

DEBATES JURÍDICOS CONTEMPORÂNEOS

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



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

DEBATES JURÍDICOS CONTEMPORÂNEOS

Editora Metrics
Santo Ângelo – Brasil
2022

Copyright © Editora Metrics

Imagem da capa: Freepik

Revisão: Os autores

CATALOGAÇÃO NA FONTE

D286 Debates jurídicos contemporâneos [recurso eletrônico] /
organizadores: Cristina Rezende Eliezer, Henrique Avelino
Lana, Pauliana Maria Dias. - Santo Ângelo : Metrics, 2022.
412 p.

ISBN 978-65-5397-070-0

DOI 10.46550/978-65-5397-070-0

1. Direito. 2. Proteção de dados. 3. Fake News. 4. Direitos
fundamentais. 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 Ordellin 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.....	15
<i>Luis Felipe Cirino</i>	
APRESENTAÇÃO	19
<i>Daniel Araújo de Assis</i>	
Capítulo 1 - A TRAMITAÇÃO DA PEC N. 17/2019 SOBRE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO CONGRESSO NACIONAL E A SUA INCLUSÃO NO ROL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	27
<i>Bruno Rodrigues Leite</i>	
Capítulo 2 - TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E AS <i>FAKE NEWS</i> : UMA ANÁLISE EMPÍRICO-RETÓRICA PRELIMINAR DAS DECISÕES DA CORTE	39
<i>Geovane Lopes de Oliveira</i> <i>Ian Fernandes de Castilhos</i>	
Capítulo 3 - DIREITO E TECNOLOGIA: TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE STALKING E CYBERSTALKING E O DIREITO PENAL SIMBÓLICO .	51
<i>Ademilson de Oliveira</i> <i>Douglas de Moraes Silva</i> <i>Maira Ribeiro de Rezende</i> <i>Matheus Henrique Sasseron</i>	
Capítulo 4 - O PANORAMA DO TRABALHO PÓS-REFORMA TRABALHISTA: DA NEGAÇÃO À DIGNIDADE HUMANA AO (IN) ACESSO À JUSTIÇA.....	63
<i>Gabriel Lohan de Paula e Silva</i> <i>Ariete Pontes de Oliveira</i>	
Capítulo 5 - REFLEXÕES ÉTICAS ACERCA DO DESENVOLVIMENTO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL	75
<i>Cinthia Fernandes Ferreira</i> <i>Henrique Avelino Lana</i>	

Capítulo 6 - CONSIDERAÇÕES SOBRE O PARÁGRAFO 4º DO ART. 70, CPP: A QUESTIONÁVEL FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA NO DOMICÍLIO DA VÍTIMA DE ALGUMAS MODALIDADES DE ESTELIONATO PRATICADO POR MEIOS ELETRÔNICOS	87
---	----

João Victor Assunção

Lucas Theodoro Dias Vieira

Capítulo 7 - PERSPECTIVAS SOBRE AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS APLICÁVEIS AO MENOR INFRATOR FRENTE À DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	99
--	----

Monique Alexandrina Ferreira Costa

Capítulo 8 - ELEIÇÕES, <i>FAKE NEWS</i> E OS TRIBUNAIS	113
--	-----

Marcos Otávio de Lélis Silva

Capítulo 9 - O SISTEMA JUDICIAL BRASILEIRO SOB A ÓTICA DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS DAS VÍTIMAS DE CRIMINALIDADE – PODER VINCULANTE CONVENCIONAL E A PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE.....	125
--	-----

Caroline Ferrari Costa

Capítulo 10 - A RELEVÂNCIA DA INSTRUÇÃO DA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS - CVM N. 588, LEIS COMPLEMENTARES 123/06 E 155/2016, EM RELAÇÃO AOS INVESTIMENTOS.....	139
---	-----

Henrique Avelino Lana

Capítulo 11 - A EXTRAFISCALIDADE DO TRIBUTO AMBIENTAL E OS PRINCÍPIOS DO PROTETOR RECEBEDOR E POLUIDOR PAGADOR.....	153
---	-----

Clara Cordeiro Tupynambá Chaves

Capítulo 12 - AÇÕES AFIRMATIVAS E O DIREITO A EDUCAÇÃO PARA ALUNOS COM DEFICIÊNCIA AUDITIVA E SURDOS	167
--	-----

Renata Lina Oliveira Pinto

Flávia Maria Siqueira Camargos Gomide

Maria Victória de Oliveira Rodrigues Nolasco

Capítulo 13 - DIREITO DO CONSUMIDOR - E-COMMERCE, PROTEÇÃO DE DADOS E RESPONSABILIDADE DO MARKETPLACE PELAS OFERTAS EM PLATAFORMAS DIGITAIS	181
---	-----

Ana Cristina Brandão Santiago Nascimento

Bruno Brandão Santiago Nascimento

Carlos Augusto Tolomelli Malaquias

Vandré Cabral Bezerra

Capítulo 14 - O MUNDO VIRTUAL DOS JOGOS ELETRÔNICOS E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO DOS PLAYERS	193
--	-----

Jefferson Parreira de Souza

Capítulo 15 - OPORTUNA ANÁLISE JURÍDICA SOBRE AS AUDIÊNCIAS DURANTE A COVID/19 E A PRINCIPIOLOGIA PROCESSUAL	203
--	-----

Henrique Avelino Lana

Isadora N. Roversi Veloso

Capítulo 16 - CRIPTOATIVOS E CAPTAÇÃO DE RECURSOS NO TERCEIRO SETOR	215
---	-----

Delba Helene Cunha Silva

Capítulo 17 - OS DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE DE SUA CONSOLIDAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO..	231
---	-----

Ana Cristina Brandão Santiago Nascimento

Bruno Brandão Santiago Nascimento

Carlos Augusto Tolomelli Malaquias

Vandré Cabral Bezerra

Capítulo 18 - PRECEDENTE JUDICIAL	241
---	-----

Charley Teixeira Chaves

Capítulo 19 - TRÁFICO DE PESSOAS: UM CRIME MARCADO PELO GÊNERO	265
--	-----

Filipe Augusto Silva

Xenofontes Piló

Antonio Donizetti de Resende

Capítulo 20 - FAKE NEWS: UMA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL.....	281
<i>Clayton Douglas Pereira Guimarães</i> <i>Glayder Daywerth Pereira Guimarães</i> <i>Priscila Ladeira Alves de Brito</i> <i>Sarah Batista Santos Pereira</i>	
Capítulo 21 - O PAPEL DA MÍDIA E O DEBATE DA REGULAMENTAÇÃO DA MÍDIA NO DIREITO DE DEFESA DO NEGRO NO BRASIL	295
<i>Gilberto Pereira</i>	
Capítulo 22 - AS NOVAS PERSPECTIVAS JURÍDICAS FRENTE O METAVERSO: POSSIBILIDADES E DESAFIOS	305
<i>Larissa Martins Firme</i> <i>Mylla Vitória Joaquim Alves</i>	
Capítulo 23 - A ERA DIGITAL E A NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO AOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS.....	313
<i>Xenofontes Piló</i> <i>Irineu José Coelho Filho</i>	
Capítulo 24 - SISTEMA ÚNICO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL E PODER JUDICIÁRIO: POSSIBILIDADES DA ARTICUAÇÃO EM REDE.....	325
<i>Flávia Lórem Gonçalves Nunes</i>	
Capítulo 25 - O SOLIPSISMO JUDICIAL E AS MARCAS INQUISITORIAIS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 385 DA NORMA PROCESSUAL PENAL	337
<i>Igor Aparecido Rodrigues Silva</i>	
Capítulo 26 - REGULARIZAÇÃO TERRITORIAL E ENCRIPTAÇÃO DA ANCESTRALIDADE DE COMUNIDADES QUILOMBOLAS	351
<i>Cristiano Tolentino Pires</i> <i>Laís Lopes de Sousa</i> <i>Laryssa Maynard Santos Melo</i> <i>Rita Sebastiana de Paula Carvalho</i> <i>Washington Alexandre Campos</i>	

Capítulo 27 - DISCURSO DO ÓDIO E TECNOLOGIA: O COMBATE DO DISCURSO ODIOSO POR MEIO DA PROTEÇÃO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	367
--	-----

Vinicius da Costa Gomes

Capítulo 28 - SOCIEDADES LIMITADAS: ASPECTOS ESTÁTICOS E DINÂMICOS EM RELAÇÃO A PERSPECTIVAS ECONÔMICAS FUTURAS	377
---	-----

Henrique Avelino Lana

Capítulo 29 - ANOTAÇÕES SOBRE SOCIEDADES LIMITADAS, MICRO EMPRESAS E AS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NA ATUALIDADE.....	395
--	-----

Henrique Avelino Lana

POSFÁCIO	409
----------------	-----

Beatriz de Figueiredo Coppola

SOBRE OS ORGANIZADORES.....	411
-----------------------------	-----

PREFÁCIO

Já dizia Aristóteles: “onde houver sociedade, haverá, necessariamente, normas de condutas, haverá Constituição”. Como ser eminentemente social, o ser humano agrega-se a seus semelhantes de maneira orgânica, e a sociedade composta por esses personagens pares tem, essencialmente, uma forma de organização.

A sociedade moderna, a despeito do amplo fluxo informacional que obriga o direito a reinventar-se, não está imune à adoção de formas mínimas de organização em que deve se amparar todo o ordenamento jurídico. Justamente na tentativa de acompanhar as vultosas mudanças que a modernidade impõe, os mais diferentes Estados do mundo passaram a adotar uma nova forma de enxergar o Direito, especialmente desde meados do século passado.

Muito embora haja severas críticas na doutrina quanto à terminologia – e, de forma ainda mais drástica, quanto à própria existência desta nova fase do direito –, fato é que, com as vultosas mudanças por que o mundo passou após o fim da II Guerra Mundial, os princípios jurídicos, com o advento do Neoconstitucionalismo, passam a assumir uma importância ímpar no ordenamento como um todo. Segundo Paulo Bonavides, com os grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX, as novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais do mundo.¹

À luz dos fundamentos neoconstitucionalistas, inclusive, é desnecessária a positivação de todos os direitos, já que configurados em princípios que, muito embora não escritos, por serem inerentes à natureza humana, são plenamente aplicáveis e oponíveis contra o Estado.

O Brasil não ficou à mercê dessa evolução. A Constituição da República promulgada em 1988 manteve a mais importante das tradições constitucionais, ao consagrar significativa parcela do texto às garantias fundamentais, tendo preconizado, inclusive, certas prerrogativas universais –como, por exemplo, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, proclamado no art. 225 da Carta Magna.

1 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 237.

A Constituição Cidadã foi além. A partir de 1988, na realidade jurídica brasileira, os direitos fundamentais foram alçados a nível jamais dantes experimentado; a inversão da arquitetura constitucional, com a inclusão das referidas prerrogativas no início do texto da Carta, denota uma alteração nas prioridades do Estado que passa a ter, como fundamento basilar, a preocupação na defesa dos direitos fundamentais elencados.

Portanto, em se considerando a realidade brasileira, vive-se o apogeu dos direitos fundamentais. Não há, na história pátria, igual período, em que as prerrogativas asseguradas aos cidadãos atingiram tamanha proporção.

A constante evolução das garantias fundamentais preconizadas não significa, todavia, a garantia de proteção efetiva a elas. Descendo do plano ideal ao real, oportuna mostra-se a seguinte consideração: na medida em que se aumentam as pretensões, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil.²

Neste exato sentido, a sociedade moderna impõe ao operador do direito uma verdadeira releitura dos correspondentes preceitos, na medida em que a dinamicidade daquela pode mostrar-se verdadeiramente incompatível com eventuais postulados estanques, não dotados da inerente atemporalidade de que deve ser dotado o ordenamento jurídico.

Na obra *Debates Jurídicos Contemporâneos* muitas dessas assimetrias são bem tratadas pelos autores. Neste livro, indispensável aos entusiastas da indissociável relação entre contemporaneidade e direito, os artigos tratam, essencialmente, de questões diretamente relacionadas à modernidade, ainda não amparadas pelo ordenamento jurídico, contudo, a despeito da constante evolução deste na observância de direitos fundamentais.

São escritos vários que, em essência, buscam romper a comumente dicotomia existente entre modernidade e direito. Como a própria História demonstra, este último é mesmo indispensável para que a sociedade, ainda que sujeita a inafastáveis mudanças, seja estruturada sob premissas justas.

É passado o tempo, enfim, em que a existência de realidades jurídicas distintas, que contrapõem o direito oficial e o real, é mero instrumento de manutenção do poder do mesmo grupo social. É chegado, oxalá, o momento em que se vislumbre o perecimento da dualidade constitucional, o extermínio do Estado infrator e o fim do paradoxo da civilização, que tantos direitos consagra sem qualquer eficácia social.

Para tanto, a modernidade é verdadeira aliada do direito – e

2 BOBBIO disserta, de maneira árdua, sobre a “grandiosidade das promessas e a miséria das realizações”. BOBBIO, 2004, p. 60.

não a sua inimiga histórica, como recorrentemente se fez crer. Como bem disserta o Ministro Luís Roberto Barroso, na vida institucional, ninguém é bom demais e, sobretudo, ninguém é bom sozinho. Direito e contemporaneidade são, desse modo, instrumentos que, conjuntamente interpretados, levam a sociedade a atingir os seus fins.

Luis Felipe Cirino

APRESENTAÇÃO

O estudo do Direito é um dos primeiros passos para a consecução dos ideais de justiça. Com esse pensamento lhe apresento, caro interlocutor, a obra *Debates Jurídicos Contemporâneos*, imbuído de muita honra e felicidade pelo convite de seus ilustres organizadores, sem perder de vista a responsabilidade a mim atribuída de lhe provocar o interesse sobre os diálogos e reflexões propostas na leitura que segue esta apresentação.

Sorte a minha, devo dizer, porque na oportunidade que tive de conversar com essa obra e a cada meditação sobre as problematizações aqui postas percebi que se trata de um material de grande qualidade, capaz de abordar temas de alta envergadura e larga contemporaneidade, logrando *per se* em cativar seus interlocutores, o que, sem dúvidas, contribui para minha abordagem sobre sua considerável valia.

As questões propostas por seus empenhados autores são variadas, mas todas interligadas pelas ciências sociais, sobretudo pelo Direito, é claro. Efetivamente você conversará sobre a juridicidade de temas contemporâneos, sobre os quais tenho certeza de nosso interesse cotidiano, sim, meu e seu, prezado leitor, porque são debates que estão constantemente na mídia e incessantemente abordados em todas redes sociais, ainda que por muitas vezes deveras superficiais. E se você deseja deter certa propriedade sobre tais diálogos, tenha certeza de que nas páginas seguintes encontrará fartos subsídios. Àqueles que recorrem a essa obra como um ponto de partida para sua pesquisa, idem e digo mais: as problematizações aqui trabalhadas ofertam um generoso caminho para seu aprofundamento crítico e científico.

Bruno inaugura a obra trabalhando a tramitação da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 17/2019, que teve por essência a inclusão da proteção de dados pessoais no rol dos direitos fundamentais, bem como a inserção da matéria sob a competência legislativa privativa da União. Interessa a leitura pela análise do processo legislativo que levou à aprovação da proposição e sua inclusão nos arts. 5º, LXXIX e 22, XXX, ambos da Constituição Federal.

Em seguida, Geovane e Ian tocam em uma pauta extremamente contemporânea: o tratamento das *fake news* pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE). A análise dos autores se vale de um processo empírico-retórico para

examinar as decisões recentes da Corte Eleitoral, processo este que, em suas palavras, permite “identificar as estratégias de persuasão utilizadas em uma determinada decisão jurídica” e “auxilia na identificação dos fatores endógenos e exógenos que influenciam” dita decisão. A metodologia utilizada encontra-se devidamente delineada pelos escritores a ponto de possibilitar sua aplicação em outros estudos e devo dizer, se mostra deveras interessante. Já a conclusão por eles alcançada promete fomentar o debate sobre a atuação do TSE agora e no futuro, especialmente quanto às *fake news*.

Ademilson, Douglas, Maira e Matheus propõem uma reflexão sobre a tipificação dos crimes de *stalking* e *cyberstalking* sob a perspectiva do Direito Penal simbólico. Este conceito, como é cediço, revela uma perspectiva penal que, como regra, responde ao clamor público por uma tipificação que comine uma pena mais severa, tratando o Direito Penal como um instrumento verdadeiramente demagógico. Daí a curiosidade pela leitura é consequência, já que o *stalking* era uma espécie de contravenção penal (perturbação da tranquilidade alheia) e só veio a ser tratado com maior severidade após os casos de violência relacionados aumentarem exponencialmente com o advento de novas tecnologias, mormente contra as mulheres.

Gabriel e Ariete engendram um texto sobre o panorama da situação laboral dos brasileiros após a promulgação da reforma trabalhista. Seu escrito foi fomentado pelo Programa de Bolsas de Produtividade em Pesquisa da Universidade Estadual de Minas Gerais (PQ/UEMG) e procura estimular o constrangimento no tocante à efetividade dos princípios da dignidade da pessoa humana e do acesso à justiça afetos ao trabalhador celetista diante da modificação de aproximados 200 artigos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Uma reforma para bem ou para mal?

Cinthia e Henrique falam sobre o desenvolvimento da inteligência artificial e refletem sobre a ética humana nesse contexto que inaugura uma nova era tecnológica. Como ensinar as máquinas? Quais os padrões éticos a serem tomados? O que fazer com a parcialidade e o desencontro ético-conceitual humano? A análise dos autores perpassa também sobre a transformação da máquina judiciária com vistas à duração razoável do processo, pauta que já vem sendo trabalhada há algum tempo pelos Tribunais e ainda intriga os operadores do Direito.

João Victor e Lucas desenvolvem considerações a respeito da alteração do foro da ação penal em determinadas modalidades do crime de

estelionato promovida pela Lei nº 14.155/2021. Se o crime for praticado mediante depósito, emissão de cheques “sem fundos” ou mediante transferência de valores, a competência jurisdicional será definida pelo domicílio da vítima, esta é a nova regra. Para os escritores, porém, a modificação legislativa é controversa, apesar de bem-intencionada. Vale a pena conferir suas razões.

Em seguida, Monique traça algumas perspectivas sobre a aplicação das medidas socioeducativas ao menor infrator com base no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Interessa sua exposição a partir de um viés garantista, doutrina própria da proteção à criança e ao adolescente, sem prejuízo da devida e necessária responsabilização pela prática de ato infracional, como um caminho para que o próprio menor infrator reflita sobre suas prioridades de vida.

Marcos se junta ao debate sobre as *fake news* e o comportamento jurisprudencial no que concerne ao processo eleitoral. O potencial da desinformação influir de maneira desproporcional no resultado das eleições e no contexto democrático são objeto de sua análise, que também cuida de apontar ferramentas de combate a esse malefício e traz casos históricos comparativos, como o famigerado ocorrido com a *Cambridge Analytica*.

Caroline cuidou de articular uma reflexão a respeito do descumprimento das normas que regem os direitos humanos no sistema judicial brasileiro sob a ótica do controle de convencionalidade exercido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e da vedação à proteção deficiente. Para a autora, a inércia estatal na promoção de tais direitos não deve passar despercebida diante do alto prejuízo que é capaz de causar às vítimas, motivo pelo qual escreve sobre o recurso internacional e traz julgados em favor de sua tese como uma alternativa à solução desse problema social. Prepondera como uma reflexão necessária.

Henrique retorna com mais um texto, cujo objetivo é raciocinar sobre os investimentos em *startups*, a legislação vigente e a regulação existente proposta pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Sua abordagem revela-se curiosa ao trabalhar a problemática do capital necessário ao desenvolvimento das *startups* apontando soluções sob a enfoque do ordenamento jurídico nacional e trazendo pragmatismo ao debate.

Clara toca em um ponto sensível do Direito Tributário: a extrafiscalidade. Sua análise, todavia, recai sobre uma questão interessantíssima, que é o confronto entre esta e os princípios ambientais do

protetor recebedor e do poluidor pagador. A autora procura demonstrar que a intervenção estatal no domínio econômico, isto é, através da instituição de tributos extrafiscais para garantir o interesse público corporificado na preservação do meio ambiente, pode ser facilmente justificada em função de um programa constitucional. Atiça a leitura de seu texto, sobretudo, o confronto com análises doutrinárias em sentido contrário, o que, sem sombra de dúvidas, enriquece o debate.

Renata, Flávia e Maria Victória abordam um tema dos mais favoritos na perspectiva socio-constitucional: as ações afirmativas. Seu prisma de análise foi o direito à educação para pessoas com deficiência auditiva. O texto trata, portanto, do atendimento especial necessário a estas pessoas enquanto alunos da rede pública de ensino e a carência de que lhe sejam conferidas oportunidades em um regime de políticas públicas garantistas, diga-se em regime de isonomia. Mais do que a mera inserção física de tais indivíduos na sala de aula, as autoras defendem uma ampliação jurídica dos meios de inclusão e afirmação social.

Ana Cristina, Bruno, Carlos e Vandr  articulam um entrelaçamento entre Direito do Consumidor, proteção de dados e responsabilidade civil para examinar a afetação jurídica sobre os *marketplaces*. Pessoalmente, é um assunto que me desperta interesse e já tive a oportunidade de publicar na companhia de Cristina, organizadora desta obra, com enfoque nos *matchmakers*. Coincidências   parte, o texto dos aqui autores segue uma tendência consumerista: o *e-commerce*. As afetações jurídicas sobre as plataformas digitais de consumo são variadas e a proteção do consumidor, não são enquanto comprador, mas também como titular de dados   imprescindível, pelo que deve ser trabalhada a fundo pela legislação. Recomendo-lhe esse estudo interdisciplinar deveras interessante, caro interlocutor.

Jefferson traz ao debate jurídico uma análise verdadeiramente contemporânea: a liberdade de expressão dos *players* no mundo dos jogos eletrônicos. Qual é o limite da expressão em uma partida *online*? Quem joga sabe: É muito comum *players* trocarem ofensas em uma jogatina. No entanto, limites existem e não devem ser contrariados. O autor propõe uma reflexão sobre a questão como uma maneira de constranger os jogadores virtuais ao conhecimento das consequências que o Direito impõe.

Juntamente com Isadora, Henrique nos agracia novamente com uma oportuna análise sobre as audiências virtuais em tempos de pandemia (Covid-19). Advogados como um todo foram agraciados com

a possibilidade de conduzir os seus trabalhos de uma maneira totalmente virtual, graças à possibilidade de também realizarem as audiências de instrução de qualquer lugar do globo, apenas com um computador, uma *webcam* e internet. Contudo, há questões afetas que carecem de um debate mais aprofundado e uma delas é a aplicação e validade do princípio de imediação. Instigante é, assim, o capítulo dos autores. Certamente é um tema muito atual e caro aos operadores judiciais do Direito.

Delba nos apresenta um capítulo singular em que estuda a captação de recursos no terceiro setor através de criptoativos. Ciente do desafio que as entidades desse setor enfrentam para angariar fundos destinados à sua manutenção e execução das atividades sociais a que se propõem, a autora examina nosso ordenamento jurídico para averiguar a possibilidade do terceiro setor receber criptoativos como doações, seja por pessoa física, seja por pessoa jurídica.

Ana Cristina, Bruno, Carlos e Vandrê tornam à obra com uma análise sobre direitos humanos e sua consolidação no ordenamento jurídico brasileiro. O texto propõe um registro histórico-evolutivo sobre a gênese e o desenvolvimento dos direitos considerados humanos no mundo e sua implantação no cenário brasileiro desde o último século. Para tanto, os autores se valem das mais abalizadas doutrinas e filósofos para assentarem seu pensamento.

Charley nos presenteia com um estudo sobre o precedente judicial. O especialista pretendeu veicular um aprofundamento na sistemática processual-constitucional sobre o que seria o precedente e como os operadores do Direito devem lidar com a sua discutível imposição pelo Código de Processo Civil de 2015. Enfrenta ainda a problemática de um sistema *civil law* trabalhar com efeitos vinculantes sem que haja uma previsão legislativa adequada para tanto e quais são as características e técnicas afetas à sua utilização. É um texto necessário para aqueles que lidam com o processo civil na prática cotidiana.

Filipe, Xenofontes e Antonio apresentam uma pauta de elevada gravidade: o tráfico de pessoas focado na violência de gênero. Partem de um marco teórico introdutório para examinar detidamente o Protocolo de Palermo – instituído para um combate unificado ao crime organizado de tráfico de pessoas –, assim como indicam os contextos de vulnerabilidade que acabam induzindo mulheres e crianças como vítimas de maior número. Trataram ainda de apresentar propostas para o aperfeiçoamento da luta contra essa prática infame. Vale muito a conscientização e problemática.

Clayton, Glayder, Priscila e Sarah retomam o debate a respeito das *fake news* em uma perspectiva civil-constitucional. O estudo trata da ofensa principiológica que a conduta de disseminar notícias falsas causa, consubstanciando um verdadeiro exercício abusivo de direito. Além disso, abordam o dever do Estado, da família e de toda a sociedade de se educarem digitalmente e se orientarem para uma melhor compreensão desse fenômeno que afeta profundamente nossas bases sociais.

Gilberto nos agracia com uma análise sobre o papel da mídia brasileira na defesa do negro, com um foco especial em sua regulação para a promoção da justiça. Sua exposição foca na desigualdade social imposta por condutas discriminatórias raciais, narrando fatos rotineiros e midiáticos que despertam comoção social, mas não são objeto de mudanças, tampouco alvo de justo trato pela mídia.

Larissa e Mylla compartilham conosco um exame jurídico a respeito das possibilidades e desafios impostos pelo recente e propalado *metaverso*. Um assunto realmente estimulante e atual, depois do lançamento realizado pelo *Meta* e propalado pela *Microsoft* e outras grandes corporações. Sua aplicação no Direito e o tratamento legal de negócios jurídicos nesse ambiente virtual é objeto do ensaio titulado pelas autoras, que certamente saíram à frente nesse debate.

Xenofontes volta à obra acompanhado de Irineu, em uma abordagem sobre a era digital e a necessidade de sua adequação aos princípios fundamentais do Direito Penal. Seu objetivo foi examinar a utilização de novas tecnologias, em especial a inteligência artificial, não só para auxiliar o Direito, mas para uma efetiva tomada de decisões automatizadas, retirando a sobrecarga de trabalho do Poder Judiciário. Com ressalvas, entretanto: os escritores resgatam o diálogo entre Direito e tecnologia para ressaltar os riscos dessa relação e apontar a imperiosidade do respeito às garantias fundamentais, sem perder de vista o valor da humanização no julgamento.

Flávia propõe um estudo interdisciplinar sobre o Sistema Único de Assistência Social (SUAS) e sua articulação com o Poder Judiciário na consecução de políticas públicas afetas à competência deste. Revela-se curiosa a proposta da autora, mormente por tratar do valor dos relatórios editados por assistentes sociais quando demandados e a sua ineficácia como laudo pericial. Tratou também das atribuições designadas pela regulação vigente e com vistas a uma efetiva promoção da cidadania, focada no enfrentamento dos riscos sociais, na prevenção destes e no fortalecimento da convivência familiar e comunitária.

Igor traz à tona uma problemática perene: o solipsismo judicial e a condenação do acusado mesmo após a recomendação de absolvição pela acusação. O solipsismo tem sido alvo de debates acalorados na hermenêutica jurídica, conduzidos por grandes atores acadêmicos, dentre os quais destaca-se Lênio Streck – especialmente por sua proposta de uma teoria da decisão judicial. Confesso mais uma vez que sou um apaixonado pelo assunto e com ele estou familiarizado, o que me conduz à sua alta recomendação. O solipsismo é um estrondoso mal a ser combatido e até que conheçamos sua completa solução, ele precisa ser amplamente discutido. Vide a brecha apontada pelo autor com relação à marca inquisitorial detida pelo art. 385 do Código de Processo Penal, que desponha como um caminho para que juízes perpetuem a propagação da filosofia de sua consciência.

Cristiano, ao lado de Laís, Laryssa, Rita e Washington, escrevem um texto cujo título se sobressai, ao mencionarem a encriptação que afeta a ancestralidade dos quilombolas, comunidades tradicionais brasileiras tão relevantes histórica e culturalmente, ao mesmo tempo tão frágeis perante as estruturas de poder vigentes no Estado. Com base na Teoria da Encriptação de Poder, de Ricardo Sanín-Restrepo, os autores enfrentam o procedimento de regularização fundiária sob a perspectiva das comunidades quilombolas, que veem nos territórios por elas ocupados uma expressão de sua ancestralidade e de suas individualidades e enfrentam, simultaneamente, a burocracia, as dificuldades informacionais e os entraves jurídicos e políticos para superarem a condição de possuidores e se tornarem os verdadeiros titulares do domínio sobre suas terras. Um texto rico, inovador e denso, que permite uma reflexão sobre um tema atemporal – a violência sistêmica do Estado perante os indivíduos fragilizados pela impossibilidade de exercerem, de forma autônoma, seus direitos.

Vinícius traz um fechamento à coletânea muito instigante ao abordar a proteção à liberdade de expressão no contexto do combate ao discurso de ódio – este que se mantém como uma prática recorrente nos últimos anos –, especialmente em função de um cenário global de polarização política que se vale da tecnologia e se pauta essencialmente na desmoralização do adversário para se proliferar. A problemática consistente na garantia do exercício da liberdade, especialmente no contexto das redes sociais, associada aos desafios de definir a correta mensuração da responsabilização do indivíduo que veicula o ódio são analisados no texto e trazem um panorama muito informativo sobre a questão.

Com esse panorama geral sobre a obra, tenho certeza de que você, prezado leitor, terá uma leitura graciosa e proveitosa, tal como tive, e

alcançará reflexões produtivas que espero renderem-lhe novos aprendizados, problematizações e textos. Enquanto a sociedade se encontrar em contínua transformação, o Direito nos imporá esse estudo perene, essa é nossa árdua missão.

São Paulo, 06 de novembro de 2022.

Daniel Araújo de Assis

Capítulo 1

A TRAMITAÇÃO DA PEC N. 17/2019 SOBRE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO CONGRESSO NACIONAL E A SUA INCLUSÃO NO ROL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Bruno Rodrigues Leite¹

1 Introdução

O presente capítulo tem como objetivo analisar a tramitação da PEC n. 17/2019 que versa a proteção de dados pessoais no Congresso Nacional, bem como as sucessivas redações oriundas das discussões parlamentares e das audiências públicas e suas alterações.

Para tanto, a seção 2 aborda especificamente os detalhes da tramitação da referida PEC no Senado Federal e na Câmara dos Deputados, com as contribuições dos parlamentares e demais envolvidos e a seção 3 trata da importância da inclusão da proteção de dados pessoais no rol de direitos fundamentais disposto no art. 5º da Constituição de 1988.

2 Tramitação da PEC 17/2019 no Congresso Nacional

A PEC 17/2019 tramitou durante 701 dias no Congresso Nacional, tendo sido apresentada no Senado Federal e sofrido alterações que indicam a testificação de hipóteses sobre a relação entre dados pessoais e o direito à privacidade, intimidade e inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, além do papel da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e da competência para legislar sobre matéria relativa à proteção de dados.

2.1 Tramitação no Senado Federal

A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 17, de autoria do

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

senador Eduardo Gomes (MDB-TO), foi apresentada no Senado Federal em 12 de março de 2019 e previa a inclusão da “proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão” (GOMES, 2019, p. 1) e a fixação da competência privativa da União para legislar sobre a matéria.

O senador Eduardo Gomes (2019, p. 3) justificou a apresentação da referida PEC em legislações estrangeiras, por exemplo, de Portugal, Estônia, Polônia e Chile e na necessidade de disciplinar a competência constitucional para legislar sobre a proteção de dados pessoais.

Nesse sentido, Eduardo Gomes afirmou na justificação da PEC que:

[...] existem diversas propostas de leis estaduais e municipais versando sobre o assunto, inclusive em flagrante réplica da LGPD. Não há racionalização nisso: a fragmentação e pulverização de assunto tão caro à sociedade deve ser evitada. O ideal, tanto quanto se dá com outros direitos fundamentais e temas gerais relevantes, é que a União detenha a competência central legislativa. Do contrário, pode -se correr o risco de, inclusive de forma inconstitucional, haver dezenas - talvez milhares- de conceitos legais sobre o que é “dado pessoal” ou sobre quem são os “agentes de tratamento” sujeitos à norma legal. Impõe-se, portanto, que o país apresente uma legislação uniforme quanto à proteção e tratamento de dados, tendo em vista ser praticamente impossível aos governos e empresas de todo o mundo se adaptarem a normas específicas de cada localidade. Além disso, a pluralidade normativa pode trazer problemas de compatibilidade e adequação dos dados, em especial nos serviços disponibilizados pela rede mundial de computadores, que utilizam os dados pessoais de formas cada vez mais abrangentes e inovadoras. (GOMES, 2019, p. 4)

Em 17 de maio de 2019, a relatora da PEC 17/2019, senadora Simone Tebet votou favoravelmente à proposta e afirmou que:

[...] apesar de já termos um arcabouço legislativo infraconstitucional com a LGPD e outras normativas esparsas – tais como o Marco Civil da Internet, Código de Defesa do Consumidor, Lei do Cadastro Positivo, Lei de Acesso à Informação, Decreto de Comércio Eletrônico, dentre outros - que dispõem sobre o tratamento dos dados pessoais e representam um caminho sem volta, no sentido de conferir maior proteção ao tratamento de dados pessoais, é necessário prever tal garantia no texto constitucional. (TEBET, 2019, p. 4)

Ao final do parecer, Simone Tebet votou pela aprovação da PEC n. 17/2019 para, diferentemente da redação original, incluir a proteção de dados pessoais no art. 5º, inciso XII, da Constituição de 1988, de acordo com a seguinte redação:

[...] é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações

telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, bem como é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais. (TEBET, 2019, p. 7)

A Comissão Diretora manteve a Emenda n. 1-CCJ, com a redação de Simone Tebet, para a votação em segundo turno, conforme Parecer n. 182/2019 (COMISSÃO DIRETORA DO SENADO FEDERAL, 2019). A PEC n. 17/2019 foi aprovada nos dois turnos no Senado Federal com votação unânime entre os senadores presentes, em sessão realizada no dia 2 de julho de 2019.

2.2 Câmara dos Deputados

A PEC n. 17/2019 foi apresentada na Câmara dos Deputados em 3 de julho de 2019, e no dia seguinte, foi apensada a PEC n. 86/2015, que versava o acesso à internet e inviolabilidade do sigilo das comunicações realizadas por meio digital.

Em 9 de julho de 2019, o deputado Orlando Silva (PCdoB/SP) apresentou pedido para desapensar a PEC n. 86/2015, pois essa possuía:

[...] um escopo específico que não tangencia o cerne da PEC discutida anteriormente, a proteção de dados. Enquanto a PEC 86 daria o direito a qualquer cidadão a se conectar à internet, o que gera uma obrigação, direta ou indireta, de provimento por parte do Estado, a PEC 17 trata unicamente do direito à proteção dos dados das pessoas, independente do meio utilizado para sua comunicação. Salientamos que enquanto a PEC de 2015 está há quatro anos em tramitação, provavelmente devido ao seu caráter oneroso para o Estado, a PEC 17 foi aprovada de maneira célere no Senado Federal, pelo fato de ser perfeitamente complementar à novíssima LGPD aqui aludida [...]. (SILVA, 2019c, p. 2).

Em 17 de julho de 2019, o pedido foi deferido pela Mesa Diretora e, em 8 de agosto de 2019, foi apresentado o Parecer n. 1 – CCJC pelo relator João Roma (PRB/BA), que votou pela admissibilidade da PEC n. 17/2019 e asseverou que:

Relativamente ao mérito das alterações, a inserção da proteção dos dados pessoais como direito fundamental parece adequada, embora se possa ser considerada abrangida pelo princípio de proteção à intimidade expresso também em diferentes dispositivos (arts. 5º, X e LV; 93, IX da Constituição). Também a atribuição de União da competência para legislar privativamente sobre o tema revela-se necessária para evitar a sobreposição de normas colidentes e insegurança jurídica. Todavia,

o mérito da Proposta ora em análise deverá ser apreciado e debatido pela Comissão Especial e, posteriormente, pelo Plenário desta Casa. (ROMA, 2019, p. 3).

Em 13 de agosto de 2019, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania também opinou pela admissibilidade da PEC n. 17/2019.

Houve participação de entidades e pessoas em seis audiências públicas e, na audiência do dia 22 de outubro de 2019, segundo afirma o deputado Orlando Gomes em seu parecer:

O Sr. Sérgio Gallindo vislumbrou oportunidade de plasmar no texto constitucional o direito à proteção de dados pessoais, que significaria uma amplificação dos direitos à privacidade e intimidade, e que isso fosse feito por meio de inciso apartado, uma vez que a proteção de dados independe do sigilo da comunicação. Também defendeu a competência privativa da União para legislar sobre proteção de dados, ao alertar que os temas afetos à LGPD, como informática e telecomunicações, já seriam, em tese, todos de competência da União. A professora Laura Schertel, por sua vez, destacou que o direito de privacidade, “de estar só” é insuficiente, tendo o direito à proteção de dados assumido caráter coletivo e não apenas individual, como o direito à privacidade. Aduziu ser recomendado que estivesse num inciso separado, em razão de sua autonomia. Deu exemplo da jurisprudência alemã, em que há necessidade de uma posição ativa do Estado na defesa desse direito, e não somente um não agir. O Sr. Arthur Rollo destacou a relevância do status constitucional do direito à proteção de dados, e considerou que a competência centralizada pela União seria oportuna para o desenvolvimento econômico e a fim de evitar o surgimento de leis inconstitucionais. (SILVA, 2019b, p. 2).

Além dos citados, outros participantes sugeriram que a proteção de dados constasse em inciso próprio do art. 5º da Constituição de 1988, como Bruno Bioni, Vitor Morais de Andrade, Amanda Nunes Lopes Espíñera (SILVA, 2019a, p. 3, 5-6). Nesse sentido, Orlando Silva afirmou no seu parecer que:

Com o advento de uma sociedade digital, baseada no fluxo constante de dados pessoais, os direitos à privacidade e à intimidade são constantemente invocados para proteger o titular dos dados, o consumidor, o cidadão. Embora haja interpretações no sentido de que esses direitos fundamentais já abranjam o âmbito da proteção de dados, prevalece o entendimento, como demonstrado nas várias audiências públicas que compuseram este processo legislativo, de que um direito fundamental específico de proteção de dados é mais apropriado para lidar com alguns dos problemas atuais [...]. Dessa forma, a fundamentação do direito à proteção de dados é não apenas possível, como indispensável para a autodeterminação informativa limitando as possibilidades e as formas de ação do indivíduo nos tempos atuais.

Há diferenças importantes entre a privacidade e a proteção de dados pessoais. A privacidade possui caráter mais individual, enquanto a proteção de dados é mais coletiva. A privacidade é um direito negativo, enquanto a proteção de dados assume qualidade de direito positivo, que pressupõe o controle dos dados pelo próprio indivíduo, que decide onde, quando e como seus dados circulam. Por fim, o direito à privacidade oportuniza o usufruto tranquilo da propriedade, enquanto a proteção de dados está mais ligada ao direito de igualdade, ou seja, a não discriminação e ao usufruto de oportunidades sociais. (SILVA, 2019b, p. 9).

Adiante, Orlando Silva (2019b, p. 11) defende ser necessário introduzir “o direito à proteção dos dados pessoais em inciso individualizado, e não como acréscimo ao texto do vigente inciso XII do art. 5º”, pois:

[...] o conteúdo do dispositivo revela-se diverso daquele contido no inciso XII, já que a proteção dos dados pessoais não se confunde com o tema maior do inciso, quer seja a inviolabilidade das comunicações. Da mesma forma, como argumentamos acima, a proteção de dados adquiriu autonomia suficiente em relação aos direitos de intimidade e privacidade para integrar o inciso X. (SILVA, 2019b, p. 11)

Além disso, Orlando Silva (2019b, p. 14) verificou a necessidade de “atribuir à União a competência material para organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais”, objetivo a ser alcançado por meio da criação de um órgão regulador.

Ao final, foi apresentado substitutivo do relator para incluir o inciso LXXIX no art. 5º, o inciso XXVI no art. 21 e o inciso XXX no art. 22 da Constituição de 1988 e o artigo 4º na PEC n. 17/2019 de acordo com as redações indicadas no quadro ao final dessa seção.

Na Reunião Deliberativa Ordinária de 10 de dezembro de 2019, Orlando Silva complementou o seu parecer em dois trechos específicos para retirar a expressão “e outros aspectos institucionais” do art. 21, inciso XXVI, com o intuito de “ênfatizar que a futura Lei que irá criar a agência reguladora deverá tratar apenas da criação do órgão” e para conferir “maior ênfase e destaque à independência que se quer dar ao futuro órgão regulador” (SILVA, 2019a, p. 1). O parecer foi aprovado pela Comissão Especial.

Na Reunião Deliberativa Extraordinária de 31 de agosto de 2021, a expressão “que disporá sobre a criação de um órgão regulador independente” do art. 2º e o art. 4º da PEC n. 17/2019 foram suprimidos (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2022).

2.3 Senado Federal

Em seguida, a PEC 17/2019 retornou para o Senado Federal e foi encaminhada para publicação em 3 de setembro de 2021. No relatório para instrução da matéria, Simone Tebet votou pela aprovação da PEC e afirmou que:

[...] o art. 2º da PEC nº 17, de 2019, que atribui à União as competências de organizar e fiscalizar o tratamento e a proteção dos dados pessoais dos indivíduos, oferece abrigo constitucional ao funcionamento da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), prevista no art. 55-A da LGPD, a quem o legislador ordinário delegou poder normativo, fiscalizatório, sancionatório e mediador de conflitos – uma construção claramente inspirada no regime jurídico e administrativo das agências reguladoras. (TEBET, 2021, p. 3)

Em 10 de fevereiro de 2022, a PEC 17/2019 foi aprovada como a Emenda Constitucional 115/2022. Para facilitar o entendimento da PEC n. 17/2019, as suas sucessivas redações estão transcritas no quadro abaixo, com os termos adicionados destacados em **negrito**:

Data	Redação
12/03/2019	Art. 1º Inclua-se no art. 5º, da Constituição Federal, o seguinte inciso XII-A: Art. 5º [...] XII-A - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais. Art. 2º Inclua-se no art. 22, da Constituição Federal, o seguinte inciso XXX, com os ajustes redacionais necessários: Art. 22 [...] XXX- proteção e tratamento de dados pessoais. Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua promulgação.
02/07/2019	Art. 1º O inciso XII do art. 5º da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 5º [...] XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, bem como é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais; Art. 2º O <i>caput</i> do art. 22 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XXX: Art. 22. [...] XXX – proteção e tratamento de dados pessoais. Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

03/08/2019	Art. 1º O art. 5º da Constituição Federal passa a vigorar acrescido com o seguinte inciso: Art. 5º LXXIX – é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais; Art. 2º O art. 21 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XXVI: [...] organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei, que disporá sobre a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais. Art. 3º O art. 22 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XXX: [...] proteção e tratamento de dados pessoais. Art. 4º Para os efeitos do inciso XXVI do art. 21, na redação dada pelo art. 2º desta Emenda, o órgão regulador será entidade independente, integrante da administração pública federal indireta, submetida a regime autárquico especial. Art. 5º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.
10/12/2019	Art. 1º O art. 5º da Constituição Federal passa a vigorar acrescido com o seguinte inciso: “Art. 5º [...] LXXIX – é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais;” Art. 2º O art. 21 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XXVI: Art. 21 [...] XXVI – organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei, que disporá sobre a criação de um órgão regulador independente.” Art. 3º O art. 22 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XXX: “Art. 22 [...] XXX – proteção e tratamento de dados pessoais.” Art. 4º Para os efeitos do inciso XXVI do art. 21, na redação dada pelo art. 2º desta Emenda, o órgão regulador será entidade independente, integrante da administração pública federal indireta, submetida a regime autárquico especial. Art. 5º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.
31/08/2021	Art. 1º O caput do art. 5º da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte inciso LXXIX: “Art. 5º [...] LXXIX – é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais. Art. 2º O caput do art. 21 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XXVI: “Art. 21 [...] XXVI – organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei.” Art. 3º O caput do art. 22 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XXX: “Art. 22. [...] XXX – proteção e tratamento de dados pessoais. Art. 4º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

3 Noções sobre Direitos Fundamentais

Segundo Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2018, p. 84, 89), os direitos fundamentais são “direitos constitucionalizados sob técnica especial de reconhecimento e definição assentados nas Constituições dos Estados contemporâneos” acompanhados de mecanismos que asseguram sua concretização.

Com escólio em José Alfredo de Oliveira Baracho, Brêtas (2018, p. 90) afirma que esses mecanismos são conhecidos como garantias constitucionais, ou seja, “meios desenvolvidos pela técnica jurídica moderna, de sorte a controlar a regularidade constitucional dos atos estatais em geral (gênero) e do ato jurisdicional (espécie) em particular”.

A expressão direitos fundamentais, no sentido em que Rosemiro Pereira Leal (2005, p. 23) a utiliza, equivale aos direitos fundamentados pelo devido processo “como discurso do decidir juridicamente adotado na criação e aplicação de direitos e não como idéia-vontade (*noema*) adquirida no saber instantâneo (*noese*) de uma racionalidade inatamente pressuposta”.

Nesse sentido, os direitos fundamentais são “direitos líquidos e certos já acertados no plano constituinte originário” (LEAL, 2005, p. 25). Para o autor:

[...] os direitos postos por uma vontade processualmente demarcada, ao se enunciarem constitucionalmente fundamentais, pertencem a um bloco de direito líquidos (autoexecutivos) e certos (infungíveis) de cumprimento insuscetível de novas reconfigurações provimentais” (LEAL, 2005, p. 26).

Portanto, os direitos são fundamentais em razão da Constituição de 1988 e não de decisão judicial. Logo, a inserção da proteção de dados pessoais no art. 5º da Constituição de 1988 não é mero apetrecho simbólico a conferir maior robustez e *força* ao referido direito.

A inclusão no rol de direitos fundamentais tem importantes consequências na ciência e técnica do direito, por exemplo, o direito à proteção de dados pessoais se torna cláusula pétrea da Constituição de 1988

4 Considerações finais

A análise da tramitação da PEC n. 17/2019 no Congresso Nacional, bem como das alterações na sua redação e dos pareceres produzidos pelos

congressistas envolvidos permite concluir que a PEC teve como principal objetivo centralizar a legislação sobre proteção de dados pessoais na União e, em seguida, incluir a proteção de dados pessoais no rol de direitos fundamentais.

Ademais, pode-se concluir que a proteção de dados pessoais foi reconhecida como direito autônomo e independente do direito à privacidade, intimidade e do direito à inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas. Além disso, a proposta para criação de um órgão regulador não prosperou, em benefício da atuação da já existente ANPD.

Apesar do artifício fantasmagórico da *intenção do legislador* não poder ser utilizado como parâmetro da interpretação do ordenamento jurídico, a análise das hipóteses levantadas pelos congressistas auxilia na testificação das hipóteses e na resolução de problemas sobre o direito à proteção de dados pessoais.

Referências

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. 4. ed. rev., atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Ficha de tramitação da PEC n. 17/2019**. Brasília. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2210757>. Acesso em: 14 out. 2022.

COMISSÃO DIRETORA DO SENADO FEDERAL. **Parecer n. 182, de 2019**. Redação para o segundo turno da Proposta de Emenda à Constituição nº 17, de 2019, do Senador Eduardo Gomes e outros. Brasília: Senado Federal, 02 jul. 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7974243&ts=1647518558088&disposition=inline>. Acesso em: 12 out. 2022.

GOMES, Eduardo. **Proposta de Emenda à Constituição n. 17/2019**. Acrescenta o inciso XII-A, ao art. 5º, e o inciso XXX, ao art. 22, da Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria. Brasília: Senado Federal, 12 mar. 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/>

documento?dm=7924709&ts=1647518557279&disposition=inline.
Acesso em: 12 out. 2022.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada**: temática processual e reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ROMA, João. **Parecer n. 1, de 2019**. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0t0u57ov16ax51793jydjdp6o03955940.node0?codteor=1786699&filename=Tramitacao-PEC+17/2019. Acesso em: 13 out. 2022.

SILVA, Orlando. **Complementação de voto de relator**. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Brasília: Câmara dos Deputados, 10 dez. 2019a. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0t0u57ov16ax51793jydjdp6o03955940.node0?codteor=1844229&filename=Tramitacao-PEC+17/2019. Acesso em: 13 out. 2022.

SILVA, Orlando. **Parecer n. 1, de 2019**. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019b. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0t0u57ov16ax51793jydjdp6o03955940.node0?codteor=1841176&filename=Tramitacao-PEC+17/2019. Acesso em: 14 out. 2022.

SILVA, Orlando. **Requerimento n. 1916, de 2019**. Requer a dispensação da Proposta de Emenda Constitucional nº 17, de 2019, da Proposta de Emenda Constitucional nº 86, de 2015. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019c. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0t0u57ov16ax51793jydjdp6o03955940.node0?codteor=1776307&filename=Tramitacao-PEC+17/2019. Acesso em: 13 out. 2022.

TEBET, Simone. **Parecer n. 45, de 2019.** Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 17, de 2019, do Senador Eduardo Gomes e outros, que acrescenta o inciso XII-A, ao art. 5º, e o inciso XXX, ao art. 22, da Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria. Brasília: Senado Federal, 17 maio 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7956536&ts=1647518557553&disposition=inline>. Acesso em: 12 out. 2022.

TEBET, Simone. **Parecer n. 242, de 2021.** De PLENÁRIO, sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 17, de 2019, do Senador Eduardo Gomes e outros Senadores, que altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Brasília: Senado Federal, 18 out. 2021. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9029060&ts=1647557636370&disposition=inline>. Acesso em: 14 out. 2022.

Capítulo 2

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E AS *FAKE NEWS*: UMA ANÁLISE EMPÍRICO-RETÓRICA PRELIMINAR DAS DECISÕES DA CORTE

Geovane Lopes de Oliveira¹

Ian Fernandes de Castilhos²

1 Introdução

Os fatos inverídicos, as mentiras ou, conforme expressão universalizada contemporaneamente, as *fake news*, não são questões novas para o direito, que regula seus reflexos jurídicos em diversas dimensões (civil, administrativa, penal, eleitoral). Contudo, o contexto atual torna exponencial sua relevância porque os mecanismos de sua disseminação ganharam escala global e velocidade quase instantânea, por conta das redes sociais e da ultra conexão das pessoas.

Essa capilaridade e alcance pode, inclusive, interferir nos processos de escolha dos representantes políticos da sociedade. Não por outro motivo, a maior parte das ações protocoladas no Superior Tribunal Eleitoral é referente à disseminação de notícias falsas com finalidade eleitoral (STABILE, 2022). E isso porque, democracias minimamente consolidadas, cujos processos eleitorais buscam alto grau de confiabilidade, como forma de garantir que as escolhas da população não sejam meros simulacros de participação política, pautam-se na sindicabilidade do processo por Órgão Judicial autônomo e independente (RODRIGUEZ; BARRAL, 2012).

Assim, cabe ao teórico do Direito refletir criticamente sobre a prática discursiva do referido Tribunal, tendo em vista sua importância no que concerne à temática, com o objetivo de compreender as estratégias discursivas e os mecanismos retóricos manejados pelos Juízes nas decisões

1 Advogado, 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

2 Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG); Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). E-mail: iancastilhosadv@gmail.com

que, em última análise, poderão reconfigurar o resultado de uma eleição e, portanto, a forma mesma da concretização da democracia no Estado. Daí que a indagação do presente trabalho é sobre as estratégias retóricas utilizadas nas decisões do Tribunal Superior Eleitoral sobre disseminação de *Fake News*?

A Discussão foi desenvolvida a partir da Análise Empírico-Retórica formulada por Reis (2014). Tal metodologia tem como finalidade a identificar as estratégias de persuasão utilizadas em uma determinada decisão jurídica (judicial, legislativa ou do executivo) e possibilita a reconstrução das práticas deliberativas do órgão ou setor da sociedade que está sob análise.

Essa perspectiva auxilia na identificação dos fatores endógenos e exógenos que influenciam na decisão judicial, viabilizando sua crítica e problematização a partir de critérios epistêmicos e não apenas pela ótica da discordância/concordância como os resultados, uma vez que o papel do Poder Judiciário é garantir a concretização da ordem jurídica e a segurança das relações reguladas pelo direito. Ao mesmo tempo, a proposta metodológica, fugindo das teorias *standards* de argumentação, não propõe modelos de avaliação do discurso, cujo objetivo seria identificar erros e acertos, mas sim, reconhecendo que o discurso jurídico “constrói uma realidade simbólica linguística própria” nas quais são disputadas “pretensões de poder por intermédio da persuasão do discurso” (ROESLER, 2018a, p. 32), propõe mecanismos de compreensão do sentido, fundamento e propósito dos argumentos manejados no discurso.

Este relatório de pesquisa será apresentado em três capítulos. No primeiro Capítulo serão abordados os pressupostos teóricos da metodologia utilizada. No segundo, será apresentada a explicação do procedimento metodológico, com a indicação das fontes de pesquisa que sustentam os resultados. Finalmente, no terceiro, serão apresentados e discutidos os resultados da análise empírico-retórica do Tribunal em casos envolvendo *fake news*.

2 Fundamentos teóricos da pesquisa

Ballweg (1991, p.177-179) divide a retórica em três dimensões, quais sejam: (a) *Retórica material*, que se refere a condensação da linguagem comum em direção às linguagens de controle social com a qual o direito, a religião, a moral e outras estruturas criam a realidade em que vivemos

– a partir dela se cria uma cosmovisão sobre o mundo perceptível que ao mesmo tempo que é constituída pelas relações sociais é a constitutiva do que é a realidade em que o sujeito está inserido; (b) a *retórica prática*, que se preocupa com o ensino dos meios retóricos imanentes à linguagem objetivando a transmissão da *doxai* na intenção de persuadir e convencer; (c) a *retórica analítica*, que se refere a um instrumento de *análise* das *retóricas materiais e práticas* cujos resultados sejam *verificáveis*.

Diante desta classificação, a perspectiva teórica aqui abordada se refere a uma *retórica analítica* que pretende compreender quais são as *estratégias argumentativas* utilizadas por um ator jurídico que busca *persuadir* seu auditório. O termo “auditório” se refere a uma construção idealizada pelo próprio orador (PERELMAN, OLBRECHTS-TYTECA, 1996, p.26) e se refere ao público alvo da pretensão de persuasão/convencimento. Tais estratégias podem dizer respeito ao *Ethos*, quando se apela à legitimidade do falante ou de sua posição social; ao *Pathos*, quando a intenção é sensibilizar o ouvinte por elementos emocionais; e ao *Logos*, na hipótese em que o convencimento se dá pela racionalidade da premissa. O estudo destas estratégias serve para compreender, classificar e criticar a linguagem textual analisada (ADEODATO, 2013, p. 19).

No mundo real, os atores jurídicos utilizam elementos retóricos como armas da guerra pelo monopólio narrativo do que é e de como *deve ser* o Direito (vigente). Toda a prática jurídica está sujeita a compulsão por persuadir (SOBOTA, 2000, p.522). O uso específico do termo *persuadir* em vez de *convencer* possui um propósito: o segundo pressupõe uma adesão pela *racionalidade* do discurso que o primeiro não exige (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 1996, p.30). No diálogo habitual, os participantes tendem, pura e simplesmente, a persuadir seu auditório com o intuito de determinar uma ação imediata ou futura (PERELMAN, OLBRECHTS-TYTECA, 1996, p.30). O mesmo vale para o Direito já que os processos decisórios em qualquer esfera de competência podem ser vistos como o exercício da *retórica prática*.

A partir dessa compreensão, a Análise Empírico-Retórica pressupõe necessariamente que os discursos jurídicos são *retórico-estratégicos* e busca identificar as estratégias retóricas de um discurso jurídico, qualificando-as e as classificando. E, com base nos dados coletados, formula inferências que contribuem para descrever as características do discurso sob análise (REIS, 2018, p.123). Dito de outra forma, o principal intuito da Análise Empírico-Retórica é descrever, catalogar e classificar categorias de argumento.

Algumas inferências são possíveis a partir dos dados a serem coletados. Por exemplo, se um Tribunal ou Ministro apela para categorias como “voz das ruas” para justificar uma decisão, ao mesmo tempo pode fazer uso de estratégias voltadas para o Ethos ao se colocar como instituição legitimada para uma decisão por características como sabedoria, erudição, entre outras que lhe dão qualidades superiores a outras instituições como fazer um apelo ao *Pathos* de uma sociedade que se sente pouco representada pelos órgãos que, de fato, são representativos. O que não é feito neste tipo de fundamentação é a tentativa de persuadir pela qualidade das razões e fundamentação apresentada.

Ao mesmo tempo, um Tribunal é mais do que um Ministro em específico e certas estratégias retóricas podem não ser uma característica homogênea do órgão. Neste ambiente, as pesquisas como a que se desenvolveu aqui são um passo inicial para uma crítica fundamentada da prática discursiva dos atores jurídicos. Por mais que a proposta metodológica tenha finalidades analíticas, seus resultados fornecem importante contribuição para propostas críticas.

3 Procedimento metodológico

A primeira etapa do procedimento metodológico é a escolha do *corpus de análise* de acordo com os *objetivos* e a *problemática* envolvida (REIS, 2018, p.136). Utilizando a ferramenta de busca de jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral foram encontrados 6 acórdãos que fazem uso da expressão *Fake News* entre ações de competência originária e recursal. Destes acórdãos foi descartado apenas um que não consistia em uma decisão de mérito (BRASIL, 2018) e outro não foi possível a análise, tendo em vista que no decorrer da decisão não se encontra nenhum argumento, apenas a síntese do que foi decidido (BRASIL, 2019a).

Dois esclarecimentos devem ser feitos: (a) a busca pelo termo “*Fake News*” e não por “notícia falsa” se dá pelo significado politicamente atribuído ao primeiro que não se refere apenas a divulgação de informações inverídicas. A expressão *Fake News* se refere a prática articulada de criação e divulgação em massa de informações inverídicas ou distorcidas para desabonar candidatos ou partidos políticos; (b) a escolha de acórdãos e não de decisões monocráticas se deu pela relevância que as decisões colegiadas possuem, tanto do ponto de vista de maior riqueza de elementos discursivos quanto da vinculação que as instâncias inferiores possuem.

A segunda etapa metodológica consiste na análise do contexto no qual a decisão se insere (REIS, 2018, p.137). Os casos em análise partem de uma problemática geral atinente ao uso político da desinformação em massa como mecanismo retórico de persuasão política, especialmente no que se refere aos ataques às instituições democráticas.

Após, se elabora uma série de leituras do *corpus documental* com a finalidade de mapear as estratégias retóricas utilizadas pelos atores do discurso (REIS, 2018, p. 138-139). Desta forma, foi adotada a seguinte tabela-modelo para formulação dos indicadores de estratégias retóricas:

Tabela 1 – Tabela-Modelo da Análise-Empírico Retórica

Dimensão	Indicador	Incidência
ETHOS	E1: Demonstrações de erudição	
	E2: Elogios e Advjetivações	
	E3: Remissão à Legitimidade/Autoridade do Tribunal	
	E4: Digressão para Lecionar	
	E5: Argumento de Autoridade	
	E6: Uso da 1ª Pessoa do Singular e Opiniões Pessoais	
PATHOS	P1: Uso de linguagem hiperbólica	
	P2: Argumento ad terrorem	
	P3: Personificação e prosopopeia	
	P4: Ênfase e pergunta retórica	
	P5: Neologismo	
LOGOS	L1: Argumentos de codificação	
	L2: argumentos hermenêuticos	
	L3: Argumentos do cotidiano	
	L4: Argumentos baseados em princípios gerais	
	L5: Referências a decisões do próprio Tribunal	
	L6: Citação de jurisprudência de outros países	
	L7: Argumento Doutrinário	

Fonte: Elaboração dos Autores.

Retomando a classificação já explicada, um juiz pode buscar fundamentar tecnicamente sua decisão, formulando uma premissa normativa à luz da legislação vigente somada a argumentos hermenêuticos para sua interpretação, aplicando ao caso concreto. Se agir dessa forma, estará buscando persuadir através do *Logos*. Se por outro lado, a decisão se

fundamentar no apelo ao sentimento popular, sua fundamentação estará no *Pathos*. Por fim, se a decisão decorrer meramente do apelo ao seu alto intelecto e posição social, estaremos diante de uma estratégia voltado para o *Ethos*.

Em decisões reais as estratégias retóricas se interconectam. Dificilmente se verá um juiz que decide de forma apenas técnico-jurídica ou apenas apelando ao *Pathos*. Os indicadores consistem em certos pontos do discurso em que é possível reconstruir em termos teóricos quais são as estratégias que estão sendo utilizadas para o convencimento.

Foi realizado, por fim, o fichamento das decisões obtidas pelo procedimento descrito com a finalidade de reconstruir as estratégias retóricas utilizadas pelos ministros. Após ler as decisões houve uma busca ativa para enquadrar os atos de fala dos Ministros dentro dos indicadores formulados. O extrato da pesquisa empírica encontra-se disponível tanto no *Qr Code* quanto no *Link* abaixo, mas alguns exemplos de enquadramento nos indicadores podem ser encontrados no próximo tópico.

Figura 1 – Qr Code com a base dos dados empíricos

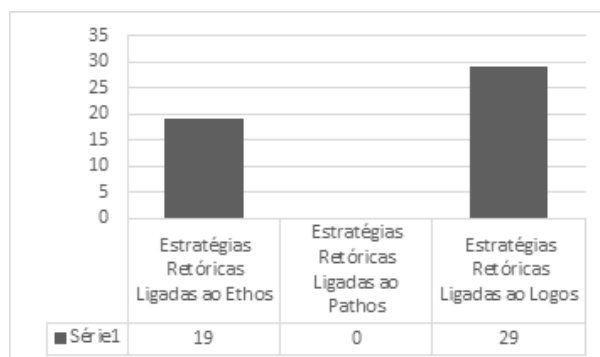


<https://www.encurtador.com.br/hpzAK>

4 Resultados e discussões

É possível notar que a grande maioria das estratégias retóricas estão ligadas ao *Logos*. Alguns pontos devem ser observados: (i) as estratégias retóricas utilizadas se reportam ao uso de argumentos técnico-jurídicos o que não permite afirmar que as decisões são necessariamente racionais; (ii) a análise desse dado precisa ser complementada por uma análise crítica da correção dos argumentos técnicos-jurídicos tendo em vista que os mesmos podem ser um mecanismo de mero reforço de opiniões e convicções pessoais. O segundo ponto ficará mais claro no decorrer do texto.

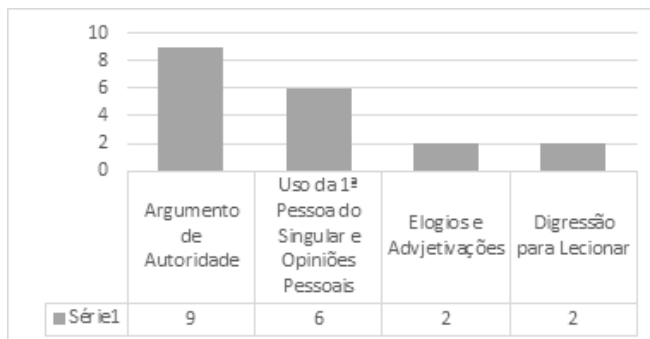
Figura 2 – Números Totais de Estratégias Retóricas Identificadas



Fonte: Elaboração dos Autores.

O uso de estratégias retóricas voltadas para o *ethos* se baseiam especialmente no uso de argumento de autoridade consistente no excesso de citação jurisprudencial sem a demonstração da pertinência ao caso concreto. Isso se deu especialmente em um caso julgado pelo Min. Luís Roberto Barroso (BRASIL, 2019, p. 18-20) cujo problema que deu origem a ação se referia suposto *abuso de poder econômico* e *uso indevido dos meios de comunicação* dos prefeitos eleitos no Município de Sete Lagoas/MG. A prática de abuso de poder econômico estaria ligada a uma matéria jornalística local com exposição negativa do candidato adversário que foi publicado de forma distorcida e que excedia o interesse jornalístico. Deste modo, a questão relevante para o caso era apenas se o candidato possuía qualquer vínculo ou responsabilidade sobre a matéria, entretanto, uma revisão jurisprudencial desnecessária foi realizada.

Figura 3 – Estratégias Retóricas Referentes ao Ethos



Fonte: Elaboração dos Autores.

Em que pese a citação a muitas jurisprudências tenha sido feita fora de contexto, tais citações são argumentos técnico-jurídicos voltados para o *logos* e foram contabilizados em ambos os lados.

O uso da primeira pessoa do singular e a exposição de opiniões pessoais também foi bastante elevado e a única característica constante em todas as decisões. Especial atenção merece a prática comum dos Ministros de agir como se fossem senhores da decisão. Apenas como exemplo cita-se o seguinte trecho “De início, entendo que não merece acolhimento o pleito de retirada dos conteúdos impugnados em razão do término do período eleitoral, porquanto ensejou a perda superveniente do interesse de agir.” (BRASIL, 2020a, p.5)

Outro exemplo pode ser dado:

Assim, ao meu juízo, na hipótese dos autos, o permissivo legal para que esta Justiça Especializada limite a liberdade de expressão reside na finalidade de fazer cessar a proliferação de desinformação prejudicial aos concorrentes da disputa eleitoral, ante sua capacidade de interferir na livre escolha dos eleitores (BRASIL, 2019a, p. 6).

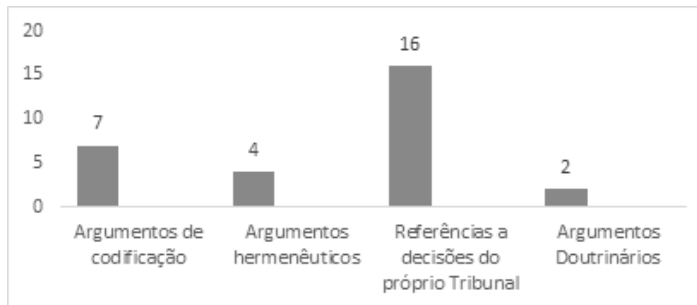
A decisão judicial pode depender do juízo particular de um determinado decisor? É difícil defender a ideia de que sim. A linguagem jurídica, em que pese sua indeterminação, pressupõe que há elementos anteriores à decisão que fornecem amparo para *o que deve ser decidido em determinadas circunstâncias*.

