augusto Velloso; ROVER, Aires Jose. Direito, governança e novas tecnologias. Florianópolis: CONPEDI, 2019. COELHO, Caio Sasaki Godeguez. **Crowdfunding: natureza e regime jurídico**. São Paulo: Almedina, 2018.

literal), em que é posta uma condição futura na campanha de arrecadação, estabelecendo-se uma meta de valores a serem arrecadados e, apenas se ela for alcançada, o valor arrecadado será repassado ao destinatário. Caso não seja, o valor é devolvido aos colaboradores. O outro caminho é o *keep it all* (ou mantenha tudo, da tradução literal), em que todo o valor arrecadado é repassado para o destinatário, ainda que a meta não seja alcançada. Neste caso, o colaborador assume o risco quanto ao êxito do projeto (TERRA, 2018, p. 1141-1142).

No Brasil, o *crowdfunding* de investimento (ou *equity crowdfunding*), que é a modalidade utilizada por *startups* para captação de investimento, é regulamentado pela Instrução n. 588, de 13 de julho de 2017 da Comissão de Valores Mobiliários (CVM)^{7 8 9}. Esta regulamentação não é destinada a todas as modalidades de financiamento participativo, mas apenas ao *crowdfunding* de investimento (*equity crowdfunding*). Inclusive, prevê expressamente o artigo 2º, §1º, da ICVM 588/2017, que essa regulamentação não se destina ao *crowdfunding* que tem como contraprestação brindes, recompensas, bens ou serviços.

Referida Instrução define o *crowdfunding* de investimento no artigo 2º, I, como:

A captação de recursos por meio de oferta pública de distribuição de valores mobiliários dispensada de registro, realizada por emissores considerados sociedades empresárias de pequeno porte nos termos desta Instrução, e distribuída exclusivamente por meio de plataforma eletrônica de investimento participativo, sendo os destinatários da oferta uma pluralidade de investidores que fornecem financiamento nos limites previstos nesta Instrução (CVM, 2017).

A Instrução CVM 588/2017 prevê alguns requisitos para que o empreendedor ou *startup* possam captar recursos através do *crowdfunding* de investimento. A *startup* deve ser empresa de pequeno porte, porém não é a mesma empresa de pequeno porte prevista na LC 123/06, que dispõe que para ser EPP, deve ter receita bruta anual de até R\$ 4.800.000,00. Para a ICVM 588, empresa de pequeno porte é a que tem receita bruta anual

7 A Instrução 588/2017, da CVM foi fruto de uma audiência pública realizada após a publicação de um edital em 08 de agosto de 2016, pela CVM, com uma minuta prévia da instrução. O intuito desta audiência pública foi permitir que a sociedade e interessados pudessem se manifestar e apresentar sugestões à minuta prévia.

8 O presente artigo não almeja destrinchar a ICVM 588/2017 por completo, mas apenas levantar alguns pontos relevantes para a pesquisa.

9 No Brasil, também há a regulamentação do *crowdfunding* para financiamento de campanhas políticas, conforme Lei n. 13.488/2017, que alterou a Lei n. 9.504/1997. Porém, estas legislações não serão objeto de estudo deste artigo.

de até R\$ 10.000.000,00 (art. 2º, III, ICVM 588/2017).

Caso a *startup* seja controlada por outra pessoa jurídica, a receita bruta de R\$ 10 milhões é de todo o grupo, isto é, *startup* e pessoa jurídica controladora, e não apenas da empresa que capta os recursos (art. 2º, §3º, ICVM 588/2017). Além disso, a empresa que fará a captação de recursos não poderá estar listada como emissora de valores mobiliários na CVM (art. 2º, III, ICVM 588/2017).

Os recursos levantados pela *startup* não podem ser superiores a R\$ 5.000.000,00 por campanha e esta campanha não pode durar mais que 180 dias (art. 3º, ICVM 588/2017). Ainda, a empresa não poderá fazer outra campanha de captação de recursos pelo prazo de 120 (cento e vinte) dias após encerrar uma captação de recursos com êxito (art. 3º, §4º, ICVM 588/2017).

Os recursos captados pela sociedade empresária de pequeno porte não poderão ser utilizados para: a) fusão, incorporação, incorporação de ações e aquisição de participação em outras sociedades; b) aquisição de títulos, conversíveis ou não, e valores mobiliários de emissão de outras sociedades; ou c) concessão de crédito a outras sociedades (artigo 3º, V, ICVM 588/2017). Para Daniel Bushatsky e Wagner Doñate Rocco, isso promove o crescimento da atividade empresarial, especialmente *startups*, criando assim novos negócios e possíveis competidores no mercado em benefício ao avanço da atividade e público consumidor (BUSHATSKY; ROCCO, 2020, p. 200).

O investidor também precisa respeitar algumas condições previstas na própria Instrução. De acordo com o artigo 4º, da ICVM 588/2017, o valor total aplicado pelo investidor não pode ultrapassar R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por ano-calendário. Este limite está em consonância com o objetivo do *equity crowdfunding*, que seria um grande número de investidores, que investem um valor relativamente menor que outras formas de captação de recurso utilizadas por *startups*.

Porém, há algumas exceções quanto ao limite de aportes financeiros previstas no próprio artigo 4º, da ICVM 588/2017, que é o caso do investidor líder¹⁰, investidor qualificado¹¹ e o investidor cuja renda bruta

10 De acordo com o artigo 2º, VI, da ICVM 588/2017, o investidor líder é a pessoa natural ou jurídica com comprovada experiência de investimento, seja na liderança de rodadas de investimento ou com a realização de investimentos pessoais em sociedades empresárias de pequeno porte, e autorizada a liderar sindicato de investimento participativo.

11 De acordo com o artigo 9-B, da ICVM 539/2013, investidor qualificado é aquele investidor que possui mais de R\$ 1 milhão (um milhão de reais) investido.

anual ou o montante de investimentos financeiros seja superior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

A plataforma, que é denominada pela CVM de “plataforma eletrônica de investimento participativo”, também deve cumprir alguns requisitos para operar, como ser pessoa jurídica constituída no Brasil, dispor de capital social integralizado de pelo menos R\$ 100.000,00 e garantir que possui procedimentos e tecnologias adequados para a prestação do serviço (art. 13, Instrução 588/2017 da CVM).

A plataforma também deve disponibilizar informações mínimas sobre o projeto que está realizando a captação de recursos, através de uma página na internet, contendo, inclusive, alguns documentos jurídicos, como contrato social da sociedade investida e outros documentos relevantes para a tomada de decisão no investimento (artigo 8º, ICVM 588/2017).

A Instrução 588/2017 prevê a possibilidade de criação dos chamados sindicatos de investimentos (artigos 32 e seguintes), bem como a figura do investidor líder (artigos 35 e seguintes). Nos sindicatos de investimento, há um grupo de investidores interessados em apoiar uma campanha. Então eles se unem e seguem um investidor-líder. A partir daí, cria-se o que a Instrução Normativa chama de um veículo de investimento, que pode ser um fundo ou uma SCP, por exemplo, para realizar o investimento.

O investidor líder é aquele investidor experiente que vai liderar este sindicato de investimento. É ele quem escolhe qual empreendimento receberá o investimento do sindicato. O investidor líder deve expor, de maneira fundamentada, as razões da sua escolha. Lucas Caminha e Gustavo Coelho ressaltam a importância do investidor líder:

Outra figura presente na ICVM 588 é a do investidor líder: um representante dos demais investidores nas interações com a startup e com a plataforma (o que ajuda a reduzir as naturais assimetrias de informação sofridas por investidores). Como ele atuará de perto com a startup, o líder também pode oferecer mentoria e networking para maximizar a chance de sucesso do investimento. Dado que ele pode receber uma taxa variável de acordo com o sucesso da startup (tal como a plataforma), o líder precisa cumprir certos requisitos formais que mitigam conflito de interesse, como *skin in the game* (investir pelo menos 5% do valor alvo da oferta) e nunca ter tido participação de 20% ou mais naquela startup (CAMINHA; COELHO, 2020, p. 82).

Portanto, o *equity crowdfunding*, é uma forma de captação coletiva de recursos, em que o investidor, interessado em financiar determinado empreendimento, aporta recursos financeiros para contribuir com a atividade desenvolvida pela *startup* e, em troca, poderá receber uma

participação societária no empreendimento.

4 Considerações finais

Este trabalho não pretende esgotar o tema. Tratam-se de reflexões construtivas, acadêmicas e não definitivas, mas que procuraram ser expostas de forma técnica, objetiva, completa e fundamentada.

O problema a ser respondido neste artigo é saber se o *equity crowdfunding* pode ser uma alternativa viável para a *startup* realizar a captação de recursos financeiros. Como foi acima exposto, as *startups* são empreendimentos em estágio inicial de maturação, que utilizam a tecnologia para o desenvolvimento de um produto ou serviço inovador, exercendo a empresa em condições de extrema incerteza.

O *equity crowdfunding* é uma forma de captação de recursos muito atrativa para *startups*, principalmente aquelas em estágio embrionário e inicial, tendo em vista que a *startup* poderá receber apoio financeiro coletivo, de diversos investidores, através de uma plataforma eletrônica e, assim, não precisará se submeter às elevadas taxas de juros ou garantias exigidas pelas instituições financeiras ou conceder grande participação societária para outros tipos de investidores.

A contraprestação será os empreendedores abrirem mão de uma pequena fatia da participação societária da *startup*, que será destinada aos investidores que assumiram o risco e apostaram no sucesso do empreendimento.

Ademais, a Instrução 588/2017 da Comissão de Valores Mobiliários, que regulamenta a utilização do *equity crowdfunding* no Brasil, traz várias exigências e requisitos que devem ser cumpridos pelas partes envolvidas (investidor, plataforma e *startup*), trazendo maior segurança jurídica.

Portanto, como hipótese de resposta ao problema que foi proposto neste artigo, constata-se que o *equity crowdfunding* pode sim ser uma alternativa viável para a *startup* realizar a captação de recursos.

Referências

BUSHATSKY, Daniel; ROCCO, Wagner Doñate. **Crowdfunding:** captação de recursos por meio de plataforma eletrônica de investimento participativo. In: LONGHI, Maria Isabel Carvalho Sica; et al (coord.). Direito e novas tecnologias. São Paulo: Almedina, 2020.

CAMINHA, Lucas; COELHO, Gustavo Flausino. **Captação de Recursos por startups**. São Paulo: Almedina, 2020.

COELHO, Caio Sasaki Godeguez. **Crowdfunding: natureza e regime jurídico**. São Paulo: Almedina, 2018.

CUMMING, Douglas; HORNUF, Lars. **The Economics of Crowdfunding: Startups, Portals, and Investor Behavior**. California: Palgrave Macmillan. 2018.

FEIGELSON, Bruno; NYBØ, Erik Fontenele; FONSECA, Victor Cabral. **Direito das Startups**. São Paulo: Saraiva, 2018.

LEBOEUF, Gaël; SCHWIENBACHER, Armin. **Crowdfunding as a new financing tool**. In: CUMMING, Douglas; HORNUF, Lars. *The Economics of Crowdfunding: Startups, Portals, and Investor Behavior*. California: Palgrave Macmillan. 2018.

OIOLI, Erik Frederico (Coord.). **Manual de Direito para Startups**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

OIOLI, Erik Frederico; RIBEIRO JR, José Alves; LISBOA, Henrique. **Financiamento da Startup**. In: OIOLI, Erik Frederico (Coord.). *Manual de Direito para Startups*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Direito Societário**. 4. ed. Belo Horizonte: Expert Editora, 2020;

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Startups e capital: instrumentos jurídicos de regulação dos investimentos em atividades empresariais**. In BARBOSA, Anna Fonseca; PIMENTA, Eduardo Goulart; FONSECA, Maurício Leopoldino (Orgs.). **Legal Talks: Startups à luz do direito brasileiro**. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2017.

PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA Henrique Avelino. **Direito, Inovação e Tecnologia: Mercado, Ecossistema Empreendedor e as Start'ups**. Belo Horizonte: Editora Expert, 2021.

PORTO, Éderson Garin. **Manual Jurídico da Startup**. Como criar e desenvolver projetos inovadores com segurança. Ed. Livraria do Advogado. 2018.

RIES, Eric. **A startup enxuta: como os empreendedores atuais utilizam a inovação contínua para criar empresas extremamente bem-sucedidas**. Tradução de Texto Editores. São Paulo: Le Ya, 2012.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Notas sobre o crowdfunding no direito brasileiro**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 13, n. 3, p. 1134-1160, dez. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/31176> . Acesso em: 10 nov 2020. doi: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369431176>.

THIEL, Peter. **De zero a um**: O que aprender sobre empreendedorismo com o Vale do Silício. Tradução de Ivo Korytowski. 1 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2014.

Capítulo 17

O FENÔMENO DA UBERIZAÇÃO: CONFLITOS TRABALHISTAS E *DUMPING* SOCIAL

Daniely Maria dos Santos¹

Livia Valadão Murad²

1 Introdução

A temática “O fenômeno da uberização: conflitos trabalhistas e *dumping* social” é concebida como uma proposta transdisciplinar, que remete a múltiplas reflexões. Isso porque os elementos que a permeiam aludem não apenas ao Direito, mas também, a fatores sociais, políticos, econômicos e até mesmo antropológicos. Desse modo, essa pluralidade de campos norteadores permite uma abrangência perspicaz de possibilidades e percepções, o que também alicerça uma relevante base estruturante em prol da defesa da pessoa humana e, mais especificamente, do trabalhador, cerne das abordagens aqui dispostas.

Dentre outras ponderações e, sob a perspectiva de uma análise fática dos resquícios deixados pela Indústria 4.0, este estudo se propôs a discorrer sobre fenômenos e inovações, que, de alguma maneira, têm impactado, veementemente, a sociedade e o mundo do trabalho. Para tanto, buscou-se compreender algumas características da Quarta Revolução Industrial e das novas relações trabalhistas, bem como, de diversos outros temas, como a *Gig Economy*, a *crowdwork* e a *on-demand*, a precarização do trabalho e o fenômeno da uberização, o reconhecimento da relação de emprego, o *dumping* social e outros tópicos de suma importância para os desdobramentos aqui ensejados.

Diante dessas disposições iniciais, espera-se que o presente estudo contribua para novas perspectivas acerca das temáticas elencadas. Afinal, o Direito deve buscar estar alinhado com as demandas da sociedade, o que

1 Mestra em Educação (UFLA). Pós-graduada em Metodologia do ensino de língua portuguesa e língua estrangeira. Pós-graduada em ensino de língua inglesa. Graduada em Letras (UFSJ). Graduada em Direito (UFLA). Docente de língua inglesa e língua portuguesa na rede pública de ensino do Estado de Minas Gerais (SEE/MG). E-mail: daniely.santos@estudante.ufla.br

2 Graduada em Direito (UFLA). Estagiária na 2ª Promotoria de Lavras (MPMG). E-mail: livia.murad@estudante.ufla.br

inclui as diversas mudanças e inovações inerentes a ela.

2 A Quarta Revolução Industrial e as novas relações trabalhistas

As estruturas organizacionais que englobam a sociedade, em sua totalidade, caracterizam o que é chamado, hodiernamente, de “revolução”, uma vez que remetem à instauração de transformações sociais diversas. Estas, por sua vez, abarcam as indústrias, as ciências, as tecnologias, a política e os demais outros setores públicos e privados.

Nesse liame, é pertinente salientar que as relações trabalhistas também têm perpassado por inúmeras transformações ao decorrer dos últimos anos, o que tem sido ocasionado em razão da Revolução Industrial, ocorrida no século XVIII, bem como, em detrimento das evoluções tecnológicas oriundas da globalização e de seus processos (CNI, 2017). Assim, a partir dessas e de outras conjunturas, desencadeiam-se, na sociedade, novas formas de trabalho, de ações e inter-relações humanas e sociais.

Em se tratando da Quarta Revolução Industrial, ou Indústria 4.0, nota-se que ela possui, como cerne, a convergência de tecnologias digitais, biológicas e físicas (PERASSO, 2016). Evidentemente, é uma Revolução que vem transformando o modo de vida, de trabalho e das múltiplas relações entre os indivíduos. Assim sendo, é de se considerar que a Indústria 4.0 possui como objetivo “promover a digitalização das atividades industriais melhorando os processos e aumentando a produtividade” (PORTAL DA INDÚSTRIA, 2022, on-line).

Diante do exposto e, de acordo com as palavras de Antunes (2009), “[...] o trabalho emancipa e aliena, humaniza e sujeita, escraviza e liberta” (ANTUNES, 2009, p. 31). De fato, a emancipação associa-se ao salário recebido pelos trabalhadores, ao passo que, como consequência, se tornam alienados, tendo em vista a necessidade de cumprimento de carga horária, de alta produtividade e do compromisso assumido na relação de trabalho. Nesse ínterim, emerge-se também a sujeição e escravidão, ainda existentes, em muitos setores. Todavia, os profissionais que atuam nas mais diversas áreas buscam a liberdade e a humanização de suas tarefas, em detrimento do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. No entanto, é sabido que, em múltiplas ocasiões, tal preceito não é respeitado pelos patrões, pelas empresas e pelos vários outros locais de trabalho, até mesmo nas plataformas digitais.

Com efeito, além das reflexões supramencionadas, ao serem observadas as nuances advindas da Indústria 4.0, são notórios os deslocamentos da mão de obra nos mais variados setores e funções concernentes ao universo laboral. Assim, certos serviços que antes eram exercidos por inúmeros trabalhadores, hoje são realizados por uma moderna aparelhagem, aliada ao avanço da robótica e das mais potentes e versáteis ferramentas tecnológicas.

Destarte, é perceptível que, embora muitas pessoas tenham se desenvolvido profissionalmente em meio à era digital, outras, por sua vez, tornaram-se reféns das novas tecnologias e, conseqüentemente, das novas relações trabalhistas. Assim, com as demandas e a eficiência das formas de trabalho da atualidade, muitos empregados perderam os seus empregos, visto que não eram aptos a manejar ferramentas tecnológicas.

2.1 Gig Economy e as inovações no mundo do trabalho

A denominada *Gig Economy*, ou economia sob demanda, economia de bico, capitalismo de plataforma, economia de compartilhamento ou *sharing economy*, está fortemente relacionada com as inovações tecnológicas e impacta, veementemente, as relações trabalhistas e consumeristas. Com efeito, destaca-se que, por meio da *Gig Economy*, os consumidores se utilizam das plataformas digitais, a fim de manifestarem as suas demandas, o que ocorre de maneira célere e, em muitos casos, economicamente mais barata. Ademais, conforme esclarecido pelo *Cambridge Dictionary*, a *Gig Economy* refere-se a “uma maneira de trabalho baseada em pessoas tendo trabalhos temporários ou realizando partes específicas de um trabalho, cada um pago separadamente, em vez de trabalhar para um empregador” (CAMBRIDGE DICTIONARY, 2022, on-line).

Sob esse viés, e, tendo em vista o cenário brasileiro, segundo Oliveira (2021),

O trabalho em aplicativos encontra ambiente favorável na situação econômica e social do Brasil: a taxa da população ocupada no País é de 94,2 milhões de pessoas, sendo que 40, 7% delas estão na informalidade, o que corresponde a 38,3 milhões de trabalhadores. Os dados reproduzem que o acesso ao trabalho formal é um privilégio de metade da população, restando à outra metade viver da economia de bicos, atualmente conhecida como “*gig economy*” (OLIVEIRA, 2021, p. 14).

Considerando as implicações dispostas, percebe-se que os serviços

prestados pelos profissionais possibilitam uma maior flexibilidade, no que tange às suas respectivas disponibilidades de horários, além da comodidade propiciada pelo trabalho remoto, quando há essa possibilidade. No entanto, esse tipo de trabalho é considerado autônomo, o que significa que ele não está inserido no rol dos direitos à recebimentos de prestações trabalhistas instituídas pelo Direito do Trabalho. Assim, nota-se que existe essa lacuna negativa, embora esse tipo de trabalho ofereça fonte de renda e outros benefícios aos seus adeptos.

Em contrapartida, as formas de empregos denominadas como formais possuem como requisitos a alteridade, a subordinação, a pessoalidade, a onerosidade e a não eventualidade (BRASIL, 1943). Por assim dizer, concebe-se que, diferentemente das formas autônomas de trabalho, o emprego formal, ainda que repleto de inúmeras inadimplências, oferece uma maior amplitude de resguardo e segurança jurídica aos empregados, como, por exemplo, a remuneração fixa e as férias pagas.

Acerca do disposto e, a título de exemplificação, confere mencionar que a criação de uma nova figura jurídica no cenário brasileiro, como é o caso do MEI (Microempreendedor Individual), contribui em grande escala para a formalização de muitos trabalhadores de baixa renda, os quais passaram a ser pessoas jurídicas, emissores de notas fiscais, mas que, por outro lado, não têm as obrigações jurídicas de uma sociedade. No entanto, vale esclarecer ainda que, a partir da instituição do MEI, cresceu também o fenômeno da pejotização, em que os empregadores buscam reduzir os seus encargos trabalhistas, a partir da não obrigatoriedade de se possuir vínculo empregatício, já que, em muitas situações, o empregado é obrigado a constituir uma pessoa jurídica para que sejam contratados profissionais e, também, para que ocorra a prestação de serviços (OLIVEIRA, 2021).

2.2 *Crowdwork e on-demand: reflexos da era digital nos setores trabalhistas*

Intrinsecamente à *Gig Economy*, emergem-se algumas formas de trabalho, sendo as principais delas a *crowdwork* e a *on-demand*, sendo que a primeira se refere à realização de atividades laborais por meio de plataformas on-line e, a segunda, diz respeito à utilização de aplicativos gerenciados por empresas, os quais são utilizados para a prestação das mais diversas formas de serviços.

Especificamente, segundo Oliveira (2021), o modelo *on-demand*

[...] é o trabalho sob demanda por meio de aplicativo. Essas atividades possuem um objeto tradicional, desenvolvidas em uma determinada realidade geográfica por meio de uma plataforma informática, a qual permite o contato do trabalhador com o usuário. Nessa categoria, incluem-se as atividades de transporte de pessoas (Uber, Lyft), de entrega de mercadoria (Ifood, Deliveroo, Glovo) (OLIVEIRA, 2021, p. 14).

Por outro lado, o modelo *crowdwork*, tido como um trabalho colaborativo, tem como objetivo

[...] o desenvolvimento de atividade de natureza intelectual, onde humanos precisam realizá-las em detrimento da inteligência artificial. Este último seguimento pode ser representado pela Estadunidense Amazon Mechanical Turk – AMT, que permite a uma pluralidade de usuários (requesters) publicar uma série de tarefas, pelos quais uma multidão de trabalhadores de todo mundo pode trabalhar mediante uma pequena remuneração, sem sair de casa (OLIVEIRA, 2021, p. 14).

É pertinente ensinar, ainda, que o trabalho praticado de forma digital é referente à *crowdwork*, enquanto o presencial diz respeito ao *on-demand* (VENTURI, 2022). Como exemplificação, pode-se ressaltar que “[...] tem-se como *crowdwork* um grupo de moderadores que avaliam a adequação de conteúdos em determinados anúncios a sítios virtuais ou certo grupo de pessoas que é remunerado para responder questionários on-line” (LOUREIRO; FONSECA, 2020, p. 182).

Em contrapartida, o trabalho via *on-demand*, nas palavras de Loureiro e Fonseca (2020),

[...] está mais relacionado com o trabalho tradicional, principalmente quanto ao setor de serviços e ocorre preponderantemente na modalidade (via) aplicativos para smartphones (*work on demand* via apps). Nele, o trabalhador é contratado para operar em uma plataforma virtual a partir de um contrato a fim de realizar serviços específicos aos consumidores que os demandam via o aplicativo disponibilizado pela plataforma, a qual não somente estabelece quais os serviços serão oferecidos, mas também a forma de prestação e o padrão de qualidade (LOUREIRO; FONSECA, 2020, p. 182).

Nessa perspectiva, nota-se que essas e outras condições “atípicas” de trabalho passam a ser cada vez mais adotadas pelos trabalhadores, tendo em vista o desemprego, as crises econômicas e, vale dizer, o aumento exacerbado dos preços dos mais diversos meios de subsistência. Dessa forma, as pessoas são condicionadas a buscarem alternativas disponíveis em pleno século vigente, como é o caso da utilização do universo digital para prestações laborais. No entanto, é indispensável mencionar que os

investimentos em educação, trabalho, saúde e outros direitos fundamentais à pessoa humana têm sido negligenciados, embora a humanidade esteja se desenvolvendo bruscamente, em termos tecnológicos e científicos.

Percebe-se, assim, uma problemática de cunho político-social, que abrange inúmeros campos de estudos e discussões. Atrelado a isso, remonta-se e questiona-se a proposta da política de austeridade em detrimento do corte de gastos, em que os mais atingidos são justamente aqueles que mais carecem dos serviços públicos. Isso posto, indaga-se também sobre a tributação e os recursos que, teoricamente, deveriam ser destinados a toda a coletividade, a fim de que haja a proteção da equidade, da democracia e dos direitos iguais para todos.

Todavia, as precárias situações de emprego enfrentadas por tantos trabalhadores em todo o mundo são reflexos da desigualdade e da escassa e efetiva proteção aos direitos humanos. De fato, admite-se que as nuances do Direito do Trabalho buscam romper com esses impasses, corroborando para soluções, ainda que paulatinas, referentes aos direitos do trabalhador, enquanto cidadão e ser humano. Assim, concebe-se que há um constante desafio, porém, espera-se que cada sujeito social seja efetivamente protegido pelas instituições elencadas pelo Direito, em suas mais oriundas ramificações.

Perante o exposto, nos tópicos subsequentes, serão abordadas discussões concernentes ao fenômeno da uberização, que, de acordo com Oliveira (2021), representa o primeiro grupo da *Gig Economy*, discutida previamente.

3 A precarização do trabalho e o fenômeno da uberização

3.1 O reconhecimento da relação de emprego

As relações de trabalho constituem gênero do qual são espécies, dentre outras, a relação de emprego, regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, as relações de trabalho com o Estado, regidas por legislação própria e as relações de trabalho disciplinadas pelo Direito Comum (Código Civil, Código de Defesa do Consumidor etc.). Dito isso, todos os vínculos que pressupõem a prestação de serviços de uma parte a outra ensejam a caracterização de uma relação de trabalho, embora nem sempre configuram uma relação de emprego, a qual exige a presença de alguns requisitos específicos previstos no art. 3º, da CLT, quais sejam a

personalidade, a subordinação, a onerosidade e a habitualidade.

Assim, considerando que o ramo do Direito do Trabalho possui como função primeira a suavização da desigualdade de poder existente entre empregado e empregador, visando à estabilização do vínculo entre eles firmado, mostra-se essencial a verificação de elementos que permitam a identificação da relação de emprego em face das demais, tendo em vista que somente àquela serão destinadas as proteções trazidas pela legislação trabalhista. Nesse sentido, lecionam Jorge Neto e Cavalcante (2019, p. 225):

As normas jurídicas do Direito Individual do Trabalho protegem os interesses privados, privilegiando os dos trabalhadores e, de forma secundária, os dos empregadores. É a influência do princípio protetor nas relações jurídico-trabalhistas, na medida em que o Direito do Trabalho visa tratar de modo desigual os que são desiguais economicamente, atenuando, assim, os antagonismos reais da relação capital versus trabalho.

Com esse fim, dentre os diversos princípios norteadores do Direito do Trabalho, a primazia da realidade figura enquanto um dos diferenciais desta área, determinando que os fatos ocorridos se sobrepõem a eventuais documentos destinados à formalização da relação trabalhista quando estes não condizem com a realidade, de forma que, caso reste comprovada a existência dos pressupostos configuradores do vínculo de emprego, constituída está a relação empregatícia, sendo devido pelo empregador o pagamento de todas as verbas previstas em lei, mesmo que outra seja a nomenclatura inicialmente utilizada pelas partes.

Sobre este tema, Maurício Godinho (2019, p. 208) ensina que:

O princípio do contrato realidade autoriza, assim, por exemplo, a descaracterização de uma pactuada relação civil de prestação de serviços, desde que no cumprimento do contrato despontem, concretamente, todos os elementos fático-jurídicos da relação de emprego (trabalho por pessoa física, com personalidade, não eventualidade, onerosidade e sob subordinação). O princípio da primazia da realidade sobre a forma constitui-se em poderoso instrumento para a pesquisa e encontro da verdade real em uma situação de litígio trabalhista.

Não obstante a modernização das relações compreenda inúmeros benefícios à humanidade, proporcionando ganhos relativos à saúde, qualidade de vida, desenvolvimento científico e industrial, seus impactos sobre a relação de emprego têm se mostrado um tema urgente e necessário no cenário brasileiro, sendo o que se pretende analisar a seguir.

3.2 Flexibilização versus precarização do emprego

A partir das revoluções industriais e do surgimento de novas tecnologias, conforme já tratado anteriormente, o mercado de trabalho foi submetido a drásticas mudanças que consolidaram o que hoje se convencionou chamar de flexibilização do Direito do Trabalho. Sob o prisma da globalização e da necessidade do país em crescer economicamente a fim de melhor se posicionar no cenário mundial, a rígida estrutura apresentada pelo direito trabalhista, enxergada anteriormente como sinônimo de segurança pela população, passou a ser vista enquanto um entrave à entrada de investidores no país em razão da burocracia para contratação de mão de obra e dos altos custos para manutenção dos empregados.

Nesse ínterim, grandes alterações legislativas foram empreendidas como meio de se alcançar a flexibilização das garantias trabalhistas, visando à criação de um cenário mais atrativo às grandes empresas, do que se tem como principal exemplo a reforma trabalhista, instrumentalizada pela Lei 13.467/17.

Em que pese serem passíveis de crítica as alterações promovidas pela referida lei, admite-se que, em sua maioria, as mesmas consistiram em medidas de flexibilização do emprego, as quais não necessariamente dariam causa a precarização do vínculo empregatício, desde que postas em prática sob o panorama dos princípios do Direito do Trabalho e das orientações doutrinárias e jurisprudenciais voltadas à proteção do trabalhador.

Diante disso, depreende-se que a flexibilização do direito trabalhista, visando à atualização do ordenamento em face das novas tecnologias, não representa necessariamente um risco à relação de emprego, embora não se possa dizer o mesmo da precarização decorrente da adoção indiscriminada e não regulamentada de novas formas de prestação de serviço, notadamente através das plataformas digitais.

3.3 A uberização enquanto fator precarizante das relações trabalhistas

O cenário acima retratado, marcado pelo surgimento das novas relações trabalhistas, regidas pela lógica da flexibilidade e da autonomia do empregado, ensejou profundas mudanças relacionadas ao reconhecimento da relação de emprego. Nesse contexto, os requisitos para configuração do vínculo empregatício restaram em certa medida fragilizados ante o advento

de novas tecnologias, em especial as plataformas digitais, dando azo ao surgimento do fenômeno que se convencionou chamar de uberização do trabalho, em referência à empresa multinacional Uber, precursora da patente plataformização do trabalho.

Em que pesem os inúmeros avanços trazidos pelas novas tecnologias, dentre as quais se destacam as plataformas digitais de transporte, de *delivery* no setor alimentício e do setor hoteleiro, a carência de normas no ordenamento jurídico pátrio aptas à regulamentarem as relações estabelecidas neste cenário configura um óbice à proteção do empregado em conformidade com o panorama pretendido pelas leis trabalhistas vigentes no país, o que tem ensejado a crescente precarização do emprego.

A proteção do empregado enquanto polo hipossuficiente da relação empregatícia tornou-se, então, uma medida ainda mais urgente, uma vez que a suposta autonomia a ele concedida é, não raro, utilizada pelo empregador como pretexto para mascarar o vínculo existente sob outras nomenclaturas, como é o caso dos motoristas da Uber, que são chamados “parceiros” e nada mais fazem que prestar serviços à empresa, aparentemente com habitualidade, subordinação, onerosidade e pessoalidade.

Diante de tal conjuntura, é essencial destacar que, embora não se possa dizer que ocorra com a totalidade dos motoristas de aplicativo, à grande maioria de tal classe trabalhadora não foi dada qualquer opção em se submeter ou não às condições impostas pela empresa mediadora, uma vez que, em razão da crise econômica enfrentada pelo país, as oportunidades de emprego se viram cada vez mais escassas.

Isto posto, verifica-se que a citada economia de compartilhamento possui como princípio a ideia de que a empresa e seus parceiros supostamente dividiriam os lucros e benefícios decorrentes da integração entre suas prestações (o trabalho por parte do motorista e a plataforma que o possibilitou encontrar o cliente por parte da empresa). No entanto, conforme já aludido, a precarização advinda de tal realidade, dada a insuficiência das leis em regulamentá-las, impossibilita ao empregado o livre exercício de sua autonomia e configura o abuso por parte da empresa contratante.

À vista disso, emerge, dentre outros conflitos, a necessidade de se definir, primeiramente, se a constituição da relação de emprego se dá de forma obrigatória, caso verificados os requisitos legais, ou se cabe às partes, empregado e empregador, decidirem pela maneira como desejam pactuar a relação trabalhista, a partir da configuração ou não da relação de emprego.

Superada tal questão, caso se conclua pela facultatividade do vínculo empregatício, insta determinar se o trabalhador possui, no momento da contratação, a autonomia e a liberdade necessárias para que, em conjunto com o empregador, estabeleçam quais serão as condições de prestação do serviço.

3.3.1 Obrigatoriedade do vínculo de emprego

O reconhecimento da relação de emprego, como já aludido, depende da verificação dos pressupostos previstos pela Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 3º, independentemente da prática de qualquer ato formal por parte dos polos envolvidos. Nesse sentido, Jorge Neto e Cavalcante (2019, p. 247) afirmam, sobre a possibilidade de constituição tácita do contrato de trabalho, que “tácita é a constituição do contrato de trabalho sem a exteriorização da vontade. Surge o vínculo de forma espontânea, com a prática de atos que levam à caracterização do trabalho contínuo, subordinado e remunerado”.

A partir de tal ensinamento, verificada a possibilidade de constituição do vínculo empregatício sem manifestação expressa de vontade das partes, é mister o reconhecimento de sua obrigatoriedade quando presentes os pressupostos, de modo que não se deve facultar aos integrantes a opção pela constituição ou não da relação de emprego. Em outras palavras, constatada a prestação de serviços de forma pessoal, onerosa, habitual e subordinada, resta configurado o vínculo empregatício independentemente da vontade das partes envolvidas.

3.4 Dumping social e a necessidade de reconhecimento do vínculo de emprego

Diante de todo o panorama acima delineado, alguns apontamentos merecem ser realizados a fim de se verificar, no atual cenário, qual o caminho indicado para adequação do ordenamento jurídico pátrio ao surgimento das novas tecnologias diretamente vinculadas à prestação de serviços.

Primeiramente, embora se reconheça a insuficiência do direito em abarcar toda e qualquer inovação através da via legislativa, tanto em função da morosidade do sistema quanto da velocidade dos processos de modernização, mostra-se indispensável a regulamentação legal dos sistemas de plataformas digitais, mormente a fim de que os trabalhadores possam, em alguma medida, ser amparados legalmente frente ao empregador.

A Quarta Revolução Industrial, reforça-se, foi responsável pela introdução de diversas formas inovadoras de constituição do vínculo laboral, notadamente através de plataformas digitais, ensejando o surgimento do fenômeno chamado de uberização do trabalho.

Diante disso, a utilização de tais tecnologias como forma de mascarar a relação de emprego, atribuindo-a nome diverso com o fim de burlar a legislação pátria, tem trazido prejuízos incalculáveis à classe trabalhadora, que não mais tem feito jus ao recebimento de verbas tais como o descanso remunerado, as férias e seguro-desemprego, por exemplo.

Tal cenário, longe de configurar uma lesão a direitos exclusivamente individuais dos trabalhadores, caracteriza a violação massiva de direitos sociais através do descumprimento reiterado de direitos trabalhistas, o que se convencionou chamar de *dumping* social.

4 Considerações finais

O fenômeno da uberização impactou sobremaneira as circunstâncias relativas ao vínculo empregatício, fragilizando conceitos, antes bem sedimentados, e exigindo dos aplicadores da lei uma postura ativa em face das crescentes violações dos direitos trabalhistas. Com efeito, conforme abarcado nas discussões acima, essas e outras complexidades são consequências da Quarta Revolução Industrial, a qual tem impactado as mais diversas facetas da sociedade e, por assim dizer, também têm ocasionado mudanças nas relações trabalhistas.

Diante disso, não se pode admitir, ao menos em face da legislação vigente, que se afaste a configuração do vínculo empregatício em função da suposta autonomia do empregado em pactuar com uma empresa multinacional os termos de prestação de serviço que violam de forma evidente seus direitos fundamentais. De fato, este é um desafio enfrentado pelos operadores do Direito, mas que, especificamente, deve ser pauta de uma ação concreta dos Poderes estatais que regem as nações.

Isso posto, tal realidade, conforme vem sendo decidido pelos tribunais, denota a ocorrência do chamado *dumping* social, que enseja o dever de pagamento de indenização por parte da empresa violadora dos direitos trabalhistas. Nesta senda e, conforme ensejado nas reflexões previamente realizadas, a pessoa humana, em sua dignidade e prerrogativas, carece ser amparada pelas legislações. Os trabalhadores, por sua vez, ainda são vítimas de inúmeros abusos e violações de seus direitos, e, por essa razão,

necessitam da proteção legal, a fim de terem as suas garantias fundamentais asseguradas e protegidas.

Referências

ANTUNES, Ricardo. **Privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital**. São Paulo: Boitempo, 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília: Senado Federal, 1943.

CAMBRIDGE DICTIONARY. *Gig Economy*. Reino Unido: Cambridge University Press, 2022. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/gig-economy>. Acesso em: 26 abr. 2022.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **Relações trabalhistas no contexto da indústria 4.0**. Brasília: CNI, 2017.

LOUREIRO, Uriel Paranhos; FONSECA, Bruno Gomes Borges da. **Crowdwork e o trabalho on demand: a morfologia do trabalho no início do século XXI**. Jacarezinho: Argumenta Journal Law, 2020.

OLIVEIRA, Flora. A atividade legislativa sobre *Gig Economy* e sua importância para o mundo do trabalho pós pandemia. **Revista Espaço Acadêmico**. Maringá: UEM, 2021.

PERASSO, Valéria. **O que é a 4ª revolução industrial - e como ela deve afetar nossas vidas**. São Paulo: BBC Brasil, 2016.

PORTAL DA INDÚSTRIA. **Indústria 4.0: entenda seus conceitos e fundamentos**. Brasília: Portal da Indústria, 2022. Disponível em: https://docs.google.com/document/d/11qIGSd2dqs_yJgaaeZc8toDNrIOlrVTjVd63jlR0Y_8/edit. Acesso em: 24 abr. 2022.

VENTURI, Thaís G. Pascoaloto. **Os desafios da regulação e da resolução de conflitos gerados pelas GIG Economy Companies: o caso da Uber**. São Paulo: Migalhas, 2022.

Capítulo 18

POR UMA ADEQUADA COMPREENSÃO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Estevão Salomão Simões¹

Henrique Avelino Lana²

1 Introdução

Em agosto de 2018, o Brasil aprovou a lei n. 13.709/2018, a Lei Geral de Proteção de Dados, baseada no Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Européia (GDPR). A LGPD entrou em vigor em agosto de 2020. A LGPD impacta, de maneira significativa, todos os setores da economia.

A Lei 13.709/2018 possui como objetivo regulamentar o tratamento de dados pessoais pelas empresas, pois os dados pessoais ganharam grande importância na economia moderna, por permitirem fazer previsões, analisar perfis de consumo, opinião, entre outras atividades.

Estima-se que, atualmente, cerca de 130 países no mundo possuem leis para a proteção de dados pessoais, objetivando à regulamentação do tratamento de dados, evitando-se o mau uso destes, bem como a responsabilização por isso, bem como por incidentes e acidentes com dados pessoais.

A Lei 13.709/18, trouxe enormes avanços na regulação e garantia dos preceitos fundamentais elencados no campo da personalidade e da privacidade.

Prevê a LGPD que a disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos o respeito à privacidade; a autodeterminação informativa; a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; os direitos humanos, o livre

1 Estevão Salomão Simões. Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Monitor da disciplina Processo Civil.

2 Henrique Avelino Lana Advogado. Especialista, Mestre e Doutor em Direito. Pós Doutorado em Direito Empresarial. Professor na PUC/MG.

desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

As discussões sobre a necessidade de garantir a proteção as informações individuais surgem logo após a compreensão do avanço trazido pela internet.

Na esfera penal, tais necessidades culminaram no surgimento da Lei 12.737/12, onde, tipificou-se os chamados delitos cibernéticos.

Noutra seara, após, adveio o Decreto Lei 7.962/13, que regulou o comércio eletrônico na esfera do direito do consumidor, em sequência, surge o marco civil da internet, regulado pela Lei 12.965/14, que buscou regulamentar a convivência virtual, através de regras para o trânsito de informações pela internet.

Pois bem, as inovações alcançadas pelo avanço tecnológico, bem como seus benefícios e possibilidades de exploração, demandam atenção pelo cuidado jurídico exigido em meio a inúmeras transformações.

Assim, com tais dinâmicas, surgiu-se a necessidade do Estado colocar sob sua tutela alguns cuidados sobre o uso e transmissão dos dados, que, em uma sociedade cada vez mais conectada, assume um potencial exponencial de possibilidades para aplicações, no âmbito econômico, penal, social e judicial.

Posto isto, o presente estudo, por meio de pesquisas bibliográficas, busca compreender conceitos básicos necessários para aplicabilidade e compreensão dos impactos econômicos, e sociais da Lei 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados).

2 Fundamentos da LGPD

2.1 Informação

Em um contexto social cada dia mais globalizado e conectado, o uso e transmissão de informações se torna essencial para o pleno funcionamento e manutenção da própria vida em sociedade.

A informação, por sua vez, sempre assumiu um papel decisivo na tomada de decisões, em quaisquer aspectos da vida humana.

Na sociedade, se torna imprescindível nas relações humanas, desde as mais básicas como atravessar uma rua, até as mais complexas como questões econômicas de um país, ou até mesmo na defesa do território

nacional. Mas, questão chave se impõe, o que é informação?

Em uma primeira explicação, o dicionário define a palavra informação em “tomar conhecimento, conhecer.”

No entanto, em uma análise mais aprofundada, informação pode ser entendida como a troca de entendimentos humanos por meio da codificação e decodificação de símbolos, que, após compartilhados, se torna conhecimento, registrado e passível de ser compartilhado. Podemos considerar que “a informação não é um elemento observável puro, mas um construto teórico. É um dado interpretado” (Capurro, Rafael e Hjørland, Birger, 2007)

No aspecto legal, a lei 12.527/11, em seu art. 4º, I, define informação como sendo: “dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato;”.

No entanto, mesmo com estas definições, os conceitos de informação ainda assim se mostram abstratos quando tratamos sobre seu uso e seu potencial, econômico, jurídico e social. Nesta abstração, é que se mostra ainda mais a necessidade de preocupação no uso, compartilhamento e estudo da informação.

“Scientia potentia est” (Thomas Hobbes), ou Informação é poder, esta afirmativa é confirmada desde os primórdios da humanidade. Com ela, é que se possibilita tomar decisões e formas estratégias que encaminham para uma solução em momentos de crises.

Logo, quando unimos o uso de informação com as relações de poder (FOUCAULT, 1997), nos tornamos suscetíveis à episódios de manipulações até mesmo na ordem democrática de diversos países, assim como às manobras realizadas por empresas para oferecimento de seus produtos e criação de mercados consumidores.

Prevê a LGPD que o tratamento é toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

Daí, decorre a necessidade de o Estado tutelar o uso e compartilhamento da informação, mas frisa-se, que tal necessidade, em nada se relaciona com a censura de informação, e sim, na tutela de resguardar o consentimento individual de cada pessoa permitir o que deve

ser compartilhado a seu respeito.

2.2 Privacidade

A LGPD dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos o respeito à privacidade.

Toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, prevê o direito à privacidade como sendo inviolável, veja-se:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Pois bem, o direito à privacidade, se reflete na proteção da vida íntima, de modo que as informações sobre determinado indivíduo circulem somente em meio à sua vida privada.

Aqui, podemos ilustrar a privacidade individual como sendo o “espaço” psicológico que o indivíduo possui para processar as informações que culminam com seu modo de pensar, agir e conviver em sociedade, de modo que tais informações influenciem somente no âmbito individual do ser.

A privacidade, assim, decorre naturalmente do direito à liberdade, que em seu sentido mais amplo, abarca a liberdade de pensamento, assegurada também por nossa Carta Magna:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão

qualquer **restrição**, observado o disposto nesta Constituição.

Quando da liberdade, o termo “restrição” pode ser abarcado no âmbito da privacidade, tendo em vista sua estreita relação entre liberdade do pensamento. Ocorre que a manifestação do pensamento acontece em primeira linha no âmbito individual do ser, que a partir da liberdade de acesso às informações, possui seu próprio “espaço” delimitado para organização dessas informações, sem influência de coações externas que visem alterar suas percepções das informações recebidas.

Pois bem, os conceitos de privacidade podem abarcar amplas discussões sobre seus limites, bem como sobre sua origem. No entanto, é tida como estritamente necessária no desenvolvimento humano, tanto individual quanto coletivo.

Fato é, que o direito à privacidade acompanha o próprio direito à liberdade, que apesar de ambos terem conceitos abstratos, são irrenunciáveis perante o desenvolvimento individual e social.

2.3 Autodeterminação informativa

A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos a autodeterminação informativa.

Um dos principais pontos no tocante as legislações que visam o tratamento de dados pessoais, a autodeterminação informativa, trata do poder de escolha do titular dos dados, onde, a este deve ser informado sobre todo o processo e finalidade pelos quais seus dados passarão, bem como sobre quais dados serão submetidos a tratamento.

Este princípio se alinha diretamente com o princípio básico da liberdade, no tocante a escolha sobre a destinação de informações pessoais.

Pode-se entender tal princípio, sobre três aspectos: Decisão, Condição e Teor. Nestes quesitos, a legislação europeia elucida em seu regulamento (UE) 2016/679 quanto a decisão sendo:

Uma manifestação de vontade, livre, específica, informada e explícita, pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento;

Quanto a condição,

uma operação ou um conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais ou sobre conjuntos de dados pessoais, por meios automatizados ou não automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a

estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição;

Por fim, quanto ao teor, este tido como um ponto complexo de classificação, pois exige uma compreensão das categorias de dados, tipos de tratamento e compartilhamento pelos quais estes dados poderão ser submetidos. Dados pessoais, são endo qualquer informação, que, de qualquer modo, possibilite a identificação de uma pessoa natural.

Alguns exemplos de tipo de informação onde estes são encontrados: nome, CPF, gênero, data e local de nascimento, telefone, endereço residencial, fotografias, prontuário de saúde, dados bancários, hábitos de consumo, endereço de IP (Protocolo da Internet) e cookies.

Genéticos, bem resume, o art. 2º da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, como sendo: “informações relativas às características hereditárias dos indivíduos, obtidas pela análise de ácidos nucleicos ou por outras análises científicas”.

Englobam, assim, os dados biométricos, tidos como uma característica pessoal de identificação única. Dados relativos à saúde, como qualquer dado que possibilite a identificação de um indivíduo inferindo sua condição de saúde.

Interessante ressaltar, que no quesito de qualificação e identificação destes dados, podem ser englobados aqueles que de algum modo, dentro de determinado contexto, possibilitem qualquer tipo de previsão sobre a saúde de um determinado indivíduo, como por exemplo: Frequência de atividade física, padrões de consumo e alimentação, bem como histórico genético familiar.

No que se refere a classificação, é importante ressaltar que determinados dados possuem características múltiplas. Neste tocante, tem-se a qualidade de dados sensíveis e anonimizados.

Dados sensíveis, são aqueles que as informações que contenham dados pessoais, genéticos, relativos à saúde, bem como aqueles que se refiram às manifestações filosóficas, políticas, étnicas e raciais, possibilitem a identificação de determinado indivíduo. Nesse sentido:

[...] que o dado somente é considerado anonimizado se não permitir que, por meios técnicos ou outros, seja reconstruído o caminho para revelar quem é o(a) titular do dado. Se a identificação ocorrer, não se tratará de dado anonimizado, mas sim de dado pseudonimizado, e estará sujeito à LGPD. (Ministério da Cidadania, 2021).

Dado anonimizado, é o dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento.

Logo, dado anonimizado é aquele que, originariamente, era relativo a uma pessoa, mas que passou por etapas que garantiram a desvinculação dele a essa pessoa.

Vale frisar que um dado só é considerado efetivamente anonimizado se não permitir que, via meios técnicos e outros, se reconstrua o caminho para “descobrir” quem era a pessoa titular do dado.

Se de alguma forma a identificação ocorrer, então ele não é, de fato, um dado anonimizado e sim, apenas, um dado pseudonimizado e estará, então, sujeito à LGPD.

Dados anonimizados são essenciais para o crescimento da inteligência artificial, da internet das coisas, do aprendizado das máquinas, das cidades Inteligentes, da análise de comportamentos, entre outros.

É adequado que uma organização, pública ou privada, realize a anonimização de dados pessoais, pois isso aperfeiçoa a segurança da informação na organização e gera, assim, mais confiança em seus serviços e para seus públicos.

A antítese do conceito de dado pessoal seria um dado anônimo, ou seja, aquele que é incapaz de revelar a identidade de uma pessoa. Diante do próprio significado do termo, anônimo seria aquele que não tem nome nem rosto (HOUAISS; VILLAR, 2009, p. 140).

Essa inaptidão pode ser fruto de um processo pelo qual é quebrado o vínculo entre o(s) dado(s) e seu(s) respectivo(s) titular(es), o que é chamado de anonimização (DONEDA, 2006, p. 44).

Esse processo pode se valer de diferentes técnicas que buscam eliminar tais elementos identificadores de uma base de dados (COUNCIL OF EUROPE, 2018), variando entre: a) supressão; b) generalização; c) randomização e; d) pseudoanonimização.

.4 Liberdade 2de expressão de informação, de comunicação e de opinião

A liberdade de expressão, elencada no rol de direitos humanos básicos, garante a livre manifestação do pensamento, sem censura e/ou represálias por razão do pensamento manifestado.

Porém, na formação do pensamento, o indivíduo é exposto a diversos tipos de informação durante sua vida e em todos os aspectos de seu dia a dia, seja no trabalho, em sua formação acadêmica e até mesmo no campo da religiosidade.

As informações recebidas que formarão e influenciarão sua forma de pensar e até mesmo de agir mediante as perspectivas que obtém ao seu redor. Consequentemente, suas manifestações serão influenciadas por estas perspectivas.

Nesta seara, o cuidado na defesa da liberdade das informações difundidas, se refletem diretamente na liberdade de exercício do próprio pensamento. Dada sua importância, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art. 19, elenca de forma objetiva:

Art. 19. Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Assim, o uso do termo “sem interferência”, reforça a necessidade da criação de um ambiente de compartilhamento de informações fiel à liberdade de pensamento, sem ferramentas e terceiros que manipulem estas informações em prol de benefício próprio.

Prevê a LGPD que “Os agentes de tratamento ou qualquer outra pessoa que intervenha em uma das fases do tratamento obriga-se a garantir a segurança da informação prevista nesta Lei em relação aos dados pessoais, mesmo após o seu término”.

2.5 Desenvolvimento econômico, tecnológico e a inovação

Prevê a LGPD que a disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamento o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação.

O desenvolvimento tecnológico mudou a forma como enxergamos determinados produtos e/ou serviços.

Com o advento da internet, a circulação de bens e serviços assumiram outros formatos, bens que antes necessitavam de formas palpáveis para sua circulação, passaram a se apresentar em formatos 100% digitais, a título de exemplo, a produção musical, literária, cinematográfica, dentre outros diversos serviços de entretenimento.

Com esta transformação, o valor econômico passou a se concentrar

quase exclusivamente em códigos binários, distribuídos e organizados pela rede mundial de computadores.

Tal transformação, representa a chamada quarta revolução industrial (Klaus Schwab, 2016), nela, toda a economia global se transforma na chamada economia de dados (Gustavo Arce, 2014), assim, quando analisamos as maiores indústrias do mundo, percebemos o fenômeno conhecido por “*data is the new oil*” (Clive Humby), alterando as fontes de riqueza, que antes tidas pela influência e quantidade de extração do petróleo, hoje se tem como a quantidade e capacidade de processamento de dados.

Segundo levantamento da Kantar Brandz (2022), 7, das 10 marcas mais valiosas do mundo, possuem seu modelo de negócios estruturalmente vinculados a informação e a tecnologia, comprovando o domínio proeminente da era da informação sobre a economia global.

Pois bem, com tais considerações, pode-se notar que a proteção de dados se vincula intimamente à proteção de toda a ordem econômica.

Além de garantir o desenvolvimento social através da inovação e do desenvolvimento de novas tecnologias, que possibilitem a manutenção da vida, a proteção do meio ambiente e o desenvolvimento social.

2.6 A livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor

A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamento a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor.

Como demonstrado no item anterior, a ordem econômica está intrinsicamente vinculada aos princípios do direito empresarial, de modo que a proteção de dados se mostra necessária no exercício das atividades comerciais.

Duas vertentes se estendem através das determinações da Lei 13.709/18.

A primeira, no tocante a aplicação perante as entidades tratadoras de dados que envolvam fins econômicos, a segunda, referente aos titulares dos dados, de forma que a liberdade econômica acompanhe a liberdade individual.

Neste aspecto, as necessidades do primeiro grupo, são limitadas por meio dos princípios da livre concorrência, onde a cooperação para com a observação desta, sob a ótica da boa-fé, ocorre na lealdade à ética,

necessária perante a obtenção dos dados.

Quanto aos titulares, a manifestação de vontade na disposição de seus dados, deve ocorrer expressamente, mostrando-se como uma barreira perante a obtenção e uso abusivo desses dados da vertente mais vulnerável.

O legislador optou por incluir como fundamentos da LGPD importantes matérias constitucionais, uma vez que a livre iniciativa é fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, da CF), enquanto a livre concorrência e a defesa do consumidor são princípios da ordem econômica (art. 170, caput e I, da CF).

Demonstra-se a plena aplicabilidade das normas de proteção dos dados pessoais com o desenvolvimento econômico do país, bem como seu caráter complementar às demais normas pátrias.

Trata-se de norma que serve, assim, para concretizar os fundamentos da República e princípios da ordem econômica, garantindo a proteção dos dados pessoais em seu desenvolvimento.

2.7 Os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais

Prevê a LGPD que a disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamento os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Sob a tutela da CRFB/88, a liberdade é fator basilar na compreensão dos direitos humanos, decorre dela toda a ação necessária para o desenvolvimento individual. Elenca-se juntamente, a liberdade de expressão, de opinião e de desenvolvimento do pensamento.

As normas que tutelam a proteção de dados, estruturam a garantia desses pilares, da forma que, a construção da personalidade, decorre da composição essencialmente social (Vigotski, 1991).

É dizer, que o desenvolvimento do ser individual está intimamente ligado as informações que ele recebe em seu meio, no contexto em que o indivíduo se encontra.

Desta forma, como exposto, o poder dos dados assume protagonismo ímpar, até mesmo sob questões individuais que afetam toda a coletividade, trazendo consequências para o cidadania, de forma a fortalecer ou alienar seu exercício.

Os fundamentos expostos na LGPD denotam a preocupação do

legislador em garantir os objetivos traçados no artigo primeiro da lei, isto é, a proteção dos direitos fundamentais à liberdade e à privacidade e a livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Ao tratar os direitos humanos como fundamento da LGPD, vê-se que o legislador ampliou a proteção do titular dos dados pessoais para além dos direitos da personalidade, especialmente reafirmando a proteção à liberdade, que é um dos objetivos expressos da lei.

Como se sabe a dignidade e a cidadania são fundamentos da República Federativa do Brasil, também reafirmados pela LGPD.

Portanto, o último fundamento elencado no art. 2º da Lei Geral de Proteção de Dados expõe alguns dos fundamentos anteriormente expostos e os amplia, demonstrando, mais uma vez, o caráter protetivo da norma em favor do titular de dados pessoais com vistas a atingir os objetivos da lei.

3 Considerações finais

Não se pretendeu esgotar o tema nestas linhas, as quais são escritas de forma acadêmica e construtiva.

Prevê a LGPD que a disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos o respeito à privacidade; a autodeterminação informativa; a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Viu-se que o protagonismo que o poder da informação apresenta no atual contexto, tanto econômico quanto social, deve acompanhar os princípios basilares de direitos humanos, de igual forma que a sociedade precede o desenvolvimento tecnológico. É dizer que, o poder da informação, não deve suprimir o direito à liberdade.

Neste panorama, a lei geral de proteção de dados, assume papel fundamental no equilíbrio desta balança, ao estabelecer diretrizes e procedimentos necessários no tratamento dos dados e possibilitar o livre desenvolvimento.

Referências

SIMON, IMRE. **O QUE É INFORMAÇÃO? COMO ELA AGE?.** NOTAS DA AULA DE 11/05/99 E 14/05/99. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://WWW.IME.USP.BR/~IS/DDT/MAC333/AULAS/TEMA-11-24MAI99.HTML](https://www.ime.usp.br/~is/DDT/MAC333/AULAS/TEMA-11-24MAI99.HTML). ACESSO EM: 15 SET. 2022.

BRASIL. **Lei Nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm Acesso em: 15 set de 2022.

BRASIL. **Lei Nº 13.853, de 8 de julho de 2019.** Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13853.htm#art1. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. [S. l.], 18 nov. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 15 set. 2022.

CAPURRO, Rafael e Hjørland, Birger: **O conceito de informação.** Perspectivas em Ciência da Informação 2007, v. 12, n. 1, pp. 148-207. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1413-99362007000100012>. Acesso em 20 Set. 2022.

MENDES, Laura Schertel Ferreira: **Autodeterminação informativa: a história de um conceito.** Pensar, Fortaleza, v. 25, n. 4, p. 1-18, out./dez. 2020. Disponível em: Autodeterminação informativa: a história de um conceito.. Acesso em: 22 set. 2022.

FILHO, Ilton Norberto Robl: **Direito, Intimidade e Vida Privada: Uma perspectiva histórico-política para uma delimitação contemporânea.** Revista Eletrônica do CEJUR, v. 1, n. 1, ago./dez. 2006. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/cejur/article/view/14841>. Acesso em: 25 set. 2022.

SILVEIRA, Henrique Flávio Rodrigues: **Um estudo do poder na sociedade da informação.** 2000, v. 29, n 3, p. 79-90. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ci/a/J7gpDbB67VckK8rYdG3p7Cj/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 18 set.

2022.

MARTINS, Lígia Márcia. **A natureza histórico-social da personalidade**. Cadernos CEDES [online]. 2004, v. 24, n. 62, pp. 82-99. Epub 03 Jun 2004. ISSN 1678-7110. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0101-32622004000100006>. Acesso em: 12 out. 2022.

COUNCIL OF EUROPE. Handbook on European data protection law. Luxemburgo: **Publications Office of the Europe Union**, 2018. Disponível em: <http://bit.ly/30OT26d>. Acesso em: 20 jan. 2020.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

PARLAMENTO EUROPEU E O CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **REGULAMENTO (UE) 2016/679 25 de maio de 2018**. Bruxelas: Jornal Oficial da União Europeia, 27 abr. 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>. Acesso em: 12 out. 2022. Gov.br. Classificação dos Dados. Disponível em: <https://www.gov.br/cidadania/pt-br/acesso-a-informacao/lgpd/classificacao-dos-dados>. Acesso em 12 out 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA DIVISÃO DE ÉTICA DAS CIÊNCIAS E TECNOLOGIAS SECTOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS (Portugal). **Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos**. Portugal, 16 out. 2003. Disponível em: https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_genericos.pdf. Acesso em: 15 out. 2022.

LARGHI, Nathália; VALOR INVESTE (São Paulo). Veja o ranking das empresas mais valiosas do mundo (e saiba quem é a única latino-americana): Pesquisa ‘Marcas mundiais mais valiosas do Kantar BrandZ’ mostra as 100 marcas de maior valor. **Valor Investe**, São Paulo, p. 1-1, 15 jun. 2022. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/mercados/renda-variavel/empresas/noticia/2022/06/15/veja-o-ranking-das-empresas-mais-valiosas-do-mundo-e-saiba-quem-e-a-unica-latino-americana.ghtml>. Acesso em: 15 out. 2022.

Capítulo 19

A IMPORTÂNCIA DA TOMADA DE DECISÃO EM UM MUNDO DE ALTA COMPETITIVIDADE ORGANIZACIONAL

Augusta Isabel Junqueira Fagundes¹

Lilianny Garcia de Andrade²

1 Introdução

Nesse mundo altamente incerto e complexo para sobreviver é preciso aumentar a produtividade, melhorar a qualidade dos produtos e/ou serviços, maximizar o desempenho dos colaboradores, ter uma relação positiva com os clientes, um bom controle interno, novas estratégias e, principalmente, melhorias no acesso às informações. Sem isso, qualquer decisão poderá ter efeitos devastadores sobre a organização. Por isso, é muito importante aprimorar as técnicas e criar planos de ações mais coerentes para que a tomada de decisão não afete a estrutura organizacional.

A tomada de decisão está presente no âmbito pessoal e profissional das pessoas, porém, em uma organização, existem paradigmas complexos, sendo importante o uso de sistemas integrados de gerenciamento das informações de dados que forneçam o devido apoio às decisões para o bom desempenho organizacional.

Este artigo teve como origem as seguintes questões de pesquisa: Qual é a importância da tomada de decisões para a rotina organizacional? Como a análise de negócios e de dados pode contribuir para gerar informações relevantes para uma boa decisão? Qual é o papel da cadeia de valores na tomada de decisão? Como os sistemas integrados podem ajudar na gestão organizacional?

Para desenvolver esse *paper*, utilizou-se da pesquisa bibliográfica. Conforme Cervo; Bervian (2002), a pesquisa bibliográfica visa explicar um problema tendo como base as referências publicadas por outros

1 Doutora em Ciência Jurídicas e Sociais – E-mail: profaugusta@terra.com.br

2 Mestranda em Gestão e Cuidados da Saúde - E-mail: lyly.g.a@hotmail.com

autores. Ela busca conhecer e analisar as contribuições culturais ou científicas publicadas anteriormente com a utilização da leitura de artigos de diferentes bases de dados através dos seguintes descritores: tomada de decisão, sistemas de gerenciamento, análise do negócio e de dados.

Ele tem como objetivo geral mostrar a importância do gestor tomar uma decisão objetiva, baseada em informações consistentes e reais. E como objetivos específicos: discorrer sobre o processo de tomada de decisão, apresentar a relevância das análises de negócios e de dados; explicar o que é cadeia de valores e como o desempenho de uma empresa depende da sua capacidade de criar valores para suas atividades e, por fim, mostrar como os sistemas integrados de gestão, como o ERP, auxiliam na tomada de decisão dos gestores trazendo inúmeros benefícios para a organização.

Espera-se assim, contribuir para o melhor entendimento da importância da tomada de decisão para o futuro de qualquer organização, ainda mais em um mundo VUCA³ e/ou BANI⁴, como é o atual.

2 Decisão e tomada de decisão

Do latim *decisão*, a decisão corresponde a “ação ou efeito de decidir; determinação. Resolução que se toma após deliberação; sentença ou juízo. Tudo aquilo que se resolveu acerca de alguma coisa; deliberação. Habilidade para chegar a uma conclusão ou resolver algum problema sem indecisão; coragem ou firmeza” (DICIO, 2022).⁵

Abramczuk (2009, p. 27) define-a como:

[...] Ato ou efeito de decidir. Decidir significa escolher uma dentre várias alternativas de ação que se oferecem para alcançar determinado propósito e renunciar a todas as outras. Toda decisão é, portanto, um processo que envolve simultaneamente escolha e renúncia.

Quando falamos em tomar uma decisão significa que o indivíduo fará uma escolha entre diferentes caminhos, situações ou oportunidades. Por sua vez, Gomes e Gomes (2012) afirmam que uma decisão deve ser tomada quando se está diante de um problema que possui mais de uma alternativa para sua solução. Essa escolha poderá trazer consequências diversas para a sua vida pessoal ou profissional. No caso das organizações

3 Mundo volatilidade (volatility), incerteza (uncertainty), complexidade (complexity) e ambiguidade (ambiguity)

4 Mundo frágil (brittle), Ansioso (Anxious), não linear (Nonlinear) e incompreensível (Incomprehensible)

5 Dicionário Online de Português

essa escolha impactará nos resultados esperados e na concretização dos objetivos e metas da empresa.

Quando se fala em “tomada de decisão” significa uma ação que inicia ou coloca fim a uma situação resultando, na maioria das vezes, em uma mudança de *status*. A tomada de decisão origina-se de um processo mental-cognitivo, que envolve a escolha de um caminho a seguir, por mais fácil ou complexa que seja. Por isso ela está sempre atrelada a momentos de reflexão, a troca de experiências, análises, diagnósticos e, também, ao uso de recursos e metodologias, para que a escolha seja a mais acertada possível. No âmbito das empresas, definir estratégias, metas de negócio, como simplificar operações, diminuir gastos, são exemplos das muitas situações que dependem de decisões para se concretizarem.