Já os elogios e as adjetivações estão ligados à qualidade de decisões dos pares como fundamento da autoridade do que está sendo decidido no caso presente. Exemplo disso pode ser visto no seguinte excerto:

Como bem pontuou o desembargador Carlos Vagner Dias Ferreira no seu substancial voto-vista, ‘o potencial de propagação de *fake news*, em sua ampla acepção, na plataforma do WhatsApp é tão devastador quanto um vírus que se espalha indiscriminadamente’. (BRASIL, 2022b, p. 18).

No que se refere à digressão para lecionar, o caso mais chamativo se dá na busca pela conceituação precisa de *fake news* realizada pelo Ministro Luís Roberto Barroso (BRASIL, 2019b, p. 20). Não há que se negar a contribuição científica na delimitação conceitual pretendida e que abarque, além de seu conteúdo semântico próprio, o conteúdo político da expressão. Não fica claro na decisão, entretanto, a *necessidade* da digressão para decidir o caso concreto - o mesmo caso sobre abuso do poder econômico já citado – , nem tão pouco a *correção* da elaboração do conceito.

Figura 4 – Estratégias Retóricas voltadas para o Logos



Fonte: Elaboração dos Autores.

É importante ressaltar o elevado uso de argumentos referentes a decisões do próprio Tribunal muito embora nosso sistema jurídico tenha na lei sua principal fonte. Isso pode significar que: (a) a jurisprudência tem o condão de interpretar melhor uma legislação que não é suficiente para resolver as questões práticas. Outra opção é: (b) que os Tribunais sejam autocentrados e se põem como principal fonte da interpretação do direito positivo.

O uso das estratégias retóricas voltadas para o *logos* não é uniforme entre as decisões, sendo difícil afirmar que a *Corte* decide de uma determinada forma específica, diferentemente do que ocorre com o uso da primeira pessoa e das opiniões pessoais como prática que permeia todas as decisões. Em um dos casos o Ministro Sérgio Silveira Banhos utiliza os argumentos de codificação seguidos de um argumento hermenêutico para demonstrar o enquadramento da norma ao caso concreto (2020a), o que não ocorre com a decisão proferida pelo Ministro Admar Gonzaga (2019a) que utiliza menos argumentos hermenêuticos, mas faz referência à Doutrina. Já a decisão do Ministro Luís Roberto Barroso é completamente voltada para à Jurisprudência (2019b). Importa frisar que todos os casos são similares quanto à matéria e complexidade.

5 Considerações finais

Os dois pontos mais relevantes encontrados no decorrer da pesquisa são: (a) no que se refere às estratégias retóricas ligadas ao *Logos* **não existe uma característica geral da Corte;** (b) **quanto às estratégias retóricas ligadas ao *Ethos* é possível perceber que,** de forma homogenia, ao menos nos casos analisados, os Ministros agem como se a decisão fosse sua

propriedade e decorressem unicamente da sua *reta razão*. Isso se demonstra principalmente por termos como: “*No meu juízo*”, “*Conforme eu entendo*”, etc.

O projeto aqui iniciado é apenas um estudo preliminar e possui limitações decorrentes disso. Uma delas é a base de dados relativamente curta (apenas 6 decisões). Assim, as conclusões formuladas podem variar significativamente em um universo de dados maior.

Não obstante essa perspectiva limitada, o cenário aponta para uma necessidade de aprofundamento da análise e das discussões a respeito do sentido e do impacto da categoria *fake news* nas discussões da Corte. O rigor epistêmico (ou a necessidade maior de rigor epistêmico), podem apontar para uma efetiva e adequada prestação jurisdicional do Tribunal Eleitoral, o que viabilizaria o cumprimento das condições de possibilidade de adequação e concretização da democracia representativa, nos termos previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Referências

ADEODATO, João Maurício. Retórica Analítica como Metódica Jurídica. **Argumenta Journal Law**, n. 18, p. 11-30, set. 2013.

BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. **Revista Brasileira de Filosofia**, v.39, jul-ago-set, 1991, p. 175-184.

BRASIL, Superior Tribunal Eleitoral. Consulta nº 060101871, Acórdão, Relator Min. Tarcisio Vieira De Carvalho Neto. **Diário da Justiça Eletrônico**, 05 de out. de 2018. Disponível em: <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/301584>.

BRASIL, Superior Tribunal Eleitoral. Representação nº 060176521, Acórdão, Relator Min. Admar Gonzaga. **Diário da justiça eletrônico**. 24 de out. de 2019a. Disponível em: <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/1410228>.

BRASIL Superior Tribunal Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 97229, Acórdão, Relator Min. Luís Roberto Barroso. **Diário da justiça eletrônico**. 26 de agosto de 2019b. Disponível em: <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/503745>.

BRASIL, Superior Tribunal Eleitoral. Representação nº 060169771, Acórdão, Relator Min. Sérgio Silveira Banhos, Publicação: **Diário da Justiça Eletrônico**, Tomo 229, Brasília, 10 de nov. de 2020. Disponível

em <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/1398392>.

BRASIL, Superior Tribunal Eleitoral. Representação nº 060123053, Acórdão, Relator Min. Paulo De Tarso Vieira Sanseverino. **PSESS - Publicado em Sessão**. 03 de out. de 2022a, disponível em: <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/2968109>.

BRASIL, Superior Tribunal Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral, nº 060002433, Acórdão, Relator Min. Sérgio Silveira Banhos. Diário da Justiça Eletrônico, 07 de março de 2022b. Disponível em: <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/2080327>.

REIS, Isaac Costa. **Limites à legitimidade da Jurisdição Constitucional: análise retórica das Cortes Constitucionais do Brasil e da Alemanha**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, UFPE, 2014.

REIS, Isaac. Análise Empírico-Retórica do Discurso: fundamentos, objetivos e aplicação. In: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (Orgs.). **Retórica e Argumentação Jurídica: Modelos em Análise**. Curitiba: Alteridade, 2018.

ROESLER, Claudia. **A análise da argumentação judicial em perspectiva crítica: o que fazemos quando analisamos decisões judiciais?** In: Retórica e Argumentação Jurídica: modelos em análise. Coleção Direito, Retórica e Argumentação, Volume 2. Curitiba: Alteridade, 2018a.

SOBOTA, Katharina. Rhetorische Muster der Rechtsgewinnung am Beispiel einer Entscheidung des OVG Münster *in* SCHIREN, Thomas. **Topik und Rethorik: ein Interdisziplinäres Symposium**. Berlin: Max Niemeyer Verlag, 2000.

STABILE, Arthur. Divulgação de fake news lidera representações à Justiça Eleitoral em 2022. G1 [online]. 2022, Eleições. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2022/noticia/2022/10/13/divulgacao-de-fake-news-lidera-representacoes-a-justica-eleitoral-em-2022.ghtml>.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação: A Nova Retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RODRIGUEZ, José Julio Fernández; BARRAL, Daniel Neira. **Jurisdição eleitoral: reflexão teórico-pragmática baseada em uma**

aproximação ao caso europeu. In: Estudos eleitorais / Tribunal Superior Eleitoral. - Vol. 1, n. 1 (1997). Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 1997. Pp. 9-28.

Capítulo 3

DIREITO E TECNOLOGIA: TIPIIFICAÇÃO DO CRIME DE STALKING E CYBERSTALKING E O DIREITO PENAL SIMBÓLICO

Ademilson de Oliveira¹

Douglas de Moraes Silva²

Maira Ribeiro de Rezende³

Matheus Henrique Sasserón⁴

1 Introdução

Nos últimos anos, na sociedade globalizada, têm-se levantado muitas abordagens e discussões em relação ao *stalking*, validado por comportamentos persistentes de assédios, apresentando-se de diversificadas formas. Assim sendo, complementarmente, considerando que o assunto é uma inovação na ordem jurídica, destaca-se a necessidade do maior aprofundamento acerca desse fenômeno, o que se faz neste trabalho em três partes.

Desde o início da sociedade, a importunação por meio persecutório é uma das maneiras de se valer da violência. Nos dias de hoje, o crescente

1 Graduado em direito pela Universidade São Francisco-Bragança Paulista/SP (2002), advogado militante na comarca de Camanducaia/MG, onde preside a 56ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Minas Gerais, ademilson.oliveira536@hotmail.com

2 Mestrando em Direito com ênfase em Constitucionalismo e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM) – Pouso Alegre/MG, taxa CAPES. Graduado em direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM. Pesquisador Adjunto do Arquivo Nacional e membro do Grupo de Pesquisas CNPq Sapere Aude. E-mail: douglasmorais907@yahoo.com.br

3 Graduada pela Universidade Federal de Lavras, pós graduada em Direito Constitucional Aplicado, mestranda pela Faculdade de Direito do Sul de Minas, bolsista CAPES. e-mail: mairarezende@hotmail.com, lattes: <http://lattes.cnpq.br/1950789771786476>; ORCID <https://orcid.org/0000-0002-0353-7263>.

4 Mestrando em Direito com ênfase em Constitucionalismo e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM) – Pouso Alegre/MG. Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, em Poços de Caldas, Pós-graduação lato sensu em Direito Processual Penal pela Escola Paulista de Direito e Direito Processual Civil pela ela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, em Poços de Caldas. Advogado, Presidente da 96ª Subseção da OAB/MG – Andradas, e Membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB/MG. E-mail: matheus.sasserón@live.com

e destacado progresso da tecnologia e das diferentes formas das relações entre as pessoas, fez originar crimes específicos de sua Era, como o de *stalking* e *cyberstalking*, que, entre vários outros, esses têm se destacado por frequência e numerário. O Direito brasileiro, está ligado a essa nova realidade e atento a outras transgressões que se apresentam nesses mesmos parâmetros e, por esse surgimento, se lança a normativizar esses episódios.

No Brasil, essa forma de transgressão foi considerada crime somente no ano de 2021, pela Lei n.º 14.142/2021, inserindo o artigo 247-A no Código Penal. Com a inclusão da perseguição ao Código Penal Brasileiro, surge uma tipificação que antes era considerada apenas como uma contravenção, revogando-se o art. 65 da Lei n.º 3688 de 1941.

Esse progresso, apesar de ser uma necessidade, veio de uma forma tardia, comparando-se aos Estados Unidos, que desde 1990, incluiu esse tipo penal em seu direcionamento judicial. Destaca-se que, no que se concerne ao crime de importunação, o estudo desse assunto é escasso, mesmo se dedicando a essa prática, é necessária uma maior dedicação e, para se diminuir esse tipo de ação.

São nestes termos que a pesquisa, em sequência de seu estudo, apresenta na sua última parte, apontamentos da criminologia crítica, levando a reflexão final do tema que, embora não esteja esgotado, pode ser considerado como especulado. Somente com esses apontamentos é que se pode apresentar e cumprir com o proposto, trazendo, por fim, as finais considerações e apontamentos.

2 O crime de *stalking* e seus aspectos dogmáticos

Sendo o homem, segundo Platão, um ser desejante, e como os desejos são numerosos e possam ser colidentes, a convivência humana pressupõe o estabelecimento de normas para torná-la possível. Porém, nem sempre essas normas são respeitadas, sejam as mesmas de natureza moral ou jurídica. A diferença entre as duas classes de normas é que uma delas, as jurídicas, são tuteladas pelo Estado, com a possibilidade de imposição de coerção, ou seja, são de cumprimento obrigatório, sob pena do uso da força, tanto para seu cumprimento quanto pelo seu descumprimento.

As normas jurídicas são produzidas pelo Estado e estão consubstanciadas em diversos diplomas legais, sendo esses classificados segundo o tipo de transgressão cometida em civil, administrativa ou penal. As normas penais diferem-se das demais por serem adotadas como última

razão, aplicam-se às condutas onde as outras regras não surtiriam efeitos e têm como característica diferenciadora a imposição de uma pena em sentido próprio.

A transgressão das normas tuteladas pelo Direito Penal configuram crimes ou contravenções penais. Ambos descrevem condutas comissivas ou omissivas contrárias às normas penais e se diferenciam somente quanto ao tipo e gradação da pena imposta.

Basileu Garcia ensina que há conceito formal e conceito substancial de crime e que, formalmente, crime seria:

Formalmente, conforme enuncia Liszt, o crime é o acontecimento a que a legislação relaciona a pena, como consequência de Direito, ou, consoante disse Manzini, é o fato individual com que se infringe um preceito jurídico, provido da sanção específica que é a pena em sentido próprio.⁵

Dentre os diplomas legais penais, de importância ímpar, situa-se o Código Penal, Decreto-Lei 2.840, de 07 de dezembro de 1940. Tal diploma legal está dividido em duas partes, uma parte geral, onde são tratados os institutos jurídicos penais, e uma parte especial onde são tutelados os denominados bens jurídicos, tais como a vida, a honra, o patrimônio, a liberdade pessoal entre tantos outros.

Com relação a liberdade pessoal, o Código Penal, na parte especial, criminaliza condutas que constringam, limitem ou ameacem a liberdade pessoal do indivíduo. Esses crimes estão elencados no Título I, que trata, de forma ampla, dos crimes contra a pessoa, no capítulo VI desse título, elencando os crimes contra a liberdade individual, sendo que a seção I desse capítulo trata, especificamente, dos crimes de transgressão à liberdade pessoal, comportando os crimes elencados entre os artigos 146 e 149-A desse diploma legal.

A Lei Federal 14.132/21 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o crime por ela denominado de “Perseguição”, criando a figura descrita no art. 147-A do Código Penal, nos seguintes termos:

Perseguição

Art. 147-A. Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade.

Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

5 GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*, ed. Max Limonad, 4. ed. São Paulo, pg. 193.

§ 1º A pena é aumentada de metade se o crime é cometido:

I – contra criança, adolescente ou idoso;

II – contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código

III – mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas ou com o emprego de arma.

§ 2º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência

§ 3º Somente se procede mediante representação.

Porém, parte da doutrina vem tratando esse crime com a denominação de STALKING, palavra inglesa cujo significado, segundo o “Cambridge Dictionary”, significa “perseguição insistente”. Para preenchimento do tipo penal, que pode ter qualquer pessoa como sujeito passivo do crime, a conduta de perseguir alguém, por qualquer meio, deve ser reiterada, deixando aqui o legislador a cargo do aplicador da lei, analisando o caso concreto, a configuração da reiteração de condutas. Tais condutas devem ser no intuito de ameaçar a integridade física ou psicológica e como consequência a vítima deve ter restringida sua capacidade de locomoção ou, que tenha de qualquer forma, sua liberdade ou privacidade invadida. Cabe frisar que a Lei Federal 14.132/21 revogou, expressamente, o art. 65 da Lei de Contravenções Penais que tratava da conduta de “perturbação da tranquilidade”.

Muito embora esse crime possa ocorrer de forma livre, chama atenção o que a doutrina denomina de cyberstalking, que ocorre quando as condutas de perseguição se dão pelos meios eletrônicos de comunicação, notadamente a internet, tendo em vista a abrangência e atualidade desse meio de comunicação entre as pessoas, que se por um lado facilita a comunicação, por outro acaba expondo-as, inevitavelmente, à sanha de indivíduos doentios e criminosos que não respeitam a liberdade pessoal do outro.

Apesar desse crime ter como sujeito passivo, na maioria dos casos, mulheres, o mesmo pode ter qualquer pessoa como vítima, sendo que quando a conduta tem como fundamento a condição do sexo feminino, condição essa delineada no § 2º do art. 121 do Código Penal brasileiro, a pena é agravada. Cabe distinguir o art. 147-A, que trata do crime de perseguição ou stalking, da figura do art. 147-B, sendo que essa tem como sujeito passivo somente a mulher e que, muito embora, a conduta de perseguição possa redundar nos mesmos prejuízos emocionais à mulher,

exige-se condutas reiteradas, ao passo que para configurar o crime do art. 147-B, basta uma única conduta.

3 Vitimologia dos crimes de *stalking* e *cyberstalking*

Vitimologia pode ser entendida como mais uma das vertentes de estudo da Criminologia, uma vez que, por muito tempo os estudos criminológicos focaram mais na conduta do agente. Posto isso, a Vitimologia ganhou papel de destaque, principalmente depois da Segunda Guerra Mundial, como consequência do Holocausto. Essa passa a ser peça essencial na prevenção desses crimes, pois faz uma minuciosa análise dos agentes da relação, buscando entender os fatores que levaram a tão delicada situação.

Toda a análise desenvolvida pela Vitimologia tem por objetivo auxiliar a investigação que haja a presença de vítimas. Vítima, por sua vez, é um termo utilizado para descrever qualquer pessoa que tenha sofrido perda, prejuízo ou dano devido a uma ação ilegal praticada por outro indivíduo, grupo ou organização.⁶

Como bem demonstrado anteriormente o *Stalking* e o *Cyberstalking* são crimes que seguem a mesma linha de tipificação, mas que são cometidos em meios diferentes. De forma geral, o *stalking* pode ser entendido como o crime que é cometido por meio de perseguição de modo reiterado, por qualquer meio, presente ameaça à integridade física ou psicológica e restrição à capacidade de locomoção ou quando, de qualquer forma, se invade ou perturba a liberdade ou privacidade alheia, já o *cyberstalking* é cometido por meio das redes sociais e pode ser entendido como uma forma de assédio persistente através de tecnologias de informação e comunicação.

O interesse a respeito do fenômeno do *stalking* começou a aparecer na academia em meados da década de noventa. Pesquisas a respeito do tema foram produzidas, por meio das quais tornou-se claro que se tratava de um problema social, e não apenas de casos de celebridades isolados fortalecidos pela ampla cobertura da mídia.⁷

Com base nos dados apurados pelas pesquisadoras Sara Pires, Ana Isabel Sani, Cristina Soeiro, as quais tiveram como base as diversas pesquisas realizadas até os dias atuais, como forma de mensurar os dados já obtidos.

6 BURGESS, A. W.; REGEHR, C.; ROBERTS, A. *Victimology: Theories and Applications*. Massachusetts: Jones and Bartlett Publishers, 2010.

7 SHERIDAN; et al. 2003 apud BOEN, et. al. 2019.

Fatos esses que consequentemente ensejaram uma análise conclusiva desses dados, apurando pontos em comuns que podem ser considerados.

Infelizmente, os dados a respeito da vitimologia desses crimes, sob uma perspectiva brasileira, ainda são escassos, principalmente, devido a atualidade da tipificação do crime de *stalking* e consequentemente de *cyberstalking*.

Apesar de em um primeiro momento ter havido uma ligação entre esse crime e o interesse por celebridades, tem-se percebido uma gradual expansão desse tipo penal ao público em geral. Partindo de pesquisas realizadas, constatou-se que, há uma prevalência por um certo padrão de vítimas, sendo elas, aproximadamente de 8,0%–25,0% mulheres e 2,0%–13,3% homens.⁸

Constata-se também um relevante índice de incidência desse crime entre estudantes universitários. Num estudo português online com 3.367 estudantes universitários, Grangeia e Matos⁹ apuraram que 34,5% da amostra assumiu já ter experienciado uma situação de assédio persistente que lhe causou medo, embora sem grande gravidade.

Os indicadores de prevalência de vitimação desde a entrada do estudante na universidade, este situa-se nos 19,9%¹⁰. Fisher e colaboradores¹¹, encontraram uma taxa de prevalência de 13,1% de vitimação ao longo da vida e 15,0% tendo como período de referência o último ano. Por último, Jordan e col.¹² utilizaram no seu estudo três períodos de referência de vitimação por *stalking*, sendo 40,4% de vitimação por *stalking* ao longo da vida, 18,0% de vitimação desde a entrada do estudante na universidade e 11,3% de vitimação tendo como período de referência o último ano. Diferentes estudos sugerem que os estudantes universitários vítimas de *stalking* pertencem maioritariamente ao sexo feminino¹³;

O estudo científico do fenómeno de *stalking* tem originado um conhecimento crescente acerca dos intervenientes deste fenómeno, sendo assim, de acordo com Maran, Zedda, Varetto, & Munari, 2014; McNamara & Marsil, 2 e os(as) perpetradores são predominantemente do

8 Matos, Grangeia, Ferreira, & Azevedo, 2011; Tjaden & Thoennes, 1998 apud PIRES, et. al. 2019

9 Grangeia e Matos. 2017. apud PIRES, et. al. 2019

10 Buhi, Clayton, & Surrency, 2009 apud PIRES, et. al. 2019

11 Fisher e colaboradores, 2002 apud PIRES, et. al. 2019

12 Jordan e colaboradores, 2007 apud PIRES, 2019

13 Björklund et al., 2010; Geistman, Smith, Lambert, & Cluse-Tolar, 2013 apud PIRES, et al. 2019

sexo masculino¹⁴.

No que diz respeito ao tipo de relação entre a vítima e o(a) *stalker* em estudantes universitários, investigações indicam que o(a) perpetrador(a) é alguém conhecido da vítima (por exemplo, amigo(a), colega ou vizinho)¹⁵ ou um parceiro íntimo atual e/ou anterior¹⁶. Como forma de exemplificar, aborda-se o estudo de Maran e col. (2014) com 142 estudantes universitários, de ambos os sexos, de nacionalidade italiana, com idades compreendidas entre os 19 e os 55 anos, constatando que 86,1% das vítimas de *stalking* pertencia ao sexo feminino, 79,4% dos *stalkers* era do sexo masculino, sendo que em 41,7% dos casos este era um(a) parceiro(a) íntimo(a) anterior e 19,4% era um(a) amigo(a). Num outro estudo efetuado por Geistman e col.¹⁷ com uma amostra de 2.174 estudantes (53,0% do sexo feminino e 47,0% do sexo masculino) averiguaram que a grande maioria das vítimas pertencia ao sexo feminino (62,0%) e que o(a) agressor(a) era do sexo masculino (63,0%). Neste mesmo estudo, verificou-se que 42,0% das vítimas tinha uma relação de amizade com o(a) *stalker*.¹⁸

O *stalking* também está presente no estabelecimento de relações e nos contatos interpessoais de modo online, tendo ganhado o nome de *cyberstalking*, é perceptível que o risco desta forma de vitimação aumentou e tem aumentado devido ao crescimento acentuado das tecnologias de informação e comunicação (TIC), especificamente em estudantes universitários e, sobretudo, entre os estudantes universitário¹⁹.

A sensação de anonimato trazido pelo ambiente virtual também corroborou para o crescimento do crime de *stalking*, isto porque o indivíduo, por não estar fisicamente diante de sua vítima, mas sim protegido pela tela do computador e um *nickname*, ou seja, um apelido virtual tem a falsa impressão de que nunca será descoberto, o que não é verdade. Como forma de combate a incidência desse crime é possível que seja descoberta a identificação do criminoso, que pode se dar pelo IP do computador utilizado, cadastro junto à operadora de telefonia fornecedora do acesso à internet, dentro outros meios, bastando uma autorização judicial, que se dá por meio de ação própria, para que se tenha acesso a tais dados.

14 Ibidem

15 Björklund et al., 2010; Geistman, Smith, Lambert, & Cluse-Tolar, 2013 apud PIRES, et al. 2019

16 Fisher et al., 2002; Maran et al., 2014, apud PIRES, et al. 2019

17 Geistman e col. (2013) apud PIRES, et al 2019

18 Ibidem

19 Björklund, Häkkanen-Nyholm, Sheridan, & Roberts, 2010; Fisher, Cullen, & Turner, 2002; Jordan, Wilcox, & Pritchard, 2007; Marques, Pinto, & Alvarez, 2015, apud PIRES, et al. 2019.

No Brasil, em 2021, foram contabilizadas mais de 27,7 mil denúncias de *stalking* contra mulheres, conforme indicado no Anuário Brasileiro de Segurança Pública - 2022. Segundo Juliana Martins²⁰, coordenadora institucional do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, não há base de comparação para tecer análises profundas sobre o tema. Mesmo assim, os dados já indicam que o problema existe na sociedade brasileira e é importante separá-lo de outras categorias de violência. Outrossim, como já exposto, a 15 coordenadora também alerta que, a perseguição pode ser um indicativo da violência contra mulher e, se não for interrompida, pode culminar em resultados piores, como o feminicídio.

O estudo científico do fenômeno de *stalking* tem originado um conhecimento crescente acerca dos intervenientes deste fenômeno. Vários estudos sugerem que os estudantes universitários vítimas de *stalking* pertencem majoritariamente ao sexo feminino²¹. Posto isso, entende-se, por uma conclusão de que a vítima independe do sexo para o encaixe da tipificação penal. Mas ressalta-se a questão de gênero, uma vez que é perceptível a incidência desse crime com mulheres sendo suas principais vítimas.

Por fim, é salutar a importância da inclusão do art. 147-A do Código Penal, a nova redação deu destaque necessário às crianças, adolescentes e idosos, contudo, sua abrangência não se limitou apenas às mulheres, as quais se mostram como maiores vítimas, sendo possível que qualquer um fosse submetido a este tipo penal, da mesma forma ocorre com o chamado *cyberstalking*.

4 Tipificação do crime de *stalking*: legislação simbólica ou a necessidade premente de proteção do bem jurídico?

Firmadas as premissas e abordagens supras, dispomo-nos, doravante, a convidar o leitor para duas breves reflexões de cunho crítico acerca do advento da Lei 14.132/21, que veio a acrescentar o artigo 147-A no Código Penal (para prever o crime de “perseguição”).

A primeira seria no sentido de questionarmos se, pela forma de disciplinamento do tipo penal em referência, não teria o legislador vulnerado o postulado pelo qual “*nullum crimen nulla poena sine lege certa*”?

20 BRASIL. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. 2022. p. 183.

21 Björklund et al., 2010; Geistman, Smith, Lambert, & Cluse-Tolar, 2013; Maran, Zedda, Varetto, & Munari, 2014; McNamara & Marsil, 2012 apud PIRES, et al. 2019.

Como ensina Nilo Batista, tem-se, na máxima acima referenciada, a quarta derivação do princípio da legalidade, pela qual, especificamente, proíbe-se incriminações vagas e indeterminadas. Nas palavras do mestre, a estipulação legislativa de “*tipos penais genéricos ou vazios, valendo-se cláusulas gerais ou conceitos indeterminados ou ambíguos, equivale a nada formular, mas é prático e politicamente mais nefasto e perigoso*”²².

Na espécie, parece-nos um tanto quanto temeroso deixar-se ao alvedrio do intérprete o preenchimento de vários elementos comuns a outras figuras delitivas, mas que, reunidas contextualmente (e descritas exclusivamente pela via argumentativa do julgador), poderão resultar na incursão de um tipo repressivo diverso e, possivelmente, dotado de um preceito secundário mais gravoso.

Definir *perseguição reiterada, de forma livre*, mas com *capacidade de causação de ameaça* à integridade física ou psicológica, *restrição de liberdade de locomoção ou invasão/perturbação da esfera de liberdade ou privacidade*, não é, por certo, tarefa fácil ou tendente a uma compreensão próxima ao consenso, o que, invariavelmente, criará ambientes decisórios discricionais e, conseguinte, em flerte ao decisionismo.

Uma outra reflexão (a segunda por nós proposta, portanto), diz respeito a possível incursão pelo legislador ordinário, ao editar a Lei 14.132/21, naquilo que se denomina de “Direito Penal Simbólico” ou de aparência.

Sob essa perspectiva, quer-se perscrutar se a instituição, em nosso ordenamento, de um específico delito de *perseguição*, resulta de uma necessidade real de tutela específica de um bem jurídico, ou se deriva de um impulso demagógico dos poderes políticos (majoritários). Noutras palavras, é de se perquirir a capacidade de favorecimento, pela novel proibição, na consecução dos deveres de Proteção do Estado, ou se trata de uma proliferação retórica de tipos repressivos pelo legislador ordinário, no mero afã de satisfazer – *simbolicamente* – a opinião pública.

Levantamos o presente questionamento tendo como ponto de partida a doutrina de Baratta, para quem “*cada vez mais os sistemas punitivos executam e os políticos perseguem funções simbólicas enquanto declaram cumprir funções instrumentais*”, ao passo que as tais funções instrumentais propaladas se deixam ao lago, dando azo a “*uma outra função de caráter geral: a obtenção do consenso buscado pelos políticos na chamada ‘opinião*

22 BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Editora Revan. 2011. p. 76.

*pública*²³.

5 Conclusão

Cumpridas as premissas necessárias para essas reflexões indispensáveis no debate jurídico da atualidade, é notório a sua indispensabilidade da Academia e do centro das discussões dos agentes do Direito Forense. Pôde ser observado, em caracteres iniciais, que parte da doutrina veio abordando a perseguição insistente como STALKING. Para preenchimento do tipo penal, que pode ter qualquer pessoa como sujeito passivo do crime, a conduta de perseguir alguém, por qualquer meio, deve ser reiterada, deixando aqui o legislador a cargo do aplicador da lei, analisando o caso concreto, a configuração da reiteração de condutas.

Esse reiterado movimento do sujeito deve ter demonstrado ou elementado na busca pela ameaça da integridade física ou psicológica da vítima e, por consequência, esta deve ter restringida ou ameaçada a sua capacidade de locomoção. Ainda se menciona que é característico dano à vítima se, de qualquer forma, tiver a sua liberdade ou privacidade invadida. Cabe frisar que a Lei Federal 14.132/21 revogou, expressamente, o art. 65 da Lei de Contravenções Penais que tratava da conduta de “perturbação da tranquilidade”.

A vitimologia, adotada neste estudo, foi trazida e compreendida como mais uma das vertentes de estudo da Criminologia, uma vez que, por muito tempo os estudos criminológicos focaram mais na conduta do agente. Essa passa a ser peça científica essencial na prevenção desses crimes, pois faz uma minuciosa análise dos agentes da relação, buscando entender os fatores que levaram a tão delicada situação.

Esse crime, incide com força maior sobre as mulheres, sendo que qualquer cidadão pode ser vítima dele. Mas a pena é mais pesada, quando atinge o sexo feminino, cuja condição está descrita no parágrafo 2o. do art. 121, do Código Penal brasileiro. É necessário distinguir o art. 247-A, que configura o crime de perseguição ou stalking, do art. 147-B, entendendo que o sujeito passivo é apenas a mulher, e que muito embora a atitude de importunação possa se desdobrar nos mesmos prejuízos a mulher, é necessário condutas reiteradas, mas para se definir como crime do art. 147-B, se precisa de uma única conduta.

23 BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal*. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Ano 2, n. 5 –jan.1994.p.23.

Em linhas finais a nova redação de inclusão do artigo 147-A, que é de expressiva relevância, prevê e destaca as crianças, adolescentes e idosos. Assim sendo, de seu alcance inicial, não se limitou apenas às mulheres, as quais se mostram como frequentes vítimas, e resgatando o entendimento de que é que qualquer sujeito seja condicionado a esse tipo, da mesma forma ocorre com o chamado *cyberstalking*.

Referências

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Ano 2, n. 5 –jan.1994, p.23.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12 ed. Editora Revan. 2011.

BRASIL. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**, DF: Brasília, 2022.

BOEN, Mariana Tordin; LOPES, Fernanda Luzia. **Vitimização por stalking: um estudo sobre a prevalência em estudantes universitários**. 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/Xf3nnDR9z4XCJ7gqRspzZjS/?lang=pt>. Acesso em 11-10-22.

BJÖRKLUND, K., Häkkänen-Nyholm, H., Sheridan, L., & Roberts, K. (2010). The prevalence of stalking among Finnish students. **Journal of Interpersonal Violence**, 25(4), 684-698. <https://doi.org/10.1177/0886260509334405>.

BOCIJ, P. (2004). **Cyberstalking: Harassment in the Internet age and how to protect your family**. Santa Bárbara, CA: Praeger.

BUHI, E. R., Clayton, H., & SURRENCY, H. H. (2009). **Stalking victimization among college women and subsequent help-seeking behaviors**. *Journal of American College Health*, 57(4), 419-426. <https://doi.org/10.3200/JACH.57.4.419-426>

FISHER, B. S., CULLEN, F. T., & TURNER, M. G. (2002). Being pursued: Stalking victimization in a national study of college women. **Criminology & Public Policy**, 1(2), 257-308. <https://doi.org/10.1111/j.1745-9133.2002.tb00091>.

GEISTMAN, J., SMITH, B., LAMBERT, E. G., & CLUSE-TOLAR, T. (2013). **What to do about stalking: A preliminary study of how stalking victims responded to stalking and their perceptions of the**

effectiveness of these actions. Criminal Justice Studies, 26(1), 43-66.
<https://doi.org/10.1080/1478601X.2012.712534>

JORDAN, C. E., WILCOX, P., & PRITCHARD, A. J. (2007). **Stalking acknowledgement and reporting among college women experiencing intrusive behaviors: Implications for the emergence of a “classic stalking case”.** Journal of Criminal Justice, 35(5), 556-569. <https://doi.org/10.1016/j.jcrimjus.2007.07.008>

MARAN, D. A., ZEDDA, M., VARETTO, A., & MUNARI, J. (2014). **Stalking victimization among Italian university students.** Gender & Behaviour, 12(1), 6070-6079.

MATOS, M., GRANGEIA H., FERREIRA, C., & AZEVEDO, V. (2011). Inquérito de vitimação por stalking: Relatório de investigação. Braga: **Grupo de Investigação sobre o Stalking em Portugal.**

PIRES, Sara; SANI, Ana Isabel; SOEIRO, Cristina. **Stalking e ciberstalking: coocorrência e padrões de vitimação em estudantes universitários.** 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/331503628_Stalking_e_ciberstalking_coocorrencia_e_padroes_de_vitimacao_em_estudantes_universitarios. Acesso em: 11-10-2022

SHERIDAN, Lorraine. P.; BLAAUW, Eric; DAVIES, Graham M. **“Stalking: knowns and unknowns”.** Trauma Violence Abuse, v. 4, n. 2, p. 148-162, abr. 2003.

Capítulo 4

O PANORAMA DO TRABALHO PÓS-REFORMA TRABALHISTA: DA NEGAÇÃO À DIGNIDADE HUMANA AO (IN)ACESSO À JUSTIÇA¹

Gabriel Lohan de Paula e Silva²

Ariete Pontes de Oliveira³

1 Introdução

Com o golpe de 2016, houve inestimável ruptura democrática no país com a tomada do governo por Temer que, garantiu espaço às pautas da agenda neoliberal para redefinir o condão legislativo do Estado brasileiro sobre os direitos trabalhistas. Nesse contexto, mais de 200 dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho foram alterados, conferindo, então, um desequilíbrio na ordem social e na própria intenção da legislação celetista: a proteção do trabalhador hipossuficiente.

Questiona-se, portanto, se essa nova ordem normativa significou mais do que retrocessos a direitos constitucionalmente garantidos como o acesso à Justiça.

Assim, o objetivo geral da presente pesquisa é analisar parte dos dispositivos alterados pela Reforma e as suas consequências diretas e indiretas ao mundo do trabalho, tendo como foco a dignidade da pessoa humana do trabalhador e o fim do Direito do Trabalho e Processual do Trabalho como tutelar à pessoa do trabalhador.

O estudo, portanto, justifica-se na medida em que a problemática

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

2 Estudante de Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais, Unidade Diamantina. Participante do Grupo de Pesquisa “Os efeitos da Lei 13.467/17 e o (in)efetivo acesso à justiça no judiciário trabalhista de Diamantina” sob coordenação da Prof.^a Dra. Ariete Pontes Oliveira, Bolsista do Programa de Monitoria em Direito do Trabalho II sob orientação da Prof.^a Dra. Máira Neiva Gomes. E-mail: gabriellohanps@gmail.com.

3 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. E-mail: ariete.oliveira@uemg.br

do (in)acesso à justiça e da coisificação do trabalhador são recorrentes. Logo, é de primazia estabelecer as relações que são configuradas pela ordem neoliberal e suas afetações diretas ao mundo do trabalho. Isso porque, dissertar sobre trabalho é, na verdade, examinar a teoria e a prática das relações de trabalho que, indubitavelmente, moldam a rotina da maioria das pessoas no Brasil.

Configura-se, ainda, a relevância quando são estabelecidas relações constitucionais no Direito do Trabalho, o que pode servir como aparato para dimensionar aquilo que é e aquilo que deve ser, segundo a ordem jurídica. Sendo assim, a presente pesquisa busca não apenas entender as nuances trazidas pela Reforma Trabalhista, mas refutá-las com argumentos técnico-jurídicos e trazer meios necessários para sua análise crítica.

Para alcançar os objetivos pretendidos, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, a partir de pesquisas bibliográficas, com buscas principalmente na doutrina crítica trabalhista, intentando responder a seguinte questão: como e por quê as alterações trazidas pela Reforma Trabalhista afetaram a dignidade humana e, conseqüentemente, o acesso à justiça por parte do trabalhador?

2 As premissas ideológicas da reforma trabalhista e suas violações à principiologia e aos direitos dos trabalhadores

Indubitável afirmar que o pressuposto lógico de uma sociedade moldada pelo sistema socioeconômico antes imperialista, agora capitalista, enseja, numa divisão prévia dos concidadãos em classes distintas, moldadas invariavelmente pelo trabalho (MARX, 2005). Conseqüentemente, nos mais diversos momentos históricos, a centralidade do valor-trabalho criou uma relação direta entre o “ser”, a capacidade e os frutos laborais.

Logo, a utilidade de cada indivíduo é moldada pelo quanto de produção útil à sociedade e, sobretudo, aos interesses do capital. Essa venda de força de trabalho constitui como mercadoria o trabalho ser negociado dentro de uma relação de hiper *versus* hipossuficientes, veja-se:

com o desenvolvimento da burguesia, isto é, do capital, desenvolve-se também o proletariado, a classe dos trabalhadores modernos, que só sobrevivem se encontram trabalho, e só encontram trabalho se este incrementa o capital. Esses trabalhadores, que são forçados a se vender diariamente, constituem uma mercadoria como outra qualquer, por isso exposta a todas as vicissitudes da concorrência, a todas as turbulências do mercado. (MARX, 2005, p. 19).

Portanto, em meio a esse sistema de explorados e de exploradores, criou-se um cenário de tensões e disputas que em sentido amplo foram denominadas por Marx e Engels (2005) como a luta de classes entre o trabalhador e o capital. Esse antagonismo não apenas esteve presente na história da classe trabalhadora, como também está marcado de forma profunda no globo.

Nesse contexto surge o Direito do Trabalho, regido por princípios sobretudo constitucionais com o objetivo de assegurar ao menos o controle dessa venda de mercadoria em troca da sobrevivência do trabalhador. Apresenta-se então uma forma de minimizar a exploração do homem pelo próprio homem com a tutela juslaboral pautada no princípio da proteção.

Contudo, no tempo presente o que se visualiza é a política neoliberal de desregulamentação da tutela juslaboral. Dentre as materializações dessa política, tem-se a Lei 13.467/2017, denominada como a Reforma Trabalhista.

Pelo aspecto radical da Lei 13.467/2017 que alterou mais de 200 dispositivos da CLT, grande parte dessas reformas tiveram como pressuposto a flexibilização e a precarização da tutela juslaboral. Interessante ressaltar que, apesar desse caráter desregulamentador, a Lei 13.467/2017 foi posta como benéfica e primordial no impulsionamento de empregos num claro discurso ideológico de falseamento da realidade. Não dissonante que o Ministro da Fazenda à época, Henrique Meirelles, afirmou categoricamente que “nova lei trabalhista deve gerar mais de 6 milhões de empregos” (MARTELLO, 2017, s. p.).

Percebeu-se na própria construção e no diálogo interno da classe dominante que justificou a Reforma Trabalhista que os supostos objetivos ideológicos de sua propositura eram:

- a) Eliminação da insegurança jurídica;
- b) Geração de empregos (ou redução do desemprego);
- c) Não redução de direitos;
- d) Correspondência plena com a Constituição;
- e) Flexibilização, para melhor adaptação da lei a determinadas necessidades
- f) Modernização da legislação, acompanhando a evolução tecnológica;
- g) Fortalecimento da atuação sindical. (SOUTO MAIOR, 2017, p. 11).

E de fato, a superestrutura⁴ difundiu que haveria um suposto aumento de empregos com a efetivação da Reforma Trabalhista. Somado a isso, houve ruptura do debate nas classes menos abastadas tornando a Lei 13.467/2017 como uma salvação, o que não se configurou como um trabalho difícil, haja vista o recorde negativo de desemprego à época. Afinal, no primeiro trimestre de 2017, conforme divulgado pelo IBGE por meio da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua, “no 1º trimestre de 2017, a taxa de desocupação, no Brasil, foi estimada em 13,7%” (IBGE, 2017, p. 6).

Insta salientar que “do modo como é apresentada [num discurso ideológico], a reforma trabalhista é uma política pública que mira a sobrevivência da maioria da população, que precisa de emprego para viver (ou depende de alguém que precisa)” (FILGUEIRAS, 2019, p. 20). Dessa maneira, a questão perpassou pela aparência benéfica ao trabalhador e, aliada às grandes pressões burguesas, elevando a Reforma Trabalhista a um caráter de necessidade e inevitabilidade.

Nesse sentido esteve o Parecer (SF) nº 34, da Comissão de Assuntos Econômicos (CAE), de relatoria do Senador Ricardo Ferraço, aduzindo que “assim, uma legislação trabalhista generosa, que é bem-intencionada, mas é alienada da realidade, vai prejudicar justamente os trabalhadores que viss proteger, restringindo a criação de vagas formais e o crescimento da renda via produtividade” (BRASIL, 2017, p. 21).

Sendo assim, o discurso ideológico do capital neoliberal cuidou de elaborar críticas negativas à CLT, caracterizando-a como velha e protetiva demais, sendo necessário para atentar às dinamicidades do mercado do trabalho reformas profundas em seu contexto tutelar.

Contudo, a verdadeira face por detrás da Lei 13.467/2017 é exposta quando se percebe que “a ‘reforma’ procurou uma estranha política distributiva, contrapondo explorados e excluídos. Ou seja, para supostamente conferir emprego para os desempregados [...], sustentou-se a necessidade de que os empregados abrissem mão de parte de seus direitos” (SOUTO MAIOR, 2017, p. 151).

De igual forma, é concebível que “a Lei da (des)reforma trabalhista

4 Conforme Marx (1993, p. 72), “é evidente que eles o fazem em toda a sua extensão, portanto, entre outras coisas, que eles dominam também como pensadores, como produtores de ideias, que regulam a produção e distribuição das ideias de seu tempo; e, por conseguinte, que suas ideias são as ideias dominantes da época”. Logo, a superestrutura é responsável pela difusão das ideias capitalistas por todos os meios possíveis, como a própria mídia burguesa e a partir disso há a dominação e legitimação de seus ideais.

esconde todo o interesse do capital em vir dismantelar a tutela juslaboral e a própria Justiça do Trabalho o que afeta diretamente a concepção dos direitos humanos fundamentais” (OLIVEIRA; REIS, 2018, p. 11). Logo, junto com o discurso de flexibilização – leia-se desregulamentação, de modernização e de geração de empregos, veio a precarização do trabalho como matéria principal à desforma trabalhista.

Importante salientar que o arcabouço referido não se encerra apenas nos destinatários das normas, ou seja, a pessoa que vende a sua força de trabalho, mas também nos órgãos que operacionalizam a tutela juslaboral – a Justiça do Trabalho, principal alvo de ataque da Lei 13.467/147. Portanto,

esse quadro demonstra o aprofundamento dos processos de flexibilização de direitos e de precarização das condições laborais em curso no Brasil, que possui, como marcos, o golpe político institucional de 2016 e a Reforma Trabalhista de 2017 (Lei nº 13.467/2017 e Lei nº 13.429/2017) e que se atrela à contínua reconfiguração/desconstrução dos órgãos que atuam na regulação pública das relações de trabalho. Nesse contexto, a Justiça do Trabalho foi e segue sendo objeto de ataques, com fundamentos ultraliberais, que objetivam (1) deslegitimar sua existência como órgão jurisdicional especializado, (2) impedir ou inibir uma atuação protetiva em defesa das e dos trabalhadores, (3) estimular atuações que legitimem a retirada de direitos por meio da instrumentalização da instância jurisdicional trabalhista. (VARELLA, 2022, p. 6).

Nesse liame, estima-se um contraponto entre a Lei 13.467/2017 e a própria efetivação dos Direito Trabalhistas, uma vez que a Reforma Trabalhista contribui para a deslegitimação, a inibição e estímulo às vicissitudes no mundo do labor. Logo, “é preciso reconhecer que cada norma do Direito do Trabalho constitui um acidente, um obstáculo, um impedimento para tratar o trabalho como uma mercadoria sujeita às leis do Mercado. Querer tirar as rigidezes equivale a querer destruir o Direito do Trabalho” (SILVA, 2004, p. 93). Isso significa, de antemão, que a própria flexibilidade argumentada ideologicamente pela Lei 13.467/2017 no ambiente juslaboral deve ser combatida por cada trabalhador e suas entidades representativas.

Não dissonante, “a legislação trabalhista sempre é flexível “para cima”, historicamente garante direitos mínimos, mas não impede negociar condições melhores; ou seja, aumentar a “flexibilização” só pode significar reduzir direitos existentes” (FILGUEIRAS, 2019, p. 20). Portanto, se a flexibilidade afeta os princípios reconhecidos tanto na CF/88 quanto

na CLT e esses se contrapõem à possível relativização e “atendimento à modernidade”, não há o que se concluir senão pela ilegitimidade da Lei 13.467/2017.

3 A reforma trabalhista em contraponto à dignidade humana

Para entender essa ilegitimidade dos preceitos da Reforma Trabalhista, recorre-se aos princípios do Direito do Trabalho, entendidos como normas axiológicas e basilares ao Direito do Trabalho. A principiologia, nesse sentido, atina à necessidade de uma interpretação sistêmica e crítica às alterações e supressões dos dispositivos que asseguram a dignidade e a segurança do trabalhador. Logo,

a nova interpretação constitucional assenta-se no exato oposto de tal proposição: as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido. (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 4).

Quando se faz referência aos princípios no Direito do Trabalho, a dignidade da pessoa humana deve vir em primeiro lugar. Nos ditames da Constituição Federal, “art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 1988, n. p.).

Sendo assim, a própria topografia normativa já constitui o indicativo de que as legislações esparsas e demais normas devem se ater à dignidade como fundamento da ordem jurídica, já que foi reconhecido expressamente como base do Estado Democrático de Direito e inerente à condição de pessoa.

Assim, “a Constituição brasileira, como visto, incorporou o princípio da dignidade humana em seu núcleo e o fez de maneira absolutamente atual. Conferiu-lhe *status* multifuncional, mas combinando unitariamente todas as suas funções: fundamento, princípio e objetivo” (DELGADO, 2001, p. 15) do Estado Democrático de Direito.

Inferre-se então que o princípio da dignidade humana não deve

estar apenas presente na ideia e produção de uma norma, mas também na hermenêutica e na efetividade jurídica de forma a conferir mínimo existencial a pessoa em cada sentença, orientação jurisprudencial ou súmulas dos órgãos da Justiça do Trabalho.

Veja-se ainda que a dignidade humana está atrelada ao mundo do trabalho e é tão fundamental que a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948, em seu art. 23, item 3, ressaltou a sua importância: “3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social” (ONU, 1948, n. p.).

Portanto, de acordo com a DUDH e a CF/88, a dignidade humana então deveria ser o pressuposto para qualquer alteração legislativa, independente da seara jurídica, mas principalmente no mundo do trabalho. Afinal, no modo de produção capitalista, é a remuneração que dita o modo de vida do proletariado.

Isso significa, sobretudo, que restringir a atuação da Justiça do Trabalho e flexibilizá-la significa indubitavelmente impedir a participação da classe trabalhadora na contrapartida da produção e, portanto, diminuir a sua qualidade de vida. Resta, assim, afirmar que o mínimo existencial tão importante e descrito nas mais diversas legislações foi violado com o advento da Lei 13.467/2017, o que lhe confere, consequentemente, a natureza de inconstitucionalidade.

4 O afastamento do acesso à justiça em detrimento aos preceitos da reforma trabalhista

Não obstante, enquanto a dignidade do indivíduo foi afastada e a proteção desregulamentada para se ater aos interesses do capital em flagrantes violações constitucionais, a pedra de toque da Reforma Trabalhista se deu no afastamento do direito humano fundamental do efetivo acesso à justiça trabalhista. Veja-se que se foram facilitadas as violações e dificultadas as suas correções nas relações de emprego, há, consequentemente, o esvaziamento da função precípua da Justiça do Trabalho que é efetivar a tutela prometida pelo Direito do Trabalho.

Acessar a Justiça do Trabalho significa não apenas ajuizar demanda a fim de constituir o reconhecimento de direito violado por uma ilicitude do

empregador. Significa também alimentar a própria dinâmica dos direitos e fornecer informações tangíveis para adequação, de maneira protetiva, da norma.

Nesse sentido, a efetividade e o alcance do acesso à justiça, “expressam a capacidade institucional de intervir na conformação do mercado de trabalho brasileiro e/ou a capacidade estatal de regular as relações de classe no Brasil” (VARELLA, 2022, p. 2). Logo, não há regulação sem acesso e não há quebra de paradigma se as demandas dos trabalhadores não forem levadas aos órgãos competentes.

O acesso ao Judiciário ainda significa conceber a ideia de que a dinâmica material e processual da Justiça do Trabalho deve atender a uma realidade de hipossuficiência do trabalhador. Isso induz ao fortalecimento da justiça gratuita como mecanismo de inclusão e que a própria celeridade no processo do trabalho deve incentivar a litigância para correção de injustiças no mundo laboral.

Essa concepção, inclusive, foi afastada pelo Ministro Luis Barroso no julgamento da ADI-5766 quando o mesmo argumentou que

a judicialização da vida e o excesso de litigiosidade são marcas bem visíveis do Brasil contemporâneo, e o fenômeno é particularmente perceptível na Justiça do Trabalho, com aquelas 4 milhões de ações novas em 2015, e os números provisórios de 2016 são próximos a esse também. Nós somos recordistas mundiais nesta matéria. (BRASIL, 2021, p. 18).

Afirma-se, portanto, que o acesso à justiça é prejudicial, haja vista que sob uso desse preceito, o trabalhador passou a litigar de forma exaustiva, a ponto de constar no Parecer do Senado nº 34, acerca da Reforma Trabalhista que “o país é responsável por 98% das ações trabalhistas do planeta”, questionando-se ainda, se “somos tão especiais assim? O mundo está errado? (BRASIL, 2017, p. 55)

Contudo, o que se percebe no texto da própria ADI-5766 é que tais informações são na verdade falácias. É mostrado, com a colaboração de Casagrande (2017) que na verdade a estatística não procede. No voto da Ministra Carmem Lúcia é feita a construção de que a Reforma Trabalhista na verdade inibiu o ajuizamento de novos processos em 92%, conforme dados da ANAMATRA (CAEM, 2017).

E mais, contribuindo para a análise crítica do voto do Ministro Barroso, Rosa Weber pontuou sobre a “necessidade de cautela diz respeito aos números, pois o que eles expressam é exatamente isto: números” (BRASIL, 2021, p. 204).

Portanto, é inevitável a afirmação de que “quanto maiores as restrições e as barreiras existentes ao acesso efetivo ao Judiciário Trabalhista, menor a capacidade judicial de intervenção nas relações de trabalho” (VARELLA, 2022, p. 2). Significa então a subserviência a uma ordem neoliberal em que a desregulamentação dos direitos e a não intervenção estatal seriam benéficas ao empregado.

Contudo, Souto Maior (2020) já denunciava essa ilógica de afirmar que quanto menos direitos, mais empregos. Empregos são gerados a partir de uma forte economia.

Cabe registrar que, os argumentos trazidos pelos defensores da desforma trabalhista quanto a inúmeras demandas trabalhista com pretensões frívolas ou aventureiras não procedem. No Brasil, as maiores demandas juslaborais, segundo dados do Tribunal Superior do Trabalho, são i) em primeiro lugar, as demandas com pretensões pertinentes a multa do FGTS; ii) segundo lugar, as demandas com pretensões pertinentes ao não pagamento das verbas rescisórias e em iii) terceiro lugar, demandas com pretensões pertinentes ao não pagamento das horas-extras. Enfim, são demandas que envolvem descumprimentos de direitos básicos à relação de emprego.

5 Considerações finais

É fato que por ser uma legislação protetiva, a CLT sofre ataques desde a sua criação para fins de atender aos preceitos dos empregadores de “quanto menores os custos, maiores os lucros”. Contudo, há poucos precedentes de uma reforma tão destrutiva quanto a Lei 13.467/2017.

Infere-se, portanto, que dentro de uma democracia e conforme os objetivos da Constituição Federal de 1988 de garantir uma ordem social e diminuir as desigualdades, as alterações legislativas demonstraram um decréscimo de direitos que prejudicam o próprio Direito do Trabalho, o que ocorre por meio de discursos ideológicos.

Isso pois, conforme estipulado, a litigância se arrancada dos trabalhadores servirá de instrumento para manutenção da desigualdade e das mazelas do mercado. Isso porque ela é que produz o sentido das normas jurídicas, viabilizando interpretações tutelares aos trabalhadores, servindo de arcabouço e parâmetro para a resolução de conflitos institucionalizados e, sobretudo, levam a conhecimento do Judiciário as práticas e as ilegalidades produzidas pelo mercado em detrimento dos trabalhadores. Logo, ajuizar

uma demanda serve também para avançar no próprio ordenamento jurídico.

Por fim, diante da análise desse estudo, é possível afirmar que o Direito do Trabalho deve ser tratado como tema sensível de extrema importância e que deve continuar sendo regido pelos seus princípios norteadores, para fins de não perder a sua função precípua de proteção e correção de desigualdades, mesmo sendo um limite de exploração institucionalizado.

Referências

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. v. 232. p. 141-176. 2003. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45690>. Acesso em: 03 out. 2022.

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: 03 out. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei 5.452 de 1º de maio de 1943**. Aprova a consolidação das Leis do trabalho (CLT). Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del5452compilado.htm. Acesso em: 03 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 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: 04 out. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Parecer (SF) nº 34**, 06 de junho de 2017. Da Comissão de Assuntos Econômicos, sobre o processo Projeto de Lei da Câmara nº 38, de 2017, que altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e nº 8.036, de 11 de maio de 1990, e nº 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Relator: Senador Ricardo Ferraço. Presidente: Senador Tasso Jereissati. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5326353&disposition=inline#:~:text=Chega%20ao%20exame%20da%20Comiss%C3%A3o,6.787%2C%20de%202016%20na%20origem>. Acesso em: 04 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.766**. Constitucional. Ação Direta De Inconstitucionalidade. Lei 13.467/2017. Reforma Trabalhista. Regras Sobre Gratuidade De Justiça. Responsabilidade Pelo Pagamento De Ônus Sucumbenciais Em Hipóteses Específicas. Alegações De Violação Aos Princípios Da Isonomia, Inafastabilidade Da Jurisdição, Acesso À Justiça, Solidariedade Social E Direito Social À Assistência Jurídica Gratuita. Margem De Conformação Do Legislador. Critérios De Racionalização Da Prestação Jurisdicional. Ação Direta Julgada Parcialmente Procedente. Relator: Ministro Roberto Barroso. Redator do Acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. 20 de outubro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15350971179&ext=.pdf>. Acesso em: 03 out. 2022.

CAEM ações trabalhistas após novas regras sobre honorários. **ANAMATRA**. 15 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/anamatra-na-midia/26000-caem-aco-es-trabalhistas-apos-novas-regras-sobre-honorarios> . Acesso em: 04 out. 2022.

CASAGRANDE, Cássio. Brasil, “campeão de ações trabalhistas”: como se constrói uma falácia. **JOTA info**. Rio de Janeiro. 25 de junho de 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/brasil-campeao-de-aco-es-trabalhistas-25062017>. Acesso em: 03 out. 2022.

DE OLIVEIRA, Ariete Pontes de; REIS, Ítalo Moreira. **Direitos Humanos Fundamentais do Trabalho**: a centralidade do valor do trabalho na ordem jurídica brasileira e a inconstitucionalidade da Lei 13.467/2007. *In*: EÇA, Vitor Salino de Moura; DE OLIVEIRA, Ariete Pontes; REIS, Ítalo Moreira. Teoria Crítica da Reforma Trabalhista. Belo Horizonte: RTM. p. 21-38, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. São Paulo: Ltr. 2001, 215 p.

FILGUEIRAS, Vitor Araújo. **As promessas da Reforma Trabalhista**: combate ao desemprego e redução da informalidade. *In*: KREIN, José Dari; OLIVEIRA, Roberto Vêras de; FILGUEIRAS, Vitor Araújo (org.). Reforma Trabalhista no Brasil: promessas e realidade. Campinas, Curt Nimuendajú, p. 13-52, 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Roberto-De-Oliveira-5/publication/335854528_Reforma_Trabalhista_no_Brasil_promessas_e_realidade/links/5d804059458515fca16dfb00/Reforma-Trabalhista-no-Brasil-promessas-e-realidade.pdf. Acesso em: 04 out. 2022.

IBGE. Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Trimestral (PNAD)**. Rio de Janeiro. Jan.-mar. 2017. 34 p. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=72421>. Acesso em: 03 out. 2022.

MARTELLO, Alexandro. **Nova lei trabalhista deve gerar mais de 6 milhões de empregos, diz Meirelles**. G1 Economia. Brasília, 30 de outubro de 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/nova-lei-trabalhista-vai-gerar-mais-de-6-milhoes-de-empregos-diz-meirelles.ghtml>. Acesso em: 03 out. 2022.

MARX, Karl. **A ideologia alemã**. 9ª ed. São Paulo: Hucitec, 1993. 119 p.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto Comunista**. 1ª ed. São Paulo: Editora Boitempo, 2005. 254 p.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)**. Paris: Assembleia Geral das Nações Unidas. 10 dez. 1948. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 03 out. 2022.

SILVA, Luiz Pinho Pedreira. O estado atual dos princípios do direito do trabalho. **Revista Latinoamericana de Derecho Social**. México, n. 1, p. 185-194, jul.-dez. 2004. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/4296/429640256013.pdf>. Acesso em: 04 out. 2022.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A “CLT de Temer” & CIA. LTDA. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 6, n. 61, p. 147-168, jul./ago. 2017. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/111551/2017_souto_maior_jorge_luiz_clt_temer.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 03 out. 2022.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **A inconcebível tese de que redução de direitos trabalhistas impulsiona a economia**. Revista LTr, Ano 84, n. 10, 2020, pp. 1253-1274. LTr Editora.

VARELLA, Renata Versiani Scott. **A centralidade do acesso à plena Justiça do Trabalho nos tempos atuais**. In: GRILLO, Sayonara; ADAMOVICH, Eduardo; FRAGALE FILHO, Roberto; FERRITO, Bárbara (org). **Direito do Trabalho: perenidade e atualidade**. São Paulo: Lacier Editora. p. 197-215. 2022.

Capítulo 5

REFLEXÕES ÉTICAS ACERCA DO DESENVOLVIMENTO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Cynthia Fernandes Ferreira¹

Henrique Avelino Lana²

1 Introdução

Pelo senso comum, sabe-se que desde crianças, os seres humanos são impelidos à socialização. Para tanto, seus cuidadores buscam inseri-los no meio social em que vivem, transmitindo-lhes os aspectos culturais vivenciados, de maneira que aprendam os melhores hábitos e os repitam em seus respectivos cursos de vida. Aquilo considerado ético em dada comunidade é ensinado aos pequenos seres humanos, moldando-os conforme o meio em que estão.

Não tão distintamente funciona a lógica de aprendizado das máquinas tecnológicas. Em suma, por meio de extensos e complexos algoritmos que lhes são apresentados, elas tendem a aprender regras e padrões e reiterá-los ao longo de seus exercícios práticos. É o que se vê em grande medida acontecer, por exemplo, no campo da Inteligência Artificial (IA), por meio da qual as máquinas de um modo geral são treinadas para agirem como se humanas fossem, recebendo dados e informações, processando-os internamente e, ao fim, adotando as providências necessárias.

A grande diferença, no entanto, é que, na interação e transmissão de conhecimento humano, o processo é realizado através das próprias gerações de homens, as quais aprendem entre si; lado outro, no que toca à Inteligência Artificial propriamente dita, a interação primeira partirá da relação entre homem e máquina, somente após o que esta última estará preparada para transmitir o aprendizado e imitar ações humanas, seja na

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: fcynthiaf@gmail.com

2 Advogado. Mestre e Doutor em Direito. Pós Doutorado em Direito Empresarial. Professor na PUC/MG.

relação com outras máquinas, seja na relação com homens.

Por assim dizer, o primeiro a ensinar à máquina envolta de Inteligência Artificial é, justamente, um ser humano - ser esse que, por sua natureza e socialização, tende a reproduzir exatamente aquilo que considera ético, ou seja, aquilo que aprendeu.

Nesse sentido, o grande ponto é o fato de que os dados e informações fornecidos à Inteligência Artificial podem (e, em regra, são) estar carregados de parcialidades dos homens. Aquilo que é considerado ético por alguns pode não ser, substancialmente, ético para todos os outros.

Daí concluir, justamente, a importância e necessidade de se refletir acerca das diretrizes éticas que norteiam o desenvolvimento e alimentam o campo da Inteligência Artificial, haja vista que, em primeira mão, tendem as máquinas a reiterar regras e padrões que lhes são ensinados, os quais, na maior parte das vezes, possuem traços primevos de convicções humanas e que, em razão disso, podem não ser necessariamente neutros ou essencialmente corretos.

Metodologicamente, far-se-á uma inicial análise do que pode ser compreendido como uma diretriz ética a nortear o aprendizado, notadamente quando este é promovido por um ser humano em face da máquina.

Após, proceder-se-á a considerações acerca da Inteligência Artificial e suas nuances, além de ponderar sobre sua presença cada vez mais intensa na realidade social. Em sequência, promover-se-á reflexões sobre a relação entre as diretrizes éticas e a Inteligência Artificial.

Por fim, discorrer-se-á a respeito destas mesmas diretrizes éticas relacionadas com a Inteligência Artificial, mas associando-as ao mundo jurídico - que, inclusive, vem dela se utilizando cada vez mais.

2 Anotações iniciais sobre as diretrizes éticas

Discorrer sobre ética é tarefa complexa. Não à toa que, ao longo dos tempos, vários foram os autores que buscaram incessantemente compreender o teor da expressão ética, conceituando-a para, ao fim, aplicá-la à realidade dos homens. Isso porque, na realidade, referida expressão pode assumir diferentes sentidos e perspectivas a depender da pretensão de quem a usa, bem como do contexto histórico e social no qual está inserida. Segundo o professor Miguel Reale, quanto à historicidade humana,

O homem jamais se desprende do meio social e histórico, das

circunstâncias que o envolvem no momento de agir. Delas participa e sobre elas reage: são forças do passado que atuam como processos e hábitos lentamente constituídos, como laços tradicionais e linguísticos, que a educação preserva e transmite [...] (REALE, 2002, p. 392).

Em todo caso, contudo, é possível distinguir certo ponto similar entre as variáveis que envolvem a palavra ética. Tal ponto é, justamente, sua caracterização como campo de estudo da Filosofia, o qual responsável pela reflexão acerca dos fundamentos das ações humanas, a moralidade nelas envolvida e a possibilidade de que sejam utilizadas em prol de um bem comum, tudo isso considerando o conjunto de padrões, hábitos e valores dos indivíduos em sociedade. Afinal, segundo Reale, “a meta da atividade ética é dada pelo valor bem que pode ser de cunho moral, religioso, jurídico, econômico, estético, etc. [...]” (REALE, 2002, p. 389)

Com efeito, sob essa perspectiva, trata a ética de estudar o porquê dos seres humanos agirem como agem, o que poderiam fazer para melhorar seus respectivos hábitos e, inclusive, como devem efetivamente agir socialmente visando um bem maior. Assim dizendo, liga-se essencialmente com a ideia de sociedade, com a lógica do outro, de um ser social, além de dizer acerca da própria transmissão cultural que ocorre entre as gerações, vez que os seres humanos buscam, em tese, transmitir aquilo que consideram melhor, o que é ético.

Nessa toada, quando se diz a respeito de diretrizes éticas, assume-se a responsabilidade de discutir orientações, isto é, caminhos a serem seguidos com a finalidade de alcançar ditames éticos, sendo eles entendidos como os mais adequados à efetiva satisfação da pretensão que se almeja. São, pois, fazendo-se uma breve analogia, como os princípios jurídicos que orientam o campo do Direito, os quais servem de norteadores para a criação, interpretação e aplicação prática da normatividade.

É dizer, diretrizes éticas são espécies de guias a partir dos quais poderão os seres humanos embasar suas atitudes e desenvolver quaisquer tipos de atividades, baseando-se neles e tomando-os como fundamentos, com a finalidade de se obter um resultado fundado em padrões, hábitos e valores assumidos socialmente como bons, ou seja, um resultado dito correto, bom e probó – em suma, ético.

Seria o caso, a título de exemplo, de empresas que, mesmo sendo detentoras de grandes bancos de dados de terceiros, optam por mantê-los devidamente guardados e utilizá-los somente em conformidade com a legislação vigente, em verdadeira demonstração de atitude ética. Afinal de contas, caso promovessem a venda de tais informações, certamente

incorreriam em punição com base na recente Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) de 2018, além de se configurarem como antiéticas em uma perspectiva de valores sociais.

Por assim dizer, uma vez que se pode admitir diretrizes éticas para as mais diversas atividades, naturalmente poderão servir de base também para os sistemas de aprendizado. Neste caso, o ensino passa a ser baseado em diretrizes éticas, sendo certo que o educador deverá transmitir àquele que aprende, por conseguinte, os já mencionados padrões, hábitos e valores assumidos socialmente como bons.

Assim sendo, quando aplicadas no desenvolvimento de Inteligência Artificial, por exemplo, as diretrizes éticas servirão de norte para a própria criação algorítmica, para o aprendizado das máquinas e, sobretudo, quando da reprodução do conhecimento adquirido por elas com efetiva tomada de decisões.

Dessa forma, em tese, formam-se máquinas preparadas para desenvolver suas atividades com base em parâmetros éticos que lhes foram emprestados por seus criadores, tal como o fazem as crianças ao reproduzirem os ensinamentos éticos transmitidos por seus cuidadores.

3 Do desenvolvimento de Inteligência Artificial

Feitas tais considerações e admitindo-se que o desenvolvimento da Inteligência Artificial pode – e, em tese, deve – também ser submetido aos parâmetros e diretrizes éticos, necessário se faz discorrer acerca desta própria tecnologia, percorrendo sua lógica de funcionamento e nuances envolvidas, bem como atual aplicação na realidade social.

Afinal, conquanto pareça tratar-se de tema longínquo da realidade humana, certo é que se refere a ferramenta cada vez mais presente no dia a dia das pessoas e nos mais diversos aspectos sociais, cuja tendência de crescimento apresenta-se de forma exponencial e que embasa estudos tecnológicos progressivamente intensos.

Justamente por isso, passando-se a uma breve tentativa de conceituar e contextualizar o tema, tem-se que, tal como a ética o é para a Filosofia, a Inteligência Artificial caracteriza-se como um campo de estudo da Ciência da Computação, cujo objetivo, em suma, consiste em reproduzir a inteligência humana em máquinas a fim de que elas ajam como se humanas fossem, atendendo-se às mais diversas expectativas.

Consiste a Inteligência Artificial em uma ferramenta por meio da

qual se busca o treinamento de máquinas a partir de técnicas determinadas, como as chamadas Machine Learning (“aprendizado da máquina”) e Deep Learning (“aprendizado profundo”), de forma que sejam capazes de prever resultados, adotar providências e promover ajustes e adaptações com base em dados e informações que lhes são fornecidos, bem como em resultados anteriores perante os quais são postas em contato, chegando ao ponto, até mesmo, de superar certas habilidades humanas, como aquelas relacionadas ao reconhecimento de imagens e vozes.

Nos termos do que dispõe o historiador Yuval Noah Harari, grande estudioso do assunto,

É verdade que no presente há muitas coisas que os algoritmos orgânicos fazem melhor do que os não orgânicos, e especialistas reiteradamente declaram que algo permanecerá “para sempre” além do alcance de algoritmos não orgânicos. Porém, “para sempre” não raro significa não mais que uma década ou duas. Até pouco tempo, o reconhecimento facial era o exemplo favorito de uma ação que até os bebês realizam com facilidade, mas que estava fora do alcance dos mais poderosos computadores do mundo. Hoje, programas de reconhecimento facial executam essa atividade com muito mais eficácia e rapidez do que os humanos [...] (HARARI, 2016, p. 322-323).

Em suma, tal como crianças em um processo de aprendizagem, por meio de técnicas da Inteligência Artificial, as máquinas aprendem a identificar padrões e fazer previsões a partir dos dados com os quais são colocadas em contato, tornando-se capazes de realizar ajustes de forma automática e eficiente e adaptando-se, pois, a novos cenários apresentados.

Aprendem as máquinas, em síntese, a serem inteligentes, a reproduzirem a atuação humana e a imitarem aquilo que é mais peculiar aos homens: a capacidade de ponderação e tomada de decisões, simulando raciocínio e pensamento, inclusive com possibilidade de superação de habilidades. Por isso que, nos dizeres do criador do termo, John McCarthy (1956), a Inteligência Artificial é “a ciência e engenharia de produzir sistemas inteligentes”.

Por assim dizer, uma vez que torna as máquinas capazes de imitarem ações humanas, cumprindo tarefas geralmente dispensadas aos homens, a Inteligência Artificial passa a ser assunto de gigantesca relevância, notadamente em um contexto histórico e social no qual se percebe uma busca incessante pela otimização das atividades, velocidade das comunicações e liquidez das relações, tal como afirmava o sociólogo Zygmunt Bauman (2001). Conforme discorre o professor Harari,

Em 2004, o professor Frank Levy, do MIT, e o professor Richard Murnane, de Havard, publicaram uma pesquisa minuciosa sobre o mercado de trabalho, listando as profissões mais suscetíveis à automação. Motoristas de caminhão constituíam um exemplo de trabalho que possivelmente não poderia ser automatizado num futuro previsível. É difícil imaginar, escreveram os dois estudiosos, que algoritmos possam dirigir caminhões com segurança numa estrada movimentada. Apenas dez anos mais tarde, Google e Tesla não só imaginaram isso, como efetivamente fizeram acontecer. (HARARI, 2016, p. 325).

No caso, ao fazer com que as referidas máquinas sejam capazes de cumprir tarefas humanas de forma muito mais célere, inclusive com possibilidade de descobrirem novas soluções aos cenários concretos, permite-se uma análise de diversos fatores e consequências na aplicação prática desta tecnologia, a qual recheada de prós e contras.

E isso porque, a bem da verdade, na mesma medida em que pode otimizar a vida humana se devidamente aplicada, também pode a Inteligência Artificial implicar na reprodução de estruturas sociais negativas ou, mesmo, intensificar desigualdades, tal como amplamente se aborda nos mais diversos veículos de comunicação e obras populares, como a famosa série ficcional “Black Mirror” (2011).

Transcrevendo, novamente, as lições do professor Harari: “o que os humanos conscientes farão quando tivermos algoritmos não conscientes e sumamente inteligentes para fazer quase tudo melhor?”. (HARARI, 2016, p. 321)

Em razão disso, indiscutivelmente, faz-se imprescindível o desenvolvimento da Inteligência Artificial com senso crítico e embasado em diretrizes éticas, o que demanda uma análise pormenorizada da necessária relação entre a ética e a tecnologia.

4 Da necessária relação entre diretrizes éticas e a inteligência artificial

Disposta a relevância das tecnologias na atualidade e tendo em vista a necessária observância dos preceitos éticos dentro do convívio social, essenciais se mostram as reflexões acerca das diretrizes éticas que devem nortear o desenvolvimento da Inteligência Artificial.

Considerando que tais diretrizes remontam a padrões, hábitos e valores ditos bons e corretos socialmente, faz-se fundamental que influenciem a criação e sejam efetivamente implementados nos processos

que envolvem o aprendizado inteligente das máquinas, especialmente porquanto o que se pretende com a Inteligência Artificial é reproduzir a inteligência humana em máquinas a fim de que elas ajam como se humanas fossem.

Pretendendo-se tornar as máquinas tecnológicas inteligentes, isto é, com capacidade de processamento e tomada de decisões similar à atuação humana por meio da Inteligência Artificial, é essencial que tal processo se dê com base em ditames efetivamente éticos, fazendo-se com que a própria tecnologia se apresente de forma ética, atuando em conformidade com aquilo que é socialmente adequado.

O grande ponto polêmico no que tange a tal atuação, contudo, é que, não obstante possa parecer que as máquinas sejam carregadas de neutralidade, visto que desprovidas de sentimentos humanos e quase totalmente indolentes, na realidade, o que se vê frequentemente são notícias de imparcialidades cometidas por elas próprias, haja vista que instruídas a reproduzirem e atuarem com base nos dados e informações que lhes são fornecidos – os quais, naturalmente, provêm dos desenvolvedores humanos.

E, como mencionado anteriormente, muito embora se considere ideal o que é ético, também é certo que a valoração dada aos padrões, hábitos e valores variam conforme o contexto social e histórico analisado, bem como segundo a intenção dos criadores, motivo pelo qual a própria ideia do que é ético poderá depender do caso em análise e do contexto envolvido, além das próprias expectativas dos sujeitos envolvidos.

Dito de outro modo, há de se cuidar profundamente para que o desenvolvimento e atuação da Inteligência Artificial pautado em ditames éticos seja, substancialmente, ético de fato, isto é, embasado naquilo que objetiva, ao menos, alcançar um bem comum ou o mais próximo disso. É dizer, segundo a famosa máxima kantiana, a necessidade de se agir de forma que tal ação possa sempre valer como um princípio universal de conduta (KANT, 1997), promovendo-se a própria ética.

Em termos exemplificativos, podem ser descritas duas situações de aplicabilidade da Inteligência Artificial com efeitos diversos, as quais demonstram, nos dois casos, o poder e inevitabilidade atual desta tecnologia, bem como a possibilidade de que seja utilizada tanto positiva quanto negativamente em um mundo globalizado, o que justifica a essencialidade de que seja desenvolvida com base em diretrizes éticas.

A primeira situação, que se configura relativamente positiva, diz

respeito a um teste realizado em 2021 pela empresa “iFood”. No caso, buscou-se relacionar a entrega de alimentos com a redução de impactos ambientais, objetivando-se descomplicar a indústria alimentícia e, ao mesmo tempo, alcançar certa sustentabilidade, tudo isso envolvendo a Inteligência Artificial.

Na ocasião, dispondo-se de drones com a referida tecnologia, a empresa dispensou o uso de alguns veículos movidos a combustíveis fósseis, reconhecidamente poluidores ambientais, a fim de que as próprias máquinas tecnológicas mencionadas realizassem as entregas, o que resultou, numa primeira testagem, em cerca de 300 entregas envolvendo 20 restaurantes conveniados, reduzindo-se, com isso, o impacto ambiental do serviço prestado.

Lado outro, a segunda situação, que se configura negativa, diz acerca de uma ferramenta criada em 2016 pela Microsoft, a qual denominada Tay. Na espécie, referida tecnologia fora desenvolvida com o propósito inicial de propiciar interação com os usuários do Twitter.

Todavia, com o passar de sua atuação e em razão da Inteligência Artificial que lhe proporcionava habilidades de aprendizado, adquiriu e adotou diversos comportamentos entendidos socialmente como inadequados e antiéticos, vez que racistas e homofóbicos, por exemplo, gerando grande desconforto e discussões sobre o limite do aprendizado de máquinas.

Em resumo, no primeiro dos casos, a Inteligência Artificial prestou-se para contribuir com a sustentabilidade tão pleiteada no mundo atual – em que pese restem discutíveis as questões relativas à redução dos empregos ofertados; no segundo caso, contudo, alcançou a infeliz reprodução de pontos racistas e homofóbicos, os quais tão combatidos na atualidade, levantando discussões a respeito da imparcialidade das máquinas inteligentes e intensificando a máxima de que, justamente por isso, deve a Inteligência Artificial ser desenvolvida com base em diretrizes éticas para que seja realmente benéfica à humanidade.

Afinal, conforme o professor Harari, “algoritmos não conscientes mas altamente inteligentes poderão, em breve, nos conhecer melhor do que nós mesmos” (HARARI, 2016, p. 398), motivo pelo qual, com eles, faz-se essencial uma devida criticidade e cautela.

5 Diretrizes éticas, inteligência artificial e o inevitável diálogo com o aspecto jurídico

Conforme já abordado anteriormente, pode-se admitir Inteligência Artificial nas mais diversas atividades humanas. Em razão disso, sem dúvida alguma, um campo no qual referida tecnologia pode mostrar-se grandemente útil é, exatamente, o jurídico.

Isso porque, na verdade, segundo comumente noticiado e verificado, haja vista um mundo altamente globalizado, observa-se significativo aumento de demandas judiciais. Dessa forma, cada vez mais, em razão das mais variadas pretensões, pessoas do mundo todo buscam os poderes judiciários de seus respectivos Estados à procura de soluções aos litígios surgidos.

No caso brasileiro, especificamente, antes mesmo do desenvolvimento intensificado da Inteligência Artificial, uma notável problemática judiciária envolvia, justamente, o quase imensurável número de processos judiciais em trâmite e sem perspectivas de ultimação, os quais abarrotando o sistema jurídico brasileiro e tornando o judiciário extremamente lento.

Não por outro motivo que, quando da promulgação da Constituição da República Federal de 1988, um dos mais elementares princípios norteadores da seara jurídica foi o da razoável duração do processo (artigo 5º, LXXVIII, CRFB/1988), do qual decorreu, em grande medida, a tão buscada celeridade em intrínseca relação com a economia e eficiência processual.

Todavia, em que pese almeje o texto constitucional a brevidade das demandas, certo é que apenas palavras legais, em sentido amplo, não se fazem suficientes. São necessárias, por conseguinte, medidas que efetivamente tornem céleres os processos judiciais e concretizem os princípios mencionados nos casos concretos.

Uma das ferramentas que tem se apresentado como um forte auxílio à concretização destes objetivos constitucionais é, precisamente, a Inteligência Artificial ligada aos sistemas judiciais.

Referida tecnologia é dotada de capacidade de aprendizado, otimização e eficiência, fato pelo qual, em questão de segundos, pode resolver demandas repetitivas que exigiriam vultuoso tempo humano, proferindo decisões padronizadas ou, mesmo, fazendo os ajustes necessários às causas relativamente às suas particularidades.

Tal realidade, por mais distante que pareça, está mais próxima do que se imagina. No cenário brasileiro, por exemplo, podem ser observados o sistema Radar, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que promove eficiente indexação processual automática; o projeto Sócrates, do Superior Tribunal de Justiça, que faz exame de recursos e acórdãos, listagens e sugestões com base em casos análogos; e o programa Victor, do Superior Tribunal Federal, que pesquisa, separa e classifica temáticas, vinculando-as aos temas direcionados à Corte, entre outras funções, sendo certo que todos possuem mecanismos relativos à Inteligência Artificial.

A grande questão, no entanto, que deve ser amplamente discutida é o que já se convencionou chamar de prós e contras da aplicação prática desta tecnologia, especialmente no que toca à sua relação com o ramo jurídico.

Demandas judiciais não envolvem simplesmente histórias narradas nos autos e que carecem de soluções, mas efetivamente vidas humanas envolvidas e questões a serem eticamente solucionadas com a devida observância ao ordenamento jurídico vigente, cujas implicações poderão incidir por todo o curso da vida das partes.

Em razão disso e por já se admitir que a Inteligência Artificial aprende – e não necessariamente aprende apenas o ideal –, essencial se faz uma cautela dobrada com a aplicação desta tecnologia nos ramos do Direito, sob pena de se intensificar incontáveis injustiças em nome de uma discutível celeridade.

Em um único clique, por exemplo, podem ser resolvidas centenas ou milhares de processos judiciais, especialmente se considerados “de massa”. Entretanto, neste mesmo clique, é possível que inúmeras individualidades sejam amplamente ignoradas e julgadas conforme a mera conveniência de uma duração razoável do processo, o que pode resultar em inacessibilidade da justiça e acentuar as desigualdades sociais.

É essencialidade, portanto, que os sistemas relativos à Inteligência Artificial relacionados ao judiciário sejam igualmente desenvolvidos com base em diretrizes éticas. Dessa forma, será possível evitar – ou ao menos pretender evitar – que mais injustiças sejam cometidas, utilizando-se da mencionada tecnologia apenas naquilo que melhor ela puder oferecer à humanidade.

6 Conclusão

O tema é verdadeiramente instigante e impossível seria almejar esgotá-lo nestas linhas construtivamente escritas.

Tratar de questões que relacionam ética e tecnologia não é tarefa fácil. Afinal, elas envolvem incontáveis variáveis e perspectivas que trazem significativas ponderações e efeitos sociais. Por isso que, aqui buscou-se trabalhar a relação entre os dois temas, perseguindo-se a máxima de que as diretrizes efetivamente éticas são as mais ideais quando do desenvolvimento da Inteligência Artificial.

Para tanto, fez-se uma breve análise do que pode ser compreendido como uma diretriz ética, relacionando-a à ideia de um guia movido a padrões, hábitos e valores entendidos socialmente como adequados.

Na sequência, ponderou-se a conceituação e nuances da Inteligência Artificial, pormenorizando brevemente sua lógica de funcionamento e demonstrando sua indispensabilidade na atualidade, tendo em vista um mundo que exige otimização das atividades, velocidade das comunicações e liquidez das relações.

Logo após, tratou-se de ambas as ideias, isto é, a necessidade de se perseguir preceitos e diretrizes éticos, notadamente quando do desenvolvimento da Inteligência Artificial, a fim de se obter da referida tecnologia apenas o melhor de seus resultados, evitando-se quaisquer reproduções de imparcialidades negativas e fazendo com que seja utilizada só positivamente.

Ao fim, considerou-se a aplicabilidade desta tecnologia no mundo jurídico, reforçando-se a ideia de que deve ser empregada com cautela e ética, de modo a evitar injustiças e desigualdades, aproveitando-se exclusivamente dos benefícios que tem a oferecer.

Sem pretender esgotar o tema, em conclusão, verificou-se que, na atualidade, configurando-se indispensável o uso das tecnologias, especialmente da Inteligência Artificial, faz-se de suma importância que seja desenvolvida e aplicada de maneira ética, alcançando-se, talvez, um pretensioso bem maior.

Referências

ARANHA, Maria Lúcia A. e MARTINS, Maria Helena P. **Filosofando: introdução à filosofia**. São Paulo, Moderna, 1986.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 3ª ed. [Trad. Mário da Gama Cury.] Brasília: Universidade de Brasília, 1992.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2001.

BLACK Mirror. Criação de Charlie Brooker. Reino Unido: Endemol UK, 2011. Série exibida pela Channel 4 e Netflix. Acesso em: 12 de set. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 de set. 2022.

ÉTICA na tecnologia: como atuar eticamente gerando inovação nas empresas? **Panorama Positivo**, 2020. Disponível em: <https://www.meupositivo.com.br/panoramapositivo/etica-na-tecnologia/#:-:text=Um%20exemplo%20simples%20do%20uso,rastreadas%20por%20cookies%20na%20internet> Acesso em: 11 de set. 2022.

HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus: uma breve história do amanhã**. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

INTELIGÊNCIA Artificial: o que é e qual sua importância para os negócios. **Ifood News**, 2021. Disponível em: <https://news.ifood.com.br/inteligencia-artificial/> Acesso em: 20 de set. 2022.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70 Ltda., 1997.

O que é inteligência artificial? **Hewlett Packard**, 2019. Disponível em: https://www.hpe.com/br/pt/what-is/artificial-intelligence.html?jumpid=ps_ryivsujbgd_aid-520061736&efid=CjwKCAjwyaWZBhBGEiwACslQo50WYlatQxvMOXxvTwQOoIw8hf2HdQ_9Ley6km82PfNOS8XmlpWMvBoCUEoQAvD_BwE:G:s&skwid=AL!13472!3!595097128760!p!!g!!o%20que%20%C3%A9%20intelig%C3%Aancia%20artificial!17064354472!134725430583& Acesso em: 13 de set. 2022.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

VESCHI, Benjamim. Etimologia de Ética. **Etimologia: origem do conceito**, 2020. Disponível em: <https://etimologia.com.br/etica/> Acesso em: 11 de set. 2022.

Capítulo 6

CONSIDERAÇÕES SOBRE O PARÁGRAFO 4º DO ART. 70, CPP: A QUESTIONÁVEL FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA NO DOMICÍLIO DA VÍTIMA DE ALGUMAS MODALIDADES DE ESTELIONATO PRATICADO POR MEIOS ELETRÔNICOS

*João Victor Assunção¹
Lucas Theodoro Dias Vieira²*

1 Introdução

Aos 27 de maio do ano de 2021 entrou em vigor a Lei 14.155, que promoveu alterações tanto no Código Penal (CP) como no Código de Processo Penal (CPP). O ponto em comum das mudanças legislativas provocadas é que em todos seus dispositivos foram introduzidas questões relativas à crescente prática criminal por meios eletrônicos.

Assim, enquanto no CP houve o incremento da pena para “*os crimes de violação de dispositivo informático, furto e estelionato cometidos de forma eletrônica ou pela internet*”, no âmbito do CPP a alteração promovida se deu com intuito de “*definir competência em modalidades de estelionato*”, diretamente relacionadas a práticas criminosas por meios digitais.

O presente texto se concentrará em examinar, enfim, a segunda reforma, ou seja, a que inseriu o § 4º no art. 70 do CPP, cuja redação é a seguinte:

§ 4º Nos crimes previstos no art. 171 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), quando praticados mediante depósito, mediante emissão de cheques sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado ou com o pagamento frustrado ou

1 Mestrando em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, advogado criminalista, e-mail: joaovictor.ruasassuncao@outlook.com.

2 Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG), Docente no Instituto de Educação Continuada – IEC da PUC-MG, advogado criminalista, e-mail: lucastheodoroadv@gmail.com

mediante transferência de valores, a competência será definida pelo local do domicílio da vítima, e, em caso de pluralidade de vítimas, a competência firmar-se-á pela prevenção. (BRASIL, 2021).

Em outras palavras, definiu-se que nos casos que envolvam o crime de estelionato sob aquelas condições específicas, independentemente de onde for o local da consumação do delito, a competência ficará estabelecida pelo domicílio da vítima.

Bom frisar, ainda, que tais modalidades, embora partam de uma descrição ligeiramente abrangente, tendo em vista que o uso de cheques (especialmente a entrega pessoal deles) tem sido cada vez menos corriqueiro, é possível concluir que as hipóteses abrangidas pelo referido dispositivo são majoritariamente relativas a estelionatos empreendidos por meios eletrônicos.

Outro ponto relevante, que de antemão merece ser destacado, é que o mencionado dispositivo legal representa, inquestionavelmente, uma exceção à regra disposta no *caput* do art. 70 do CPP, que determina a competência pelo local da consumação da infração.

Pois bem. Tendo as referidas premissas bem postas, resta compreender os motivos pelos quais o legislador ordinário julgou pertinente acrescentar esta exceção à regra especificamente para crimes de estelionato praticados mediante instrumentos tecnológicos e, mais que isso, é preciso avaliar se, além de plausibilidade das justificativas pensadas pelo legislador, também existiria plausibilidade nos efeitos concretos dessa mudança. Em outras palavras, não basta avaliar se a alteração é ou não necessária; é preciso também examinar se a solução encontrada com essa mudança de competência se mostra eficaz para os fins procurados.

Nesse sentido, o estudo visa a avaliar, primordialmente, se os efeitos práticos estão sendo positivos, levando em conta que na maioria das vezes os estelionatos perpetrados por mecanismos tecnológicos envolvem pessoas (vítimas e autores) não localizadas em uma mesma cidade (ou mesma circunscrição jurisdicional), especialmente diante do fato de que o Brasil é um país de dimensões continentais.

Em suma, é preciso perquirir se diante das atualizações tecnológicas que vêm sendo percebidas pela sociedade, o direito, e principalmente o direito penal, vem conseguindo acompanhar a contento tais mudanças, de modo a não prejudicar a atividade persecutória penal, de um lado, e de outro, não ferir direitos e garantias fundamentais dos envolvidos – porque, ao que parece, a modificação que sobreveio em favor dos interesses da

vítima acaba, em verdade e ao reverso, por prejudicar a resolução de alguns casos, especialmente daqueles mais complexos, dadas as dificuldades operacionais que implica.

2 Os argumentos levantados para justificar a inclusão do §4º no art. 70 do CPP e a prévia discussão jurisprudencial acerca da fixação de competência no estelionato

Precisamente quanto ao fundamento levantado para tal alteração, cabe registrar trecho de Parecer apresentado durante a tramitação do Projeto de Lei, que a defendia:³

[...] para prever que crimes cometidos pela internet ou de forma eletrônica terão sua competência firmada pelo **lugar de domicílio da vítima**. A modificação certamente auxiliará os órgãos de investigação a realizarem registros mais completos da existência do crime, elevando o número de notificações e reduzindo o tempo de julgamento de processos que se encontrem suspensos em razão de exceções de incompetência”. (grifos no original).

A alteração advinda da inserção do §4º no art. 70 do Código de Processo Penal não constava, tal como promulgada, do Projeto de Lei inicialmente apresentado (PL 4554/2020), mas sua origem remonta ao Projeto encaminhado pelo Senado à Câmara dos Deputados, com a seguinte redação, com menção expressa ao estelionato praticado por meio eletrônico:⁴

Art. 73-A. Quando o crime for cometido pela internet ou de forma eletrônica, a competência será determinada pelo lugar de domicílio ou residência da vítima.

Contudo, em sua redação atual (art. 70, §4º, CPP), que surgiu em Substitutivo ao Projeto de Lei⁵ na Câmara dos Deputados, embora intimamente relacionada com os meios eletrônicos, houve uma delimitação taxativa das hipóteses que terão a competência fixação no domicílio da vítima, excluindo-se a menção expressa a “*internet ou de forma eletrônica*”.

3 Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8908668&ts=1630441294644&disposition=inline>. Acesso em: 28 de outubro de 2022.

4 Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8910438&ts=1630441294891&disposition=inline>. Acesso em: 28 de outubro de 2022.

5 Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1993039&filename=SBT+1+%3D%3E+PL+4554/2020 Acesso em: 28 de outubro de 2022.

De se notar que o principal argumento trazido pelo legislador foi o de que a alteração auxiliaria os julgamentos, sobretudo para fins de celeridade, com referência expressa às suspensões decorrentes dos inúmeros conflitos de competência então suscitados.

De fato, antes dessa inovação legislativa, a fixação da competência em ações penais que tinham por objeto o crime de estelionato, envolvendo o sistema bancário, gerava grande controvérsia, principalmente diante de condutas que se valiam da internet, já tendo sido a questão submetida à apreciação do Superior Tribunal de Justiça em diversas oportunidades.⁶

A ilustrar a discussão, vale menção a dois importantes precedentes do STJ (Conflitos de Competência 182.977/PR⁷ e 185.983/DF⁸), ao registrarem que, anteriormente à inclusão do referido § 4º no art. 70 CPP, e “*no caso específico de estelionato praticado por meio de depósito em dinheiro ou transferência de valores*”, o entendimento firmado era no sentido de que a competência seria daquela jurisdição onde a vantagem ilícita, em prejuízo da vítima, tenha sido auferida, isto é, no local da conta bancária que tenha recebido os valores objeto de depósito.

Certo é que, com o novel dispositivo, tal divergência jurisprudencial perdeu sua razão de ser nas hipóteses taxativamente previstas. O que, contudo, não afasta a relevância da discussão, ainda que *de lege ferenda*, considerando, além daqueles cenários não abarcados pela norma, os argumentos que embasaram a propositura legislativa e suas consequências na *práxis*, em especial nas investigações de complexos casos de estelionatos – com pluralidade de vítimas e municípios envolvidos, tomando muitas vezes proporções nacionais.

Dito de outra forma, é preciso examinar se o argumento trazido pelo Parecer supratranscrito que justificou a elaboração da norma no sentido de

6 Tudo isto sem falar das Súmulas já editadas pelos Tribunais Superiores relativas ao tema, especialmente envolvendo práticas de fraude se valendo do sistema bancário. A título exemplificativo, cumpre citar a edição das Súmulas 48 e 244 pelo STJ, bem como a 521 pelo STF, todas tratando de fraudes praticadas por meio de cheques: Súmula 48/STJ: “*Compete ao juízo do local da obtenção da vantagem ilícita processar e julgar crime de estelionato cometido mediante falsificação de cheque*”; Súmula 244/STJ: “*O foro competente para o processo e julgamento do crime de estelionato, sob a modalidade de cheque sem a suficiente provisão, em poder do sacado, é do local onde se deu a recusa do pagamento*”; Súmula 521/STF: “*O foro competente para o processo e julgamento dos crimes de estelionato, sob a modalidade da emissão dolosa de cheque sem provisão de fundos, é o do local onde se deu a recusa do pagamento pelo sacado*”.

7 Cf. CC 182.977/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 9/3/2022, DJe de 14/3/2022; citado no Informativo Jurisprudencial n.º 728/2022 (STJ).

8 Cf. CC 185.983/DF, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, julgado em 11/5/2022, DJe de 13/5/2022, citado no Informativo Jurisprudencial n.º 736 (STJ).

que “a modificação auxiliará os órgãos de investigação a realizarem registros mais completos da existência do crime, elevando o número de notificações” realmente traduz alguma racionalidade. É ver.

3 Fundamentos da fixação de competência: lugar de consumação da infração como regra (art. 70, *caput*, CPP)

Antes de se avaliar as repercussões práticas originadas dessa alteração legislativa em pauta, importante adentrar, ainda que brevemente, nos fundamentos legais da regra até então vigente para todos os casos em que o local da infração é conhecido: a competência pelo local de *consumação* do delito, prevista no *caput* do art. 70 do CPP (competência *ratione loci*).

Nesse sentido, importa consignar, que diferentemente do Código Penal, que em seu art. 6º encampou a *teoria da ubiquidade*⁹ (segundo a qual o local do crime seria tanto onde se praticou a ação ou omissão quanto onde se produziu o resultado), o diploma processual penal positivou norma embasada na *teoria do resultado*.

E as razões que levaram à escolha do local do resultado do crime como critério são de duas ordens, a saber: uma razão de “*ordem funcional*”, dado que será nesse lugar onde remanesceram os vestígios do crime, contribuindo à obtenção das provas, e outra de “*ordem social*”, haja vista que, comumente, é no local de ocorrência do resultado em que se dá o “*desequilíbrio social*” advindo do crime, justificando a mais direta e visível reação, por meio da repressão penal (BADARÓ, 2020, p. 278).

Assim, enquanto as questões relacionadas à competência em razão *da matéria* ou *da pessoa* voltam-se a firmar a competência da jurisdição, a competência infraconstitucional tem por objetivo assegurar a qualidade da instrução processual (PACELLI, 2019, p. 270). Ou seja, a regra da competência territorial visa garantir o interesse público, consubstanciado em uma “*mais eficaz prestação jurisdicional*” (BADARÓ, 2020, p. 279).

Embora existam críticas doutrinárias à escolha do legislador pela *teoria do resultado*, afinal, o local de consumação do delito pode não ser o mais vantajoso em termos probatórios – o que se torna notório considerando que o fundamento utilizado para a escolha deste critério remonta a uma *facilidade* relacionada à obtenção de provas (PACELLI; FISCHER, 2022, p. 240) – certo é que não se nota adesão entre os autores pela fixação no

9 Art. 6º - Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.

domicílio da vítima

E cabe registrar que a jurisprudência, em diversas oportunidades, tem aberto exceções à regra advinda da *teoria do resultado*, flexibilizando-a e aplicando a *teoria da ação* e estabelecendo o lugar da execução como definidor (PACELLI; FISCHER, 2022, p. 240), mas, até o advento da norma *sub examine*, tampouco entre os tribunais parece ser comum o amparo do domicílio da vítima como critério adotado para fixação da competência.

Portanto, importa deixar assentado que a principal premissa para a regra de competência prevista no art. 70 do CPP é o proveito em termos probatórios. Trata-se, pois, de vantagens de ordem prática, uma vez que, por exemplo, evitaria maiores expedições de cartas precatórias para cumprimento de diligências para além do local dos fatos.

E, alegadamente, também argumentos dessa natureza foram levantados para a alteração que ensejou o acréscimo do §4º neste dispositivo.

Ocorre que o novo dispositivo não resolveu as críticas que já existiam à previsão do *caput*. Por mais nobre que tenha sido a intenção do legislador ao alterar a competência em tais modalidade de estelionato, a celeuma permanece. Ora, no tocante aos crimes praticados em meios digitais, fica patente que o problema gira em torno do fato de que nem sempre onde a conduta se dá é também onde o resultado dela se consuma.

Todavia, como se pode perceber, o domicílio da vítima nada tem de relação com essa questão probatória, e com o conflito a ela relacionado – entre o local da execução *versus* local do resultado –, a menos que esse domicílio coincida com o local de execução do delito, ou com o local de seu resultado.

4 Fixação da competência no domicílio da vítima e repercussões práticas

Em recente publicação de notícia no Jornal mineiro “*O Tempo*”, registrou-se que, diante do exponencial aumento dos casos de estelionato em Minas Gerais nos últimos anos, o crime se tornou o mais comum no estado.¹⁰

Não se desconhece os diversos empecilhos que envolvem a fixação da competência nos delitos de estelionato, o que justificaria, a partir de um

10 Disponível em: <https://www.otempo.com.br/cidades/era-do-golpe-estelionato-se-consolidou-como-principal-crime-em-minas-gerais-1.2677534> . Acesso em 28 de outubro de 2022.

raso exame, o desenlace da questão por meio de alteração legislativa, tal qual a aqui apontada.

Contudo, não fosse por si, ao que tudo indica, precipitada a modificação, permanecem alguns casos alheios ao parágrafo então inserido no parágrafo 4º do art. 70 do CPP – como parece ter sido reconhecido no acórdão paradigma abaixo mencionado. Veja-se, em trecho extraído da ementa do Conflito de Competência 182.977/PR (STJ):

[...] 2. A Lei n. 14.155, de 27 de maio de 2021, que incluiu o § 4.º no art. 70 do Código de Processo Penal, criou hipótese específica de competência no caso de crime de estelionato praticado mediante depósito, transferência de valores ou cheque sem provisão de fundos em poder do sacado ou com o pagamento frustrado. Diante da modificação legislativa, não mais subsiste o entendimento firmado por esta Corte Superior, devendo ser reconhecida a competência do Juízo do domicílio da vítima.

3. Contudo, a hipótese dos autos, como bem ressaltou o parecer ministerial, **não foi expressamente prevista na nova legislação**, visto que não se trata de cheque emitido sem provisão de fundos ou com pagamento frustrado, mas de tentativa de saque de cártula falsa, em prejuízo de correntista. Assim, aplica-se o entendimento pela competência do Juízo do local do eventual prejuízo, que ocorre com a autorização para o saque do numerário no local da agência bancária da vítima. [...] (grifos nossos).

Parte da crítica à alteração legislativa apresentada neste artigo foi registrada em Parecer¹¹ proferido durante a tramitação do PL na Câmara dos Deputados, que se manifestou pela retirada completa da alteração referente à fixação da competência no domicílio da vítima, com destaque ao seguinte trecho:

[...] supressão completa do artigo 2º do texto do Senado. Recomendo aos nobres pares, na condição de relator desta matéria, a retirada completa desse dispositivo, pois na avaliação da Polícia Federal, que ouvi durante os estudos para formulação deste parecer, a **definição do domicílio da vítima como fator definidor da competência**, poderia gerar questionamentos de ordem processual que **atrasariam trabalhos de repressão aos crimes cibernéticos, cujo o desdobramento poderia causar, dentre outros problemas, a prescrição do crime**.

[...]

Muitas vezes os crimes por meio da internet ocorrem simultaneamente ou continuamente de forma **a atingirem pessoas de diferentes**

11 Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1993005&filename=PPP+1+CCJC+%3D%3E+PL+4554/2020. Acesso em 28 de outubro de 2022.

estados e até mesmo de diferentes países. Nesse sentido, estou convencido de que a Polícia Federal está bem balizada neste pedido de supressão que me apresentou para suprimirmos o artigo 2º, para garantir a continuidade dos trabalhos de repressão a crimes cibernéticos muito bem conduzidos pela referida instituição. (grifo nosso).

Como bem registrado no referido Parecer – e sem se desconhecer as nobres intenções da alteração legislativa – a mudança do critério de competência nessas modalidades de estelionato poderá, diverso do pretendido, ser prejudicial às apurações de delitos de estelionato, especialmente daqueles mais complexos, que envolvam inúmeras vítimas, de inúmeros municípios, alcançando até mesmo proporções nacionais, porque não raro o autor do crime não estará submetido à mesma jurisdição da vítima.

Apenas para ilustrar um cenário problemático, ademais dos fundamentos existentes para a regra de fixação de competência prevista no *caput* do art. 70 do CPP, é ver o seguinte exemplo: em um caso de estelionato que se enquadre nas hipóteses taxativamente previstas no inserido §4º, se forem várias as vítimas, de diversos municípios interioranos, de diversos estados do país, as investigações se verão drasticamente prejudicadas.

Ora, considerando que, caso haja pluralidade de vítimas a competência será fixada pela prevenção, tendo como referencial o domicílio, fato é que nessa miríade de envolvidos, ao invés de se concentrar a investigação no local em que o agente obteve as vantagens financeiras (ou seja, onde se deu a consumação do delito), fixar-se-á a competência pelo local em que a primeira vítima se movimentou relativamente ao golpe sofrido. Portanto, seguindo no exemplo, se o criminoso estiver aplicando golpes de Belo Horizonte/MG (onde também está a conta bancária beneficiária dos valores ilicitamente obtidos), mas suas vítimas estiverem no interior de outros estados, como Paraíba, Santa Catarina, Mato Grosso ou Tocantins, a competência será firmada pelo domicílio da primeira vítima, residente em um destes estados, que primeiro se movimentar perante as autoridades (*representando*) em relação ao ocorrido – e não em Belo Horizonte, onde logicamente seria mais fácil à polícia judiciária promover suas atividades investigativas.

E o problema não surge apenas nos casos em que sejam diversas as vítimas, embora neles os imbróglis se vejam intensificados. É que, a depender da distância entre os municípios e dos recursos dos quais as autoridades policiais disponham na localidade onde reside a vítima, as investigações podem enfrentar tamanhas dificuldades que, ao invés de

assegurar celeridade, haverá risco de tornar ainda mais difícil a identificação e punição dos autores, assim como a reparação dos danos causados às vítimas.

Tudo isso sem levar em consideração, ainda, a natural maior dificuldade para proceder à investigação policial em casos envolvendo meios tecnológicos:

Devido aos desafios que a internet impõe pela sua capilaridade mundial e os mecanismos que permitem ocultar a identidade dos criminosos, além da desterritorialidade dos crimes informáticos, a investigação passa a ser um ato hercúleo.

Em virtude das constantes mudanças que a tecnologia proporciona, há que mudar também as formas de investigação.

Como já mencionamos anteriormente, a investigação dos crimes informáticos passa por três momentos, considerando a camada de análise e *locus* de desenvolvimento dos atos criminosos, são elas: *surface web*, *deep web* e redes sociais.

Recapitulando, a *surface web* é a camada por nós utilizada da internet, através da navegação em que as páginas de acesso estão indexadas por buscadores, além de termos o serviço chamado de DNS (*Domain Name System*), o que permite um tipo de investigação aberta, além da descoberta de dados deixados por registros de conexão e acesso, sendo que os rastros deixados são mais fáceis de detecção.

Por outro lado, na *deep web* não há indexadores de busca, o acesso é feito por VPN ou *softwares* específicos. Dentro dessa camada profunda da *web* encontramos a *dark web*, onde a criminalidade é muitas vezes obscura e organizada.

Neste cenário, a dificuldade investigativa é muito maior, já que os rastros deixados são mínimos pelo uso constante de técnicas e *softwares* para ocultar IP, criptografias ponta a ponta, uso de redes virtuais privadas (VPN), o que aumenta sobremaneira a dificuldade de apuração dos fatos, bem como a identificação de autoria e materialidade (MOURA, 2021, ps. 284/285).

Portanto, parece equivocada a afirmação do Parecer que subsidiou a inovação legislativa ora examinada no sentido de que, da forma como hoje está, será possibilitado à autoridade policial “*fazer registros mais completos da existência do crime*”. Isso porque, na maioria dos casos, o domicílio da vítima costuma ser menos relevante para tais registros do que o local de consumação do delito, já que é a partir da identificação desse local que o investigador vai perseguir os rastros, de trás para frente, deixados pelo autor, para conseguir identificá-lo e apurar as circunstâncias do fato.

5 Conclusões

Após todas essas considerações, pode-se concluir que:

- a. As legislações de direito material e processual penal devem, de fato, acompanhar as abruptas alterações na criminalidade, notadamente da que se vale de meios digitais, considerando as dificuldades que acompanham as correspondentes investigações. Contudo, a *práxis* forense há de caminhar junto com a razão jurídica, para que não sobrevenham alterações legislativas precipitadas que podem, não raro, implicar efeitos contrários àqueles pretendidos;
- b. Ao que tudo indica, a modificação introduzida no CPP por este dispositivo ora questionado veio acompanhada da louvável intenção de tentar facilitar (desafogar) a atuação do Judiciário, diminuindo o número de conflitos de competência a ele distribuídos, assim como de contribuir com as investigações nos crimes de estelionato. Por outro lado, porém, na ponta da linha, os casos de estelionato por meios eletrônicos acabaram por ficar represados em momento anterior, nas mãos da autoridade policial, já que, diante da quantidade de casos conexos (concursos de crimes) que apresentam pluralidade de vítimas, haverá um sem-número de investigações ao redor do país, cujo autor será o mesmo, até que se dê a fixação da competência por prevenção;
- c. E, pior que isso, depois de fixada a prevenção no âmbito investigativo, obviamente haverá um incremento de cartas precatórias remetidas, como para o local de consumação do crime, que deveria ser, como demonstrado, o ponto de concentração dos trabalhos policiais, mas acabou sendo transferido para o local do domicílio da vítima preventa. Acontece que, como sabido, o cumprimento de tais diligências demora, muitas vezes, anos para ser efetivado, o que, sem dúvidas, prejudicará o trabalho da persecução penal. Ao passo em que se tentou amenizar a demora das demandas no Judiciário, colocou-se, em outra ponta, um gargalo muito pernicioso no âmbito das investigações policiais;
- d. Inclusive se considerada a perspectiva do próprio investigado, em relação aos meios de defesa idôneos, além das demais garantias constitucionais, é notório que lhe será preferível que a investigação e eventual processo penal subsequente tramitem

- em locais próximos – por exemplo, onde possui a conta bancária a qual destinou o proveito do estelionato;
- e. Como sói ocorrer nos tempos atuais, buscou-se dar vazão a uma legislação de emergência para problemas crescentes na sociedade, mas sem ser precedida de estudo sobre os impactos da mudança pretendida. As repercussões sobre a operacionalização da alteração legislativa precisam ser mais bem avaliadas, sob risco de se converter em verdadeiro “tiro no pé”. Trocando em miúdos, de nada adianta buscar robustecer a efetividade do trâmite processual ao arrepio da efetividade da investigação, especialmente se se considerar a dificuldade natural dessa atividade diante da contínua modernização e refinamento das práticas de estelionato;
 - f. Mostra-se preferível, pois, que o Judiciário vá sedimentando, com o tempo, a jurisprudência no tocante à definição do local de consumação das modalidades de estelionato por meios digitais do que o Legislativo impor açodadamente a competência de modo a (f.1) alterar os critérios de estabelecimento de competência, bem como de modo a (f.2) prejudicar as investigações, ao conduzi-las a um local (domicílio da vítima) que, geralmente, não tem conexão com os elementos de prova primordiais;
 - g. Pode parecer que ao se desprestigiar a competência definida pelo domicílio da vítima ela ficaria prejudicada; contudo, ao se focar nos métodos para melhor solução do caso, a própria vítima tenderia a preferir que a competência ficasse definida pelo local de consumação do delito, considerando que é mediante esse critério que muitos dos casos, mormente aqueles de grande complexidade, conseguem ser mais rapidamente conduzidos e solucionados.

Referências

BADARÓ. Gustavo Henrique. **Processo penal**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm . Acesso em: 28 de outubro de 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm . Acesso em: 28 de outubro de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n.º 182.977/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 9/3/2022, DJe de 14/3/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n.º 185.983/DE, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, julgado em 11/5/2022, DJe de 13/5/2022.

‘ERA do golpe’: estelionato se consolida como principal crime em Minas Gerais. **O Tempo.** Junho de 2022. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/cidades/era-do-golpe-estelionato-se-consolida-como-principal-crime-em-minas-gerais-1.2677534> . Acesso em 28 de outubro de 2022.

MOURA, Grégore Moreira de. **Curso de Direito Penal Informático.** Belo Horizonte: D’Plácido, 2021.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência.** 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

Capítulo 7

PERSPECTIVAS SOBRE AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS APLICÁVEIS AO MENOR INFRATOR FRENTE À DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Monique Alexandrina Ferreira Costa¹

1 Introdução

O presente capítulo propõe uma breve contextualização sobre as perspectivas acerca da tutela jurídica do menor infrator, frente às medidas socioeducativas aplicáveis, observando o parâmetro proposto pela doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, adotada pela legislação brasileira. Sob esta proposta, pertinentes serão algumas observações acerca da doutrina da proteção integral estabelecida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em conciliação às políticas públicas direcionadas aos menores infratores, como um processo sócio-pedagógico para a (re)construção destes indivíduos com a observância dos seus direitos e garantias individuais.

A sociedade atual tornou-se espectadora de diversos “espetáculos” de violência que traduz a atroz realidade vivida. A criminalidade, de fato, é um problema social grave que por si só é alarmante, oprime os cidadãos e causam uma sensação generalizada de medo e insegurança. Há, além disso, um fator ainda mais alarmante que é no mínimo curioso e merece destaque: uma parcela preocupante dos crimes é protagonizada por menores de idade, adolescentes e em alguns casos até mesmo crianças. São cúmplices, colaboradores, autores e até as “grandes cabeças” que lideram desde infrações leves, pequenos furtos e roubos, até atos mais complexos como tráfico e homicídio, delitos inimaginavelmente cometidos por mentes supostamente imaturas e com capacidade de discernimento incompleta.

¹ Graduada em Direito pela FASPI/CEASE. Pós graduada em Direito Civil pela Faculdade Internacional Signorelli. Graduanda em Filosofia pela Uninter. E-mail: moniquecosta.adv@gmail.com

Entretanto, tão importante quanto avaliar o ato infracional em si, é avaliar o fato ou causa que o gerou, para que assim, seja estudada a melhor medida jurídica a ser aplicada em cada caso. Segundo Rosângela Francischini e Herculano Ricardo Campos (2005), é necessário um reconhecimento de que a obediência a regras mínimas é fator essencial para o convívio social e desta forma, a responsabilização do adolescente, quando este adota um comportamento transgressor dessas regras é crucial para harmonia no convívio social².

Mesmo considerados sujeitos em desenvolvimento, os menores infratores ainda são sujeitos de direitos e deveres na sociedade e assim, estão tutelados por um ordenamento jurídico. No caso da criança e do adolescente, estão sob a égide do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), adotando-se, portanto, a teoria da Proteção Integral da criança e do adolescente, que se alia também à Convenção sobre os direitos da criança, adotada pela ONU e subscrita pelo governo brasileiro.

As teorias acerca da proteção integral perfilham a ideia de que as crianças e adolescente devem estar em primeiro lugar nas preocupações jurídico-sociais. Elaine Castelo Branco Souza faz uma análise interessante acerca da prioridade absoluta à criança e ao adolescente:

Por absoluta prioridade, devemos entender que a criança e o adolescente deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes; devemos entender que, primeiro devem ser atendidos todas as necessidades das crianças e adolescentes, por serem o maior patrimônio de um povo³.

A prioridade absoluta à criança e ao adolescente está assegurada também no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como no artigo 227 da Constituição da República de 1988, que traduzem que a família, o Estado e a sociedade têm o dever de assegurar, por todos os meios e todas as formas e com absoluta prioridade, todos direitos inerentes ao ser humano em formação. Desta forma, insta salientar que para que sejam conferidas tais garantias às crianças e adolescentes é necessário que haja também um interesse governamental, visto que para a responsabilização dos menores infratores e aplicação de medidas socioeducativas, seja ela restritivas de liberdade ou não, devem existir políticas públicas para melhor

2 FRANCISCHINI, Rosângela e CAMPOS, Herculano Ricardo. Adolescente em conflito com a lei e medidas socioeducativas: Limites e (im)possibilidades. PSICO. Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) 2005.

3 SOUZA, Elaine Castelo Branco – A Liberdade Assistida como Alternativa a Ressocialização do Adolescente – 18º Congresso da Associação Brasileira de Magistrados e Promotores da Infância e da Juventude. Gramado-Rio Grande do Sul.

execução e aplicação dos procedimentos legais relativos a tal questão.

É relevante também analisar a tutela jurídica que recai sobre este fator social. No caso do menor infrator, assim como qualquer indivíduo, sendo sujeito de direitos, é indispensável o respeito às disposições fundamentais constitucionais, bem como a legislação especial pertinente, neste caso, o Estatuto da Criança e o Adolescente (ECA). Isto posto, concatenando os possíveis motivos que possam fundamentar seus atos infracionais, tais como os fatores de risco que contribuem para tal prática, é fundamental a análise da tutela jurídica mais adequada para preservar a formação da criança e do adolescente, com pauta em valores, sejam eles sociais, estruturais, institucionais ou psicológicos.

Nesse viés, tem-se importante confrontar a realidade fática com os direitos pertinentes, verificando se as medidas adotadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente efetivamente atendem à necessidade demandada com eficiência, ou se são precárias, ineficazes e carecem de necessidades mais abrangentes para plena assistência e efetivação dos direitos do adolescente, bem como sua educação e (re)construção para pleno convívio social, garantindo segurança pública e bem estar comum à sociedade atual.

2 Breve contextualização da evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/1990, transformou todo o cenário jurídico relativo ao menor infrator, reconhecendo a criança e o adolescente como sujeitos de direitos e expressando um rol de medidas protetivas a serem aplicadas pelas autoridades competentes, com base na doutrina da Proteção Integral, ao invés de aplicar-lhes medidas punitivas ou repressivas.

Contudo, a realidade frente aos menores infratores, nem sempre respeitou os direitos fundamentais a eles conferidos, tendo a presente questão passado por diversos momentos históricos, até o atual reconhecimento da proteção do menor como prioridade absoluta na sociedade.

Mário Volpi (2001) expõe que até o século XIX a prática de atos infracionais por adolescentes não tinha uma preocupação jurídica específica, visto que o direito não fazia muitas distinções em relação a réus, delitos e penas. Somente no final do século XIX, segundo o autor, é que o interesse pela situação do menor foi evidenciado, quando surgiu nos Estados Unidos o Movimento dos Reformadores, que consistia em uma

reação de indignação frente às desumanas condições a que os menores eram submetidos, onde um “juiz de menores” tinha o poder de decidir em nome dos menores, o que era melhor pra eles.

Tânia da Silva Pereira (1996) observa que a em 1899 criou-se nos Estados Unidos o primeiro Tribunal de Menores, que se espalhou por toda a Europa, e que influenciou a legislação brasileira através da França, momento em que diversos países já haviam criado uma legislação específica para menores a serem tratadas nos referidos tribunais.

Em 1930, no Brasil, o Código Criminal do Império promulgado, somente impedia que os menores de quatorze anos fossem responsabilizados criminalmente, ressaltando que “se provar que os menores de quatorze anos, que tiverem cometido crimes, obraram com discernimentos, deverão ser recolhidos às Casas de Correção, pelo tempo que ao Juiz parecer, contanto que o recolhimento não exceda a idade de dezessete anos”⁴. Cumpre destacar que caso não houvessem instituições especializadas, os menores seriam inseridos em locais juntamente aos adultos, sendo submetidos à igual tratamento.

Nesse viés, no cenário brasileiro só eram considerados criminosos os menores de nove anos completos e os menores de quatorze anos, caso esses últimos houvessem agido sem discernimento⁵. Até o momento histórico citado, nota-se que o a determinação sobre a responsabilidade da criança ou adolescente sobre um ato considerado delituoso, era a situação de sua consciência no momento da prática do ato, ou seja, o seu discernimento em relação àquela conduta e não tão somente a sua idade cronológica.

Em 1902 foi proposto um Código de Proteção ao Menor, por Mello Matos⁶, posteriormente convertido em lei, denominado o primeiro Código de Menores⁷ no Brasil, que posteriormente foi modificado por outros dispositivos legais.

Somente no governo de Getúlio Vargas (1940) é que a questão sobre o menor infrator foi abordada em um âmbito político, com a criação do Departamento Nacional da Criança e posteriormente com a criação do Serviço de Assistência ao Menor (SAM), dois institutos que visavam a coordenação de atividades e amparo à criança e ao adolescente

4 Lei de 16 de dezembro de 1830, citada em Volpi (2001: p. 25).

5 Artigos 27, § 1º e 2º do Código Penal da República do Brasil.

6 José Cândido de Albuquerque Mello Mattos, professor, jurista e primeiro juiz de menores do Brasil e da América latina.

7 Decreto 17.943-A, de 12-10-1927, também conhecido como o Código de Mello Mattos.

infrator. Entretanto, salienta Volpi (2001), que a política desses institutos consistia na exclusão dos menores pobres, abandonados, infratores e órfãos do convívio com a sociedade, isolando-os socialmente em internatos, onde sofriam abusos e recebiam tratamentos extremamente violentos e repressivos, sendo o SAM considerado uma verdadeira escola do crime e os adolescentes que de lá saíam, reproduziam no meio social toda violência que lá vivenciavam.

A criação das Fundações Estaduais de Bem Estar do Menor (FEBEM⁸), pregavam um discurso assistencial, porém reproduziram a prática de repressão dos menores praticadas pelo SAM, dando sequência ao tratamento desumano, aos quais eram submetidos os menores. Tais fundações mantinham a política de regime militar e não oferecia nenhuma proposta pedagógica aos menores, sendo submetidos ao caráter arbitrário e violento dessas instituições.

Volpi (2001), esclarece que a situação vivida pelos menores na FEBEM eram totalmente desaprovadas pela sociedade, gerando denúncias na mídia e mobilização social, que eram contra a referida prática e protestavam por mudanças que atendessem os menores, resguardando seus direitos fundamentais e respeitassem sua dignidade.

Assim, nos esclarecimentos do citado autor, a alternativa encontrada foi “devolver” os menores às ruas, onde tinham em seu alcance toda e qualquer influência, experiência e realidade que pudesse contribuir na formação de sua personalidade e determinar seu comportamento social. Nesse ínterim, foram criadas diversas iniciativas para atendimento aos menores, com princípios pedagógicos, movimentos de promoção de artes e esportes, metodologias educacionais, grupos comunitários, projetos de atendimentos e tudo que pudesse orientar os menores a manter um bom comportamento social, para que mantê-lo dentro dos padrões sociais estabelecidos.

Com a aprovação da Constituição da República do Brasil, em 1988 é que foi dado o principal passo rumo a efetivação dos direitos e garantias fundamentais referente aos menores, inserindo em seu artigo 227, a Doutrina da Proteção Integral, originada da proposta de Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança da ONU, que entre outros

8 FEBEM: A Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor (Febem/SP) é um antigo órgão governamental (extinto em 2006) que executava as medidas socioeducativas de Liberdade Assistida (LA), Semiliberdade e Privação de Liberdade, aplicadas pelo Poder Judiciário aos adolescentes de 12 a 18 anos incompletos, autores de atos infracionais. Fonte: <http://www.dialogue.com.br/web/sites/febem/pag/p04-main.html>.

princípios, expressou que a criança é sujeito de direitos, seus interesses são superiores à qualquer outro na sociedade, ou seja, tem prioridade absoluta e a eles é assegurada a garantia de todos os seus direitos, veja-se:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Desta forma, o tema foi regulamentado pela Legislação Complementar, através da promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), que destituiu o Código de Menores e delimitou toda a legislação a ser aplicada referente aos menores, pautada na política tutelar de Proteção Integral dos Direitos da Criança e do Adolescente.

3 O estatuto da criança e do adolescente e a doutrina da proteção integral

A partir de 1988, entrou em vigor a nova Constituição da República bem como foi adotada a doutrina da proteção integral, que estabeleceu os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes além de estabelecer o princípio da absoluta prioridade na atenção destes direitos, considerando os menores como sujeitos em desenvolvimento.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei federal nº 8.069) foi promulgado em 1990, abolindo o Código de Menores de 1979, lei anterior que regulava as questões pertinentes aos menores. Segundo Motta Arantes (1990), a aprovação do Estatuto foi recepcionada com muito entusiasmo por aqueles que esperavam grandes mudanças na política de atendimento aos direitos do menor, diferenciando-se do modelo anterior que era reconhecido pelo cunho correccional-repressivo, onde os adolescentes infratores não tinham nenhuma garantia processual.

Ainda, em consonância com a Constituição denominada como “A Constituição Cidadã”, o Estatuto estabelecia a participação popular como um de seus princípios, para efetividade das melhorias propostas para as crianças e adolescentes.

Sobre o prisma da Proteção Integral, frente ao antigo modelo do Código de Menores, Motta Arantes, faz a seguinte observação:

[...] a doutrina da Proteção Integral não se relaciona com o direito do menor, com a Justiça, o Poder Judiciário e não cabe no Código de

Menores. Não cabe ao direito do menor a prevenção, não obstante ser ela mais importante do que o tratamento [...]. Direito do menor, Código de Menores, Juizados atuam nos efeitos, nos problemas já instalados, na chamada situação irregular do menor. Desde 1921, assim se posicionou o direito brasileiro; daí o Código de Menores referir-se à situação irregular, fórmula que abrange os estados de abandono [...], o perigo moral [...] o grave distúrbio de comportamento e a prática do ato infracional. O Estatuto da Criança e do Adolescente refere-se à situação de risco – fórmula que substitui a situação irregular. Assim, estão claramente indicados dois campos de problemas, situação de risco e situação irregular, de soluções, indicados pelo Estatuto e pelo Código de Menores.⁹

Assim, facilmente percebe-se uma das inovações do Estatuto da Criança e do Adolescente perante o Código de Menores anteriormente vigente; enquanto o Estatuto trouxe uma proposta de proteção dos menores em situação de risco, ou seja, uma ideia de prevenção, evitando que eles cheguem a se tornar adolescentes problemáticos ou infratores, o antigo Código efetivava uma política de atendimento dos menores em situação irregular, ou seja, uma repressão forçada aos jovens abandonados, pobres, órfãos e infratores, relacionando os descaminhos dos menores à sua situação de pobreza e nunca buscando às reais causas dos problemas sociais.

Ainda, conforme salienta Motta Arantes (1991), o Estatuto trouxe uma característica fundamental, que se trata da proporcionalidade da medida a ser adotada, com o ato praticado, não cabendo uma só medida para todos os casos. Desta forma, o direito do menor passou a levar em consideração, a pessoa do menor, como um sujeito individualizado e não tão somente o ato praticado – idéia de proporcionalidade presente no direito penal. Logo, pode-se afirmar que enquanto o direito penal trata dos efeitos, o Estatuto da Criança e do Adolescente trata das causas, seja pelas políticas sociais básicas, pela proteção especial ou pelo sistema socioeducativo.

Quanto a doutrina da proteção integral, nos termos da Constituição vigente, compete à família, à sociedade e ao Estado, assegurar à criança e ao adolescente os principais direitos e garantias tutelados pela legislação pátria.

Desta forma, pressupõe-se que quando um adolescente chega a

9 Cavallieri, apud Arantes; Mota, Arantes, Esther Maria de Motta – PARA ALÉM DAS GRADES – Elementos para a transformação dos Sistema Socioeducativo – Editora Puc Rio; Edições Loyola – Ano 2005. p. 64.

cometer atos infracionais, lhe foi negligenciado parte desses direitos, ou seja, o Estado, a sociedade ou a família, falharam ao não proteger o menor da forma efetiva.

Importante considerar a condição de sujeitos de direito com proteção e prioridade absoluta, conforme preconizam Mário Volpi (2001) e Maria Helena Zamora (2005). O contexto da violência um fato que ao tanger os adolescentes, merece uma atenção e tutela especial, visto a conscientização de que esses sujeitos em desenvolvimento constitui um grande patrimônio brasileiro e assim, conferiu-lhes proteção integral. Assim, nos dizeres de Branco Souza¹⁰:

Por absoluta prioridade, devemos entender que a criança e o adolescente deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes; devemos entender que, primeiro devem ser atendidos todas as necessidades das crianças e adolescentes, por serem o maior patrimônio de um povo.

Desta forma, entende-se que não é adequado aplicar ao infrator, a penalidade nos termos do Código Penal, sendo assim, inimputável, sujeito às diretrizes estabelecidas pelo ECA. Dentre tais diretrizes, os adolescentes infratores, estão sujeitos à medidas em que se cumpre em liberdade, semiliberdade e privativas de liberdade, esta última como *ultima ratio* a ser aplicada ao menor infrator.

Aduz Volpi (2001) que dentre todas as medidas cabíveis, deve-se priorizar pelas medidas em que não se priva a liberdade do indivíduo infrator, pois segundo o autor, não há possibilidade de conferir direitos aos adolescentes infratores, sem a liberdade, visto que a realidade dentro de uma instituição destinada a isolar o adolescente do convívio social, em casos de medidas de internação, se assemelha à carente realidade debilitada do sistema prisional brasileiro.

Nas palavras de Motta Arantes (1991), no caso de não existência ou insuficiência de políticas públicas, por exemplo, quem deveria ocupar o banco dos réus seria o Estado, frente à sua negligência, por meio de ação civil pública, e não as crianças e adolescentes.

Outrossim, insta salientar que o referido Estatuto, comporta duas vertentes: as medidas de proteção e as medidas sócio-educativas. As medidas de proteção, são entendidas como aquelas aplicáveis à toda criança e adolescente, desde seu nascimento, pois visam protegê-lo de toda

10 A liberdade Assistida como alternativa à ressocialização do adolescente. Artigo. Disponível em https://www2.mp.pa.gov.br/sistemas/.../14/doutrina_liberdade.pdf. Acesso em 10/10/22.

e qualquer ameaça ou omissão que possam violar seus direitos.

Conforme elucida o artigo 98 do referido Estatuto, as medidas de proteção tem como destinatários as crianças e adolescentes, sempre que seus direitos reconhecidos pela lei forem ameaçados ou violados por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, ou por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável, e em razão de sua conduta.

Assim, são medidas de proteção aplicáveis à criança e ao adolescente nos termos do Estatuto:

Art. 101 - Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;

II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;

III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;

IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;

V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;

VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

VII - acolhimento institucional;

VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar;

IX - colocação em família substituta.

Ainda, reforçando seu caráter protecionista, o Estatuto prevê que as medidas de proteção, devem ser aplicadas levando em consideração as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários das crianças e adolescentes.

Já as medidas socioeducativas, são aplicáveis à autores do ato infracional, após apurada sua responsabilidade sobre determinado ato praticado, após o devido processo legal, obedecendo as disposições da legislação pertinente. As medidas sócio-educativas previstas nos Estatuto da Criança e do Adolescente, respeitando a condição pessoal de cada indivíduo, são:

Art. 112 Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

- I - advertência;
- II - obrigação de reparar o dano;
- III - prestação de serviços à comunidade;
- IV - liberdade assistida;
- V - inserção em regime de semiliberdade;
- VI - internação em estabelecimento educacional;
- VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

As medidas socioeducativas, traduzem um caráter de responsabilização do menor infrator, sem contudo lhe privar dos seus direitos como sujeito em desenvolvimento protegido pelo Estatuto. Neste mesmo entendimento Francischini e Campos (2005) aduzem, *in verbis*, que “*o reconhecimento de que a obediência a regras mínimas é essencial para o convívio social requer a responsabilização do adolescente, quando ele desenvolve condutas transgressoras desses padrões*”.¹¹

Assim, evidencia-se que o menor, é sujeito dos direitos inerente à proteção integral da criança e do adolescente, mas a partir do momento em que transgredir as regras de convívio social e comete um ato infracional, ele se torna sujeito às medidas socioeducativas previstas no Estatuto, com o intuito de que seja reeducado para retornar ao convívio social, não cometendo novas infrações, sendo a medida de internação a última alternativa a ser tomada para reeducação do menor infrator.

4 Considerações finais

Ante ao ora exposto, observa-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente, através da Doutrina da Proteção Integral, visa proporcionar ao menor infrator direitos e garantias que lhe são inerentes, mesmo responsabilizando-o pela prática de atos infracionais, mas sempre considerando sua condição especial de pessoa em condição especial de desenvolvimento.

Nesse viés, sempre que adequada e cabível, a aplicação de medida socioeducativa deve primar pela medida não privativa de liberdade, permitindo que o adolescente infrator seja (re)educado e orientado, juntamente com o convívio familiar e social, sendo-lhe inseridos atividades, princípios, valores e regras, levando-o a uma reflexão do ato infracional que

11 Idem 2.

cometeu, bem como das suas consequências, construindo no adolescente uma consciência de que ele é um verdadeiro sujeito de direitos e deveres perante a sociedade e é dentro dela que ele deve estar inserido, e não às suas margens.

Assim, a intenção destas medidas é priorizar os direitos do adolescente, através de políticas públicas voltadas para a inserção de valores éticos e morais nos adolescentes, bem como a atribuição de ocupação, dignidade, autoestima, objetivos e ideais de vida, objetivando que o próprio adolescente identifique que a infração não é o melhor caminho a seguir.

Nos dizeres do doutrinador Saraiva (1999), possibilitar o adolescente uma vivência cotidiana sobre uma proposta diferenciada e assistida, pode ser a medida melhor aplicada nos casos em que é cabível, porque possibilita a reconstrução do adolescente infrator, dentro do contexto social e não isolado dele¹².

Contudo, a idéia principal, não é melhorar a qualidade de aplicação das medidas socioeducativas, mas sim, evitar que o adolescente não tenha a prática do ato infracional como opção, melhorando todo o conjunto fundamental familiar, social e educacional que o cerca quando criança, para que na fase adolescente, já esteja com um referencial sólido de sujeito social, para que a partir dessa premissa forme sua personalidade e seus interesses, sem entregar-se a prática de atos infracionais. Aqui, pertinente é o emprego da máxima, “mais vale prevenir, do que remediar”.

Destarte, conforme foi explicitado no presente capítulo, não é possível a efetividade plena das intenções almejadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, sem que haja a colaboração social e dos órgãos públicos ou privados, para amparar e auxiliar a execução dos programas de atendimento da referida medida socioeducativa.

Ainda, é necessário que o Poder Público tenha interesse em promover Políticas Públicas e estrutura adequada para atender à boa formação do adolescente e às disposições legais referentes aos adolescentes infratores, especialmente para possibilitar melhor estrutura para execução dos programas de atendimento aos menores em conflito com a lei.

O Estado é um dos principais garantidores e efetivadores dos direitos da criança e do adolescente, pois ele pode tanto evitar que a criança se torne um adolescente infrator, proporcionando mudanças no contexto histórico, econômico, cultural e social, através de investimento

12 SARAIVA, João Batista Costa. “Adolescente e Ato Infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

em educação, infraestrutura, promoção do trabalho, profissionalização, ou seja, investimentos em políticas públicas sociais básicas, buscando modificar o cenário social desfavorável para as crianças e adolescentes, para que assim possa haver reflexos em sua vida e formação.

As medidas instituídas pela Doutrina da Proteção Integral, para (re)educar e (re)socializar o adolescente, busca possibilitar que à eles sejam inseridos limites e percepção necessária para conseguir discernir, por si próprio, que existem alternativas mais ao ato infracional e que eles podem sim se tornar membros de uma sociedade, agindo de forma comunitária, respeitando seus semelhantes e sendo respeitados por ele, traduzindo uma verdadeira cidadania e harmonia social.

O adolescente infrator, uma vez que é um sujeito em desenvolvimento, quando do cumprimento das medidas socioeducativas, tem a oportunidade de solidificar sua personalidade e desenvolver seu potencial, tendo a possibilidade de mudar o seu contexto de origem, se for o caso, bem como transformar também a sua realidade, sendo orientado e preparado para convivência social e familiar, podendo optar pelo “outro lado da moeda”, formando-se como um ser social, sujeito de direito e deveres e sendo estruturado para os demais aspectos de sua vida, como um cidadão, tal como de fato é, de sua sociedade familiar, comunitária e social.

O trabalho dos programas de atendimento de medidas socioeducativas é uma proposta de atendimento não só para o adolescente infrator, mas para a sociedade como um todo, uma vez que esses mesmo adolescentes são formadores da história da sociedade na qual estão inseridos e muitas vezes somente refletem as mazelas e enfermidades sociais que existem na sociedade.

Portanto, deve-se avançar no sentido de garantir a participação mais efetiva da comunidade e do Poder Público no planejamento, nas atividades e no controle de todo o trabalho desenvolvido pelos Programas de Atendimento, oportunizando melhor convivência familiar e comunitária aos adolescentes, desenvolvendo habilidades, laços, valores, princípios e possibilidades de (re)construção desses adolescentes, alcançando a efetividade proposta pela referida medida, para que, dessa forma, os adolescentes não se tornem reincidentes em atos infracionais.