Nos dias atuais, as organizações estão presentes em um mercado globalizado cada vez mais competitivo, buscando reduzir perdas e aumentar ganhos, por meio de tomadas de decisões rápidas, corretas e abrangentes. Entretanto isso nem sempre é fácil de ocorrer. Frequentemente, as organizações se deparam com problemas relacionados a tomada de decisões (SHIMIZU, 2001) em razão da existência de diversas falhas informacionais. Dentre as mais comuns, estão fluxos de informações incorretos; desconhecimento da informação nas tomadas de decisão rotineiras; baixa capacidade na utilização das tecnologias de informação; insegurança e imprecisão nas decisões; e administração inadequada perante um amplo conteúdo informacional quando se necessita de decisões ágeis, ocasionando estresse e ansiedade no gestor (CÂNDIDO, VALENTIM E CONTANI, 2005). Ou seja, em uma organização, os problemas são amplos e complexos, envolvendo riscos e incertezas e ocorrendo em diferentes níveis funcionais, logo, o processo de decisão deve ser estruturado e resolvido de maneira formal, detalhada, consistente e transparente.

Decisões equivocadas, erradas, aleatórias, baseadas na suposição, não estruturadas e realizadas sem o devido planejamento geram prejuízos e impedem o crescimento, a expansão e o sucesso de uma organização.

A tomada de decisão precisa de um processo, que inicie com a análise do negócio, trabalhe a informação (qualitativamente e quantitativamente) e transforme tudo em conhecimento.

De acordo com Shimizu (2001), a tomada de decisão é uma tarefa trabalhosa e complexa, pois é necessário estruturá-la a um problema de decisão – que pode ser do tipo estruturado, semiestruturado ou não estruturado – e a um nível de decisão – estratégico, tático ou operacional

—, a fim de fazer a escolha apropriada. Todavia, é muito importante ter prudência, bom senso e realizar um diagnóstico minucioso dos riscos, para minimizar as suas consequências e impactos no dia a dia da organização.

No processo de trabalho, a tomada de decisão é considerada a função que caracteriza o desempenho da gerência. Independentemente do aspecto da decisão, esta atitude deve ser fruto de um processo sistematizado, que envolve o estudo do problema a partir de um levantamento de dados, produção de informação, estabelecimento de propostas de soluções, escolha da decisão, viabilização e implementação da decisão e análise dos resultados obtidos (GUIMARÃES; ÉVORA, 2004, p. 74)

Para realizá-lo é importante seguir alguns passos para que a tomada de decisão seja eficiente, eficaz e efetiva. São eles: identificação do problema; análise dos possíveis caminhos a serem seguidos; avaliação e seleção das alternativas; implementação da opção escolhida através do seu planejamento estratégico e avaliação dos resultados e/ou impactos da decisão.

O planejamento deve ser a primeira das práticas administrativas, pois é ela que determina antecipadamente quais são os objetivos a serem atingidos e como alcançá-los (CHIAVENATO, 2004).

Após todos esses passos é importante tomar a decisão, que dependerá de diferentes elementos como o conhecimento, habilidades, experiência, recursos a disposição. Nos dias atuais, as decisões são tomadas sob diversas condições (certeza, incerteza e de risco). Por isso, é preciso realizar uma análise inteligente e cuidadosa da empresa, de seus dados e informações ambientais (macro e micro).

3 Análise de negócios e de dados

As organizações e instituições, de todos os portes e segmentos, enfrentam mudanças que acabam gerando situações que impactam a produtividade e os resultados organizacionais. Por isso, é preciso saber identificar a boa informação, coletar dados de diversas naturezas e saber filtrá-los optando por aquela informação ou dado que seja, de fato, relevante para o planejamento estratégico e tomada de decisão ágil e precisa frente a todas as transformações que estão ocorrendo. Para que isso ocorra de forma eficiente temos a análise de negócios e de dados que podem ser utilizadas de forma qualitativa ou quantitativa.

A análise de negócios se destaca pelas suas contribuições aos diferentes tipos de organização, pois funciona como um diagnóstico

amplo que identifica quais são as principais necessidades, limitações, potencialidades e oportunidades de uma empresa, de forma a promover e facilitar as mudanças e trazer soluções para proporcionar valor a todos os interessados (*stakeholders*). Ela tem por objetivo impulsionar a empresa para um crescimento planejado e estratégico, sendo importante para que as organizações possam cumprir bem sua função na sociedade. Afinal, a análise tem por objetivo identificar os diferenciais que o negócio possui e sempre gerar valor para o cliente final.

Outro elemento relevante para a tomada de decisão é a análise de dados. De acordo com Nascimento (2017, p. 1), “o crescimento de uma empresa e o desenvolvimento dos negócios dependem da disponibilidade de informação de qualidade”. A análise de dados nada mais é do que transformar os dados internos e externos obtidos em informações úteis e valiosas para potencializar o crescimento da organização. Seu principal objetivo é municiar os gestores de informações e dados adequados para que eles possam tomar decisões mais ágeis, confiáveis e assertivas.

Todavia, com o volume de informações gerados pelas novas tecnologias, o gestor pode ficar sem ação ou tomar um caminho errado. Segundo a SiliconANGLE (CASARETTO, 2013), em 2014, 75% das empresas desperdiçavam em média 14% da receita com dados incorretos. Por isso, para uma organização coletar dados, organizá-los e saber utilizar em prol do seu crescimento e sucesso é fundamental.

Para evitar a utilização de dados incorretos ou inadequados, existem inúmeras ferramentas de *Business Intelligence* (BI) que “ajudam no cruzamento e na organização de dados para mostrar padrões de comportamento, tendências de mercado, preferências dos clientes etc” (Nascimento, 2017, p. 2). Como, exemplo de ferramentas de *Business Intelligence* (BI) podemos citar: *Power BI*, *Data Studio*, *Tableau Public*, ERP entre outras.

O BI é uma prática que consiste em reunir e analisar dados obtidos na sua empresa para obter informações relevantes a partir deles. Seu principal objetivo é integrar empresa, gestão e tecnologia da informação para identificar oportunidades e riscos para o negócio. Nesse sentido, estabelecer a cadeia de valor para a empresa é fundamental, pois permitirá identificar e mapear o valor de cada atividade dentro dos processos internos da organização de modo a propor melhorias e ações para o futuro.

4 Cadeia de valores

O desempenho de uma empresa depende da sua capacidade de criar valor para os seus clientes ou, em outras palavras, ter o seu valor percebido pelo cliente. Mas apenas isto não basta. Para criar esse valor o gestor precisa identificar e conhecer os fatores críticos e de sucesso bem como seu fluxo organizacional para estabelecer as estratégias a serem utilizadas para melhorar o desempenho e a produtividade de cada setor ou atividade.

A cadeia de valor, portanto, é o conjunto de ações desempenhadas por uma empresa desde o relacionamento com os fornecedores até a distribuição final e venda dos produtos. Assim, podemos definir cadeia como “uma série de elos ligados, como uma corrente” e valor como a percepção dos clientes sobre os produtos ou serviços de uma organização, principalmente no que se refere ao custo-benefício. Unindo as duas palavras temos que a cadeia de valor é uma série de processos interligados (elos) que são necessários para viabilizar uma percepção positiva dos clientes a respeito dos produtos/serviços (valor) de uma organização.

A sistematização metodológica da cadeia de valor foi desenvolvida, inicialmente, em 1985 pelo professor Michael Eugene Porter, da universidade de Harvard. Segundo Porter, trata-se de uma ferramenta para gerenciar processos. Segundo Porter (1989, p. 31), a cadeia de valores desagrega uma empresa nas suas atividades de relevância estratégica para que se possa compreender o comportamento dos custos e as fontes existentes e potenciais de diferenciação.

Através dessa esquematização é possível ao gestor criar estratégias por meio da combinação das atividades a serem implementadas criando um diferencial no mercado. Ao estabelecer a cadeia de valor o gestor identificará os fatores de sucesso e, também, os críticos, o que permitirá alavancar os resultados gerando maior lucratividade. Na realidade a análise da cadeia de valor permite às empresas analisar e identificar quais atividades dentro da organização geram mais valor e quais delas estão abaixo dos resultados esperados. O que permite fazer os reajustes necessários de acordo com esses resultados.

A cadeia de valor tem uma estrutura complexa que se inicia desde sua fonte nas matérias-primas básicas, passando pelos fornecedores, produção bruta, prestação de serviço, comercialização e promoção do produto, vendas, logística interna e externa, até a distribuição final, ou seja, o cliente. Além disso, a pós-venda é responsável por agregar grande valor ao produto, com o serviço de suporte ou assistência (ZECHIN,

2022, p. 3).

Ao esquematizar essas atividades dentro de uma lógica de priorização, cria-se a cadeia de valores, que de forma integrada representará o modelo de negócio que a empresa quer desenvolver. Isso é importante pois o gestor poderá empregar recursos de forma mais eficiente.

Segundo Porter (1989), a cadeia de valor é baseada na sucessão de atividades diferentes, até o produto ou serviço final. Cada etapa permite agregar valor e, portanto, contribuir para o diferencial competitivo da organização. Atualmente o conceito de cadeia de valor foi ampliado incluindo temas como sustentabilidade e impactos sociais. Muitas empresas estão usando as técnicas *ACV/footprinting* para construir uma “agenda estratégica de sustentabilidade, com projetos específicos para cada tema crítico identificado (água, energia, comunidade, etc.), e apoiado por um processo de implementação que inclui a governança de sustentabilidade, gerenciamento dos projetos e programas de educação e comunicação (WIGHTWICK, 2012, s.p.)

5 Uso das ferramentas de gestão e os sistemas integrados de gestão

O advento da era da informação trouxe consigo certo grau de complexidade que foi tomando conta do cenário das empresas ao longo do tempo, sendo cada vez mais necessária a presença da tecnologia. Nesse contexto, as organizações são caracterizadas por estarem em constante movimento, isto é, devem estar sempre se adaptando às mudanças que venham surgindo (SILVA; MENEZES, [s.d.]).

Hoje, não basta fazer somente o trivial, é preciso fazer muito mais do que o necessário para manter-se competitivo no mundo dos negócios. A consequência desta necessidade será a utilização de um sistema integrado de gestão cada vez mais eficiente, rápido e seguro, com informações geradas por processos mais inteligentes e integrados na organização, impondo até a atenção à geração de valor e alcance de vantagem competitiva para sobrevivência organizacional.

Conforme Beal (2012), o simples ato de tornar as informações prontamente disponíveis para os integrantes de uma organização pode melhorar significativamente os resultados por ela obtidos. Por isso, os sistemas integrados de gestão são indispensáveis para o desempenho organizacional, sendo essencial uma análise prévia da situação da empresa

e das informações. para assim decidir qual a melhor decisão ou opção escolher.

A informação é um dos recursos organizacionais menos administrados, poucas empresas já adquiriram consciência do valor da informação e da necessidade de administrá-la como um ativo com potencial de geração de valor para o negócio (BEAL, 2012). Logo, um sistema de gestão pode ser fundamental para que a empresa organize as etapas da análise e acompanhe os resultados. Através de um sistema de gestão é possível, conforme Gomes e Gomes (2012, p. 140), melhorar a qualidade da tomada de decisão (...) diminuindo as possibilidades de falha humana.

Assim, surgiu o ERP, ou o que alguns especialistas chamam de SIGE, Sistemas Integrados de Gestão Empresarial. O ERP é um software cuja sigla vem do inglês, *Enterprise Resourcing Planning*, ou seja, Planejamento **dos** Recursos da Empresa. Este é um modelo que teve início na Alemanha no ano de 1972. Mas foi apenas a partir da década de 1990 que se popularizou de forma mais rápida e efetiva. Trata-se de um sistema corporativo, cada vez mais comum nas organizações, que serve como uma ferramenta de informática capaz de auxiliar as empresas na administração de suas atividades, informações, recursos e dados de maneira integrada.

Os ERP's foram desenvolvidos para possibilitar a automação e o armazenamento de todas as informações de negócios gerados na empresa, permitindo ao gestor ter um real controle de sua empresa. Afinal, como dizem Cândido, Valentim e Contani (2005), os sistemas de apoio à tomada de decisão são indispensáveis e essenciais à vida das organizações, visto que as exigências e a competitividade do mercado global não admitem falta de competência para inventar e reagir rapidamente, nem não saber usar a informação e o conhecimento visando à inovação.

6 Considerações finais

Como vimos, quando falamos em tomar uma decisão estamos fazendo uma determinada escolha que pode trazer impactos e consequências para a vida pessoal e profissional. Para as organizações, isso não é diferente. Cabe ao gestor, no seu dia a dia, tomar decisões. Estas, por mais fáceis ou complexas devem estar atreladas a momentos de reflexão, a troca de experiências, análise e diagnósticos para que sejam as mais acertadas possíveis. Todavia, com as transformações que estão ocorrendo no mundo

e que levam as empresas as diferentes demandas e a uma concorrência acirrada, é muito importante que as informações que subsidiam as tomadas de decisões sejam as mais confiáveis e certas. Pois um erro pode causar prejuízos incalculáveis e/ou a morte da empresa.

Para evitar que isso ocorra é necessário que o gestor esteja atento a todas as informações, sabendo filtrá-las e optando por aquelas que achar mais relevantes. Para isso ele poderá utilizar da análise de dados e de negócios para identificar perdas e custos desnecessários e potencialidades. Para evitar que erros aconteçam existem inúmeras ferramentas tecnológicas que auxiliarão no cruzamento e organização das informações.

Tudo isso é importante para se criar uma cadeia de valores visando melhorar o desempenho e a produtividade da organização. Essas ferramentas, como o sistema de gestão integrada facilitam a tomada de decisão dando maior segurança e objetividade para o gestor em prol de uma administração mais sustentável e coerente com as demandas globais.

Referências

ABRAMCZUK, André A. **A prática da tomada de decisão**. São Paulo: Atlas, 2009.

BEAL, A. **Gestão estratégica da informação**: como transformar a informação e a tecnologia da informação em fatores de crescimento e de alto desempenho nas organizações. São Paulo: Atlas, 2012.

CÂNDIDO, C. A.; VALENTIM, M. L. P.; CONTANI, M. L. L. Gestão estratégica da informação: semiótica aplicada ao processo de tomada de decisão. **Revista de Ciência da Informação**. v. 6, n. 3 jun/2005. Disponível em: http://www.dgz.org.br/jun05/Art_03.htm. Acesso em: 01.jun.2022.

CASARETTO, J. 2014 **Cybersecurity Forecasts**. 2013. Disponível em <https://siliconangle.com/2013/11/27/2014-cybersecurity-forecasts/>. Acesso em 01.mai.2022.

CERVO, AL.; BERVIAN, A. **Metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

CHIAVENATO, I. **Introdução à Teoria Geral da Administração**: na administração das organizações. Edição Compacta. 3º Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CONQUER. 2020. Esola Conquer. Análise de dados: o que é e qual a sua importância. Disponível em <https://escolaconquer.com.br/blog/analise-de-dados-o-que-e-e-qual-a-sua-importancia/>. Acesso em 01.mai.2022

DICIO. **Dicionário Online de Português**. Disponível <https://www.dicio.com.br/decisao/>. Acesso em 02.jun.2022.

GOMES, L. F. A. M.; Gomes, C. F. S. **Tomada de decisão gerencial: enfoque multicritério**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GUIMARÃES, E. M. P.; Évora, Y. D. M. **Sistema de informação: instrumento para tomada de decisão no exercício da gerência**. UFMG / USP, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ci/v33n1/v33n1a09>. Acesso em: 01.jun.2022

NASCIMENTO, R. 2017. **Análise de dados: como ela ajuda na tomada de decisão da sua empresa?** Disponível em <https://marketingpordados.com/analise-de-dados/analise-de-dados-como-ela-ajuda-na-tomada-de-decisao-da-sua-empresa/>. Acesso em 01.mai.2022

PORTER, M. E. **Vantagem Competitiva: Criando e Sustentando um Desempenho Superior**. Rio de Janeiro: Elsevier, 1989.

SHIMIZU, T. **Decisão nas organizações: introdução aos problemas de decisão encontrados nas organizações e nos sistemas de apoio à decisão**. São Paulo: Atlas, 2001.

SILVA, V. A.; MENEZES, F. M. **Dificuldade de implantação do sistema ERP no PPCP: Estudo de caso de uma Metalúrgica**. [s.d.]. Disponível em: <http://ged.feevale.br/bibvirtual/Artigo/ArtigoVanderleiSilva.pdf> Acesso em: 02.jun.2022

WIGHTWICK, R. **Sustentabilidade e Cadeia de Valor: uma nova visão**. 2012. Disponível em <http://www.portalsupplychain.com.br/blog/>, Acesso 02.Mai.2022.

ZECHIN, S. **A importância da tomada de decisão, cadeia de valor e vantagem competitiva para as organizações**. Disponível em <https://samuelzechin.blogspot.com/p/a-importancia-da-tomada-de-decisao.html>. Acesso em 01.jun.2022.

Capítulo 20

A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA EM TEMPOS DE PANDEMIA

Ester de Souza Sobrinho¹

Iussa Cristina Mansur Guimarães²

Lucas Henrique Costa Oliveira³

Meire Adriana Costa⁴

1 Introdução

O presente artigo possui como objetivo traçar reflexões acerca da efetivação do acesso à justiça diante das diversas modificações tecnológicas hodiernas e, especialmente, discutir como se deu a efetivação de tal preceito com o advento da Pandemia da Covid-19.

Utilizando-se do método hipotético-dedutivo, a pesquisa se desenvolveu sob o viés crítico-metodológico, através de uma análise qualitativa da pesquisa bibliográfica e documental com levantamento coletado na legislação, em livros de doutrina, artigos em revistas científicas e publicados na internet.

No intuito de realizar uma reflexão jurídico-científica, num primeiro tópico, serão tecidos breves comentários acerca do escopo histórico e conceitual do acesso à justiça, analisando as denominadas ondas do acesso à justiça suscitadas por Cappelletti e Garth. Em seguida, será abordado brevemente o modelo dos Centros Judiciários de Soluções de Conflitos e Cidadania (Cejusc) que se amoldam na conceituação da terceira onda.

1 Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, assistente de unidade judiciária, ester.brinho19@gmail.com

2 Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, pós graduanda em Direito e Processo Previdenciário pela Faculdade Damásio Educacional-IBMEC, assessora de juiz, iussaguimaraes@gmail.com

3 Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, advogado, lucasoliveira@fabianaguimaraesadvocacia.com

4 Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, advogada, meirecosta.adv@gmail.com

Posteriormente, serão tecidas considerações acerca da informatização do Judiciário e a efetivação do acesso à justiça no período da pandemia da Covid-19 por aqueles que são hipossuficientes economicamente e/ou desconhecem o uso do meio tecnológico.

Desse modo, a presente pesquisa desenvolveu-se sinteticamente, no intuito de instigar novas reflexões acerca de uma temática que tem sido demasiadamente discutida no cenário da prática jurídica, a fim de nas considerações finais serem apresentadas as conclusões obtidas.

2 Acesso à justiça

A temática do acesso à justiça ainda manifesta grande divergência na doutrina quanto à sua definição. Alguns autores compreendem o acesso à justiça como o direito à tutela jurisdicional por intermédio do Poder Judiciário, e outros, entendem se tratar do acesso efetivo aos direitos e garantias fundamentais de todo cidadão, na qual o Judiciário é meio para garantir tal direito.

Rosemiro Pereira Leal (2018) disserta sobre a terminologia adotada de modo corriqueiro, “acesso à justiça”, e preleciona ser preferível o uso do termo “acesso à jurisdição”, uma vez que “o acesso à jurisdição faz-se pelo direito de ação (procedimento) criado pela norma constitucionalizada como direito incondicionado de movimentar a atividade judicacional”.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988), por sua vez, não delimitam tal distinção e prelecionam que a expressão “acesso à justiça”, determina duas finalidades básicas do sistema jurídico, na qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e resolver seus litígios sob os auspícios do Estado: “primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Tecidas tais considerações, nota-se não ser possível limitar a definição de acesso à justiça ao mero direito de acesso ao Poder Judiciário. O acesso à justiça deve ser compreendido como princípio constitucional fundamental capaz de direcionar a atividade interpretativa constitucional, a fim de que todo o ordenamento jurídico, desde a criação da norma, passando pela aplicação concreta da lei possibilite uma construção da democracia de forma justa e igualitária (TRISTÃO; FACHIN, 2009).

O acesso à justiça se traduz na garantia efetivada através do ordenamento jurídico, no qual o Estado deve proporcionar meios judiciais ou extrajudiciais igualitários e eficazes capazes de gerar decisões que

levem à solução justa dos conflitos de interesses, individuais e coletivos. ((PAROSKI, 2006).

Ensina Glauco Gumerato Ramos (2000), que:

Atualmente já está vencida a ideia de que a mera possibilidade de acesso aos órgãos judiciais seja a verdadeira significação da aceção jurídica de acesso à justiça. Hoje, muito mais do que o acesso aos tribunais, de fundamental importância mas não apto a esgotar todas as vias política e socialmente desejáveis de resolução de conflitos, o fenômeno do acesso à justiça deve ser compreendido como a possibilidade material do ser humano conviver em uma sociedade onde o direito é realizado de forma concreta, seja em decorrência da manifestação soberana da atuação judiciária do organismo estatal, seja, também, como reflexo da atuação das grandes políticas públicas a serem engendradas pela respectiva atuação executiva, não olvidando-se, é claro, o escoreito regramento a ser imprimido pela atuação legiferante. Tudo isso, vale dizer, é de suma importância para a efetivação de uma realidade tão mais democrática quanto justa, onde se possa ter a irrefragável certeza de uma atuação garantista que prestigie a vida, a dignidade e o respeito incorruptível aos direitos fundamentais do homem. Enfim, o enaltecimento do valor da justiça como referência a ser seguida. (RAMOS, 2000, p. 38-39).

Assim, conclui-se que a única definição pacífica acerca do tema, é a de que o acesso à justiça é um direito fundamental garantido a todos os cidadãos, sendo a jurisdição um dos meios para resguardar tal direito. É através do acesso à justiça que outros direitos fundamentais são resguardados.

E para que o objetivo do acesso à justiça seja alcançado, tem sido positivado nos catálogos de direitos fundamentais em constituições e tratados de direitos internacionais, com sentido que vai além de um mero acesso ao Judiciário, sendo este um meio para tal finalidade.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 demonstrou interesse no tema, ao dispor em seu artigo VIII que “todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.”(ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU 1948). O Pacto de São José da Costa Rica também cuidou de tratar acerca do tema em seu artigo 8º ao dispor que “ toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente [...]”.

Em sede de regramento nacional, a Constituição Federal de 1988 cuidou de consagrar o direito ao acesso à justiça a todo cidadão brasileiro ao dispor no, inciso XXXV, do artigo 5º, que “a lei não excluirá da apreciação

do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”(BRASIL, 1988), preceito que também está implícito no artigo 3º do Código de Processo Civil.

A partir da segunda metade da década de 1960 o direito de acesso à justiça sofreu inúmeras transformações, em decorrência das modificações sociais, tecnológicas e processuais. e para discutir sua efetividade o autor Mauro Cappelletti em sua obra “O acesso à justiça” publicada em 1988, dispôs sobre três ondas que visam transpor os obstáculos enfrentados pela sociedade da época e garantir a efetivação do princípio.

A primeira onda refere-se ao acesso à justiça daqueles que carecem de condições financeiras, disciplinando não ser possível tratar a hipossuficiência econômica do cidadão como barreira para o acesso à justiça. No intuito de suprir tal obstáculo, o Estado proporcionaria o acesso à demanda jurisdicional de forma gratuita, incluindo as custas processuais e o serviço de advogado através da defensoria pública.

A segunda onda está relacionada à representatividade nos direitos difusos e coletivos. O acesso à justiça é vislumbrado no aspecto coletivo, fazendo com que o processo aconteça da melhor forma possível e todos os envolvidos alcancem a justiça. A terceira onda, por sua vez, trata do acesso à justiça além do mero acesso ao judiciário, tendo como escopo dar maior efetividade ao processo tratando-o como meio para realização do direito material. No intuito de atingir tais objetivos o autor demonstra que os métodos autocompositivos, como a mediação e a conciliação podem ser uma alternativa para alcançar o acesso à justiça.

Neste raciocínio, Mauro Cappelletti e Bryant Garth demonstram algo muito além do que foi tratado na primeira e segunda onda, sendo importantíssimo trazer à baila, a figura dos Centros Judiciários de Soluções de Conflitos e Cidadania (Cejusc), que desenvolvem trabalhos correlatos à política de autocomposição, com especial ênfase na solução de conflitos por meio da conciliação e da mediação e, por conseguinte, possibilitam o acesso à justiça nos casos de menor complexidade, incluindo casos de pessoas sem condições de serem representadas por advogados particulares.

O Cejusc simplifica o acesso à justiça e possibilita a tentativa de solucionar a lide antes de instaurá-la no judiciário, o que por consequência, possibilita o desafogamento do Poder Judiciário.

3 Os Centros Judiciários de Soluções de Conflitos e Cidadania como meio de efetivar o acesso à justiça

A política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos, instituída em 2010, através da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça trouxe a perspectiva de centralização das estruturas da justiça nacional na busca da consolidação de uma política pública de incentivo a solução consensual dos litígios, formando sua organização pelas instituições do Conselho Nacional de Justiça, os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania. (RESOLUÇÃO,125-2010, CNJ)

Referida resolução tem como objetivo principal a criação e a implementação dos Centros Judiciários de Soluções de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) pelo CNJ e Tribunais. É o oferecimento de meios consensuais na busca das resoluções dos conflitos, como a realização de audiências de conciliação e mediação em procedimentos pré-processuais e judiciais.

Entretanto, as ações e políticas implementadas não se voltaram apenas em aprimorar as práticas de autocomposições processuais, mas também buscam a efetivação do acesso à justiça de forma democratizada.

O acesso à justiça pleno e eficaz demonstra um obstáculo que, mesmo após anos de promulgação da Constituição Federal do Brasil, ainda constata-se latentes barreiras no sistema judiciário para os menos favorecidos. (CAPPELLETI, 1988).

Com a implantação do processo judicial eletrônico após o advento da Lei de nº11.419 de 2006, estabelecendo a informatização dos processos cíveis, trabalhistas e penais, observando o viés processual constitucional, inevitavelmente, ocasionou-se uma nova forma de tratamento entre as partes, criando elementos próprios na prestação jurisdicional. (ALMEIDA FILHO, 2012)

Não obstante os benefícios da informatização, o processo digital trouxe reflexos à parcela dos jurisdicionados que carecem de meios para efetivar o acesso à justiça. Isso porque, em que pese a atuação dos defensores públicos e a indispensabilidade do advogado à administração da justiça (artigo 133 da CF/88), a realidade que assiste muitos brasileiros que não dispõem de recursos para custear honorários, ainda mitiga o acesso ao serviço jurídico gratuito oferecido pela Defensoria Pública, vez que o Brasil possui um deficit de 4,5 mil defensores para amparar a população

vulnerável do país.⁵

Diante deste cenário e da necessidade impreterível do pleno acesso à justiça pelos cidadãos na busca das respostas para suas demandas, os Cejusc's realizam uma porta intermediária do indivíduo com o Judiciário, tornando-se meio e alternativa célere e gratuita de acesso à justiça. (BRASIL, 2016)

Nestes espaços tem-se um mecanismo de democratização judicial, onde qualquer cidadão pode levar ao conhecimento do Cejusc sua pretensão (que envolva matéria cível) e ser atendido nos setores pré-processuais ou de cidadania, setores responsáveis pelo acolhimento do cidadão e triagem do caso.

O cidadão ao comparecer no Cejusc e relatar o conflito que deseja resolver é orientado sobre o melhor método de autocomposição para a busca da solução esperada. O FONAMEC estabelece no Enunciado de nº 05 que o Cejusc poderá atender demandas de qualquer natureza, desde que trate de direito disponível e seja possível a resolução através da autocomposição (artigo 3º da Lei de Mediação).⁶

Sem a obrigatoriedade de acesso ao sistema do processo judicial eletrônico pelas partes, a desnecessidade de acompanhamento por defensor constituído e de forma totalmente gratuita, ao requerer o ingresso de seu conflito no setor pré-processual dos Cejusc's os litigantes são encaminhados para uma audiência de conciliação ou mediação, sendo acompanhados por um conciliador capacitado pelo tribunal do Estado. Realizada a autocomposição, o acordo a ser homologado pelo juiz possuirá validade de título executivo exigível judicialmente.

Não sendo o caso de homologação de acordo, as partes recebem orientações acerca das possibilidades para a resolução adequada daquele conflito. (Brasil, Manual de Mediação Judicial, 2016)

Diante disso, vislumbra-se que os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, se amoldam ao objetivo autocompositivo e inclusivo, nos moldes do que dispõe a terceira onda de acesso à justiça de Cappelletti e Garth. Isso porque, seus objetivos se centralizam nas partes que envolvem o conflito, incluindo aqueles hipossuficientes, através de um acesso eficaz, não oneroso e de menor complexidade em relação ao processo

5 Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/defensoria-publica-tem-deficit-de-pelo-menos-4-5-mil-profissionais-no-pais/#:~:text=A%20falta%20de%20defensores%20p%C3%BAblicos,situa%C3%A7%C3%B5es%20de%20vulnerabilidade%20no%20Brasil>.

6 https://www.tjmt.jus.br/intranet.arq/cms/grupopaginas/124/1084/file/ENUNCIADOS%20APROVADOS_Comiss%C3%A3o%20Acesso%20Just%20Cid%20CNJ.pdf.

judicial. O Cejusc é meio facilitador da pacificação social e democratização do acesso à justiça.

Como dito alhures, a terceira onda é atual, porém, já se fala na eclosão de uma nova onda na busca da efetividade do acesso à justiça.

Jailton Lopes (2022) delimita acerca da existência de uma quarta onda, o acesso à justiça na era digital, no qual o Judiciário, a fim de se amoldar nas modificações sociais e tecnológicas se insere de vez no mundo digital. Tal inserção, se dá através da virtualização dos serviços basilares do judiciário, o processo que antes tramitava em meio físico, agora tramita eletronicamente permitindo o acesso a qualquer hora e dia por aqueles que tenham conexão à internet. Além do processo eletrônico, o autor exemplifica, o diário de justiça eletrônico, a inserção de links e QR Codes nas petições, a utilização de *visual law* e o desenvolvimento de métodos de inteligência virtual nos tribunais.

Nota-se que na busca da efetivação absoluta do acesso à justiça, o instituto passou, e ainda passa por diversas modificações para se amoldar à realidade contemporânea.

Tratando-se da realidade atual, em um status de pandemia que assola todo o mundo a efetivação do acesso à justiça, restou prejudicada diante das mitigações do acesso direto ao Poder Judiciário àqueles que não possuem acesso à rede mundial de computadores, o que influenciou na aceleração da informatização do judiciário.

Sobre a temática, Jailton Lopes (2022) disserta:

Com a pandemia do COVID-19 houve a aceleração dos trabalhos de digitalização dos processos e, ainda, o desenvolvimento de novos instrumentos tecnológicos objetivando a manutenção da prestação jurisdicional durante o período de isolamento social. Citem-se, como exemplo o atendimento virtual, a comunicação de atos processuais via *whatsapp*, a regulamentação de audiências virtuais, entre outros. O grande desafio, nesse cenário, é garantir um verdadeiro acesso à justiça aos excluídos digitais, ou seja, aqueles que não tem acesso à rede mundial de computadores ou cujo acesso ainda é precário. (LOPES, 2022, p. 88-89).

Nesse sentido, para se possibilitar o efetivo exercício do acesso à justiça pelos jurisdicionados os avanços tecnológicos são necessários. Todavia, faz-se mister garantir que todos tenham iguais condições de acesso e uso dos meios utilizados, sob pena de afronta ao princípio da isonomia e mitigação do acesso à justiça, o que constitui violação de direito fundamental.

Desse modo, é necessário que o processo de informatização do judiciário se dê paulatinamente e com observância aos problemas sociais que impossibilitam o exercício efetivo do acesso à justiça, a fim de que as minorias sejam atendidas e a prestação jurisdicional se dê de forma efetiva.

4 A informatização do judiciário

A informatização do judiciário é essencial para a efetivação do acesso à justiça, pois a realidade atual exige da jurisdição e do jurisdicionado modificações tecnológicas, a fim de atender e respaldar as pretensões sociais. Entretanto, a informatização não é imediata e até os tempos hodiernos vem sofrendo modificações. Tal como o acesso à justiça, a informatização caminha se desenvolvendo progressivamente.

O Judiciário Pátrio passa pelo processo de informatização há vários anos, transitando por diversas etapas e conquistas para a efetivação dos direitos. Embora existam previsões nas legislações específicas antes do período ditatorial, a informatização possui como marco inicial e ganha expressividade com o fim do regime militar no Brasil em 1985.

O primeiro marco se deu em 1973, com o advento do Código de Processo Civil. No referido regramento existiam disposições sobre a possibilidade da tramitação do processo judicial eletronicamente, possibilidade prevista no artigo 169, *caput*, e parágrafos do pretérito *codex*:

Art. 169. Os atos e termos do processo serão datilografados ou escritos com tinta escura e indelével, assinando-os as pessoas que neles intervieram. Quando estas não puderem ou não quiserem firmá-los, o escrivão certificará, nos autos, a ocorrência.