Referências

ARANTES, Esther Maria de Motta – **Para além das grades – Elementos para a transformação dos Sistema Socioeducativo** – Editora Puc Rio; Edições Loyola – Ano 2005.

BECKER, Daniel. **O que é adolescência**. São Paulo: Brasiliense, 2003.

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

CASTRO, Mary Garcia; ABRAMOVAY, M. **Por um novo paradigma de fazer políticas** – políticas de/para/com juventudes. UNESCO, 2003. 2ª versão. Disponível em <http://www.ucb.br/observatorio/pdf/artigoiii>. Acesso em: 15/09/2022.

FRANSCISCHINI, Rosângela e CAMPOS, Herculano Ricardo. **Adolescente em conflito com a lei e medidas socioeducativas: Limites e (im)possibilidades**. PSICO. Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) 2005.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e ato infracional: Medida Sócio-Educativa é pena?** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

ROSSARO, L. Alves, CUNHA, R. Sanches e LÉPORE, P. Eduardo. **Estatuto da criança e do adolescente comentado. Lei 8.069/1990**. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2011.

SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente e Ato Infracional: garantias** processuais e medidas socioeducativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SOARES, Luiz Eduardo. **Juventude e violência no Brasil**” In: NOVAIS, R. e SOUSA SANTOS, Boaventura de. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2005.

MEDIDAS Socioeducativas não privativas de liberdade. Manual de Orientação – Secretaria da Cidadania e Trabalho, Superintendência da Criança, do Adolescente e da Integração do Deficiente. Goiânia/GO. 2000. P. 07.

UNICEF. **Relatório da Situação da Adolescência Brasileira**. Brasília, 2002.

VOLPI, Mário. **O adolescente e o ato infracional**. São Paulo, Cortez,

1997

VOLPI, Mário e SARAIVA, J.B.Costa. **Os adolescentes e a lei: Para entender o direito dos adolescentes, a prática de atos infracionais e sua responsabilização.** Ed. Gráfica Valci. Brasília, 1998.

VOLPI, Mário. Sem liberdade, sem direitos: **A privação de liberdade na percepção adolescente.** Ed. Cortez. São Paulo, 2001.

ZAMORA, Maria Helena. **Para além das grades: Elementos para a transformação do sistema socioeducativo.** Ed. Loyola. São Paulo, 2005.

Capítulo 8

ELEIÇÕES, *FAKE NEWS* E OS TRIBUNAIS

Marcos Otávio de Lélis Silva¹

1 Introdução

A desinformação tem assombrado o mundo nos últimos cinco anos. Este fenômeno possui grande influência na formação de opinião dos eleitores, interferindo diretamente no resultado do sufrágio universal. Seus efeitos jurídicos foram alarmantes após as eleições americanas de 2016.

É através das eleições que elegemos nossos dirigentes, aqueles que nos representarão perante o Poder Executivo e Legislativo. Pesarosamente o Brasil sofre de fraudes e intervenções em suas eleições desde a primeira votação em solo brasileiro. Com o passar dos anos, o Brasil, por meio da Justiça Eleitoral e da Constituição Federal, tem erradicado qualquer tipo de discrepância que possa interferir no direito democrático ao voto.

Após a conquista do voto igualitário entre classes e gênero, o novo fenômeno que tem causado dor de cabeça no Tribunal Superior Eleitoral se chama *Fake News*. É um inimigo difícil de ser controlado, que possui grande força de auto propagação por tocar cirurgicamente nas ideologias de quem lê, seja positivamente ou não. Basicamente, trata-se da livre circulação de opinião e ideias sem embasamento científico, sequer veracidade, que contaminam as *timelines*² rapidamente.

Com manchetes sedutoras em caixa alta, títulos sensacionalistas, informações extremistas e de baixa qualidade, é sempre uma ótima isca para os eleitores desatentos que não têm o cuidado de verificar a autenticidade das informações antes de repassá-las.

Como maior exemplo do uso de *fake news* no eleitorado nacional,

1 Advogado. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Una de Bom Despacho. Advogado do Centro de Referência Especializado de Assistência Social de Biquinhas. E-mail: marcosotavioadvogado@gmail.com

2 Linha do Tempo. É a forma gráfica e linear de representar uma sequência de eventos em ordem cronológica. São tipicamente usadas para descrever uma determinada sucessão de fatos. Nas redes sociais o formato é muito utilizado para exibir o fluxo de informações compartilhadas por usuários.

temos as eleições de 2018. Durante aquele período eleitoral o assunto veio à tona, causando polêmicas até os dias atuais. Sendo uma matéria nova, a Justiça Eleitoral contou com a ajuda de mídias sociais e imprensa para combater a desinformação.

Para o combate das notícias falsas é necessário o fortalecimento dos órgãos eleitorais, a informação da população sobre as maneiras corretas de se evitar e combater as *fake news*.

Nesse sentido, pautou-se da relação existente entre o sistema eleitoral, a propagação de notícias falsas e o enfrentamento por parte dos tribunais, bem a maneira que o eleitor pode ser totalmente influenciado em seu voto durante as eleições em todas as suas esferas.

2 As eleições no Brasil

Desde o século XVI o povo brasileiro exerce seu poder de cidadania através de votações para eleger seus dirigentes locais. Em 1532, na Vila de São Vicente – atual São Paulo – foram realizadas as primeiras eleições em solo brasileiro, elegendo os membros do Conselho Municipal daquela vila (TSE, 2014).

À época, somente os homens bons podiam exercer sua cidadania através do voto. Estes eram homens de linhagem nobre, senhores de engenho, militares de alta patente e burgueses recentemente enriquecidos pelo comércio (idem).

Logo após a independência, em 1822, Dom Pedro I convocou o povo brasileiro para a Assembleia Geral Constituinte e Legislativa, que foi dividida em dois graus, sendo que em primeiro, não votavam os que recebiam salários e soldos, em segundo grau, era exigida descende subsistência por emprego, comércio ou dotes (idem).

Desde 1822 até os dias atuais, o sistema eleitoral e sua legislação vêm sofrendo alterações diante os fatores políticos e socioeconômicos. No decorrer desses 200 anos, revezaram-se democracias e ditaduras.

Vale ressaltar que no ano de 1932 o Brasil deu um grande salto na democracia, por meio do Decreto 21.076, quando se criou a Justiça Eleitoral, o voto secreto e o voto feminino sem quaisquer restrições.

A criação de órgão independente e exclusivamente competente para a organização das eleições contribuiu para a abominação da tradição de prática de fraudes eleitorais, ocorridas desde o império.

Com a Constituição da República Federativa do Brasil, exercemos o sufrágio universal em anos pares, no primeiro domingo do mês de outubro, no horário de 8 horas às 17 horas, sendo que em um eleitorado elegemos o Presidente da República, Governadores, Deputados e Senadores, noutro, prefeitos e vereadores.

O novo texto constitucional prevê que todo cidadão, com mais de 16 anos, que cumpra com os requisitos mínimos tem direito ao voto, sem distinção de gênero, grau de escolaridade, patrimônio ou quaisquer outros motivos sociais poderá eleger seus candidatos.

Atualmente, o voto é obrigatório para pessoas alfabetizadas que tenham entre 18 e 70 anos, sendo facultativo para pessoas que tenham 16, 17 e 70 anos ou mais, além de pessoas analfabetas de 18 a 70 anos. É por meio do voto, que escolhemos a pessoa que retratará nossos interesses dentro dos poderes executivo e legislativo.

Para que possa se candidatar, é exigida prévia vinculação partidária, sendo vedada candidatura avulsa, além da possibilidade de reeleição consecutiva única. Em suma, dentre os candidatos lançados é ideal que façamos análise das propostas dos candidatos, da possibilidade e exequibilidade de aplicação destas, além do histórico pessoal e político do candidato.

Em 2019, o Instituto DataSenado realizou uma pesquisa que apurou crescente influência das redes sociais como fonte de informação para os eleitores no Brasil. O estudo aponta que quase metade dos cidadãos decidiram o voto levando em consideração informações obtidas através de publicações nas mídias digitais.

Foi apontado como principal fonte de informação do brasileiro o aplicativo de mensagens instantâneas *WhatsApp*, vez que 79% dos entrevistados disseram que sempre utilizam deste app para se informar.

O Reuters Institute Digital News Report (2022), através do Relatório de Notícias Digitais, mostrou que o app *WhatsApp* é um dos maiores canais de notícias do país, ficando atrás somente do *Youtube*. Este estudo apontou que 41% dos entrevistados utilizam o app como fonte irredutível de notícias, número expressivamente superior à média de outros países, Reino Unido com 10% e Canadá, com 9%, enquanto nos Estados Unidos o *WhatsApp* sequer entra no ranking dos 06 mais usados.

Os resultados indicam ainda que a população acredita nos conteúdos divulgados através das redes sociais sem consultar suas fontes e veracidade, exercendo grande poder de influência sobre a opinião das pessoas.

Assim, é possível verificar que o receptor cria uma falsa percepção de verdade nas informações que recebe nestas redes, pois sua convicção deriva do emocional atingido pela matéria (BRANCO, 2018).

3 As Fake News

É fato que as redes sociais vieram para facilitar nossa comunicação, unir grupos com pensamentos e ideologias semelhantes, fortalecer a globalização e a interação entre diferentes regiões do Brasil e do mundo.

O grande problema em utilizar as redes sociais como exclusiva fonte de informação é que, dentre elas estão as notícias falsas, comumente conhecidas por *fake news*. O mesmo estudo apontou que quase metade dos entrevistados considera ser difícil a identificação de autenticidade e veracidade das informações recebidas.

As notícias falsas estão por todo lado, sua presença é massiva quando se trata de plataformas de fácil acesso, sem políticas de verificação de informações, nas quais qualquer cidadão tem autonomia para publicar, tornando o meio digital mais propício à propagação das *fake news*.

Em 2018, o IPSO – Instituto Mundial de Pesquisa divulgou um estudo que trata de notícias falsas, pós-verdade e verdade. Foi apurado que 62% dos brasileiros entrevistados admitem já ter acreditado em alguma fake news, o que mostra ser mais do que a média mundial, qual seja de 48%.

Guillermo Altares (2018) é cirúrgico ao dizer que, em qualquer sociedade organizada, a verdade é vítima recorrente da arte milenar de mentiras políticas, que nos acompanham desde os primeiros indícios de civilização.

O renomado historiador francês Paul Veyne (1983, p. 10) menciona ainda que “*os homens não encontram a verdade. Fazem-na como fazem sua história, e elas o recompensam largamente*”.

É com a reflexão de Veyne que entendemos que a verdade é acessório subjetivo criado para defender os interesses de quem lhe convém, muito semelhante ao que chamamos de propaganda.

As propagandas são essenciais pilares para a garantir a eleição de um candidato. O Tribunal Superior Eleitoral as conceitua como mensagens direcionadas ao eleitorado, apresentando candidatos e suas propostas com o objetivo de conquistar o voto de quem a recebe.

Nos últimos tempos as notícias falsas têm-se fundido com as propagandas eleitorais oficiais e extraoficiais para diminuir a popularidade de candidatos oponentes. A divulgação deste tipo de material enganoso tem mudado a história de muitos países pelo mundo, incluindo o Brasil.

No documentário *Privacidade Hackeada* (2019) é possível analisar o comportamento de empresas de análise de dados, em especial a Cambridge Analytica, diante eleições ao redor do mundo.

A obra mostra como a empresa mencionada utilizou de dados coletados e vendidos por redes sociais, como *Facebook*, para criar perfis políticos e influenciar as eleições americanas de 2016. A empresa se aproveitava de uma brecha na legislação americana que não protegia o uso de dados e informações pessoais coletadas nas mídias sociais.

Cristina Costa (2019), comenta que as eleições norte-americanas de 2016 ficaram marcadas na história, devendo ser vista como modelo pelo resto do mundo, pois a proliferação rápida e fácil das *fake news* apresentam grandes riscos ao regime democrático.

Uma especialista diz ainda que o mercado de desenvolvimento de estratégias através da coleta de dados durante as eleições americanas movimentou mais que o mercado petroleiro.

Tornou-se fato que a atividade da Cambridge Analytica foi responsável pela ascensão de Donald Trump na campanha eleitoral que o elegeu. Empresas como esta visam o controle do público suscetível por meio de criação de estratégias maliciosas direcionadas a obter certos fins.

O documentário compara as manobras massivas de divulgação de *fake news* para influenciar o resultado das eleições, fazendo menção inclusive da vitória do candidato Jair Bolsonaro nas eleições brasileiras em 2018.

As notícias falsas crescem conforme são compartilhadas, o que demonstra a extrema necessidade de verificação de veracidade da informação, bem como a constatação das fontes de dados antes de compartilhá-las.

As *fake news* tem facilidade de propagação pelo sensacionalismo, pois apelam para emocional daquele que a recebe. Empresas como a Cambridge Analytica montam o perfil do leitor através da análise de dados e movimentação em redes sociais, montando o perfil daquele, como exemplo, se é eleitor de direita ou esquerda, se apoia ou não a legalização do aborto, do porte de armas etc., conseguindo fornecer informações falsas convincentes o suficiente para que o leitor as compartilhe (NETFLIX, 2019).

Conforme mencionado, cerca de 79% dos brasileiros utilizam o *WhatsApp* como fonte de informações (DataSenado, 2019), e que grande parte destes possuem dificuldades na identificação da realidade dos fatos narrados.

O presidente da Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo - Abraji, Daniel Bramatti (2019), assiste razão ao entendimento de que as notícias falsas causam grande desinformação em período eleitoral, afetando na capacidade de fazer um voto consciente, pois “a decisão de voto feito com base em informações fraudulentas é uma decisão que pode levar a um resultado prejudicial”, afirma.

4 Os Tribunais

Para garantir resultados mais democráticos, o Tribunal Superior Eleitoral tem criado ferramentas de combate às *fake news* desde 2017. Nas eleições correntes (2022), o TSE desenvolveu uma inteligência artificial junto ao *WhatsApp* para garantir o acesso a informações verdadeiras sobre o processo eleitoral. Em 2020 também foi criado pela Justiça Eleitoral a página “Fato ou Boato³”, inspirado no sistema americano *Fact-Checking*, que desmente inverdades compartilhadas pela internet sobre o sistema eleitoral e seus candidatos.

O TSE também criou o Programa de Enfrentamento à Desinformação⁴. Este elenca as iniciativas tomadas pelo tribunal e parceiros para reprimir informações falsas sobre o eleitorado, bem como responsabilizar candidatos e eleitores que disseminam informações falsas com o intuito de influenciar negativamente no voto alheio.

Outro grande pivô para redução da propagação de notícias falsas no sistema eleitoral brasileiro foi o programa Redes Cordiais, liderado pelo TSE que contou com a participação de 49 instituições, como *Google*, *Twitter*, *Ministério Público Federal* e outros, unindo forças para agir contra as desinformações em massa que poderiam influenciar no resultado das eleições de 2020.

Mesmo dispondo de diversas ferramentas de acesso à informação na palma da mão do eleitor ainda é muito difícil o monitoramento das inverdades noticiosas. Nos últimos anos, algumas das redes sociais mais usadas no Brasil também têm se empenhado para combater e evitar a

3 Disponível em: <https://www.justicaeleitoral.jus.br/fato-ou-boato/>

4 Disponível em: <https://www.justicaeleitoral.jus.br/desinformacao/>

propagação de *fake news* (BRAGA, 2018).

Para que a história das eleições estadunidenses não se repetisse em outros países, a rede Meta, responsável pelo *Facebook*, *Whatsapp* e *Instagram*, tem se empenhado para detectar notícias falsas.

O *chatbot* da Justiça Eleitoral no *WhatsApp*, no período de 27 de setembro a 29 de novembro de 2020, recebeu mais de 5.000 registros de denúncias, sendo que destas, pouco mais de 1.000 foram banidas por violação dos Termos de Serviços (BRASIL, 2021).

Pazzaglini (2020, p. 101), elucida ainda vários pontos positivos dentre as inovações e adaptações que a Justiça Eleitoral vem fazendo no ordenamento jurídico:

A venda de cadastros de endereços eletrônicos por pessoas jurídicas ou naturais, assim como a utilização, doação e cessão de dados pessoais de seus clientes a favor de candidatos; divulgar propaganda eleitoral falseando a própria identidade ou atribuindo indevidamente sua autoria à terceiros; a utilização de impulsionamento de conteúdo e ferramentas digitais não disponibilizados pelo provedor de aplicação de internet, ainda que gratuito, contratado para alterar o teor ou a repercussão da propaganda eleitoral; disparos em massa de mensagens instantâneas sem o consentimento dos destinatários, ou seja, envio automatizado ou manual de um mesmo conteúdo para um grande volume de usuários; uso de fakes e robôs, utilizados para distorcer a repercussão de conteúdo, cuja estratégia é denegrir a imagem de outros candidatos.

No pleito de 2020, os entes responsáveis por editar as normas das eleições conseguiram garantir maior autenticidade às propagandas eleitorais na internet. A divulgação de suas respectivas candidaturas na internet é livre, para garantir uma corrida mais democrática, foram observados todos os direitos constitucionais, vedando apenas ofensas à honra de terceiros, o anonimato, e garantindo a ampla defesa e contraditório na corrida eleitoral (PAZZAGLINI, 2020)

O Código Eleitoral (1965), tipifica como crime “divulgar, na propaganda eleitoral ou durante período de campanha eleitoral, fatos que sabe inverídicos em relação a partidos ou a candidatos e capazes de exercer influência perante o eleitorado”, punindo o infrator com pena de detenção de dois meses a um ano, mais o pagamento de 120 a 150 dias-multa.

Como caso agravante de pena, tipifica a desinformação praticada por meio da televisão, rádio ou impressa. Por se tratar de legislação antiga, deixou de mencionar a atual grande vilã: a internet.

O Código Eleitoral foi publicado cerca de 20 anos antes da chegada

na internet no Brasil, seria impossível prever a criação de uma tecnologia que proporcionaria tanto a nós. Para que não existisse essa lacuna em nosso ordenamento jurídico, foi criada a Lei nº 13.488, de 2017, com grande importância, pois regulamentou o impulsionamento de propagandas eleitorais na internet.

Esse impulsionamento é, na verdade, uma ferramenta que dispara determinado conteúdo para um grupo em comum, fazendo com que se espalhe de maneira mais rápida e prática, é o que explica Pazzaglini (2020, p. 102):

Impulsionamento de conteúdo é o mecanismo ou serviço que, mediante contratação com os provedores de aplicação de internet, potencializa o alcance e a divulgação da informação para atingir usuários que, normalmente, não teriam acesso ao seu conteúdo, incluída entre as formas de impulsionamento a priorização paga de conteúdos resultantes de aplicações de busca de internet.

É fato que em determinadas regiões brasileiras essa modalidade de propaganda não é a mais eficaz tendo em vista os baixos índices de acesso à internet, porém, em regiões mais populosas, como nos estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e outros, o impulsionamento pode alcançar até uma larga escala da população, trazendo resultados positivos para a popularidade daquele candidato.

São nesses grandes polos que concentram os grupos com ideologias contrárias, responsáveis, na maioria das vezes, pela criação e divulgação de desinformações.

Percebe-se, portanto, que apesar da evolução de nosso ordenamento jurídico frente as eleições e o combate de *fake news* é necessária a conscientização por parte dos eleitores. Cumpre aos cidadãos que façam análise da veracidade das informações que recebem e venha a compartilhar, bem como averiguar a confiabilidade da fonte, para que assim compartilhem um conteúdo seguro. Esta verificação de conteúdo é chamada de literância digital.

Ora, a questão da literacia digital tem sido importante, até do ponto de vista das instituições políticas que têm demonstrado interesse em perceber melhor a questão das fake news e as consequências que esse fenômeno traz à sociedade. Um exemplo disso é uma investigação promovida pela Comissão Europeia (CE), tendo resultado num relatório de 2018 denominado “A multidimensional approach to disinformation”¹⁸, o qual, entre outras conclusões – e no que se refere a soluções a longo-prazo –, reforça a ideia de que a CE e os estados-membros devem apostar na melhoria de literacia digital dos indivíduos,

isto é, na capacidade destes em lidar com a informação digital, em especial em distinguir na internet informação verídica de informação infundada (CARDOSO, 2018, p. 31).

Outra maneira eficaz maneira de erradicação das notícias falsas é o aumento na confiança dos eleitores quanto as instituições políticas, como o TSE, pois juntamente da falta de conhecimento, a insegurança se torna quesito chave para a propagação das *fake news*.

Não havendo confiança no governo, há maior propensão em considerar como falso as informações dele extraídas, sendo da mesma maneira se tratando de serviços de imprensa (JÚNIOR, 2021).

Ivanon Júnior (2021) destaca ainda que há quem diga que as principais vilãs das *fake news* no sistema eleitoral são as redes sociais, e que com o passar dos anos vem ganhando mais força, entretanto ressalta que, adquirindo o conhecimento necessário acerca das maneiras seguras de se utilizar, as redes sociais virariam grandes aliadas contra as *fake news*.

Conforme apresentado anteriormente, as inovações trazidas pela Justiça Eleitoral, bem como as parcerias fechadas surtiram efeitos positivos nas últimas eleições e cooperações entre mídias sociais, mecanismos de buscas, aplicativos de mensagens e seus usuários devem continuar sendo fortalecidas com a ajuda da imprensa para que possamos vencer a batalha contra o fantasma das *fake news*.

5 Considerações finais

A propagação de notícias falsas não possui apenas cunho político, muitos estudos demonstram que diante a massiva e instantânea proliferação das *fake news* chamou a atenção daqueles que viram nelas a oportunidade de lucrar. Empresas que fingem trabalhar com comunicação estratégica faziam, na verdade, mineração e análise de dados para montagem de perfis e venda desses dados a empresas que contratassem seus serviços.

Durante algum tempo, se desconhecia as ações da Cambridge Analytica, com a reviravolta retratada em *Privacidade Hackeada*, da Netflix, diversos países têm criado mecanismos e parcerias para combater e prevenir a desinformação. Apesar dos esforços, aparentemente estamos longe do final desta guerra. Mesmo com todos os esforços do Estado e instituições privadas desde as eleições de 2017, ainda enfrentamos fortes ondas de manipulação de notícias nas eleições de 2022. É com base nisso que podemos notar o quão vulneráveis ainda estamos acerca deste

fenômeno.

Notamos também que as parcerias entre o Poder Público e as principais redes sociais usadas no Brasil têm tido grande efetividade contra a desinformação, no entanto, não é possível afirmar que somente este mecanismo seja totalmente capaz de erradicar o fenômeno no país.

Há quem diga que jamais existirá uma ferramenta que seja capaz de evitar a publicação e divulgação das notícias falsas, sendo que a única forma de as combater seria desligar todos os meios de comunicação de um país durante as eleições, medida impossível e antidemocrática.

Desta maneira, concluímos que o fenômeno *fake news* é um problema que assola o mundo inteiro e interfere a democracia em qualquer lugar que seja praticada, e apesar das redes sociais serem as principais responsáveis talvez sejam nossa principal solução.

Referências

ALTARES, Guillermo. **A longa história das notícias falsas**. Madri: El País, 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/06/08/cultura/1528467298_389944.html. Acesso em: 03 out 2022.

BRAGA, Renê Moraes da Costa. **A indústria das fake news e o discurso de ódio**. In: BRANCO, Sérgio. **Fake news e os caminhos para fora da bolha**. São Paulo. Interesse Nacional, ano 10. agosto/outubro 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.488, de 06 de outubro de 2017**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13488.htm#:~:text=%C3%89%20vedada%20a%20veicula%C3%A7%C3%A3o%20de,e%20candidatos%20e%20seus%20representantes. Acesso em: 10 out 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm. Acesso em: 10 out 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Redes Sociais, Notícias Falsas e Privacidade na Internet**. Brasília: Senado Federal, 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/ouvidoria/publicacoes-ouvidoria/redes-sociais-noticias-falsas-e-privacidade-de-dados-na-internet>. Acesso em: 01 out 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Eleições no Brasil: uma história de 500 anos** / Ane Ferrari Ramos Cajado, Thiago Dornelles, Amanda

Camylla Pereira. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Enfrentamento à Desinformação:** notícias falsas podem influenciar as escolhas dos eleitores. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2019/Setembro/enfrentamento-a-desinformacao-noticias-falsas-podem-influenciar-as-escolhas-dos-eleitores>. Acesso em: 27 set 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Propaganda político-eleitoral.** Brasília: Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/o-tse/escola-judiciaria-eleitoral/publicacoes/revistas-da-eje/artigos/propaganda-politico-eleitoral>. Acesso em: 27 set 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **TSE e Whatsapp apresentam resultados da parceria para combate a desinformação após as eleições de 2020.** Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Dezembro/tse-e-whatsapp-apresentamresultados-da-parceria-para-combate-a-desinformacao-apos-as-eleicoes-2020>. Acesso em: 20 set 2022.

CARDOSO, Gustavo. **Fake News Numa Sociedade Pós-Verdade.** Portugal, Revista Editora Reuters Digital News Report, 2018.

COSTA, Cristina. **Liberdade de expressão e campanhas eleitorais.** In COSTA, Cristina e BLANCO, Patrícia. (Org.). *Liberdade de Expressão e Campanhas Eleitorais: Brasil 2018*. São Paulo, Editora: Palavra Aberta, 2019.

IPSOS PUBLIC AFFAIRS. **Fake news, filter bubbles, post-truth and trust.** Ipsos, 2018. Disponível em: <https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2018-09/fake-news-filter-bubbles-post-truth-and-trust.pdf>. Acesso em: 01 out 2022.

JÚNIOR, Ivanon Silva Valverde. **Fake news e seus impactos no processo eleitoral.** Orientador: Analice Cabral Costa Andrade. 2021. 22f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos, 2021.

PAZZAGLINI, Marino; PESSATI, Maria. **Eleições Municipais 2020.** São Paulo. Revista Editora jusPODIVM. julho, 2020.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio: volume I*. Belo Horizonte: Instituto para o Desenvolvimento Democrático, 2018. p. 203-220.

PRIVACIDADE HACKEADA. Direção: Karim Amer e Jehane Noujaim. Produção: Netflix e The Others. EUA: Netflix, 2019.

REUTERS INSTITUTE DIGITAL NEWS REPORT. **Digital News Report 2022**. EUA, Reuters Institute Digital News Report, 2022. Disponível em: https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/sites/default/files/2022-06/Digital_News-Report_2022.pdf. Acesso em: 02 out 2022.

VEYNE, Paul. **Acreditavam os gregos em seus mitos?** Ensaio sobre a imaginação constituinte. Tradução de Horário González e Milton Meira Nascimento. São Paulo: Editora Brasiliense S.A., 1983.

Capítulo 9

O SISTEMA JUDICIAL BRASILEIRO SOB A ÓTICA DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS DAS VÍTIMAS DE CRIMINALIDADE – PODER VINCULANTE CONVENCIONAL E A PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE

Caroline Ferrari Costa¹

1 Introdução

A obrigação positiva do Estado, frente à criminalidade, deve alcançar patamar muito maior do que o efetivo combate ao crime e a defesa da sociedade perante atos conflituantes com a lei penal. O Estado democrático de direito assumiu um papel de garantidor dos direitos fundamentais, inscritos em sua Constituição, não podendo, portanto, afastar-se diante da ameaça ou da violação de tais direitos, tendo em vista a delegação da tutela penal.

Quanto a atuação do Estado em matéria de direitos fundamentais, mais do que uma garantia de que ele não os violará, ou seja, obrigação negativa, é necessária a confirmação de que agirá positivamente, protegendo seus cidadãos. Tal atuação positiva se dá não apenas através de implementação de legislação hábil a prevenir atos ilícitos, em esfera material, e efetivação de instrumentos processuais aptos a alcançar de forma satisfatória e célere a responsabilização daqueles que cometeram o ilícito penal, aqui em esfera processual. É necessário garantir, ainda, a maior reparação possível em termos de direitos das vítimas da criminalidade em si.

No entanto, mais do que sustentar aqueles direitos que, por meio do processo legislativo, passaram a fazer parte do rol de direitos fundamentais, cabe ao Estado afirmar todos aqueles direitos que são

¹ Bacharel em Direito, especialista em Direito Penal e Processo Penal, advogada, e-mail: carolineferrariadvocacia@gmail.com

inerentes à condição humana, os chamados direitos humanos. Entenda-se como direitos humanos todos aqueles que visam resguardar o ser por sua condição humana, com vistas a confirmar, dentre outras ideologias, a igualdade, fraternidade e não discriminação, não se limitando, portanto, ao espaço territorial de um único país. Trata-se de direitos reconhecidos internacionalmente.

Nesse ponto, os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos tomaram importante papel na promoção e aplicação de tratados internacionais que abordam o tema. Certo é que o conceito de direitos humanos sofreu enorme evolução durante todo o trajeto da História, com uma grande visibilidade no pós guerras e decaída de regimes políticos totalitários, entendendo a sociedade pela necessidade de enunciação internacional de direitos, de forma documentada.

Importante marco, a Declaração Universal de Direitos Humanos, datada do ano de 1948, trouxe como base para o direito internacional normas de valores universais, reconhecendo a dignidade da pessoa humana como um princípio que transcende questões culturais, políticas, religiosas e territoriais. No entanto, a mera declaração dos direitos não obriga os Estados a os observarem, nem mesmo aqueles que aderiram ao pacto internacional; os tratados, por si só, não têm força cogente.

Para a viabilização dos tratados foram criados os sistemas de Cortes, as quais detêm poder jurisdicional, ou seja, a possibilidade de apreciação e de julgamento dos casos de descumprimento das matérias afetas aos direitos defendidos nos referidos tratados. Logo, aqueles Estados que se tornam signatários desses tratados, se submetem a apreciação e controle supraestatal, como atuação complementar e subsidiária.

Aproximando-se aos dias atuais, importante convenção internacional se sobressai, trazendo amplitude ao alcance dos direitos humanos, vez que traz em seu próprio texto seu caráter complementar, dialogando com os demais instrumentos de proteção de direitos, em patamar global: a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Tal instrumento entrou em vigência em 1978, tem sido aderido pelo Brasil somente em 1992, o que pode ser explicado em razão de que, no início da vigência do Pacto, estava o Brasil em regime político de ditadura militar.

Então, impulsionado pela ruptura com o regime autoritário, o Estado Democrático veio, constitucionalmente, sustentar o encargo de garantidor de direitos humanos, tendo sido incorporados, a partir daí,

vários instrumentos internacionais de proteção à dignidade humana.

2 Os tratados de direitos humanos e a Constituição brasileira

Em um primeiro momento, cumpre ressaltar que a soberania estatal se mantém íntegra, ainda que os julgamentos das Cortes de jurisdição penal internacional tenham força vinculante perante os Estados. É que a autoridade estatal está exatamente na disposição do Estado de se submeter e aderir aos tratados internacionais voluntariamente, não caracterizando, portanto, usurpação de poder ou violência à soberania do Estado.

Por outro lado, devemos ter em mente que os direitos ligados à dignidade da pessoa humana devem ser observados como valores intrínsecos da sociedade. Eles não tiveram seu nascedouro na Constituição democrática e nem mesmo surgiram através do Poder Constituinte do Estado. Aliás, é certo afirmar que o próprio Poder Constituinte, obrigatoriamente, teve que observar as normas de direitos humanos antes mesmo da elaboração da Constituição.

Verifica-se, então, uma preocupação em aderir à globalização dos direitos humanos, de forma a legitimar toda uma imagem positiva quanto ao processo de democratização brasileira, na relação de que, se tal processo permitiu a aderência em todo um rol de tratados internacionais sobre o tema, certamente a democratização está fortalecendo ainda mais a garantia da dignidade da pessoa humana.

Temos, portanto, que o marco inicial de incorporações dos acordos internacionais em matéria de direitos humanos no Brasil foi a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, ratificada em 1989. Vários foram os tratados internacionais de direitos humanos ratificados no Brasil desde então, como, por exemplo: a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989; a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; a própria Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992; a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995.

Por força do artigo 5º, da Constituição Federal, em seus parágrafos, as normas de direitos fundamentais oriundas de tratados internacionais têm

aplicação imediata e possuem natureza constitucional, independentemente de terem sido incorporados às leis internas brasileiras. Podemos, então, nos deparar com as seguintes situações: normas internacionais que coincidam com as normas de direito interno, estando em harmonia ambas as regras; normas internacionais que integram ou ampliam os direitos constitucionais já previstos, hipótese que a norma interna será reforçada e complementada pela externa; e normas internacionais que contrariam a norma interna, situação em que, em um sopesar de princípios, deve prevalecer aquele que for mais favorável à vítima, titular do direito, tendo em vista a primazia do ser humano.

Logo, na hipótese de eventual conflito entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito interno, adota-se o critério da norma mais favorável à vítima. Em outras palavras, a primazia é da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos da pessoa humana. Ressalte-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos apenas vem a aprimorar e fortalecer o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo interno. A escolha da norma mais benéfica ao indivíduo é tarefa que caberá fundamentalmente aos Tribunais nacionais e a outros órgãos aplicadores do direito, no sentido de assegurar a melhor proteção possível ao ser humano. (PIOVESAN, 1996, posição 1).

É possível verificar que os direitos internacionais devem sempre aprimorar a proteção dada pelas normas de direitos humanos inseridas no contexto legislativo nacional, nunca restringindo qualquer dos seus valores. Para tanto, os operadores da norma jurídica devem assegurar, por meio do processo penal, a escolha da norma mais benéfica à proteção do ser humano, trazendo para o caso concreto a proteção mais eficiente, almejada pela norma.

3 A proteção dos direitos das vítimas de criminalidade: proibição da proteção deficiente

A vítima, bem como seus familiares e a própria sociedade, deve ser considerada como legítima possuidora de direitos fundamentais e não apenas como um mero sujeito passivo do crime. Para que o Direito Penal seja considerado humano, ele deve contemplar todas as partes envolvidas no conflito, de forma a atender não somente as pretensões punitivas estatais, como também satisfazer as expectativas daqueles vinculados ao tocante criminal, incluído a vítima e a sociedade.

O conceito de vítima aqui utilizado é bem mais amplo do somente aquele sujeito que sofreu agressão a um bem jurídico tutelado pelo Direito

Penal, ou seja, aquele que sofreu as consequências de um ato ilícito penal. Devemos ter em mente que muitos outros sujeitos podem ser afetados pelas condutas de outros indivíduos. Nesse sentido, qualquer pessoa física ou jurídica, que seja prejudicada por ação ou omissão de outro sujeito, atingindo, então, a norma penal ou mesmo um direito fundamental, está incluída no conceito de vítima.

Portanto, trata-se a vítima penal, seus familiares e a sociedade, de legítimos titulares dos direitos fundamentais, não devendo ser vistos como meros colaboradores no processo penal. Em um paradigma atual, é dever do Estado amparar as vítimas de violações de seus direitos fundamentais e humanos em razão do compromisso de proteção à dignidade da pessoa humana, bem como pela correspondência com os valores de justiça perante a sociedade como um todo.

Diante de tal compromisso estatal com a proteção e reparação das vítimas, podemos elencar alguns pontos a serem observados pelo sistema jurídico de forma a dar maior instrumentalidade à efetivação dos direitos fundamentais.

O processo penal não deve pautar-se exclusivamente na garantia de preservação dos direitos dos acusados em geral, mas deve basear-se também na proteção dos direitos fundamentais das vítimas, vez que cabe ao Estado garantir a proteção dos direitos humanos daqueles vitimizados pelas condutas criminosas, os quais foram violados em virtude de sua ineficiência como garantidor. Nessa cena, temos que a ressocialização da vítima, a qual sofreu a lesão de seus direitos, também passa a ser objetivo estatal. Mais que isso, o foco primário de proteção da justiça criminal deve ser aos direitos humanos e fundamentais da vítima, titular do direito material violado, devendo o processo servir primordialmente como instrumento de garantia, preservação e reparação aos direitos violados.

Quanto ao devido processo legal, é importante ressaltar que, para atender a esse princípio fundamental, deve-se garantir o pleno acesso da vítima à justiça, por meio do respeito à dignidade da pessoa humana, tendo em mente um sistema de resposta célere, simples e efetivo. Ainda, o aparelho judiciário deve atender não só aos interesses da defesa, mas atentar-se a não mitigar os direitos e necessidades da vítima, tornando o procedimento, desde o início das investigações, equilibrado, no que diz respeito aos direitos fundamentais de vítima e investigado, e justo, no que diz respeito à resposta e proteção estatal.

Outro ponto a se atentar é a ineficiente apuração de delitos

nos procedimentos investigativos, marcada pela insistente omissão do Estado como garantidor, o que traz à sociedade um quadro de constante impunidade criminal. Trata-se de um contínuo descumprimento por parte estatal dos deveres constitucionais à garantia da tutela penal. Nesse ponto, necessária toda uma adequação do sistema de investigação, importando, para tanto, a realização de um procedimento célere, atuação diligente dos operadores estatais e realização de investigações completas, através dos devidos meios e recursos. A eficiência do procedimento investigativo é que embasará toda a estrutura da persecução penal, esclarecendo, portanto, a verdade dos fatos e viabilizando a correta responsabilização pela violação dos direitos da vítima.

Nesse sentido é possível verificar que o desemparelhamento estatal e a baixa proatividade dos agentes, em sede de investigação, traz ao processo uma constante formação de opinião através de testemunhas, as quais nem sempre são ouvidas em tempo, formando um conjunto probatório incompleto. Como sabido, a dúvida guia a absolvição do investigado, desencadeando, assim, o não esclarecimento da verdade e a não responsabilização do sujeito. Novamente, a ausência da uma atuação positiva do Estado frustra a garantia e a reparação daquele que teve seus direitos fundamentais lesados.

A proteção deficiente é visível, ainda, nos casos de erros judiciários, seja no sentido de condenar-se uma pessoa inocente, seja também na hipótese de inocentar um sujeito culpado. Este último ponto traz à vítima da ação delitiva e à toda a sociedade o sentimento de impunidade e ineficiência do Estado perante a criminalidade, abatendo a própria proteção aos direitos e garantias fundamentais.

É importante destacar que o princípio da duração razoável do processo, diante de grande parte dos operadores do Direito, trata-se de direito do réu. No entanto, aqui se verifica também uma obrigação do Estado com a vítima, a qual deve ser observada por todos os órgãos do sistema de justiça, vez que a própria demora na persecução penal é, em si, uma ofensa aos direitos fundamentais e humanos, colidindo com necessária eficiência e efetividade da prestação jurídica.

Desvela-se, pois, uma estreita relação naturalmente estabelecida entre o dever de proteção dos direitos humanos e fundamentais e o princípio da efetividade do processo penal. Na medida em que o sistema de justiça não realiza com presteza e previsibilidade as consequências normativas que advêm da necessidade da tutela penal, afigura-se consequentemente negada a proteção real que justifica a vigência da própria norma.

O resultado prático do funcionamento de um sistema dotado de efetividade vacilante, como o brasileiro, consiste na disseminação de insegurança jurídica e de perplexidade quanto ao verdadeiro papel desempenhado pelos direitos humanos e fundamentais. (OLIVEIRA, 2022, p. 336).

Por fim, importa mencionar que faz parte do rol de direitos humanos e fundamentais a possibilitação de participação da vítima no processo penal, tendo em vista que o resultado diz respeito aos seus próprios direitos. Há o interesse jurídico da vítima no conhecimento e acompanhamento do desenvolver das investigações, bem como a fiscalização dos procedimentos, devendo ter a oportunidade de atuar de forma positiva no processo penal.

Todos esses pontos mencionados, que não se esgotam aqui, ressaltam a necessidade de se efetivar a proteção dos direitos fundamentais em todas as suas dimensões, passando a vítima a ocupar posição de legítimo titular desses direitos.

4 Condenações do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos: poder vinculante convencional

O Estado que se torna signatário de um tratado internacional e aceita a competência da respectiva Corte se vincula às decisões e jurisprudências da referida Corte. Como já dito alhures, o Brasil aceitou os termos da Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, passando a se submeter aos julgados e jurisprudência de tal órgão contencioso.

Diante disso, tornou-se obrigado a implementar legislação interna e procedimento judiciais que fossem suficientes à prevenção de atos ilícitos contrários aos direitos humanos e, sendo o caso, à responsabilização dos agentes violadores dos referidos direitos.

A incorporação dos tratados de direitos humanos na ordem internas dos Estados assume, ao lado das normas constitucionais sobre direitos fundamentais, a execução de papel central na construção das diretrizes práticas, normativas e hermenêuticas que devem iluminar o funcionamento e os propósitos a serem perseguidos por todos os órgãos que compõem o sistema de justiça criminal do país.

As referidas obrigações positivas impactam diretamente na dimensão normativa dos Estados, tanto no plano substantivo como no processual. Nesse contexto, os Estados se encontram vinculados a implementar uma legislação suficientemente hábil à prevenção da prática de ilícitos atentatórios aos direitos humanos, além de instrumentos processuais

dotados de efetividade para o cumprimento das disposições de direito material, mediante procedimentos e recursos eficientes – à luz do devido processo convencional – para a investigação completa dos fatos criminosos e, sendo o caso, a responsabilização dos agentes comprovadamente violadores dos direitos de terceiros. (MAZZUOLI; FÁRIA; OLIVEIRA, 2022, p. 118 e 119).

No entanto, várias foram as ocasiões em que o Brasil foi responsabilizado, através de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em razão de descumprimentos de obrigações advindas da Convenção Americana de Direitos Humanos. É que o caráter vinculante das decisões da Corte alcança todos os órgãos de justiça brasileiros, sendo certo que, em várias condenações referentes a direitos humanos, o Brasil se quedou omissa em cumprir obrigações positivas de proteção aos referidos direitos em procedimentos de persecução penal, não garantindo às vítimas de violações de direitos humanos a devida reparação. Vejamos alguns desses casos a seguir.

O caso *Ximenes Lopes vs. Brasil* foi a primeira condenação do Brasil perante Corte, em 4 de julho de 2006. Segundo se apurou, em 4 de outubro de 1999, Danilo Damião Ximenes foi morto em decorrência de maus tratos sofridos na Casa de Repouso Guararapes, no município de Sobral, no Ceará. Até a data da condenação perante a Corte, a justiça brasileira ainda não havia dado uma resposta à persecução penal em questão.

O Brasil foi condenado internacionalmente por violação dos direitos à vida, à integridade pessoal, às garantias judiciais e à proteção judicial, em relação à obrigação de respeitar e garantir os direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos.

O Caso *Sétimo Garibaldi vs. Brasil* teve condenação pela Corte ao Brasil em 23 de setembro de 2009. Restou apurado que, em 27 de novembro de 1998, o trabalhador rural Sétimo Garibaldi morreu, após ser baleado na coxa, por pistoleiros na cidade de Querência do Norte, Estado do Paraná, durante operação extrajudicial de despejo de famílias de trabalhadores ligadas ao Movimento dos Sem Terra – MST, que haviam ocupado naquele mês a Fazenda São Francisco. Foi instaurado um inquérito, no dia dos fatos, porém, os autos foram arquivados em 2004, tendo sido desarquivado, a pedido do Ministério Público, em 2009. Em 2012, o processo foi novamente arquivado em sede de Habeas Corpus.

O Brasil foi condenado pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, em relação à obrigação de respeitar e garantir os direitos, previstos na Convenção Americana, em prejuízo da viúva de

Sétimo e de seus seis filhos.

O *Caso Escher e Outros vs. Brasil* teve condenação na data de 6 de julho de 2009. Conforme ficou esclarecido, entre maio e junho de 1999, membros das organizações Cooperativa Agrícola de Conciliação Avante Ltda. e Associação Comunitária de Trabalhadores Rurais, no noroeste do Paraná, foram monitorados pela polícia militar paranaense, por intermédio de interceptações telefônicas autorizadas pela Justiça, ainda que sem embasamento adequado. Trechos das gravações, que perduraram para além do período autorizado, foram vazados para a mídia – sendo veiculados no Jornal Nacional, inclusive. Não foi instaurado nenhum inquérito policial para a apuração dos fatos.

A Corte condenou o Brasil pela violação dos direitos à vida privada, à honra e à reputação, à liberdade de associação, às garantias judiciais e à proteção judicial, em relação à obrigação de respeitar e garantir os direitos, previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos.

O *Caso Gomes Lund e Outros vs. Brasil* teve condenação em 24 de novembro de 2010. Na segunda metade da década de 1960 e no início da seguinte, durante a ditadura civil-militar brasileira, militantes do Partido Comunista do Brasil (PCdoB) instalaram-se ao longo do rio Araguaia, na divisa dos Estados do Pará, Maranhão e do atual Tocantins, à época Goiás, formando a “Guerrilha do Araguaia”. O grupo político objetivava armar um exército popular por meio da mobilização dos camponeses, com o fim de montar uma guerrilha rural na região e derrubar o regime militar vigente. Entre 1972 e 1974, militares das Forças Armadas do Brasil dizimaram a Guerrilha do Araguaia, promovendo tortura, desaparecimento forçado e execução extrajudicial de ao menos algumas dezenas de militantes e camponeses da região.

A Corte condenou o Brasil pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal, às garantias judiciais, à liberdade de pensamento e de expressão e à proteção judicial. Parte das violações refere-se aos membros da Guerrilha, parte a seus familiares.

O *Caso dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil* teve condenação internacional em 20 de outubro de 2016. Por mais de uma década, especialmente durante os anos 1990, homens pobres da região norte e nordeste do Brasil foram aliciados para trabalhar na Fazenda Brasil Verde, no município de Sapucaia, Estado do Pará. Lá, viviam e trabalhavam em condições precárias, em situação análoga à de escravidão.

As investigações foram abertas em 2000 e a denúncia foi aceita pela Justiça Federal em 2020.

O Brasil foi condenado pela violação dos direitos a não ser submetido à escravidão e ao tráfico de pessoas, ao reconhecimento da personalidade jurídica, à integridade pessoal, à liberdade pessoal, às garantias judiciais, à proteção da honra e da dignidade, de circulação e residência e à proteção judicial.

O *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil* teve condenação na data de 16 de fevereiro de 2017. Segundo consta, em outubro de 1994, uma incursão policial na Favela Nova Brasília, localizada no Complexo do Alemão, terminou com a morte de 13 homens da comunidade, quatro deles menores de idade. Além disso, três mulheres, duas delas menores de idade, sofreram atos de violência sexual por parte das forças policiais. Meses depois, em maio de 1995, nova operação policial, na mesma localidade, resultou novamente na morte de 13 homens, sendo dois deles menores de idade. Até a data da sentença da Corte condenando o Brasil, ainda não havia nenhuma responsabilização quanto aos fatos.

O Brasil foi condenado pela violação dos direitos à integridade pessoal, às garantias judiciais e à proteção judicial, em relação com a obrigação de respeitar e garantir os direitos, e o dever de adotar disposições de direito interno, previstos na Convenção Americana, em detrimento dos familiares das vítimas mortas e das jovens vítimas de violência sexual.

Várias outras condenações foram suportadas pelo Brasil em decorrência de violações de direitos humanos, apuradas pela Corte Interamericana. Todos estes casos demonstram que o Estado deve se atentar ao tratamento dado à vítima de crimes que tiveram seus direitos violados, direitos garantidos pela ordem jurídica internacional.

A lentidão ou mesmo a inércia do poder estatal em cumprir suas obrigações em matéria de tutela penal vem ofendendo tanto a vítima, como a sociedade internacional, vez que o reconhecimento de direitos humanos universais traz a ideia de que todos aqueles países que se submeteram às normas de proteção internacionais de tais direitos devem se alinhar ao cumprimento dessas obrigações para que eles se tornem válidos e eficazes. Assim, as sanções proferidas pela Corte têm o condão não apenas de penalizar aquele Estado descumpridor da Convenção, de forma a persuadir ao cumprimento das determinações em si, mas também de alinhar toda a ideologia dos demais países signatários do tratado, ditando um comportamento mínimo a ser observado nas relações jurídicas internas

quanto à dignidade da pessoa humana.

Demonstrando a real preocupação com o devido cumprimento das normas internacionais de direitos humanos, o Conselho Nacional de Justiça, em 7 de janeiro de 2022, aprovou a Recomendação nº 123, orientando aos órgãos do Poder Judiciário que observem os tratados e convenções internacionais de direitos humanos, bem como utilizem a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, atentando à necessidade de um controle de convencionalidade das normas internas. Ainda, a Recomendação orienta que seja dada prioridade aos julgamentos que versam sobre condenações do Brasil pela Corte, as quais ainda não tenham sido integralmente cumpridas.

5 Considerações finais

É notório que, em termos de direitos humanos, toda a legislação interna e a normativa de direito internacionais devem caminhar juntas, visando o mesmo objetivo, qual seja, a proteção do ser humano, independentemente de sua nacionalidade ou localidade. Para que isso se aproxime cada vez mais de uma realidade, necessária a adequação dos instrumentos jurídicos internos de forma a atender aos ditames constantes nas regras constantes nos tratados de direitos humanos que o Brasil é signatário.

Não apenas formalmente, é preciso garantir real proteção, preservação e reparação às vítimas de violações de direitos humanos, o que não será possível se não houver uma sensibilização daqueles que operam o Direito, de forma a utilizar e fazer cumprir as normas nacionais e internacionais de promoção desses direitos. A inércia do Estado perante as violações dos direitos fundamentais e humanos não cabe mais nesse novo paradigma de proteção integral e promoção da dignidade humana, havendo mecanismos coercitivos para fazer cumprir as normas por ele mesmo aderidas.

A mitigação de direitos já inseridos no complexo de direitos humanos traduz retrocesso social e não condiz com as projeções de primazia do ser humano, devendo o Estado assumir positivamente seu papel constitucional de garantidor. No entanto, o que vemos, com as várias condenações do país perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, é um sistema judicial que mantém a vítima em um plano coadjuvante ao processo, esquecendo-se de quem é o titular dos direitos fundamentais violados.

Assim, a integralidade da ordem jurídica deve valorar a dignidade a pessoa humana como fundamento para as ações positivas do Estado, de forma a reconhecer e aplicar um procedimento legal e convencionalmente justo.

Referências

CARVALHO, Neudimair Vilela Miranda. **Diferenças entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. Disponível em: <https://neudimairvilela.jusbrasil.com.br/artigos/486909344/diferenca-entre-direitos-humanos-e-direitos-fundamentais>. Acesso em: 18 out. 2022.

CONSLEHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 123**, de 7 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original1519352022011161dda007f35ef.pdf>. Acesso em: 19 out. 2022.

JORGE, Alline Pedra. **Em busca da satisfação dos interesses da vítima penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

OLIVEIRA, Kledson Dionysio. **Processo penal convencional e fundamentos das obrigações positivas do Estado em matéria penal**. 1 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.

PAGMAN, Gabriela; BÜHRING, Márcia Andrea. **A hierarquia dos tratados internacionais de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/gabriela_pagnan.pdf. Acesso em: 18 out. 2022.

PIOVESAN, Flávia. **A Constituição de 1988 e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos**. Palestra proferida em 16 de maio de 1996. Disponível em: <https://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.htm>. Acesso em: 19 out. 2022.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. 14 ed. Ver., aumen. E atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Alberto Silva. **A internacionalização dos Direitos Humanos e o sistema interamericano de proteção**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

VIVAS, Marcelo Dayrell (Coord.). **Cidadania, Direitos Humanos e Lideranças: coletânea de textos-base em comemoração aos 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Escritório de Direitos Humanos de Minas Gerais – EDH, 2008.

Capítulo 10

A RELEVÂNCIA DA INSTRUÇÃO DA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS - CVM N. 588, LEIS COMPLEMENTARES 123/06 E 155/2016, EM RELAÇÃO AOS INVESTIMENTOS

*Henrique Avelino Lana*¹

1 Introdução

Existe uma frase, popularmente conhecida, que diz “se você quer chegar longe, vá acompanhado”. Esta frase tem grande impacto e significado para os empreendedores e startups, pois, no ecossistema empreendedor das *startups*, estas precisam de incentivos, financiamentos, apoio e investimentos durante o seu estágio de formação, isto é, desde a criação e desenvolvimento da ideia inovadora, à sua execução, desenvolvimento e manutenção no mercado, de modo a, cada vez mais, inovar e tornar o seu modelo de negócio escalável.

Assim como iniciar qualquer atividade empresária, as *startups* precisam de recursos financeiros para colocar a ideia inovadora em prática.

A depender do caso, o valor inicial necessário para uma startup iniciar o seu funcionamento pode chegar a R\$ 150.000,00. Este valor inicial é usado para que a startup possa se manter por um período médio de seis meses a um ano.

De acordo com o desenvolvimento da *startup*, esta passará a ter um custo financeiro maior, necessitando, assim, da arrecadação externa.

Este valor é arrecadado pelos empreendedores através de um *fundraising*, que significa captação de recursos, ou captação de investimentos, feitos por terceiros, nas startups. Estes investimentos são divididos em fases (*early stage*, *growth stage*, etc.) ou seja, há investimentos iniciais, com aportes de quantias pequenas e, futuramente, há a aplicação de altas quantias, podendo atingir milhões.

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

A temática do investimento em *startups*, ao menos no Brasil, é extremamente recente, sendo um amplo campo de pesquisa e elaboração de conhecimento. Um desses lugares é justamente a conjugação dos interesses e motivações que fazem com que investidores decidam por realizar investimentos em empresas que, apesar de todos os riscos que as cercam, possuem alto grau de crescimento. (COELHO, 2018).

Obviamente que o menor grau de aversão ao risco que apresentam os chamados investidores-anjo, não significa que são completamente indiferentes a eles. Todo o investidor, ainda que de forma inconsciente, realiza a avaliação do risco e do retorno esperado. (COELHO, 2018).

É justamente nessa avaliação que o Direito pode ser uma ferramenta útil na minimização dos riscos identificados através da elaboração de contratos que contenham cláusulas desenvolvidas para tanto. (COELHO, 2018).

Em seu estágio inicial, isto é, quando existe, apenas, uma pessoa ou um grupo de empreendedores com uma ideia inovadora, é pouco provável que a startup consiga investimentos e financiamentos externos. Isto, pois, estes empreendedores, embora tenham uma ideia, esta é desconhecida por terceiros e, muitas vezes, ainda não foi executada, ou seja, não saiu do papel. Assim, para investidores externos, fazer uma aplicação sem ter o mínimo de indício dará certo, pode não ser interessante.

Em razão disso, os primeiros investimentos, geralmente, vêm do bolso dos próprios empreendedores, isto é, são investimentos internos. Assim, o *bootstrapping* é uma forma de autofinanciamento, em que os empreendedores usam seus próprios recursos para darem início à atividade empresarial, podendo, assim, iniciar o desenvolvimento da ideia inovadora.

Muitas vezes, o empreendedor ou os sócios se mantêm empregados em outra empresa, onde trabalham durante o dia, e financiam a startup com uma parte ou a integralidade do seu salário, guardando as madrugadas e finais de semana para se dedicarem ao seu projeto. O empreendedor cria uma reserva financeira, em geral guardando dinheiro do seu salário.

Quando sua reserva atinge um valor que considera seguro para iniciar seu negócio, ele abandona o seu emprego fixo e investe todo o seu tempo e o dinheiro da reserva para dar sequência no desenvolvimento da *startup*.

Embora seja predominante entre as *startups*, pois não conseguem nenhum investimento externo, o *bootstrapping* também é utilizado por empreendedores que, por escolha, optam por este tipo de investimento,

seja por medo de divulgar a ideia inovadora para um terceiro, estranho à sociedade, seja por simples dificuldade dos empreendedores em apresentar a ideia para investidores externos, somada à desorganização da startup e ausência de um modelo de negócio. O *bootstrapping* tem como benefício o fato de que não haverá interferência externa na startup, seja na governança, seja na participação societária, dando aos empreendedores maior liberdade e flexibilidade no exercício da empresa. Ainda assim, é recomendável que a startup, durante o *bootstrapping*, tenha uma assessoria jurídica societária, para que sejam definidos todos os parâmetros da sociedade, como participação societária, quotas, capital investido por cada sócio, hipótese de desistência e retirada do sócio, etc. Com isso, tanto os sócios, quanto a startup, poderão se resguardar de eventuais acontecimentos no futuro. O termo *bootstrap* significa, literalmente, alça de bota. É aquele pedaço tecido ou couro que fica na parte de trás da bota, acima do calcanhar. No dia a dia, o objetivo dessa alça é facilitar o calçamento da bota, puxando-a com as mãos. Desde o século XIX, entretanto, o termo levantar a si próprio pelas botas passou a ser usado para designar tarefas difíceis.

Mais tarde, no universo do empreendedorismo, o termo ganhou a conotação de levantar uma empresa com o próprio capital. No fundo, o significado é semelhante ao original: o *bootstrapping* indica o processo de alavancar a si próprio, agindo de modo autossustentável. Portanto, o *bootstrapping* é a forma de investimento inicial da startup, em que os empreendedores unem os seus recursos financeiros e se autofinanciam, de modo a dar início no desenvolvimento da startup.

2 Após os aportes iniciais: em busca de consolidação

Após a constituição da startup, mesmo com os aportes iniciais feitos pelos sócios, haverá um determinado momento que a startup, para prosseguir com o desenvolvimento do projeto, demandará mais recursos financeiros, além daqueles já aplicados pelos sócios. Inicia-se, então, a procura de investimentos externos, feitos por terceiros estranhos à startup. Por se tratar do início da atividade empresária, a startup tende a buscar, neste primeiro momento, pessoas próximas aos sócios para investirem na atividade empresária da sociedade.

Dito isto, o *Family, Friends and Fool (FFF)* significa, por uma tradução literal, Família, Amigos e Tolos. Esta é uma forma de investimento através do qual a startup busca captar recursos externos de pessoas próximas dos empreendedores, geralmente familiares e amigos, de modo

a ampliar os recursos da *startup*. Também é conhecido como *love money*, em razão da característica de afinidade entre os sócios e os investidores. Daí o termo *fool* (tolo), que significa que os investidores podem investir na startup apenas pela relação pessoal que possuem com os sócios, isto é, sem ter conhecimento da empresa ou do MVP. São investimentos de uma pequena quantia, geralmente não ultrapassando R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Em contrapartida, os investidores recebem uma pequena participação na *startup* ou, então, o pagamento, com juros, do valor investido. As grandes vantagens de contar com o apoio financeiro dos amigos e da família são: facilidade de negociação de valores e devolução; há confiança mútua entre os empreendedores e investidores; há um menor custo de transação, tendo em vista que a startup não precisará se submeter à alta taxa de juros comumente cobrada pelos bancos; a burocracia poder ser evitada, bastando uma apresentação didática do projeto e das previsões do negócio.

Mas, ainda que as pessoas próximas apoiem e acreditem no sucesso da *startup*, elas têm de ficar cientes de que sempre existe a possibilidade de o retorno demorar mais do que o esperado ou, ainda, do negócio não dar certo e não houver retorno devido a fatores internos e/ou externos. É importante que o empreendedor e o investidor formalizem o investimento, pois este também se trata de um negócio jurídico, portanto deve ser representado por um contrato, em que as partes manifestarão as suas vontades. Neste contrato, é interessante ser explicitado o valor do investimento, a forma de contraprestação por parte da *startup*, estabelecimento de garantias, possibilidade, ou não, de arrependimentos, dentre outros. Aqueles que investem na ideia, estão investindo mais pela relação pessoal com o empreendedor do que pelo negócio. É uma ajuda pessoal e, como dito, também conhecido como *Love Money*. Este também chamado de *3 Fs* – *Founders, Family and Friends* ou *Family, Friends and Fools* é obtido quando o empreendedor tem apenas uma ideia e precisa de recursos para passar a mesma para o papel. Tratam-se então de investimentos baixos, que variam de R\$ 5 mil a R\$ 50 mil. Ademais, não possui valor agregado, ou seja, o empreendedor irá trabalhar sozinho, sem o apoio de visão de negócio daqueles que investiram, e há baixa ou nenhuma exigência relativa a prestação de contas. Daí, mais uma vez, a importância da *startup* ter um assessoramento jurídico. Logo, o *FFF* é a forma mais básica de investimento externo, tendo em vista que a captação é feita de pessoas próximas dos empreendedores, tendo estas pessoas como objetivo principal, ajudar o

empreendedor.

Com o tempo, ao atingir um estado mais avançado, a *startup* necessitará de maior captação financeira, razão pela qual o empreendedor precisa buscar novos recursos para financiar a empresa. O investidor-anjo é a pessoa física ou jurídica que aplica o seu capital em negócios de risco, no caso de *startups* promissoras, objetivando participação nos lucros futuros ou a participação societária. Geralmente, é o primeiro contato da *startup* com um investidor externo e desconhecido, isto é, fora do círculo social e familiar dos empreendedores. O investidor-anjo, em regra, é um empreendedor com experiência no mundo empresarial, motivo pelo qual também atua como um mentor da *startup*. Daí o termo “anjo”, pois, além do investimento financeiro, este investidor também auxilia as *startups* repassando o seu conhecimento aos empreendedores e os auxiliando a ampliar o seu *network*, através de compartilhamento da sua rede de contatos. Os investidores-anjos se diferem dos investidores tradicionais, pois, nestes, há apenas o a aplicação financeira, enquanto naqueles, além do investimento financeiro, também há a troca de informações, compartilhamento de rede de contatos, mentorias, a ajuda e acompanhamento no desenvolvimento e ampliação do modelo de negócio da *startup*.

Ou seja, o objetivo do investido- anjo não é apenas o lucro e o retorno financeiro do capital investido, mas também o desenvolvimento e crescimento da *startup*. O Brasil possui aproximadamente 6.500 investidores-anjos. A maioria destes investidores são homens, empresários, com idade entre 30 e 45 anos e possuem a tecnologia da informação como a maior área de interesse. A Lei Complementar 123/2006, que dispõe sobre as microempresas e empresas de pequeno porte, foi alterada pela Lei Complementar 155/2016. Com isso, passou a regular a figura do investidor-anjo e do contrato de participação. Por meio desta Lei, como forma de incentivar as atividades de inovação (*startups*) e os investimentos produtivos nestas atividades, as microempresas e empresas de pequeno porte poderão admitir aporte de capital, que não integrará o capital social da empresa, bem como o valor investido não será considerado receita da sociedade para fins do seu enquadramento em microempresa ou empresa de pequeno porte (artigo 61-A, caput e §5º, LC 123/06). O aporte do capital é feito através de contrato de participação, celebrado entre o investidor-anjo, que pode ser uma pessoa física, jurídica ou fundo de investimento, e a *startup*, com duração máxima de sete anos (61-A, §§1º e 2º e 61-D, LC123/06).

Neste contrato de participação, a atividade empresária é exercida

unicamente pelos sócios da sociedade, em seu nome e sob a sua responsabilidade, e não pelo investidor-anjo (61-A, §3º, LC 123/06). Quanto ao investidor-anjo, a LC 123/06 também prevê, em seu artigo 61-A, §4º, que o investidor-anjo: Não será considerado sócio da sociedade e não terá qualquer direito à gerência ou voto na administração da empresa; Não responderá por qualquer dívida da empresa, incluindo-se dívidas trabalhistas, fiscais e, inclusive, em caso de recuperação judicial desta, não se aplicando a desconsideração da personalidade jurídica da startup ao investidor-anjo; Será remunerado por seus aportes, pelo prazo máximo de 05 (cinco) anos.

Ao final do contrato, o investidor-anjo terá direito à remuneração correspondente aos resultados da sociedade, não podendo a sua remuneração ser superior a 50% dos lucros da sociedade (61-A, §6º, LC 123/06). Uma vez feito o aporte financeiro pelo investidor-anjo, este somente poderá resgatar o valor aplicado depois de decorridos, no mínimo, dois anos do aporte inicial, podendo o contrato de participação estabelecer prazo superior. Caso o investidor-anjo exerça o seu direito de resgate, os seus haveres serão pagos de acordo com a situação patrimonial da sociedade, à data da resolução (61-A, §7º, LC 123/06).

Neste sentido, após feito o aporte, caso os sócios decidam pela venda da startup, o artigo 61-C, da mesma Lei Complementar, assegura ao investidor-anjo o direito de preferência na aquisição, bem como o direito de venda conjunta da titularidade do aporte de capital, nos mesmos termos e condições ofertados aos sócios. Nota-se que referida Lei Complementar trouxe alguns requisitos formais para a caracterização de um contrato de participação. Caso estes requisitos não sejam atendidos, não haverá contrato de participação, mas sim um contrato de mútuo comum. Logo, o investidor-anjo e os sócios da *startup* devem se atentar aos requisitos previstos na LC 123/06.

Com o investidor anjo, além do investimento em dinheiro, há junto ao empreendedor apoio com o conhecimento adquirido em sua jornada. É o chamado *smart money*. Neste nível, ao contrário da etapa dos *3 Fs – Founders, Family and Friends ou Family, Friends and Fools*, é avaliado tanto o potencial do negócio, como a capacidade do empreendedor.

Há necessidade de prestação de contas e exige-se retorno do investimento com boa rentabilidade. Geralmente, o investidor-anjo aporta entre R\$ 100 mil e R\$ 400 mil sozinho. Caso haja em conjunto, injeta até R\$ 1,5 milhão. A finalização do investimento pode levar, via de regra, de

dois a seis meses. Em contrapartida, busca-se participação no negócio, em média, até 20%.

Conforme a *startup* se consolida em seu ecossistema, a manutenção da atividade empreendedora demandará maiores gastos e despesas. Assim, a *startup* precisa buscar investidores que financiem o negócio. Isto se dá, pois, quanto mais avançado é o estágio da startup, maior será o investimento necessário para a sua manutenção e desenvolvimento. Desta forma, os fundos de investimento são fundos que tem como objetivo, investir em startups, desde aquelas em estágio inicial até as já consolidadas, geralmente em troca de participação societária. Estes fundos se chamam Fundos de Investimento em Participações (FIP) e são regulamentados pela Instrução CVM n. 578, de 30 de agosto de 2016. Na terminologia adotada no mercado, são divididos em fundos de *seed capital*, fundos de *venture capital* e fundos de *private equity*. A ideia destes fundos é captar recursos de pessoas físicas ou jurídicas para, através de um gestor especializado, com amplo conhecimento no mercado, realizar determinado investimento em determinada startup.

Passa-se, agora, para cada um destes fundos de investimento. O fundo *seed capital*, ou capital semente, é uma forma de investimento feita pelo fundo em startups em estágio inicial. Neste tipo de investimento, a startup, ainda está em uma fase pré-operacional. Assim, o valor investido pelo fundo de investimento é usado para que a *startup* possa suportar as despesas iniciais da *startup*, auxiliar no desenvolvimento do MVP², realizar pesquisas de mercado e desenvolver um plano de negócio, até que a startup se torne sustentável. Por ser feito por um fundo de investimento e não por uma pessoa física isolada, os valores do capital semente costumam ser maiores que os aportes de um investidor-anjo, podendo o valor do investimento chegar a R\$ 5.000.00,00 (cinco milhões de reais), tendo em vista que o fundo de investimento junta o investimento de vários investidores e aplica em determinado negócio. Esta etapa é caracterizada por ser burocrática (ter CNPJ). Exemplos, há vários, dentre eles, o *SEED – Startups and Entrepreneurship Ecosystem Development*, uma plataforma de fomento do ecossistema mineiro de inovação e o BNDES. Fundado em 1952, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) é um dos maiores bancos de desenvolvimento do mundo e, hoje, o principal instrumento do Governo Federal para o financiamento de longo prazo e investimento em todos os segmentos da economia brasileira.

2 Produto Mínimo Viável.

O BNDES apoia empreendedores de todos os portes, inclusive pessoas físicas, na realização de seus planos de modernização, de expansão e na concretização de novos negócios, tendo sempre em vista o potencial de geração de empregos, renda e de inclusão social para o Brasil.

Há gerência de um administrador que utiliza recursos de terceiros, os quais podem ser órgãos ou agências governamentais. Há avaliação tanto o negócio, do empreendedor e, sobretudo, sua equipe. Não agregação de valor ao negócio, já que são fundos administrados. Ao final, exige-se uma participação no negócio, que será, via de regra, menor que a de um investidor-anjo. Geralmente, podem, sozinhas, investir em um projeto o valor de até R\$ 2 milhões. Nesta etapa, costuma-se atuar em parceria com investidores-anjo.

Hoje está bastante claro que (i) venture capital e inovação tecnológica andam de mãos dadas, e esta última com o crescimento econômico, e (ii) há evidente relação positiva entre o grau de empreendedorismo e a performance da atividade econômica e a geração de empregos de um país. (GODKE VEIGA, 2013). No caminho tradicional visto nos Estados Unidos, as startups normalmente requerem várias rodadas de financiamento, socorrendo-se, inicialmente, dos chamados “angel investors” e dos “seed capitalists”, que fornecerão recursos para que o negócio dê os seus primeiros e segundos passos. Na sequência, os “venture capitalists” entram em ação. (GODKE VEIGA, 2013).

Ressalte-se que os degraus anteriores caracterizam-se por abordar as startups que estão em estágio inicial, ou *early stage*. Já ao momento que uma empresa começa a faturar, a mesma atinge o próximo nível, o *growth stage* ou o de crescimento. Neste estágio, a startup já está, ou espera-se que esteja faturando. É a etapa da aceleração, com a presença dos *venture capitalists* (VC). Há foco nas empresas que já tenham modelo de negócio comprovado. Revela-se a etapa onde a participação do empreendedor já está bem diluída. Como exemplos de fundos de *Venture Capital*, *Andreessen Horowitz*, *Sequoia Capital* e *Kleiner Perkins Caufield & Byers*.

Conforme a *startup* se consolida em seu ecossistema, a manutenção da atividade empreendedora demandará maiores gastos e despesas. Assim, a startup precisa buscar investidores que financiem o negócio. Os fundos de *venture capital* (VC) e *private equity* (PE), respectivamente, costumam ser os últimos investidores da *startup*, antes que esta atinja o patamar de negociações no mercado secundário (bolsa de valores), através da abertura do seu capital. *Venture capital* e *private equity* são fundos que fazem a

capitação de recursos de investidores e, através de um gestor, que gerencia e direciona os investimentos, aplicam em startups que tenham uma boa estrutura e já estejam inseridas no mercado.

Ou seja, para receber um investimento de um fundo de *venture capital*, a startup precisa ter um modelo de negócio desenvolvido, com uma carteira de clientes, demonstrando ser ter uma empresa escalável e viável. Basicamente, a aplicação é feita para a empresa que já cresceu, aperfeiçoar ainda mais seu produto ou serviço e seguir expandindo, mas de forma acelerada. Quanto ao *venture capital* (ou capital de risco), é aquele fundo de investimento que tem como alvo startups que, mesmo um pouco consolidadas e já inseridas no mercado, ainda estão em desenvolvimento e precisam de recursos para capital de giro, *marketing*, instalações, estruturação, etc. As *startups* ainda não atingiram o estágio de pleno desenvolvimento. Caracteriza-se pelo grande risco no investimento, risco este que se dá pela aposta em empresas cujo potencial de valorização é elevado. Os fundos de *venture capital* seguem a seguinte lógica: quanto maior o risco, maior o retorno.

O valor investido nas *startups* pelos fundos de *venture capital* costuma girar entre R\$ 5 milhões e R\$ 30 milhões. Destaca-se que o fundo de *venture capital* difere do *investidor-anjo*, principalmente, quanto à origem dos recursos captados, o valor do investimento e o estágio da *startup* investida. Quanto aos fundos de *private equity*, estes investem em startups que já estejam em um estágio avançado, isto é, já estejam maduras, completamente desenvolvidas, com o produto consolidado, predominância no mercado, tenham fluxo de caixa, etc.

É o momento em que a startup precisa de investimento para deixar de se tornar uma *startup* e passar a ser uma empresa consolidada, bem como para iniciar as preparações para a abertura do seu capital e negociação das suas ações no mercado secundário. Os investimentos feitos pelos fundos de *private equity* ultrapassam R\$ 30 milhões. Por se tratar de investimentos financeiros superiores, é comum que o fundo faça exigências e, ainda, tenha interesse em participar ativamente na *startup*, inclusive na tomada de decisões. Embora estes fundos sejam de certo modo semelhantes, se diferenciam quanto ao estágio da *startup* no momento do investimento, pois enquanto o *VC* busca *startups* ainda em desenvolvimento, o *PE* busca startups em estágio extremamente avançado; ao valor investido, pois enquanto o *VC* faz investimentos entre cinco e trinta milhões de reais, o *PE* faz investimentos superiores a trinta milhões de reais; e ao risco do investimento, pois as startups investidas pelo *VC*, por ainda estarem em

desenvolvimento, tem maior risco de não dar certo, do que as startups já consolidadas que recebem o investimento do fundo *PE*. Portanto, embora cada fundo de investimento possua as suas peculiaridades e a sua *startup* alvo, todas tem como principal característica a captação e reunião de recursos financeiros e, através de um gestor, realizar o investimento na startup selecionada, em troca de participação societária.

Após o *private equity*, a startup estará pronta para a última forma de captação de recursos, iniciando a sua atuação no mercado secundário, isto é, bolsa de valores, através de IPO. A *Inicial Public Offering* (IPO), ou Oferta Pública Inicial, corresponde ao procedimento de abertura de capital da *startup*, de modo a iniciar a negociação das suas ações na bolsa de valores. Neste estágio, deixa de ser uma *startup*, passando a configurar uma empresa desenvolvida e consolidada. Este é o topo da escada. Empresas que chegaram a este degrau são consideradas bem sucedidas e para que continuem crescendo devem captar mais dinheiro. Para chegar até aqui o empreendedor subiu todos os degraus que já foram citados e para compensar o trabalho duro, estes costumam vender uma grande porcentagem de ações para fazer milhões no dia do IPO.

Através do IPO, a sociedade consegue capitalizar recursos com a negociação das suas ações na bolsa de valores. Além de uma forma de captar recursos, o IPO também configura uma forma de desinvestimento da *startup*, tendo em vista que a abertura do capital trará liquidez para as ações da companhia. Para iniciar o IPO, a sociedade precisa adotar o tipo societário de Sociedade Anônima (S.A.), tendo em vista que o IPO é um procedimento exclusivo deste tipo societário.

Além disso, a sociedade precisa atender aos requisitos e procedimento exigido pela Comissão de Valores Mobiliários e pela Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6404/76). Exige-se uma grande quantidade de trabalho e que pode distrair os líderes da empresa de seus negócios. Há necessidade de ter um banco de investimento para auxiliar no processo de IPO. Ademais, as empresas públicas costumam ter que obedecer regulamentos muito mais intensos da Comissão de Valores Mobiliários e dos acionistas. Trata-se de processo que pode apresentar volatilidade. No momento da abertura, o preço das ações pode disparar, mas também, não raras as vezes, pode minorar logo depois. Quanto ao tempo, pode durar até um ano e custar mais de R\$ 2 milhões em taxas, honorários e despesas.

O *crowdfunding*, é uma alternativa para a startup conseguir captação de recursos, através de um financiamento coletivo, daí a expressão “*crowd*”,

que pela tradução literal, significa “multidão”. Por meio do *crowdfunding*, é feita a captação de recursos através de alguma plataforma online, em que pessoas físicas e jurídicas podem investir na *startup*. Esta forma de investimento é dividida em diferentes modalidades: *Crowdfunding donation*: os investidores doam os recursos para a *startup*, sem esperar ou exigir nada em troca; *Crowdfunding reward-based*: os investidores financiam o produto ou serviço da *startup* e, em troca, recebem alguma recompensa quando o objeto estiver concluído; *Debt crowdfunding*: os investidores emprestam determinada quantia monetária às *startups* e, após um período determinado, o valor é devolvido com juros aos investidores. É uma forma de contrato de mútuo; *Equity crowdfunding*: os investidores financiam a *startup* em troca de títulos e participação societária da *startup*.

De todas estas modalidades, as mais comuns no ecossistema das *startups* são *debt crowdfunding* e *equity crowdfunding*. Inclusive, estas, por poder envolver participação societária e emissão de valores mobiliários, foram reguladas pela CVM, através da Instrução CVM n. 588, de 13 de julho de 2017. O artigo 3º desta Instrução traz alguns requisitos para a captação dispensada de registro na CVM, quais sejam: existência de valor alvo máximo de captação não superior a R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), e de prazo de captação não superior a 180 (cento e oitenta) dias, que devem ser definidos antes do início da oferta; oferta deve seguir o procedimento previsto no art. 5º da Instrução; deve ser garantido ao investidor um período de desistência de, no mínimo, 7 (sete) dias contados a partir da confirmação do investimento, sendo a desistência por parte do investidor isenta de multas ou penalidades quando solicitada antes do encerramento deste período; o emissor deve ser sociedade empresária de pequeno porte, que para a Instrução, é aquela constituída no Brasil e registrada no registro público competente, com receita bruta anual de até R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) apurada no exercício social encerrado no ano anterior à oferta e que não seja registrada como emissor de valores mobiliários na CVM; os recursos captados pela sociedade empresária de pequeno porte não podem 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.

Historicamente, a primeira plataforma com esse objetivo surgiu na Inglaterra em 2009. Nos Estados Unidos, o *Equity Crowdfunding* era inicialmente não regulamentado, sendo que em 2012, após a aprovação da lei JOBS, foi legalizado. Seu intuito era permitir que empresas solicitassem

investimentos publicamente por meio de plataformas online e, assim, fomentar a economia e o empreendedorismo local. No Brasil, até o ano passado, todo o processo de *crowdfunding* para empresa era feito e organizado apenas pelas plataformas, mas sem regulamentação própria, e isso não incentivava os investidores. Finalmente, em 2017, a Comissão de Valores Mobiliários então publicou a INCVM n.º 588 para regulamentar o que é *Equity Crowdfunding* e quem são seus agentes. Em sequência, a possibilidade da escalabilidade de captação da modalidade começou a crescer, representando atualmente uma nova oportunidade de investimento de risco ao investidor brasileiro.

Portanto, as *crowdfundings* podem ser usadas por pessoas físicas ou jurídicas para, de forma coletiva, investir em alguma *startup*. Por meio das *crowdfundings*, o investidor consegue escolher qual *startup* o agrada e aplicar qualquer valor. O *equity crowdfunding* é um mecanismo que oferece oportunidades inéditas de investimento online em startups e empresas em expansão. Trata-se de um mecanismo de investimento online, utilizado através de plataformas autorizadas pela CVM, em empresas que buscam capital para expandir. Ele possibilita que um conjunto de investidores financie empresas em troca de participação nelas. Ao se investir em *equity*, uma quantia é aplicada a uma empresa em troca de ganhos proporcionais aos dela. Com o *equity crowdfunding*, investidores fornecem fundos para uma empresa e recebem uma parte da mesma na forma de participação societária (*equity*) ou de títulos conversíveis de dívida que, no futuro, podem ser convertidas em participação societária (*equity*) da empresa investida. Deste modo, o *equity crowdfunding* é o investimento coletivo em *equity* que possibilita que empresas alcancem um conjunto amplo de investidores, até então não imaginável. Estes, financiam projetos e empresas em troca de um percentual de participação nelas. O *equity crowdfunding* se trata de uma modalidade de captação de investimentos que tem crescido mundialmente. Para ocorrer o procedimento, há a plataforma eletrônica de investimento participativo. Esta é a pessoa jurídica regularmente constituída no Brasil e registrada na CVM – Comissão de Valores Mobiliários. A plataforma eletrônica de investimento participativo tem autorização para exercer a atividade de distribuição de ofertas públicas de valores mobiliários de emissores, realizadas exclusivamente por meio eletrônico, conforme ICVM n.º 588. Em palavras simples, no *equity crowdfunding* os investidores fornecem seu capital e recebem, em contrapartida, participação societária (*equity*) ou de títulos conversíveis de dívida. Assim, consequentemente, no futuro, podem ser convertidos em participação societária da empresa na

qual ele investiu. A plataforma deve ser registrada na CVM – Comissão de Valores Mobiliários, mas as ofertas não. As plataformas de *equity crowdfunding* devem atender a alguns requisitos: ser pessoa jurídica e possuir com capital social integralizado de no mínimo R\$ 100.000,00; também ter procedimentos e sistemas de tecnologia de informação que sejam adequados para identificar os investidores e suas qualificações; fazer registrar a participação dos investidores na oferta; ter e elaborar código de conduta aplicável aos sócios, administradores e funcionários, entre outros.

Por fim, ressalte-se que as emissoras, ou seja, atividades em busca do financiamento, devem ser sociedade empresária devidamente constituída no Brasil com faturamento máximo de até R\$10 milhões por ano. Repare-se que a gama de possíveis, interessados é enorme, como vários empreendedores e startups. A ICVM nº 588 impôs como limite de captação, anual, por cada empresa, o valor de R\$5.000.000,00.

3 Conclusão

Assim como iniciar qualquer atividade empresária, as *startups* precisam de recursos financeiros para colocar a ideia inovadora em prática.

Este valor inicial é usado para que a startup possa se manter por um período médio de seis meses a um ano.

De acordo com o desenvolvimento da *startup*, esta passará a ter um custo financeiro maior, necessitando, assim, da arrecadação externa.

Em relação a investimentos em tecnologia, há diversas alternativas disponíveis de investimentos. As principais alternativas são *Bootstrapping*, *Money Love*, Investidores Anjo *crowdfunding* e o *Venture Capital*.

Referências

COELHO, Giulliano Tozzi. Mecanismos contratuais para a redução de risco em operações de investimento-anjo em startups. **Revista de direito da empresa e dos negócios**. 2018. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/rden/article/view/17629/60746506>. Acesso em 15.08.2020.

DI BIASE, Bernado. EVOLUÇÃO DAS STARTUPS JURÍDICAS. Simpósio, [S.l.], n. 6, fev. 2018. ISSN 2317-5974. Disponível em: <http://revista.ugb.edu.br/ojs302/index.php/simposio/article/view/802>. Acesso em: 15 ago. 2020.

FEIGELSON, Bruno; NYBO, Erik; FONSECA, Victor. Direito das Startups. São Paulo: Saraiva, 2018. JACINTHO, Ighor. **Capital Semente: o caminho para o crescimento da sua startup!** Disponível em: <https://ighorf.jusbrasil.com.br/artigos/514353920/capital-semente-o-caminho-para-o-crescimento-da-suastartup>. Acesso em 26 set 2019.

FEIGELSON, Bruno et al. **O Futuro do Direito: tecnologia, mercado de trabalho e os novos papéis dos advogados**. 1. ed. Jota, 2017.

FREITAS, Cristiano. **Entenda 3 diferenças entre *startup* e empresa tradicional!** Disponível em: <https://syhus.com.br/2018/09/21/entenda-3-diferencas-entre-startup-e-empresa-tradicional/>. Acesso em 03 de março de 2020.

FONSECA, Adriana. Anjos profissionais: Em paralelo às suas carreiras corporativas, executivos investem em *startups* e oferecem mentoria aos donos de pequenas empresas inovadoras. **Valor Investe**. V.75. p. 59-62. Julho, 2016.

FONSECA, Victor Cabral; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Financiamento de startups: aspectos econômicos dos investimentos de alto risco e mecanismos jurídicos de controle. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 9, n. 1, p. 319-354, jan./abr. 2018. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v9i1.18438.

GODKE VEIGA, Marcelo, Venture Capital, Sociedades Anônimas e Inovação: As Falhas Do Direito Societário Brasileiro (Venture Capital, Brazilian Corporations and Innovation: The Failures of Brazilian Company Law) (July 1, 2013). Revista Juris da Faculdade de Direito, Fundação Armando Álvares Penteado, Volume 8, 2013, **O Comercialista**, Volume 8, 2013, Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2294500>. Acesso em 15.08.2020.

GORINI, Marco; TORRES, Haroldo da Gama. **Captação de recursos para *Startups* e empresas de impacto**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.

ISENBERG, Daniel. The Entrepreneurship Ecosystem Strategy as a New Paradigm for Economic Policy: Principles for Cultivating Entrepreneurship. **The Babson Entrepreneurship Ecosystem Project**, 2011.

RIES, E. **A *startup* enxuta: como os empreendedores atuais utilizam a inovação contínua para criar empresas extremamente bem-sucedidas** [tradução texto editores] São Paulo: Lua de Papel, 2012.

Capítulo 11

A EXTRAFISCALIDADE DO TRIBUTO AMBIENTAL E OS PRINCÍPIOS DO PROTETOR RECEBEDOR E POLUIDOR PAGADOR

Clara Cordeiro Tupynambá Chaves¹

1 Introdução

Existem duas principais formas de atuação do Estado perante o domínio econômico, sendo elas a intervenção direta e a indireta. O Estado, incumbido do dever de garantir o meio ambiente e atuando de forma indireta na ordem econômica, possui a prerrogativa de criar normas de indução, as quais trazem uma faculdade ao destinatário da norma de cumpri-la ou não. A tributação ambiental pode ser considerada como norma de indução, podendo ser vista como uma ferramenta para coibir ou incentivar determinado comportamento, apresentando uma faculdade ao contribuinte, que poderá ou não optar por agir de modo a contemplar seus requisitos.

Dessa forma, o Estado, atuando de forma indireta na ordem econômica, confere ao tributo ambiental uma função extrafiscal, de modo que seu escopo principal deixa de ser puramente a arrecadação de receitas para os cofres públicos, passando a ser uma ferramenta de regulação de determinadas condutas, buscando incentivar, forçar ou induzir o contribuinte a adotar a postura desejada de forma alternativa à poluição ou à conduta mais danosa e prejudicial ao meio ambiente.

A reflexão que ora se apresenta consiste na apuração acerca da efetividade e utilidade da adoção de normas de indução como forma de regular condutas ou instituir políticas sociais, por meio de incentivos ou benefícios fiscais, mesmo quando comparada à intervenção direta do Estado, seja por meio de doações, empréstimos, instituição de programas de assistência governamental ou outros, avaliando-se o caráter extrafiscal de tributos ambientais e seu papel como meio de materialização dos princípios

¹ Advogada. Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. E-mail: claratupynamba@hotmail.com

do protetor recebedor e poluidor pagador, perpassando brevemente por algumas críticas quanto à ineficácia de benefícios fiscais quando comparado à intervenção direta do Estado.

O tema se justifica na medida em que a indução de determinados comportamentos e, conseqüentemente, a instituição de políticas sociais favoráveis ao meio ambiente e contrárias à poluição, podem representar um papel importante na prevenção de conseqüências gravíssimas e muitas vezes irreversíveis, oriundas de condutas impensadas de indivíduos que poderiam vir a ser conduzidos e ensinados a agir de outra forma. Assim, vislumbra-se a possibilidade de, valendo-se de normas de indução, o Estado alcançar resultados que não poderiam ser alcançados por meio de intervenção direta na ordem econômica, em que pese às críticas apresentadas por alguns autores, em especial às críticas formuladas pelo autor Stanley Surrey em sua obra “Tax Incentives As Device” (SURREY, Stanley S., 1970), à instituição de benefícios fiscais.

Explorar-se-ão, ainda, alguns aspectos específicos da legislação tributária no Brasil, ilustrando o aspecto extrafiscal ora tratado, demonstrando a validade de adoção de normas indutoras e sua eficácia para com o direcionamento de condutas dos contribuintes.

Foram escolhidos como métodos de pesquisa a pesquisa bibliográfica e o método analítico-dedutivo, buscando, por meio de análise de informações, críticas e hipóteses já existentes, e valendo-se de raciocínio lógico, alcançar uma conclusão a respeito do assunto ora indicado, tendo como referencial teórico a obra coletiva *Direito Tributário Ambiental*, organizada por Heleno Taveira Tôrres (TÔRRES, Heleno Taveira (org.), 2005).

2 O caráter extrafiscal dos tributos ambientais e seu poder implementador de políticas públicas

Não se pode olvidar que é um dever do Estado zelar pela proteção ao meio ambiente e que a intervenção no domínio econômico é imprescindível na execução do seu poder dever de garantidor do interesse público, seja essa intervenção direta ou indireta. A intervenção indireta consiste em formas de manipulação, pelo Estado, do mercado, da economia e da sociedade. Dentre as formas de intervenção do Estado, temos o exercício do poder de polícia para fiscalização e regulamentação das atividades; a própria atuação direta do Estado na atividade econômica, em caso imperativo

de segurança nacional ou relevante interesse público; ou incentivos à iniciativa privada, com favores fiscais e crédito facilitado, este último que nos é, particularmente, interessante. Temos, pois, dentre os mecanismos de incentivo à iniciativa privada, o tributo como um instrumento muito valioso e eficaz de intervenção no domínio econômico. A fim de melhor ilustrar os principais aspectos e caráter extrafiscal dos tributos ambientais, trazemos à baila o conceito de Regina Helena Costa:

A tributação ambiental pode ser singelamente conceituada como o emprego de instrumentos tributários para gerar os recursos necessários à prestação de serviços públicos de natureza ambiental (aspecto fiscal ou arrecadatório), bem como para orientar o comportamento dos contribuintes à proteção do meio ambiente (aspecto extrafiscal ou regulatório)” (COSTA, 2004, p. 313).

Sabe-se que a preocupação pelo desenvolvimento sustentável e preservação do meio ambiente tem crescido exponencialmente em âmbito mundial, de modo que ferramentas de incentivo e prevenção têm sido cada vez mais procuradas. Podemos citar como exemplo a crescente busca pela instituição de normas de *compliance* ambiental no meio corporativo, que assim como os tributos ambientais, buscam direcionar e induzir comportamentos favoráveis ao meio ambiente. Ora, se a própria legislação fomenta a instituição de programas de prevenção de riscos ambientais, faz perfeito sentido que as normas de tributação também o façam por meio de incentivos fiscais. Percebe-se, assim, que o tributo ambiental assume uma característica de ferramenta em prol do meio ambiente, enquanto método de intervenção indireta do Estado na ordem econômica. Ainda segundo Regina Helena Costa:

[...] tributos ambientais (ecotaxes) são aqueles introduzidos no ordenamento jurídico por motivos ambientais ou por possuírem efeitos ambientais independentemente das razões que levaram à sua exigência. Em países mais desenvolvidos, tais como a França, a Alemanha e os Estados Unidos da América, a experiência tem demonstrado que a introdução de um eficiente sistema de tributos ambientais é duplamente vantajosa: de um lado, estimula o comportamento individual, que espontaneamente se orienta de modo “ecológico”, para evitar tributação mais gravosa e, de outro lado, não é custoso nem pouco eficaz, como a fiscalização inerente ao exercício do poder de polícia. (COSTA, 2004, p. 313).

Vários são os tributos ambientais que podemos encontrar no direito comparado e, junto a eles, é possível verificar o atingimento de resultados positivos no que se refere à indução e orientação de condutas dos destinatários das normas, assim como a obtenção de verba direcionada

à proteção ambiental. Isso porque a tributação afeta diretamente o patrimônio do contribuinte e, conseqüentemente, torna-se uma ferramenta extremamente eficaz para tolher ou incentivar comportamentos tal qual pretendido pelo Estado. Dessa forma, tem-se um mecanismo eficaz para implementação de políticas públicas do Estado, podendo transformar em resultado e ações efetivas a intenção de orientar o contribuinte a praticar condutas ecologicamente corretas, simplesmente por tocar o contribuinte em um de seus direitos fundamentais mais proeminentes: o da propriedade. Assim, o contribuinte prefere atuar da forma pretendida pelo Estado, adotando posturas ecologicamente favoráveis, em detrimento de ver seu patrimônio diminuído e afetado pela carga tributária por agir de forma diversa.

Ainda sobre a extrafiscalidade, essa se justifica na medida em que o interesse e bem estar coletivo devem se sobrepor aos individuais, que passam a se orientar conforme instituição de impostos ou incentivos fiscais e, conseqüentemente, em prol do interesse coletivo. Sobre as formas de implementação da extrafiscalidade, leciona Regina Helena Costa:

A extrafiscalidade, assim, pode ser implementada mediante a instituição e a graduação de tributos, a concessão de isenções e outros incentivos fiscais, como a possibilidade de dedução de despesas efetuadas pelos contribuintes referentes a recursos empregados na preservação do meio ambiente. (COSTA, 2004, p. 321).

Inúmeras são as formas de direcionamento da tributação ao alcance de objetivos em prol do meio ambiente, seja em âmbito Federal, Estadual ou Municipal. O importante é que se abram os olhos para a possibilidade de utilização do tributo como instrumento para consecução de políticas públicas e direção dos contribuintes e sociedade geral a atuarem de forma ecologicamente sustentável.

3 Princípios do poluidor pagador e do protetor recebedor

Dois princípios têm relação direta como tema proposto, sendo eles: o princípio do poluidor pagador, que nada mais é senão a noção de que aquele que polui deverá ser responsabilizado pelo dano causado e, desta forma, arcar com os custos de reabilitação e recuperação do dano por ele causado ao meio ambiente (em outras palavras, ao poluidor serão imputados os custos relacionados à atividade por ele exercida, causadora da poluição); e o princípio do protetor-recebedor que, por sua vez, tem o escopo de incentivar práticas protecionistas e sustentáveis, que beneficiam

de alguma forma o meio ambiente.

Uma questão controvertida quanto ao princípio do poluidor pagador repousa no fato de que se aquele que impõe algum prejuízo ou degradação ao meio ambiente pode ser responsabilizado financeiramente, significaria dizer que haveria espaço para que fosse aceitável a conduta de poluir e degradar o meio ambiente desde que os custos por sua reparação fossem suportados pelo poluidor. Este princípio era visto como uma forma de conter a busca desenfreada pelo crescimento e desenvolvimento econômico em detrimento da sustentabilidade. Ainda assim, empresas multimilionárias não seriam coibidas de praticar atos contrários aos preceitos que regem o direito ambiental e desenvolvimento sustentável, eis que as penalidades aplicadas por vezes não seriam tão significativas quando comparadas com o lucro por elas gerados. A lógica é que compensaria para as empresas ocasionar danos ao meio ambiente em prol de seu desenvolvimento e obtenção de lucro, operando-se a chamada e tão temida a monetarização do direito ambiental. Assim, esse tão falado e mundialmente reconhecido princípio passou a ser tido como insuficiente e ineficiente, de modo que, a longo prazo, a sensibilização ambiental e a construção de uma consciência voltada para o desenvolvimento sustentável acabariam por se perder.

Nesse sentido é que se tem mostrado de extrema importância a complementação do princípio do poluidor pagador com o princípio do protetor recebedor. Não basta apenas punir aqueles que agem de forma contrária ao interesse coletivo, sendo necessário criar uma comisseração pelo bem estar social e preservação do meio ambiente, que nada mais é senão a preservação da vida propriamente dita e dos recursos ambientais, que não são ilimitados. Nada mais eficiente para comover o ser humano que medidas que lhes afetam diretamente o patrimônio. O princípio do protetor recebedor surge, então, como um excelente mecanismo para aflorar as externalidades positivas, que podem surgir quando uma empresa, para alcançar determinado benefício, preencher o requisito da norma indutora ou até mesmo atender os anseios de seus consumidores e de seu mercado, atua de forma ecologicamente sustentável ou passa a exigir de seus fornecedores e parceiros a observância de práticas favoráveis ao meio ambiente.

Seguindo essa lógica, ambos os princípios se complementam, na medida em que um não seria eficiente sem o outro. Fato é que não basta punir aquele que polui o meio ambiente, pois esse mecanismo por si só não seria suficiente a estimular a preocupação da sociedade com

a causa. Esperar-se-ia que a defesa e proteção ao meio ambiente, por serem de interesse coletivo, seriam suficientes estímulos ao crescimento da sensibilidade ambiental, mas não sendo essa a verdade real, necessária de faz a utilização de um mecanismo de compensação. Nessa ótica, a compensação financeira serviria como uma forma de justiça econômica e compensaria aqueles que atuam em prol do meio ambiente, em atenção ao princípio do protetor recebedor, enquanto puniria aqueles responsáveis por sua poluição, contemplando, pois, o princípio do poluidor pagador (FELL; TREMÉA, 2008). Neste sentido, não apenas em matéria tributária, mas em todas as áreas do direito alcançadas pelo direito ambiental, temos que o princípio do poluidor pagador e o princípio do protetor recebedor buscam um mesmo objetivo, qual seja impactar aqueles que podem fazer a diferença em prol do meio ambiente, seja incentivando sua atuação de forma ecologicamente correta ou conduzindo à abstenção da prática de ações que possam causar danos ao meio ambiente.

Quanto à legislação tributária e seu caráter extrafiscal, há que se ressaltar o interesse econômico da parte destinatária da norma em buscar contemplar os requisitos de obtenção dos incentivos fiscais, bem como em incentivo à conduta ecologicamente correta e, por corolário lógico, em prevenção de desastres. Essa finalidade pode ser alcançada tanto pela punição do responsável quanto pelo incentivo à sustentabilidade ecológica, seja pela prevenção em função de uma atuação escoreta ou pela instituição de multas e penalidades, essa última em atenção ao princípio do poluidor pagador. Entendemos, pois, que ambos os princípios retro mencionados andam de mãos dadas. Quanto à extrafiscalidade da tributação, por sua vez, encontramos especial subsídio e amparo no princípio do protetor recebedor. Isso porque a intenção do legislador, para além da arrecadação de receitas, passa a ser voltada para o atingimento de uma sensibilidade ecológica, como exaustivamente explanado alhures.

Assim, o Estado, ao intervir indiretamente na economia por meio de normas de indução, como por exemplo com a criação de incentivos fiscais, faz com que o contribuinte, ao buscar cumprir com os requisitos da norma de indução, esteja protegendo o meio ambiente e, com isso, efetivando a política pública de preservação e conservação do meio, em benefício da coletividade. Outrossim, ao adotar uma postura alternativa à poluição e, com isso, fazer jus aos benefícios fiscais, incentivos fiscais ou qualquer que seja a recompensa prometida à conduta por ele praticada, o contribuinte desenvolverá uma sensibilidade ambiental.

4 Tributos ambientais: uma análise prática

Como vimos acima, as normas de direito tributário voltadas à proteção do meio ambiente são normas de indução por trazerem uma faculdade ao contribuinte, que poderá optar por contemplar seus requisitos ou não. Ao descumprirem esses requisitos, os contribuintes não sofrerão nenhuma sanção, mas deixarão de usufruir os benefícios concedidos. Essa lógica não se aplica apenas aos tributos voltados ao meio ambiente. Como exemplo, citamos os cigarros e as bebidas, que são fortemente tributados com o escopo de inibir seu consumo. O caráter extrafiscal da alta carga de tributação destes produtos é visível e segue o mesmo raciocínio ora traçado. São, portanto, exemplos de tributos com finalidades extrafiscais, tal qual tratamos no que diz respeito às normas de indução denominadas “ecotaxes”. O mesmo ocorre quando o estado aumenta o IOF para tornar os produtos do exterior um pouco mais caros, garantindo a concorrência com o mercado nacional. Percebe-se que o objetivo precípua do aumento da carga tributária não é a arrecadação, mas sim nivelar a concorrência e, portanto, o caráter extrafiscal do tributo resta demonstrado.

A fim de ilustrar de forma prática, convém analisarmos algumas normas tributárias ou critérios fixados que possuem esse mesmo condão de conduzir o comportamento de seus contribuintes. Dentre elas, citamos o tão conhecido ICMS ecológico, que trata de critérios ambientais para o repasse de recursos financeiros do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços. O ICMS ecológico não é um imposto propriamente dito, mas sim a fixação de critérios que visam estimular os municípios a conduzir ações em prol da preservação do meio ambiente.

Nossa carta magna, em seu artigo 158 (BRASIL, 1988), estabelece que 25% da receita arrecadada pelo Estado proveniente da tributação de ICMS deve ser transferida aos municípios daquele Estado. O ICMS ecológico nada mais é senão a fixação de um critério de distribuição dessa cota-parte a que os municípios têm direito, configurando um mecanismo tributário através do qual os municípios podem ter acesso a parcelas maiores do que aquelas que lhes são de direito. Assim, é facultada a possibilidade de maior ou menor repasse de recursos a depender dos esforços do município em prol da manutenção dos biomas. Tão eficiente tem se mostrado a fixação deste critério que vários Estados do País têm adotado esse mecanismo.

Dentre outros exemplos que merecem destaque, temos o Decreto federal n. 755/1993 (BRASIL, 1993), que em que pese não ter sido criado com finalidade precípua voltada à proteção do meio ambiente, alcançou

igualmente os efeitos de redução da poluição, por estimular o consumo de álcool. Isso porque instituiu diferentes alíquotas do IPI para veículos movidos a gasolina e para veículos movidos a álcool, sendo de 25 ou 30% em se tratando de gasolina e 20% u 25% em se tratando de álcool. Muitos contribuintes, atraídos pela menor carga tributária, preferem abastecer seus veículos com álcool e, em decorrência disso, não só incentivam a produção de álcool como, de quebra, diminuem os níveis de poluição atmosférica. Ora, por mais que essa não tenha sido a finalidade precípua do decreto, há que se levar em conta a eficiência da tributação como mecanismo de direcionamento da conduta dos destinatários da norma.

O mesmo ocorreu também em decorrência do Decreto nº 76.593 de 10/04/1975 (BRASIL, 1975), que instituiu o Programa Nacional do Álcool visando o incentivo de sua produção para atendimento das necessidades do mercado interno e externo e da política de combustíveis automotivos. Trata-se de outra norma de indução cujos resultados beneficiaram diretamente o meio ambiente.

Mais um exemplo a ser explorado é a lei 13.296, de 23/12/2008 (SÃO PAULO, 2008) que dispõe sobre o tratamento tributário do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores e que determina em seu artigo 9º que veículos que utilizarem motor especificado para funcionar, exclusivamente, com os seguintes combustíveis: álcool, gás natural veicular ou eletricidade, ainda que combinados entre si sofrem diferenciação quanto ao IPVA, devendo ser aplicada a liquota de alíquota do imposto em 3% sobre a base de cálculo atribuída ao veículo.

Outra que merece ser contemplada é a lei 5.106, de 02/09/1966 (BRASIL, 1966), que dispõe sobre os incentivos fiscais concedidos a empreendimentos florestais e estipula que as importâncias empregadas em florestamento e reflorestamento poderão ser abatidas ou descontadas nas declarações de rendimento das pessoas físicas e jurídicas, residentes ou domiciliados no Brasil,

Tantos são os exemplos a serem explorados, extraídos inclusive do direito comparado, e cada vez mais vastos, que não nos resta dúvidas acerca eficácia que esse mecanismo de intervenção indireta do Estado no domínio econômico possui quando se fala em consecução de objetivos, atingimento e concretização de metas de políticas públicas.

5 Análise crítica: normas de indução e incentivos fiscais comparados ao uso de despesas diretas do governo

Apresenta-se como problemática as críticas apresentadas por alguns autores à utilização de meios tributários como instrumentos de indução do comportamento do contribuinte a uma postura pró ambiental, dentre eles Stanley Surrey em sua obra “Tax Incentives As Device” (SURREY, Stanley S., 1970). Dentre as principais críticas formuladas pelo autor Stanley Surrey na obra supracitada, temos que os incentivos fiscais não seriam tão úteis ou eficientes na implementação da política social quanto os gastos diretos do governo, tais quais doações, empréstimos, bonificações de juros e garantias de empréstimos, pelos motivos abaixo delineados.

Conforme o próprio autor relata, até mesmo impostos cuja razão de sua criação não era um incentivo, acabaram adquirindo esta característica em função do alívio que a redução da carga tributária trás. Seguindo esse raciocínio, o incentivo é sempre um efeito desejável e efetivamente obtido, não importando o benefício econômico buscado. Um ponto fortemente criticado é a ausência de critérios cuidadosos para a análise de incentivos fiscais, de modo que por muitas vezes, tributaristas qualificados conseguem se valer de incentivos fiscais para obter os mesmos resultados que poderiam ser alcançados com gastos diretos do governo. Ocorre que, da mesma forma que ele reconhece ser verdade que muitos dos incentivos fiscais existentes são menos estruturados do que programas de despesas diretas, refletindo a falta de planejamento e previsão quando estavam sendo criados, o que não necessariamente significa que a estrutura de um incentivo fiscal será simples ou que a estrutura de um plano de despesa direta será mais complicada, mas sim que tudo depende do planejamento, o mesmo se aplica à análise de critérios para a instituição de incentivos fiscais.

Ora, ainda que se fale em leviandade quando da instituição de incentivos fiscais, fato é que, aliado a um bom planejamento e estruturação, esse mecanismo tende a ser mais bem aceito que a instituição de programas de despesas diretas, como ele próprio segue pontuando em sua obra.

Merece atenção, ainda, a crítica por ele formulada no que concerne à denominada “ilusão fiscal”, vez que pouco importa se o gasto destinado à implementação dos resultados pretendidos é feito por pagamento direto do governo ou por crédito tributário. Não importa se o Estado está pagando ou deixando de arrecadar, tudo isso não passaria de uma ilusão fiscal, pois a despesa é feita de qualquer forma. E de fato lhe assiste razão,

contudo não se fala em desperdício, mas apenas em necessidade de melhor planejamento e estruturação de ambas as ferramentas de implementação de políticas sociais, seja direta ou indireta. Significa dizer que os recursos serão despendidos de uma forma ou de outra, bastando uma boa estruturação para que sejam mais bem direcionados. De toda sorte e como o próprio autor defende, ilusão ou não, os incentivos fiscais tendem a ser mais bem aceitos e estruturalmente menos complexos, e isso são fatos.

Outra questão que pode ser contestada é a de que os incentivos fiscais são injustos e mais beneficiam os contribuintes de alta renda do que os contribuintes de baixa renda, não contemplando aqueles que estão fora do sistema tributário. Ocorre que quando falamos em extrafiscalidade, não somente, mas notadamente em matéria de direito ambiental, ou ainda quando falamos em implementação de políticas sociais por meio de normas de indução indiretas, falamos também em defesa dos interesses da coletividade e incentivo a condutas que, teoricamente, contribuem para um bem maior, para o bem estar comum, que contempla e alcança, sim, os não contribuintes e inclusive suas gerações futuras. Tanto é verdade que falamos na compensação alcançada pelos excipientes tributários como uma forma de justiça.

Quando falamos em benefícios concedidos a cegos ou idosos, por exemplo, isso poderia ser verdade, pois ao falarmos de despesas diretas do governo e programas de assistência, estaríamos falando em uma forma de beneficiar monetária e diretamente o destinatário de referidas verbas. Contudo, quando falamos em direito ambiental, o mesmo não ocorre, eis que a instituição de programas e despesas diretas pelo governo seriam direcionadas ao meio ambiente, que afetam de modo difuso o bem estar geral, contemplando a todos, portanto, contribuintes ou não. Ademais, sabe-se que a tributação incide em quatro módulos e riquezas clássicas, quais sejam o comércio exterior, a propriedade, a renda e o consumo. A tributação sobre a renda e a propriedade atingem aqueles com maiores recursos financeiros, respeitando a progressividade e assegurando o mínimo existencial. Já a tributação sobre o consumo atinge a todos de forma igual.

Em uma sociedade igualitária, tributa-se mais a renda e a propriedade e menos o consumo. Atualmente e no cenário de nosso país, temos a situação inversa, em que os tributos sobre o consumo, como IPI e ICMS por exemplo, são muito altos. Proporcionalmente, os economicamente desvantajados acabam suportando uma carga tributária maior que os contribuintes de alta renda. A concessão de benefícios incide direta e proporcionalmente aos tributos recolhidos pelos contribuintes passíveis de

preenchimento de seus requisitos, de modo que se os incentivos fiscais são injustos e aumentam o desequilíbrio social, o que precisa ser revisto é o sistema tributário como um todo, e não a concessão de benefícios fiscais isoladamente.

As desvantagens declaradas - desperdício, ineficiência, e desigualdade - são verdadeiras em incentivos fiscais mal planejados e carentes de estruturação. Fato é que, sejam incentivos fiscais ou despesas diretas do governo, a eficiência de um não obsta a de outro e ambos podem ser ferramentas extremamente eficazes à implementação de políticas sociais e consecução de seus objetivos.

6 Considerações finais

Dentre os princípios gerais da atividade econômica e conforme previsto no artigo 23, VI da Constituição da República de 1988, “a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e seus processos de elaboração e prestação”, competindo a todas as pessoas políticas proteger o meio ambiente e combater a poluição, preservando florestas, fauna e flora (BRASIL, 1988).

Demonstrou-se que a atuação Estatal para manifestação do seu poder-dever de garantidor do interesse público, não prescinde de intervenção no domínio econômico, seja de forma direta ou indireta, bem como que todos os indivíduos subordinados ao poder do Estado têm o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme consignado no artigo supra, extraído de nossa Carta Magna.

Conclui-se que, para além do escopo principal e primeiro da criação dos tributos, qual seja a arrecadação de receitas, temos ainda o conceito de extrafiscalidade dos tributos, que consiste na utilização da tributação para fins que não a mera arrecadação, as sim uma ferramenta de implementação de políticas sociais, intervenção indireta na economia e condução de comportamentos. Neste cenário, as normas tributárias assumem um perfil de normas de indução. Logo, considerando o dever do Estado de zelar pela defesa e preservação do meio ambiente, em benefício e visando o bem estar da coletividade, estamos diante do entroncamento entre as normas de indução advindas do direito tributário e a preservação ambiental, donde extraímos seu caráter extrafiscal.

Infere-se que, quando falamos em extrafiscalidade, falamos em uma

aliança entre os princípios do poluidor pagador e o princípio do protetor recebedor, que se complementam como aliados em busca da reformulação da mentalidade dos contribuintes quanto a seu papel no desenvolvimento sustentável e do princípio do poluidor-pagador. Demonstrou-se que tal mudança de mentalidade e efetivo respeito ao meio ambiente somente serão alcançados pela complementação entre o fomento à postura ecologicamente correta e a efetiva responsabilização dos infratores, que concorrem diretamente para a ocorrência de danos ao meio ambiente.

Com guarida na legislação vigente e nos amplos exemplos apresentados, foi possível observar a eficiência e busca cada vez maior pelos mecanismos de incentivos fiscais como forma de intervenção indireta do Estado e fomento ao desenvolvimento de uma sensibilidade ambiental, de modo que esses mecanismos de prevenção têm sido cada vez mais perseguidos.

Constatou-se, face às críticas apontadas e objetadas, que a extrafiscalidade em matéria de direito ambiental pode alcançar a defesa dos interesses da coletividade e incentivo a condutas que, teoricamente, contribuem para um bem estar comum. Desta feita, em resposta ao problema apresentado, constatamos que as desvantagens declaradas aos incentivos fiscais podem ser ajustadas ou abrandadas por meio de planejamento e estruturação, de modo que incentivos fiscais podem ser tão eficientes quanto a instituição de programas de assistência e despesas diretas do governo, sendo que a eficiência de um não embaraça a de outro. Inobstante, os incentivos fiscais possuem o facilitador de serem mais bem aceitos pela sociedade, seja por uma questão ilusória ou não.

Podemos verificar que os objetivos propostos foram alcançados, uma vez que, partindo da análise prática de exemplos nacionais e breve perparse por modelos extraídos do direito comparado, bem como pela análise crítica de pontos positivos e negativos advindos da utilização de incentivos fiscais como ferramenta de intervenção indireta do Estado no domínio econômico, ainda assim se concluiu pelo caráter promissor deste mecanismo, conhecido como “ecotaxes”, como maneira de fomentar e incentivar condutas ou inibir e restringi-las, demonstrando-se, pois, seu caráter extrafiscal, para além da finalidade arrecadatória dos tributos.

Neste contexto, pode-se afirmar que um dos importantes instrumentos utilizados pelo Estado para intervir indiretamente no domínio econômico é o tributo, ferramenta cada vez mais procurada por seu caráter extrafiscal e eficiência em, paralelamente à sua função arrecadadora, exercer

função regulatória e passível de conduzir comportamentos de modo a promover a reestruturação social e econômica, sendo noção e instrumento de basilar importância para fazer cumprir os objetivos constitucionais e sociais, em prol do desenvolvimento sustentável e preservação do meio ambiente.

Referências

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

BRASIL. **Decreto nº 755**, de 19 de fevereiro de 1993, Reduz as alíquotas do Imposto sobre Produtos Industrializados incidente sobre os veículos automotores que enumera.

BRASIL. **Decreto nº 76.593**, de 10 de abril de 1975, Institui o Programa Nacional do Alcool e dá outras Providências.

BRASIL, **Lei 5.106**, de 02 de setembro de 1966. Dispõe sobre os incentivos fiscais concedidos a empreendimentos florestais.

COSTA, Regina Helena. **Apontamentos sobre a tributação ambiental no Brasil**. TÔRRES, Heleno Taveira (org.). Direito Tributário Ambiental. São Paulo: Malheiros, 2005.

FELL, Elizangela Treméa; TREMÉA, Estela Maria. **O princípio do Protetor-Recebedor e o Proambiente: Limites e possibilidade da compensação financeira**. 2008. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/o-principio-do-protetor-recebedor-e-o-proambiente-limites-e-possibilidade-da-compensacao-financeira/> . Acesso em 29 fev. 2020.

SÃO PAULO. **Lei nº 16.498**, de 18 de julho de 2017, Estabelece o tratamento tributário do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores - IPVA.

SURREY, Stanley S. **Tax Incentives as a Device for Implementing Government Policy: A comparison With Direct Government Expenditures**. Cambridge: Harvard Law Review, 1970.

TÔRRES, Heleno Taveira (org.). **Direito Tributário Ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005.

Capítulo 12

AÇÕES AFIRMATIVAS E O DIREITO A EDUCAÇÃO PARA ALUNOS COM DEFICIÊNCIA AUDITIVA E SURDOS

Renata Lina Oliveira Pinto¹

Flávia Maria Siqueira Camargos Gomide²

Maria Victória de Oliveira Rodrigues Nolasco³

1 Introdução

Este artigo propõe um estudo que visa de maneira genérica relatar como as políticas públicas de inclusão estão voltadas para o atendimento escolar aos alunos com deficiência auditiva e surdos, na rede regular de ensino.

Numa tentativa de contribuir para a identificação dessas ações afirmativas, foi feita reflexão sobre como se processa a inclusão desses alunos para que o ensino-aprendizagem possa ocorrer efetivamente. Assim, a pesquisa que resultou nesta sistematização que foi gerada pela tentativa de responder algumas questões que sinalizam o processo de inclusão de alunos com deficiência auditiva e surdos em escolas.

A motivação principal do presente estudo foi a dimensão de educador a que se tem dedicado, levando ao contato com a diversidade da população educacional, principalmente aquelas desprovidas de informação. Ademais, porque atualmente não se percebe a presença de alunos deficientes auditivos e surdos em ensino superior.

A relevância deste estudo se pauta na asserção de que as políticas de ações afirmativas estão voltadas para evitar qualquer tipo de discriminação entre os indivíduos. Assim, requerem que sejam reconhecidos os mesmos direitos e que as oportunidades sejam dadas a todos, incluindo-se, pessoas com deficiência. Esses indivíduos devem ter o direito de participar da sociedade em todas as áreas e a educação é um poderoso instrumento na promoção da igualdade de direitos.

Nesta pesquisa pretende-se:

[...] reconhecer a educação de surdos em uma prática inclusiva proposta

pelo Ministério de Educação e Secretaria de Educação Especial. Vale ressaltar que temos diferentes espaços escolares e várias legislações que defendem a educação de surdos, as quais fazem exigência às escolas para que estas cumpram o compromisso com a inclusão, evitando a exclusão, um caminho rumo à quebra de barreiras e de preconceitos em nossa sociedade. (CAMPOS, 2011, p. 29).

De acordo com a referida autora (Campos, 2011), os temas ligados à inclusão são inquietantes para os indivíduos deficientes auditivos e surdos, os professores, familiares e para toda a comunidade escolar. A presença de alunos surdos e deficientes, sempre causou polêmica a familiares, coordenadores e colegas. Essa inquietude se dá em função das condições culturais, históricas, educativas e linguísticas que estão em jogo.

Como objetivo do presente artigo, buscou-se caracterizar o impacto das ações afirmativas para a inclusão dos alunos com deficiência auditiva e surdos.

Portanto, a proposta é verificar de maneira sucinta a realidade no processo de inclusão dos deficientes auditivos e surdos na rede regular de ensino. Como esses alunos estão sendo educados, se suas necessidades estão sendo atendidas, pois a escola não deveria ser vista como um simples local onde conhecimentos são repassados, nesse aspecto o deficiente auditivo seria excluído com o passar do tempo sem sequer ter obtido qualquer tipo de aprendizagem significativa (Lacerda & Goes, 2000). E principalmente, buscar uma educação de qualidade fazendo com que este seja o ponto de partida para o contato deles com o mundo.

A metodologia utilizada parte-se de um levantamento bibliográfico por meio de análise da literatura especializada sobre o tema e a legislação em vigor que trata da inclusão das pessoas com deficiência.

No decorrer do trabalho é possível perceber que a inclusão escolar somente se dá devido às exigências legais. Nesse aspecto, tem-se as ações afirmativas como um forte e poderoso instrumento na inclusão.

2 Aspectos legais

É importante lembrar ainda que “A política do “incluir” não acontece somente em relação ao acesso à educação, mas também aos espaços sociais tais como: hospitais, bancos, restaurantes, shoppings, empresas, órgãos públicos, igrejas.” (Campos, 2011, p. 29)

Desta feita, trata-se de inclusão escolar e inclusão social, já que o foco nesse estudo é a inclusão escolar, pois por meio dela o indivíduo

consegue autonomia para permear em todas as esferas sociais (Campos, 2011). Isso se dá aqui no Brasil por existir uma garantia constitucional a esse respeito.

Vale observar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), em seu artigo 5º, inciso I, dá ênfase ao direito à igualdade: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]” (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

O Capítulo V, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) (Lei nº 9.394, 1996) ampara o acesso dos indivíduos portadores de deficiência no âmbito educacional, principalmente na rede regular de ensino.

Nesse sentido, já que existem leis que garantem o tratamento igual para essas pessoas, estas leis devem ser aplicadas de maneira correta garantindo uma educação plena para todos e, posteriormente, a entrada no mercado de trabalho.

Nota-se que as escolas de maneira geral praticam a inclusão, pois acolhem alunos com as mais variadas necessidades de aprendizagem.

Cumprе esclarecer, que o Ministério da Educação reconhece que a inclusão escolar, no modelo de escola inclusivista (aquela que acolhe quaisquer alunos com deficiência ou necessidades especiais), não é a única opção, pois o Plano Nacional de Educação (PNE) prevê três modelos de escolarização para surdos, quais sejam: escolas bilíngues, classes bilíngues e classes inclusivistas.

O que se percebe em um primeiro momento é que a escola que recebe aluno surdo, tenha pelo menos um profissional bilíngue, ou seja com formação em linguagem de sinais.

Ressalta-se que a população de alunos surdos e deficientes auditivos no ensino superior é quase zero. Não há dados suficientes neste sentido para fundamentarmos a pesquisa. Com efeito, isso demonstra o quanto ainda se faz necessário a efetivação das políticas públicas voltadas para os alunos com deficiência auditiva e surdez.

3 Ações afirmativas

Esclarece-se, que em um primeiro momento as ações afirmativas, consistiam em um mero encorajamento por parte do Estado para que os setores público e privado considerassem, em suas decisões relativas ao acesso à educação e ao mercado de trabalho, fatores como raça, cor, sexo e

origem nacional das pessoas, a fim de possibilitar a representação de cada grupo na sociedade ou no mercado de trabalho. Aos poucos, seu conceito foi alterado, passando as políticas afirmativas a serem associadas à ideia de igualdade de oportunidades mediante a criação de cotas de acesso para beneficiar representantes de minorias no ingresso a setores do mercado de trabalho e a instituições educacionais (Gomes, 2001, p. 39).

Atualmente, as ações afirmativas são entendidas como políticas e mecanismos de inclusão concebidos por entidades públicas e privadas que objetivam a materialização da efetiva igualdade. Buscam, assim, eliminar as desigualdades historicamente acumuladas e combater a discriminação de minorias.

As ações afirmativas estão voltadas para evitar quaisquer tipos de discriminação entre os indivíduos. Embora, a CF/88 assegure a todos o direito à igualdade e à dignidade, sabe-se que as pessoas com quaisquer deficiências são discriminadas negativamente. Por estarmos em uma sociedade geralmente discriminatória, a pretensão à igualdade entre os indivíduos resta prejudicada.

É difícil se falar em igualdade de oportunidades sem haver políticas públicas e ações que auxiliem na efetivação da inclusão de pessoas com deficiência no meio escolar e conseqüentemente na sociedade.

Desta feita, as ações afirmativas, buscam concretizar a tão sonhada igualdade, fala-se em tão sonhada igualdade, pois a pretensão é dar todos as mesmas oportunidades e condições para uma vida livre. Portanto, as ações afirmativas são entendidas como medidas que discriminam de forma positiva, elas são mecanismos essenciais na inclusão de pessoas com deficiência.

Finalizando, as ações afirmativas estão voltadas para se evitar a discriminação, proporcionando igualdade de condições entre os indivíduos. Sendo dessa forma um relevante instrumento no processo de inclusão.

As políticas de ações afirmativas surgiram com as revoluções do final do século XVIII. Com efeito, foi a partir das experiências revolucionárias pioneiras nos Estados Unidos e na França que se formalizou o conceito de igualdade perante à lei, uma construção jurídica no qual a lei, genérica e abstrata, deve ser igual para todos, sem qualquer distinção ou privilégio, devendo o aplicador fazê-la incidir de forma neutra sobre as situações jurídicas concretas e sobre conflitos interindividuais.

Segundo o enunciado acima, tem-se que a lei deve ser igual para todos, sem distinção de qualquer espécie. No entanto, o que se vê na

atualidade são leis perfeitas, mas com pouca aplicabilidade no que diz respeito à igualdade. Daí surge a necessidade dessas políticas de ações afirmativas, que reforçam a democracia pela possibilidade da conquista de direitos por parte de grupos minoritários, que no Brasil, um país extremamente desigual e injusto (Hobsbawn, 1995) tendem a ser reiteradamente desrespeitados e têm a experiência cotidiana das diversas formas e facetas da exclusão.

4 Do direito das pessoas com deficiência auditiva e surdez ao acesso à educação

As políticas de ações afirmativas estão voltadas para evitar qualquer tipo de discriminação. Sendo assim, requerem que sejam reconhecidos os mesmos direitos e as mesmas oportunidades sejam dadas a todas as pessoas com deficiência.

Os indivíduos com deficiência, em especial a auditiva, têm o direito de participar da sociedade em todas as áreas e, acredita-se que a Educação é um poderoso instrumento na formação desse indivíduo, em especial na promoção da igualdade de direitos.

Como elencado em capítulo anterior a Constituição Federal da República de 1988, em seu artigo 5º, inciso I, salienta a igualdade em seu texto da seguinte forma: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional Brasileira (LDB), em seu Capítulo 5, ampara o acesso dos indivíduos portadores de deficiência no âmbito educacional, principalmente na rede regular de ensino (Lei nº9.394, 1996).

Nesse sentido, sabe-se que existem leis que garantem tratamento igual para essas pessoas, assim, devem ser aplicadas de maneira correta, ou seja, garantindo uma educação plena para todos e, posteriormente a entrada no mercado de trabalho. Para que a educação desses alunos com deficiência seja plena é imprescindível a formação continuada do professorado.

Como esses alunos estão sendo educados, e se suas necessidades estão sendo atendidas, e, principalmente, buscar uma educação de qualidade fazendo com que este seja o ponto de partida para o contato deles com o mundo.

5 O direito a educação

Pode-se dizer que a escola, da forma como se vê hoje — estrutura de concreto, equipamentos, profissionais capacitados, sala de aulas compostas por alunos de diferentes origens, com diferentes costumes, valores e realidades socioeconômicas distintas — é uma perspectiva recente, até mesmo moderna no que se refere à forma de visualizarmos o que é uma escola.

Em outros tempos, a educação e os ensinamentos que garantiam a sobrevivência do jovem ser humano era tarefas dos integrantes de cada círculo familiar. A esses era destinada a incumbência de ensinar os conhecimentos e desenvolver as habilidades passadas de geração em geração, de acordo com a cultura e a função social de sua família, com a finalidade de inserir seus filhos no contexto social da comunidade vigente à época.

Tais conhecimentos e habilidades apresentados dessa forma ficavam restritos, uma vez que só era ensinado ao jovem o que cabia a cultura e função social ou trabalhista de sua família: ou seja, filho de pescador, pescador seria. Essa limitação, quando tratada no âmbito das aquisições de leitura e escrita agravava ainda mais o contexto, já que, como sabido, por séculos esse foi um privilégio de poucos, destinado quase sempre somente aos nobres e seus filhos homens.

A partir das mudanças sociais e econômicas, novas formas de perceber e ensinar o “ensinar” foram transformando e democratizando os conhecimentos que antes eram restritos pelos núcleos familiares e classes sociais. Assim, a escola como se conhece hoje em suas funções e estruturas é e sempre será o resultado da busca por satisfazer, mesmo que momentaneamente, os desafios, as necessidades de cada geração que, por sua vez, contribuem para as mudanças e reestruturações sociais.

Diante desse contexto, os indivíduos com alguma deficiência ao vivenciarem a sua negação no decorrer da história da humanidade, ficaram alheios a tudo por exclusão social e total do que seria pertinente a eles na vida em sociedade, na educação e em dignidade.

Pode-se afirmar que somente nas últimas décadas é que se tem notícia de outras perspectivas para essas pessoas. Percebe-se que antes a escola era para poucos, geralmente para nobres, e a possibilidade de se ter um ofício era particular à cultura de cada família. Fica óbvio que para as pessoas com deficiência restava somente o abandono, o descaso e a certeza

de não ser possível exercer a cidadania, já que tampouco era considerado um cidadão.

Cabe ressaltar que atualmente as escolas estão gradativamente assumindo um dos principais papéis na disseminação da mensagem de compreensão e aceitação dos direitos das pessoas com deficiência, aqui em especial a auditiva, ajudando a banir medos, mitos e concepções falsas, e apoiando os esforços da comunidade inteira. Estão sendo aumentados e disseminados os recursos educacionais destinados a ajudar os alunos a desenvolver, neles mesmos e nos outros, um senso de individualidade em relação à deficiência e a reconhecer meios positivos nas diferenças existentes.

A educação inclusiva no contexto escolar reflete a ainda precária institucionalização legal e regimental em níveis estadual e municipal. Contudo, infelizmente, apesar do grande avanço legislativo nacional, ainda faltam instrumentos que orientem as esferas pedagógicas e administrativas no cotidiano escolar.

Nesse sentido tem-se como principal instrumento legal no país a Carta Magna, que, elegeu como um dos fundamentos de nossa República a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, I, II). Como um dos objetivos fundamentais, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV) (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

Assim, após garantir o direito à igualdade (art. 5º), a CF/88 trata, em seu art. 205 e seguintes, do direito de todos à educação, que deve visar o “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

Além dos dispositivos legais mencionados anteriormente, a CF/88 elege como um dos princípios para o ensino a “igualdade de condições para o acesso e permanência na escola” (art. 206, I), acrescentando em seu art. 208 que: O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia [...] V- de acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

Portanto, qualquer que seja a escola, deverá observá-los sob pena de grave ofensa à CF/88. Os dispositivos legais transcritos bastariam para que todas as escolas recebessem a todas as crianças sem qualquer discriminação, e para que isso fosse realizado com qualidade, deveriam adaptar-se às diferenças por vezes existentes entre os alunos, e não poderiam excluir os

deficientes.

O argumento que surge após a constatação supra é que isso seria o ideal, mas ainda não totalmente possível. Fala-se ainda, porque na prática ministrar o ensino em salas heterogêneas não tem sido tarefa fácil. Muitas escolas ainda não estão adaptadas e preparadas para receber alunos com deficiência.

Não resta então, outro caminho que não a necessidade urgente de as escolas procederem à sua adaptação. Insta destacar que a adequação a que toda escola está de certa forma obrigada é que se chama inclusão. Espera-se que os ambientes, inclusive o educacional, estejam devidamente preparados para receber a todas as pessoas, evitando-se assim, a exclusão.

Educação inclusiva não significa apenas ofertar o acesso dos alunos às escolas ou à língua, é necessário também a formação profissional específica para se trabalhar esses alunos, bem como saber lidar com as diferenças de cada aluno e interagir da melhor forma com cada um deles.

6 O processo de inclusão

A educação inclusiva é um conceito relativamente novo, pois surgiu no século passado e vem tendo avanços e ao mesmo tempo encontrando resistência no meio escolar, é uma condição para que as pessoas com deficiência tenham garantido seus direitos à educação, uma vez que, como citado em tópico anterior, a inclusão dessas pessoas no sistema regular de ensino é uma diretriz constitucional:

As escolas inclusivas são escolas para todos, implicando num sistema educacional que reconheça e entenda às diferenças individuais, respeitando as necessidades de qualquer dos alunos. Sob essa ótica, não apenas os portadores de deficiências seriam ajudados e sim todos os alunos, que por inúmeras causas endógenas ou exógenas, temporárias ou permanentes, apresentem dificuldades de aprendizagem ou no desenvolvimento. (Carvalho, 2004, p. 29)

E ainda,

[...] a inclusão implica uma mudança de perspectiva educacional, pois não se limita aos alunos com deficiência e aos que apresentam dificuldades de aprender, mas a todos os demais, para que obtenham sucesso na corrente educativa geral. (MANTOAN, 1999 citado por MANTOAN, 2003, p. 16).

A inclusão está baseada na defesa dos direitos humanos de acesso,

ingresso e permanência com sucesso em escolas de boa qualidade (onde se aprende a aprender, a fazer, a ser, e a conviver), no direito de integração com colegas e educadores, de apropriação e construção do conhecimento, o que implica, necessariamente em previsão e provisão de recursos de toda ordem.

No tocante às práticas escolares inclusivistas, o que se pode dizer da experiência brasileira de inclusão é que de modo geral esta iniciativa é competência da educação especial, que se encarrega do suporte e da coordenação de todas as ações concernentes ao aluno. Incluindo-se o seu encaminhamento para a classe regular, o planejamento da prática pedagógica, o apoio aos professores do ensino regular e a conscientização da comunidade escolar.

Assim ao tratar da inclusão dos surdos Skliar (1997, p. 134) adverte que “não significa apenas incluí-los, colocá-los fisicamente nas escolas comuns e/ou especializadas, mas sim hierarquizar os objetivos filosóficos, ideológicos e pedagógicos da educação dos alunos surdos”.

Contudo, apesar dessa gama de direitos que giram em torno da inclusão, merece destaque, a precariedade das condições materiais e formativas necessárias à inclusão. Isso se evidencia, por um lado, pela ausência ou inadequação de equipamentos e adaptações necessárias aos alunos surdos e, por outro lado pelas falhas no modelo de formação de professores e gestores ligados à educação inclusiva.

No Brasil a formação de professores e agentes ligados à educação seguem um modelo tradicional. Modelo tradicional segundo Costa (2019), é aquele onde o professor é detentor do saber, o aluno é um mero expectador no processo de aprendizagem. Sendo assim, verifica-se que se trata ainda de um modelo inadequado para suprir as demandas da diversidade humana. Na última década os cursos de formação de professores aumentaram, mas, infelizmente, poucos são os cursos de formação que oferecem disciplinas voltadas para a educação inclusiva. Ou seja, apesar do avanço (que é uma realidade nas escolas brasileiras hoje), ainda não existe um referencial definido sobre como receber e incluir, em sala regular de ensino, os alunos que apresentam diferentes tipos de deficiência.

Em contrapartida, o próprio sistema de ensino não reúne dados que lhe forneça subsídios para promover a avaliação do processo de inclusão escolar a partir da voz dos próprios sujeitos incluídos, uma vez que as histórias de vida disponíveis são baseadas na experiência de pessoas, hoje adultas, que conseguiram se incluir à sociedade por “imposição” e “insistência”,

valendo-se dos seus próprios esforços, em uma época em que não havia políticas públicas que garantissem seus direitos, tampouco métodos, processos ou recursos de adaptação. Como tais possíveis informantes, além de terem ditas histórias de inclusão diferentes, constituem um grupo muito pequeno e suas vozes não necessariamente auxiliaram-na avaliação do impacto das experiências de inclusão sobre o cidadão deficiente hoje ingressando no sistema escolar, para o qual as políticas públicas de inclusão consistiriam na única alternativa para obtenção de voz pública. (Glat & Ferreira, 2003, p. 61)

Portanto, as escolas devem assumir um dos papéis na disseminação da mensagem de compreensão e aceitação dos direitos das pessoas portadoras de deficiências, ajudando a banir medos, mitos e concepções falsas e apoiando os esforços da comunidade inteira. É necessário realizar a educação para todos com bases nos princípios da participação plena e igualdade. A educação desempenha um papel principal na definição do futuro para todas as pessoas, sob os pontos de vista pessoal, social e profissional.

Os países mais desenvolvidos têm facilitado e promovido melhores condições para as pessoas deficientes, como nos Estados Unidos, primeiro país a discutir a questão da inclusão educacional. Lá a educação inclusiva recebe apoio significativo em termos de políticas públicas. Destacando-se a formação de professores, os quais recebem orientação sobre metodologia e práticas pedagógicas, adaptadas à diversidade educacional, desde o início do processo de inclusão.