Parágrafo único. É vedado usar abreviaturas.

§ 1º É vedado usar abreviaturas. (Redação dada pela Lei nº 11.419, de 2006).

§ 2º Quando se tratar de processo total ou parcialmente eletrônico, os atos processuais praticados na presença do juiz poderão ser produzidos e armazenados de modo integralmente digital em arquivo eletrônico inviolável, na forma da lei, mediante registro em termo que será assinado digitalmente pelo juiz e pelo escrivão ou chefe de secretaria, bem como pelos advogados das partes. (Incluído pela Lei nº 11.419, de 2006).

§ 3º No caso do § 2o deste artigo, eventuais contradições na transcrição deverão ser suscitadas oralmente no momento da realização do ato, sob pena de preclusão, devendo o juiz decidir de plano, registrando-se a alegação e a decisão no termo. (Incluído pela Lei nº 11.419, de 2006).

(BRASIL, 1973).

Posteriormente, desenvolvendo de forma aprofundada a possibilidade de informatização, aplicado aos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), surge a Lei nº 7.232/84, que dispõe sobre a Política Nacional de Informática. Nota-se que tal regulamentação foi promulgada, em um período de início redemocratização brasileira, o que viabilizou o fortalecimento da Separação dos Poderes.

Em seguida, sob o viés processual observa-se a Lei de nº 8.245/91, denominada Lei do Inquilinato, a qual permite a citação, notificação ou intimação de pessoas jurídicas por meio de aparelhos de *fac-símile*. Ainda, em tal década, curiosa é a publicação da Lei de nº 9.800/99, a Lei do Fax, que também permite às partes utilizarem o *fac-símile* ou outro sistema de transmissão para protocolarem suas manifestações.⁷

Já na virada do milênio, em sintonia com o avanço da tecnologia, informática e rede de internet a Lei nº 10.2591 instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais na Justiça Federal e demonstrou grande avanço tecnológico no Judiciário com a criação do sistema e-Proc, ampliando de forma considerável a prática dos atos processuais eletronicamente.⁸

Frise-se que as atualizações legislativas da época surtem efeitos hodiernamente, vez que a prática eletrônica se espalhou em grande parte do território nacional, inclusive, em Comarcas com quantidade menor de processos.

No ano de 2001, houve a edição da Medida Provisória nº 2.200/01, que proporcionou a criação da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira. A referida Medida regula a assinatura digital no Brasil, validando tais subscrições, inclusive, para fins jurídicos.⁹

O marco definitivo de implantação oficial da informatização é observado no ano de 2006, com a publicação da Lei nº 11. 419/06, que dispõe sobre a informatização do processo judicial, inclusive promovendo modificações no Código de Processo Civil de 1973, vigente à época.

Carlos Henrique Abrão (2009) disserta sobre a Lei nº 11. 419/06 e

7 BENUCCI, Renato Luís. A tecnologia aplicada ao processo judicial. Campinas.Millennium, 2007.

8 SILVA, Samuelson Wagner de Araújo. Processo eletrônico. O impacto da Lei nº 11.419/2006 na mitigação da morosidade processual na prestação jurisdicional brasileira. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/15112/processo-eletronico>. Acesso em 25/04/2022

9 SILVA, Samuelson Wagner de Araújo. Processo eletrônico. O impacto da Lei nº 11.419/2006 na mitigação da morosidade processual na prestação jurisdicional brasileira. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/15112/processo-eletronico>. Acesso em 25/04/2022

a inovação ao processo judicial com a modernidade digital aos respectivos usuários:

A verdadeira revolução aplicada ao mundo jurídico tem seu nascedouro por intermédio da Lei 11.419/2006, cujo escopo é materializar a intenção de disciplinar o processo eletrônico, com profundas alterações no Código de Processo Civil, e na perspectiva de agilizar, dinamizar, encurtando os entraves causados pela burocracia e pelo distanciamento sempre comum no encaminhamento da causa. (ABRÃO, 2009, p. 19)¹⁰

Segundo entendimento de Benucci, “[...], a virtualização do processo teve seu início não com o advento da Lei nº 11.419/2006, mas sim, com a popularização e difusão dos computadores e programas no mundo e especificamente no Poder Judiciário[...]”¹¹.

Interessante mencionar a rapidez com que o avanço da informatização se dava no geral durante a primeira década do milênio atual. Contudo, a tramitação do Projeto de Lei que deu origem a informatização, foi de certa forma moroso. Para José Carlos de Araújo Almeida Filho, a lei demorou tanto para ser aprovada que quando foi implantada a norma já estava antiquada, dessa forma, *verbis*:

Não bastasse a longevidade de um Projeto de Lei tramitar por tantos anos no Legislativo, a norma nasce antiquada e sem atentar para os princípios basilares do Direito Processual. Não somente no campo do Direito Processual se apresenta ultrapassada a Lei do Processo Eletrônico, mas no campo do Direito Eletrônico e da própria Informática Jurídica. (FILHO, 2010, p. 150)¹²

Após alguns anos, com atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), foi publicada a resolução 121, em 05 de outubro de 2010. O texto dispõe sobre a divulgação de dados processuais eletrônicos na rede mundial de computadores, além de tratar sobre certidões judiciais, integralizando ainda mais o trâmite processual à informatização.

Sobre as inovações, Manuel Castells (1999) explica:

As novas tecnologias da informação estão integrando o mundo em redes globais de instrumentalidade. A comunicação mediada por computadores gera uma gama enorme de comunidades virtuais. Mas a tendência social e política característica da década de 1990 era

10 ABRÃO, Carlos Henrique. Processo Eletrônico – Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006. 2ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.p.19.

11 BENUCCI, Renato Luís. A tecnologia aplicada ao processo judicial. Campinas.Millennium, 2007, pag.29.

12 FILHO, José Carlos de Araújo Almeida. Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico. A informatização judicial no Brasil. 3.ed.Rio de Janeiro: Forense, 2010. pag. 150.

a construção da ação social e das políticas em torno de identidades primárias – ou atribuídas, enraizadas na história e geografia, ou recém construídas, em uma busca ansiosa por significado e espiritualidade. Os primeiros passos históricos das sociedades informacionais parecem caracterizá-las pela preeminência da identidade como seu princípio organizacional. (CASTELLS, 1999, p. 57)¹³

Posteriormente, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou em 18 de dezembro de 2013 a Resolução nº 185, instituindo o Sistema de Processo Judicial Eletrônico (PJe). Tal sistema tem como escopo processar informações e atos processuais em diversos âmbitos jurisdicionais do país. Percebe-se que referida Resolução não foi por acaso. Em seu preâmbulo, há a menção de outro dispositivo aqui mencionado, publicado anos antes ao surgimento da edição promovida pelo CNJ:

[...] CONSIDERANDO as diretrizes contidas na Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial, especialmente o disposto no art. 18, que autoriza a regulamentação pelos órgãos do Poder Judiciário; [...]

Após os citados marcos na informatização do Judiciário Brasileiro, surgiram diversas medidas, dispositivos e Leis que buscam incansavelmente a adequação deste processo ao passo que a tecnologia evolui. Assim, importante destacar institutos fundamentais na atualidade, bem como as consequências da informatização de forma geral.

Não obstante a implantação da informatização seja uma realidade no Judiciário, insta ressaltar que o acesso à informatização ainda é mitigado. Isso porque, alguns problemas sociais, não acompanharam as atualizações e desenvolvimentos tecnológicos observados no âmbito do Judiciário. Em que pese grande parte da população seja alfabetizada e possua acesso à tecnologia, ainda há as minorias que são consideradas hipossuficientes de conhecimento tecnológico e financeiramente, o que afeta diretamente na efetivação do acesso à justiça.

Sobretudo, com a eclosão da pandemia da Covid-19 no ano de 2020 alguns problemas sociais tomaram maior exposição, especialmente no Poder Judiciário. Isso porque, com as regras de sanitização decorrentes do período pandêmico, a implantação da informatização se deu de forma mais acelerada com a virtualização dos processos e serviços judiciais. No entanto, a mitigação do acesso ao espaço físico dos serviços judiciários, ensejou em grande mitigação do acesso à justiça por aqueles que não

13 CASTELLS, Manuel. A era da informação: economia, sociedade e cultura. Volume 1. A sociedade em rede. Tradução de Roneide Venancio Majer. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1999, p. 57.

possuem conhecimento da tecnologia, ou sequer possuem acesso à tal, seja por hipossuficiência financeira, seja por ausência de inclusão digital.

Nesse escopo, necessário tecer reflexões de como o Judiciário se portou para buscar a efetivação do acesso à justiça àqueles que não possuem acesso à internet ou desconhecem o uso de tal meio, especialmente no pandêmico que eclodiu no início de 2020.

5 Garantia dos cidadãos sem acesso à internet à função jurisdicional durante a pandemia da Covid-19

A adesão à informatização pelo Poder Judiciário levantou discussões acerca da necessidade de efetiva inclusão digital no país, especialmente no início de 2020, ano em que eclodiu a Pandemia da Covid-19. O uso da tecnologia como meio de difusão de conhecimento e prestação de serviços, encadeou na necessidade de desenvolvimento de meios para possibilitar o acesso ao Judiciário por aqueles que não possuem acesso à internet.

O acesso a informação e aos meios tecnológicos estão diretamente ligados a globalização, que permite maior facilidade de propagação de informação e busca de conhecimento. Na jurisdição brasileira não poderia ser diferente. O avanço tecnológico foi alcançando, cada vez mais a comunidade mundial, afetando o processo judicial, que passou a deixar de ser físico, em papel, para um novo modelo de processo, o digital.

Álvaro Gonzaga et al. (2020) dissertam que a Resolução nº 313 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editada quando fora decretado o estado pandêmico pela Organização Mundial de Saúde (OMS), determinou a realização dos atendimentos remotamente pelo Poder Judiciário. Referida resolução também suspendeu prazos processuais, instituindo o regime extraordinário de trabalho.

O Relatório “Justiça em Números” emitido pelo Conselho Nacional de Justiça em 2021, demonstra as estratégias utilizadas para atuação do Judiciário durante a pandemia, quais sejam, o Juízo 100% Digital, Balcão Virtual, Plataforma Digital do Poder Judiciário –PDPJ e o Programa Justiça 4.0.

Diante desse cenário, o uso da tecnologia e de meios eletrônicos na busca de melhores resultados para prestação jurisdicional apresenta-se como solução para dois dos maiores problemas do Poder Judiciário, a duração razoável da demanda e o grande o excesso de judicializações.

Contudo, com o agravamento da desigualdade social em

decorrência da crise financeira gerada pela pandemia da Covid-19, vê-se que a implementação da tecnologia no âmbito judicial pode ser uma ameaça ao princípio da isonomia e acesso à justiça. A utilização dos meios eletrônicos de acesso a jurisdição para facilitar a prestação jurisdicional, não pode se tornar um obstáculo para efetivação dos direitos fundamentais.

O cidadão que é hipossuficiente financeiramente, ou que não detém do conhecimento ou a possibilidade para uso de tais tecnologias, fica à margem do mundo informatizado, o que torna patente a violação da garantia de acesso à justiça.

Uma parcela considerável da população não goza de oportunidades em pé de igualdade com segmentos da sociedade com amplo acesso às tecnologias. Isto é, há desigualdade econômica e social e faltam políticas públicas que visem garantir os direitos de todo e qualquer cidadão, afastando as camadas mais pobres de tutelar aquilo que é um direito humano fundamental e lhes conferem dignidade, o acesso à justiça.

Os meios ao acesso à justiça devem ser pautados no que é resguardado em um Estado Democrático de Direito, ou seja, o livre acesso a todos os cidadãos. No entanto, a inclusão digital ainda não é uma realidade efetiva no Brasil.

O Centro de Pesquisa de Tecnologias da Informação e da Comunicação (2020), em pesquisa realizada demonstrou que apesar do ano de 2020 apresentar crescente utilização das ferramentas tecnológicas e de rede, evidenciou a existência da desigualdade econômica e social, a qual demonstra “uma aceleração do uso da internet pela classe mais vulnerável, porém há uma persistência na desigualdade em relação ao acesso” (TIC, 2020, online).

Dirceu Pereira Siqueira (2021) sobre o tema dispõe:

[...] percebe-se que a tecnologia impacta no acesso à justiça de grupos vulneráveis, seja pelo agravamento das vulnerabilidades em decorrência da pandemia, seja por dificuldades relacionadas com a ausência de habilidades tecnológicas para manuseio das ferramentas virtuais de acesso, destacando-se nesse grupo os denominados analfabetos digitais. (SIQUEIRA, 2021).

Assim, a temática da inclusão digital demonstra grande importância, vez que o seu primórdio é garantir que todas as pessoas, independente de classe social, etnia, religião ou poder econômico, tenham condições de usufruir as potencialidades das ferramentas tecnológicas de comunicação e informação, representando a democratização da tecnologia.

A informatização se deu de forma acelerada em decorrência do estado pandêmico, no entanto, não foi pensada de modo a atender a toda a população promovendo a inclusão judicial e digital da população hipossuficiente economicamente e sem conhecimento tecnológico. Tal situação gera desigualdade para os sujeitos do processo e prejudica evidentemente o exercício da isonomia e do acesso à justiça.

Assim, para que o acesso à justiça aconteça de forma eficaz, é necessária a implementação de políticas públicas para inclusão digital das minorias que não possuem acesso à tecnologia. Para que a informatização seja concreta, é necessário o acesso democrático de todos os cidadãos, substanciando o efetivo exercício do acesso à justiça.

6 Considerações finais

A temática do acesso à justiça ainda manifesta divergência quanto à sua definição exata. Entretanto, já restou pacificado que o acesso à justiça é um direito fundamental garantido a todos os cidadãos, sendo a jurisdição um dos meios para resguardar tal direito. É através do acesso à justiça que outros direitos fundamentais são resguardados.

Para que o acesso à justiça se dê de forma célere e efetiva, o Judiciário tem buscado se adequar à realidade tecnológica e social contemporânea promovendo a implementação da informatização.

Não obstante, a informatização do judiciário seja um processo fundamental no sistema, uma vez que acompanha o avanço da tecnologia a informatização não pode prejudicar o acesso à justiça, nem mesmo dos profissionais que atuam nesta seara.

Em que pese os empenhos em transpor estes obstáculos e garantir a efetivação do acesso à justiça, implementando meios alternativos, os reflexos da informatização do judiciário não demonstram o alcance à efetivação do acesso. A eclosão da pandemia da Covid-19 demonstrou uma marginalização dos casos oriundos dos cidadãos socioeconomicamente menos favorecidos e, por conseguinte, a patente violação do acesso à justiça.

Posto isso, faz-se imprescindível destacar que a informatização deve ser utilizada como ferramenta de democratização do acesso à justiça, promovendo a inclusão digital e afastando a desigualdade social presente no país. Somente com a efetiva inclusão digital haverá a igualdade de ingresso à justiça, através de meios que incluem todos os cidadãos na busca de seus direitos.

Desse modo, para que o acesso à justiça seja efetivo, é necessária a implementação de políticas públicas que visem a inclusão digital das minorias hipossuficientes financeiramente e tecnologicamente. Para que a informatização seja concreta, é necessário o acesso democrático de todos os cidadãos, só assim o obstáculo enfrentado pela informatização será superado e o acesso à justiça se dará de forma mais eficaz.

Referências

ABRÃO, Carlos Henrique. **Processo Eletrônico – Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006**. 2ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.p.19.

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico: a informatização judicial no Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BENUCCI, Renato Luís. **A tecnologia aplicada ao processo judicial**. Campinas. Millennium, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988.

BRASIL. **Constituição Federal do Brasil-Resolução 125/2010**. Disponível em: <file:///C:/Users/p0113701/Downloads/Resolucao%20125-2010%20CNJ.pdf> acesso em abril de 2022;

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm acesso em abril de 2022;

BRASIL. III Fórum Nacional da Mediação e Conciliação, disponível em: https://www.tjmt.jus.br/intranet.arq/cms/grupopaginas/124/1084/file/ENUNCIADOS%20APROVADOS_Comiss%C3%A3o%20Acesso%20Just%20Cid%20CNJ.pdf acesso em abril de 2022;

BRASIL. **Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006**. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11.419.htm. Acesso em abril de 2022;

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 mar. 2015;

BRASIL. **Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de

Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 de julho de 1973;

BRASIL. **Manual de Mediação Judicial**. 6 ed. Brasil: CNJ, 2016.
Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf> acesso em abril de 2022;

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Editora Fabris, 1988;

CAPPELLETTI, Mauro. **O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época**. Revista de Processo, São Paulo, n. 61, p. 144-160, 1991.

Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº. 121/2010**. Disponível: https://www.cnj.jus.br/atos_normativos/. Acesso em 20.04.2022;

Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº. 185/2013**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/atos_normativos/. Acesso em 18.04.2022;

Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em 10 de maio de 2022;

DA SILVA, Gilnei J. O. **Desigualdade Digital Conectada Com a Pandemia**. 2020. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2020/07/22/artigo-a-desigualdade-digital-conectada-com-a-pandemia>. Acesso em 20 de abril de 2022;

FILHO, José Carlos de Araújo Almeida. **Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico. A informatização judicial no Brasil**. 3.ed.Rio de Janeiro: Forense, 2010. pag. 150.

<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/defensoria-publica-tem-deficit-de-pelo-menos-4-5-mil-profissionais-no-pais/#:~:text=A%20falta%20de%20defensores%20p%C3%Bablicos,situa%C3%A7%C3%B5es%20de%20vulnerabilidade%20no%20Brasil;>

GONZAGA, Alvaro; LABRUNA, Felipe; AGUIAR, Gisele. **O acesso à justiça pelos grupos vulneráveis em tempos de pandemia de covid-19**. Humanidades e Inovação, Revista Humanidades e Inovação,v.7, n.19 -2020, p. (50 e 61), outubro, 2020. Disponível em: <https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/3714>. Acesso em 10 de maio.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 14. ed.rev.; atual e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2018,p.101;

LOPES, Jayton Júnior. **Manual de Processo Civil**, 2. ed.rev, atual e

ampl. Juspodivm, São Paulo, 2022;

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU (1948).

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://declaracao1948.com.br/declaracao-universal/declaracao-direitos-humanos/>. Acesso em: 19 mar. 2022;

PAROSKI, Mauro Vasni. **Do direito fundamental de acesso à justiça.** Scientia Iuris. Londrina, v. 10, p. 225-242, 2006. Disponível em: <https://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/4132/3546>. Acesso em 20 de abril de 2022;

RAMOS, Glauco Gumerato. **Realidade e perspectivas da assistência jurídica aos necessitados no Brasil.** São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000. ;

SÁ, Acácia Regina Soares de. **O Poder Judiciário em tempos de Pandemia de Covid-19.** Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, 2021. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2021/o-poder-judiciario-em-tempos-de-pandemia-de-covid-19-1#:~:text=Dentro%20desse%20contexto%2C%20o%20Poder,concilia%C3%A7%C3%A3o%20virtualmente%2C%20entre%20outras%20medidas>. Acesso em 02 de maio de 2022.;

SILVA, Guilherme Barbosa da; BARBOSA, Amanda Querino dos Santos. **Acesso à justiça e Desigualdade Social: Reflexo na Efetivação dos Direitos Humanos** 2015. Disponível em: [file:///C:/Users/meire/Downloads/444-2802-1-PB%20\(4\).pdf](file:///C:/Users/meire/Downloads/444-2802-1-PB%20(4).pdf). Acesso em 01 de maio de 2022;

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LARA, Fernanda Corrêa Pavesi; LIMA, Henriqueta Fernanda C.A.F. **Acesso à Justiça em tempos de pandemia e os reflexos nos direitos da personalidade.** RFD-Revista da Faculdade de Direito da UERJ, [S.l.], n. 38, p. 25 -41, fev. 2021. ISSN 2236-3475. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/51382>. Acesso em 5 de maio de 2022;

TIC. DOMICÍLIO - 2020. **Acesso as tecnologias de informação e comunicação no domicílio.** cetic.br.2020. Disponível em: <https://cetic.br/pt/pesquisa/domicilios/indicadores/>. Acesso em 28 de abril de 2022.

Capítulo 21

EDUCAÇÃO FINANCEIRA E TUTELA COLETIVA DO MÍNIMO EXISTENCIAL DO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO

Ricardo Alexandre Lopes Assunção¹

1 Considerações iniciais

A estabilidade econômica experimentada pelo Brasil nas últimas décadas e a concessão indiscriminada de crédito permitiu a muitas pessoas elevação da qualidade de vida e acesso mais igualitário à aquisição de bens anteriormente destinados em quase sua totalidade às classes mais abastadas.

Na mesma velocidade o superendividamento atingiu níveis alarmantes, passando a ser encarado como um problema socioeconômico apto a alavancar relevantes alterações no regramento consumerista através da recém introduzida Lei 14.181/2021 que visa aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento.

O presente artigo tem por objetivo analisar a importância da educação financeira como principal fator de prevenção ao endividamento e a tutela coletiva do mínimo existencial do consumidor superendividado.

Para tanto, após breve digressão histórica acerca do endividamento do consumidor brasileiro no contexto da sociedade moderna será analisado os sistemas de tratamento utilizados em outros países que já possuem legislação específica, denominados *fresh start policy* e sistema da reeducação, verificado se a opção pátria juntamente com os institutos da repactuação de dívidas e processo judicial por superendividamento foram recepcionados pelo tratamento coletivo pelos legitimados previstos no art. 82 do CDC e aptos à efetiva tutela do mínimo existencial.

¹ Mestrando do Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* em Proteção aos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG. Pós-Graduado em Direito Empresarial pela UNIPAC-Universidade Presidente Antônio Carlos de Bom Despacho/MG. Bacharel em Direito pela FADOM-Faculdade de Direito do Oeste de Minas. Advogado. Professor do Centro Universitário UNA de Bom Despacho/MG. E-mail: ricardolopesadv@gmail.com

A relevância do estudo se justifica em razão da nova sistemática no tratamento do consumidor superendividado introduzidos pela Lei 14.181 de 2021 evidenciando a educação como importante ferramenta de prevenção.

Como metodologia de pesquisa foi utilizada a descritiva e explicativa com aporte na pesquisa bibliográfica, destacando a análise da legislação e a utilização do método dedutivo.

2 Superendividamento do consumidor brasileiro

O superendividamento é uma consequência advinda do modelo social do capitalismo que desde o século XIX vem se expandindo por todo o globo terrestre.

Partindo do período pré-revolução industrial, com o crescimento populacional nas metrópoles, que geravam aumento de demanda e, portanto, possibilidade de aumento da oferta, a indústria em geral passou a querer produzir mais, para vender para mais pessoas. Passou-se então a pensar num modelo capaz de entregar, para um maior número de pessoas, mais produtos e mais serviços. Para isso, criou-se a chama produção em série.

Antes da revolução industrial, a sociedade consumia somente o necessário. Nessa época comprava-se o mínimo possível, com o intuito de que durasse por “uma vida inteira”. (PEREIRA, CALGARO e VARELA, 2014, p.180)

A partir da segunda metade do século XX, esse sistema passa avançar por todo mundo, de tal modo que permitiu que nas últimas décadas se pudesse implementar a ideia de globalização.

No Brasil, com recentes mudanças na estrutura social e econômica, com medidas implementadas para redução das desigualdades sociais, chegada de novos consumidores ao mercado, abertura de novas empresas e aumento da formalização de negócios apontou-se perspectivas bastantes promissoras para economia no início do Século XXI, assumindo-se um novo modelo denominado desenvolvimentista, caracterizado por uma política de estímulo ao crescimento acompanhado de uma política distributiva, o que importou em uma nova dinâmica para a economia brasileira após 2003 . (REYMAO, OLIVEIRA, 2016, p.168)

Porém, se de um lado a política expansionistas permitiu as melhorias distributivas, como o aumento do poder de compra do salário mínimo, a

expansão dos salários reais, a redução da taxa de desemprego e a inclusão bancária, por outro lado, levaram um forte endividamento das famílias, além da elevação da taxa de inadimplência.

Com o tempo, o crédito que era visto com desconfiança passar a ser amplamente difundido na sociedade, utilizando para além dos empréstimos tradicionais, para aquisição de moradia ou para adimplemento de despesas médicas, em caso de urgência, ou para educação entre outras situações excepcionais. (CRUZ, SOUZA, 2020, p.161)

O modelo que buscou a promoção do desenvolvimento econômico com inclusão social baseado em uma estratégia de crescimento apoiada no mercado interno e no aumento do crédito revelou suas fragilidades e trouxe novos desafios e dificuldades, com endividamento recorde de cerca de 74,6% dos lares do país, conforme aponta Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (PEIC, 2021, p.01) realizada pela Confederação Nacional do Comércio.

Diante de tal dado, verifica-se que a democratização desenfreada do crédito aliada à quase inexistente educação financeira do consumidor e ausência de proteção legal proporcionaram ao consumidor o superendividamento como nunca visto no país.

O superendividamento não gera consequências somente à pessoa endividada, mas também à sociedade, pois é um fenômeno ligado ao consumo e, consequentemente, à economia, apresenta-se como o início da trajetória da pessoa natural rumo à insolvência civil, e esta pode ser vista como equivalente à falência de pessoas jurídicas (PAULA, 2016), ou seja, torna-se insolvente a pessoa possuidora de mais dívidas que de poder aquisitivo para saldá-las, e essa é a realidade de muitos cidadãos brasileiros.

Para solucionar esse problema faz-se necessário reconhecer e entender o que leva tantos cidadãos à insolvência, estabelecendo meios para o retorno das pessoas à vida social e econômica, sendo a principal forma de tratamento é a prevenção do endividamento obtido pela educação financeira.

A proteção à pessoa endividada pela legislação, recém sancionada pela Lei 14.181 de 1º de Julho de 2021 introduziu no Código de Defesa do Consumidor importantes alterações para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor, notadamente, sobre a prevenção e tratamento do superendividamento.

Nas lições de Claudia Lima Marques e Rosangela Lunardelli Cavallazzi (2006, p. 258) o superendividamento, antes mesmo do

reconhecimento legislativo, podia ser definido como:

a impossibilidade global do devedor-pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o Fisco, oriundas de delitos e de alimentos) em um tempo razoável com sua capacidade atual de rendas e patrimônio.

Verifica-se que a lei supramencionada acolheu tal conceito e acresceu ao art. 54-A, § 1º do CDC especial proteção do mínimo existencial. Embora o legislador não tenha cuidado de definir o “mínimo existencial”, este estaria consubstanciado no núcleo de direitos fundamentais que independem de expressa previsão constitucional, pois decorre da própria dignidade da pessoa humana, sendo entendido como conjunto de prestações materiais para que se possa assegurar a cada indivíduo e sua família uma vida digna (CRUZ, SOUZA, 2020, p.161)

Apesar do capítulo VI-A da Lei 14.181/21 traga em seu bojo expressa preocupação com a educação financeira, as medidas ali previstas são todas elas cartesianas ou na concepção Freiriana, uma “educação bancária” (FREIRE, 1987. P.33), construída basicamente em informações obrigatórias a serem prestadas “depositadas” previamente à contração e explicitação de um rol de práticas vedadas na oferta a crédito ao consumidor.

3 Da educação financeira do consumidor como prevenção ao superendividamento

O princípio da informação, corolário da educação do consumidor encontra-se presente no art. 6º II do CDC e tem como finalidade alertar os consumidores sobre perigos e riscos inerentes a determinados produtos e serviços.

A informação sobre o que se está contratando e as consequências da contratação, sem sombra de dúvida, são importantes para que o consumidor esteja consciente daquilo que efetivamente está comprando ou contratando, mas não há que se confundir que tais informações representam, verdadeiramente, uma educação financeira do consumidor. É que a informação é apenas um dos elementos necessários à educação financeira e de forma isolada como foram concebidas representa tão somente mais uma medida coercitiva aos fornecedores que propriamente preventiva aos consumidores.

A educação financeira do consumidor Brasileiro está intimamente ligada à economia de crédito. O bom do crédito é que ele permite a

inclusão de pessoas de baixa renda mensal na sociedade de consumo, logo, deve ser incentivado o acesso ao crédito, mas crédito deve ser concedido de maneira responsável, pois se trata de um “produto” complexo, difícil de ser “administrado” sem que se caia no excesso e na impossibilidade de pagar o conjunto de suas dívidas em um tempo razoável, ainda mais no Brasil onde os juros são altíssimos, temos o maior *spread* (lucro do banco) do mundo e as dívidas multiplicam de valores em pouco tempo. Na sociedade de consumo a publicidade, o marketing e as práticas comerciais criam desejos, influenciando as escolhas do consumidor (MARQUES, 2020, p.19)

Ainda segundo Cláudia Lima Marques (2010, p.17) o endividamento é um fato individual, mas com consequências sociais. A economia de mercado, liberal e em desenvolvimento no Brasil, é por natureza uma economia do endividamento, mais do que uma economia de poupança. Na primeira, o consumidor gasta todo o seu orçamento familiar no consumo básico (casa, comida, água, luz, transporte, vestimenta) e precisa de crédito para adquirir bens de maior valor, móveis (geladeira, TV a cabo, fogão, berços, sofás etc.) e imóveis (casa própria, casa da praia etc.). Na segunda, o consumidor não gasta todo o seu orçamento familiar no consumo básico e então reserva uma quantia para colocar na poupança (ou investimento), planeja e espera meses até que o valor investido possa ser retirado e esta “poupança” utilizada para “consumir” os bens e serviços que mais deseja (uma nova cozinha modulada, um home theater, um novo carro etc.).

Sendo assim, a utilidade real dos produtos não é dimensionada, mas sim a satisfação – muitas vezes meramente momentânea – em possuir aquele determinado objeto. Essa satisfação é motivada exatamente pelo *status* que os objetos são capazes de proporcionar, mesmo que por período de tempo finito e assim, não se vislumbra no momento da aquisição a utilidade ou destinação do objeto de consumo, tampouco os impactos ambientais e sociais derivados de tal comportamento desenfreado (PORTO; TORRES, 2013, p.12).

Adicione que na sociedade *cyber* moderna, todo tipo de produto é fabricado por indústrias com grande capacidade de produção em série e logística de venda extraordinária, disponibilizando ao alcance de um “clique” do consumidor imensa gama de produtos na comodidade e segurança de seu lar.

Se não bastasse a reconhecida vulnerabilidade do consumidor caracterizada pela falta de conhecimento técnico, jurídico, científico,

adicione-se a vulnerabilidade fática ou sócio-econômica relacionada à posição de monopólio do fornecedor, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço impõe a sua superioridade a todos que com ele contratam.

Este modelo de consumismo desenfreado vem demonstrando ser insustentável ao passo que grande parte destes consumidores comprometeram sua capacidade de pagamento a patamares que não lhes proporciona sequer o mínimo existencial.

É preciso romper este processo consumista que transforma e reduz tudo a objeto de seu comando, numa ânsia irrefreada de posse. Daí a sua concepção estritamente materialista da existência. O dinheiro é a medida de todas as coisas. E o lucro, seu objetivo principal (FREIRE, 1987, p.25).

Tardamente a Lei 14.181/21 possibilitou ao consumidor superendividado requerer ao juiz instauração de processo de repactuação de dívidas com vistas à realização de audiência conciliatória na qual o consumidor apresentará proposta de plano de pagamento com prazo máxima de 05 anos ou não havendo êxito na conciliação requerer plano judicial compulsório.

Para uma parcela de consumidores endividados que desejam renegociar a dívida a conciliação proposta nada mais soa que nova concessão de crédito, caracterizada por novação de parcelamento, certo de que a nova redação do art. 104-B § 4º do CDC assegura aos credores, no mínimo, o valor do principal devido, corrigido monetariamente por índices oficiais de preço.

A conta é simples. Almejando o limite possível, o consumidor deve calcular o valor total da dívida corrigida monetariamente e dividir por 60 meses (5 anos), o valor obtido é basicamente o valor da parcela mínima para proposta do plano de pagamento.

No atual cenário brasileiro, onde o percentual de famílias que relataram ter dívidas a vencer (cheque pré-datado, cartão de crédito, cheque especial, carnê de loja, crédito consignado, empréstimo pessoal, prestação de carro e de casa) alcançou 74,6% em outubro, alta de 0,6 ponto percentual, em relação a setembro, e de 8,1 pontos ante outubro de 2020, o segundo maior incremento anual da série histórica. Veja que a saída proposta pelo legislador vem tarde. (PEIC, 2021, p.01).

Quanto aos sistemas de tratamento do superendividamento nos países que já possuem legislação específica, baseiam-se em duas categorias distintas, o sistema da “fresh start policy” e o “sistema da reeducação”.