7 Considerações finais

Ao longo do tempo a educação dos deficientes e dos surdos foi marcada por transformações diversas no que se refere ao modo de cultura, estudos, metodologia educacional de surdos, pesquisa educacional, busca de uma identidade, construção da sua história-cultural, até chegar em uma construção intercultural entre a relação de surdos e ouvintes numa escola inclusiva, onde observa-se as limitações do sistema educacional, seja na elaboração do projeto pedagógico ou no oferecimento dos serviços especializados de forma a atender plenamente as necessidades desses educandos.

Embora o Brasil, por meio da CF/88 (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988), do ECA (Lei nº 8.069, 1990) e da Lei de

Diretrizes e Bases da Educação Nacional Brasileira (LDB) (Lei nº 9.394, 1996), garanta o direito de matrícula aos alunos com deficiência, pode-se afirmar que essas leis são instrumentos fortes para a aplicabilidade das ações afirmativas. Contudo, muito ainda precisa ser feito, uma vez que a inclusão prevê muito mais do que a inserção física destes indivíduos na sala de aula.

Infelizmente, as limitações impostas às pessoas com deficiência representam, ainda hoje, uma imensa barreira a ser vencida. A dificuldade de comunicação e a falta de informações acabam por levar a pessoa com deficiência auditiva e surda ao isolamento e à exclusão social, representando, portanto, a maior problemática advinda da deficiência auditiva e da surdez.

Assim, a inclusão pode ser considerada um projeto coletivo, para o qual deve-se buscar um novo conceito de normalidade e deficiência, aprendendo a respeitar as diferenças.

É perceptível que os impactos das ações afirmativas vêm ocorrendo de maneira tímida. Diga-se tímida, porque eles existem, mas ainda há muito a ser alcançado principalmente no que diz respeito à formação de professores.

Com base nos estudos identificados e apresentados nesta pesquisa, foi possível verificar que, de acordo com a legislação pertinente em vigor, os portadores de deficiência auditiva e surdez têm o direito a recursos educativos que atendam às suas condições linguísticas, culturais e curriculares especiais no espaço escolar.

Contudo, não se pode garantir que a implementação do processo inclusivo será rápida, pois é extremamente difícil mudar questões socioculturais de uma sociedade, especialmente sobre um tema delicado como as questões abordadas neste artigo.

Desta feita, que se almeja é muito mais que simplesmente a matrícula dos surdos e outros deficientes na rede regular de ensino. É necessário formar profissionais que acolham o novo, que sejam livres de preconceito e comprometidos politicamente com a função cultural e social de produzir sentido, de construir conhecimentos e reconhecer a plenitude do desenvolvimento desses sujeitos a despeito de suas diferenças.

Referências

- BOTELHO, P. (1998). **Segredos e Silêncios na Interpretação dos Surdos**. Belo Horizonte: Autêntica.
- CAMPOS, M. L. I. L. (2011). **Educação Inclusiva para surdos e as políticas vigentes**. In: Góes, A. M. *Língua brasileira de sinais – introdução* (p. 29-52). São Carlos: UFSC. Recuperado de <https://www.passeidireto.com/arquivo/72140018/livro-lingua-de-sinais-brasileira/7>.
- CARVALHO, R. E. (2004). **Educação Inclusiva: com os pingos nos “is”**. 4. ed. Porto Alegre: Mediação.
- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. **Diário Oficial da União**, 191-A, 05 out. 1988, p. 1. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.
- COSTA, E. L. (2019). **Ensino tradicional**. São Paulo: Portal da Educação Tecnologia Educacional Ltda. Recuperado de <https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/conteudo/ensino/11345>.
- DORZIAT, A. (1999). **Bilingüismo e surdez: para além de uma visão lingüística e metodológica**. In: Skliar, C. (Org.). *Atualidade da educação bilingüe para surdos* (p. 27-40). Porto Alegre: Mediação.
- FREIRE, A. M. F. (1999) Aquisição do português como segunda língua: uma proposta de currículo para o Instituto Nacional de Educação de Surdos. In: Skliar, C. (org.) **Atualidade da educação bilingüe para surdos** (2 ed., v. 2, p. 25-34). Porto Alegre: Mediação.
- GLAT, R. & Ferreira, J. R. (2003). **Panorama Nacional da Educação Inclusiva no Brasil**. In: Banco Mundial. *Educação Inclusiva no Brasil: diagnóstico atual e desafios para o futuro*. (v. 1, p. 1-63). Rio de Janeiro: Educação Inclusiva no Brasil.
- GOLDFELD, M. (1997). Breve relato da educação de surdos. In Goldfeld, M. **A criança surda: linguagem e cognição numa perspectiva sócio-interacionista** (p. 24-43). São Paulo: Plexus.
- GOMES, J. B. B. (2001). **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar.
- HARRISON, K. M. P., Lodi, A. C. B., & Moura, M. C. (1997). **Escolas e escolhas: processo educacional dos surdos**. In: Lopes Filho, O. (Ed.)

Tratado de Fonoaudiologia (p. 359-400). São Paulo: Roca.

HOBBSAWN, E. (1995). **A era dos extremos: o breve século XX - 1914-1991**. São Paulo: Companhia das Letras.

LACERDA, C. B. F., & Góes, M. C. R. (Orgs.) (2000). **Surdez: processos educativos e subjetividade**. São Paulo: Lovise.

LEI Nº 7.853, 24 DE OUTUBRO DE 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7853.htm.

LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm.

LEI Nº 9.394, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm.

LEI Nº 10.172, DE 9 DE JANEIRO 2001. Aprova o Plano Nacional de Educação e dá outras providências. Diário Oficial, 10 jan. 2001, p. 1.

LEI Nº 10.436, DE 24 DE ABRIL DE 2002. Dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais - Libras e dá outras providências. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10436.htm.

MANTOAN, M. T. E. (2003) **Inclusão escolar: o que é? por quê? como fazer?**. São Paulo: Moderna.

MESQUITA, S. T. (2000) **Implante coclear: quem são seus usuários**. (Dissertação de Mestrado). Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista, Franca, SP, Brasil.

MOGFORD, K. (2002). **Aquisição da linguagem oral no indivíduo pré-linguisticamente surdo**. In: Bishop D, Mogford K. *Desenvolvimento da linguagem em circunstâncias excepcionais* (p.145-77). Rio de Janeiro: Revinter.

OLIVEIRA, U. C. (2015). **A criança surda e as dificuldades na comunicação**. *Revista Científica da FECRA*, 1(1):3-16.

OLIVEIRA, V. B. (Org). (2000). **O brincar e a criança do nascimento aos seis anos**. Petrópolis, RJ: Vozes.

ONU (1948). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Assembleia Geral das Nações Unidas, 10 dez. 1948, p. 5.

SKLIAR, C. (1997). **Sobre o currículo na educação de surdos**. *Revista Espaço*, 1(8):38-43.

UNESCO (1990a). **Declaração Mundial sobre Educação para Todos: Satisfação das Necessidades Básicas de Aprendizagem**. In: Conferência Mundial sobre Educação para Todos, Jomtien (Tailândia), 5-9 mar. 1990. Jomtien: UNESCO.

Capítulo 13

DIREITO DO CONSUMIDOR - E-COMMERCE, PROTEÇÃO DE DADOS E RESPONSABILIDADE DO MARKETPLACE PELAS OFERTAS EM PLATAFORMAS DIGITAIS

Ana Cristina Brandão Santiago Nascimento¹

Bruno Brandão Santiago Nascimento²

Carlos Augusto Tolomelli Malaquias³

Vandré Cabral Bezerra⁴

1 Introdução

Nos últimos anos foi notório o avanço da tecnologia, com o advento da ferramenta da *internet*, que facilitou o intercâmbio de informações, impulsionando o processo de globalização. Nesta senda, diversas foram as inovações nas mais diversas áreas, destacando na última década o crescimento acelerado do comércio eletrônico – *e-commerce*.

Voltando olhares para o cenário brasileiro, a demanda relativa

-
- 1 Advogada; Professora Universitária; Pós-Graduada em Direito Civil e Direito Processual Civil; Pós-Graduada em Relação Jurídica de Consumo; Pós-Graduada em Mediação e Conciliação de Conflitos; Conselheira Seccional da OAB/MG; Membro da Comissão Especial de Defesa do Consumidor do Conselho Federal da OAB; Presidente da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/MG Subseção Juiz de Fora 2013/2018; Membro do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – BRASILCON.
 - 2 Graduando em Direito – Faculdades Integradas Vianna Júnior; Estagiário na Delegacia Especializada de Atendimento às Mulheres – DEAM – Polícia Civil do Estado de Minas Gerais.
 - 3 Mestrando em Direito da Saúde: Dimensões Individuais e Coletivas na Universidade Santa Cecília – UNISANTA; Pós-Graduado em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas; Pós-Graduado em Direito Constitucional pelo Instituto Legale; Graduado em Direito na Escola Superior de Administração, Marketing e Comunicação – ESAMC Santos; Assessor Jurídico de Unidade Militar do Exército Brasileiro.
 - 4 Mestrando em Direito da Saúde: Dimensões Individuais e Coletivas na Universidade Santa Cecília – UNISANTA; Pós Graduado no MBA Executivo em Finanças pelo INSPER-SP; Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP – FCL-Ar), Bacharel em Administração pela Universidade Santa Cecília – UNISANTA; Economista e Chefe da Seção de Estudos Econômicos e Análises Orçamentárias da Prefeitura Municipal de Santos; Professor de Economia e Finanças na Graduação e no MBA da Universidade Santa Cecília – UNISANTA; Professor Executivo de Economia Empresarial na STRONG Business School – FGV.

ao *e-commerce* cresceu exponencialmente nos últimos anos, tendo como destaque o período pandêmico da COVID-19.

O Brasil possui um dos maiores mercados de consumo de tecnologia relacionada à *internet* do mundo, onde mais da metade da população brasileira possui acesso à esta ferramenta, seja por meio de computadores ou *smartphones*.

Considerando a magnitude deste mercado consumidor, fez-se necessária a adequação de políticas públicas no fito de prover aos consumidores garantias fundamentais capazes de preservar seus direitos, esta preocupação do Estado brasileiro pode ser evidenciada em nossa Carta Magna onde temos regulamentada a defesa do consumidor no Brasil no art. 5º, inciso XXXII da Carta Magna que dispõe que “[...] o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor [...]”; e no art. 170, inciso V, do mesmo Diploma Legal consta a defesa do consumidor como um dos Princípios que regem a atividade econômica.

Vale destacar, também, a Lei Federal nº 8.078/90 – o Código de Defesa do Consumidor, que veio regulamentar as relações de consumo, amparada pela Constituição Federal de 1988, porém, deixou lacunas nas formas de consumo atuais, *e-commerce* – comércio eletrônico/virtual, muito embora válidos para todos os tipos de relações comerciais os princípios, direitos e garantias do consumidor, conforme preceitua seu art. 4º do C.D.C.

Com o crescimento acelerado do *e-commerce*, tendo em vista a facilidade de se contratar serviço e adquirir produto por meio eletrônico, viu-se a necessidade de se adequar o aspecto legal às atuais necessidades dos consumidores de tecnologia.

2 E-commerce

O *e-commerce*, comércio eletrônico, é um ambiente virtual em que as transações de compra, venda e prestações de serviço ocorrem por intermédio de programas de informática, nestas plataformas são realizadas as operações, passando pela apresentação do produto, por meio do *marketing*, pela negociação, até a execução do contrato.

Através do ambiente eletrônico firmam-se diversos tipos de contratos, públicos e privados, como negócios entre empresas – *business to business* (B2B) – e entre particulares (contrato na seara civil) – *consumer to consumer* (C2C) –, porém, o grande volume de negócios por meio

eletrônico ocorre entre fornecedor e consumidor – *business to consumer* (B2C).

Com o advento desta modalidade de comércio, ficou muito mais fácil o consumidor adquirir produtos e serviços sem necessitar sair de sua residência. Hoje, através de seu celular ele compra produtos de uso pessoal como roupas e sapatos, realiza o pagamento de boletos, e despesas em geral por intermédio dos aplicativos de *internet banking*, contrata viagens, entre outras tantas coisas no conforto de sua residência.

Contudo, é comum a invasão de propagandas e *marketing* nas redes sociais e nas caixas de e-mail, induzindo o consumidor de forma apelativa à ofertas de produtos e serviços, envolvendo o mesmo, bem como a personalização de ofertas, levando em consideração o perfil do consumidor, que é obtido por intermédio dos algoritmos resultantes de pesquisas na *web*, bem como do interesse externado nas mais diversas plataformas seja de relacionamentos, consumo, etc.

No que pese à doutrina, esta é uniforme quanto a admissibilidade da aplicação do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor nas relações estabelecidas no *e-commerce* entre partes sediadas no Brasil. Entretanto, surgem cada vez mais normas relacionadas a problemas jurídicos pelo uso da Tecnologia da Informação.

Neste sentido, temos o Marco Civil da Internet (MCI), Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres quanto ao uso da internet no Brasil. O art. 7º, inciso XIII, da Lei nº 12.965/14 ratifica a aplicação das normas de defesa do consumidor nas transações realizadas pela *internet*, desde que configurada a relação de consumo, vejamos:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: [...] XIII – aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet.

O Marco Civil da Internet traz importantes ditames como a proteção à privacidade e a vedação da captação indevida de dados e da sua comercialização, o que vai de encontro direto com a proteção do consumidor, parte mais vulnerável na relação de consumo, que é obrigado a fornecer seus dados nas transações eletrônicas.

Resta claro que a atenção do legislador foi direcionada para a criação de ferramentas jurídicas capazes de promover a regulação do ambiente virtual, contudo, sem interferir na liberdade dos usuários, o que

nos anos seguintes alavancou o surgimento da Lei Geral de Proteção de Dados, como apoio jurídico à proteção de dados pessoais, visando garantir o direito à privacidade, inviolabilidade, bem como a dignidade humana.

3 O Decreto nº 7.962 de 15 de março de 2013

O Decreto nº 7.962/13 veio regulamentar o Código de Defesa do Consumidor no que tange ao *e-commerce*, determinando que o fornecedor de produtos e serviços deve garantir ao consumidor atendimento facilitado. O art. 1º diz que o fornecedor deve prestar informações claras e precisas a respeito do produto ou serviço e respeitar o direito de arrependimento, o que consta dos artigos 4º, 6º e 49 do C.D.C., vejamos:

Art. 1º Este Decreto regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico, abrangendo os seguintes aspectos: I – informações claras a respeito do produto, serviço e do fornecedor; II – atendimento facilitado ao consumidor; e III – respeito ao direito de arrependimento.

O art. 2º contém as informações que necessariamente deverão constar nos sites eletrônicos, in verbis:

Art. 2º Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, as seguintes informações: I – nome empresarial e número de inscrição do fornecedor, quando houver, no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda; II – endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias para sua localização e contato; III – características essenciais do produto ou do serviço, incluídos os riscos à saúde e à segurança dos consumidores; IV – discriminação, no preço, de quaisquer despesas adicionais ou acessórias, tais como as de entrega ou seguros; V – condições integrais da oferta, incluídas modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto; e VI – informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta.

É regramento do Decreto, também, que as contratações no *e-commerce* devem observar o cumprimento das condições da oferta, e ainda devem ser observados os prazos, quantidade, qualidade e adequação. Os sites de compras coletivas deverão seguir as seguintes regras: Informar a identificação do fornecedor responsável pelo site e do fornecedor do serviço ou produto ofertado; informar o número mínimo de consumidores para a efetivação do contrato; informar o prazo da oferta.

Bem como o atendimento tem que ser facilitado, devendo os sites:

- apresentarem o contrato previamente, enfatizando cláusulas que limitem direitos;
- oferecer o contrato por meio que permita conservação e reprodução do mesmo;
- confirmar o recebimento da aceitação da oferta tão logo a receba;
- manter serviço adequado e eficaz de atendimento em meio eletrônico, com ofertas referentes à informação, dúvidas e reclamações, suspensão ou cancelamento do contrato;
- apresentar ao consumidor meios e mecanismos eficazes para pagamento e fornecimento de dados do consumidor;
- dar um retorno ao consumidor em até cinco dias.

O decreto ainda estabelece em seu art. 5º o dever de os fornecedores informarem de forma clara os meios eficazes para o exercício do direito de arrependimento, estabelecido no art. 49 do C.D.C., *in verbis*:

Art. 5º O fornecedor deve informar, de forma clara e ostensiva, os meios adequados e eficazes para o exercício do direito de arrependimento pelo consumidor. § 1º O consumidor poderá exercer seu direito de arrependimento pela mesma ferramenta utilizada para a contratação, sem prejuízo de outros meios disponibilizados. § 2º O exercício do direito de arrependimento implica a rescisão dos contratos acessórios, sem qualquer ônus para o consumidor. § 3º O exercício do direito de arrependimento será comunicado imediatamente pelo fornecedor à instituição financeira ou à administradora do cartão de crédito ou similar, para que: I – a transação não seja lançada na fatura do consumidor; ou II – seja efetivado o estorno do valor, caso o lançamento na fatura já tenha sido realizado. § 4º O fornecedor deve enviar ao consumidor confirmação imediata do recebimento da manifestação de arrependimento.

O direito de arrependimento presente no art. 49 do C.D.C. e regulamentado pelo art. 5º do Decreto 7.962/13 veio, principalmente, para coibir a entrega de produtos que não estejam em conformidade com o anunciado, e também, pelo fato de que no momento da compra o consumidor tem acesso apenas às fotos fornecidas pelo anúncio, bem como em alguns casos o *feedback* de outros usuários, não tendo a oportunidade de verificar *in loco* as reais características do produto no momento de sua aquisição.

4 A proteção dos vulneráveis no e-commerce: a Lei Geral de Proteção de Dados

O acesso aos dados pessoais de um cliente é algo valioso para os empreendedores, saber como seu consumidor pensa a respeito de determinado produto, o quanto ele anseia pela aquisição daquele bem, com qual frequência executa buscas e quais os principais objetivos destas, são questões que facilitam a criação de um marketing efetivo. Desta forma, a utilização dos dados pessoais é um verdadeiro ativo empresarial na sociedade contemporânea, assim, com o avanço do *e-commerce* surgiram riscos à privacidade frente às tecnologias da informação, que influenciam diretamente no mercado de consumo, bem como no Direito do Consumidor.

Com o desenvolvimento e aprimoramento das plataformas relacionadas ao *e-commerce*, atrelados à capacidade de processar um imenso volume de dados variados, presente no *Big data*, que permite o refinamento de informações no fito de segmentar e direcionar as ofertas a determinados consumidores, torna-se cada vez mais eficiente, a formação de bancos de dados com informações de mercado precisas e consequentemente a busca pela obtenção de informações acerca dos consumidores torna-se cada vez mais intensa, refletindo diretamente na necessidade de preservação da privacidade e proteção de outros direitos do consumidor que utiliza o ambiente virtual.

Conforme (CUNHA, 2021), a lei geral de proteção de dados surge como um meio de efetivação dos direitos de personalidade, considerando sua abordagem dos direitos e deveres previstos na legislação brasileira, é possível perceber que a garantia do sigilo na troca de informações pessoais ou comerciais tem caráter inviolável, estando em plena conformidade com o texto constitucional, sendo o zelo da segurança e privacidade dos usuários da *internet* de fundamental importância para o legislador, considerando o contexto do avanço digital, bem como a globalização tecnológica evidenciada nas últimas décadas.

No artigo 2º, da Lei 13.709 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), é possível observar seu objetivo que é brevemente exposto, além de apresentar uma série de fundamentos e práticas que devem ser adotadas para resguardar os direitos dos consumidores, previstos de forma ampla pela constituição e abordados de forma direta pela LGPD, incluindo, 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 e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Depreende-se então que um dos principais objetivos da Lei Geral de Proteção de Dados é assegurar o tratamento de dados pessoais tutelando os direitos de seus titulares, observando as exigências legais previstas no ordenamento jurídico, tendo ênfase na prevenção de riscos inerentes ao assunto. Destarte isto, a preocupação com a segurança das informações pode ser evidenciada no artigo 6º do supramencionado Diploma Legal *“utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão”* (art. 6º, VII, da LGPD).

Sendo assim, impende destacar, ainda no artigo 6º, a responsabilização e prestação de contas que estão relacionadas à obrigatoriedade de *“demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas”* (art 6º, X, LGPD). Assim, podemos traçar um paralelo com o princípio da transparência e da prevenção, obrigando os responsáveis pelo tratamento de dados ao cumprimento das normas jurídicas, uma vez que estes devem demonstrar a conformidade legal e sua eficácia, seja por meio de programas de conformidade, ou até mesmo com procedimentos detalhados realizados para avaliar os impactos sobre a proteção dos dados.

No tocante à responsabilidade civil a Lei Geral de Proteção de Dados, possui em seu texto as especificidades para as ações dos responsáveis pelo tratamento de dados, os agentes controladores. Bem como em seu artigo 45, faz menção ao Código de Defesa do Consumidor ser aplicado juntamente com esta, quando o legislador disserta *“as hipóteses de violação do direito do titular no âmbito das relações de consumo permanecem sujeitas às regras de responsabilidade previstas na legislação pertinente.”* (BRASIL, 2018) seguindo a linha de entendimento das legislações anteriores, bem como dos doutrinadores.

Nesta seara, percebe-se que a LGPD, em seu artigo 45 remete à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor para as situações de violação do direito do titular dos dados no âmbito da relação de consumo.

5 A personalização de ofertas no *e-commerce*

Como apresentado anteriormente, milhões de dados são obtidos e tratados, diariamente, por intermédio dos sites de *e-commerce*. De modo que, a questão do preço mais atrativo que das lojas físicas não é a única vantagem deste tipo de comércio, mas quem ganha papel de destaque neste cenário é a personalização de ofertas, cada dia mais o marketing e o ambiente de compra se tornam mais adaptáveis às características do cliente, bem como seu estilo de compra.

O que possibilita esta experiência é a compilação e a análise dos bancos de dados obtidos das pesquisas dos usuários, que é capaz de encontrar e diferenciar os padrões destes e classificá-los.

Esta análise de comportamento do consumidor oferece indicativos valiosos para o mercado varejista no *e-commerce*, direcionando para a aquisição correta de produtos, para a produção e até mesmo contratações no âmbito da empresa, tudo através da análise e aplicação dos algoritmos somados às informações presentes nos bancos de dados.

Com base nessas ferramentas tecnológicas, tornou-se possível por intermédio da análise dos bancos de dados, bem como com a utilização de algoritmos, personalizar ofertas, para determinados clientes, ou seja, uma mesma loja virtual com ofertas distintas para cada consumidor.

Atualmente as maiores empresas do *e-commerce* brasileiro investem em tecnologias capazes de converter visitantes em potenciais compradores, por meio da personalização de ofertas, que permite aumentar esta taxa de conversão. Tal método de mercado já é bem difundido em países que possuem um *e-commerce* mais maduro, como por exemplo Estados Unidos da América e em alguns países da Europa.

Mas no que realmente consiste a personalização de ofertas? Trata-se de um *upgrade* da segmentação de clientes, que em suma, é um processo que agrupa os consumidores em grupos, conforme a maneira com que interagem com anúncios diversos no meio virtual, ou em suas pesquisas, assim em função da semelhança dos indivíduos que compõem cada segmento é possível prever a maneira com que estes responderão a determinadas estratégias de marketing.

Assim, a personalização consiste na individualização do consumidor, buscando satisfazer suas necessidades da forma mais eficiente possível. E considerando que as necessidades humanas são mutáveis, o processo de personalização de ofertas baseia-se em um monitoramento constante da

interação dos usuários das redes sociais, de modo que após identificar o padrão de comportamento os sites de venda sejam capazes de direcionar as ofertas mais relevantes para aquele consumidor específico.

Para o comércio varejista, os benefícios deste modelo de mercado são nítidos, uma vez que torna-se possível automatizar uma relevante parcela da confecção das ofertas, no ambiente virtual, além de existir um aumento muito significativo na taxa de conversão e de vendas e uma consequente fidelização de clientes.

6 A responsabilidade do *marketplace*

O marketplace é uma plataforma de ofertas de produtos e serviços, gerida por empresas conhecidas no mercado de consumo, onde vários vendedores utilizam do site para expor e vender bens e serviços.

Essas empresas que utilizam o marketplace valem-se da confiança que o consumidor possui por sua marca, figurando como intermediador nos processos de aquisição de produtos e serviços através de sua plataforma virtual, cobrando inclusive taxas dos estabelecimentos comerciais pelos serviços prestados.

Essa nova modalidade de comércio eletrônico dá ao consumidor maior segurança ao realizar contratos por meio de plataformas de grandes e renomadas empresas, além de contarem com um maior número de ofertas de produtos numa só plataforma; e dá ao comerciante que utiliza do serviço da plataforma maior visibilidade e melhor divulgação dos seus produtos e serviços.

Quanto à responsabilidade sobre o comércio de produtos e serviços, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) prevê algumas normas as quais cabe ao fornecedor cumprir. Através do Decreto 7962/2013, novas regulamentações acerca do comércio eletrônico foram incluídas às regras do CDC, trazendo mais segurança ao consumidor e garantindo seus direitos fundamentais.

Dessa forma, devido ao fato de que o marketplace atua como um intermediário entre o fornecedor e o consumidor, o gestor deste se torna tão responsável quanto o fornecedor do produto ou serviço. Além disso, o fato do gerenciador da plataforma receber uma taxa do fornecedor para servir como um intermediário no negócio, majora seu dever de reparar, sendo sua responsabilidade solidária.

Segundo o entendimento jurisprudencial, o *marketplace* tem a

obrigação de responder junto com os anunciantes parceiros, tendo assim as mesmas responsabilidades que os fornecedores para com o consumidor. Por esse compromisso que o fornecedor tem com o consumidor, o responsável pelo *marketplace* responde mesmo não tendo agido por má-fé ou culpa, é a denominada responsabilidade objetiva.

Há de se esclarecer que se tratando apenas de sites de busca, onde são realizadas somente pesquisas de comparação de fornecedores, produtos, precificação, em que não se recebe percentual algum sobre as transações realizadas entre os fornecedores e os consumidores, os Tribunais têm afastado destes sites a responsabilidade objetiva.

7 Futuro do *e-commerce* no Brasil e no mundo

No cenário mundial, o *e-commerce* vem crescendo desenfreadamente e vem envolvendo consumidores e fornecedores de vários países, tornando-se as negociações e transações eletrônicas internacionais, e como consequência, a complexidade dessas relações vem aumentando. O Brasil e mais 74 países, incluindo Estados Unidos, China e toda a União Europeia, estão negociando a fim de regulamentar no âmbito mundial o *e-commerce*.

Envolve a discussão a questão da variação do desenvolvimento social e econômico dos países envolvidos, tendo em vista que participam do acordo países desenvolvidos, países em desenvolvimento e países subdesenvolvidos, devendo-se considerar a realidade de cada país. A base das negociações será o que preceitua a Organização Mundial do Comércio (OMC), entre as asserções estão a garantia da validade de contratos e assinaturas digitais; a confiabilidade dos consumidores no ambiente online e o combate ao spam; eliminar as barreiras no comércio *cross-border* – comércio transfronteiriço; expungir permanentemente as taxas de importação para transmissões eletrônicas e normatizar o fornecimento de dados pessoais e divulgação obrigatória de código fonte.

Com a normatização internacional multilateral entende-se que se tornarão mais seguras e acessíveis as transações no ambiente do *e-commerce* de empresas e consumidores. Insta lembrar que o Brasil já possui a regulamentação para o comércio eletrônico através do Decreto nº 7.962/13, e que poderá ocorrer um conflito entre a norma nacional e a norma internacional, conforme o posicionamento do país perante a nova normatização. Porém, chegar a um consenso entre as duas normas será, sem dúvida, salutar para as transações eletrônicas envolvendo o Brasil, tanto nacional como internacionalmente.

8 Considerações finais

Com a normatização do *e-commerce* e a Lei Geral de Proteção de Dados, o Brasil está à frente de muitos países, vindo a garantir atendimento facilitado e proteção aos dados virtuais do consumidor, e também que o mesmo não perca tempo tentando solucionar problemas causados pelos fornecedores, o que lhe gera transtorno, sendo dever do fornecedor de produtos e prestador de serviços identificar e corrigir os erros ocorridos em todas as etapas das transações consumeristas.

As legislações relacionadas à vida em um ambiente virtual, aqui abordadas, têm por finalidade garantir aos consumidores do *e-commerce* uma prestação de serviço de qualidade, com princípios, garantias, direitos e deveres, tornando-se mais seguras e transparentes as relações jurídicas de consumo nesta modalidade cada vez mais utilizada pelos consumidores no Brasil.

Os consumidores estão amparados, também, quando utilizam da nova modalidade de *e-commerce*, através do *marketplace*, sendo que os responsáveis por essas plataformas de pesquisas e vendas respondem objetiva e solidariamente com os fornecedores de produtos e serviços por eventuais danos causados aos consumidores, o que traz mais segurança jurídica aos vulneráveis.

Mister se faz que as negociações internacionais frutifiquem e que tenhamos uma normatização mundial do *e-commerce*, criando-se parâmetros universais para o ambiente virtual que é transfronteiriço na contemporaneidade, o que trará ao consumidor maior confiança para aquisição de produtos e serviços nos sites internacionais.

Referências

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do Consumidor**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima, MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

CUNHA, Giovana Raulino. **Lei Geral de Proteção de Dados e a responsabilidade civil dos agentes de proteção de dados**. 2021. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/>

ANIMA/19427 Acesso: 24 setembro 2022

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, MACHADO, Costa. **Constituição Federal Interpretada**. 11. ed. Barueri: Manole, 2020.

GARCIA, Leonardo; GUGLINSKI, Vitor. **Código de Defesa do Consumidor**: doutrina e jurisprudência para utilização profissional. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

OLIVEIRA, Júlio Moraes. Curso de Direito do Consumidor Completo. 6. ed. Belo Horizonte: D. Placido, 2020. SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 43. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**: Direito Material e Processual. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Direito Empresarial Sistematizado**: doutrina, jurisprudência e prática. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

Capítulo 14

O MUNDO VIRTUAL DOS JOGOS ELETRÔNICOS E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO DOS PLAYERS

Jefferson Parreira de Souza¹

1 Introdução

Este capítulo pretende debater acerca de um tema atual, que recebeu especial destaque durante a Pandemia de Covid-19, que são as relações sociais mediadas por tecnologias de informação e comunicação, no mundo digital. Em relação a este, há uma discussão sobre a liberdade de expressão dos *Players* dentro dos jogos em ambiente on-line. Para entender o fenômeno, é preciso compreender antes o *locus* da liberdade de expressão como uma garantia constitucional e situar no contexto virtual, o que são os jogos eletrônicos, e quais são os direitos e deveres dos *Players*.

Além disso, buscou-se apresentar possibilidades para a inclusão dos *Players* no cenário esportivo virtual, prezando pelas relações harmônicas respeitadas, que condenam e coíbem práticas discriminatórias ou tipificadas criminalmente. Neste artigo, se discute os limites da liberdade de expressão, porque é preciso entender até que ponto um *Player* pode utilizar de sua fala expressiva para atacar outro *Player*, sem que isso constitua um crime.

A abordagem realizada, portanto, inicialmente, desperta a seguinte questão-problema: o que é e quais são os limites da liberdade de expressão em um jogo digital? Ao se buscar uma resposta, percorreu-se o seguinte caminho: como esse direito surgiu e se tornou uma garantia fundamental (conceito histórico), o que é o mundo virtual, como é o cenário dos esportes eletrônicos, quem são os *Players* e como é o comportamento deles dentro do mundo virtual.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade FUMEC, membro das Comissões de Educação Jurídica, Direito Educacional e Direito na Escola da OAB/MG. Advogado militante na área cível e professor de Direito e Temas Contemporâneos no Ensino Médio. E-mail: jeffersonp.adv@outlook.com

2 O que é Liberdade de Expressão: como esse direito se tornou uma garantia fundamental

Um dos temas mais importantes e discutidos são os direitos e garantias fundamentais, além, é claro dos deveres inerentes a cidadania. Faz-se necessário entender que dispor de informações sobre esses direitos e deveres é muito fácil, mas uma hermenêutica adequada pode ser um problema. Qualquer pessoa em posse de um dispositivo eletrônico e possuindo acesso à internet, obtém informações e conhecimentos vindos de todo o mundo.

Os direitos e garantias fundamentais, tanto de caráter individual quanto de caráter social, são descritos em rol não taxativo na Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988. O acesso a esse conhecimento é fácil e qualquer pessoa conectada à internet consegue fazê-lo. Mas existe uma grande diferença em ter a informação e, de fato, entendê-la. Devemos ter em mente que quando lemos um artigo da Constituição da República, por exemplo, precisamos entender a fundo o que aquela informação quer dizer, qual o significado que aquilo tem para o nosso dia a dia e como podemos aplicá-la. O conhecimento sobre como é organizado o ordenamento jurídico e as práticas hermenêuticas são indispensáveis.

Vejamos o que descreve o artigo 5.º, inciso IV e inciso IX da Constituição da República:

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; (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil).

Quando simplesmente nos referimos a essa parte do artigo 5.º, da Constituição da República, podemos ser levados a crer que podemos falar o que quisermos sobre qualquer assunto. “É livre a manifestação do pensamento”, mas será que essa livre manifestação pode ser exercida de qualquer forma, a qualquer modo e a qualquer tempo? Claramente que não pode, o direito existe e está garantido constitucionalmente, mas

mesmo esse direito tem limitações.

O conceito de liberdade de expressão passa por atividades intelectuais, artísticas, científicas ou de comunicação, independentemente de censura ou licença. Mas para concluirmos esse surgimento da liberdade de expressão, podemos trazer vários artigos da nossa constituição que são alicerces para a garantia de tal direito. Os artigos 5.º, incisos IV e IX; 215; 216; 220, parágrafo 2.º; e 217, demonstram a preocupação em que existe para proteger esse direito e explica alguns conceitos fundamentais.

O inciso IX, do artigo 5.º que já fora mencionado, é o mais puro possível na definição da garantia da Liberdade de Expressão. O artigo 215 determina que o Estado garanta o exercício cultural e apoie os movimentos culturais. O artigo 216 garante que as criações desenvolvidas pelo meio da Liberdade de Expressão serão patrimônios culturais. O artigo 220 reafirma o que está disposto no artigo 5º, inciso IX, a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação não deverão sofrer restrições. E o último artigo aqui mencionado o 227, afirma que o Estado e a sociedade devem assegurar às crianças e adolescentes o acesso à cultura.

Feito o panorama do que é e o que garante a liberdade de expressão, buscamos uma conclusão através de um contexto histórico e assim vamos entender o motivo de que a informação precisa ser entendida na sua forma completa e não de uma interpretação vaga.

No contexto histórico temos que entender que a Liberdade de Expressão é garantida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, vejamos:

Artigo 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 ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

A liberdade de expressão é uma das grandes conquistas do movimento Iluminista que consagrou essa garantia como direito natural do homem. O movimento que foi liderado por John Locke, John Stuart Mill e Voltaire. Sua fórmula foi anunciada a época por Voltaire: “Ouse pensar por si mesmo.” e depois disse que: “Posso não concordar com nenhuma das palavras que dizeis, mas defenderei até a morte vosso direito de dizê-las”.

No Brasil as três primeiras constituições contemplavam o uso da liberdade de expressão, esse direito cai com a Constituição de 1937, que

sofre uma censura com Getúlio Vargas. Na Constituição de 1946 o direito fundamental retorna como garantia, em 1967 esse direito volta a perder lugar na Constituição.

Finalmente em 1988 na então vigente Constituição da República, o direito a Liberdade de Expressão retoma, conforme os artigos já mencionados anteriormente.

Superado o contexto histórico de forma bem sucinta, temos de entender que algo tão liberal que é a garantia do livre manifesto, pode ser que sofra uma certa limitação para que o cidadão a exerça.

Inicialmente podemos esclarecer que o direito de expressar não indica de forma alguma que não haja imposição de limites éticos e morais, além de limites legais (limites que a própria lei atribua).

De forma breve destaco que moral e ética são campos que são discutidos além do estudo do Direito. Essas duas vertentes baseiam-se em regras que visam estabelecer uma certa expectativa para as condutas humanas.

A moral estabelece basicamente uma referência pessoal, como será a forma de garantir o seu bom convívio em meio aquela sociedade que está inserida. Não depende de território (espaço físico), é algo abstrato que cria ligações entre as pessoas que objetivam o mesmo referencial moral comum.

Nos dizeres da ética temos basicamente o estudo geral da conduta de um indivíduo entre o que é certo e errado, bem ou mau. Não podemos deixar de mencionar que a ética está diretamente ligada a moral, pois, ela tenta buscar uma justificativa pelas regras postas pela moral. Não estabelece regras, apenas reflexões sobre a ação humana é que a caracteriza.

E no campo legal, a legislação brasileira demonstra que existe uma limitação para o exercício da liberdade de expressão e de forma clara, determina até algumas penalidades que a pessoa pode ter quando supera o limite de se expressar.

Inicialmente extrai do próprio texto constitucional, artigo 5º, inciso X que disciplina que a liberdade de um indivíduo não pode ferir a liberdade de terceiros, vejamos que isso já limita a garantia de liberdade de expressão.

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;

É certo que com esse dispositivo quando se utiliza-se da liberdade de livre manifesto, não se pode ferir a intimidade, privacidade, honra e imagem de outra pessoa. Dito isso, uma pessoa não pode usar o argumento de ter usado o seu direito de liberdade de expressão para ferir outros direitos que terceiros possuem que são garantidos.

Um direito não serve de escudo ou blindagem para que outro direito possa ser atropelado ou atingido.

Pode ser citado alguns exemplos como, a pessoa não pode caluniar, injuriar outra pessoa, pois, dessa forma estaria desrespeitado a máxima de que “o meu direito termina, quando o do outro começa”. Como exposto anteriormente, se a pessoa comete esses crimes de calúnia ou injúria, pode responder penalmente por conta de ter extrapolado o uso da liberdade de expressão e podem ser obrigadas a reparar o dano moral ocasionado.

Temos então que a Liberdade de Expressão não é um direito absoluto, é um direito que assegura, o direito de fala do que quiser, das pessoas, mas desde que ela não passe por cima do direito de terceiros e nem cometa crimes.

3 O mundo virtual dos jogos eletrônicos: comportamento dos Players

A sociedade precisa evoluir em paralelo ao desenvolvimento da tecnologia que tem uma grande importância social e alcançado patamares altíssimos. O avanço tecnológico traz para a sociedade uma proporção de possibilidades gigantesca dentro do mundo virtual, uma delas são os jogos eletrônicos.

Os jogos eletrônicos alcançaram em meio da pandemia do COVID-19 muitos recordes de utilização dos jogos e um aumento no cenário de *Streamer* através das plataformas digitais (ex: YouTube e Twitch TV), então além de termos um aumento de pessoa jogando os games virtuais, tivemos um aumento de um público que tem interesse de assistir a esses jogos.

Por mais que os games e internet existam desde o fim da década de 1950², é algo considerando como novo, somente agora que o mercado

2 Kent, S. (2001) *The Ultimate History of Videogames*. New York: Three Rivers Press.

creceu de forma que os olhares sociais saltaram a esse novo mundo.

Quando pensamos em jogos, nossa cabeça logo remete a crianças e adolescentes, mas o que temos é uma crescente do público adulto consumindo esse produto. Hoje podemos dividir o público desses produtos em dois, o público que joga por horas, normalmente os profissionais e aqueles que possuem uma jornada mais curta, os jogadores casuais.

A diferença basicamente está no resultado que cada um quer alcançar, em geralmente o *Player* profissional ganha a vida com o jogo que ele dedica horas jogando, e o *Player* casual é aquele que utiliza as plataformas como meio de diversão.

Tratando-se do *Player* profissional, esse abriu uma porta enorme para a aplicação do Direito, imaginamos que uma empresa ou um time profissional de um determinado jogo, queira contratar um jogador, ali temos uma relação de trabalho, expandindo o Direito para a área trabalhista. É evidente e claro que esse jogador precisa respeitar os limites da liberdade de expressão, por exemplo quando está disputando um campeonato on-line, sob pena de prejudicar o seu time que é o empregador.

A evolução tecnológica dos games não expandiu apenas o público, mas expandiu os seus conteúdos. Acessando uma plataforma digital de venda de games, vamos encontrar diversas categorias, entre os mais populares, os de Ação, Aventura, Tiro em 1ª e 3ª pessoa, RPG, infantil e entre outros.

Mas agora o que precisamos aprofundar é a questão de que existe um mundo virtual gigantesco que conecta milhões de pessoas todos os dias e as atitudes desses *Players* ao utilizarem de sua liberdade de expressão em meio essa conexão mundial.

O que pode ser explorado dentro dos jogos on-line é muito vasto e facilmente pode ser classificado como uma criação artística e tecnológica. Um jogo de MMORPG (*Massively Multiplayer Online Role-Playing Game*) ou “jogo de representação de papéis on-line, multijogador em massa”, em tradução livre) por exemplo com um modo de “mundo aberto” o *Player* pode usar da sua imaginação para explorar o jogo de diversas maneiras, possuem uma cadeia enorme de variáveis para criar um personagem e moldá-lo da maneira que entender melhor, e normalmente o seu personagem se comunica e cria vínculos com outros personagens, que sempre são controlados por outra pessoa em qualquer lugar do mundo.

Nesse momento de conexão entre os *Players* é que devemos tomar as devidas cautelas e entender até que ponto a pessoa que controla o seu

personagem pode usar de uma linguagem e que ela não ultrapasse as barreiras da liberdade de expressão.

No Brasil, temos de visualizar que existem leis que regulamentam o uso da internet, o mundo virtual não é terra sem lei, como alguns vários usuários da internet pensam, pelo contrário a lei funciona e precisa ser respeitada. Algumas leis que norteiam o uso da internet são: Marco Civil da Internet (Brasil, 2014), Lei Carolina Dieckmann (Brasil, 2012), Lei Geral de Proteção de Dados (Brasil, 2018) e leis internacionais Lei de Serviços Digitais (União Europeia, 2022).

Em uma partida de um jogo on-line a pessoa pode promover melhoras em saúde, sociabilidade, conhecimento, estudo de línguas estrangeiras, raciocínio lógico e pode ocasionar uma interação muito engajada e ajudar com o seu bem-estar em momentos de lazer ou não.

No momento que o *Player* está conectado com outros, é necessário que as práticas de moral, ética e as legais (o direito aplicando suas leis) sejam utilizadas, para que aquele espaço on-line tenha uma boa convivência, entretenimento, consiga alcançar sua finalidade e acima de tudo que cada um possa exercer seu direito de liberdade de expressão dentro do respeito necessário.

Imaginamos que em uma partida do game Counter-Strike: Global Offensive (VALVE CORPORATION, 2012), que consiste em um jogo que são 10 (dez) jogadores, sendo 5 (cinco) em cada equipe. Cada uma delas, possuem um objetivo que só pode ser concretizado com a colaboração de todos, se um entra na partida apenas para fazer comunicação abusiva, em geral injuriando a outra pessoa com atos racistas (cometendo crime) e extrapolando o limite da Liberdade de Expressão, o jogo perde o sentido e sua finalidade.

Infelizmente é uma realidade que atrapalha toda uma comunidade virtual, os jogadores que são chamados de *Players* tóxicos, passam dos limites e poluem toda uma comunidade.

Em 2021 conforme o site Tech Tudo, em março de 2021 o jogo Counter-Strike alcançou um número incrível de 1,19 milhões de jogadores simultâneos. Isso demonstra o crescimento do mundo virtual dentro dos jogos eletrônicos e on-line.

Por isso esse artigo preocupa em explicar o que é o mundo virtual, quem são os *Players* e a importância deles possuírem o conhecimento do que é efetivamente a Liberdade de Expressão e como deve ser usada.

4 Considerações finais

É desafiante para uma sociedade que de modo geral não tem contato com o direito, não tem uma base de estudo constitucional, costuma não saber seus direitos e deveres, saberem que existe uma limitação para o direito da Liberdade de Expressão.

Esse artigo teve como finalidade apenas de explicar o que é e como funciona os jogos on-line, o tanto que tomou uma proporção grande e os cuidados que os *Players* devem ter ao se expressar livremente dentro dos jogos no mundo virtual. Não tem como propósito barrar ou limitar de forma que tire a garantia do jogador de se expressar livremente conforme a constituição pondera, mas sim de alertar que esse direito não é absoluto e precisa ser usado de forma moral, ético e dentro dos limites legais.

A ideia é criar apenas uma base para que novas pesquisas possam ser feitas futuramente para o conceito de Liberdade de Expressão seja cada vez mais bem definido e claro para que possa ser usado de forma a gerar uma melhor qualidade e expectativas sociais.

Estimula por fim, que os *Players* saibam usar de forma consciente a sua liberdade dentro dos jogos, mas que não desrespeitem os outros usuários. Assim, todos poderão ter acesso e poderão ser inseridos nesse mundo virtual que tem tornado algo muito divertido e lucrativo.

Referências

ABREU, Victor de. QUANTOS JOGADORES O CS:GO TEM EM 2021? NÚMEROS DA STEAM IMPRESSIONAM. **TECH TUDO**. 2021. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2021/03/quantos-jogadores-o-csgo-tem-em-2021-numeros-da-steam-impressionam-esports.ghml>. Acesso em: 17 ago. 2022.

BEZERRA. Juliana, “Liberdade de Expressão”, **TODA MATÉRIA**, 2022. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/liberdade-de-expressao/>. Acesso em: 19 out. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 out. 2022.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível

em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 10 out. 2022.

GOLDIM, José Roberto Governo. Ética, Moral e Direito. Federal. **UFRGS**, 2003. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/eticmor.htm>. Acesso em: 19 out. 2022.

DOMINGUES, Joelza Ester. “Liberdade de pensamento e expressão tem limites?”. **ENSINAR HISTÓRIA**. 2020. Disponível em: <https://ensinarhistoria.com.br/iluminismo-liberdade-de-pensamento-e-expressao/>. Acesso em: 19 out. 2022.

Capítulo 15

OPORTUNA ANÁLISE JURÍDICA SOBRE AS AUDIÊNCIAS DURANTE A COVID/19 E A PRINCIPIOLOGIA PROCESSUAL

*Henrique Avelino Lana¹
Isadora N. Roversi Veloso²*

1 Introdução

O tema é verdadeiramente instigante e impossível seria almejar esgotá-lo nestas linhas construtivamente escritas.

A temática surge quando Tedros Adhanom, diretor geral da Organização Mundial de Saúde (OMS), declarou no dia 11 de março de 2020 o estado pandêmico que o mundo deveria enfrentar devido a proliferação do Coronavírus. Diante do contexto, no intuito de evitar a proliferação de tal vírus, os entes públicos adotaram o isolamento social em conformidade com o que recomendavam especialistas epidemiológicos.

Com a crise sanitária instalada diversos impactos econômicos, sociais e políticos fizeram-se presentes. Assim, o Judiciário diante dos contratempos tomou algumas medidas para que o serviço jurisdicional não fosse interrompido, dentre essas medidas, a virtualização das audiências, a qual se deu oficialmente por meio da resolução 329/2020 do CNJ.

Por meio do Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020 (BRASIL, 2020d), o Congresso Nacional reconheceu oficialmente a ocorrência do estado de calamidade pública até 31 de dezembro de 2020, o que permitiu a lúdima instituição de medidas provisórias e necessárias como providências paliativas à situação calamitosa que emanou nos últimos meses. Em decorrência de tal reconhecimento e da edição da Lei nº 13.979/20 (BRASIL, 2020e), que, visando proteger a coletividade, impôs o isolamento social e a quarentena a fim de conter o surto do

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

2 Discente na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG, no Programa de Graduação em Direito. E-mail: isanatiellerv@hotmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6365465177137908>

novel vírus e o colapso dos serviços de saúde, muitos setores tiveram de reduzir ou até mesmo cessar a sua atividade, o que também impactou no funcionamento do Poder Judiciário, que passou a ter um novo desafio: entregar a prestação jurisdicional de forma remota, sem a presença física das partes, dos procuradores, dos juízes, dos servidores e de outros, mas de modo efetivo.

Editaram-se atos normativos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) e pelos Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) para dispor, de modo urgente, sobre medidas processuais para garantir a continuidade da prestação jurisdicional em meio à pandemia da Covid-19, que exigiu isolamento social para sua contenção, impondo uma nova realidade. Isso pois, logicamente, o Poder Judiciário não poderia aguardar indefinidamente o retorno de suas atividades presenciais para prestar a jurisdição efetiva.

Nessa conjuntura, as audiências de instrução, momento crível para a produção da prova oral, na modalidade virtual foram objetos de debates, uma vez que existem diversos princípios constitucionais e processuais que regem a sua feitura, dentre eles o subprincípio da imediação, o qual é defendido por diversos doutrinadores como Cleber Lúcio de Almeida, Mauro Schiavi, Guilherme Nucci e Carlos Henrique Soares.

Dessa forma, objetivo principal deste capítulo é analisar se a feitura das audiências instrução de forma telepresencial seria capaz de violar o princípio da imediação para que se possa concluir se essa modalidade de feitura da prova oral é ilegítima.

Importante é a proposição feita por Cernelutti, na obra chamada “Cenerentola”, em tradução livre, “Cinderela” e defendida por Aury Lopes Junior, onde o jurista italiano critica a aplicação da Teoria Geral do Processo ao Direito Processual Penal, por meio de uma metáfora ao clássico dos contos de fadas, quando diz que o sapatinho da Cinderela é como se fosse a Teoria Geral do Processo, cabível apenas em um pé, o do Direito Processual Civil. (LOPES JUNIOR, 2017)

Nesse sentido, tendo em vista a “Teoria do Ordenamento Jurídico” do autor italiano Norberto Bobbio, o qual aduz que “a norma jurídica, nunca existe isoladamente mas sempre num contexto de normas com relacionamentos entre si.”(BOBBIO, 1995, pg.17).

Assim, converge-se com o autor, haja vista o caráter sistemático do Direito, onde há institutos basilares, que partem de uma norma fundamental (no Brasil, a Constituição Federal de 1988), como a prova,

instituição jurídica presente em qualquer ramo do Direito processual e importante para aplicação do Direito material.

Além disso, mencione-se o caráter uno e indivisível do Direito, pois embora existam ramos do Direito com peculiaridades, noções basilares não transmutam, a exemplo disso temos a ampla defesa, que embora possa ser aplicada em contextos diferentes, seu sentido permanece. Nessa linha, o professor Rosemiro Pereira Leal em sua obra “Teoria Geral do Processo” defende a criação de um Código de Processo Geral. (LEAL, 2018, pg.153).

Ao que se nota, nosso sistema é misto, porquanto, ao mesmo tempo em que privilegia a oralidade como ideal, contenta-se com sua preterição em favor da celeridade e da eficácia.

Dispõe o art. 362 do NCPC que as provas orais serão produzidas em audiência, quicá para obter a redução do número de atos e, com ela, a celeridade processual.

Advêm da oralidade a concentração (menor número possível de audiências, atos e termos processuais), imediação (desnecessidade de intermediários entre o juiz e os que produzem a prova ou os interessados em sua produção; é o contato direto do magistrado), a identidade física do juiz (o juiz que instruiu deve decidir, para se beneficiar das vantagens da imediação) e mesmo a irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, evitando-se o intuito procrastinatório, com concentração dos eventuais recursos.

O foco deste artigo é sobre a imediação, ou seja, desnecessidade de intermediários entre o juiz e os que produzem a prova ou os interessados em sua produção. Ou seja, o contato direto da autoridade judicante.

Em princípio, acredita-se que a imediatidade, decorrente da identidade física do juiz, lhe outorgaria alguma vantagem na apreciação da prova oral cuja colheita presidiu e assistiu,

Porém, esta não poderia ser considerada como um atributo isolado ou preponderante, muito menos como um atributo mítico, sob pena de se atribuir ao Juiz de 1º grau um monopólio que a lei não lhe outorgaria, para decidir sobre quais provas permitirá e o que dela utilizará para suas conclusões.

Portanto, este capítulo consiste em uma pesquisa composta por duas partes imprescindíveis: a) Direito, Tecnologia e Processo b) a garantia da imediação em face às audiências telepresenciais de instrução.

2 Direito, tecnologia e processo: ponderações iniciais

A inserção da tecnologia mudou a forma de atuação dos operadores do Direito ao longo dos anos, a exemplo disso, temos o processo eletrônico que mesmo com uma inserção tímida desde 2006, ano que fora promulgada a lei que trata da temática, hoje, já diminuiu a ida dos advogados e partes aos ambientes forenses para protocolar petições e aumentou a autonomia dos operadores, já que, o protocolo de peças processuais se dava no horário de funcionamento dos fóruns, e com o processo eletrônico, o prazo pode ser cumprido até 23:59 do *dies ad quem* do prazo processual.

Outrossim, é importante evidenciar que, além do processo eletrônico, o Direito já lida com outras aplicações tecnológicas, como as ODRs (*Online Dispute Resolution*), que segundo NUNES apoiado em KATSH e RULE são oportunidades de analisar grandes quantidades de dados e padrões de disputas a baixo custo.

Quanto às execuções fiscais, há no TJPE a figura das Elis, que configuram-se como uma inteligência artificial (IA) capaz de fazer uma triagem inicial muito mais eficiente que a triagem manual que antes era feita.

Ademais, no TJRJ as PoCs (*Proof of Concept*), há inteligência artificial usada para diagnosticar se há citação positiva, buscar dados do município sobre o valor atualizado da dívida, realizar a penhora no sistema Bacenjud e aguardar o resultado da penhora online.

Segundo dados da EMERJ, este sistema de IA conseguiu em 3 dias cumprir esse procedimento em 6.619 processos.

No que tange as audiências telepresencias de instrução, embora a implementação massiva tenha se dado no contexto pandêmico, a legislação pátria não repelia atos processuais virtualizados, já que o Código De Processo Civil de 2015 permite efetuar atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) estabeleceu o Termo de Cooperação Técnica nº 007/2020 que forneceu gratuitamente a plataforma *Cisco Webex* em prol da continuidade do serviço jurisdicional.

Esta plataforma promete oferecer áudio, vídeo e compartilhamento de conteúdo seguros e integrados em qualquer dispositivo, de qualquer lugar.

Foi publicada a portaria 61 do CNJ que estabeleceu que o *Cisco Webex* seria a plataforma oficial do Poder Judiciário para a feita

de audiências, contudo, tal ferramenta era facultativa, assim, outras plataformas poderiam ser adotadas pelos estados brasileiros.

Há tribunais que optaram pelo *Cisco Webex*, tais como TRF2, TRF3, TRF4; TRT1, TRT2, TRT3, TRT8, TRT9, TRT10, TRT11, TRT19, TRT23, TRT24; TJAC, TJAL, TJAM, TJAP, TJCE, TJMG, TJMS, TJPE, TJPI, TJRJ, TJRS, TJSC, TJSE e TJTO.

Outra plataforma utilizada foi o Google Hangout Meet, a qual promete serviço para reuniões de negócios com alta qualidade e segurança, disponível para todos, em qualquer dispositivo.

A ferramenta conta com um sistema de segurança por criptografia para o processamento das conferências, o que estabelece maior proteção.

Tribunais da Justiça Trabalhista e Estadual usaram esta ferramenta, tais como: TRT4, TRT5, TRT6, TRT7, TRT8, TRT11, TRT12, TRT13, TRT14, TRT15, TRT16, TRT18, TRT20, TRT21, TRT22; TJAL, TJMS, TJRO e TJRS.

Os juristas PARCHEN e GUIMARÃES promoveram um estudo empírico sobre as audiências telepresenciais no âmbito processual penal por meio de formulários *on lines* para entender a percepção de advogados e promotores sobre as audiências telepresenciais de instrução. Nesse estudo, 175 responderam ter realizado audiências de instrução processual penal no período de pandemia da Covid-19. Destes 175 respondentes, 54 realizaram audiência na condição de promotor de Justiça e 121 na condição de advogado. Desse modo, concluíram os pontos negativos e positivos da audiência telepresencial (PARCHEN, GUIMARÃES, 2020, pg.17)). Sendo eles:

1) pontos positivos

a) 41,25% dos respondentes da pesquisa perceberam que a substituição do ambiente forense pela residência ou trabalho da testemunha teve grande influência positiva em seu comportamento, uma vez que se mostraram mais confortáveis em ambientes de sua escolha, comparado com a hostil dependência dos fóruns e com a presença física do juiz, promotor de Justiça e réu;

b) diminuição de custos;

c) imediatidade do registro dos atos;

d) onipresença;

e) garantia da identidade física do juiz.

2- Pontos Negativos

- a) desconforto em algumas testemunhas que tinham dificuldade com o uso da tecnologia;
- b) 61,25% dos respondentes perceberam que a mudança do ambiente forense promoveu um relaxamento excessivo na testemunha. Diminuiu-se a importância que o depoente deu ao ato judicial, a tal ponto de aumentar a desconfiança com a credibilidade de seu depoimento.

Observa-se que há pontos negativos a serem sanados, contudo, esses óbices não são circunstâncias suficientes para impedir a feitura na modalidade virtual, pois em qualquer que seja o modo de realização das audiências, presencial ou *online*, há pontos negativos.

Como exemplo, ao que se nota, nas audiências presenciais os jurisdicionados e advogados contam com problemas de deslocamento, uma vez que, segundo o indicador mundial de dados (WDI), principal banco de dados de países em desenvolvimento, a renda *per capita* do brasileiro permeia os 1.367,57 reais, que divididos por dias do mês ficam em torno de 45 reais ao dia.

Logo, considerando o valor médio da tarifa de transporte público ou do combustível, somados com alimentação e vestimenta, existe um impacto patrimonial, e releva comentar que, se estivermos falando de uma audiência em uma comarca mais distante, o impacto patrimonial tende a ser maior ainda.

Assim, nos estudos em questão, há de ser analisado, se a tecnologia da informação e uso do meio eletrônico seria capaz de alterar o instituto do devido processo legal e constitucional, já que, embora existam mudanças na exteriorização da estrutura que caracteriza o procedimento, de fato, há discussões diversas sobre se a mudança da forma seria capaz de violar princípios processuais, como a ampla defesa e a oralidade, ou até mesmo, o contraditório, que na ótica do autor da teoria do processo como procedimento em contraditório – FAZZALARI – seria este um definidor da existência ou não de um processo.

3 Anotações sobre a garantia da imediação em face às audiências telepresenciais de instrução

Sabe-se que o contato do juiz com as partes e testemunhas é o que a doutrina conceitua como imediação. Com o advento da pandemia de COVID-19 esse contato fora virtualizado, uma vez que, com as medidas de isolamento se impondo, outra alternativa não teve o Judiciário, senão adotar as audiências telepresenciais para que a marcha processual não fosse

interrompida. Nesse contexto, emerge a dubiedade quanto a validade das audiências telepresenciais de instrução, já que, para alguns doutrinadores, a imediação e a prova ficariam comprometidas com a virtualização do ato.

Nesse sentido, em *live* produzida na rede social *Instagram*, o professor Carlos Henrique Soares disse que a valoração da prova pode ficar prejudicada, uma vez que, as audiências de instrução são regidas pelo princípio da imediatidade, assim o juiz não só colhe o depoimento pessoal, mas observa de que forma isso se dá, à exemplo disso, cita as mãos tremulas de um jurisdicionado. (SOARES, 2020)

O professor Luiz Guilherme Marinoni, afirma que: “oralidade propicia um contato direto do juiz com as partes e as provas, dando ao magistrado não só a oportunidade de presidir a coleta da prova, mas sobretudo a de ouvir e sentir as partes e as testemunhas”.

Na esfera processual penal, o professor Guilherme Nucci assevera que: “princípio da imediação permite ao magistrado exercitar sua capacidade de observação e, por meio de sua sensibilidade, captar verdades e inverdades na linguagem utilizada pelo ofendido que pode, inclusive, se mostrar propositadamente distorcida.” BRUNO DA COSTA ARONNE, ainda afirma que “a prova oral coloca o magistrado de frente com as partes e testemunhas, permitindo-lhe sentir as características psicológicas das pessoas envolvidas no processo”.

O jurista Giuseppe Chiovenda, um dos pioneiros a tratar da oralidade, preceitua:

o juiz, a quem caiba proferir a sentença, haja assistido ao desenvolvimento das provas, das quais tenha de extrair seu convencimento, ou seja, que haja estabelecido contato direto com as partes, com as testemunhas, com os peritos e com os objetos do processo, de modo que possa apreciar as declarações de tais pessoas e as condições do lugar, e outras, baseado na impressão imediata, que delas teve, e não em informações de outros. O princípio não se acha apenas estritamente conjugado ao da oralidade, tanto que só no processo oral é passível de plena e eficaz aplicação, senão que, em verdade, constitui a essência do processo oral. (PEREIRA apud CHIOVENDA 2010).

A imparcialidade do juízo há de ser entendida pela inexistência de subjetividade, de modo que o julgador deve se atentar a elementos objetivos, por exemplo, num julgado de uma ação trabalhista que tenha como pedido o reconhecimento de horas extras, o juiz deve dar atenção aos fatos que subsumirão ao fundamento jurídico que reconhece horas

extras, e não se os sujeitos processuais estariam ou não nervosos e por isso depreendeu-se que estão mentindo.

Construtivamente, cabe até indagar, se tivermos diante de um juiz mais sensitivo, então estaríamos diante de uma prova mais robusta?

Luis Alberto Reichelt caracteriza a imparcialidade do juiz como “a ausência de qualquer ‘interesse pessoal’ ou ‘envolvimento emocional’ do julgador com o feito”, como uma “virtude passiva” da jurisdição. (REICHELTE, 2014). Rosemiro Pereira Leal assevera que “a imparcialidade do juiz deve migrar da orbita subjetiva para o recinto da legalidade paradigmática do juiz de direito”. (LEAL, 2016, p.195).

A partir dos conceitos acima expostos, é possível reconhecer que a imediação tem forte caráter subjetivo.

Tal princípio, desenvolvido originariamente por Chiovenda e reproduzido por grande parte da doutrina processualista, compromete o dever constitucional do Estado-juiz de ser imparcial. Ressalta-se que, embora a Constituição federal de 1988 não tenha disposto sobre a imparcialidade do juiz em sua literalidade, esta consagrou o direito das partes a um juízo imparcial ao vedar juízo ou tribunal de exceção em seu art 5º, inc. XXXVII.

O jurista Alexandre Miura Iura (2012) declara que o juiz não pode avaliar a prova com base na entonação da voz, hesitações, rumores ou nervosismo em que a parte ou testemunha deixa transparecer, uma vez que, tal prática configuraria um jogo de adivinhação.

IURA apoiado em François Gorphe afirma que mesmo diante de um juiz perspicaz não se pode advinhar o que há dentro dos pensamentos das partes. E ainda acrescenta que com os anos de magistratura o juiz pode ter essa percepção de que consegue pela experiência identificar mentiras ou verdades, contudo, tal técnica não passa de uma mera adivinhação. (IURA, 2012, pg.30)

Salienta-se que a defesa da imediação como algo necessário a instrução para permitir o julgador sentir os sujeitos do processo recai no solipsismo judicial, que seria uma forma de sacralização do julgador. O professor Dhenis Cruz Madeira conceitua como “uma crença de que o julgador, por características que lhes são subjetivas e imanentes, seja capaz de dizer o que é bom, justo, certo e verdadeiro para o restante da sociedade, em especial, para aqueles que sofrerão os efeitos de suas decisões, notadamente, as partes.”(MADEIRA, 2020, pg.193)

Além disso, o uso reiterado dos termos sujeito ativo e passivo

demonstraria que a teoria do processo como relação jurídica de Oscar Bulow ainda influenciaria na ciência processual, o que inviabilizaria a participação isonômica e ativa de todos os sujeitos processuais. Isso pois distanciaria das concepções mais modernas de processo, traria consigo a ideia de subordinação entre as partes e atribuiria ao juiz o papel de protagonista da relação processual.

O professor Rosemiro Pereira Leal ao tratar sobre a prova em sua obra “Teoria Geral do Processo – primeiros estudos” afirma ser mítico a assertiva de que a prova revela a verdade, como se fora um instrumento mágico de transposição do concreto em abstrato ou vice-versa. Ainda argumenta que “são imprestáveis os clichês de que “a prova é o farol do juiz” (Ordenações Filipinas) ou que a prova é “instrumento (?) por meio (?) do qual se forma a convicção do juiz”. (LEAL, 2016, pg.89)

A afirmativa de que por meio do contato direto com as partes o juiz ficaria mais atento as linguagens corporais ou simbólicas, e que isso seria algo fundamental para a solidificação da instrução, parece coadunar com os importantes dizeres supracitados de Rosemiro Leal. Afinal se espera que por meio dos instrumentos processuais usados para feitura da prova se chegue a uma verdade real, contudo, sabe-se que esta é inatingível.

Outrossim, a defesa da imediação implica na fundamentação das decisões, pois se a linguagem corporal ou simbólica influi na decisão do julgador, isso deve constar na decisão como orienta o princípio do convencimento motivado. Conforme expõe o jurista Alexandre Miura Iura esse tipo de decisão retrocederia às das Ordenações Filipinas onde os julgados descreviam minúcias como “a testemunha estava com as mãos suadas”, ou “os olhares eram de alguém que estava mentindo”.

No clássico de Machado de Assis, “Dom Casmurro”, o protagonista da narrativa acredita fielmente que sua amada o traía, assim, buscou por uma verdade que só existia em seus pensamentos. Da célebre obra adveio o termo “Síndrome de Dom Casmurro”, desenvolvido no processo penal, que se remete a conduta do magistrado na instrução que ao invés de se ater as evidências concretas, conduz o ato instrutório para confirmar suas convicções.

No âmbito do Direito processual do Trabalho, o professor Wagson Lindolfo José Filho aplicou a síndrome de Dom Casmurro no processo trabalhista e asseverou o que segue:

Assim, caso o julgador abandone o seu papel de imparcialidade e equidistância, adotando uma postura mais investigativa e buscando a

todo momento uma verdade pressuposta, inevitavelmente sucumbirá nos chamados “quadros mentais paranoicos”. Isso resultará na contaminação de sua subjetividade para um desfecho negativo do processo. (FILHO, 2018, p. 88).

Por fim, cabe explanar o sentido da prova nas palavras do magistrado e mestre no âmbito da justiça trabalhista, Wagson Lindolfo José Filho: “Por um viés democrático, tem-se que a produção da prova não é destinada exclusivamente para convencer a sabedoria do juiz, mas sim angariar com elementos robustos a tutela de direitos fundamentais a fim de persuadir positivamente todos os atores do processo.” (FILHO, 2018, p.88-89).

4 Conclusão

O tema, como dito, é mesmo instigante. Ao longo do presente trabalho, buscou-se analisar as audiências telepresenciais de instrução, essencial à promoção da prova oral, bem como o princípio da imediação, enquanto um referencial lógico defendido por diversos processualistas no Brasil.

Nesse íterim, analisou-se como tecnologias vem influenciando na atuação dos operadores Direito, e quais seriam as implicações disso ao Processo, ou procedimento.

Quanto a imediação, viu-se que o princípio da imediação fere postulados constitucionais, tendo em vista que, coloca em voga a imparcialidade do juízo e a fundamentação das decisões, pois espera-se do magistrado uma atuação salomônica onde o seu sentir influenciará na solidificação da prova.

Logo, o princípio da imediação merece ser revisto e colocado nos parâmetros do Estado democrático de Direito e as concepções mais modernas de Processo.

Por fim, ressalte-se que o Direito enquanto uma ciência social deve progredir na medida que a sociedade progride.

Assim, é indagável se há sentido em permanecer majoritariamente com audiências presenciais, em uma sociedade em que sua tendência é ser uma sociedade digital, em face a um subprincípio desenvolvido em períodos tão diferentes, onde nem se imaginava que seria possível a reprodução de imagens e áudios em tempo real.

Nesse sentido, Patrícia Deck (2002) explica “Temos que reinventar o Direito assim como a Sociedade está sendo reinventada, senão estaremos todos vivendo de certo modo como “foras da lei”.

Referências

AUDIÊNCIAS telepresenciais de instrução. Fabio Moreira Santos. Belo Horizonte: [S. n.], 04 jun. 2020. 1 vídeo (58 min). **Instagram:** #fabiomoreira.adv.prof. Disponível em: <https://www.instagram.com/tv/CBCCX0ghxO8/?igshid=YmMyMTA2M2Y=>. Acesso em: 25 maio 2022.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento Jurídico**-6ª ed. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 1995.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 08 abr. 2022.

BRASIL. **Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 abr. 2022.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim; PARCHEN, Andrelize Guaita Di Lascio. Videoconferência na Inquirição de Testemunhas em Tempos de Covid-19: Prós e Contras na Percepção dos Atores Processuais Penais. **RDP**, Brasília, Volume 17, n. 94, 493-521, jul./ago. 2020

IURA, Alexandre Miúra. **A oralidade e escrita no processo civil**. Dissertação (mestrado em Direito Processual). Universidade de São Paulo, 2012.

JOSÉ FILHO, Wagson Lindolfo. SÍNDROME DE DOM CASMURRO NO PROCESSO DO TRABALHO. In: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região**. v. 9, n.1, janeiro/dezembro 2018 – Porto Velho. Disponível em: <https://portal.trt14.jus.br/portal/sites/default/files/revista-eletronica-2019-09/Revista%20elet%C3%B4nica%20do%20TRT14%20-%202018.pdf#page=86>. Acesso em 14 de abril de 2022.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos**. 13. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

LOPES JR, Aury; DA ROSA, Alexandre Morais. Quando a “Cinderela” do processo penal ganha novas roupas?. **Revista Consultor Jurídico**. 11 de maio de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-28/limite-penal-quando-cinderela-processo-penal-ganha-novas-roupas>

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUNES, Dierle. LUCON, Paulo Henrique do Santos; WOLKART, Erik Navarro. **Inteligência artificial e Direito Processual**. 2ª edição. Minas Gerais, 2021.

PECK, Patrícia. Quando a sociedade muda, o Direito também deve mudar. **Revista Consultor Jurídico**, 2002. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2002-nov-28/quando_sociedade_muda_direito_tambem_mudar. Acesso em 06 de maio de 2022.

PEREIRA, Larissa Maria Galvão. **Princípio da Oralidade no Processo Penal**. 2010. Artigo científico- EMERJ. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_22010/larissapereira.pdf

Capítulo 16

CRIPTOATIVOS E CAPTAÇÃO DE RECURSOS NO TERCEIRO SETOR

Delba Helene Cunha Silva¹

1 Introdução

Observa-se atualmente grandes avanços tecnológicos em diversas áreas, mas, em especial destaque, o uso de criptoativos como por exemplo criptomoedas, tokens, NFT's, entre outros, nunca estiveram tão no foco de debates e discussões.

Busca-se por meio desse tema, inseri-lo no contexto do Terceiro Setor no que tange a captação de recursos dentro das questões legais aplicadas até o momento. O Terceiro Setor possui características próprias um pouco complexas, mas trataremos do assunto com mais objetividade.

Por ser algo novo, não se encontram muitas referências bibliográficas dessa forma de captação, mas, é um tema atual que está sendo construído, e principalmente utilizado por organizações para dar suporte no financiamento de suas atividades fins.

2 Sobre o Terceiro Setor

O Terceiro Setor é culturalmente confundido no Brasil como algo voltado apenas a obras de caridade. Mas o termo em si vai muito além dessa denominação, e tem ganhado a cada dia mais relevância na sociedade.

Para melhor entendermos essa setorização organizacionalmente, temos o governo em primeiro, empresas privadas no segundo e uma mescla dos dois setores no terceiro. Conforme cita Camargo (2001, p.15):

O “meio termo” é uma expressão difundida que se reporta a ideia de equilíbrio de valores, buscando entre os extremos opostos uma ideologia, um caminho central conciliador, que seja composto por premissas de

1 Formada em Administração pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Especialista em Gestão de projetos pelo programa de MBA em Gestão de Projetos, Universidade de São Paulo - USP. Consultora de Projetos Sociais desde 2017 e ESG – delbahelene@gmail.com

ambos os lados, de tal forma que harmonize e até ou até mesmo integre elementos em debate, tendo em vista pontos comuns entre si. Nesse cenário pode-se considerar o terceiro setor como um meio-termo do ambiente político –econômico, intermediando as relações entre o Estado e o mercado no que tange as questões de melhora social. Seu principal mérito é agregar modelos organizacionais eficientes aos seus objetivos voltados à filantropia.

Já para Coelho (2000), o terceiro setor é definido como um conjunto articulado por pessoas com objetivo do bem comum da sociedade no atendimento a determinadas necessidades e público da população a qual o governo não conseguiu atender, de acordo com a Constituição, de natureza social privada e sem finalidade lucrativa.

Ainda de acordo com o autor o crescimento da população e a necessidade do Estado em desempenhar diversos papéis “gerou pesados ônus no orçamento público, criando uma situação insustentável, forçando a participação de toda a sociedade na busca de soluções, manifestações sociais às quais não ficou alheio o terceiro setor (CAMARGO et al. 2001, p.21).

No Brasil, as organizações sem fins lucrativos que compõem o terceiro setor surgiram em 1916 por meio do Código Civil. Porém de acordo com Albuquerque (2006) ganharam foco nas décadas de 70 e 80. No decorrer desses anos o Brasil, no contexto político se encontrava num período de transição entre a ditadura e o reestabelecimento da democracia. Todos esses fatores impactaram toda sociedade e causou um forte movimento por mudanças. Nesse sentido, ainda de acordo com o autor, as organizações sem fins lucrativos encontravam-se em crescente mobilização em busca de estabelecer o fortalecimento da representatividade civil e assim tornar equitativa os direitos individuais e coletivos. As organizações religiosas foram fundamentais para esse desenvolvimento.

Essas necessidades da população que precisam ser supridas, ficaram ainda mais evidentes com a pandemia de Covid-19. Com o aumento da demanda e redução de arrecadações, o Terceiro Setor precisou ser criativo para manterem-se.

As vezes chamadas de ONG's – Organizações Não Governamentais, Instituições Filantrópicas ou outro termo popular, o Terceiro Setor é formado juridicamente por Associações, Fundações e Instituições Religiosas. Independente a seu nome fantasia, qualquer Organização a qual não tem como finalidade o lucro e não é instituída via Capital Social, está enquadrada em um desses três termos citados acima.

De acordo com PAES (2000, p.36-37), “enquanto nas fundações a pessoa jurídica se organiza em torno do patrimônio destinado à consecução dos fins comuns, nas associações e sociedades predominam o elemento pessoal – o agrupamento de pessoas físicas que a compõem”.

O que significa que não possuem recursos definidos para o desenvolvimento de suas atividades, apenas “um instrumento para a realização dos reais objetivos das entidades” (CAMARGO et al., 2001, p. 59).

Como as organizações não tem objetivo de lucro, elas dependem de várias articulações público/privado para se manterem.

3 Fontes de financiamento

É fato que todas as empresas, independentes de finalidade ou não de lucro, necessitam de recursos para dar viabilidade em suas atividades e obter os resultados esperados. E uma das principais preocupações das organizações é em relação a sua sustentabilidade para o cumprimento de suas finalidades, exigindo uma governança e gestão profissional principalmente para atrair recursos.

As organizações do Terceiro Setor possuem especificidades e características próprias de acordo com suas finalidades estatutárias e devem atender a leis específicas nos campos do direito e contabilidade para poderem se sustentar.

Nesse sentido elas podem obter benefícios fiscais por meio de imunidades e isenções; receber titulações concedidas pelo poder público como o CEBAS – Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, por exemplo; pode celebrar parcerias com o poder público, obter recursos via Leis de incentivo fiscal e captação em geral de pessoas físicas ou jurídicas.

Esta última podendo ser em forma de doação, venda de produtos ou serviços, via associados, voluntariados, etc. Devendo todos estes estarem contidos em seu Estatuto, de acordo com o CNAE de suas atividades, seguirem as Normas Específicas de Contabilidade pelo Conselho Regional de Contabilidade com evidenciação contábil e obrigações acessórias e entregas principalmente para a Receita Federal do Brasil.

Desse modo Tenório traz que:

A principal motivação para a captação e mobilização de recursos é garantir a viabilidade de um projeto e, ao longo prazo, de uma comunidade

organizada, mantendo-os estáveis e produtivos. Essa atividade integra as ações necessárias para construir e garantir a sustentabilidade do projeto. Pode-se afirmar que, atualmente, a maioria das organizações sem fins lucrativos é vulnerável, bem como boa parte das iniciativas comunitárias possui poucos recursos e, em geral, uma única fonte de apoio. A captação e a Mobilização, quando planejadas, contribuem para que a comunidade diversifique a origem dos seus recursos e diminua o grau de vulnerabilidade ao qual está exposta como, por exemplo, a mudança de prioridades ou políticas de financiadores locais, nacionais ou internacionais. (TENÓRIO, 2008, p. 142).

Nessa definição, Tenório expõe que, a maioria das organizações sem fins lucrativos, focam sua captação em apenas uma única fonte, sendo na maioria das vezes o próprio governo. E expõe a necessidade da diversificação de captação alinhada com um planejamento e organização para alcance de seus objetivos.

Terceiro setor é um campo extenso, por isso focaremos nosso estudo em uma forma específica de captação: via doação pessoa física ou jurídica.

A doação está prevista no Código Civil, Lei 10.406/2002, pelos artigos 538 a 564 que “considera-se doação, o contrato em que uma pessoa, o doador, agindo por determinação própria (liberalidade), transfere gratuitamente do seu patrimônio, bens ou vantagens para o de outra, o donatário, que o aceita livremente”.

Em vista disso entendemos que doação é um ato de liberalidade e pode ter encargo para dar segurança ao doador com possibilidade de condição de visibilidade. Para facilitar o estudo dentro da doutrina não entraremos em especificações sobre a natureza da doação, consideraremos apenas pura e simples. Ressaltando apenas que a doação dependendo do estado, pode ter impactos tributários mútuos.

A gestão e funcionamento das organizações é baseada nos dispositivos legais Lei 6.404/76 – lei das S/A dispositivo legal aplicado as Organizações, com suporte da Interpretação Técnica Geral – ITG 2002/2012 voltada para Entidades sem Finalidade de lucro; NBC – Normas Brasileiras de Contabilidade TG 1000 – Pequenas e Médias Empresas e IRFS Completas - Normas do Conselho Federal de Contabilidade. E agora ainda para organizações que possuíam setor específico de telemarketing para captação devem seguir a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD 13.709/2018 que obrigou as organizações do Terceiro Setor se reajustarem.

Sem entrarmos em detalhamentos quanto a questões internas de governança e compliance das organizações, uma vez hoje em dia são uma das principais bases para recebimento de recursos, as doações e subvenções

entram como receitas, devem ser registrados especificamente de acordo com o tipo de origem, assim como sua destinação (ITG – 2002/2012) e expressos em relatórios contábeis de acordo com as metas de rendimentos projetados para determinado período

Dentre as características próprias de parcerias privadas e recebimento de doações, Austin (2001) denota que deve haver um vínculo entre as partes para o alcance dos objetivos, e clareza no posicionamento de cada parte, principalmente no compartilhamento de valores, estratégias e na missão.

Assim como também afirma ANDRADE (2002) “As fontes de financiamento das organizações do terceiro setor variam tanto quanto suas origens e objetivos”. Essa relação de conectividade nas ações junto à sociedade geram um vínculo fundamental que contribui para as empresas e pessoas se identifiquem com essas e contribuam para manutenção e desenvolvimento de novos projetos. Nessa conjuntura, vemos uma crescente busca pós pandemia, tanto pessoal quanto por parte das empresas em questões relacionadas a responsabilidade sócio ambiental. Porém como ressaltam os autores, não é apenas uma questão de financiamento, mas também de afinidade e compromisso.

Para termos uma base, em 2002, o IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, realizou a 1ª edição da Pesquisa Ação Social das Empresas (Pase), tendo como objetivo averiguar como era a articulação de empresas com a área social e a quantidade de recursos investidos. A pesquisa apontou que 59% das empresas no Brasil, estavam de alguma forma envolvidos em atividades ou ações sociais e destinando recursos, em 2004 em sua 2ª edição, verificou-se o aumento para 69%, que juntas alocaram mais de R\$4,7 bilhões (IPEA, 2002).

O fato é que se realizassem essa pesquisa nos dias de hoje, esse número seria bem maior devido ao surgimento de outro conceito, o ESG – *Enviroment*, Social, *Governnce*, para que de fato as empresas assumam um compromisso perante a sociedade e organizações que mais se identifiquem com a causa, não sendo somente uma vantagem competitiva.

Outro fator é o aumento das contribuições por meio de Leis de incentivo fiscal, Via Imposto de Renda Pessoa Física (modo completo), ou empresas com lucro real, ou mesmo de forma espontânea. Sem contar uma nova forma de captação que está crescendo como veremos adiante, por meio de criptoativos.

4 Criptoativos e enquadramentos jurídicos

Primeiramente, é necessário entender o termo ativo tradicional. IUDICÍBIUS (1993, p.30) define “ativo compreende os bens e direitos da entidade expressos em moeda”. E ainda afirma, que “bens incorporados por doação são ativos, da mesma forma que os adquiridos ou construídos, desde que confirmem à entidade expectativas de benefícios futuros” (IUDICIBIUS, 2000, p.131).

Já os ativos virtuais, a CVM – Comissão de Valores Mobiliários define criptoativos como “[...] ativos virtuais, protegidos por criptografia, presentes, exclusivamente em registros digitais, cujas operações são executadas e armazenada em uma rede de computadores” (CVM, 2018). Um dos criptoativos mais famosos, é a conhecida criptomoeada BITCOIN, mas, importante enfatizar que nem todo criptoativo é criptomoeada.

Como cita LA- CROIX apud Ferrarezi (2019, p. 243) cita que:

O termo criptoativo possui um alcance bem mais amplo que a expressão criptomoeadas, designando todos os ativos digitais criados com a utilização de criptografia e tecnologia de manutenção de registros distribuída (distributed ledger technology - DLT), como o blockchain.

O Brasil atualmente ocupa o 7º lugar global no ranking de adoção de criptomoeadas, de acordo com o estudo de uma das maiores plataformas de blockchain do mundo, a Chainalysis.

Para um melhor entendimento, vamos descrever alguns termos a seguir:

Blockchain: dentro do conceito de DLT (Distributed ledger technology) citado anteriormente, é uma tecnologia que “permite acesso, validação e manutenção de dados de forma simultânea e imutável” (Frankfield). Por exemplo, assim como um casamento civil é validado pela sociedade, registrado, a rede de banco de dados blockchain representa o mesmo papel do cartório, porém de forma acessível e menos burocrática.

Criptografia: No campo do cibersecurity, ou segurança virtual é a conversão de dados de um modelo compreensível e legível, para um formato em códigos ou codificado. O elemento criptografado só poderá ser lido ou compreendido, se descriptografado, para dar segurança aos seus usuários (Kaspersky. Plataforma de Cibersecurity)

Com base nos levantamentos acima descritos, o termo Criptomoeada não possui uma definição específica, mas podemos caracterizá-la como “uma representação de valor que (1) se destina a constituir uma alternativa

peer-to-peer (“P2P” – não possui um servidor intermediador) a uma moeda legal emitida pelo governo, (2) independentemente de qualquer banco central, (3) é garantido por um mecanismo conhecido como criptografia e (4) pode ser convertido em moeda fiduciária e vice-versa”. Ou seja, é uma forma alternativa a burocracia por um regulador em transações.

Como dito anteriormente, o exemplo mais conhecido é o Bitcoin, criado em 2009 com objetivo de ser uma alternativa mais eficiente de serviços como pagamento e transações de bens e serviços (FAQ BTC) com regulação por meio de criptografia transparente, de modo descentralizado (Yermack, 2013).

Um dos pontos negativos é sua volatilidade pois, pode sofrer influencias no que tange a oferta e procura no mercado. Mas, há uma criptomoeda, a Stable Coin, que é lastreada por ativos tangíveis, como ouro, dólar, e agora recém apresentada no Brasil pelo Banco Central: o real. Um exemplo de Stable Coin conhecido no mercado é a PAX Gold.

Com base no que vimos até agora, a CVM no Brasil emitiu um Parecer de Orientação 40 que apresenta, inicialmente, a caracterização de criptoativos:

ativos representados digitalmente, protegidos por criptografia, que podem ser objeto de transações executadas e armazenadas por meio de tecnologias de registro distribuído (Distributed Ledger Technologies – DLTs). Usualmente, criptoativos (ou a sua propriedade) são representados por tokens, que são títulos digitais intangíveis. (CVM, 2022).

Essa orientação, assemelha-se ao implantado na Suíça e ainda esclarece que:

[...] a CVM adotará abordagem funcional para enquadramento dos tokens em taxonomia que servirá para indicar o seu tratamento jurídico. Inicialmente, a taxonomia seguirá as seguintes categorias:

- **Token de Pagamento** (*cryptocurrency* ou *payment token*): busca replicar as funções de moeda, notadamente de unidade de conta, meio de troca e reserva de valor;
- **Token de Utilidade** (*utility token*): utilizado para adquirir ou acessar determinados produtos ou serviços; e
- **Token referenciado a Ativo** (*asset-backed token*): representa um ou mais ativos, tangíveis ou intangíveis. São exemplos os “*security tokens*”, as *stablecoins*, os *non-fungible tokens* (NFTs) e os demais ativos objeto de operações de “tokenização”.

Se os direitos possuírem características de ativo como valor

mobiliário, a operação, os emissores e demais agentes envolvidos estarão obrigados a cumprir a legislação e a regulamentação da CVM” como cita o Art. II da Lei 6.385/76, inciso IX:

São valores mobiliários quando ofertados publicamente, quaisquer títulos ou contratos de investimento coletivo que gerem direito de participação, parceria, ou remuneração, inclusive resultante da prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros.

É interessante acompanhar esse processo de discussão e transformação em que vários órgãos buscam se ajustar a inovação. Visto que, a CVM inicialmente não considerava a possibilidade de uma criptomoeda como ativo.

Hoje há várias leis tramitando no Congresso Nacional e o estabelecimento de uma legislação que melhor estabeleça um ordenamento jurídico e tributário como os projetos de Lei nº 2.303, de 2015 e o nº 2060 de 2019, sob supervisão do BACEN (Banco Central) de acordo com a Lei 12865/2013.

Além destas, a Receita Federal do Brasil – RFB ainda instituiu por meio da instrução normativa de nº1.888/2019 a disciplina e obrigação da prestação de informações referentes às operações realizadas com criptoativos para diversos tipos, inclusive doações, mas entende que essa inovação não pode ser privada da oportunidade pública. Sendo assim, a RFB:

[...] tem se manifestado no sentido de que os criptoativos seriam um ativo financeiro. Entretanto, em que pese a plausibilidade de tal entendimento, não se pode olvidar que a tributação a título de ganho de capital pode se tornar obstáculo econômico à utilização dos criptoativos como instrumento rápido e inovador de transações e investimentos.

Nesse contexto, a Constituição Federal em seu artigo 153 e Código Tributário Nacional artigo 43, ainda expõem sobre a incidência de Imposto de Renda “sobre a aquisição de renda, compreendida de forma simplificada como acréscimo patrimonial observado como o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, ou, ainda, de proventos de qualquer natureza”. Dentro desse entendimento, as operações, transações, caso venham a implicar acréscimo ao patrimônio estão susceptíveis a incidência de cobrança de IR e também outros tributos como como o IOF – Imposto sobre Operações Financeiras, e ainda, na transmissão dos criptoativos por meio de doações pelo ITCMD, que varia para cada Estado, ou transmissão para herdeiros em causa mortis (FERRAREZI, 2019, p.248).

Há também já dentro do ordenamento como no CPC 38 e 39,

outros decretos como o 9.580/2018 que trata de ganhos de capital e alienação de bens ou direitos, além de legislação referente a declaração de Imposto de Renda, pela IN 1.585/2015 pela RFB e incidência de IOF pela Lei 8.894/94.

Sendo assim, Struecker (2020) cita que “seja pelo receio de instabilidade econômica ou pelo interesse em atrair capital, cada jurisdição tem adotado – ao menos enquanto não se define uma regulação própria e assertiva – o posicionamento legal e regulatório que melhor protege seus interesses”. Mas o importante é que todos os órgãos governamentais estão reconhecendo, conversando e definindo a melhor maneira de integrar essa tecnologia de forma a dar mais confiabilidade e proteção aos usuários no Brasil.

5 Cripto no Terceiro Setor

Até o momento vimos um pouco sobre o funcionamento do Terceiro Setor e a necessidade de captar recursos para manutenção de suas finalidades estatutárias. Nesta senda:

[...] para sua sobrevivência, buscam recursos no mercado para financiar suas atividades, que podem, por exemplo, ser obtidos por parceiras com instituições de representação internacional que gerenciam fundos multilaterais de investimento ou através de convênios com os Estados e até por entidades também do terceiro setor de outros países. (DA CRUZ et MATIAS-PEREIRA, 2012, p. 84).

Vimos também de forma compacta como se encontra a inserção da tecnologia de ativos virtuais no Brasil e um pouco até então do que a doutrina jurídica traz a respeito dos mesmos.

Deste modo, tem sido constante publicações com esse tema em pauta na mídia. E não diferente de empresas tradicionais, o Terceiro Setor tem olhado com mais atenção para essa oportunidade emergente.

De acordo com um artigo publicado pela jornalista Cintia Miyuki na plataforma BP Money em outubro de 2022, somente em março deste ano, as doações em criptomoedas para a Ucrânia chegaram ao patamar de US\$63,8 milhões de dólares por meio da plataforma The Giving Block. As doações foram utilizadas para ajuda e suporte humanitário, aquisição de medicamentos, alimentos e financiamento de equipamentos militares.

Outro dado apresentado foi que a plataforma passou valores de US\$ 69,6 mil dólares, se comparado a média das doações por meio da moeda tradicional, US\$128 dólares, a doação em criptomoedas foi cerca

de 82 vezes maior, na casa de US\$10,49 mil dólares. Esse é um crescimento muito expressivo pois, a diferença entre as duas formas de doações é muito dissonante. O que nos leva a pensar que a facilidade de acesso com aumento de plataformas que conectam doadores com organizações, segurança de dados e nas transações, de fato podem contribuir para que o doador em dado momento opte em fazê-la por meio de criptoativos do que em moeda comum. Esse tipo de doação também é aceito diretamente por Organizações como o Greenpeace, que recebe Bitcoins.

Um outro uso da captação desses ativos pode ser realizado, como o da ONG Educar+, a qual além de oferecer aulas de informática e promover a inclusão digital de famílias em vulnerabilidade social, “criaram sua própria criptomoeda e já desenvolveram 570 NFTs de impacto para arrecadar fundos” para sustentabilidade de seus projetos e famílias atendidas (CAROL SANTOS, 2022, Revista EXAME).

E ela não é a única a utilizar ativos não fungíveis – NFTs, como forma de captação, num mercado que fez mais de US\$2,5 bilhões de dólares somente no primeiro semestre de 2021 (CHINAGLIA, 2021, Cointelegraph).

Em um outro artigo publicado pela Folha da Manhã em maio de 2022, por Gabriela Caseff, traz como título: “Metaverso e NFTs como estratégia para ONGs arrecadarem”. A matéria apresenta um evento conectando admiradores da arte, exposta por meio da tecnologia do Metaverso com venda de NFTs e a arrecadação destinada a determinadas organizações voltadas para garantia de direitos da mulher.

O Fundador e CEO da Fintech Doare, plataforma de inovação e sistematização de recebimento de doações online, Ruy Fortini, disse que as organizações tendem cada vez mais a adoção deste modelo de arrecadação de recursos, incluindo NFTs geradas por inteligência artificial, que possuem menor valor, mas, arrecadação contínua. Entre outras Organizações que já captam por NFTs estão entre elas projetos da CUFA – Central Única das Favelas e Instituto Marielle Franco.

Cabe destacar que dentro de toda estrutura organizacional e de governança de organizações do Terceiro Setor devem conter certa “afinidade com tecnologia assim como o engajamento” e comprometimento social e voluntário (Rui Fortini, 2022, Folha da Manhã).

Sendo assim, um dos principais atrativos tanto para doadores, quanto para donatários é que as transações realizadas via Blockchain garantem uma maior segurança em relação aos dados do doador e receptor,

mais transparência pela rastreabilidade dessas transações, evitando desvios, é mais simples que questões burocráticas tradicionais, porém há uma grande “discussão quanto ao uso de blockchains para agilizar o processo de transferência de fundos em todo o mundo sem depender de redes tradicionais de câmbio, a volatilidade no preço e as regulamentações governamentais no momento tornam essa opção perigosa para a maioria das organizações no momento”, como cita Nick Hamlin especialista em tecnologia, em um artigo de 2018 publicado pela Organização Sem Fins Lucrativos GlobalGiving. Surgida em 2002 com objetivo de auxiliar outras organizações do Terceiro Setor na conexão entre doadores e donatários em todo mundo.

Mas há uma alternativa para esse problema da volatilidade, como vimos, que são as Stable Coins. A Ribon é um case desses de sucesso. Criada em 2016 a socialtech (junção de social com technology) é brasileira e é reconhecida pela Fundação Bill e Melinda Gates “entre as mais inovadoras do mundo” (Carolina Pompeo e Lauren Simonds, 2021, LABSNEWS). De acordo com o Protocolo Ribon 2021, disponível no site da organização, é definido como:

[...] uma moeda estável atrelada ao USDC e financiada por promotores, que os usuários doam para instituições de caridade selecionadas. Apenas instituições de caridade selecionadas podem resgatar USDC do pool de doações usando ribons. Os ribons estão sempre presos aos nossos contratos inteligentes (smart contracts), então não há como os usuários ou integradores os usarem ou venderem no mercado aberto ou em qualquer outro protocolo. (PROTOCOLO RIBON, 2021, FAQ).

Percebe-se por meio dessa explicação que quando atrelado a um ativo tangível, permite uma proteção ainda maior porque reduz o risco da flutuação de mercado. Essa afirmação permite maior confiabilidade que os Ribons doados serão convertidos em dólares até chegar a instituição final escolhida pelo doador. Um dos projetos que já utilizaram a plataforma é o Banco Mundial de Alimentos.

6 Considerações finais

Esse texto propõe uma reflexão, que assim como a internet foi uma novidade que trouxe várias possibilidades e incertezas nos anos 90, a opção de criptoativos por meio da tecnologia blockchain segue, atualmente, o mesmo caminho a percorrer.

Nesse ensejo, é um campo novo de oportunidades para o Terceiro

Setor conseguir obter recursos para manter seu funcionamento. Tanto por doações espontâneas quanto via Imposto de Renda, organizações que tiverem forte atuação social com governança e estiverem preparadas para essa transformação poderão se beneficiar de diversas formas.

Seja com doações de criptomoedas, NFT's para realização de vendas ou leilões, via Imposto de Renda, eventos virtuais como tecnologia Metaverso, enfim, são inúmeras possibilidades.

Com a discussão de implementações e regulamentações, esse tipo de financiamento pode ser considerado aplicável, e que diferente de outros países, nossa legislação e sistema tributário já previam, de certa forma, a inserção de novas possibilidades de trocas, negociações financeiras, necessitando apenas de uma readequação em termos definidos e aplicáveis com dada situação.

Em suma, o mais importante, é conseguir que organizações do Terceiro Setor possam se manter, e seus projetos em cada área de atuação, que são tão necessários e essenciais nos dias de hoje para a sociedade. Assim como outros setores evoluem, este também, não foge à regra, pois transcende as relações entre governo e demandas da população. Mas, muito maior que todo sistema é a emergência de ações que possibilitem e dê condições das pessoas serem mais humanas e poderem aplicar sua humanidade em desejarem uma sociedade melhor, com o planeta e com o próximo. E no momento o blockchain é essa possibilidade.

Referências

ANDRADE, Miriam Gomes Vieira de. **Organizações do terceiro setor: estratégias para captação de recursos junto às empresas privadas.** Florianópolis, 2002.

AUSTIN, James E. **Parcerias: fundamentos e benefícios para o terceiro setor.** São Paulo: Futura, 2001.

BITICOIN FAQ. Site oficial BTC. Disponível em <https://bitcoin.org/en/faq#what-is-bitcoin>. Acesso em: 25 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 6.385, de 7 dezembro de 1976. **Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários.** Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6385.htm. Acesso em: 26 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 25 out. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 29 out. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.060, de 2019a. **Dispõe sobre o regime jurídico de Criptoativos**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1728497&filename=PL+2060/2019. Acesso em: 28 out. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.303, de 2015**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3D37586ADFA18555AF0DCDB44457FDA6.proposicoesWebExterno2?codteor=1358969&filename=PL+2303/2015. Acesso em: 25 out. 2022.

CAMARGO, Mariângela Franco et al. **Gestão do Terceiro Setor no Brasil**. São Paulo: Futura, 2001.

CAROL, Santos. 2022. **O Terceiro Setor como ferramenta de expansão e democratização da web 3.0**. Disponível em www.exame.com/future-of-money/o-terceiro-setor-como-ferramenta-de-expansao-e-democratizacao-da-web-3-0/. Acesso em: 25 out. 2022.

CASEFE, Gabriela. 2022. **Metaverso e NFTs viram estratégia para ONGs arrecadarem**. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/folha-social-mais/2022/05/metaverso-e-nfts-viram-estrategia-para-ongs-arrecadarem.shtml>). Acesso em: 25 out. 2022.

CHINAGLIA, Rafael, 2021. **Conheça 7 plataformas para vender e comprar NFTs; setor registrou US\$ 2,5 bilhões em vendas no primeiro semestre**. Disponível em: <https://cointelegraph.com.br/news/discover-6-platforms-to-sell-and-buy-nfts>. Acesso em: 25 out. 2022.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS: **CVM divulga Parecer de Orientação sobre criptoativos e o mercado de valores mobiliários**. Português (Brasil). Disponível em: www.gov.br. Acesso em: 26 out. 2022.

CRIPTOGRAFIA DE DADOS. **Criptografia de dados**. Disponível em:

kaspersky.com.br). Acesso em: 27 out. 2022.

DA CRUZ CUNHA, José Humberto; MATIAS-PEREIRA, José. Captação de recursos no terceiro setor: fatores estratégicos para divulgação de informações. **Revista Contemporânea de Contabilidade**, vol. 9, núm. 18, julio-diciembre, 2012, pp. 83-102 Universidade Federal de Santa Catarina Florianópolis, Brasil. ISSN 2175-8069, UFSC, Florianópolis, v.9, n.18, p.83-102, jul./dez., 2012. Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/historia/decada-80>.

FERRAREZI, Renata Soares Leal. **Revista Tributária e de Finanças Públicas: O caminho das pedras para a tributação dos criptoativos**, 2019, p.245-248.

FERREIRA, Ricardo Oliveira, Enquadramento Jurídico de criptoativos nos mercados financeiros. 2022. **Dissertação (Mestrado)**. Universidade Católica Portuguesa. Frankfield, Jake. Distributed Ledger Technology

GONÇALVES, Gabriel de Souza. **Regulação de criptoativos: uma análise das propostas legislativas nacionais diante do ordenamento jurídico brasileiro e da visão de outros países**. Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2019.

HAMLIN, Nick. 2018. **Blockchain Explained: Risks And Opportunities For Philanthropy**. Disponível em: <https://www.globalgiving.org/learn/blockchain-for-philanthropy/>. Acesso em: 29 out. 2022.

IUDÍCIBUS, Sérgio de. **Teoria da contabilidade**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

LA-CROIX, Kevin. Cryptocurrencies – To insure or not to insure? In: **The D&ODiary**, 9 set. 2018. Disponível em: <https://www.dandodiary.com/2018/09/articles/cryptocurrencies/guest-post-cryptocurrencies-insure-not-insure/>. Acesso em: 20 out. 2022.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Pesquisa Ação Social das Empresas**. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/acaosocial/rubriquec8fe.html?id_rubrique=11. Acesso em: 30 out. 2022.

PROTOCOLO RIBON. Disponível em: <https://ribon.io/wp-content/uploads/2021/08/Protocolo-Ribon-Whitepaper-v.0.2.pdf> .2021.

POMPEO, Carolina; SIMONDS, Lauren. 2021. **Brazilian socialtech Ribon is recognized among the most innovative in the world by the Bill and Melinda Gates Foundation**. Disponível em: <https://labsnews>.

com/en/articles/technology/brazilian-socialtech-ribbon-is-recognized-by-gates-foundation/. Acesso em: 25 out. 2022.

RANKING de Adoção de Criptomoedas. 2022. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/mercados/brasil-sobe-sete-posicoes-em-ranking-de-adocao-de-criptomoedas-entra-no-top-10-global/>. Acesso em: 23 out. 2022.

STRUECKER, Fernando Almeida. **Oferta pública de criptoativos à luz da lei n.º 6.385/1976**. Curitiba, 2020.

YERMACK, David. Is Bitcoin a real currency? **Na economical appraisal**. 2013. Is Bitcoin a Real Currency? An economic appraisal | NBER. Disponível em: <https://thegivingblock.com/>. Acesso em: 26 out. 2022.

YERMACK, David. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. Vol. II, São Paulo: Atlas, 2004.

Capítulo 17

OS DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE DE SUA CONSOLIDAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Ana Cristina Brandão Santiago Nascimento¹

Bruno Brandão Santiago Nascimento²

Carlos Augusto Tolomelli Malaquias³

Vandré Cabral Bezerra⁴

1 Introdução

Após vivenciar duas grandes guerras mundiais, em um curto período de tempo, a sociedade internacional verificou a necessidade de envidar esforços no fito de preservar a dignidade da pessoa humana, voltando olhares para a defesa dos Direitos Humanos.

Os Direitos Humanos estão relacionados à história da humanidade, nascendo a partir das ações do homem e são fruto da necessidade de poupar as gerações futuras do sofrimento vivenciado no passado.

-
- 1 Advogada; Professora Universitária; Pós-Graduada em Direito Civil e Direito Processual Civil; Pós-Graduada em Relação Jurídica de Consumo; Pós-Graduada em Mediação e Conciliação de Conflitos; Conselheira Seccional da OAB/MG; Membro da Comissão Especial de Defesa do Consumidor do Conselho Federal da OAB; Presidente da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/MG Subseção Juiz de Fora 2013/2018; Membro do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – *BRASILCON*.
 - 2 Graduando em Direito – Faculdades Integradas Vianna Júnior; Estagiário na Delegacia Especializada de Atendimento às Mulheres – DEAM – Polícia Civil do Estado de Minas Gerais.
 - 3 Mestrando em Direito da Saúde: Dimensões Individuais e Coletivas na Universidade Santa Cecília – UNISANTA; Pós-Graduado em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas; Pós-Graduado em Direito Constitucional pelo Instituto Legale; Graduado em Direito na Escola Superior de Administração, Marketing e Comunicação – ESAMC Santos; Assessor Jurídico de Unidade Militar do Exército Brasileiro.
 - 4 Mestrando em Direito da Saúde: Dimensões Individuais e Coletivas na Universidade Santa Cecília – UNISANTA; Pós Graduado no MBA Executivo em Finanças pelo INSUPER-SP; bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP – FCL-Ar), Bacharel em Administração pela Universidade Santa Cecília – UNISANTA; Chefe da Sessão de Estudos Econômicos e Análises Orçamentárias da Prefeitura Municipal de Santos; Professor de Economia e Finanças na Graduação e no MBA da Universidade Santa Cecília – UNISANTA; Professor Executivo de Economia Empresarial na STRONG Business School – FGV.

Hannah Arendt, filósofa alemã, de origem judaica, considerada uma das mais influentes do século XX, após sofrer com a privação de direitos e perseguição na Alemanha nazista, defende em seus dizeres que os “Direitos Humanos não são considerados dados, mas sim uma invenção humana, que está e permanecerá em constante construção e reconstrução.”

Entre os anos de 1964 e 1985 o Brasil vivenciou um regime ditatorial militar, tendo a população brasileira sua participação na vida pública limitada e desestimulada.

Contudo, com o fim do regime ditatorial militar brasileiro temos a promulgação da Constituição Federal de 1988, defendendo que todo o poder emana do povo, que terá seus interesses defendidos por aqueles representantes eleitos por intermédio do sufrágio universal.

A Carta Magna brasileira consagra como objetivo a promoção do bem a todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outra forma de discriminação. Buscando a consolidação dos Direitos Humanos, previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no ordenamento jurídico pátrio brasileiro.

2 Aspectos históricos e os ideais de defesa pelos Direitos Humanos

Delineando uma linha do tempo, no fito de analisar os aspectos relacionados ao surgimento da ideia de Direitos Humanos, buscando avaliar a questão tempo e espaço, percebe-se que ao longo de sua história a sociedade vivenciou diversos conflitos, nações dominando outras nações, homem escravizando o homem de modo que diversos pensadores puderam avaliar que como interseção nestas disputas e superações existia o destino comum da humanidade.

É possível observar que leis naturais como a liberdade, são estudadas a muitos anos, como evidenciamos nos ensinamentos do filósofo Immanuel Kant, que em sua obra escrita no ano de 1.784 propunha o seguinte:

[...] pode-se considerar a história da espécie humana, em seu conjunto, como a realização de um plano oculto da natureza para estabelecer uma constituição política (*Staatsverfassung*) perfeita interiormente e, quanto a este fim, também exteriormente perfeita, como o único estado no qual a natureza pode desenvolver plenamente, na humanidade, todas as suas disposições (KANT, 2003, p. 17).

Assim, é essencial discorrer acerca dos fatos que orbitaram a criação da Organização das Nações Unidas, principal responsável pela defesa dos Direitos Humanos no cenário mundial.

Após vivenciar as atrocidades proporcionadas pelas duas Grandes Guerras Mundiais, no século XX, com curto intervalo entre elas, milhares de mortos, uma gama considerável de europeus deslocados de seus países de origem, seja por perseguição política ou pelas inseguranças trazidas pelos conflitos, a comunidade mundial se viu na necessidade de voltar olhares para proteger os afetados por tais eventos.

Assim, buscando uma maneira adequada de dirimir os novos conflitos de forma pacífica, preservando as gerações futuras dos horrores da Guerra, foi formada a Organização das Nações Unidas – ONU, a partir da união de países voluntários que tinham a concepção de trabalhar na manutenção da paz mundial. Sendo assim, com o fim da Segunda Guerra Mundial, no ano de 1.945, na cidade de São Francisco, foi elaborada a Carta das Nações Unidas.

Esta organização foi instituída para a proteção dos Direitos Humanos, visando preservar a sociedade dos flagelos da guerra, defendendo direitos fundamentais do homem como a dignidade, a igualdade de direito dos homens e das mulheres e a promoção de melhores condições de vida aos mais necessitados.

Desempenhando função de Constituição da ONU, a Carta das Nações Unidas define em seu preâmbulo as intenções de seus fundadores. Possuindo como principal finalidade a manutenção da paz e a preservação das gerações futuras dos horrores vividos nas duas grandes guerras, restando claro que, a Organização das Nações Unidas foi constituída visando a proteção dos Direitos Humanos.

De acordo com Abranches (1964, p.57) a Carta das Nações Unidas é elaborada a partir da mística do respeito aos direitos humanos por todos os Estados, como eixo das relações internacionais no mundo após-guerra.

Em seu texto o documento não deixa dúvidas acerca da intenção em preservar os direitos humanos, podendo ser evidenciado tal temática desde o seu preâmbulo.

NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS

a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das

mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.

E PARA TAIS FINS,

praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, e unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum, a empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos.

RESOLVEMOS CONJUGAR NOSSOS ESFORÇOS PARA A CONSECUÇÃO DESSES OBJETIVOS

Em vista disso, nossos respectivos Governos, por intermédio de representantes reunidos na cidade de São Francisco, depois de exibirem seus plenos poderes, que foram achados em boa e devida forma, concordaram com a presente Carta das Nações Unidas e estabelecem, por meio dela, uma organização internacional que será conhecida pelo nome de Nações Unidas.

Neste contexto histórico, surge uma nova ordem mundial que busca preservar as relações internacionais, mantendo a paz e a segurança, conforme podemos evidenciar na leitura de PIOVESAN (2001, p. 130):

A criação das Nações Unidas, com suas agências especializadas, demarca o surgimento de uma nova ordem internacional, que instaura um novo modelo de conduta nas relações internacionais, com preocupações que incluem a manutenção da paz e segurança internacional, o desenvolvimento de relações amistosas entre os Estados, a adoção da cooperação internacional no plano econômico, social e cultural, a adoção de um padrão internacional de saúde, a proteção ao meio ambiente, a criação de uma nova ordem econômica internacional e a proteção internacional dos Direitos Humanos.

Assim, após a elaboração da Carta das Nações Unidas, verificou-se a necessidade de normatizar a defesa da dignidade humana.

Destarte isto, a Assembleia Geral das Nações Unidas proclama, em 10 de dezembro de 1.948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH, que surgiu da necessidade de criar um mecanismo capaz de normatizar e delinear as condições básicas de reconhecimento da dignidade inerente ao ser humano.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos sofre grande influência dos ideais iluministas, a liberdade, igualdade e a fraternidade,

demonstrando em seu texto visualizar como condição necessária para a paz duradoura a preservação dos direitos naturais do homem, como podemos evidenciar em seu artigo 1º.

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

A Declaração buscou unir as mais diversas correntes políticas e religiosas, principalmente ocidentais da época, de modo a encontrar uma interseção de ideias, o mais próximo possível de um senso comum.

Neste sentido, nos ensina Bobbio (1992, p. 262)

Considero um sinal dos tempos o fato de que, para tornar sempre mais irreversível esta radical transformação das relações políticas, convirjam, sem se contradizer, as três grandes correntes do pensamento político moderno: o liberalismo, o socialismo e o cristianismo social.

Como exposto anteriormente, o que hoje entendemos como Direitos Humanos, foi introduzido pela Declaração Universal de 1.948. Essa ideia é reflexo das atrocidades presenciadas após as Grandes Guerras e principalmente pelos atos praticados pelo nazismo.

Neste contexto, disserta Piovesan (2018) acerca do paradigma e referencial ético que orienta a ordem internacional.

Com efeito, no momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que é cruelmente abolido o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor-fonte do Direito. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução.

Assim, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos, a Declaração dos Direitos Humanos inovou o cenário jurídico internacional, introduzindo a concepção contemporânea de Direitos Humanos.

Destaca-se a universalidade uma vez que, seu texto é marcado pela extensão universal dos Direitos Humanos, defendendo que a condição de pessoa é o único requisito necessário para a titularidade desses direitos. E a indivisibilidade uma vez que, a garantia dos direitos civis e políticos é ligada à observância dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caso um desses seja violado os demais também o serão. Compondo os Direitos

Humanos uma unidade indivisível e inter-relacionada.

3 A Constituição Federal de 1988 e a proteção dos Direitos Humanos no Brasil

Como citado anteriormente, no período de 1.964 a 1.985, o Brasil esteve sob o regime militar autoritário, período este em que sua população enfrentou a supressão de direitos fundamentais, motivando o crescimento da necessidade de redemocratização do sistema de governo nacional. Assim, com o término do regime ditatorial, o supramencionado tema assumiu posição de destaque na política nacional, contando principalmente com o apoio da sociedade brasileira, culminando na promulgação da Constituição Federal de 1.988, a “*Constituição Cidadã*”.

Considerada por diversos doutrinadores como o inquestionável marco de transição para a “*Era dos Direitos*”, a Carta Magna brasileira tem papel fundamental na proteção das liberdades civis e políticas, instrumento normativo capaz de tornar real o ideal de cidadania que por muitos anos foi tido como um mero desejo.

A Constituição Federal de 1.988 possui em seu texto mecanismos jurídicos de proteção dos direitos do homem, demonstrando desde seu preâmbulo a preocupação da constituinte com a dignidade da pessoa humana, como podemos depreender da leitura do trecho a seguir:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a **assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional**, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, 1988 - grifo nosso).

Em seu artigo 1º, a referida prevê a formação de um Estado Democrático de Direito, possuindo como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como o pluralismo político, prevendo ainda em seu parágrafo único que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Sendo indubitável seu viés democrático.

Outro ponto que merece destaque, principalmente considerando o período histórico de transição, é a divisão dos três poderes, bem como a independência entre eles, prevista em seu artigo 2º.

Art. 2º - São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. (BRASIL, 1988).

Além do mais, a Constituição de 1.988 elenca os Direitos Humanos como princípios que devem reger as relações internacionais do Brasil, sendo possível extrair do texto do inciso II, do artigo 4º.

Art. 4º - A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

[...]

II - prevalência dos direitos humanos;

São reconhecidos com *status* constitucional os direitos e garantias contidos em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, que não tenham sido previstos no artigo 5º da CF/88, que trata dos direitos e garantias fundamentais, bem como submete o Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

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:

[...]

§ 3º 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.

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão (BRASIL, 1988)

Nesta senda, vale destacar que o Brasil é signatário dos mais importantes tratados internacionais de Direitos Humanos, tanto na esfera da Organização das Nações Unidas - ONU, como na esfera da Organização dos Estados Americanos - OEA, dentre os quais podemos elencar o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (o Pacto de San José da Costa Rica), não possuindo reservas a qualquer desses instrumentos jurídicos.

Observando estas questões, resta claro que, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, foi incorporada ao longo dos anos no ordenamento jurídico pátrio e foi uma das bases norteadoras na construção da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1.988, uma vez que diversos princípios que assumem posição de supremacia na Carta Magna foram retirados da Declaração. Como disserta BARRETO (2012, p. 58):

O tratamento da matéria logo no início da Constituição, rompendo com o modelo historicamente utilizado nas constituições brasileiras, foi um ato intencional do constituinte, como se ele quisesse mais uma vez sinalizar que a temática dos direitos estava sendo colocada em primeiro plano na nova ordem jurídica.

Contudo, apesar da previsão no texto constitucional eram necessários meios para acelerar o processo de adaptação às proteções ora elencadas. Assim, foram criados, em um total de três, os Programas Nacionais de Direitos Humanos, sendo o primeiro em 1966.

Dos principais obstáculos à promoção e defesa dos direitos humanos no país; a execução, a curto, médio e longo prazos, de medidas de promoção e defesa desses direitos; a implementação de atos e declarações internacionais, com a adesão brasileira, relacionados com direitos humanos; a redução de condutas e atos de violência, intolerância e discriminação, com reflexos na diminuição das desigualdades sociais; a observância dos direitos e deveres previstos na Constituição, especialmente os dispostos em seu art. 5º; e a plena realização da cidadania. (MAZZUOLI, 2019, p. 495).

Insta salientar que a Constituição representou um significativo passo no que tange à proteção dos direitos, além de garantir mecanismos de democracia representativa e direta, como podemos elencar o plebiscito, o referendo e o direito de proposição de projeto de lei por iniciativa da população, sendo inegável o vínculo da constituinte com os ideais democráticos vislumbrados naquele contexto histórico, bem como a necessidade de proteção dos direitos fundamentais ao ser humano.

4 Considerações finais

Considerando o contexto histórico mundial e o contexto em que se encontrava o Brasil no período do regime militar autoritário, era fundamental a implementação de medidas capazes de inserir o povo na participação das decisões políticas e principalmente que preservassem os Direitos Humanos.

Destarte, surgiu a necessidade de adequar o ordenamento jurídico

brasileiro aos instrumentos normativos presentes no cenário mundial, que forçavam esta adaptação e no fito de iniciar a implementação de tais mudanças foi promulgada a Constituição Federal de 1.988, recepcionando os ideais dos diversos tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

A Constituição Federal de 1.988 é o marco inicial na história brasileira para a implementação dos mecanismos de proteção aos Direitos Humanos, no ordenamento jurídico pátrio, e responsável por tornar possível a adaptação necessária na gestão do país que buscava a redemocratização.

Percebe-se que o texto da Carta Magna brasileira recebe grande influência da comunidade internacional, por meio da globalização das nações o que favoreceu de forma ativa a consolidação dos Direitos Humanos no país.

Observando o ordenamento jurídico brasileiro é possível evidenciar avanços conquistados em relação à proteção dos Direitos Humanos, contudo, não há de se negar que muito ainda deve ser feito no tocante à defesa dos Direitos Humanos, principalmente quando voltamos olhares para os brasileiros que se encontram em situação de carência e são impossibilitados de proverem a defesa de seus interesses.

Neste sentido, torna-se necessário voltar olhares para o passado no fito de não repetir as mesmas atrocidades vividas principalmente nos conflitos armados, ratificando a importância em dirimir os conflitos de modo pacífico, preservando assim as gerações futuras, motivo pelo qual foi formada a Organização das Nações Unidas.

Resta claro, também, que a defesa dos direitos fundamentais do homem, como a dignidade, a igualdade de direito dos homens e das mulheres e a promoção de melhores condições de vida aos mais necessitados, não deve ocorrer apenas em cenários de conflito, mas no dia a dia da vida em sociedade.

Referências

ABRANCHES, C. A. Dunshee de. **Proteção internacional dos direitos humanos**. Rio de Janeiro; São Paulo: Freitas Bastos, 1964.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. SP: Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. revisada, atual e ampliada. São Paulo, 2000.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988.
Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 01/05/2021.

COMPARATO, Fábio Konder. Afirmção histórica dos direitos humanos/ Fábio Konder Comparato, 12. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CONVITE À FILOSOFIA. SP: Ática, 1994.

KANT, Immanuel. **Idéia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 6. ed. São Paulo (SP): Editora Método, 2019

MIRANDA, Nilmaro. A criação da secretaria especial dos Direitos Humanos. In: **Brasil direitos humanos**, 2008: A realidade do país aos 60 anos da declaração universal, 2008.

MONTEIRO, Aida. O plano nacional de educação em Direitos Humanos. In: **Brasil direitos humanos**, 2008: A realidade do país aos 60 anos da declaração universal, 2008.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 29 de maio de 2021.

OEA. Assembléia Geral. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. 1969.

ONU. Carta da Nações Unidas, Disponível em: <https://www.un.org/en/charter-united-nations/index.html>, Acesso: 26 de maio de 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **História da ONU**, disponível em: <https://www.un.org/en/sections/history/history-united-nations/index.html> , Acesso em: 29 maio 2021.

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 87.

Capítulo 18

PRECEDENTE JUDICIAL

Charley Teixeira Chaves¹

1 Introdução

A aproximação entre as tradições do *civil law* e de *common law* algo evidente no Brasil. Embora o Brasil adotasse o princípio da reserva legal (art. 5º, II, da CRFB/88) ligado ao sistema da *Civil Law*, a influência do sistema da *Common law* se tonar evidente no CPC de 2015. Todavia, deve ser interpretado com ressalvas.

O presente assunto pretende contribuir para o debate acerca das conexões existentes entre o modelo do *common law* e a influência do método indutivista. Defende-se que o sistema do *common law* como da criação das jurisprudências adotam o argumento indutivista².

A grande confusão que o legislador no CPC de 2015 foi não explicar a diferença entre *precedentes*, *súmula* e *súmula vinculante*, *jurisprudência* e *enunciados*. Os operadores do direito confundem e tratam como sinônimos. Ademais, quais delas são vinculantes como acontecem no controle de constitucionalidade (*erga omnes*) ou quais delas tem efeitos APENAS no judiciário, uma vez provocados.

Existe precedente vinculante ou acórdão vinculante no CPC. Como ficaria o ato normativo, frente ao crescimento interpretativo do judiciário.

São várias problemáticas da aplicação e compreensão dos precedentes

1 Doutor, Mestre e Especialista em Direito Processual pela PUC Minas. Graduado em Direito. Ex-Diretor Acadêmico, Ex-Coordenador de Curso de Direito da FASPI e da FAMINAS/BH. Ex-Pesquisador/Procurador Institucional da FASPI. Ex-Coordenador de Pós-graduação. Ex-Assessor de Juiz do TJMG. Avaliador do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (Sinaes – BASis - MEC) para os atos de Autorização, Reconhecimento e Renovação de Reconhecimento de Cursos de Graduação. Professor Visitante Ampla Concorrência do Curso de Direito da Universidade Federal de Lavras - UFLA. Revisor da revista *De Jure* do Ministério Público de Minas Gerais. Advogado. Membro da Academia de Direito Processual Democrático – ACADEPRO. Membro da Comissão de Direito Processual Civil da OAB/MG - 2022/2024. Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/MG - 2022/2024. Autor de diversos artigos e diversos livros jurídicos.

2 Antonio Magalhães Gomes Filho explica que “o modelo *indutivo* de raciocínio jurídico consiste num esquema que, partindo de um caso particular, conclui com o estabelecimento de uma norma geral: a norma aplicável não é *encontrada* pelo juiz entre tantas predispostas pelo legislador, mas é estabelecida pelo próprio juiz.” (GOMES FILHO, 2001, p. 121).

que enfrentaremos no decorrer do texto.

2 Precedente judicial e da jurisprudência

Existe um entrelaçamento entre as tradições do *civil law* e de *common law* algo evidente no Brasil. Embora o Brasil adotasse o princípio da reserva legal (art. 5º, II, da CRFB/88) ligado ao sistema da *Civil Law*, a influência do sistema da *Common law* se tornar evidente no CPC de 2015, uma mistura de sistema. Todavia, deve ser interpretado com ressalvas.

A grande confusão que o legislador no CPC de 2015 foi não explicar a diferença entre *precedentes*, *súmula* e *súmula vinculante*, *jurisprudência* e *enunciados*. Os operadores do direito confundem e tratam como sinônimos. Ademais, quais delas são vinculantes como acontecem no controle de constitucionalidade (*erga omnes*) ou quais delas tem efeitos APENAS no judiciário, uma vez provocados.

A palavra precedentes aparece nos seguintes artigos 489, §1º, V, VI, 926, §2º e 927, §5º, ambos do CPC. Todavia, o art. 988, IV, do CPC, foi modificado, tirando a expressão precedente da reclamação. Vejamos:

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

~~IV – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de **precedente** proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência;~~

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência; (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência).

Diante da redação dada pela lei n. 13.256/2016, não caberia reclamação para garantir o precedente. Pergunta-se: 1) O precedente é diferente do acórdão vinculante? Para o legislador do CPC, parece que *sim*! Trabalha a ideia de observância do acórdão e não do “precedente”. O art. 947, [...]§ 3º, do CPC, estabelece: “O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.”

Aparentemente, poderia se pensar em um conflito apenas da interpretação gramatical das palavras. Vamos desvendando e solucionando as problemáticas das terminologias. Inicialmente, importante fazer algumas distinções conceituais dos termos: *enunciados*, *jurisprudência*, *súmula*,

súmula vinculante e precedentes.

Primeiro, “os enunciados de súmula são a síntese de jurisprudência dominante, formada por precedentes emitidos em um mesmo sentido.” (MEDINA, 2016, p. 1.202). Os enunciados tratam-se de orientações procedimentais para padronizar determinadas condutas procedimentais. O enunciado sintetiza (em poucas linhas) o entendimento da jurisprudência concretizada. Se assemelha as súmulas não persuasivas ou não obrigatórias.

A “jurisprudência é conjunto de decisões proferidas pelos juízes e tribunais.” (MEDINA, 2016, p. 1.200). Existe uma ideia que a jurisprudência é uma construção solitária do judiciário. Um equívoco absurdo. A jurisprudência ocorre a partir da provocação das partes interessadas (princípios da inércia e da imparcialidade), sendo construída em observância do devido processo legal (contraditório, ampla defesa e isonomia). A sua conclusão se faz diante da construção legal (art. 5º, II, CRFB/88) e da fundamentação, observando os argumentos pretéritos dos interessados (art. 93, IX, CRFB/88).

Logo, a decisão que constrói a jurisprudência não é inédita e nem surpresa (art. 10 CPC). Nem se faz pelo conhecimento da matéria pelo julgador, apesar do julgador ser o construtor final do provimento. Tem o julgador como elaborador do provimento, mas não constrói sozinho o conteúdo da decisão pelo seu conhecimento da matéria (art. 489, §1º, CPC).

Por outro lado, a **súmula** representaria um entendimento PACIFICADO ou MAJORITÁRIO de um tribunal sobre uma tese jurídica discutida e serve de referência para os julgamentos sobre o mesmo tema. Igualdade de julgamento para os mesmos fatos (princípio da isonomia). Importante dizer que a súmula NÃO possui teor obrigatório, mas de referência, prevalece a persuasão racional, bem como o princípio da reserva legal. Não deixa de ser um facilitador e igualador de realidade já decididas. Quando a súmula conflitar com legislação nova deve ser entendida como superada ou cancelada expressa ou tacitamente pelo tribunal criador.

Já a **súmula vinculante** é obrigatória. Sua formação se faz pelo Supremo Tribunal Federal de ofício ou por provocação após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do “Poder” Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

A súmula vinculante terá por objetivo a validade, a interpretação e

a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. A regra, que a súmula vinculante pacifica a interpretação de normas infraconstitucionais polissêmicas ou plurissignificativas, sem falar em criação normativa.

Nosso CPC de 2015 traz um novo conceito ou novo nome: *precedente*. A palavra precedentes aparece nos seguintes artigos 489, §1º, V, VI, 926, §2º e 927, §5º, ambos do CPC. Sem explicar ou diferenciar o que seria um precedente. Sem uma explicação no texto jurídico, a doutrina tentou buscar a compreensão do termo. O “precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos.”³

O **precedente** sempre vai nascer da decisão judicial, ou melhor, de um caso concreto. Trata-se de um fortalecimento ou racionalização das decisões judiciais. Da decisão é possível extrair outras conclusões, “abriu espaço para que se pensasse na decisão judicial não só como um meio de solução de determinado caso concreto, mas também como um meio para promoção da unidade do direito.”⁴ Como diferenciar jurisprudência de precedente. Uma decisão isolada poderia ser considerada jurisprudência?!; ou seria o precedente uma decisão que transcenda o caso concreto?!; Como formaria este precedente, com maioria ou sem maioria dos julgadores?!

Para Michele Taruffo (2014, p.3) “quando se fala do precedente, faz-se geralmente referência a uma decisão relativa a um caso particular, enquanto quando se fala da jurisprudência faz-se, normalmente, referência a uma pluralidade frequentemente muito ampla de decisões relativas a vários e diversos casos concretos.”

Todavia, nem toda decisão judicial vai ser um precedente. “Os precedentes (ou precedente e os julgados que o seguem), reunidos, podem formar uma jurisprudência constante, que motiva, então, a edição de um enunciado sumular.” (MEDINA, 2016, p. 1.201). Já jurisprudência representa uma série de decisões reiteradas, depende de vários julgados contendo a mesma causa de pedir (remota e próxima). Para ter um precedente não preciso ter essa reiteração. A jurisprudência é muito

3 DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2010. V.2, p.381.

4 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 2. ed., São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 640.

utilizada como argumento retórico ou falácia de argumento de autoridade.

Com efeito, “dos precedentes deve se extrair uma *ratio* relativamente geral, embora obtida a partir do julgamento de um caso, que poderá ser replicado em outros julgamentos. A síntese da jurisprudência é apresentada em enunciados de súmula dos Tribunais.” (MEDINA, 2016, p. 1.200)

MARINONI, ARENHART e MITIDIERO⁵ explicam: “Os precedentes não são equivalentes às decisões judiciais. Eles são razões generalizáveis que podem ser identificadas a partir de decisões judiciais. O precedente é formado a partir da decisão judicial.” Para não se tornar um simples exemplo, os precedentes devem **originar dos Tribunais superiores**, conforme leitura que se faz do art. 927 do CPC:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

A despeito da ausência da terminologia “precedente” no art. 927 do CPC, pode-se extrair que o precedente deve surgir de decisões dos Tribunais Superiores. “Isso porque a primeira condição para que exista um sistema de precedentes e de compatibilização vertical das decisões judiciais é o respeito por parte das Cortes Supremas aos seus próprios precedentes.”⁶

O precedente pode dar origem a um enunciado. O precedente é uma decisão judicial; descoberto dentro de uma decisão judicial exigindo um esforço interpretativo e argumentativo. “Os enunciados de súmula, assim, não são precedentes, mas, de acordo com a dicção legal, tais enunciados são criados a partir dos precedentes (ou, como se disse, de precedente e

5 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 2ed., São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 644.

6 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 2ed., São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 646.

decisões posteriores, no mesmo sentido).” (MEDINA, 2016, p. 1.201).

Logo, “os precedentes ligam-se às circunstâncias do caso, e a súmula (ou enunciado de súmula) ao *extrato* da solução jurídica aplicável, de modo geral, a casos iguais ou muito parecidos, tal como resolvidos em uma série de julgados (nem sempre, como antes se afirmou, se identificando o precedente deles).” (MEDINA, 2016, p. 1.203)

O precedente pode ser identificado com a razão de decidir. “A *ratio decidendi* constitui uma generalização das razões adotadas como passos necessários e suficientes para decidir um caso ou as questões de um caso pelo juiz.” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 652)

Pode-se decompor o precedente em: *ratio decidendi* (ou *holding*) e *obiter dictum*. A “*ratio decidendi* é a regra de direito que foi posta como fundamento da decisão, enquanto *obiter dicta* (ou, no singular, *obiter dictum*), são as afirmações e argumentações que, embora possam ser úteis para a compreensão da decisão, não constituem parte de seu fundamento jurídico.”⁷

Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 644) comentam que “*obiter dictum* é aquilo que é dito durante um julgamento ou consta em uma decisão sem referência ao caso ou concerne ao caso, mas não constitui proposição necessária para sua solução.”

O *obiter dictum* não tem nenhuma eficácia e não podem ser invocados como precedente nas decisões de casos subsequentes vez que não condicionaram a decisão do caso anterior.

Importante destacar que o precedente ao analisar a *ratio decidendi* constitui uma generalização das razões adotadas quando a interpretação do órgão colegiado divergir. O voto divergente quanto ao precedente ou dissenso do órgão julgador demonstra que o precedente adotado seria falível com a possibilidade de superação do entendimento do precedente utilizado.

Tema ***problematizado***, quando tenta-se buscar um precedente de decisões plurais que afirma a solução do recurso em um sentido, mas com fundamentos distintos. O resultado é alcançado com diversos fundamentos. Entende-se que não se forma precedente, apesar do resultado e a finalidade

7 GRILLO, Marcela Fontenelle. **A aplicação prática do precedente judicial: ratio decidendi, obiter dictum, distinguishing e overruling.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5051, jul. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/41364/aplicacao-pratica-do-precedente-judicial-ratio-deciding-obiter-dictum-distinguishing-e-overruling/2>. Acesso em: 6 abr. 2020.

alcançar o mesmo objetivo. Portanto, com fundamentações distintas que poderia ser interpretada no mesmo sentido não se formaria um precedente. Não teria adesão **clara da maioria dos julgadores**.

Nesse sentido:

O *common law* não concebia uma *ratio decidendi* que não contasse com a adesão **clara da maioria dos membros da Corte**. Quer dizer que os tribunais inferiores sequer indagavam sobre uma *ratio decidendi* quando se deparavam com decisões cujos resultados fossem alcançados a partir de fundamentos não compartilhados por uma maioria. *Rationes* dotadas de autoridade, capazes de regular casos futuros, dependiam do suporte da maioria da Corte. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 656) (Grifo nosso).

Falar em precedente sem uma adesão da maioria dos membros julgadores é inadequado ou no mínimo questionável. Adotar razão de um precedente **sem ratificação da maioria dos julgadores dos Tribunais Superiores** se tornaria falível com possibilidade de superação do entendimento, diante da sua falta de aderência e/ou unanimidade da *ratio*.

O precedente deve ser debatido **previamente** no caso concreto, sob pena de violar o princípio do contraditório e as regras do art. 10 e art. 489, §1º do CPC. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos. O debate deve ser prévio não apenas na decisão final.

O ato de elaborar a decisão não representa uma construção solitária do conhecimento pelo julgador. Democracia nas decisões não seria uma surpresa do resultado⁸, exige uma interação dos envolvidos na construção da decisão final. Uma decisão fundamentada não representaria o conhecimento solitário do julgador (independentemente do seu grau de especialidade do assunto), por mais especialista que seja ou conhecedor do tema pela sua formação acadêmica. O ato de elaborar a decisão é o reconhecimento da participação dos afetados (através dos representantes legais) construído pelo melhor argumento exposto na decisão final. O elaborador da decisão não é dono exclusivo dos argumentos da sua construção.

8 Teoria do Processo como Situação Jurídica – Goldschmidt. Vide CHAVES, Curso de Teoria Geral do Processo, 2020.

2.1 O precedente é fonte do direito? Tem força vinculante?!

Apesar da ausência da terminologia “precedente” no art. 927 do CPC, pode-se extrair, do CPC, que o precedente deve surgir de decisões dos Tribunais Superiores, para se tornar um acórdão “vinculante”. O raciocínio legal seria vincular o acórdão não o precedente, diante do exposto no art. 927, I ao V do CPC e da ausência da proteção do precedente no art. 988 do CPC. O precedente dependeria do acórdão “vinculante”, com adesão da maioria dos membros julgadores do Tribunal Superiores, para ser observado pelos juízes e tribunais do art. 927 do CPC. Portanto, o acórdão que teria um precedente que alcançaria a força do exposto no art. 927 e a garantia do art. 988, ambos do CPC.

A problemática em falar em acórdão ou precedente vinculante estaria quando se busca uma compreensão normativa dos conceitos fora da base legal (art. 5º, II, CRFB/88) e sim, também, em decisões judiciais. Em quanto o fortalecimento das decisões tem como fundamento os princípios da isonomia e da duração razoável do processo, como base nas decisões judiciais. Na dicção do art. 926 CPC: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.” A “SEGURANÇA” jurídica é um ponto de atrito, já que a segurança poderia ser extraída pelo judiciário e não pelos representantes do povo, o legislativo!?