O primeiro “encara o superendividamento como um risco associado à expansão do mercado financeiro e, por isso, aposta na socialização do risco de desenvolvimento do crédito, concebendo uma responsabilidade limitada para o consumidor.” Neste sistema, os bens do devedor são liquidados para o pagamento das dívidas possíveis, restando perdoadas as demais. O segundo, está fundado “na idéia de que o consumidor falhou e necessita ser reeducado. Neste modelo de tipo social conservador os indivíduos são encarados como seres responsáveis e cidadãos decentes e menos como agentes econômicos.” Deste modo, o superendividado é obrigado a pagar suas dívidas com patrimônio presente e rendimento futuro por meio de plano de pagamento acordado com os credores (MARQUES, LIMA e BERTONCELLO, 2010, p.63)

O modelo de reeducação utilizado na França, que trouxe forte inspirações ao atual modelo brasileiro, entende os consumidores como pessoas responsáveis por seus atos, atenuando a responsabilidade dos agentes econômicos. O auxílio estatal é destina ao superendividamento passivo, aquele ocorrido por circunstâncias extraordinárias e não intencional, para através de um plano de pagamento ao longo prazo, possibilitar o pagamento das dívidas contraídas (SCHMIDT NETO, 2012, p.262)

Assim, como na maioria dos países da Europa Continental que possui tutela do superendividamento, adota um caráter social mais conservador, baseado na ideia de que o consumidor errou e precisa ser “reeducado”. O crédito ao consumo não é considerado uma situação normal, é antes visto com cautela, devendo ser mantido a todo o custo a níveis mínimos de risco. A origem desta filosofia pode ser atribuída à tradição civilista do direito romano que defendia a total responsabilização dos devedores, salvo em situações excepcionais, em que o perdão da dívida poderia ser cogitado (SANTO, 2009, p.91)

Em geral, o consumidor precisa se conscientizar de que seus desejos e necessidades caibam no orçamento. Depois, é aprender a constituir poupança, que tem como característica a renúncia do consumo presente em prol do consumo futuro. Em terceiro lugar, as pessoas precisam despertar para o fato de que possuem um ciclo de vida e jamais deixar de focar o longo prazo (MELO, 2021).

Não há dúvidas que a educação financeira é a ferramenta para combater o superendividamento, devendo o Estado promover políticas públicas educacionais, realização de oficinas de educação para o crédito, haja visto que adotamos o modelo europeu de reeducação, porquanto tem

como ênfase seu aspecto pedagógico como forma e prevenção e tratamento do superendividamento.

4 Tutela coletiva e garantia do mínimo existencial do consumidor superendividado

No Brasil, em âmbito infraconstitucional, a tutela dos direitos coletivos (em sentido amplo) decorre basicamente de diálogo de dois diplomas legais: Lei 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) e Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).

O Código de Defesa do Consumidor embora tenha como principal objetivo disciplinar as relações de consumo, aprimorou todo o processo coletivo brasileiro, realizando acréscimos pontuais ao próprio texto da Lei da Ação Civil Pública e determinando absoluta integração e complementariedade entre dois diplomas. O art. 110 acrescentou o inciso IV ao art. 1º da Lei 7.347/85 para destacar que a ação civil pública pode ter por objeto “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”.

É marcante no Código de Defesa do Consumidor a proteção coletiva em larga escala, mediante ações coletivas e ações civis públicas.

Contudo, o novo regramento que aperfeiçoa a disciplina do crédito ao consumidor e dispõe sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento não menciona qualquer recepção coletiva.

O capítulo V do CDC, incluído pela Lei 14.181/21 institui através dos art. 104-A a possibilidade do consumidor superendividado pessoa natural requerer a instauração de processo de repactuação de dívida com vistas à realização de audiência conciliatória presidida pelo Juiz ou por conciliador credenciado, na qual o consumidor apresentará proposta de pagamento com prazo máximo de 5 anos, preservados o mínimo existencial.

Não logrando-se êxito na mencionada conciliação, dispõe o art. 104-B que o juiz, a pedido do consumidor, instaurará processo por superendividamento para revisão e integração dos contratos e repactuação das dívidas remanescentes mediante plano judicial compulsório.

À vistas desarmadas o texto legislativo instaura certa indagação se os legitimados previstos no art. 82 do CDC também não estariam de forma concorrente aptos a proporem respectivamente instauração de processo de repactuação de dívidas e processo por superendividamento, bem como, se ambas modalidades comportariam tratamento coletivo seja a título individual homogêneo ou coletivo em sentido estrito.

O art. 104-C do CDC prevê que a audiência conciliatória pode ser presidida por conciliador credenciado no juízo, permitindo, portanto, que todos aqueles integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor possam participar da fase conciliatória e preventiva do processo de repactuação de dívidas. Aliás, poderá fazê-lo mesmo sem a intervenção do Poder Judiciário. Isso porque a norma permite que a conciliação possa ser feita por intermédio de convênios específicos celebrados entre esses órgãos e as próprias instituições credoras ou suas associações.

Logo, todos aqueles que integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, os Procons, o Ministério Público, a Defensoria Pública e as entidades civis de defesa do consumidor têm competência concorrente e atuam de forma complementar para receber denúncias, apurar irregularidades e promover a proteção e defesa dos consumidores.

É salutar que a expressão “consumidor superendividado pessoa natural” utilizada no art. 104-A tem função de meramente distinguir que tal procedimento conciliatório não se aplica ao consumidor pessoa jurídica, não impedindo que aqueles legitimados no art. 82 do CDC confirmem tratamento coletivo à matéria.

Quanto ao procedimento judicial estatuído pelo art. 104-B, em caso de não haver êxito na conciliação, importante sua análise com remissão ao título III, capítulo I do CDC que em suas disposições gerais acerca da defesa do consumidor em juízo prevê a defesa dos interesses e direitos dos consumidores em juízo individualmente ou a título coletivo pelos legitimados concorrentemente previstos no art. 82, sendo admissível para tanto, todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

O tratamento coletivo do consumidor superendividado invoca ainda princípio basilar do processo coletivo, como o princípio da presunção da legitimidade *ad causam* ativa pela afirmação de direito coletivo, no qual basta a afirmação de direito coletivo para que se presuma a legitimidade *ad causam*.

Verifica-se que a prevenção e tratamento do superendividamento recém introduzida mostrou grande preocupação do fornecedor prestar informações relevantes no momento da oferta, bem como, vedar algumas práticas publicitárias de oferta de crédito. Ou seja, é nítida a preocupação em coibir condutas abusivas por parte dos fornecedores.

Conforme Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (PEIC, Outubro, 2021, p.03) as maiores dívidas dos

consumidores brasileiros são decorrentes de Cartão de Crédito (84,9%), Cheque especial (4,9%), cheque pré-datado (0,5%), crédito consignado (7,0%), crédito pessoal (9,2%), carnês (20,2%), financiamento de carro (12,7%), financiamento de casa (9,4%) outras dívidas (1,7%).

Não raras vezes os fornecedores que operam nestes segmentos têm sido alvos de inúmeras ações coletivas movidas principalmente pelo Ministério Público, Associações de Defesa do Consumidor, Defensoria Pública dentre outros legitimados visando coibir práticas abusivas.

Se tais práticas abusivas podem levar ao superendividamento do consumidor, não seria proporcional que tais fornecedores pudessem ser demandados coletivamente para proteção de direitos difusos, coletivos e direitos individuais homogêneos e não o fossem em a fim de conferir tratamento de recuperação de crédito daquele grupo de consumidor superendividados.

Ao contrário, os feirões e mutirões de conciliação promovidos especificamente pelos Procons, CEJUSC e outros órgãos que integram o SNDC antes mesmo da lei 14.181/21 visavam renegociar dívidas e devolver o crédito ao consumidor.

Logo, em consonância com o art. 83 do CDC que prevê que a “defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”, as medidas de conciliação e processo judicial de repactuação de dívidas podem ser tuteladas de forma coletiva e assim devem ser estimuladas a fim de conferir maior proteção do mínimo existencial.

No que pese lei 14.181/21 de forma inovadora tenha reconhecido a preservação do mínimo existencial do consumidor superendividado, fato é, que não se extrai da norma seu conceito e definição.

A vinculação dos direitos fundamentais sociais com a garantia do mínimo existencial é evidente. A noção de um direito fundamental (e, portanto, de uma garantia fundamental) conduz à noção que o princípio da dignidade da pessoa humana não reclamaria somente a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade ficaria sacrificada.

A garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta e não se reduzindo à mera existência.

Nessa direção, cumpre-nos insistir em que o conteúdo do mínimo

existencial ultrapassa a noção de um mínimo meramente vital ou de sobrevivência, para resguardar não só a vida humana em si, mas uma vida saudável e com certa qualidade. Não se pode negligenciar que o princípio da dignidade da pessoa humana também implica uma dimensão sociocultural que não pode ser desconsiderada, mas que lhe constitui elemento nuclear a ser respeitado e promovido (CANOTILHO, 2018, p.578).

Portanto, o que compõe o mínimo existencial requer uma análise das necessidades de cada pessoa e de seu núcleo familiar, quando for o caso, o que não afasta a possibilidade de se arrolar todo um conjunto de conquistas já sedimentadas e que, em princípio e sem excluir outras possibilidades, servem como uma espécie de roteiro a guiar o intérprete e de modo geral os órgãos vinculados à concretização da garantia do mínimo existencial aos consumidores, de boa-fé, superendividados.

5 Considerações finais

No atual contexto da sociedade marcadamente de consumo, cujo acesso ao crédito representa para grande maioria dos consumidores a única oportunidade para aquisição de bens de maior valor, uma educação financeira com consciência e equilíbrio é imprescindível, assim como uma política nacional que assuma uma postura pró ativa na área do direito à educação do consumidor, ao lado de outras entes do Poder Público, a possibilitar o pleno exercício da cidadania. É necessário ultrapassar a mera informação acerca dos direitos e deveres, incutindo no modo de vida do consumidor uma educação para consumo consciente e sustentável.

As ações coletivas em razão de sua extensão e envergadura podem mostrar-se como importantes ferramentas de prevenção à medidas abusivas e recuperação coletiva do crédito, em face de condutas presentes no mercado de consumo, em busca da retomada do equilíbrio contratual e das interferências regulatórias adequadas e atentas às variadas vertentes de Direito e Economia.

Não importa qual seja o sonho, o desejo futuro. Seja a aquisição de um bem de primeira necessidade, uma casa, um carro, uma viagem ou algo trivial. O que certamente não dá é para adiar uma discussão que pode ajudar o país a continuar ofertando crédito e circulando riquezas de forma sustentável, sem faltar ao consumidor o mínimo existencial. E, neste caso, a bússola aponta na direção da educação para o consumo como meio mais eficaz de prevenir que remediar.

Referências

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. 2. ed. Lisboa: Edições 70, 2014.

BRASIL, **Lei 14.181 de 1º de Julho de 2021**, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14181.htm. Acesso aos 15/11/2021.

BRASIL, **Lei 8.078 de 11 de Setembro de 1990**, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm; Acesso aos 01/12/2021

Confederação Nacional do Comércio, **Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (PEIC) – Outubro de 2021**, disponível em <https://www.portaldocomercio.org.br/publicacoes/pesquisa-de-endividamento-e-inadimplencia-do-consumidor-peic-outubro-de-2021/382847>, acessado em 15/11/2021.

CRUZ, Filipe de Lima; SOUZA, Valéria Bononi Gonçalves de, **A Necessária Recuperação Patrimonial do Consumidor Pessoa Física Superendividada e a Garantia do Mínimo Existencial**, Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR, v. 23, nº 02, p. 159-187, Paraná, jul./Dez. 2020.

FREIRE, Paulo, **Pedagogia do Oprimido**, 17ª. Ed. Editora Paz e Terra S/A, Rio de Janeiro, 1987.

GOMES CANOTILHO, J.J. *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. 2.Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARQUES, Cláudia Lima; LIMA, Clarissa Costa; BERTONCELO, Káren, **Prevenção e Tratamento do Superendividamento**, Brasil, Ministério da Justiça, Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, Caderno de Investigações Científicas, Brasília, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.). **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS, Ronan Medeiros, GODOY, Sandro Marcos, **O Superendividamento do Consumido e a Lei 14.181 de 2021**, Discussões Jurídicas Contemporâneas (livro eletrônico), SMANIOTTO, Andréa (org.), Ed.ZH4, Ponta Grossa/PR, 2021.

MELO, Felipe, **Educação Financeira é a ferramenta para combater o endividamento**, disponível em <https://www.portaldocomercio.org.br/publicacoes/educacao-financeira-e-a-ferramenta-para-combater-o-endividamento/382476>, acessado em 22/12/2021.

PAULA, Ana Cristina Alves de. **A Extensão do instituto da falência à pessoa natural enquanto mecanismo de tutela do consumidor superendividado**. Revista Brasileira de Direito Empresarial, Florianópolis, v. 2, n. 1, p. 94-114, maio 2016.

PEREIRA, Agostinho Oli Koppe, CALGARO, Cleide, VARELA, William Nilton, **O Superendividamento do Consumidor Brasileiro: Aspectos Jurídicos e Sociais**, Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumidor, Vol IV, nº 15, p.177-199, Setembro 2014.

PORTO, Antônio Augusto Cruz; TORRES, Cibele Merlin. **Entropia orçamentária: o papel das instituições financeiras na viabilização do crédito familiar sustentável**. Revista Direito e Liberdade. Natal, v. 15, n. 3, p. 11-30, set./dez. 2013.

REYMAO, Ana Elizabeth Neiro; OLIVEIRA, Felipe Guimarães de, **O Superendividamento do Consumidor no Brasil: Um Debate Necessário Entre o Direito e a Economia do Século XXI**, Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo, Vol. 2, nº 01, Jan/Jun, Brasília, 2016.

SANTO, Liliana Bastos Pereira. **Da concessão de crédito ao sobreendividamento dos consumidores**. (Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais) – Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto, Portugal, 2009.

SCHMIDT NETO, André Perin. **Revisão dos contratos com base no superendividamento: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil**. Curitiba: Juruá, 2012.

Capítulo 22

LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD): ANÁLISE PRELIMINAR E A INFLUÊNCIA DA *GENERAL DATA PROTECTION REGULATION* (GDPR)

Caroline Ferrari Costa¹

1 Introdução

Não é novidade a preocupação mundial quanto à proteção aos direitos afetos à utilização de dados pessoais, ainda maior diante da necessidade de fornecimento de informações frente a uma gama de atividades, determinadas não só pelas entidades públicas, mas também privadas. Em plena era digital de hiperexposição, compartilhamos nossos dados pessoais a todo momento, tanto em razão de solicitações de órgão públicos, quanto em páginas de internet, aplicativos de telefonia e até mesmo em lojas e compras corriqueiras, muitas vezes sem nos atentar ao destino e alcance de tais armazenamentos de dados.

Diante desse quadro, grandes organizações em todo o mundo vêm discutindo a necessidade de se criar instrumentos para a viabilização da proteção de dados, de forma a garantir o direito de propriedade, de intimidade e da honra e imagem. Necessário se faz o gerenciamento de mecanismos que consigam acompanhar a evolução tecnológica, trazendo segurança e proteção aos indivíduos, utilizadores e consumidores de toda essa disposição virtual.

Importante ressaltar que o consumidor vem se tornando cada vez mais consciente de seus direitos, alterando o cenário quanto à busca por reparações de danos em razão de usos indevidos e vazamentos de informações pessoais, o que é notadamente sentido no volume de processos judiciais sobre o tema. Tratando-se de uma realidade fática, não poderia deixar o Direito de se atentar às necessárias alterações legais, de forma a tornar essa atualidade refletida ao nosso sistema normativo vigente, trazendo o tema

¹ Bacharel em Direito, especialista em Direito Penal e Processo Penal, advogada, e-mail: carolineferrariadvocacia@gmail.com.

para a mesa de discussões e tratativas, resultando na produção de leis.

Para que tenham o alcance pretendido, as normativas que tratam sobre a proteção de dados devem ser adotadas pelo maior número de países possível, vez que, a partir do momento que um grupo começa a cumprir esses novos requisitos legais, logo ele passa a exigir que outros grupos também se adequem, gerando um processo de ativação em cadeia. Portanto, novas legislações em todo o mundo devem tornar-se realidade, de forma a adaptar às mudanças ditadas pela evolução cultural, de acordo com as novas políticas de privacidade e consentimento em níveis mundiais.

2 Breve histórico

Na vanguarda dessa discussão, a União Europeia documentou normas regulamentando a coleta, o tratamento e a circulação de dados singulares, tendo sido elaborada a Diretiva Europeia de Proteção de Dados (EC 95/46), no ano de 1995. Por meio de um órgão chamado Working Part 29 (WP29), foram dadas interpretações aos textos da Diretiva, firmando o interesse legítimo de proteção à privacidade, através de técnicas de anonimização de dados e estudos de impactos da utilização e vazamentos das informações. Apesar da grande importância das orientações trazidas pelo WP29, as interpretações não tinham força vinculante.

A Diretiva foi substituída, no ano de 2018, pela *General Data Protection Regulation* (GDPR), importante marco histórico legal na discussão do tratamento de dados pessoais. Como órgão de interpretação da norma regulamentadora, foi criado o *European Data Protection Board*, emitindo opiniões e orientações, agora com poder vinculante.

No Brasil, vários foram os eventos importantes na formação da nossa legislação vigente quanto ao tratamento e proteção de dados, entre eles: a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), que regulamenta e assegura aos cidadãos o direito de receber informações de seu interesse, constantes nos bancos de dados de órgãos públicos; a Lei Carolina Dieckman (Lei nº 12.737/2012), que alterou o Código Penal para tipificar os chamados crimes informáticos, decorrentes do uso indevido de informações pessoais na internet; o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), que estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil.

Diante dessa evolução, em agosto de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) tomou forma, influenciada diretamente pela, já então em vigor, GDPR, apontando instrumentos de controle do uso de dados

e responsabilização pela sua não observação. A LGPD foi alterada pelas Leis nº 13.853/2019 e 14.010/2020, postergando a entrada em vigor das normas lá contidas.

Vários outros países também vêm se adequando às necessidades de regulamentação quanto à segurança de dados, mais condizente com o mundo atual, inflamando a demanda pelo tratamento das informações.

3 Disposições preliminares da LGPD – conceitos, objetivos e princípios

A LGPD cuidou em disciplinar o tratamento dos dados pessoais de forma a respeitar os direitos dos indivíduos, em atenção à privacidade, autodeterminação informativa, liberdade de expressão, de informação, de opinião e de comunicação, inviolabilidade da intimidade, honra e imagem, desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação, livre iniciativa, livre concorrência e defesa do consumidor, bem como direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania. Todos esses são fundamentos previstos no texto legal e têm o condão de assegurar os valores relevantes da sociedade, estabelecendo a ordem jurídica nas relações intersubjetivas.

Veremos, nas disposições iniciais da Lei, alguns conceitos, objetivos e princípios que envolvem o objeto disciplinado na normativa. Dita o artigo 1º, da Lei Geral de Proteção de Dados: “Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural”.

Com a leitura de tal enunciado, é possível extrair algumas informações importantes. Os dados a que se confere a proteção são aqueles pessoais, ou seja, que se referem à pessoa natural, identificada ou identificável. O termo “inclusive por meios digitais” mostra que não somente os dados digitais são protegidos, mas também os dados obtidos e armazenados por meio físico. Indo adiante, verifica-se que a lei determina quem pode violá-la: qualquer pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que utiliza o tratamento de dados pessoais. E, por fim, traz objetivos conclusos, quais sejam, a proteção de direitos e o desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Assim, a LGPD busca a proteção de direitos e garantias fundamentais

da pessoa natural, equilibradamente, mediante a harmonização e atualização de conceitos de modo a mitigar riscos e estabelecer regras bem definidas sobre o tratamento de dados pessoais. Entidades públicas e privadas que enxergarem tais proteções como direitos dos cidadãos e não somente como obrigações a serem cumpridas estarão um passo à frente dessa nova fase do Compliance, que agora, além do combate a corrupção, visa o uso seguro e ético dos dados pessoais. E a LGPD, logo em seu art. 1º, enfatiza essa questão, trazendo como objetivo da Lei a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. (MALDONADO; BLUM, 2019, p. 89 e 90).

Já o artigo 3º determina qual o alcance da LGPD, afirmando que, independentemente da localização do centro de dados ou da nacionalidade dos indivíduos cujas informações foram disponibilizadas, caso haja processamento de dados em território nacional, esta é a lei que deverá ser observada. Ainda que haja regras específicas para o compartilhamento de informações com organismos internacionais, para a não contrariedade com a norma vigente, todo o tratamento de dados feito no Brasil deve cumprir os requisitos previstos na LGPD.

Em seu artigo 4º, a LGPD traz um rol de exceções, ou seja, situações em que não será aplicado o tratamento de dados pessoais. De uma forma geral, as exceções se limitam às situações de segurança pública, defesa nacional segurança do Estado e investigações penais; à aplicação jornalística, artística e acadêmica; à utilização por pessoa natural sem fins econômicos; e provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto na lei.

Importante ressaltar que as limitações trazidas no citado artigo devem ser interpretadas restritivamente, sempre observando as situações e os riscos ao desrespeito aos direitos pessoais, ponderando também outros direitos já previstos no ordenamento jurídico vigente, em especial, a Constituição Federal. Necessária, portanto, a análise finalística da exceção. Vejamos uma situação. A Lei exclui a necessidade de tratamento de dados para pessoas naturais, desde que utilizados sem fins econômicos. No entanto, caso a pessoa natural atue como representante comercial e compartilhe sua base de dados com empresas, ou perpetre lucros com vendas diretas, por exemplo, necessária será a observância dos ditames

previstos na LGPD quanto à minimização dos riscos no tratamento dos referidos dados, sendo possível, inclusive, a incidência solidária das sanções previstas na referida lei.

Indo adiante, a norma utilizou da conceitualização de suas próprias expressões, à luz da hermenêutica jurídica, trazendo interpretação autêntica sobre o sentido e alcance do texto da lei. Dentre os vários conceitos trazidos no quinto artigo, necessária se faz a distinção dos três tipos de dados citados: dados pessoais, dados pessoais sensíveis e dados anonimizados.

Entende-se como dado pessoal toda aquela informação que possa, direta ou indiretamente, identificar uma pessoa. De tal forma, não apenas aqueles dados diretos, como nome, CPF, RG, telefone, que, em um primeiro momento, é fácil entender como dados pessoais, mas também aquelas informações secundárias que, agregadas a outros elementos, tem a capacidade de identificar uma pessoa, como características físicas e de personalidade.

O Brasil adotou o conceito expansionista de dado pessoal, pelo qual não somente a informação relativa a pessoa diretamente identificada estará protegida pela Lei, mas também aquela informação que possa - tem o potencial de - tornar a pessoa identificável. Assim, nome, prenome, RG, CPF, título de eleitor, número de passaporte, endereço, estado civil, gênero, profissão, origem social e étnica; informações relativas à saúde, à genética, à orientação sexual, às convicções políticas, religiosas e filosóficas; números de telefone, registros de ligações, protocolos de internet, registros de conexão, registros de acesso a aplicações de internet, contas de e-mail, cookies, hábitos, gostos e interesses, são apenas alguns exemplos de dados pessoais que pautam a atual vida em sociedade (MALDONADO; BLUM, 2019, p. 89 e 90).

Já os dados pessoais sensíveis, segundo a LGPD, são aqueles que determinam a “origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, 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”. Tem-se a ideia de que os dados pessoais sensíveis são aqueles que normalmente as pessoas não pretendem compartilhar, em razão da exposição da vida pessoal do indivíduo.

No tocante aos dados anonimizados, estes se referem àqueles em que os titulares não podem ser identificados, ainda que por meio dos recursos tecnológicos disponíveis. Por esta razão, os dados anonimizados podem ser utilizados sem os encargos trazidos no texto da LGPD. No entanto, importante mencionar que tais dados que se encontram anonimizados

atualmente podem deixar de ser anônimos em um outro momento, inclusive por questões de inovações tecnológicas, retornando ao status de dados pessoais, nesse novo contexto, ganhando, então, a proteção da Lei.

Por fim, em seu artigo 6º, a LGPD elenca, além da boa-fé, os princípios que deverão ser observados no tratamento dos dados pessoais, quais sejam: finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação e responsabilização e prestação de contas.

Os princípios jurídicos retratam os valores importantes que afetam as relações entre os sujeitos, ressaltando a homogeneidade da norma e sua eficácia. São os pilares para aplicação da norma.

Princípios, no plural, significam as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa [...] revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixam para servir de norma a toda a espécie e ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica [...] exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica [...] mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-as em perfeitos axiomas [...] significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. (SILVA, 2001, p. 639).

Importa perceber que os princípios citados devem relacionar-se com o tratamento dos dados, com os titulares dos dados e com os agentes de tratamento dos dados. Quanto ao tratamento de dados, ressalta-se os princípios da finalidade, da adequação e da necessidade, tendo como meta a garantia da clareza e estrita suficiência nas operações havidas com as informações.

No que tange aos titulares de dados, os princípios do livre acesso, da qualidade dos dados e da transparência são aqueles que devem sobressair. Eles garantem a correspondência dos dados com a exatidão, devendo haver meios de conhecimento, controle e correção por parte do titular dos dados.

Em relação aos princípios relativos aos agentes de tratamento dos dados, destacam-se o da segurança, da prevenção, da não discriminação e da responsabilização e prestação de contas. Estes valores visam a garantia da proteção dos dados e prevenção de danos, por meio de medidas necessárias a serem adotadas pelo agente de tratamento. Ainda, impede o tratamento discriminatório e abusivo, bem como prevê possibilidade e necessidade de demonstração do real cumprimento da norma.

Logo, a necessidade de adequação daqueles que lidam com dados

possíveis às diretivas da LGPD é de suma importância, visto que a violação da norma, ainda mais se houver dano ao titular dos dados, trará, certamente, a responsabilização pelos atos e consequências.

4 LGPD x GDPR: principais diferenças

A LGPD foi fortemente influenciada pela GDPR, trazendo muito mais semelhanças do que diferenças em relação aos seus textos legais. Ambas são normativas que buscam unificar os inúmeros regulamentos e publicações anteriores que tentavam governar a temática dos dados pessoais, ainda que esparsamente.

No entanto, é possível perceber que, diferentemente da versão Europeia, onde a norma evoluiu de uma diretiva já formada e amadurecida há vários anos, a lei brasileira surge como primeira legislação efetivamente reguladora, de forma ampla, pressionando uma mudança cultural no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais. Obviamente, foi a entrada em vigor da GDPR que impulsionou a LGPD, vez que, nas questões globalizadas de dados, a ausência da legislação poderia trazer prejuízos às relações internacionais econômicas em todo o país.

É possível notar a similaridade das leis em seus textos:

A LGPD e o GDPR têm muito mais pontos de convergência do que diferença. A título ilustrativo, ambos apresentam disposições semelhantes em relação ao consentimento dos titulares dos dados pessoais, ônus da comprovação da obtenção do consentimento, direito de informação dos titulares, portabilidade de dados, responsabilidade dos agentes, indicação do encarregado pelo tratamento dos dados e previsão de parâmetros de segurança para o seu tratamento, guarda e manuseio. (MACHADO; SANTOS; PARANHOS, 2018 [online])

No entanto, alguns pontos de divergência merecem destaque. Quanto ao tratamento dos dados sensíveis, é possível verificar certa diferença no texto legal. A GDPR proíbe o tratamento dos dados sensíveis, trazendo, em seus artigos, as exceções a essa regra, enquanto a LGPD permite o tratamento nas hipóteses lá previstas, dispondo ainda sobre a possibilidade de tratamento dos dados sensíveis sem o consentimento do titular.

Outra diferença está na necessidade de consentimento dos responsáveis legais para titulares de dados que ainda não completaram a maioridade, sendo possibilitado o consentimento pessoal de maiores de 16 anos, segundo a GDPR, e necessário o consentimento do responsável para menores de 18 anos, conforme a LGPD.

Quanto às políticas de proteção de dados, enquanto a GDPR obriga os controladores de dados a adotar medidas para assegurar o tratamento dos dados conforme a legislação, a lei brasileira prevê tal implementação como uma faculdade do controlador de dados.

Em relação aos representantes, a LGPD permite a notificação e intimação da empresa estrangeira para os atos processuais na pessoa do agente, representante ou responsável pela filial, agência, escritório ou estabelecimento instalado no Brasil. Já na GDPR, está prevista a necessidade de o controlador constituir, por escrito, um representante em um dos seus Estados-Membros.

Há também uma diferença no que se refere à responsabilidade do controlador e do operador. Enquanto a lei europeia prevê duas possibilidades de responsabilização, quais sejam, quando a pessoa física ou jurídica não estiver envolvida no tratamento de dados e quando, a despeito do dano, o tratamento foi realizado em conformidade com a lei, a LGPD prevê uma terceira hipótese, que é quando os agentes comprovarem que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular ou de terceiros.

Alguns outros temas, como a questão de tratamento dos dados em marketing direto, a relação contratual entre operadores e controladores, hipóteses obrigatórias de confecção de relatório de impacto e questões relativas a transferência internacional de dados não foram objeto de determinação na LGPD, a qual inscreve apenas algumas diretrizes, sendo tratadas com maior carga na GDPR.

Talvez a diferença que mais impacta na aplicação da LGPD seja a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), porém os dispositivos que previam sua criação foram vetados, por se tratar de medida de iniciativa privativa do Presidente da República. Já o regulamento europeu criou o Comitê Europeu para Proteção de Dados, responsável pela correta aplicação da legislação e em pleno funcionamento.

De forma a contornar essa dificuldade legislativa brasileira, foi apresentada a Medida Provisória nº 1124, em 14 de junho de 2022, a qual transforma a ANPD em uma autarquia de natureza especial, mantendo a estrutura e competências previstas na LGPD. A medida ainda está em tramitação legal, em regime de urgência, e aguarda deliberação do plenário.

Apesar da dificuldade quanto à atividade da autoridade reguladora, os outros dispositivos da LGPD já estão em vigor desde 1º de agosto de 2021, havendo chegado ao judiciário inúmeros processos que tem como discussão matérias afetas à referida lei. A expectativa é que, ainda nesse

mês de outubro, já haja a incidência de aplicações das multas e sanções administrativas previstas na LGPD, as quais ainda não foram determinadas em razão da ausência de regulamentação quanto ao cálculo das penas previstas.

De tal forma, muito brevemente será possível a exigência, através de medidas penalizadoras, de que as instituições e aqueles que são operadores de dados pessoais estejam adequados a uma governança confiável de informações. A maturidade da lei certamente virá com regulamentação completa e exigível da norma.

5 Considerações finais

É possível notar que a GDPR se trata de uma norma mais madura e mais detalhada que a norma brasileira, até mesmo em razão de aquela ser fruto de normativas já vigentes na Europa, cultuadas há mais de vinte e cinco anos. Por outro lado, muitas são as semelhanças nos seus textos, deixando claro que a norma nacional veio para estar adequada à evolução tecnológica e aplicação legal nas questões de tratamentos de dados.

Há, portanto, muita expectativa em relação à sua efetiva aplicação, quanto à interpretação de seus dispositivos e, principalmente, quanto à fiscalização de seu cumprimento. É de se notar que a legislação não está mais Tateando em solo desconhecido e a adequação daqueles que lidam com dados já está (ou deveria estar) caminhando.

As informações pessoais são de propriedade de seus titulares e cabe a eles, pelo menos na maior parte das vezes, a decisão e o consentimento de seu uso. Com a conscientização do consumidor, titular dos dados, tem-se a certeza de que logo surgirão os questionamentos do uso dos seus dados e, conseqüentemente, as exposições de casos de irregularidades, culminando em um maior controle e responsabilização quanto ao tratamento adequado de informações.

Inevitável se pensar em novas premissas de segurança de informação, as quais tenham por base o respeito aos direitos fundamentais que tratam da formação da personalidade. Estes direitos estão enraizados em toda a estrutura da LGPD e sobressaem quando em conflito com várias outras normativas, por estarem iluminados pelo brilho Constitucional. Aliás, mais do que isso, os direitos fundamentais estão convencionalizados internacionalmente, fazendo parte da humanidade como um todo. Logo, o caminho certo é que o progresso, principalmente tecnológico, não seja o

regresso da proteção dos direitos pessoais.

Referências

BATAGINI, Gustavo. Princípios da LGPD aplicáveis ao tratamento de dados (partes 1 e 2). Disponível em <https://gustavob93.jusbrasil.com.br/artigos/1100350732/principios-da-lgpd-aplicaveis-ao-tratamento-de-dados-parte-1> e em <https://gustavob93.jusbrasil.com.br/artigos/1108443811/principios-da-lgpd-aplicaveis-ao-tratamento-de-dados-parte-2>. Acesso em 11/10/2022.

BIONI, Bruno Ricardo. Compreendendo o conceito de anonimização e dado anonimizado. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 21, nº 53, p. 191-201, Janeiro-Março/2020. Disponível em https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/ii_9_anonimiza%C3%A7%C3%A3o_e_dado.pdf?d=637250349860810398. Acesso em 11/10/2022.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em 11/10/2022.

BRASIL. **MPV 1124/2022**, de 14 de junho de 2022. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2328115>. Acesso em 11/10/2022.

CÁTEDRA. GDPR: o que é e qual a diferença em relação à LGPD? Disponível em <https://idcatedra.com.br/2021/08/gdpr-o-que-e-e-qual-a-diferenca-em-relacao-a-lgpd/#:~:text=A%20LGPD%20e%20o%20GDPR,cidad%C3%A3o%20membro%20da%20Uni%C3%A3o%20Europeia>. Acesso em 11/10/2022.

CHAVES, Marcelo Mello. “A conta, por favor”: a hora da verdade para a LGPD. Publicado em 08 de agosto de 2022. Disponível em <https://canalmynews.com.br/brasil/a-conta-por-favor-a-hora-da-verdade-para-a-lgpd/>. Acesso em 11/10/2022.

CORRÊA, Amanda Matioli. Advento da Lei Geral de Proteção de Dados - Lei nº 13.709/18. Disponível em <https://amandamatiolic.jusbrasil.com.br/artigos/911318282/advento-da-lei-geral-de-protecao-de-dados-lei-n-13709-18>. Acesso em 11/10/2022.

DRZ. Diferenças entre a GDPR e a LGPD. Disponível em <https://drz.global/blog/diferencas-entre-a-gdpr-e-a-lgpd/>. Acesso em 11/10/2022.

FIGUEIREDO, David. LGPD e Pessoas Naturais. Disponível em <https://davidfadv.jusbrasil.com.br/artigos/711822509/lgpd-e-pessoas-naturais>. Acesso em 11/10/2022.

MACHADO, José Mauro Decoussau; SANTOS, Matheus Chucric Dos; PARANHOS, Mario Cosac Oliveira. **Lgpd E Gdpr: Uma Análise Comparativa Entre As Legislações**. Publicada em 2018. Disponível em <https://www.pinheironeto.com.br/publicacoes/lgpd-e-gdpr-uma-analise-comparativa-entre-as-legislacoes>. Acesso em 11/10/2022.

MACHADO, Ralph. **Medida provisória transforma a Autoridade Nacional de Proteção de Dados em autarquia**. Publicado em 14 de junho de 2022. Disponível em [https://www.camara.leg.br/noticias/886604-medida-provisoria-transforma-a-autoridade-nacional-de-protecao-de-dados-em-autarquia/#:~:text=A%20Medida%20Provis%C3%B3ria%201124%2F22,ter%C3%A7a%2Dfeira%20\(14\)..](https://www.camara.leg.br/noticias/886604-medida-provisoria-transforma-a-autoridade-nacional-de-protecao-de-dados-em-autarquia/#:~:text=A%20Medida%20Provis%C3%B3ria%201124%2F22,ter%C3%A7a%2Dfeira%20(14)..) Acesso em 11/10/2022.

MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Ópice. **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada**. Viviane Nóbrega Maldonado, Renato Opice Blum, coordenadores. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2019, p. 89 e 90. <https://advocaciadeboramn.jusbrasil.com.br/artigos/728965462/conceito-de-dados-pessoais-abarcados-pela-lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais-lgpd>

MODERNO, Consumidor. Em que pé estão as leis de proteção de dados no mundo. Publicado em 08 de fevereiro de 2021. Disponível em <https://www.consumidormoderno.com.br/2021/02/08/em-que-pe-estao-as-leis-de-protecao-de-dados-no-mundo/#:~:text=A%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20europeia%2C%20em%20portugu%C3%AAs,o%20pr%C3%B3prio%20texto%20da%20LGPD>. Acesso em 11/10/2022.

MONTEIRO, Renato Leite. O que você realmente precisa ler para atuar com Privacidade e Proteção de Dados. Disponível em <https://jotainfo.jusbrasil.com.br/artigos/717704162/o-que-voce-realmente-precisa-ler-para-atuar-com-privacidade-e-protecao-de-dados>. Acesso em 11/10/2022.

NASCIMENTO, Débora Minuncio. Conceito de Dados Pessoais abarcados pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

Publicado em: 5 de julho de 2019. Disponível em <https://advocaciadeboramn.jusbrasil.com.br/artigos/728965462/conceito-de-dados-pessoais-abarcados-pela-lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais-lgpd>. Acesso em 11/10/2022.

PESTANA, Marcio. Os princípios no tratamento de dados na LGPD (Lei Geral da Proteção de Dados Pessoais). Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-marcio-pestana-lgpd.pdf>. Acesso em 11/10/2022.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.639.

Capítulo 23

AS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA SUPERVALORIZAÇÃO E CONSEQUENTE FRAGILIZAÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL DESCRITA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Valéria Silva Rocha¹

1 Introdução

Prova testemunhal é considerada um dos principais meios de prova utilizados no processo penal, de forma corriqueira, é tomada como única ou até mesmo exclusiva forma de condenação do denunciado.

Devidamente regulamentada no ordenamento jurídico pátrio, sob artigos 202 a 225 do Código de Processo Penal, a prova testemunhal, desempenha um papel de suma relevância na aquisição de conhecimento, as crenças dos indivíduos estão embasadas nas palavras de outras pessoas e não propriamente em seus comportamentos.

Pela facilidade da utilização da prova testemunhal e ausência de recursos por parte do Estado, assim como a lentidão em dar impulso aos processos criminais. Referida prova por ser realizada de forma oral é considerada a mais frágil de todas.

Ademais, a legislação processual afirma que toda pessoa poderá ser testemunha. Cabe salientar que o relato testemunhal por diversas vezes é equiparado a um meio de prova técnico científico, assim como é a prova pericial.

Ruço, destaca que “os acontecimentos que desfilam perante os olhos de uma pessoa (testemunha) impressionam sua retina e, seguidamente, vão alternando o conteúdo de sua memória, onde se vão juntar a outras recordações”.²

1 Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2018). Especialista em Ciências Criminais pela PUC MG (2022). E-mail: valeriasr.adv@gmail.com

2 RUÇO, Alberto Augusto Vicente. *Prova e Formação da Convicção do Juiz*. Coimbra: Al-medina, 2016. p.72.

O que merece destaque neste tópico é a relação direta que existe entre a credibilidade de um testemunho e a memória da pessoa que presenciou o fato.

Considerando a complexidade envolvida na prova testemunhal, o Código de Processo Penal não dispõe de todo aparato material e processual para dar conta de um procedimento que leve em conta toda a complexidade envolvida no campo da psicologia testemunhal.

Logo, a verdade real no processo penal é tida como um mito, tendo em vista que a verdade é relativa para cada indivíduo, e por isso há a necessidade de tramitação de um processo.

Os sentidos humanos possuem percepção limitada do mundo e do que ocorre ao seu redor. Portanto, não a realidade ao seu redor é inteligível a quem observa, mesmo que diretamente³.

Devido à escassez de recursos por falta do Estado, o Judiciário não possui armas aptas o suficiente ao combate da fragilização desta prova. Em razão da morosidade estatal em julgar as demandas, a prova testemunhal perde sua relevância com o passar do tempo até que sua utilização em juízo seja utilizada, além a sujeição da incidência das falsas memórias que maculam o processo.

O presente texto tem como objetivo analisar as consequências das falsas memórias como forma de fragilização da prova testemunhal, bem como sugerir ideias para uma melhor prestação jurisdicional.

2 Da prova testemunhal no Código De Processo Penal

Como já exposto, há previsão da prova testemunhal no Código de Processo Penal, no título VII, capítulo VI – Das testemunhas, arts. 202 a 225.

O art. 203 estabelece a necessidade de advertir a testemunha antes de prestar seu depoimento sobre a promessa de dizer a verdade como forma efetiva de controle da prova testemunhal.

A legislação processual penal traz em seu art. 207 as pessoas proibidas de depor. São elas as que: em razão da função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, que apesar de proibidas não deixam de configurar como testemunha nos autos do processo.

3 KHALED JR., Salah Hassan. O juiz e o historiador na encruzilhada da verossimilhança: ambição de verdade no processo penal. Dissertação de mestrado, com orientação de Aury Lopes Jr. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008, p. 205

Já o art. 206 do Código de Processo Penal prevê a obrigatoriedade de depoimento das testemunhas de testemunho por pessoas obrigadas a depor sob pena de condução coercitiva.

O art. 204, dispõe que o depoimento seja prestado de forma oral, proibindo-se à testemunha fazê-lo por escrito.

O art. 210 estabelece a necessidade de oitiva individual de cada testemunha, de forma que umas não saibam nem ouçam os depoimentos umas das outras, a fim de que possa ser evitado o *efeito de conformidade* e a incorporação de um testemunho na memória da outra testemunha.

O art. 212 informa que as perguntas serão formuladas diretamente pelas partes às testemunhas, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, nem ter correlação com os fatos ou até mesmo importarem repetição de outra pergunta já respondida.

Importante ressaltar que o art. 212 veda perguntas sugestivas, no entanto, prevê a possibilidade de o juiz completar a inquirição das testemunhas sobre pontos não esclarecidos.

O art. 213 afirma que o juiz vedará qualquer apreciação pessoal realizada pela testemunha, exceto quando indispensáveis para a narrativa dos fatos.

O Código de Processo Penal, em seu art. 214, estabelece a chamada contradita como forma de impugnar as testemunhas suspeitas.

3 Das falsas memórias

Segundo Mazzoni e Scoboria (2007, p. 788) falsa memória se trata de qualquer instância na qual a memória é reportada a um evento ou componente de um evento que não tenha sido experimentado.

Já Santos e Stein (2008, p.415) afirmam que falsas memórias são “um tipo de distorção mnemônica que consiste na recuperação de eventos que nunca ocorreram”.

Como já mencionado, devido a escassez de recursos judiciais assim como a morosidade judiciária, as testemunhas vão se esquecendo dos detalhes do real acontecimento dos fatos incorporando uma versão mais dramática e emocional.

Cabe salientar que a criação das falsas memórias faz parte do processo biológico e natural do ser humano, segundo ensinamentos de Stein et al., 2010, p.27, é parte das funções da memória lembrar, esquecer

e produzir falsas memórias.

Stein e Neufeld (2001, p.180-181) informam que falsas memórias espontâneas ou autossugeridas se configuram como um processo interno do indivíduo, sendo parte do mecanismo de funcionamento da memória.

Além disso, estudos da psicologia e neurociência consolidam a ideia de que a memória humana subjetiva imagens percebidas além de contaminar inúmeras outras ideias que podem distorcer a realidade presenciada dos fatos. A memória literal é perdida com o tempo e o significado e a essência do fato vivido se destoa, a partir daí a pessoa cria em sua cabeça uma própria história e crê nela.

As falsas memórias são influenciadas a partir do âmbito externo que consistem em falsas informações absorvidas pelo indivíduo. Stein, (et al, 2010, p.26) aduz que “nossa memória é suscetível à distorção mediante sugestões de informações posteriores aos eventos. Além disso, outras pessoas, suas percepções e interpretações podem influenciar a forma como recordamos os fatos”.

O sistema neural humano é muito suscetível às falsas memórias, convém destacar que o simples comentário poderá acionar o sistema neural de uma pessoa fazendo com que esta possa se confundir devido a informação falsa que lhe foi agregada como verdadeira.

Falsas memórias não são mentiras, são apenas associações distintas realizadas pela mente de forma inconsciente ou sugeridas por fatores externos. O indivíduo que possui falsas memórias acredita fielmente que o que está sendo narrado é verdade, por isso as falsas memórias maculam qualquer tentativa de verossimilhança entre o narrador dos fatos e a situação presenciada.

Inúmeras práticas forenses e policiais colaboram para o desenvolvimento das memórias falsas, dentre eles citam-se o decurso do tempo, procedimento de evocação da recordação.

Quando ao fator negativo do transcurso do tempo relacionado a prova testemunhal, as professoras Lilian M. Stein e Maria Lúcia Nygaard apotam:

[...] os avanços das pesquisas em Psicologia Experimental Cognitiva, na última década, possibilitaram a confirmação científica e, hoje em dia, inquestionável, de que o transcurso do tempo pode transformar as lembranças. Essas recordações sobre eventos vividos podem ser distorcidas internamente ou por sugestões externas (intencionais ou

acidentais).”⁴

Giacomoli e Gesu⁵ acrescentam inúmeros fatos que podem contaminar a prova penal, como a mídia, o viés do entrevistador, o subjetivismo do magistrado

As sanções de natureza penal causam intensas gravidades na vida do indivíduo, e justamente por isso é necessário buscar medidas que possibilitem a neutralização ou redução dos erros nos atos decisórios, com intuito de que seja minimizadas as condenações e sanções impostas a indivíduos inocentes por equívocos em depoimentos testemunhais.

Por isso é necessário, revisar as práticas judiciais bem como a própria legislação de forma aprofundada no conhecimento a respeito do tema, com o fim de neutralizar ou diminuir as consequências, adentrando de forma profunda em outras disciplinas e ciências, como a neurociência e a psicologia, a fim de que se busquem medidas e soluções efetivas que diminuam o efeito das falsas memórias do Processo Penal.

4 Da fragilidade da prova testemunhal no Processo Penal

Nas palavras de Adalberto Aranha⁶, a prova testemunhal judicial tem a função de depor sobre fatos caídos sob seus sentidos relativos ao objeto do litígio, já Cristina Di Gesu⁷, explicita que por mais credibilidade que possa conter o depoimento de uma testemunha, sua adesão sempre será discutível, tendo em vista, que seu relato será objeto de controvérsia em virtude daquele que não foi convencido.

Já Mittermayer⁸ afirma que mesmo que a testemunha contenha a maior boa vontade do mundo, pode ainda alegar fatos puramente imaginários e produzidos por sua memória.

Cabe destacar que a prova testemunhal possui credibilidade de

4 STEIN, Lilian M. e NYGAARD, Maria Lúcia C. A memória em julgamento: uma análise cognitiva dos depoimentos testemunhais. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais - IBCCRIM. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, nº 43, ano 11, p. 153.

5 GIACOMOLLI, Nereu José e GESU, Cristina Di. As falsas memórias na reconstrução dos fatos pelas testemunhas no processo penal. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília/DF, em novembro de 2008.

6 ARANHA, Adalberto J. Q. T. de Camargo. Da prova no processo penal. São Paulo, 2006, p. 158

7 GESU, Cristina Di. Prova Penal e Falsas Memórias. Porto Alegre: Lúmen Júris, 2010, 1ª edição, p. 31.

8 MITTERMAIER, C. J. A. Tratado da prova em matéria criminal. Tradução de Herbert Wüntzel Heinrich. Campinas: Bookseller, 1997, p. 233.

mera função, no entanto, os magistrados na hora da prolação da sentença esquecem-se deste fato. Portanto, não há fidedignidade nos autos do processo quando se trata somente de condenação por prova testemunhal haja vista as inúmeras possibilidades de falhas e infidedignidades constantes no depoimento, que por vezes incapaz de expressar a realidade fática.

A prova testemunhal tem natureza frágil. Nas palavras do criminalista Paulo Sérgio Leite Fernandes “o testemunho de quem está envolvido nos fatos não serve de comprovação de prova alguma”. Aduz ainda que para que a prova seja forte é necessário que a testemunha seja desinteressada sobre os fatos.

Nas palavras do professor Damásio, todo conhecimento factual necessário para o raciocínio existe na memória sob forma de *representações dispositivas*, e chega à mente sob a forma de imagens (visuais, auditivas, olfativas, etc), que podem ser perceptivas, evocadas a partir do passado ou evocadas a partir de planos para o futuro⁹. As imagens perceptivas se formam, inicialmente, na medida em que os sinais emitidos por determinados setores do corpo (olho e retina, terminações nervosas etc) são transportados por neurônios, através de várias sinapses eletroquímicas, para o cérebro, e, assim, estes sinais são recebidos pelos córtices sensoriais iniciais¹⁰, o que gera representação topográfica organizada.

Ademais, é necessário destacar a existência de um *mundo paralelo*, integrante da psique ainda não descoberto constante no inconsciente que por si só justificam a fragilidade da prova testemunhal¹¹.

Diante de uma situação desagradável, o ego do ser humano cria inúmeros mecanismos defensivos da personalidade que podem acabar afetando a percepção, a memorização e a narrativa aquela situação de angústia vivenciada.

Apesar do sistema judiciário adotar a imparcialidade do juiz como norma precípua, cabe mencionar que como entrevistador da testemunha

9 DAMÁSIO, Antonio R. **O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano**. Trad. Dora V. e Georgina S. São Paulo: Cia. Das Letras, 2006, p. 123-127.

10 Os córtices sensoriais iniciais são pontos de entrada circunscritos no cérebro que fazem parte da maquinaria perceptiva, e constituem a fonte das imagens mentais. Eles formam uma aliança dinâmica, gerando representações topograficamente organizadas, que mudam sempre em conformidade com o tipo e com a quantidade de informações de entrada. (DAMÁSIO, Antonio R. **O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano**. Trad. Dora V. e Georgina S. São Paulo: Cia. Das Letras, 2006, p. 117 e 125).

11 SEGER, Mariana da Fonseca, JÚNIOR, Aury Lopes. Prova testemunhal e Processo Penal: A fragilidade do relato a partir da análise da subjetividade perceptiva e do fenômeno das falsas memórias. 2006, p. 7. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/mariana_seger.pdf. Acesso em 27 maio 2022.

há o que a doutrina chama de subjetivismo do julgador, posto que imparcialidade não se confunde com neutralidade, sendo, portanto, o juiz um mero reproduzidor de textos legais¹².

O professor Prado, ao mencionar Jerome Frank aduz:

[...] os fatos nunca são observados diretamente pelo juiz, que tem deles um conhecimento indireto, através dos depoimentos das testemunhas, da análise dos documentos, das opiniões dos peritos, etc. [...] o juiz, ao analisar um depoimento, deixa-se influir, inconscientemente, por fatores emocionais de simpatia, de antipatia, que se projetam sobre as testemunhas, os advogados e as partes. As experiências anteriores do julgador também podem acarretar reações inconscientes favoráveis ou desfavoráveis a respeito de mulheres ruivas ou morenas, de homens com barba, de italianos, ingleses, padres, médicos, de filiados a determinado partido político, por exemplo [...]¹³

Logo, consta-se que há inúmeros fatos que influenciam na contaminação da prova penal o que causa a fragilidade da prova testemunhal, principalmente quando usada de forma única e exclusiva no convencimento do magistrado para condenação de um indivíduo. Em face disso deverá haver cautela e conhecimento dos processos mnemônicos nos procedimentos de reconhecimento do acusado por vítimas/testemunhas.

5 Das medidas alternativas que poderão ser usadas para reduzir/neutralizar os danos causados pela prova testemunhal

Como já demonstrado neste estudo a prova testemunhal é frágil, passível de inúmeras contaminações, principalmente nos crimes onde não há evidências materiais ou aqueles em que há uma carga majorada na palavra da vítima.

Na prática do processo penal, referida prova é utilizada por diversas vezes como forma exclusiva no convencimento do magistrado na hora da prolação da sentença, o que faz com que haja consequências bastantes graves como a de condenar um inocente, acabar com sua reputação ou até mesmo com a profissão da pessoa.

Uma das formas mais eficientes de reduzir ou até mesmo neutralizar as consequências causadas pelo depoimento, encontra-se pautadas nas

12 GIACOMOLLI, Nereu José e GESU, Cristina Di. As falsas memórias na reconstrução dos fatos pelas testemunhas no processo penal. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília/DF, em novembro de 2008.

13 PRADO, Lúcia Reis de Almeida. O Juiz e a Emoção: Aspectos da Lógica da Decisão Judicial. Campinas: Editora Millennium, 2º edição, p. 19.

técnicas de entrevistas embasadas em conhecimento científico acerca do funcionamento da memória.

A entrevista cognitiva surge como forma de aperfeiçoar os procedimentos de oitiva tradicionais, tomando em conta os conhecimentos da Psicologia Social e Cognitiva, objetivando a colheita de depoimentos concretos, precisos e natureza literal, rico em detalhes.

A oitiva realizada no Brasil é denominada “entrevista padrão”, que se subdivide em narrativa e interrogativa¹⁴. A fase narrativa reduz o risco de contaminação pois não induz o protagonista, já na interrogativa há formulação de perguntas abertas, as quais há excessiva probabilidade de contaminação, tendo em vista maior poder de persuasão.

Já a entrevista cognitiva, reduz os riscos de contaminação probatória tendo em vista limitação das falsas memórias. Nesta entrevista os interlocutores são devidamente treinados para monitorar as condutas das testemunhas no momento das oitivas da testemunha ou vítima, evitando o uso de perguntas fechadas e demais tendenciosas¹⁵.

Nas palavras do professor Aury Lopes Júnior e Mariana da Fonseca Seger:

Considerando-se a relação custo-benefício, acreditamos que uma prova oral obtida com maior qualidade técnica, por meio da técnica de entrevista cognitiva (ainda que somente em seus elementos estruturais de essência), pode ajudar a trazer um avanço social imensurável, o que, de certa forma, compensaria excepcionais desvantagens do procedimento¹⁶.

Outra sugestão proposta na melhoria da prestação jurisdicional de forma eficiente a neutralizar as falsas memórias, encontra-se no caminho a ser seguido descrito no art. 226 do Código de Processo Penal (reconhecimento de pessoas e coisas).

A autora Cristina di Gesu também sugere a gravação dos depoimentos prestados pelos sujeitos processuais também na fase pré-processual como forma de melhoria na obtenção da qualidade da prova¹⁷.

14 DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias, p. 169.

15 STEIN, Lilian M., e Colaboradores. Falsas Memórias – Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas, p. 223.

16 SEGER, Mariana da Fonseca, JÚNIOR, Aury Lopes. Prova testemunhal e Processo Penal: A fragilidade do relato a partir da análise da subjetividade perceptiva e do fenômeno das falsas memórias. 2006, p. 7. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/mariana_seger.pdf. Acesso em 27 maio 2022.

17 REIS, Ângelo Maciel Santos, DOURADO, Luísa Gualberto. A fragilidade da prova testemunhal no processo penal com base na teoria das falsas memórias. 2018. ANAIS 21ª SEMOC,

Logo, cabe aos operadores do direito a aplicação das demais áreas da ciência, como a neurociência e até mesmo a psicologia para fomentar medidas e soluções que diminuam as falsas memórias, colaborando para um processo mais justo, célere e efetivo.

Referências

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro**. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 58/59.

ARANHA, Adalberto J. Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. São Paulo, 2006, p. 158.

DAMÁSIO, Antonio R. **O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano**. Trad. Dora V. e Georgina S. São Paulo: Cia. Das Letras, 2006, p. 123-127.

DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**.

GESU, Cristina Di. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Porto Alegre: Lúmen Júris, 2010, 1ª edição, p. 31.

GIACOMOLLI, Nereu José e GESU, Cristina Di. As falsas memórias na reconstrução dos fatos pelas testemunhas no processo penal. **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**, realizado em Brasília/DF, em novembro de 2008.

GUARAGNI, Fábio André. **Falsas memórias no processo penal: a incidência de falsas memórias na prova testemunhal**. Revista Jurídica Unicuritiba. Curitiba.V.02, n.59, p.181-209, Abril-Junho. 2020 [Received/Recebido: Novembro 13, 2018; Accepted/Aceito: Agosto 22,2019].

KHALED JR., Salah Hassan. O juiz e o historiador na encruzilhada da verossimilhança: ambição de verdade no processo penal. **Dissertação de mestrado**, com orientação de Aury Lopes Jr. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008, p. 205

MASSENA. Caio Badaró. **A prova testemunhal no Processo Penal brasileiro: Uma análise a partir da epistemologia e da psicologia do**

testemunho. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol.156. Ano 27. p. 23-59. São Paulo: Ed. RT, junho 2019.

MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal.** Tradução de Herbert Wüntzel Heinrich. Campinas: Bookseller, 1997, p. 233.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O Juiz e a Emoção:** Aspectos da Lógica da Decisão Judicial. Campinas: Editora Millennium, 2º edição, p. 19.

REIS, Ângelo Maciel Santos, DOURADO, Luísa Gualberto. A fragilidade da prova testemunhal no processo penal com base na teoria das falsas memórias. 2018. **ANAIS 21ª SEMOC**, Salvador, 22 a 26 de outubro de 2018. Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/1125/1/Enfrentamento%20da%20homofobia%20sob%20a%20perspectiva%20da%20justi%C3%A7a%20restaurativa.pdf>. Acesso em 27 maio 2022.

RUÇO, Alberto Augusto Vicente. **Prova e Formação da Convicção do Juiz.** Coimbra: Al-medina, 2016. p.72.

SEGER, Mariana da Fonseca, JÚNIOR, Aury Lopes. **Prova testemunhal e Processo Penal:** A fragilidade do relato a partir da análise da subjetividade perceptiva e do fenômeno das falsas memórias. 2006, p. 7. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/mariana_seger.pdf. Acesso em 27 maio 2022.

SEGER, Mariana da Fonseca, JÚNIOR, Aury Lopes. **Prova testemunhal e Processo Penal:** A fragilidade do relato a partir da análise da subjetividade perceptiva e do fenômeno das falsas memórias. 2006, p. 7. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/mariana_seger.pdf. Acesso em 27 maio 2022.

STEIN, Lilian M. e NYGAARD, Maria Lúcia C. A memória em julgamento: uma análise cognitiva dos depoimentos testemunhais. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais - IBCCRIM.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, nº 43, ano 11, p. 153.

STEIN, Lilian M., e Colaboradores. **Falsas Memórias:** Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas, p. 223.

Capítulo 24

NÃO MONOGAMIA E PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA: BREVE OLHAR SOBRE O DIREITO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES NAS RELAÇÕES DE AFETO MULTIPARENTAIS

Poliana Myriam Felipe Rodrigues de Santana¹

Mariana Aparecida da Silva²

1 Considerações iniciais

Com o advento da Constituição da República, em 1988, e a constante evolução das relações e interações humanas, o principal fator de formação familiar atualmente deixou de ser a existência de vínculo formal entre as pessoas, para dar lugar à afetividade. Novas configurações de estrutura familiar surgiram e surgem diuturnamente, muitas das quais sem que haja qualquer vínculo consanguíneo ou jurídico entre os membros que as compõem. Conceitos como monoparentalidade, anaparentalidade, parentalidade socioafetiva, antes sequer existentes ou pensados, passam a ter espaço nas discussões, tendo-se em vista o dinamismo do instituto família que, acompanhando as mudanças sociais, concebe-se como um universo não somente de assistência material, mas também de acolhimento e afetividade. Nesse contexto, a diversidade de sexos e gêneros, bem como a díade heterossexual não mais são elementos essenciais para a percepção conceitual da família.

Em um Estado de Direito eclético, que se propõe democrático, as pessoas que vivem em relações afetivas distintas do casamento, por livre escolha ou em virtude de circunstâncias existenciais, têm direito à garantia

1 Auditora do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Minas Gerais. Professora. Mestre em Administração Pública pela Universidade Federal de Lavras. Especialista em Auditoria Governamental pela Universidade Gama Filho. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Lattes <http://lattes.cnpq.br/8155337946911721> E-mail: polianamyriam@gmail.com

2 Advogada. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Cursando pós-graduação em Direito Criminal pela ESA-MG. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7378908637613372> E-mail: marianaasilva.adv@gmail.com

de sua dignidade humana, por meio do reconhecimento dessas relações como entidades familiares, sem restrições ou discriminações.

Entretanto, o reconhecimento de uniões de composição diversa da estrutura patriarcal convencionalmente monogâmica heterossexual como entidades familiares, esbarra em diversos preconceitos de ordem moral e social, ainda que sejam uma inegável realidade.

Apesar de as relações não-monogâmicas serem um fato social evidente, são uma vivência de discussão relativamente recente, não sendo abertamente aceitas por boa parte da sociedade. Não há também, no ordenamento jurídico brasileiro, qualquer menção expressa a essa espécie de união, entre as entidades familiares.

Surgem daí diversos pontos que merecem atenção, tendo-se em vista que o Direito de Família, enquanto ciência jurídica, uma vez sensível às mudanças na estrutural social, deve abarcar tantos fatos sociais quanto seja possível, resguardando os direitos dos indivíduos neles envolvidos.

Neste prisma, o objetivo deste estudo é apresentar brevemente a legitimidade das relações não-monogâmicas para discutir pontualmente, mormente sob o aspecto constitucional, o direito ao reconhecimento de multiparentalidade às crianças e adolescentes componentes de tais estruturas familiares.

2 O reconhecimento do direito de multiparentalidade para crianças e adolescentes integrantes de núcleos familiares não-monogâmicos

Dado o dinamismo das relações sociais – e do próprio tecido social – o Direito, enquanto instrumento regulador dos fatos e relações, também necessita ser dinâmico e adequar-se às necessidades da população e às modificações que ocorrem na sociedade em determinado período. Como fato social que são, as relações familiares também sofreram e sofrem alterações ao longo do tempo e, como fato jurídico, necessitam de proteção legislativa para resguardo de direitos das pessoas nelas envolvidas, sobretudo quando haja, no núcleo familiar, a presença de crianças e adolescentes.

Não-monogamia e relações não-monogâmicas, embora sejam tema que tem despertado interesse atualmente, não são uma configuração inédita de estrutura familiar. É importante destacar que outras formas de organização familiar antecederam o modelo de relacionamento conjugal atualmente dominante no ocidente, que é a relação monogâmica.

Consoante explica Engels, em tempos remotos, a organização tribal não distinguia os parceiros sexuais de cada indivíduo, pois, no seio das tribos “cada mulher pertencia igualmente a todos os homens e cada homem a todas as mulheres”. (ENGELS, 1984 p. 31). Engels (1984) afirma ainda que, embora possa parecer, tal fato não denota promiscuidade, mas uma característica do matrimônio por grupos, embora possa ter havido um período promíscuo na história da humanidade, quando da mudança do estágio animal para o humano.

A partir dessas organizações tribais, formaram-se, com o passar do tempo, segundo Engels (1984), as estruturas familiares consanguínea, punaluaana, sindiásmica e, num período histórico mais recente, a família monogâmica.

A organização familiar consanguínea, explica Engels (1984), estruturava-se por meio das relações entre os indivíduos se encontrassem no mesmo grau de parentesco uns dos outros, sendo entre si marido e mulher, de modo que era lícito o relacionamento sexual entre todos os avôs e avós, pais e mães, irmãos e irmãs e assim sucessivamente. Tal forma de organização familiar apresentou diversos problemas, inclusive quanto à evolução da espécie.

Pospondo-se a esse modelo, emergiu o sistema familiar punaluaano, que excluiu gradativamente as relações sexuais recíprocas entre pais e filhos, bem como entre irmãos. (ENGELS, 1894, p. 39). A partir daí, com proibição de relacionamento sexual entre filhos da mesma mãe, ocorre a ruptura entre as antigas comunidades domésticas e a consequente formação de outras comunidades. Uma vez proibidas as relações entre irmãos e irmãs, dentre estes os colaterais distantes, pela linha materna, explica Engels (1984) o grupo familiar se estrutura como um grupo fechado pela consanguinidade, em que parentes consanguíneos próximos não podem se casar entre si.

Ainda assim, as relações matrimoniais não eram monogâmicas. Na vigência do casamento por grupos o que se podia verificar é que “o homem tinha uma mulher principal (ainda que não se possa dizer que fosse uma favorita) entre suas numerosas esposas, e era para ela o esposo principal entre todos os outros” (ENGELS, 1984, p. 40)

A evolução do conceito de propriedade e a mudança na organização social levaram, com o passar do tempo, à vedação do matrimônio com parentes de qualquer grau, o que, de acordo com Engels (1984) inviabilizou o casamento por grupo, culminando na formação da família sindiásmica,

em que somente o homem tinha direito a estabelecer relações poligâmicas, ainda que não o fizesse com muita frequência por motivos de ordem econômica.

A partir do desenvolvimento do chamado Velho Mundo, especificamente quanto ao sistema familiar, a domesticação de animais e a criação de gado acarretaram no surgimento de novas relações sociais. (ENGELS, 1984 p. 52). Com a conversão das riquezas em propriedade particular da família em decorrência de atividades que o sistema patriarcal definiu como próprias do homem, a mulher passou a ser vista apenas como uma servidora, imagem que ainda subsiste hodiernamente em algumas culturas.

Em face de tais mudanças, a família transmudou-se de sindiásmica para monogâmica, o que é descrito por Engels (1984), como “um dos sintomas da civilização nascente” e, em conjunto com as relações monogâmicas, dá-se o surgimento da ideia de amor sexual individual.

Não é objetivo do presente capítulo discutir em profundidade os traços das relações monogâmicas, importando, neste aspecto, ressaltar apenas que essa forma de organização familiar levou ao enrijecimento e solidificação dos laços familiares, tendo os filhos, a princípio, paternidade indiscutível, posto que não se admitia à mulher a infidelidade conjugal.

Importa destacar também que, para a civilização romana, que é o berço jurídico do direito brasileiro, mulheres, adolescentes e crianças não gozavam de plena capacidade jurídica, posto estarem subordinados à autoridade familiar. Chaves (1988) explica que, mesmo aos homens que eram cidadãos (*status civitatis*), detentores de *status libertatis*, para o gozo da plena capacidade jurídica, era necessário o *status familiae*, ou seja, a independência de qualquer autoridade familiar. Assim, *sui iuris* somente o *pater*, com a consequente capacidade jurídica plena.

O direito brasileiro, acompanhando este modelo de organização patriarcal da sociedade que predominava até o século passado, considerava o casamento a base da organização familiar e somente os filhos havidos durante a constância do matrimônio eram reconhecidos como legítimos pelo ordenamento jurídico civil vigente à época.

Entretanto, com a evolução da sociedade e a existência de novas relações familiares, tal conceito tornou-se ultrapassado, demandando que o Direito, para acompanhar as mudanças sociais, conferisse proteção a novas formas de organização familiar. Por essa razão, a Constituição da República, além de envergar, no caput do artigo 226, um conceito aberto

de família, trouxe em seu bojo alterações na legislação brasileira, por meio do parágrafo sexto do artigo 227, com o objetivo de eliminar qualquer distinção existente entre filhos, independentemente da situação jurídica de seus pais. Essas alterações, para além de igualar direitos patrimoniais e sucessórios, alteraram toda a estrutura familiar.

Foi a partir dessa concepção plural de família e da igualdade no estado de filiação que foi possível o reconhecimento de novas estruturas familiares, como as uniões estáveis e homoafetivas, a socioparentalidade e as famílias poliparentais. Isso porque o Direito, para se tornar efetivo, deve acompanhar as mudanças sociais. Assim, para uma efetiva proteção da família, é primordial que a legislação acompanhe as modificações dentro deste instituto, trazidas por vários vetores, como a liberação sexual, a alteração dos padrões de conduta social, a desbiologização da paternidade, entre outros.

E para que a defesa dos interesses das famílias informalmente organizadas seja efetuada de forma mais ampla, é necessário considerar a possibilidade de reconhecimento pelo Estado da família originada a partir de relações estruturadas de maneira não convencional, incluindo as relações não-monogâmicas.

Especificamente quanto às crianças e adolescentes, que são o objeto de estudo neste capítulo, a compreensão destes como sujeitos de direitos, a igualdade no estado de filiação e a desbiologização do poder familiar têm importante papel na discussão.

Historicamente, nem sempre as crianças e adolescentes foram vistos como sujeitos de direitos. A partir do momento em que criança e adolescente foram reconhecidos como sujeitos de direitos, necessário alterar a situação legal e de garantias desses seres em condição peculiar de desenvolvimento, que necessitam de proteção dos pais, dos Estados, de organizações internacionais, para terem condições de crescer e se desenvolver de forma saudável e adequada.

Atualmente, entretanto, criança e adolescente são sujeitos de direitos como quaisquer outros seres humanos, tendo proteção assegurada por meio de vários tratados internacionais e disposições legais nacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a Declaração dos Direitos da Criança de 1959, a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Azambuja explica que a partir de então a vida e a criação da criança

e do adolescente assumem caráter de prioridade absoluta:

Com a vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, a sociedade, como um todo, assim como o sistema de Justiça Infanto-Juvenil, necessitou reestruturar-se a fim de atender as novas normas, embasadas no princípio de que a criança é pessoa em desenvolvimento, é sujeito de direitos e é prioridade absoluta. (AZAMBUJA, 2006, p. 2).

A priorização absoluta contida nos tratados internacionais anteriormente citados e nos textos legais nacionais englobam estruturas sociais básicas, serviços que deverão ser prestados pelo Estado, bem como institucionais e familiares, para que seja efetivado a proteção que se pretende atingir com tais normatizações.

Como exemplo os arts. 4º e 7º do ECA (BRASIL, 1990), que estabelecem como dever da família, do Estado e da sociedade a efetivação dos direitos individuais e sociais das crianças e adolescentes, além do direito convivência familiar e comunitária e ao nascimento e desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Em patamar constitucional, a Constituição da República (BRASIL, 1988) prevê em seu art. 227 que é dever do Estado, da família e sociedade assegurar à criança e adolescente, com absoluta prioridade, a convivência familiar e comunitária, entre outros direitos. Assegura, também, no §6º do supracitado artigo, igualdade para os filhos havidos ou não da relação de casamento.

Desde o advento da Constituição da República “ficou alargado o conceito de família ao dar juridicidade a relacionamentos fora do casamento, fazendo com que o casamento deixasse de ser o único bem jurídico amparado e constituidor de célula familiar” (ROCHA, FÉLIX, 2021, p.24). Consoante afirmado alhures, por essa razão é que o artigo 226 da Constituição da República prevê que a família tem especial proteção do Estado, englobando e reconhecendo tanto a família advinda do casamento, como também a união estável e a família monoparental.

Os cidadãos têm direito ao livre planejamento familiar (BRASIL, 1988), sendo que as famílias são evidentemente plurais e diferentes na sociedade e se modificam no decorrer do tempo. As relações familiares e conjugais não se limitam ao casamento na contemporaneidade, há também relações socioafetivas, em múltiplas formas de se relacionar e viver uma vida conjugal.

Além da união estável e da família monoparental já expostas e reconhecidas pela Constituição da República, há outras formas de relações

conjugais e familiares, como, por exemplo, o poliamor e as relações familiares socioafetivas.

O conceito apresentado por Rocha e Félix sobre o tema define polifamília como “um arranjo familiar no qual as pessoas relacionam-se consensualmente, honestamente, conjugalmente, intimamente, baseado no livre exercício da autonomia privada e na afetividade” (ROCHA; FÉLIX, 2021, p.25). Mais adiante esclarecem os autores que a “escolha pela polifamília tem base, essencialmente, na honestidade e na liberdade dos indivíduos que a escolhe.”. (ROCHA; FÉLIX, 2021, p.25).

Já na relação de poliamor, os envolvidos estão de acordo e cientes da não monogamia, não se confundindo com relação paralela sem conhecimento da outra parte, o que ocorre nos casos de infidelidade conjugal em relacionamentos monogâmicos.

Na legislação brasileira é possível encontrar, na Lei n. 11.340/06, a Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), a definição de família. Para a lei, o instituto abrange, de acordo com o art. 5º, II, além daquela entidade formada por laços de parentesco natural e afinidade, também a organização de pessoas que se unem por manifestação da vontade.

Exemplos de constituições diversas de família são a família constituída de uma mãe e um filho, uma avó e seu neto, duas pessoas do mesmo gênero, dois irmãos, as possibilidades são enormes, variadas e cambiantes, mas todas elas merecem ter seus direitos garantidos e resguardados no Estado Democrático de Direito Brasileiro, em conformidade com o que assegura a Carta Constitucional.

Nesse contexto, observa-se a presença da multiparentalidade, explicada por Araújo e Rodrigues como sendo a possibilidade de haver o registro civil da múltipla filiação,

O termo multiparentalidade, como o próprio nome indica, reporta-se à possibilidade de múltipla filiação registral, com todos os direitos e deveres a ela inerentes. Trata-se, pois, de um fenômeno jurídico contemporâneo, que busca, mais uma vez, alinhar o ordenamento jurídico a uma nova e sempre mutável realidade social. (ARAÚJO; RODRIGUES, 2021, p. 84).

Lages e Machado apresentam o conceito de multiparentalidade como “(...) o reconhecimento de que um indivíduo possa ter em seu registro de nascimento a inclusão de mais de um pai e/ou mais de uma mãe” (LAGES; MACHADO, 2020, p. 174). Em seguida destacam que se trata “de um modelo de família socioafetiva, ou seja, há a valorização da afetividade como um princípio, e, o vínculo biológico deixa de ser critério para o

reconhecimento da paternidade ou maternidade”. (LAGES; MACHADO, 2020, p. 174).

Araújo e Rodrigues (2021) chamam atenção para a importância e relevância da sociafetividade posterior ao nascimento e os papéis construídos nas relações, visto que as pessoas que contribuem para a formação e criação de um menor, ocupando espaços de afetividade, podem ocupar funções psíquicas incontroversas de maternidade/paternidade.

A norma deve atender à realidade e se adaptar e se modificar de acordo com ela, assim como a legislação, os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários. Devido à falta de previsão legal específica, os tribunais e boa parte da doutrina têm aplicado a legislação nacional já vigente aos casos de multiparentalidade.

Por exemplo, o Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002), em seu art. 1.636, estabelece que uma nova união contraída pelo pai ou pela mãe não leva à perda do poder familiar quanto aos filhos do relacionamento anterior, sendo que a autoridade parental deve ser exercida sem a interferência do novo cônjuge ou companheiro.

Deve-se também considerar todos os princípios que estão envolvidos nesses casos, como o da dignidade da pessoa humana, da liberdade de escolha, da liberdade de planejamento familiar, da vedação ao retrocesso, princípio da afetividade, da igualdade e respeito à diferença, todos esculpidos na Constituição da República e basilares do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Araújo e Rodrigues (2021, p.93) apresentam que os direitos gerados com o reconhecimento da multiparentalidade “não atingem apenas os envolvidos na relação direta paterno-filial, mas também todos os parentes a quem a lei estende a reciprocidade de direitos e deveres”.

Prosseguem dizendo que apesar do traço conservador fortemente detectado na sociedade, “as Cortes judiciais brasileiras, lentamente, passaram a considerar a sociafetividade como fator relevante para a consolidação de núcleos familiares (...)” (ARAÚJO; RODRIGUES, 2021, p. 94). Desta forma, superando entendimentos e ideias estáticas de matrimônio e vínculo exclusivamente biológico.

O reconhecimento da união estável pelo ordenamento jurídico brasileiro foi o primeiro grande passo nesse sentido, afinal, não se pode negar à família assim constituída os direitos fundamentais concedidos à matrimonial, tão somente porque naquela oriunda do casamento há registro formal da união do casal e nas uniões estáveis não há. Uma vez

reconhecida união estável heterossexual foi a vez das uniões homoafetivas receberem, em meados da década de 2000, especial atenção da jurisprudência e doutrina pátrias, buscando equiparação com as uniões heteroafetivas³ e, por consequência, paridade com o casamento. Passou-se também a discutir outras composições familiares e, na década seguinte, ganhou corpo a discussão⁴ sobre a proteção dos indivíduos em arranjos familiares anaparentais.

A partir do reconhecimento de novos arranjos familiares – e acompanhando a dinâmica social – viu-se a necessidade de proteção também à parentalidade socioafetiva, ante a maior visibilidade das formas alternativas de relacionamento e família. Entretanto, a maior parte das discussões sobre socioparentalidade concentra-se ainda em relações monogâmicas sucessivas e no direito ao reconhecimento da paternidade e maternidade afetivas por parte de padrastos em madrastas, no tocante à prole de tais relações.

Abordar relações não-monogâmicas é tema espinhoso; de um lado, enfrenta o que Klesse (2019) caracteriza como a demonização e estigmatização comuns de relações não-convencionais, dentro da política familiar conservadora, que concebe as relações multiafetivas exclusivamente por uma perspectiva prejudicial. De outro, a estrutura das relações não-monogâmicas que têm alcançado visibilidade parece indicar não uma ruptura com o sistema patriarcal socialmente estabelecido, mas sim uma lógica de reforço deste sistema, sendo os trisais e os relacionamentos abertos vistos como maneiras de legitimar o relacionamento masculino com múltiplas parceiras⁵.

Entretanto, eventual repúdio moral ou social pelas formas alternativas de composição familiar funda-se unicamente no fato das relações sociais serem marcadas predominantemente pela monogamia (não obstante marcada, em determinadas situações, pela infidelidade). Por essa razão, é que se criam resistências, face à crença de haver um dano potencial futuro por ausência de referências comportamentais e, por consequência, a possibilidade de ocorrerem sequelas de ordem psicológica nas crianças e nos adolescentes que sejam criadas em lares diversos dos convencionais.

3 Ver: DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade: o que diz a Justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003

4 Ver: KUSANO, Susileine. **Da família anaparental: do reconhecimento como entidade familiar**. Revista Âmbito Jurídico, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://bit.ly/3eCcXAD>

5 Ver: Moors, A. C., Matsick, J. L., & Schechinger, H. A. (2017). **Unique and shared relationship benefits of consensually non-monogamous and monogamous relationships: A review and insights for moving forward**. *European Psychologist*, 22(1), 55–71

Ainda que para o direito brasileiro, em termos de legislação, seja imprescindível para o reconhecimento do casamento ou da união estável, o que foi denominado por Engels (1984) como “amor sexual individual”, não pode o direito aplicado mostrar-se indiferente à realidade social. Em outras palavras, o preconceito com as relações plurais não pode agir como fator excludente de direitos aos indivíduos, sobretudo às crianças e adolescentes com as quais seja estabelecido vínculo afetivo de parentalidade em função destas relações.

Ademais, em termos de proteção à infância e adolescência, a legislação brasileira destaca o direito de serem criados e educados, no seio de uma família, e, nos termos do artigo 19 do ECA, “excepcionalmente, em família substituta” proibidas, conforme artigo 20 do mesmo diploma legal “quaisquer designações discriminatórias relativas à sua filiação”.

Assim, tendo-se na sociedade a presença de entidades familiares de estrutura distinta daquela prevista constitucionalmente, os princípios do Direito devem servir à realidade, aproximando a nova entidade, com base no conceito aberto que o instituto família detém, àquela que apresenta características afins a ela. Se a jurisprudência e doutrina admitem o reconhecimento de parentalidade sociofativa em uniões monogâmicas sucessivas, é direito das crianças e adolescentes que componham núcleos familiares não-monogâmicos, absoluta proteção por parte do Estado, priorizando seu bem-estar e convivência de forma digna na família que estiverem inseridos, reconhecendo-se vínculos de multiparentalidade resultantes de tais núcleos, bem como o acesso aos direitos destes vínculos decorrentes.

3 Conclusão

A partir do que foi discutido ao longo deste capítulo é possível concluir que existe a necessidade de despir-se de preconceitos e reavaliarem-se determinados conceitos em Direito de Família. É preciso que a sociedade entenda que o Direito, enquanto ciência, não pode prender-se ao moralismo exacerbado que a circunda, para encarar a existência da união entre múltiplas pessoas como um fato. É preciso, ainda, reconhecer a necessidade de amparo legal a esse tipo de união, que não pode ficar à mercê apenas de entendimento judicial.

A concepção de família, entretantes, dar-se-á sob uma nova ótica, que transcende o Direito de Família e que é acolhida pela Constituição da

República. O conceito de família expresso pela Constituição, em seu artigo 226, *caput*, é abrangente, e não pode ficar adstrito às relações monogâmicas entre homens e mulheres.

Tanto assim que, baseado nos fatos sociais contemporâneos, o legislador constituinte viu-se diante da necessidade de reconhecer a existência de entidades familiares fora do casamento e rompeu com o paradigma família-matrimônio, apresentando família sob o ponto de vista sociológico, que inadmite um conceito unitário, já que, a partir da Nova Ordem Constitucional, casamento e família são concebidos como realidades distintas.

E isso porque, para a Constituição, a família é protegida pela proteção a cada uma das pessoas que a integram. Sob a ótica constitucional, a família é um instrumento para realização do ser humano, antes de ser um instituto tutelado pelo Direito. A tutela jurídica é, pois, uma consequência da garantia aos direitos fundamentais do ser humano. Assim, assegurar tutela jurídica à família é, antes, tutelar juridicamente o ser humano, pois é por meio da proteção à família que o Estado protege a pessoa humana, dando-lhe dignidade e possibilitando seu desenvolvimento pleno.

Consequentemente é inadmissível a interpretação jurídica que privilegie uma forma de organização familiar em detrimento de outras, ou que vise tutelar apenas determinados arranjos familiares. Ao contrário, a interpretação das normas protetivas das relações familiares deve ser inclusiva, estendendo a proteção da lei a toda e qualquer entidade familiar, nos termos constitucionais, independentemente da origem e constituição da família.

Dessa forma, o reconhecimento da multiparentalidade decorrente das relações não-monogâmicas surge da necessidade de se proteger os interesses, incluso afetivos, mas também patrimoniais, de não excluir do âmbito do Direito qualquer relação originada de uma união que existe de fato, mas não tem amparo infraconstitucional por hora. Em se tratando de crianças e adolescentes, é ainda mais premente o resguardo aos seus direitos, porquanto seres em formação, para os quais o desamparo da lei pode trazer por consequência danos imensuráveis. É, acima de tudo, a única solução que se apresenta, como forma de se assegurar o preceito constitucional da igualdade.

Referências

ARAÚJO, Leonardo Weber Ribeiro; RODRIGUES, Vanessa de Oliveira. **Multiparentalidade: a família e a filiação como constructos sociais em permanente remodelagem e alguns desdobramentos no âmbito sucessório.** Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal, Brasília, vol. 3, n. 1, 2021, p. 73/98. Disponível em: <https://bit.ly/3s5PKKg> Acesso 05out22

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança?** Revista Virtual Textos & Contextos, nº 5, nov. 2006. Disponível em: <https://bit.ly/3s1OU0S> Acesso 08out22

BRASIL. Decreto-Lei n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre Direitos da Criança. Diário Oficial da União, Brasília, 21 nov. 1990. Disponível em: <https://bit.ly/3D4mc5M> Acesso 08out22

BRASIL. Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 13 jul. 1990. Disponível em: <https://bit.ly/3D5Ssp3> Acesso 08out22

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 5 de out. de 1988. Disponível em: <https://bit.ly/3ERJkG3> Acesso 08out22

BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 10 de jan. de 2002. Disponível em: <https://bit.ly/3s2iraX> Acesso 08out22

BRASIL. Lei n. 11.340 de 7 de agosto de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, 7 de agosto de 2006. Disponível em: <https://bit.ly/3D5T6Tv> Acesso 08out22

CHAVES, Antônio. **Adoção, adoção simples e adoção plena.** 4. ed. Campinas: Julex Livros Ltda, 1988. v. 1.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade: o que diz a Justiça.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado.** Trad. por Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984. Disponível em <https://bit.ly/3SjnHBK> Acesso 10out22.

KLESSE, C. (2019). **Polyamorous Parenting: Stigma, Social Regulation, and Queer Bonds of Resistance**. *Sociological Research Online*, 24(4), 625–643. <https://doi.org/10.1177/1360780418806902> Acesso 10out22

KUSANO, Susileine. **Da família anaparental: do reconhecimento como entidade familiar**. *Revista Âmbito Jurídico*, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://bit.ly/3eCcXAD> Acesso 06out22.

MOORS, A. C., MATSICK, J. L., & SCHECHINGER, H. A. (2017). **Unique and shared relationship benefits of consensually non-monogamous and monogamous relationships: A review and insights for moving forward**. *European Psychologist*, 22(1), 55–71. <https://doi.org/10.1027/1016-9040/a000278> Acesso 10out22

ROCHA, Filipe Caixêta Andrade; FÉLIX, Marcel Carlos Lopes. **No Brasil a monogamia não define família: polifamília em reconhecimento tardio**. *Revista Humanidades e inovação* v.8, n.48. 2021, p. 21/32. Disponível em: <https://bit.ly/3D6j5u8> Acesso 05Out22

UNICEF BRASIL, **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <https://uni.cf/3ERKlhl> Acesso 08out22

USP – Universidade de São Paulo, **Declaração dos Direitos da Criança – 1959**. Disponível em: <https://bit.ly/3D3Q4iP> Acesso 08 out. 22.

Capítulo 25

A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DA MEDIAÇÃO JUDICIAL E DA JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO FERRAMENTAS PEDAGÓGICAS PARA O ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA ESCOLAR

Carla Ribeiro Vaz de Melo¹

Elizabeth Damasceno de Souza²

Rodrigo Fialho Silva³

Rogéria Aparecida de Souza Oliveira⁴

Introdução

Conflitos e divergências de ideias não trabalhadas geram violência. A violência no ambiente escolar tem sido motivo de elevada preocupação dos atores sociais da área da educação, segurança pública, sociedade e autoridades de todas as esferas de poder na sociedade contemporânea. Como intervir para reduzir a violência escolar? A formação pedagógica dos professores os capacita para lidar com os conflitos? Quais ferramentas pedagógicas podem ser utilizadas para o manejo adequado construtivo dos conflitos? Essa tem sido a tônica das discussões atuais.

-
- 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 e em Docência, Ensino Remoto, Gestão e Tutoria na Educação a Distância pela FEAP – bethdamascenoap@gmail.com
 - 3 Professor da Universidade do Estado de Minas Gerais/UEMG - Unidade Leopoldina e da FEAP. Pós-doutorado em História pelo PPGH/ICH da Universidade Federal de Juiz de Fora/UFJF. Doutor em História Política e Mestre em História Social. fialhosilva@gmail.com
 - 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 – rogeriaaparecidas@gmail.com

Mais da metade dos professores e alunos de escolas públicas entrevistados em 2019 em São Paulo, relataram ter sofrido ou presenciado algum tipo de violência na escola (AGÊNCIA SENADO, 2022) e dados de 2022 indicam o aumento em 48% dessa realidade (OBSERVATÓRIO 3º SETOR). Essa é uma pequena amostra do problema que ocorre em todas as regiões do Brasil.

O presente capítulo constitui-se como revisão bibliográfica e relato de experiência concreta, resultado de um Projeto de Extensão de intervenção no Eixo de Direitos Humanos do curso de Direito da Faculdade de Ciências Gerenciais Alves Fortes, mantida pela Fundação Educacional de Além Paraíba, desenvolvido numa escola pública estadual, ambas situada na Zona da Mata mineira.

Por meio de relato de uma experiência levado a efeito na instituição de ensino pretende-se contribuir para a reflexão sobre o emprego das técnicas de mediação e da justiça restaurativa como um dos recursos pedagógicos viáveis para o enfrentamento da violência escolar, com vistas a redução dos impactos no processo ensino-aprendizagem, como promoção dos Direitos Humanos pela cultura da paz.

O capítulo está dividido em cinco etapas, a saber: o primeiro se destina à educação como direito fundamental social insculpido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 reafirmando o compromisso com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como uma breve abordagem histórica sobre a educação brasileira. Em seguida aborda-se o conceito da violência na visão da psicologia e psicanálise e os impactos para o processo de ensino-aprendizagem quando a criança ou adolescente convive frequentemente com a violência. O quarto destina-se relatar brevemente a experiência concreta de um projeto de extensão de intervenção do curso de Direito da Faculdade de Ciências Gerenciais Alves Fortes que trata de capacitar adolescentes do nono ano do ensino fundamental II e do ensino médio de uma escola pública estadual e, por fim, as considerações finais.

2 Direito fundamental à educação

Educação erigida na Carta Política de 1988 à direito fundamental e social (art. 6º) é direito de todos e dever do Estado e da Família (art. 205). De caráter compulsório para o nível básico (art. 208), sendo corolário dos direitos humanos visando à promoção dos direitos e das liberdades com

base principiológica na dignidade humana.

Sobre direito à educação, conclui que:

É direito fundamental social, é direito individual e também direito difuso e coletivo, de concepção regida pelo conceito da dignidade humana. É igualmente dever fundamental. Os seus titulares e os seus sujeitos passivos, que não se exaurem e exigem diferentes atendimentos, algumas vezes sob a reserva do possível. Seu regime jurídico, portanto, é complexo: envolve diferentes poderes e capacidades de exercício, com a inerente sujeição ao regime jurídico específico dos direitos fundamentais, mesmo dependendo de prestações materiais e de recursos financeiros. (ABMP-Todos Pela Educação [org.], 2013, p. 55).

Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU) é consectário da promoção de Direitos Humanos e está inserta na Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH (1948), destacando-se o art. 1, n. 3 que a educação capacita as pessoas ao pleno exercício da cidadania visando à manutenção da paz, sendo um compromisso de todos os povos e nações.

O Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, aprovado pelo Decreto-Legislativo n. 226, de 12/12/1991, e promulgado pelo Decreto Presidencial n. 591, de 06/07/1992 reafirma na redação do art. 13 ser consenso entre os Estados – membros, o desenvolvimento de programa fundamental do Estado por uma educação democrática que fortaleça o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais visando a manutenção da paz (CINTRA, PINTO, 2013). Em 1998 os Estados - membros da ONU reforçaram a importância da educação traçando metas pela qualidade, por meio do programa Educação para Todos adotado pela Resolução A/RES/52/84, tratando-se de um conjunto de diretrizes políticas visando melhorar a educação básica no país (ABMP- Todos Pela Educação [org.], 2013.p. 55-103).

O Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH-3 vigente, aprovado pelo Decreto n. 7.037 de 21/12/2009 estabeleceu entre outros objetivos sobre o acesso à educação de qualidade e garantia de permanência na escola (Eixo orientador III – universalizar direitos em um contexto de desigualdades- Diretriz 7, objetivo estratégico V) em respeito à primazia constitucional de proteção e promoção da infância, do adolescente e da juventude (BRASIL, 2009).

É de se destacar que a Lei 13.005 de 25/06/2014 aprovou o Plano Decenal de Educação – PNE em consonância com o art. 214 da CF/88 estabelecendo 10 diretrizes para a educação fundamental no Brasil e 20 metas para serem cumpridas no período de 2014-2024, constituindo-se

em um compromisso do Brasil a cumprir a estratégias formuladas pela ONU (BRASIL,2014).

O desenvolvimento econômico de uma nação depende do quanto se investe em políticas públicas para a educação de qualidade. Reduzir o abismo da desigualdade é premissa a ser perseguida por todos. A história nos mostra que contingentes populacionais foram alijados de direitos básicos, bens materiais e culturais materializando o grau máximo de desigualdade e de exclusão.

2.1 Educação brasileira: breves considerações

Registra-se a existência de métodos pedagógicos no Brasil a partir de 1549 com o desembarque dos jesuítas que vieram com a intenção de converter os nativos na fé católica, por meio da catequese. Nesta época, os traços de uma educação excludente já evidenciava uma flagrante diferença entre o método que era aplicado para os indígenas, centrado na leitura, escrita e poucas operações e o direcionado aos filhos dos colonos que consistia em um ensino mais culto. A ação pedagógica era marcada pela ausência de discussão e do pensamento crítico.

Com a chegada na família real no Brasil, no início do século XIX, foram destinados muitos recursos para a criação de cursos técnicos e cursos de ensino superior. Por outro lado, a educação popular destinada ao ensino primário e médio permaneceu deficitária. Os primeiros sinais do ensino como instituição só são percebidos em 1822 com a proclamação da independência do Brasil, o que é corroborado na primeira Constituição Federal Brasileira em 1824, estabelecendo além dos deveres civis e políticos, a gratuidade do ensino primário para todos àqueles considerados cidadãos.

Em 1854, o acesso às escolas foi autorizado à população livre e vacinada, continuando proibida aos escravos, reforçando, a exclusão social. (SCHWARCZ, 2019).

Destaca-se que permanecia restrito o direito ao voto aos analfabetos, o que foi mantido, pela reforma eleitoral em 1881, abolindo o voto censitário, mas, mantendo o critério de alfabetização para o gozo de direitos políticos. Ou seja, a educação era tida como essencial para acesso à cidadania.

Na concepção daquela época, o ensino primário era suficiente às camadas menos abastadas, sendo o ensino secundário e superior destinado apenas a uma parca parcela da sociedade. A grande maioria da população

seria direcionada a trabalhos mais simples e manuais (SARMENTO, 2010). Outro aspecto importante e enraizado diz respeito às concepções machistas, vez que poucas mulheres alcançavam o ensino secundário e, grande parte, era direcionada ao magistério. A formação da maioria das mulheres era direcionada à vida doméstica. A partir de 1930 a Educação como instituição do Estado ganha contornos mais bem definidos com a criação do Ministério da Educação e Saúde Pública pelo governo provisório de Getúlio Vargas.

A Constituição Federal de 1934 estabelece pela primeira vez em nossa história que a Educação passa a ser um direito de todos e que deve ser promovida pelos poderes públicos e pela família, este período é marcado pela valorização do ensino profissionalizante.

Em 1947 o governo lança uma campanha nacional de alfabetização, já durante o regime militar (1964 a 1984) ganham destaque o ensino superior privado para diminuir o excedente de estudantes que não eram aprovados nas Universidades.

O Projeto Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional foi aprovado em 1961, destacado por diversas políticas destinadas à alfabetização de adultos, a expansão do ensino primário, fundamental, médio e superior, contudo, o resultado ainda se apresentou muito aquém do aceitável.

Com o fim do regime militar, educadores de diversas áreas do conhecimento passaram a discutir sobre o ensino de forma mais ampla e democrática. Em 1988 houve a promulgação da atual Constituição Federal ampliando o repertório dos direitos sociais, entre os quais se incluem o direito à educação e as prerrogativas do poder público (FERNANDES, 2013).

Neste contexto percebeu-se a necessidade de adequação da LDB ao novo texto constitucional. Em dezembro de 1996 é sancionada pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso a atual Lei de Diretrizes e Bases do sistema educacional brasileiro, baseada no princípio do direito universal à educação para todos, trazendo como uma de suas principais características o ensino fundamental e gratuito, bem como uma gestão democrática do ensino público e progressiva autonomia pedagógica e administrativa das unidades escolares (SARMENTO, 2010). Evidencia-se, portanto, uma educação mais inclusiva. A universalização da educação básica garante a todas as crianças e adolescente, sem distinção, entre 04 a 17 anos, o acesso à educação de qualidade (art.208 da CF/88).

Todavia, a educação terá qualidade reduzida quando inexistir ambiente adequado à aprendizagem. Além dos recursos materiais, humanos, acessibilidade arquitetônica entre outros, a instituição de ensino deve ser um lugar seguro, de respeito à diversidade, sob pena de inviabilizar o pleno desenvolvimento das habilidades e competências que se espera para cada faixa etária.

3 Violência nas escolas como fenômeno social contemporâneo

Segundo contribuições da Psicologia e Psicanálise por Freud (1974) a violência caracteriza-se por atos, palavras ou ausência destes que visam agredir, limitar, constranger, humilhar, ou desconsiderar e intencionalmente tentar tirar a visibilidade de alguém. Para isso, como facilitador para a prática da violência, encontramos as figuras de poder que se encontram em posições de comando e autoridade e assim, podem assenhorar-se da vítima. A violência ocorre então entre pessoas mais frágeis e pessoas que acreditam serem mais poderosas. Isto porque a maioria dos que pratica atos violentos foi um dia, possivelmente, abaixo dos cinco anos, violentado também, apresentando uma grande chance de ter sua autoestima afetada.

Atos agressivos e negligentes em tenra infância, quando a criança ainda não domina o mundo da linguagem e não sabe nomear o que sente, podem marcar por toda a vida, já que tendem causar sérios traumas emocionais, que podem nunca serem entendidos. A violência sofrida no início da vida infantil se agrava, uma vez que o infante depende de adultos (pai, mãe, professores, cuidadores), que passam o tempo todo a ideia de poderosos. Portanto a criança sente-se submetida às normas e regras do mundo adulto.

Os traumas normalmente reaparecem na adolescência ou em adultos em situações de stress, perdas e mudanças. Fica claro então que a violência sofrida por crianças pode causar malefícios para todos, em âmbitos diferenciados, como educação, saúde e qualidade de vida. As escolas são locais em que a relação de poder se materializa. O ambiente familiar pode ser reproduzido quando uma criança transfere sentimentos que seriam comuns a familiares que cuidaram ou a maltrataram, para professores e diretores. Estes podem reproduzir a maneira como foram tratados em sua infância, pelos adultos que lhe acompanharam na infância. Transferência é um conceito da Psicanálise, quando os pacientes trazem atuações no tratamento, no *setting*, que revelam sentimentos, bons e ruins, permitindo que o psicanalista descubra e trabalhe sentimentos de sua

infância. (FREUD, 1974)

As instituições de ensino são reconhecidas como espaços privilegiados que possibilitam reduzir desigualdades sociais cujo cenário se agravou vertiginosamente, todavia, a violência nas escolas reflete negativamente no processo ensino-aprendizagem dificultando que os indivíduos possam romper com o ciclo de baixas condições socioeconômicas. E se manifestam em diversos atos. Segundo pesquisa levada a efeito em 2019 pela Associação dos Professores do Estado de São Paulo 54% dos docentes relataram ter sofrido agressão no ambiente escolar e 81% entre os discentes (AGÊNCIA SENADO, 2022). E segundo a Secretaria da Educação de São Paulo após o retorno das aulas presenciais que foram suspensas em razão da Pandemia por COVID-19 os índices aumentaram em 48,5% em comparação ao registrado em 2019, os dados foram obtidos na Plataforma Conviva (Placo) em que são registradas as ocorrências escolares. (OBSERVATÓRIO 3º SETOR, 2022)

Os atos de violência são diversos desde agressões físicas, verbais, sexuais, psicológicas, simbólicas (silenciamento, preconceito, discriminação e outros) bem como depredação do patrimônio público, pichações etc:

Entende-se por violência escolar todas as atitudes praticadas por todos os membros pertencentes ao espaço escolar (docente, discente, servidores, comunidade), dentre tais ações podem-se inferir a criminalidade, danos ao patrimônio público, relações de conflitos interpessoais, violência simbólica, dentre outras. Nessa ótica, marcada por tais estereótipos, a violência se faz presente dentro desse espaço transformador de aprendizagens e formação cidadã. Ela é uma marca peculiar dentro do contexto sócio-político-mundial, colocada dentro dos mais variados âmbitos sociais (casa, rua, escola, etc.). Obras consultadas indicam que a violência nas escolas tem se elevado nos últimos anos, principalmente devido às inúmeras mudanças socioeconômicas ocorridas na sociedade e no entorno da escola. Tais indicadores devem-se ao fato da presença de gangues nos bairros mais periféricos, altos índices de pobreza, agressividade, bem como o uso de armas dentro da escola. Por isso, a violência escolar enquanto fenômeno histórico e social não pode ser atribuída apenas a um fator condicionante, mas a um conjunto de características que estão implicitamente interligadas às mais variadas camadas sociais. (SILVA; NEGREIROS, 2020, p. 328).

A violência na escola é um fenômeno social contemporâneo oriunda de múltiplos fatores necessitando, igualmente de múltiplas ações integradas com as famílias e sociedade para seu enfrentamento.

4 Breve relato de uma experiência

No segundo semestre de 2013 a Faculdade de Ciências Gerenciais Alves Fortes, representada por duas docentes⁵ elaboraram e apresentaram à Escola Estadual Dr. Alfredo Castelo Branco, ambas instituições de ensino com sede na cidade mineira de Além Paraíba, projeto de extensão de enfrentamento à violência escolar objetivando-se promover a capacitação dos estudantes (adolescentes matriculados no 9º ano do ensino fundamental II e do ensino médio) para a utilização da metodologia da mediação de conflitos e práticas restaurativas como meios adequados para enfrentamento da violência escolar.

A escolha da escola para a implementação do projeto piloto deveu-se ao fato de receber alunos de bairros periféricos, de baixa condição socioeconômica e que registrava à época, segundo relatos de representantes do Conselho Tutelar Municipal, elevado índice de violência escolar.

As crianças e adolescentes de hoje se comportam diferentemente das gerações anteriores. Na era do conhecimento, as pessoas não são mais tão obedientes às hierarquias tradicionais. A universalização do conhecimento permitiu a incompatibilidade com posturas unilaterais e verticalizada e que o conflito emerge da divergência de expectativas e interesses contrariados, que o estado emocional estimula a polaridade dificultando encontrar caminhos para uma solução pacífica, sendo mister uma nova leitura (VANCONCELOS, 2020).

As docentes justificaram a proposta para capacitação de adolescentes em práticas autocompositivas pelo efeito multiplicador mais célere que nos adultos, vez que estão mais abertos a mudanças. A Direção da escola aprovou o projeto e, em seguida foram realizadas algumas reuniões com o corpo docente. A escolha dos estudantes foi realizada pelos gestores da escola seguindo alguns critérios tais como: representantes de turmas; alunos com dificuldades de interação social e majoritariamente os considerados indisciplinados que exerciam liderança de conotação negativa para o ambiente escolar. Todavia, a participação foi e ainda é facultativa, bem como a permanência no projeto, ou seja, o estudante fica livre para desistir em qualquer momento. Iniciou-se com cerca de 40 alunos e ao final da primeira capacitação concluíram 23. As reuniões iniciaram em março, encerrando-se em dezembro do mesmo ano.

5 Elizabeth Damasceno de Souza e Rogéria Aparecida de Souza Oliveira docentes do curso de Direito da Faculdade de Ciências Gerenciais Alves Fortes, ambas como formação em mediação de conflitos elaboraram e orientam o projeto de extensão de enfrentamento à violência escolar.

Os encontros são semanais de uma hora e meia, ressaltando que em 2020 e 2021 houve suspensão do projeto em razão da pandemia pela COVID-19, e as atividades retomaram em abril de 2022.

Em 2015 o projeto foi premiado na categoria Ensino Superior, com menção honrosa na V Edição do Prêmio Conciliar é Legal do Conselho Nacional de Justiça, em razão de utilizar mecanismos judiciais como proposta pedagógica de prevenção à violência.

Na capacitação, como recurso pedagógico recorrente, utiliza-se a dramatização, em que os alunos espontaneamente trazem assuntos que os afligem na escola, família e comunidade. Após discussão, faz-se votação qual deverá ser aprofundado, promovendo-se a dramatização. A base teórica sobre as técnicas da mediação e justiça restaurativa é ministrada em concomitância permitindo vivenciar as emoções que provocaram o conflito.

A dramatização possibilita que os participantes vivenciem os seus conflitos de interação social, liberem tensões e elaborem criativamente novas formas de solução. Na dramatização, a situação é vivenciada como se fosse real, deixando que afluam emoções, que apareçam conflitos reprimidos e que os participantes se sensibilizem nas relações interpessoais. Na dramatização, os participantes são ativos, participam com sentimentos e emoções na situação representada. Essa participação certamente é uma forma de produzir mudanças e transformações, fugindo a um verbalismo que procura “aconselhar”, definindo “teoricamente” o que é certo ou errado. (GONÇALVES et al, apud CHRISPINO; SANTOS, 2011, p. 75).

É incontestável que a educação desenvolve no homem a sua inteligência, habilidades, talentos e compreensão do mundo circundante. Vasconcelos (2020) aduz que a sociedade está contaminada por uma comunicação dominadora e que instituições livres criam um ambiente propício a um desenvolvimento justo e libertário, que devesse fomentar habilidades para lidar com as relações horizontais, com base na persuasão e negociação.

O resultado foi frutífero, vez que foram evidenciadas pelos gestores e docentes, mudanças de mentalidade comunitária voltada para prática da solidariedade e responsabilidade, bem como o desenvolvimento de uma escuta mais ativa entre os discentes envolvidos. A indisciplina foi minimizada e, os próprios alunos passaram a lidar pacificamente com os conflitos que surgiam entre os mesmos e com os professores, funcionários e gestores da escola. Com isso, houve redução das chamadas do Conselho Tutelar na escola. Os discentes ficaram mais confiantes na instituição e

houve melhora no aproveitamento escolar, com a redução da animosidade em sala de aula e no entorno da instituição, pois são orientados a interferir dialogicamente no enfrentamento da violência escolar.

5 Considerações finais

A mediação aplicada no ambiente escolar utilizando as técnicas insculpidas nas Resoluções do CNJ n. 125/2010 e 225/2016 contribui para a transformação de padrões de comportamento e o manejo do conflito, pois capacita todos os atores para resolução alternativa dos conflitos que lhe são apresentados no ambiente escolar, na família e na vida social. A proposta está alinhada às diretrizes do Programa Nacional de Direitos Humanos (Decreto n. 7037 de 21/12/2009), notadamente o eixo orientador V que trata da Educação e Cultura em Direitos Humanos – objetivo estratégico I e como ações programáticas a alínea “e”.

Uma escola em que o corpo técnico-administrativo e, principalmente docente, tenha uma escuta mais apurada de seus alunos, estimula bons sentimentos, entendendo que as agressões e comportamentos violentos trazidos por seus alunos são reflexos de situações também agressivas sofridas por eles em casa; são espelhamentos familiares. A escola precisa compreender os alunos para ajudar a família e a sociedade a tornarem-se menos violentas, rompendo esse ciclo vicioso. Num ambiente mais tranquilo e com menor agressividade, as crianças e adolescentes poderão investir sua energia para exercerem sua curiosidade e capacidade intelectual sem necessidade de estarem sempre reagindo com o objetivo de protegerem-se.

Referências

ABMP- Todos Pela Educação (org). **Justiça Pela Qualidade na Educação**. Vários Autores. São Paulo: Saraiva, 2013, p.55-103.

AGÊNCIA SENADO. **Violência nas escolas: especialistas reforçam importância de acolhimento de estudantes**. 08/06/22. Disponível: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/06/08/violencia-nas-escolas-especialistas-reforcaram-importancia-de-acolhimento-de-estudantes>. Acesso 28 set 22.

BRASIL. **Decreto n. 7037 de 21 de dezembro de 2009**. Programa Nacional de Direitos Humanos- PNDH-3. Disponível: <https://www>.

camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=733779. Acesso 28 set 22.

BRASIL. **Resolução n. 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: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado18553820210820611ffaaaa2655.pdf>. Acesso 28 set 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.005 de 25 de junho de 2014.** Aprova o Plano Nacional de Educação PNE e dá outras providências. Disponível: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2014/lei-13005-25-junho-2014-778970-publicacaooriginal-144468-pl.html>. Acesso 28 set 22

BRASIL. **Resolução n. 225 de 31 de maio de 2016.** Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado2111032022061062a3b36793e56.pdf>. Acesso 28 set 22

CINTRA, R. S.; PINTO, D. B. B. **Direito e educação: críticas para uma perspectiva interdisciplinar**. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book. ISBN 9788502204706. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502204706/>. Acesso em: 09 out. 2022.

CHRISPINO, A.. SANTOS, T. C. dos. Política de ensino para a prevenção da violência: técnicas de ensino que podem contribuir para a diminuição da violência escolar. **Ensaio: aval. pol. públ. Educ.**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 70, p. 57-80, jan./mar. 2011.

FERNANDES, B. G.. **Curso de Direito Constitucional**. Editora: JusPodivm, 2013.

FREUD, S. **O mal estar na civilização (1929-1930)**. In Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago, 1974. V.XI, p 73-171. Ed. Standard Brasileira

FREUD, S. **Estudos sobre a histeria (1893 -1895)**. In: Obras Psicológicas completas de Freud. Rio de Janeiro: Imago, 1974. V. II, p 39 -54.

OBSERVATÓRIO 3º SETOR. Lima, J. **Casos de Violência e ameaças aumentam 48% em escolas de São Paulo**. Disponível: <https://observatorio3setor.org.br/noticias/casos-de-violencia-e-ameacas-aumentam-48-em-escolas-de-sao-paulo/>. Acesso em: 09 out. 2022.

SARMENTO, D. C. (Org.). **Sistema de educação no Brasil: políticas, autonomia e cooperação**. Juiz de Fora: Editora UFJF, 2010.

SCHWARCZ, L. M. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SILVA, E. H. B. da; NEGREIROS, F. Violência nas escolas públicas brasileiras: Uma revisão sistemática da literatura. DOI: 10.51207/2179-4057.20200027 **Rev. Psicopedagogia** 2020; 37(114): 327-40

VASCONCELOS, C. E. D. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. São Paulo: Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788530991463. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991463/>. Acesso em: 19 out. 2022.

Capítulo 26

VISUAL LAW: USO DE MODALIDADES HÍBRIDAS DE LINGUAGENS PARA UMA EFICIÊNCIA JURISDICIONAL

Leila Cristina Arantes¹

1 Introdução

O crescimento exponencial do uso da tecnologia tem causado transformações digitais e mudanças na cultura da sociedade, sendo que seus reflexos também podem ser observados em várias áreas do conhecimento, como no direito por exemplo.

Os operadores do direito sempre trabalham em busca da melhor solução, a melhor estratégia, o melhor argumento, a decisão mais acertada considerando cada caso em suas especificidades.

Embora isso não seja novidade, atualmente após estudos desenvolvidos inicialmente em universidades americanas e europeias constatou-se que era possível desenvolver técnicas aprimoradas para trabalhar a comunicação jurídica da forma mais acertada possível, principalmente para quem não é da área do direito, colocando o ser humano no centro do processo, criando novas maneiras de entregar a informação jurídica de acordo com o usuário final.

Estamos aqui falando do *Legal Design*, ou seja, a aplicação do design no direito, do qual o *Visual Law* é uma subárea.

Os tribunais brasileiros cada vez mais, incentivam, aderem e recomendam o uso das técnicas de *Visual Law*. A título de exemplo citamos o Supremo Tribunal Federal (STF), corte suprema do País que utiliza técnicas de *Visual Law* nos seus informativos e a Resolução Nº 347

1 Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/Minas. 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. Mestranda em Estudos de Linguagem pelo Centro Federal Tecnológico de Minas Gerais – CEFET/MG com bolsa CAPES. E-mail: leilaarantes16@gmail.com

de 13/10/2020 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que recomenda o uso de ferramentas de *Visual Law*, sendo que demais exemplos serão tratados ao longo do presente capítulo.

As técnicas de *Visual Law*, podem ser aplicadas a todas as áreas do direito nos mais diversos documentos jurídicos, sempre se atentando ao usuário final.

Dessa forma o presente capítulo além desta introdução, abordará na segunda considerações sobre o *Visual Law*, com abordagem de conceitos, perpassando por uma análise de sua utilização pelos Tribunais Brasileiros. Já a terceira seção abordará o uso das modalidades híbridas de linguagens para a comunicação jurídica eficaz a partir do foco no usuário final, para ao fim apresentar as considerações finais

2 Considerações sobre o *visual law*

De início, necessário ressaltar que “os conceitos de visual law e legal design são relativamente novos para o meio jurídico” (ARANTES, 2022, p. 763). E por isso tomarei aqui o cuidado de trazer a definição de legal design apresentado por Margareth Hagan, a qual o define como

A aplicação do design centrado ao homem no mundo do Direito, para tornar sistemas e serviços jurídicos mais centrados no ser humano, utilizáveis e satisfatórios. [...]O Design oferece métodos e prioridades para transformar o setor jurídico e obter resultados legais mais alinhados com os desejados pelos usuários e criar novas visões ambiciosas sobre como serviços jurídicos podem ser fornecidos. Uma abordagem de design para serviços jurídicos coloca as pessoas e seus contextos como foco, questiona como seu status quo poderia ser melhorado e, em seguida, considera o potencial da tecnologia como uma intervenção (HAGAN, 2017).

No que tange ao *Visual Law*, dentro da classificação proposta por Hagan, ele é uma das subáreas do Legal Design, que

não se refere apenas à aplicação de conceitos visuais em projetos na área do Direito, mas à fase final do projeto de design e visa melhorar a comunicação e a entrega das informações de petições, contratos, projetos de transformação digital do ambiente jurídico, entre diversas outras possibilidades (COELHO; HOLTZ, 2020, p. 1).

Apesar de recentes no cenário jurídico brasileiro, sua presença já aparece em vários Tribunais do país, através de instruções normativas, atos processuais, resumos de sentenças, informativos jurisprudenciais, dentre outros.

Imagem 1: Informativo nº 1 do STF



Tribunais Estaduais e Federais também editaram Resoluções, Atos Normativos, Provimentos, Portarias, conforme quadro exemplificativo a seguir.

Tabela 1 – Quadro exemplificativo de Atos Normativos

TRIBUNAL	ATO NORMATIVO	MENÇÃO AO VISUAL LAW
TJMA	Provimento 59/2020	Conforme o art. 4º, a política de gestão de riscos deverá contar com capacitação e treinamento sobre ética e integridade, com emprego de técnicas de Visual Law.
TJES	Provimento 45/2021	O art. 23-D, §5º dispõe, em síntese, que as serventias deverão se atentar para produzir avisos de privacidade com redação em linguagem compreensível e com uso de Visual Law.
JFBA	Portaria 2/2021	De acordo com o art. 3º, aliás, as partes poderão utilizar recursos de Visual Law em processos que tratam de benefícios previdenciários envolvendo segurados especiais.
TJDFT	Portaria Conjunta 91/2021	Em resumo, o art. 5º, XII, na criação de materiais e documentos recomenda a adoção, de forma complementar e quando pertinente, elementos não textuais, como infográficos e fluxogramas.
TJMG	Portaria Conjunta n. 139/22	Regulamenta o uso de linguagem simples e de direito visual no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais

Fonte: Elaboração própria

Assim, a partir do quadro exemplificativo acima verifica-se a preocupação e tendência dos tribunais na utilização de técnicas de *visual law* na edição de seus documentos.

Além de atos normativos, tribunais e magistrados já elaboraram resumos de sentenças, resumos de acórdãos, mandado de citação e intimação de penhora², dentre vários outros exemplos que podem ser lidos e acessados através da leitura do presente QR Code³.



O uso das técnicas de *visual law* não é restrito e exclusivo dos tribunais, sendo possível o seu uso por todo e qualquer operador do direito.

2 O caso de maior repercussão no Brasil, feito em 2020 pela 6ª Vara da Justiça Federal do Rio Grande do Norte. Elaborado em duas páginas, o documento utiliza ícones e texto separado em blocos, e mais um QR Code.

3 Caso não consiga acesso pelo QR Code, o acesso pode ser feito através do link: <https://sajprocuradorias.com.br/o-que-e-visual-law-e-como-se-aplica-na-advocacia-publica>

Advogados podem obter resultados excelentes a partir do uso de técnicas de *visual law* em seus documentos. Seja para facilitar a compreensão pelo leigo do “juridiquês”, ou para facilitar a explicação de um conceito técnico para o magistrado de área não afeta ao direito.

Dois casos muito conhecidos no cenário brasileiro são: 1) a contestação apresentada pelo departamento jurídico da empresa brasileira de assistência médica Amil, com auxílio de designers, protocolou uma contestação⁴ inovadora nos autos do processo nº 1007306-36.2019.8.26.0002, em tramitação na 10ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro, em São Paulo (SP). Em resumo, o documento reúne diversos elementos visuais, como ícones e imagens, e até mesmo um QR Code; 2) o modelo⁵ de instrumento particular de parceria comercial disponibilizado pela Super Revendedores, uma plataforma brasileira de controle de vendas e estoque.

Portanto, é cabível a aplicação do *visual law* em todas as esferas do setor jurídico, sendo que a escolha dos elementos visuais e/ou verbais a serem utilizados deve ser feita com foco no usuário final, ou seja, é preciso se atentar para o fato de que nem todos consomem a informação da mesma forma, uma vez que juízes e advogados trocam textos e argumentos técnicos sem dificuldade mas o mesmo não acontece para quem não é da área jurídica, conforme se verá no próximo tópico.

2 Do uso de linguagens híbridas na aplicação do *visual law*

Conforme se extrai do tópico anterior o *visual law* é uma técnica que consiste no uso dos mais variados recursos na edição dos documentos jurídicos com o objetivo de torna-los mais claros e compreensíveis.

Dito isso, é possível dizer que o *visual law* é uma maneira multimodal de edição de documentos jurídicos, ou seja, “o uso de diversos modos semióticos no design de um produto” (KRESS *apud* RIBEIRO, 2021, p. 26).

De acordo com Kress e Van Leeuwen “Todos os textos são multimodais. A língua sempre tem de ser realizada por meio de, e vem acompanhada de, outros modos semióticos” (1998, p.186).

4 Acesso a íntegra do documento pode ser feita através do presente link: <https://bernardodeazevedo.com/wp-content/uploads/2019/12/Amil.pdf>

5 A íntegra do documento pode ser acessada através do presente link: https://drive.google.com/file/d/1JPZ2HvK_sPdajZJh5gAOUTJWxxsZF1M2/view

A afirmativa dos autores nos permite perceber que nenhum texto é constituído única e exclusivamente pelo aspecto verbal. Mesmo os textos cuja constituição não contemple recursos como imagens, cores e símbolos diversos são graficamente organizados em um determinado suporte.

Nós vemos e lemos aspectos como o *layout* (alinhamento, paragrafação, espaçamento entre linhas, uso ou ausência de colunas), tipografia e recursos gráficos como negrito e itálico, por exemplo.

Como argumenta Ribeiro (2013, p. 65), “A seleção de um modo de apresentação de um texto já implica uma escolha prévia, um projeto gráfico, nem que seja ao menos embrionário”. Assim,

[...] o termo “visual” não se confunde com a mera utilização de elementos visuais (imagens, ícones, símbolos), mas também a disposição do texto, o tamanho da letra, as cores, a forma de entrega do documento, estruturação de informações, uso de QR codes, infográficos, linhas do tempo, local e forma de assinatura, entre outros (CAIXETA; DOTTO; SANTANA, 2022, p. 40).

No direito a composição entre linguagem verbal e não verbal vem sendo desenvolvida nos atos processuais através do uso de técnicas de *visual law*, com o objetivo de se alcançar a eficiência jurisdicional.

Dessa forma, o operador do direito ao se valer de técnicas de *visual law* na edição dos documentos, deve ter em mente que o uso de elementos visuais não é obrigatório. Ele pode se valer de escolhas de tipografia (letras com cerifa por exemplo, costumam apresentar mais seriedade), de espaçamentos, tamanho das fontes, sublinhados, marcações, que podem ser mais funcionais do que a inserção e elementos visuais.

Ainda nesse sentido “o modo escrito é uma parte da mensagem, e então a escrita é parcial em relação a mensagem inteira” (KRESS, 2003, p. 11), dessa forma ainda que “ele não apresente imagens, apresentará layout, que é sempre resultado de escolhas e edição”(RIBEIRO, 2021, p.35).

Portanto, o operador do direito no momento da edição do documento deve fazer escolhas dos modos que serão usados para a construção de sentidos do que se quer dizer, sempre com foco no usuário final, tomando o cuidado para não “poluir” o documento com muitos elementos visuais e com isso até mesmo infantilizá-lo.

Para isso, pesquisas sobre o usuário final do documento devem ser realizadas, assim como fez o grupo de pesquisa *Visual Law*, que em 2020 realizou um estudo para investigar a visão da magistratura federal a respeito de elementos visuais em petições.

Dessa forma, se o uso de técnicas de *visual law* visa dentre outras coisas, melhorar a comunicação dos documentos jurídicos, afim de tornar a linguagem jurídica mais acessível, ela deve se atentar a uma questão sempre trazida por Kress em seus textos que é “que linguagem expressa melhor o que se quer dizer?” (RIBEIRO, 2016).

Uma vez que essa questão auxiliará na construção dos sentidos do que se quer dizer e transmitir àquele usuário final, e assim alcançar a tão sonhada efetividade jurisdicional. Dessa forma,

[...] o processo de criação de um documento (ou processo de resolução daquele problema ou negócio a ser entabulado) focado no usuário (e que pode resultar na utilização de Visual Law) passará por etapas que são: empatia (insigts, quem?); definição (foco, o quê); idealizar (brainstorm, como?); prototipar (construir, como?); testar (entregar, por quê?) (CAIXETA; DOTTO; SANTANA, 2022, p. 39).

Daí o poder semiótico⁶ de quem o redige e edita o documento jurídico, afim de que o *visual law* cumpra com a sua finalidade, que é de tornar a linguagem jurídica compreensível e com isso “empoderar” o seu destinatário final.

No entanto, “a desatenção aos estudos de linguagem e design pode implicar o efeito reverso da funcionalidade, ou seja, pode reiterar dificuldades já existentes, e, até mesmo causar maior ruído” (GRANJA; REIS, 2022, p. 73-74).

Uma vez que, “textos são resultados de trabalho tanto na escrita ... quanto na leitura, o que nem sempre parece óbvio” (RIBEIRO, 2021, p. 36-37).

Assim, na aplicação de técnicas de *visual law*, cabe ao operador do direito decidir sobre qual ou quais linguagens utilizar, afim de que a partir de suas escolhas a comunicação jurídica se torne mais clara e compreensível.

4 Considerações finais

O objetivo do presente capítulo foi discutir o uso de modalidades híbridas de linguagens na aplicação de técnicas de *visual law* na busca de uma eficiência jurisdicional.

Assim, foi possível verificar que encontram-se a disposição do operador do direito diversos modos, cabendo a ele a escolha do que melhor

6 É o poder que temos de lidar com signos, produzir sentido, manejar linguagens, mais que apenas palavras, inclusive, tanto para ler quanto para escrever. (RIBEIRO, 2015, p. 114).

se adequa ao caso/documento concreto.

O uso de técnicas de *visual law*, desde que aplicado com a devida atenção e cuidado, pode auxiliar na eficiência jurisdicional, uma vez que os documentos jurídicos assim produzidos, conduzem a uma comunicação jurídica mais assertiva, capaz de atingir desde o leigo até o magistrado, uma vez que o ser humano é colocado no centro desse processo o qual proporciona um debate multidisciplinar com respeito ao conteúdo e a técnica jurídica.

Referências

ARANTES, Leila Cristina. Da combinação entre visual law e multimodalidade como forma de comunicação para garantia do acesso à justiça: uma revisão. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, [S. l.], v. 8, n. 4, p. 758–771, 2022. DOI: 10.51891/rease.v8i4.4983. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/4983>. Acesso em: 18 out. 2022.

CAIXETA, Ana Manoela Gomes e Sila; DOTTO, Anna Regina Tonetto; SANTANA, Bethânia Silva. Visual Law: ferramentas de acesso à Justiça nos contratos cíveis. In: SOUZA, Bernardo Azevedo; OLIVEIRA, Ingrid Barbosa. **Visual Law: como os elementos visuais podem transformar o direito**. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2022.

COELHO, Alexandre Zavaglia; HOLTZ, Ana Paula Ulandowski. Legal Design Visual Law Comunicação entre o universo do Direito e os demais setores da sociedade. **Thomson Reuters**. 2020. Disponível em <https://www.thomsonreuters.com.br/content/dam/openweb/documents/pdf/Brazil/white-paper/legal-one-e-book-visual-law-2020.pdf>. Acesso em 23 dez 2021.

GRANJA, Gustavo Borges Pereira; REIS, Lisete Teixeira de Vasconcelos. Como o design jurídico e o direito visual podem contribuir para a eficiência da jurisdição. In: SOUZA, Bernardo Azevedo; OLIVEIRA, Ingrid Barbosa. **Visual Law: como os elementos visuais podem transformar o direito**. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2022.

HAGAN, Margaret. **Law by Design**. 2017. Disponível em <https://lawbydesign.co/>. Acesso em 23 dez 2021.

KREES, Gunther; VAN LEEUWEN, Theodore. Front Pages: (The Critical) Analysis of Newspaper Layout. In: BELL, A.; GARRET, P. (ed).

Approaches to Media Discourse. Oxford, UK: Blackwell Publishing, 1998, p. 186-219.

KREES, Gunther. **Literacy in the New Media Age.** London: Hodder Arnold, 2003.

RIBEIRO, Ana Elisa. Multimodalidade e produção de textos: questões para o letramento na atualidade. **Signo**, v. 38, n. 64, p. 21-34, 2013.

RIBEIRO, Ana Elisa. **Textos multimodais: leitura e produção.** São Paulo: Parábola Editorial, 2016.

RIBEIRO, Ana Elisa. Tecnologia e poder semiótico: escrever, hoje. **Texto Livre**, Belo Horizonte-MG, v. 8, n. 1, p. 112-123, 2015. DOI: 10.17851/1983-3652.8.1.112-123. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/textolivre/article/view/16691>. Acesso em: 18 out. 2022.

RIBEIRO, Ana elisa. **Multimodalidade, textos e tecnologias: provocações para a sala de aula.** São Paulo: Parábola, 2021.

VISUAL LAW. **Elementos visuais em petições na visão da magistratura federal.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/visulaw-pesquisa.pdf>. Acesso em 23 dez 2021.

POSFÁCIO

A propositura de diálogos jurídicos voltados para os tempos hodiernos remonta uma série de elementos, os quais abrangem os mais variados campos do Direito, bem como, a sociedade e as suas heterogêneas nuances. A otimização da produtividade, assim como, a própria celeridade processual, são algumas das benesses que estão agregadas aos avanços tecnológicos. No entanto, atrelado a esses aspectos positivos, encontram respaldo os desafios e impactos ocasionados pelas novas tecnologias, o que, para o Direito, implicam, concomitantemente, uma vasta fonte de releituras e inovações.

As reflexões versadas nos textos que compõem esta ilustre obra, configuram e corporificam debates multidisciplinares, os quais são permeados por uma perspicácia científica e por uma famigerada percepção acerca dos temas vigentes e de seus impactos sociais, o que é algo expressamente engrandecedor para a literatura, assim como, para o viés jurídico e para as mais variadas discussões e estudos que abarcam as temáticas elencadas em cada capítulo.

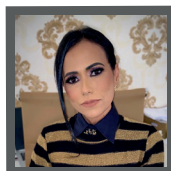
Em que pese o exposto e, diante das novas demandas, concebe-se que as legislações carecem de expansão, a fim de se adaptarem aos apelos e necessidades da população. Nesta senda, atrelar a técnica, a letra da lei e a realidade vigente é, de fato, essencial para a comunidade jurídica. Com efeito, embora o Direito tradicional preze por valores arcaicos, a concretude dos fatos anseia por uma justiça atual, que esteja atenta aos mais diversos desdobramentos sociais e às premissas que deles advêm.

Os escritos dispostos neste livro perpetuam saberes e oportunizam novos percursos para a ciência jurídica, alicerçando-a em um novo leque de possibilidades, o qual se encontra atrelado às novas tecnologias e às inovações delas advindas. O ponto nevrálgico das críticas e posicionamentos registrados nessa publicação dispõem de ricas percepções acerca do Direito e de suas facetas, em meio aos percursos tecnológicos atuais. Destarte, as problematizações descritas e debatidas nesta obra elucidam e apontam para novos caminhos e possibilidades, com o fito de instigar novos estudos e conexão de saberes. Assim sendo, enaltecer inter-relações entre os campos doutrinários, legislativos e práticos do Direito, é tarefa perene, uma vez

que os acontecimentos sociais também o são, o que predispõe uma busca incessante por novos debates e conhecimentos.

Daniely Maria dos Santos

SOBRE OS ORGANIZADORES

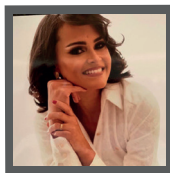


Cristina Rezende Eliezer: Doutoranda em Educação pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas (BOLSISTA CAPES). Mestra em Educação pela Universidade Federal de Lavras - UFLA/MG. Pós-Graduada Lato Sensu em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes - UCAM/RJ. Pós-Graduada 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. Graduanda 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 PUC'blica - 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.



Henrique Avelino Lana: Possui Pós-Doutorado em Direito Empresarial. É Doutor, Mestre, Especialista e Graduado em Direito pela PUC/MG. Coursou o Mestrado e também o Doutorado como bolsista CAPES

PROSUP, modalidade I. Foi professor voluntário e substituto nos cursos de graduação em direito, administração, economia e contabilidade da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Foi professor dos cursos de Direito, administração, contabilidade e ciências atuariais da PUC/MG. Foi professor nos cursos de Direito da Faculdade Pitágoras de BH/MG e FEAD. Foi professor dos cursos de graduação, superiores de direito, administração, contabilidade e economia do Centro Universitário UNA. Foi professor nos cursos tecnólogos, nível superior, de gestão financeira, logística, gestão pública, gestão da qualidade, processos gerenciais, gestão comercial e marketing do Centro Universitário UNA. Foi professor na Pós-Graduação da PUC MINAS, Pós-Graduação em Direito do CEDIN - Centro de Estudos em Direito Internacional, Pós-Graduação da Faculdade Estácio de Sá em BH/MG, Pós-Graduação da Universidade de Vila Velha / ES e na Pós-Graduação da Faculdade de Ciências Jurídicas / FEVALE - MG. Foi pesquisador, orientador, coordenador e diretor do Instituto de Investigação Científica, Constituição e Processo - IICCP, vinculado à PUC MINAS, composto por 255 estudantes e 44 pesquisadores voluntários. Foi pesquisador, orientador, professor responsável e coordenador, institucional, do Grupo de Pesquisa, Iniciação e Extensão em Empresa, Direito e Desenvolvimento Social, vinculado ao Centro Universitário UNA. Membro da Comissão Especial de Direito Societário da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/MG. Membro da Comissão Especial de Recuperação de Empresas e Falência da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/MG. Membro da Comissão de Direito Empresarial da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/MG. Membro da Comissão de Direito Aduaneiro da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/MG. Foi membro Associado da ABDE - Associação Brasileira de Direito e Economia. Foi associado ao CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Foi membro do NAP - Núcleo Acadêmico de Pesquisa da PUC/MG. É membro Acadêmico Associado da Academia Brasileira de Direito Civil - ABDC. Há 19 anos compõe o escritório MP&AL - Moreira do Patrocínio e Avelino Lana Advogados, onde foi estagiário, advogado e atualmente é sócio. Atualmente é professor na PUC / MG, na graduação. É também professor atualmente na Pós Graduação da PUC/MG, lato sensu, nos cursos de (i) Direito Bancário e Mercado Financeiro; (ii) Direito da Tecnologia, Legal Tech, Inovação e Startup; (iii) Direito, Economia e Mercados Análise Econômica do Direito.



Pauliana Maria Dias: Advogada. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Pós-Graduada em Direito do Trabalho pelo Instituto de Educação Continuada (IEC). Pós-Graduada em Direito Processual pelo Instituto de Educação Continuada (IEC). Mestre em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Docente no Centro Universitário Una de Bom Despacho e Divinópolis. E-mail: paulianamdias@gmail.com.