Por outro lado, a decisão paradigmática do judiciário se esbarra ou enfrenta dificuldades com o princípio da reserva legal (art. 5º, II, CRFB/88), da separação das funções (art. 2º CRFB/88), do devido processo legal, do contraditório, ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CRFB/88), bem como acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, CRFB/88).

Ao permitir uma construção de interpretações fora do raciocínio legal, que impera como segurança jurídica, da ideia da construção da vontade do povo pelos seus representantes, surge interpretações de precedentes. Isso poderia gerar insegurança, violação das separações das funções (art. 2º CRFB/88), uma criação interpretativa de um poder não aquiescido (art. 1º, parágrafo único, CRFB/88). Essas problemáticas devem ser enfrentadas.

O art. 926 do CPC destaca:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula

correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Uniformizar, manter estável, íntegra e coerente os entendimentos dos tribunais permitem uma decisão isonômica e rápida nas soluções dos conflitos (lide). Todavia, como seria essa uniformização para alcançar rapidez no modelo democrático? Como evitar que decisões sejam construídas fora do modelo democrático ou disfarçados em democráticos. Os critérios de testificação e falibilidade devem ser nítidos.

Importante destacar que no Brasil é regido pelo princípio da reserva legal (art. 5º, II, CRFB/88). O precedente surge do caráter *polissêmico* ou *plurissignificativo* das normas (aquelas para as quais se pode atribuir mais de um significado). Também da extensão da compreensão do princípio como norma jurídica. Surge da necessidade de definir os conceitos normativos indeterminados e de cláusulas gerais.

Estabeleceram-se sistemas de Constituições rígidas e se multiplicaram as normas com caráter principiológico e (ou) que empregam conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, de modo que, cada vez mais, a definição do sentido e alcance do comando normativo depende da consideração particularizada dos valores reinantes na sociedade. Nesse contexto, as decisões jurisdicionais assumem especial importância – seja para definir soluções para o caso concreto, seja para produzir diretrizes jurisprudenciais que contribuem para a própria conformação do ordenamento jurídico como um todo⁹.

O precedente não teria força vinculante nos Tribunais, art. 927, I a V, do CPC. A força vinculante *erga omnes* era penas para o controle concentrado de constitucionalidade. A eficácia vinculante nas decisões liminares e definitivas do controle de constitucionalidade. O art. 102, §2º, da CRFB/88 destaca que: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.” A redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004. A súmula vinculante foi regulamentada no art. 103-A da CRFB/88¹⁰.

9 TALAMINI, Eduardo. **O que são os “precedentes vinculantes” no CPC/15.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/236392/o-que-sao-os--precedentes-vinculantes--no-cpc-15>. Acesso em: 26 ago. 2021.

10 CRFB/88, arts. 102, §§1.º e 2.º, e 103-A; Lei 9.868/1999, art. 11, § 1.º, art. 12-F, § 1.º, art. 21, art. 28, par. ún.; Lei 9.882/1999, arts. 5.º, § 3.º, e 10.º, § 3.º; Lei 11.417/06, art. 7.º.

A súmula vinculante terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. O art. 103-A, estabelece:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá **efeito vinculante** em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Grifo nosso).

O CPC de 2015 com ideia de respeitar a jurisprudência, uniformizar entendimento buscou obter um efeito vinculante das decisões. O art. 926 do CPC explica: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.” Criam-se mecanismos para afirmar o respeito à jurisprudência (art. 927 e art. 489, § 1.º, V e VI; art. 985, I e II; art. 1.039, ambos do CPC). Atribui também efeito “vinculante¹¹” ao controle difuso dos recursos especiais e de recursos extraordinários repetitivos e nos incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência (arts. 985, § 1.º c/c art. 928; 947, § 3.º; 988, IV, CPC).

A pesar da regulamentação do CPC de 2015, **NÃO** existe na Constituição da República de 1988 atribuição de efeito vinculante ao controle difuso ou a jurisprudência ou precedente. Os recursos extraordinários repetitivos e nos incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência também não tem previsão constitucional para ter efeito vinculante ou *erga omnes*.

No inciso X de seu artigo 52, da Constituição da República, afirma a competência privativa de suspender lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF em sede de controle difuso. A resolução tem eficácia *erga omnes*. A própria constituição não atribui ao Controle Difuso eficácia vinculante e nem *erga omnes*. Não poderia uma lei infraconstitucional, no caso, CPC de 2015, atribuir efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.

Existe a tese da eficácia vinculante dos motivos determinantes da decisão no controle abstrato de constitucionalidade. A tese defendida

11 Aos Tribunais – art. 927 do CPC.

pelo Ministro Gilmar Mendes a eficácia *erga omnes* e vinculante, em controle concentrado, haveria de cingir-se à parte dispositiva da decisão, deixando de alcançar, lado outro, a *ratio decidendi*, ou os tais **fundamentos determinantes** para o alcance da conclusão.

O ministro Gilmar Mendes defende o elastecimento da eficácia vinculante das decisões em controle concentrado:

Com o efeito vinculante pretendeu-se conferir eficácia adicional à decisão do STF, outorgando-lhe amplitude transcendente ao caso concreto. Os órgãos estatais abrangidos pelo efeito vinculante devem observar, pois, não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas a norma abstrata que dela se extrai¹²

A lei n.13.105/2015, CPC, no artigo 927 alcançaria a *ratio decidendi* dos precedentes judiciais, não se limitando ao dispositivo da decisão. Seria um reforço a tese não acolhida do Ministro Gilmar Mendes? Alexandre Câmara¹³, consignou que a eficácia vinculante imposta pelo artigo 927 se espria para “os fundamentos determinantes da decisão judicial”.

Mas o próprio CPC de 2015 não permite o elastecimento da coisa julgada quanto aos motivos que corroboraram com o dispositivo da sentença.

CPC, art. 504. Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

A coisa julgada não alcança os motivos ou a *ratio decidendi*. Logo, como poderia falar em extensão da eficácia vinculante atribuída normativamente a decisão fora da parte dispositiva da decisão. Uma problemática que deve ser enfrentada.

O ministro Roberto Barroso, invocou o CPC/2015 como argumento a fomentar o debate:

Vossa Excelência [ministro Gilmar] foi um dos que defendeu a eficácia transcendente. O Supremo chegou a aderir essa posição, depois retrocedeu com relação a essa posição, mas, agora, o novo Código recoloca a discussão, porque o artigo 988 diz que cabe reclamação e uma das hipóteses é a de acórdãos proferidos em ação direta de inconstitucionalidade, aí vem, Ministro Gilmar, o parágrafo quarto e diz que as hipóteses dos incisos tal e tal, de cabimento de reclamação pela não-observância da decisão em ADI compreende a aplicação indevida

12 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1.403.

13 CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 442 e 444.

da tese jurídica e sua não-aplicação às hipóteses que a correspondam, portanto, o que produz a vinculação é a tese jurídica [...] ¹⁴.

A problemática ainda persiste. Pode a lei infraconstitucional atribuir efeito vinculante ao precedente? ***Creio que não!*** Sem previsão constitucional não poderia. Talvez o efeito vinculante seria apenas para o judiciário (art. 927 do CPC) como forma de padronização ou uniformização de entendimento. Todavia, depende de ajuizamento para produzir os efeitos almejados. O enunciado 170 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis caminha para essa ideia: “As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos.” ¹⁵

O precedente **não** tem **efeito automático** como o controle de constitucionalidade e a súmula vinculante. Se faz necessário interpretar o art. 927 do CPC em harmonia com a Constituição da República de 1988. Aliás, repita-se, não consta a expressão “precedente” no art. 927 do CPC.

Para assegurarmos uma aplicação do art. 927 em conformidade com a Constituição é importante salientar que não se pode admitir que o CPC tenha acolhido a vinculação dos motivos determinantes da sentença constitucional. A parte dispositiva da decisão é o comando final da sentença que acolhe ou rejeita a pretensão de direito material do autor. [...] Atualmente, não se pode atribuir automático efeito vinculante para um dos motivos da sentença, por mais importante que isso seja, porque não há previsão legal para tanto. ¹⁶

O precedente tem toda uma problemática. 1) A coisa julgada não alcança os motivos ou a *ratio decidendi* (art. 504, I, CPC); 2) O efeito vinculante tem apenas previsão constitucional no art. 102, §2º (controle de constitucionalidade concentrado) e art. 103-A (súmula vinculante) da CRFB/88. Não inclui os precedentes. 3) A Constituição da República não admite o efeito *erga omnes* automático no controle difuso. No inciso X de seu artigo 52, da Constituição da República não atribui ao Controle Difuso eficácia vinculante e nem *erga omnes*. Não poderia uma lei infraconstitucional, no caso, CPC de 2015, atribuir efeito vinculante e eficácia *erga omnes*! 4) O precedente apenas teria validade se fosse dos Tribunais superiores, observando a cláusula de reserva do plenário do art. 97 da Constituição da República Federal. 5) A expressão precedente foi

¹⁴ Disponível em <https://youtu.be/CHzC0WyMk4> com a parte citada iniciando à 1:53:57.

¹⁵ Disponível em <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **Art. 927**. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1.203.

retirada do rol da reclamação e não consta no art. 927, I a V, do CPC. 6) Falar em precedente sem uma **adesão da maioria dos membros julgadores** é inadequado ou no mínimo questionável. Adotar razão de um precedente sem ratificação da maioria dos julgadores dos Tribunais Superiores se tornaria falível com possibilidade de superação do entendimento, diante da sua falta de aderência e/ou unanimidade da *ratio*. O precedente ou acórdão vinculante não pode ser qualquer julgamento embasado como fundamento. Não é qualquer decisão dos tribunais superiores. Deve conter adesão dos julgadores e sua força decorre dos julgados dos tribunais superiores. O próprio art. 927 do CPC destaca que os juízes e os tribunais observarão decisões colegiadas, I ao V, tais orientações devem ser formadas pela observância da cláusula de reserva do plenário - art. 97, CRFB/88¹⁷.

Portanto, o acórdão que é vinculante para os Tribunais e não o precedente. Cabe destacar que o precedente não tem a proteção da reclamação.

São essas **problemáticas** que dificultam a compreensão do efeito vinculante aos precedentes. A vinculação seria apenas para o próprio judiciário (art. 927 CPC), como forma de harmonizar a compreensão normativa, mas não se dá de forma automática, depende do processo e da decisão final para tanto. Isto é, o precedente deve ser julgado para obter o efeito da coisa julgada. Nesse sentido, o enunciado 170 do Fórum Permanente de Processualistas Civis caminhou para essa ideia: “As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos.”¹⁸

Logo, o precedente não teria força vinculante automática para as demais funções: Executiva ou Legislativa. Sempre precisaria de ratificação judicial. Por não ser o precedente *erga omnes*.

2.2 Das técnicas para superação

Existem duas técnicas para se superar um precedente: *overruling* e *overriding*. São técnicas que impedem a petrificação do direito.

Repita-se, como foi abordado, o precedente não pode ser qualquer julgamento embasado como fundamento. Não é qualquer decisão dos

17 CRFB/88, art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

18 Disponível em <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>

tribunais superiores. Deve conter adesão dos julgadores e sua força decorre dos julgados dos tribunais superiores.

O próprio art. 927 do CPC destaca que os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle CONCENTRADO de constitucionalidade, excluindo o controle difuso; II - os enunciados de súmula vinculante, regulamentado pela Constituição da República, no art. 103-A; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos (tais recursos são de competência dos tribunais superiores); IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (tais orientações devem ser formadas pela cláusula de reserva do plenário art. 97, CRFB/88).

O precedente ou acórdão será vinculante **INTERNAMENTE** para os Tribunais, isso não quer dizer que dispensaria o processo (art. 5º, II e XXXV, CRFB/88¹⁹), ou melhor, aplicaria automaticamente. O art. 926 do CPC objetiva manter íntegra e coerente os entendimentos dos tribunais.

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

O vínculo do precedente ou acórdão necessita da ratificação dos tribunais, não se aplicam imediatamente. A ausência de previsão constitucional da eficácia vinculante e a ideia que os motivos não fazem coisa julgada impedem aplicação imediata dos precedentes.

O *overruling* trata-se de uma técnica de superação. Se dá a substituição seja expressa ou tácita do precedente. O “*overruling* é a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente”²⁰.

A regra estabelecida no precedente ou acórdão pode ser superada

19 Art. 5º [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

20 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula S.; OLIVEIRA, Rafael A. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. v.2, p. 494.

por diversas formas: por está desatualizada, frente a realidade social; frente a mudança legislativa e/ou frente nova interpretação normativa. Como qualquer mudança deve respeitar a coisa julgada, o direito adquirido e ato jurídico perfeito. A mudança do precedente ou acórdão não poderia retroagir a fatos pretéritos. “No caso de modificação de jurisprudência sedimentada, a eficácia *ex nunc* é obrigatória, em razão da boa-fé objetiva e da segurança jurídica”²¹.

A superação do acórdão vinculante ou precedente pode ocorrer de forma **difusa (controle difuso)**, como extrai do art. 489, §1º, VI, do CPC.

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a **superação do entendimento**. (Grifo nosso)

Os critérios de testificação ou falibilidade do acórdão vinculante ou precedente previstos no CPC devem ser melhorados, ou melhor, democratizados, por não se tratar de norma jurídica decorrente do povo (art. 1º, parágrafo único, art. 5º, II, CRFB/88²²). Sempre que possível os acórdãos vinculantes ou precedentes devem ser substituído ou afastado pelo poder do povo, através do processo legislativo. O precedente ou acórdão vinculante deveria ser enviado ao legislativo para sua testificação evitando conflitos futuros (em analogia ao art. 52, X, CRFB/88) ou usurpação da função de criar normas, ressalvados as cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º) inseridas na Constituição do Brasil de 1988.

Já o *overriding* “ocorre quando o tribunal apenas limita o âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal.” (LOURENÇO, 2011). Reduzir a atuação. Redução parcial, mas não é uma técnica de superação total, mas parcial.

Ao modular os efeitos dos precedentes ou acórdão pode ser realizada, por futuro ou imediata, mas nunca *ex tunc*.

21 NERY, Nelson Jr; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2.ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

22 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. Art. 5º [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

[...]

§2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§4º A modificação de enunciado de súmula, de **jurisprudência pacificada** ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores. (Grifo nosso).

Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica, previsto no art. 927, §3º do CPC, deve ser combinado com o art. 27²³ da L. n. 9.868/99, para restringir os seus efeitos ou decidir que a eficácia surja a partir de outro momento a ser fixado.

3 Conclusão

Diante da perspectiva constitucional que visa à garantia dos princípios institutivos do devido processo, buscou-se desvendar a grande confusão no CPC de 2015 que não explicou a diferença entre precedentes, súmula e súmula vinculante, jurisprudência e enunciados. Os operadores do direito confundem e tratam como sinônimos. Ademais, quais delas são vinculantes como acontecem no controle de constitucionalidade (*erga omnes*) ou quais delas tem efeitos APENAS no judiciário, uma vez

23 Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

provocados. A confusão maior seria na vinculação interna do Tribunal, do acórdão ou do precedente (trabalhados como sinônimos).

A palavra precedentes aparece nos seguintes artigos 489, §1º, V, VI, 926, §2º e 927, §5º, ambos do CPC. Todavia, o art. 988, IV, do CPC, foi modificado, tirando a expressão precedente da reclamação. O precedente perde com isso o manejo da reclamação como forma de garantia do entendimento colocado.

O precedente é diferente do acórdão vinculante? Para o legislador do CPC, parece que *sim!* Trabalha a ideia de observância do acórdão e não do “precedente”. O art. 947, [...]§ 3º O **acórdão** proferido em assunção de competência **vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.**

Apesar da ausência da terminologia “precedente” no art. 927 do CPC, pode-se extrair, do CPC, que o precedente deve surgir de decisões dos Tribunais Superiores, para se tornar um acórdão “vinculante”. O raciocínio legal seria vincular o acórdão não o precedente, diante do exposto no art. 927, I ao V do CPC e da ausência da proteção do precedente no art. 988 do CPC.

O precedente dependeria do acórdão “vinculante”, com adesão da maioria dos membros julgadores do Tribunal Superiores, para ser observado pelos juízes e tribunais do art. 927 do CPC. Portanto, o acórdão que teria um precedente que alcançaria a força do exposto no art. 927 e a garantia do art. 988, ambos do CPC.

A problemática em falar em acórdão ou precedente vinculante estaria quando se busca uma compreensão normativa dos conceitos fora da base legal (art. 5º, II, CRFB/88) e sim, também, em decisões judiciais. Em quanto o fortalecimento das decisões tem como fundamento os princípios da isonomia e da duração razoável do processo, como base nas decisões judiciais. Na dicção do art. 926 CPC: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.” A “SEGURANÇA” jurídica é um ponto de atrito, já que a segurança poderia ser extraída pelo judiciário e não pelos representantes do povo, o legislativo!?

Por outro lado, a decisão paradigmática do judiciário se esbarra ou enfrenta dificuldades com o princípio da reserva legal (art. 5º, II, CRFB/88), da separação das funções (art. 2º CRFB/88), do devido processo legal, do contraditório, ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CRFB/88), bem como acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, CRFB/88).

Ao permitir uma construção de interpretações fora do raciocínio

legal, que impera como segurança jurídica, da ideia da construção da vontade do povo pelos seus representantes, surge interpretações de precedentes, ou melhor, acórdão obrigatório (art. 927 CPC). Isso poderia gerar insegurança, violação das separações das funções (art. 2º CRFB/88), uma criação interpretativa de um poder não aquiescido (art. 1º, parágrafo único, CRFB/88). Essas diversas problemáticas, o art. 926 do CPC/2015, devem ser enfrentadas. Uniformizar, manter estável, íntegra e coerente os entendimentos dos tribunais permitem uma decisão isonômica e rápida nas soluções dos conflitos (lide).

Importante destacar que no Brasil é regido pelo princípio da reserva legal (art. 5º, II, CRFB/88). O precedente surge do caráter polissêmico ou plurissignificativo das normas (aquelas para as quais se pode atribuir mais de um significado). Também da extensão da compreensão do princípio como norma jurídica. Surge da necessidade de definir os conceitos normativos indeterminados e de cláusulas gerais.

Falar em precedente sem uma adesão da maioria dos membros julgadores seria inadequado ou no mínimo questionável. Adotar razão de um precedente sem ratificação da maioria dos julgadores dos Tribunais Superiores se tornaria falível com possibilidade de superação do entendimento, diante da sua falta de aderência e/ou unanimidade da *ratio*.

O precedente deve ser debatido previamente no caso concreto, sob pena de violar o princípio do contraditório e as regras do art. 10 e art. 489, §1º do CPC. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos. O debate deve ser prévio não apenas na decisão final.

O ato de elaborar a decisão não representa uma construção solitária do conhecimento pelo julgador. Democracia nas decisões não seria uma surpresa do resultado, exige uma interação dos envolvidos na construção da decisão final. Uma decisão fundamentada não representaria o conhecimento solitário do julgador (independentemente do seu grau de especialidade do assunto), por mais especialista que seja ou conhecedor do tema pela sua formação acadêmica. O ato de elaborar a decisão é o reconhecimento da participação dos afetados (através dos representantes legais) construído pelo melhor argumento exposto na decisão final. O elaborador da decisão não é dono exclusivo dos argumentos da sua construção.

A problemática ainda persiste. Pode a lei infraconstitucional

atribuir efeito vinculante ao precedente? Creio que não! Sem previsão constitucional não poderia. Talvez o efeito vinculante seria apenas para o judiciário (art. 927 do CPC) como forma de padronização ou uniformização de entendimento. Todavia, depende de ajuizamento para produzir os efeitos almejados.

São essas problemáticas que dificultam a compreensão do efeito vinculante aos precedentes. A vinculação seria apenas para o próprio judiciário (art. 927 CPC), como forma de harmonizar a compreensão normativa, mas não se dá de forma automática, depende do processo e da decisão final para tanto. Isto é, o precedente deve ser julgado para obter o efeito da coisa julgada.

Logo, o precedente ou acórdão não teria força vinculante automática para as demais funções: Executiva ou Legislativa. Sempre precisaria de ratificação judicial. Por não ser o precedente *erga omnes*.

Como foi abordado, o precedente não pode ser qualquer julgamento embasado como fundamento. Não é qualquer decisão dos tribunais superiores. Deve conter adesão dos julgadores e sua força decorre dos julgados dos tribunais superiores.

O precedente ou acórdão vinculante não pode ser qualquer julgamento embasado como fundamento. Não é qualquer decisão dos tribunais superiores. Deve conter adesão dos julgadores e sua força decorre dos julgados dos tribunais superiores. O próprio art. 927 do CPC destaca que os juízes e os tribunais observarão decisões colegiadas, I ao V, tais orientações devem ser formadas pela observância da cláusula de reserva do plenário art. 97, CRFB/88²⁴. Assim, o acórdão que é vinculante para os Tribunais e não o precedente. Cabe destacar que o precedente não tem a proteção da reclamação.

Portanto, os critérios de testificação ou falibilidade do acórdão vinculante ou precedente previstos no CPC devem ser melhorados, ou melhor, democratizados, por não se tratar de norma jurídica decorrente do povo (art. 1º, parágrafo único, art. 5º, II, CRFB/88²⁵). Sempre que possível

24 CRFB/88, art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

25 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. Art. 5º [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; XXXV - a lei não excluirá da apreciação

os acórdãos vinculantes ou precedentes devem ser substituído ou afastado pelo poder do povo, através do processo legislativo. O precedente ou acórdão vinculante deveria ser enviado ao legislativo para sua testificação evitando conflitos futuros (em analogia ao art. 52, X, CRFB/88) ou usurpação da função de criar normas, ressalvados as cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º) inseridas na Constituição do Brasil de 1988.

Referências

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando**: introdução à filosofia. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Moderna, 1993.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CHAVES, Charley Teixeira. **Ministério Público como instituição permanente popular**: os sujeitos processuais no direito democrático. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

CHAVES, Charley Teixeira. **O povo e o tribunal do júri**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

CHAVES, Charley Teixeira. **Direito processual constitucional**: a fiscalidade da constitucionalidade (ADI, ADC, ADPF, ADO, MI, HC HD e MS. 4ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

CHAVES, Charley Teixeira. **Curso de Teoria Geral do Processo**. 4. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020.

CHAVES, Teixeira Chaves. **Processo constitucional**. 5. ed., Belo Horizonte: Editora D'plácido, 2020.

CHAVES, Charley Teixeira. **Teoria Geral dos Recursos**: um direito constitucional democrático. 3 ed., Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2010.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula S.; OLIVEIRA, Rafael A. **Curso**

de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 11. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

DONIZETTI, Elpídio. **A força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil.** Disponível em: . Acesso em: 12 jun. 2017.

DONIZETTI, Elpídio. **A força dos precedentes no novo código de processo civil.** Direito UNIFACS–Debate Virtual, n. 175, 2015.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais.** São Paulo: RT, 2001.

GRILLO, Marcela Fontenelle. **A aplicação prática do precedente judicial:** ratio decidendi, obiter dictum, distinguishing e overruling. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5051, jul. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/41364/aplicacao-pratica-do-precedente-judicial-ratio-decidendi-obiter-dictum--distinguishing-e-overruling/2>. Acesso em: 6 abr. 2020.

LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. **Stare decisis e teoria do precedente judicial no sistema anglo-saxônico.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 28 jul. 2014. Disponível em: . Acesso em: 12 jun. 2017.

LOURENÇO, Haroldo. **Precedente judicial como fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC.** Revista Eletrônica Temas Atuais de Processo Civil, [S. l.], v. 1, n. 6, dezembro 2011. Disponível em. Acesso em: 28 maio. 2020.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **A cognição no direito democrático.** Dissertação (Mes trado em Direito Processual) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil:** tutela dos direitos mediante procedimento comum. 2 ed., São Paulo: Ed. RT, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2013.

MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupeda. **O que vincula no efeito vinculante?** CPC/2015 e transcendência de motivos. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-03/observatorio-constitucional-vincula-efeito-vinculante-cpc-transcendencia-motivos>. Acesso em: mai. 2017.

NEGRI, André Del. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo:** teoria da legitimidade democrática. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.

NEIVA, Eduardo. **O racionalismo crítico de Popper**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1999.

NERY, Nelson Jr; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2.ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 9ª edição, Salvador: Editora JusPODIVM, 2017.

NORMANDO, Pablo Edirmando Santos. **O sistema do stare decisis no direito brasileiro e as implicações do novo Código de Processo Civil na adoção dos precedentes judiciais**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518- 4862, Teresina, ano 21, n. 4634, 9 mar. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/46506>. Acesso em: 28 maio 2020.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana:** do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Editora Universidade de Brasília: Finatec, 2008.

POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo**. Belo Horizonte. Ed. Itatiaia, 1999.

ROVEGNO, André. **O sistema de provas no processo penal estadunidense**. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. (coord). Provas no processo penal: Estudo comparado. São Paulo: Saraiva, 2011.

SIDOU, J.M. Othon. **Processo civil comparado:** histórico e contemporâneo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

SILVA, Ivan de Oliveira. **Curso de lógica geral e jurídica**. São Paulo: Atlas, 2009.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law** – introdução ao direito dos EUA. São Paulo: RT, 1999.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, **Georges. Art. 927.** In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016.

TALAMINI, Eduardo. **O que são os “precedentes vinculantes” no CPC/15.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/236392/o-que-sao-os--precedentes-vinculantes--no-cpc-15>. Acesso em: 26 ago. 2021.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade:** o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcil Pons, 2012.

TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência.** Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em:. Data de acesso 12. Jun. 2017.

VIVEIROS, Mauro. **Tribunal do júri:** na ordem constitucional brasileira: um órgão da cidadania. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

WEBER, Max. **Três Tipos Puros de Dominação Legítima,** In: Sociologia. (org.) Gabriel Cohn, Grandes Cientistas Sociais, n. 13, Editora Ática, SP, 1979.

Capítulo 19

TRÁFICO DE PESSOAS: UM CRIME MARCADO PELO GÊNERO

Filipe Augusto Silva¹

Xenofontes Piló²

Antonio Donizetti de Resende³

1 Introdução

O tráfico de pessoas é uma prática criminosa de elevada gravidade, que pode ser praticado tanto em um contexto nacional, quanto internacional. Atualmente, com o aumento dos processos migratórios pelo mundo, o número de indivíduos em condições de vulnerabilidade e, portanto, mais propensos a se tornarem vítimas de referido crime, também cresceu.

Referido crime é profundamente marcado pelo gênero. O relatório Global da ONU sobre o Tráfico de Pessoas do ano de 2020 (ONU, 2020, p. 9-11), mostra que, numa escala global, de cada dez vítimas deste crime, cinco são mulheres adultas e duas são meninas, sendo que, 50% das pessoas traficadas foram para fins de exploração sexual, segundo dados de 2018.

Diante desses dados, questiona-se quais são as medidas normativas que estão sendo tomadas no âmbito internacional para coibir o crime de tráfico de pessoas e punir seus perpetradores, bem como se as mesmas são efetivas.

1 Bacharel em Direito pela Universidade de Itaúna. Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro Universitário Newton Paiva. Mestre em Direito pelo Programa de pós-graduação Stricto Sensu da Universidade de Itaúna: “Proteção dos Direitos Fundamentais”. Doutorando em Direito pelo Programa de pós-graduação Stricto Sensu da Universidade de Itaúna: “Proteção dos Direitos Fundamentais”. Advogado.

2 Doutorando em Direito pelo Programa de pós-graduação Stricto Sensu da Universidade de Itaúna: “Proteção dos Direitos Fundamentais”. Mestre em Direito pelo Programa de pós-graduação Stricto Sensu da Universidade de Itaúna: “Proteção dos Direitos Fundamentais”. Bacharel em Direito pela Faculdade Promove. Advogado.

3 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 Pitágoras de Divinópolis. Advogado.

Assim, a presente pesquisa possui como objetivo analisar o principal instrumento internacional de combate ao tráfico de pessoas, mas especificamente as principais questões relacionadas ao gênero contidas em seu texto para, ao final, determinar a eventual relevância de referido instrumento no combate deste crime, bem como propor soluções para seu aperfeiçoamento. Além disso, também se discorrerá brevemente sobre os motivos que levam tal crime a ser tão marcado pelo gênero.

Servirá como Marco Teórico o seguinte trecho de autoria de Ann Jordan:

Os governos consistentemente falham em considerar o crime do ponto de vista da pessoa traficada e são particularmente ineptos em compreender o problema da perspectiva das mulheres traficadas. Eles veem o tráfico como um problema de crime organizado, migração e/ou prostituição, e não como abuso dos direitos humanos. Portanto, os defensores de direitos humanos carregam o ônus de educar as autoridades sobre os direitos e necessidades de pessoas traficadas. Um aspecto particularmente difícil deste trabalho envolve demonstrar para as autoridades que as mulheres que são traficadas para a prostituição forçada, trabalho doméstico forçado e outras formas de trabalho forçado não devem ser privadas dos seus direitos, porque são migrantes indocumentadas que “sabiam” o que esperar e, portanto, mereceram o que “conseguiram”. (JORDAN, 2002, p. 29-30, tradução nossa).

No tocante à metodologia, adotar-se-á a vertente metodológica jurídico-sociológica, uma vez que se analisará a questão do tráfico de pessoas além do aspecto meramente jurídico, através da sua compreensão dentro de um ambiente social mais amplo. O tipo de raciocínio utilizado será o dedutivo, e os tipos metodológicos da pesquisa empregados serão o jurídico-descritivo, o jurídico-interpretativo e o jurídico-propositivo (DIAS; GUSTIN, 2010, p. 22-29).

2 Protocolo de Palermo

O principal instrumento internacional de definição, prevenção e persecução do tráfico de pessoas é o “Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças”, ou “Protocolo de Palermo”, adotado em 15/11/2000 e vigente desde 25/12/2003, que conta atualmente com 178 Estados-parte⁴. O

⁴ Informação disponível no site https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-12-a&chapter=18&clang=_en. Acesso em 05/09/2022.

artigo 3, alínea “a”, de referido Protocolo define que a expressão “tráfico de pessoas” significa:

[...] o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos; (ONU, 2000a).

Tal artigo também esclarece a irrelevância do consentimento dado pela vítima nas situações descritas para fins de configuração do crime. Já o artigo 5º do Protocolo sob exame trata sobre a criminalização do tráfico de pessoas, determinando que os Estados-Parte do mesmo adotarão as medidas legislativas necessárias para criminalizar os atos descritos em seu artigo 3. O último Relatório da ONU sobre o Tráfico de Pessoas, ao analisar a legislação de 181 países, concluiu que até agosto de 2020, 93% (169) destes países possuíam normas internas que criminalizavam o tráfico de pessoas amplamente de acordo com Protocolo de Palermo, 5% (9 países) criminalizavam apenas algumas formas de tráfico de pessoas e 2% (3 países) não tinham leis específicas sobre o tema (ONU, 2020, p. 62).

No Brasil, por exemplo, foi promulgada no ano de 2016, a Lei nº 13.344 que dispõe sobre a prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas, bem como sobre medidas de atenção às vítimas (BRASIL, 2016). Referida lei acrescenta o artigo 149-A ao Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940), que trata sobre o crime de Tráfico de Pessoas, sendo que tal tipo penal se encontra em harmonia com as condutas descritas no artigo 3 de referido Protocolo, o qual o Brasil é parte.

Apesar da importância do Protocolo, há alguns problemas em relação ao mesmo que precisam ser apontados e examinados, para que se proceda ao seu aperfeiçoamento em relação à prevenção e punição do crime de tráfico de pessoas.

3 Ausência de convenção própria: foco no crime organizado e não nos direitos humanos

Primeiramente, cumpre mencionar o fato de que o instrumento internacional sob análise é um, de três Protocolos, que fazem parte da

Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, sendo que os outros dois são o “Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea” e o “Protocolo contra a Fabricação e o Tráfico Ilícito de Armas de Fogo, suas Peças, Componentes e Munições”.

Referida Convenção, da qual o Protocolo de Palermo faz parte, tem como objetivo “[...] promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional.” (ONU, 2000). Em seu artigo 37, intitulado “Relação com os protocolos”, a mesma prevê expressamente que poderá ser complementada por um ou mais protocolos. Para um melhor entendimento, cumpre delimitar o conceito de protocolo dentro do Direito Internacional:

Além da sua utilização designativa dos resultados de uma conferência diplomática ou de um acordo menos formal que o tratado, o termo protocolo também tem sido empregado para nomear acordos subsidiários ou que mantêm ligação lógica (v.g., de complementação) com um tratado anterior. Mas nada impede que o protocolo seja um acordo desvinculado de qualquer outro tratado, uma vez que a terminologia dos atos internacionais não tem qualquer interesse, a não ser sob o ponto de vista prático. De modo geral, a expressão “protocolo” pode aparecer designando acordos menos formais que os tratados, acordos complementares, suplementos a acordos preexistentes ou já estabelecidos [...] acordos interpretativos de tratados ou convenções anteriores ou acordos de prolongamento de uma situação jurídica em trâmite [...] ou, ainda, acordos modificativos de tratados anteriores [...]. (MAZZUOLI, 2020, p. 254)

Nos termos do conceito supracitado, o Protocolo sob exame trata-se de uma complementação à Convenção, sendo que o mesmo deve ser, inclusive, interpretado conjuntamente com ela, nos termos do artigo 37, parágrafo 4, desta última (ONU, 2000).

O grande problema de o Tráfico de Pessoas ser apenas objeto de um Protocolo de uma Convenção que trata sobre o Crime Organizado Transnacional, é que o foco de referido instrumento internacional acaba por ser o combate ao crime organizado e não a promoção e proteção dos Direitos Humanos (PEDRO; VENSON, 2013, p. 75). Neste sentido:

O próprio fato de localizar em uma mesma normativa fenômenos tão distintos é problemático, pois favorece confusões e relações simplistas entre migração irregular, tráfico de pessoas e de armas. Ainda que contemple interesses humanitários, o Protocolo de Palermo não é exatamente um instrumento de promoção de direitos humanos,

mas uma normativa cuja intenção é combater o crime organizado. (PEDRO; VENSON, 2013, p. 75).

Assim, o ideal seria que o Tráfico de Pessoas possuísse uma Convenção de Direitos Humanos própria, destinada a tratar exclusivamente sobre o tema. Isto não se trata de uma mera formalidade, pois uma Convenção de Direitos Humanos própria possibilitaria uma maior abrangência do tema, tanto em relação ao combate e punição de referida conduta criminosa, quanto em relação à proteção das vítimas de tal crime. Sobre o tema, Ann Jordan ainda esclarece que:

O quadro de direitos humanos desloca o foco em enxergar as pessoas traficadas como objetos, para entendê-las como pessoas detentoras de direitos humanos. [...] O quadro de direitos humanos dita uma abordagem de empoderamento para ajudar as pessoas traficadas a retomar o controle sobre suas vidas e garantir que as mulheres sejam tratadas como adultos, e não como crianças. (JORDAN, 2002, p. 30, tradução nossa).

Ao tratar sobre um assunto tão importante e repleto de nuances em apenas um protocolo, impediu-se o aprofundamento de questões e a previsão expressa de itens vitais ligados ao tráfico de pessoas, conforme será visto no próximo tópico. Obviamente que não é recomendável que um tratado desta natureza seja extremamente pormenorizado, vez que tais minúcias ficarão a cargo dos Estados no momento da internalização dos tratados dos quais são parte. Ocorre que, no caso do Protocolo de Palermo, o mesmo chega a ser deveras generalizado, beirando, em alguns pontos, a imprecisão.

4 Conceituação vaga de tráfico de pessoas

Outro problema diz respeito ao conceito de tráfico de pessoas, conforme definido pelo Protocolo em seu artigo 3. Tal definição não estabelece os limites do que seria “exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual” – uma vez que os países não concordaram com uma conceituação – assim como os limites das expressões “outras formas de coação” e “abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade.” (ANDERSON; DAVIDSON, 2002, p. 9-10).

Uma primeira explicação para tal falta de clareza pode ser interpretada, por um lado, como uma maneira de permitir uma maior flexibilidade para os Estados criarem legislações harmônicas com o Protocolo de Palermo, tratando a prostituição de acordo com suas leis

internas (ANDERSON; DAVIDSON, 2002, p. 10). Caso o protocolo definisse os conceitos relativos ao tema com minúcias, isto poderia impactar o número de Estados-parte do mesmo. Por outro lado, referida falta de clareza:

[...] também abre espaço para interpretações conflitantes sobre o que constitui e não constitui tráfico. Algumas ONGs sustentam que o conceito de tráfico, conforme definido no protocolo, não pode ser aplicado a adultos que trabalham livre e voluntariamente na indústria do sexo. Outros acreditam em uma interpretação ampla da ideia de “abuso da vulnerabilidade da vítima” para determinar que qualquer prostituta migrante que tenha dependido de terceiros no processo de se mudar para trabalhar no comércio sexual, seja uma vítima de tráfico. A falha do protocolo em definir explicitamente termos difíceis como “exploração”, “coerção”, vulnerabilidade” e assim por diante, é igualmente problemática para aqueles que estão preocupados com pessoas traficadas para outros setores além da indústria do sexo. (ANDERSON; DAVIDSON, 2002, p. 10, tradução nossa).

Como já dito anteriormente, até a generalização de conceitos, com o intuito de permitir a adesão massiva de Estados, tem limite, pois, uma vez excedida tal generalidade, perde-se o intuito do instrumento internacional que, no presente caso, seria a coibição e punição do tráfico de pessoas. De nada adianta um país fazer parte de um protocolo desta natureza se, na prática, referido instrumento é tão vago que não reveste o Estado ratificante de qualquer responsabilidade. Ou seja, torna-se algo decorativo, vazio de sentido, sem uma verdadeira força transmutativa da realidade.

Regulamentação da prostituição e o tráfico de pessoas

Particularmente no tocante ao tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, é de suma importância definir o papel que o mercado comercial de serviços sexuais desempenha em relação a referida prática criminosa. Primeiramente, cumpre-se apresentar duas visões antagônicas sobre o tema:

De uma perspectiva política - que pode ser vagamente denominado “abolicionista” - a prostituição representa uma forma de violência sexual masculina contra as mulheres. Diz-se que um mercado comercial de serviços sexuais necessariamente reduz mulheres e meninas a meras mercadorias, e impossibilita qualquer distinção entre prostituição “forçada” e “voluntária”. Visto deste ângulo, empregar uma mulher como prostituta é, por definição, explorá-la, e pagar por serviços sexuais comerciais é automaticamente um ato de “exploração sexual”. Grupos de lobby que adotam esta perspectiva política, portanto, insistem que o tráfico é impulsionado pela demanda de consumidores por serviços comerciais sexuais, bem como pela demanda de empregadores por

mão de obra barata na indústria do sexo. Grupos como a Coalizão Contra o Tráfico de Mulheres, portanto, pede penalidades legais contra compradores de sexo, argumentando que “a parte menos discutida da prostituição e do tráfico em cadeia são os homens que compram mulheres para exploração sexual através da prostituição, pornografia, turismo sexual e o comércio de venda por correspondência de noivas” (Raymond, 2001:9). Os mesmos argumentos são raramente aplicados a qualquer outro setor - consumidores que compram os produtos advindos do trabalho de mulheres, crianças e homens “traficados”, sob a forma de camisas, diamantes, carne processada, etc. não são normalmente identificados como parte da “cadeia de tráfico” - e, desnecessário dizer, a posição abolicionista é inaceitável para aqueles que, em princípio, não possuem objeção moral à venda ou compra de serviços sexuais. Para aqueles que adotam uma postura liberal ou libertária sobre o comércio sexual e o veem como pouco diferente em termos morais e políticos de qualquer outro mercado de serviços pessoais, a ideia de que todo o mercado comercial sexual deve ser erradicado a fim de combater o problema do tráfico para a prostituição, é tão draconiano e errado quanto a ideia que é necessário eliminar a demanda por tapetes para lidar com o problema do trabalho forçado e infantil na indústria de tapetes. Desta perspectiva, perguntas em relação ao lado da demanda do “tráfico” para fins de prostituição são claramente sobre a demanda do empregador para o trabalho forçado em vez da demanda do consumidor. (ANDERSON; DAVIDSON, 2003, p. 10-11, tradução nossa).

Conforme bem observado pelos autores supramencionados, ambas visões são polarizadas e não devem ser aceitas totalmente (ANDERSON; DAVIDSON, 2003, p. 11). O mercado de comércio sexual é um mercado em rápida expansão, porém o mesmo não conta com uma sólida regulamentação, além de ser extremamente estigmatizado e parcialmente criminalizado, sendo que, a soma destes elementos, faz com que a ocorrência de práticas laborativas abusivas aumente (ANDERSON; DAVIDSON, 2003, p. 11).

Assim, não há como negar que, nesse caso, a demanda por serviços sexuais contribui para o aumento do trabalho forçado no âmbito da indústria sexual, porém, é importante ressaltar que nem toda a demanda é suprida por indivíduos nestas condições de abuso, sendo que, certamente, a grande maioria de referida demanda é atendida por profissionais livres, que exercem tais atividades por vontade própria (ANDERSON; DAVIDSON, 2003, p. 11). Outro ponto a ser considerado:

[...] aqueles que consomem o trabalho/serviços tanto de prostitutas quanto de trabalhadores domésticos geralmente têm interesse na *pessoa* do trabalhador, em vez de simplesmente no produto de seu

trabalho. Enquanto o consumidor que compra uma peça de roupa, ou uma fruta ou um maço de cigarros não tem interesse na identidade dos trabalhadores cujo trabalho os produziu, a idade, sexo, raça, nacionalidade, casta e/ou etnia do trabalhador, bem como a sua aparência, comportamento e habilidades linguísticas podem ser muito importantes para quem compra sexo ou emprega um trabalhador doméstico. Portanto, é concebível que a demanda do consumidor nestes setores (isto é, a demanda por trabalhadores com um perfil específico e particular em termos de idade, gênero, raça, etc.) esteja mais intimamente relacionada ao fenômeno do “tráfico”/ trabalho forçado do que em outros setores, como as indústrias de tapetes ou de vestuário. (ANDERSON; DAVIDSON, 2003, p. 11-12, tradução nossa).

Considerando-se os argumentos apresentados não parece que a solução para o problema do tráfico de pessoas seja o banimento do mercado comercial sexual, tampouco a liberação irrestrita de tais práticas. Qual seria, portanto, a melhor solução neste caso? Acredita-se, convictamente, que a regulamentação, séria e extensiva, deste setor comercial seja o caminho para o combate ao tráfico de pessoas para fins sexuais.

A rápida ascensão de referido mercado, sem um instrumento normativo que regulamentasse as suas práticas, incentivou com que o aquele se expandisse à margem da lei. O próprio tabu/estigma ligado ao tema que, ao invés da regulamentação, incentiva a criminalização ou a indiferença, tem criado uma cadeia de ilegalidades que faz vítimas na forma do tráfico de pessoas, indivíduos estes que tem seus direitos humanos básicos violados pela inércia, hipocrisia e criminalização excessiva de condutas (no caso a prostituição por si só).

Se os Estados resolvessem deixar de lado a suposta “imoralidade” que pensa-se envolver o mercado comercial do sexo – aceitando a realidade que encontra-se presente na sociedade contemporânea em relação ao mesmo – e regulamentasse as suas práticas, isso coibiria, conseqüentemente, práticas ilegais como o tráfico de pessoas.

Ao ser devidamente regulamentado, os profissionais que decidissem, por livre vontade, exercer as atividades dentro do mercado comercial sexual, estariam protegidos legalmente de práticas abusivas de criminosos que se aproveitam da situação precária, legal e/ou social, de indivíduos, para cometerem delitos do porte do tráfico de pessoas.

Dentro desse cenário hipotético de regulamentação, aproveita-se o fato supracitado – que aponta o interesse do consumidor de sexo na própria **pessoa** que presta o serviço – para desenvolver um raciocínio que corrobora

dita regulamentação: um indivíduo que vive num país onde o comércio sexual não é regulamentado e/ou possui suas atividades criminalizadas, muito provavelmente não saberá se aquele(a) profissional que o atende está ali exercendo suas atividades de forma voluntária ou forçada. Mesmo que o profissional exerça suas atividades de maneira forçada, é improvável que o mesmo revele sua real situação por medo de retaliações dos criminosos que o exploram. Agora imagine-se este mesmo consumidor num país onde o comércio sexual seja devidamente regulamentado, ainda que exista pessoas trabalhando neste ramo ilegalmente, por preços abaixo daqueles praticados pelos profissionais legais, provavelmente preferirá os serviços prestados por estes, em detrimento daqueles.

Isso pois, aquele indivíduo, dotado de um mínimo de empatia, civilidade e senso de justiça – que é justamente o mínimo que se espera da maioria das pessoas que vivem em sociedade – certamente não consumiria os serviços prestados ilegalmente, vez que aquele profissional ilegal estaria, potencialmente, sob uma situação de trabalho forçado, típica do crime de tráfico de pessoas ou outras violações análogas. Neste cenário, o consumidor não está simplesmente adquirindo um produto de origem questionável em um estabelecimento comercial, sem questionar as possíveis ilegalidades presentes em sua cadeia produtiva. Quem está ali na frente deste consumidor é outro ser humano que, naturalmente, despertaria a empatia da maioria das pessoas caso se conhecesse a situação precária e de abuso que o mesmo se encontra.

Ademais, além de não consumir tais serviços ilegais, as pessoas estariam inclinadas a denunciar referidas situações de ilegalidade, cientes de que aquele profissional ilegal poderia ser uma vítima, encontrando-se em uma situação de trabalho forçado e abuso por parte de criminosos. E isto também levanta outro ponto, a saber, como ficaria a situação destes profissionais ilegais, após os mesmos serem retirados pelas autoridades competentes de sua situação de ilegalidade e coerção.

Nos casos em que o indivíduo possuía a intenção de entrar para o mercado de comércio sexual, mas acabou sendo vítima de tráfico de pessoas e coagida a trabalhar ilegalmente e em situações precárias, deve-se dar a chance para aquela pessoa se regularizar no âmbito deste mercado, caso, obviamente, seja esta a sua vontade. Infelizmente, devido ao estigma e ao preconceito que cercam dito mercado, costuma-se acreditar que um indivíduo somente exerce atividades sexuais como ofício por “falta de opção”, o que não é verdade. Por isto a importância em se enxergar a questão sob a ótica dos direitos humanos e não do simples e puro combate ao crime

organizado. Deve ser levado em conta a vontade da pessoa, preservando-se seus direitos humanos e coibindo, ao mesmo tempo, o crime organizado.

Deve-se ter em mente que há pessoas que querem, por livre vontade, trabalhar no mercado sexual e a criminalização das atividades que o envolvem, no lugar de sua regulamentação, somente faz com que tais indivíduos corram mais riscos de se tornarem vítimas de crimes graves e de terem seus direitos humanos violados.

Por fim, tem-se plena consciência de que a regularização, conforme proposto, não erradicaria o comércio ilegal, pois ainda haveria consumidores dispostos a utilizá-lo, considerando-se que nem todos possuem o mínimo de empatia para se portar de maneira humana diante de posta situação. Porém deve se pensar que estes são minoria e, portanto, a regulamentação do mercado de comércio sexual reduziria de maneira significativa casos de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual.

Portanto, diante de toda a argumentação desenvolvida, acredita-se que uma maneira bastante eficaz de se diminuir consideravelmente o tráfico de pessoas para fins sexuais é a regulamentação das atividades que envolvem o mercado sexual.

5 Interpretação sobre o Título do Protocolo de Palermo

Um último problema a ser abordado diz respeito ao título do Protocolo. O mesmo faz referência especial a crianças e mulheres, dando a impressão de que, assim como as crianças, as mulheres são seres naturalmente vulneráveis que necessitam de uma proteção especial, alimentando a noção de vulnerabilidade feminina (PEDRO; VENSON, 2013, p. 76). Neste sentido:

Mesmo os governos e ONGs que estão sinceramente preocupados com a situação das mulheres traficadas muitas vezes tratam as mulheres como objetos passivos e vulneráveis que são incapazes de fazer julgamentos racionais e, conseqüentemente, precisam ser resgatadas e “reabilitadas”. A realidade geralmente é bem diferente. As mulheres, e os homens, traficados tendem a ser pessoas fortes, propostas a correr risco, que fizeram escolhas racionais e exercitaram seu próprio arbítrio na decisão de migrar. Infelizmente, elas se tornam vítimas de traficantes. Tais pessoas geralmente têm motivos convincentes para sair de casa, e esses motivos permanecem quando são libertadas. (JORDAN, 2002, p. 30, tradução nossa)

Como será visto no próximo capítulo, há fatores que aumentam

a vulnerabilidade de mulheres ao tráfico de pessoas, como, por exemplo, a violência e a desigualdade de gênero. Portanto, é incorreto interpretar o título do Protocolo de Palermo no sentido de que toda e qualquer mulher seja um indivíduo naturalmente vulnerável.

O correto nesse caso específico é interpretar referida menção às mulheres no título do protocolo pelo fato de as mesmas serem a maior parte das vítimas do crime de tráfico de pessoas. Conforme já ressaltado, o fator gênero deve ser levado em conta pelos países ao desenvolverem suas políticas e legislações sobre o combate e punição deste crime, vez que isto é essencial para garantir a sua eficácia.

6 Influência do gênero no tráfico de pessoas

Pretende-se, no presente tópico, apontar algumas causas que influenciam a predominância do gênero no contexto do crime de tráfico de pessoas, ressaltando-se que há outras causas além das que serão vistas e de que não há a intenção de se esgotar o tema, apenas de introduzi-lo para instigar o desenvolvimento de futuros trabalhos relacionados ao tema.

Em primeiro lugar, vários fatores ligados a desigualdade de gênero – como a limitação de acesso à educação e a falta de oportunidades de trabalho, o que, por sua vez, gera pobreza, limitando o acesso a recursos financeiros – contribuem para o aumento da vulnerabilidade de mulheres e meninas ao tráfico de pessoas (ONU, 2017).

A limitação de acesso a educação, tanto escolar como dos próprios pais, tem o potencial de impedir que meninas aprendam a identificar e evitar situações de riscos que envolvem delitos como o tráfico de pessoas. Ademais, tal limitação pode dificultar, ou até mesmo impedir, que as mulheres consigam empregos no futuro, o que gera uma situação financeira e social crítica em suas vidas, obrigando as mesmas a migrarem ou exercerem atividades não regulamentadas, às margens da lei. Tudo isso aumenta a suscetibilidade de se tornarem vítimas de tráfico de pessoas ou outros crimes análogos.

Outro fator determinante é aquele relacionado à violência de gênero. Neste sentido, destaca-se que “A violência baseada no gênero e as normas culturais que normalizam tal violência contribuem para o ciclo de violência contra as mulheres e as tornam mais vulneráveis ao tráfico.” (ONU, 2017, tradução nossa).

Em outras palavras, a incorreta e nociva cultura que prega a

superioridade masculina, presente no âmbito de diversas sociedades atualmente, aumenta a vulnerabilidade de mulheres e meninas de se tornarem vítimas do tráfico de pessoas e crimes análogos. Assim, ao se perpetrar a ideologia de inferioridade, sujeição e objetificação das mulheres, isso acaba por produzir resultados nefastos na prática, muitas vezes envolvendo a violência psicológica e física. Neste sentido:

A violência doméstica tem sido definida como um “padrão de comportamento abusivo e ameaçador que pode incluir violência física, emocional, econômica e sexual, bem como intimidação, isolamento e coerção”. São principalmente mulheres e crianças que experimentam isso. De acordo com um estudo apoiado pelo Programa Daphne da Comissão Europeia, 60% das 207 vítimas femininas de tráfico entrevistadas relataram ter sofrido alguma forma de violência antes de serem traficadas. A violência aumenta a vulnerabilidade da mulher ao tráfico ao erodir sua autoestima e autoconfiança. Também aumenta o risco de ser traficada ao tentar deixar seu ambiente abusivo. (VORONOVA; RADJENOVIC, 2016, p. 4-5, tradução nossa).

Também em situações extremas como de crise humanitária e de conflito armado, nas quais se observa a ausência do Estado de Direito “[...] mulheres e meninas podem se tornar altamente vulneráveis a diferentes formas de exploração. Isso se deve, por exemplo, ao fato de que mulheres e meninas podem ser alvos de grupos armados para a escravidão sexual, servidão doméstica e casamentos forçados e infantis.” (ONU, 2017, tradução nossa).

Um último fator relevante a ser mencionado é caracterizado pelo próprio perfil da demanda por serviços sexuais. É de fácil constatação que a grande demanda é formada por indivíduos que buscam por serviços sexuais prestado por mulheres e, por isto, são justamente estas o grande alvo dos traficantes de pessoas para fins de exploração sexual. Sobre este ponto, é importante mencionar que:

O Protocolo da ONU para Prevenir, Reprimir e Punir o Tráfico de Pessoas [...], explicitamente pede aos estados que adotem “medidas legislativas ou outras medidas... para desencorajar a demanda que fomenta todas as formas de exploração de pessoas, especialmente mulheres e crianças, que leva ao tráfico”. Esta necessidade de reduzir a demanda por serviços de pessoas traficadas através de legislação é abordada de forma diferente em toda a Europa. Países como a Suécia, a Noruega e Islândia adotaram o chamado modelo Nórdico, que penaliza os compradores de serviços sexuais, enquanto descriminaliza prostitutas e dá-lhes apoio social e ajuda, caso queiram deixar a situação de exploração. O parlamento francês seguiu a mesma direção e deve aprovar em breve uma lei que impõe multas aos clientes de serviços

sexuais, isentando aqueles que vendem sexo. A maioria dos Estados-Membros da UE criminaliza a prostituição ou partes dela. No entanto, alguns, como a Holanda e a Alemanha, legalizaram a prostituição, permitindo que prostitutas trabalhassem como prestadoras de serviços (abordagem regulatória). Ambas as abordagens claramente têm limites e, sem dúvida, contribuem para que o tráfico sexual seja conduzido ainda mais fundo. (VORONOVA; RADJENOVIC, 2016, p. 5, tradução nossa).

Conforme já exposto, acredita-se que a abordagem mais razoável e efetiva contra o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, seja aquela adotada pela Holanda e Alemanha, ou seja, a abordagem regulatória.

Foram apresentadas, portanto, alguns fatores que contribuem para que o tráfico de pessoas seja tão marcado pelo gênero. Por isto as políticas e normas de combate a referido crime, para serem realmente efetivas, também devem levar em conta esta característica no momento de sua elaboração.

7 Conclusão

O presente artigo procurou tratar sobre alguns pontos controversos relacionados ao gênero, presentes no Protocolo de Palermo, apresentado também soluções para seu aperfeiçoamento.

Da mesma forma, discorreu-se também sobre alguns fatores que fazem com que o crime do tráfico de pessoas seja tão marcado pelo gênero, com o intuito de que futuras pesquisas sejam feitas e tratem com mais profundidade sobre estes fenômenos que cercam referido crime.

Por fim, após realizadas todas essas considerações, pode-se concluir que o “Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças” possui um papel importante no combate ao tráfico de pessoas, tanto na esfera internacional quanto interna dos Países-parte, apesar dos problemas que apresenta, especialmente no que diz respeito ao gênero.

O maior problema traduz-se no fato de o Protocolo de Palermo, apesar de claramente tratar de um assunto pertinente aos direitos humanos, não possuir uma Convenção de Direitos Humanos própria, o que ensejaria uma maior proteção às vítimas de referido crime, bem como a obrigação, por parte dos países, de elaborarem legislações mais eficazes para seu combate, repressão e punição.

Ao se colocar como foco principal o combate, repressão e punição

do crime organizado, e não a proteção dos direitos humanos das vítimas, estas ficam em segundo plano, sendo que isto deve ser revisto e modificado pela comunidade internacional.

Deve existir uma harmonia entre a proteção dos direitos humanos das vítimas com o combate ao crime organizado e, para que isso seja possível, o primeiro passo a ser dado é justamente a elaboração de uma Convenção de Direitos Humanos própria para tratar exclusivamente sobre o assunto do tráfico de pessoas.

Referências

ANDERSON, Bridget; DAVIDSON, Julia O'Connell. **Is Trafficking in Human Beings Demand Driven? A Multi-Country Pilot Study**. IOM: Genebra, 2003. Disponível em https://publications.iom.int/system/files/pdf/mrs_15_2003.pdf. Acesso em 05/09/2022.

ANDERSON, Bridget; DAVIDSON, Julia O'Connell. **Trafficking – a demand led problem? A multi-country pilot study**. Save the Children: Estocolmo, 2002. Disponível em <http://www.prostitutionetsociete.fr/IMG/pdf/2002andersondavidsontraffickingdemandledproblem.pdf>. Acesso em 05/09/2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 05/09/2022.

BRASIL. **Lei nº 13.344 de 6 de outubro de 2016**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13344.htm. Acesso em 05/09/2022.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **(Re) Pensando a Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

JORDAN, Ann. Human rights or wrongs? The struggle for a rights-based response to trafficking in human beings. In: MASIKA, Rachel. **Gender, Trafficking, and Slavery**. Oxford: Oxfam GB, 2002.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ONU. **Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – 15/11/2000**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/leis/972/br0972000.htm.

gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em 29/07/2018.

ONU. **Global Report on Trafficking in Persons 2020**. Disponível em https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/2021/GLOTiP_2020_15jan_web.pdf. Acesso em 05/09/2022.

ONU (2000a). **Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças – 15/11/2000**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm. Acesso em 05/09/2022.

ONU. **The Gender Dimensions of Human Trafficking**. Viena: The Inter-Agency Coordination Group against Trafficking in Persons (ICAT), 2017. Disponível em <http://icat.network/sites/default/files/publications/documents/ICAT-IB-04-V.1.pdf>. Acesso em 05/09/2022.

PEDRO, Joana Maria; VENSON, Anamaria Marcon. Tráfico de pessoas: uma história do conceito. In: **Revista Brasileira de História**. ANPUH: São Paulo, v.33, n.65, p.61-83, 2013. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rbh/v33n65/03.pdf>. Acesso em 05/09/2022.

VORONOVA, Sofija; RADJENOVIC, Anja. **The gender dimension of human trafficking**. Bruxelas: European Parliamentary Research Service, 2016. Disponível em [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/577950/EPRS_BRI\(2016\)577950_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/577950/EPRS_BRI(2016)577950_EN.pdf). Acesso em 05/09/2022.

Capítulo 20

FAKE NEWS: UMA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL

Clayton Douglas Pereira Guimarães¹

Glayder Daywerth Pereira Guimarães²

Priscila Ladeira Alves de Brito³

Sarah Batista Santos Pereira⁴

1 Considerações Iniciais

A presente pesquisa funda-se no tema das *fake news*, notadamente no que se refere à promoção de uma leitura civil-constitucional do referido fenômeno à luz do direito à liberdade de expressão tal qual delimitado no Ordenamento Jurídico brasileiro. O estudo proposto apresenta-se em meio a um complexo cenário social de multiplicação e maximização dos danos advindos da disseminação de notícias desinformativas, de modo que se impõe a necessidade de aprofundar os debates sobre a temática.

Neste contexto, o estudo se propõe a investigar o fenômeno

-
- 1 Especialista em Ciências Jurídicas com ênfase em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Arnaldo Janssen. Bacharel em Direito - modalidade Integral - pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Pesquisador no âmbito do Direito Digital, Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil. Copresidente da Associação Guimarães de Estudos Jurídicos - AGEJ. Diretor Geral e membro do Conselho Editorial do Portal Jurídico Magis. Advogado. E-mail: claytondouglaspg@hotmail.com
 - 2 Especialista em Direito Digital e Proteção de Dados pelo Centro Universitário UniAmérica. Bacharel em Direito - modalidade Integral - pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Pesquisador no âmbito do Direito Digital, Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil. Copresidente da Associação Guimarães de Estudos Jurídicos - AGEJ. Diretor Executivo e membro do Conselho Editorial do Portal Jurídico Magis. Advogado. E-mail: glayderdaywerthpg@live.com
 - 3 Mestre em Direito e Instituição Políticas pela Universidade FUMEC. Bacharel em Direito pela Universidade FUMEC. Membro das Comissões de Educação Jurídica e Direito Educacional, da Ordem dos Advogados do Brasil/MG. Professora universitária e Advogada. E-mail: priscilalab@outlook.com
 - 4 Bacharela em Direito - modalidade Integral - pela Dom Helder Escola de Direito. Pós-graduanda em Ciências Criminais pelo Centro Universitário UniAmérica. Pós-graduanda em Direitos Humanos pelo Centro Universitário UniAmérica. Vice-presidente da AGEJ - Associação Guimarães de Estudos Jurídicos. Diretora de Publicação e membro do Conselho Editorial do Portal Jurídico Magis. Advogada. E-mail: batistasarah98@hotmail.com

das *fake news* no contexto da sociedade contemporânea, perpassando a semântica do termo, bem como as modalidades de *fake news* que se apresentam hodiernamente. Complementarmente, busca-se ainda verificar consonâncias e dissonâncias da disseminação das *fake news* em relação ao direito constitucional à liberdade de expressão.

As reflexões levadas a efeito no desenvolvimento da pesquisa permitem-nos atestar que as *fake news* não são abrangidas pelo direito à liberdade de expressão, de modo que se qualificam como modalidade de abuso do referido direito.

Como suporte às reflexões desenvolvidas ao longo do presente estudo utiliza-se como base preliminar o conceito de sociedade hiperconectada desenvolvido por Pierre Lévy (1999). No tocante à metodologia aplicada, na classificação de Witker (1985), Gustin e Dias (2010), afirma-se que se trata de uma pesquisa eminentemente teórica que se circunscreve à tipologia crítico-prospectiva e que mostra possível mediante a análise de conteúdo da doutrina e da legislação pertinente.

2 Breves notas acerca da sociedade contemporânea

A sociedade contemporânea perpassou numerosas alterações nas últimas décadas, sobretudo em decorrência do surgimento da Internet com seus múltiplos desdobramentos, isto é, seus efeitos na sociedade e as demais tecnologias que a sucederam.

A revolução digital propiciou um contexto no qual as pessoas estão aptas a exercer uma comunicação muito mais dinâmica e célere com as outras pessoas (segundo elemento - Comunicação Digital). [...] As novas opções de comunicação digital alteraram significativamente o modo como as pessoas se comunicam na atualidade. (SIQUEIRA, 2018, p. 130).

Dizer que a Internet mudou o mundo não é exagero, de modo que o mundo pré e pós o surgimento e inserção da Internet no cotidiano diferem-se de modo significativo. Hoje fala-se até mesmo em uma sociedade digital na qual a comunicação, de forma geral, toma novas formas e contornos. E esse novo contexto revolucionou de forma definitiva a forma de interação social, o tráfego de informações, o acesso ao conhecimento e, enfim, a forma com que cada pessoa, socialmente considerada, apresenta-se no mundo. Essa alteração, que *a priori*, parecia ter atingido somente a forma de comunicação no mundo, foi bastante além, corroborando para a mudança dos signos e imagens das pessoas, dos locais, das circunstâncias e

a maneira como tais aspectos passaram a ser cogitados.

No contexto da Internet a comunicação torna-se dinâmica, plural, célere e transfronteiriça. Os limites antes impostos à comunicação oral ou escrita não são aplicáveis à comunicação digital, o que permite a interlocução e profusão de informações entre pessoas de todo o mundo.

A propagação informacional corresponde ao pilar de muitas relações sociais e econômicas do século XXI. Esta veiculação é feita de forma célere e horizontal, na medida que não há um único ponto de partida, mas sim uma rede pulverizada e interconectada inerente ao mundo virtual, no qual a tecnologia aparece como parte essencial da vida humana. Tem-se então a Sociedade da Informação. (POMPEU; POMPEU, 2019, p. 269).

Nessa conjuntura, a Sociedade da Informação se estabelece, concebendo a informação como um elemento fulcral da sociedade contemporânea, visto que desempenha papel fundamental na contribuição do bem-estar social, na qualidade de vida das pessoas, na produção de riqueza e torna-se, até mesmo, um ativo. O dinamismo do trânsito da informação também se torna elemento basal dessa Sociedade e abre espaço e oportunidades para manifestações antes tidas como impensáveis. É nesse contexto que as notícias (*news*) ganham espaço e se democratizam, alcançando um número incalculável de destinatários.

O referido cenário viabilizou uma modificação sem-par no tocante ao polo de disseminação de informações. De modo que o sujeito, outrora mero receptor, se metamorfoseia em *prosumidor* de informações por meio de suas redes sociais, blogs, plataformas com YouTube, Twitter, TikTok, dentre tantas outras. (GUIMARÃES; SILVA, 2019).

No contexto da sociedade da informação, a mídia tradicional não é a única a noticiar os fatos de modo que ocorre uma inversão no polo comunicacional as pessoas comuns, antes meramente leitoras ou ouvintes, passam a (des)informar umas as outras por meio de blogs, vídeos, publicações em redes sociais e em sites próprios. É inegável que tal fenômeno fortaleceu o exercício do direito à liberdade de expressão, todavia criou novos impasses que a comunidade acadêmica passa a se debruçar. (GUIMARÃES; GUIMARÃES, 2022).

Esse conceito forjado da Sociedade da Informação – *prosumidor* – traz à tona o cerne do que se conforma como aquilo que juridicamente merece importante guarida: as *fake news*. Isso porque, na medida em que o destinatário da notícia se torna também o veículo de profusão dela assume a responsabilidade respectiva e se insere na cadeia de sujeitos que veiculam determinado fato, alterando (sutil ou drasticamente) o cerne de seu signo,

de forma a veicular notícias verossímeis e ou inverossímeis (*fake news*).

A referida inversão do polo comunicacional permitiu que os consumidores de informações se convertessem em uma figura mista, que ao mesmo tempo que consome, produz dados e informações por intermédio da Internet.

Com a popularização do mundo digital e o papel cada vez mais relevante dos usuários não só no consumo, mas na própria produção de conteúdo (os chamados “produmidores”), a centralidade das organizações aos poucos perde seu valor. Esse fato se dá acima de tudo porque aquele “contato interrompido” entre emissor (grandes empresas jornalísticas) e receptor (público geral), que caracterizava a esfera pública na sociedade das organizações, volta a restabelecer. Com as redes sociais, a produção de informação nova, pode-se dar de forma desvinculada das organizações jornalísticas, ou seja, da interação entre o emissor e o receptor, interação entre leitores em *blogs*, em posts no *Facebook* etc. Isso, sem que a informação produzida de modo pulverizado perca seu alcance, que não só tem profusão abrangente, como também tem sua eficácia ampliada pela possibilidade de direcionamento para públicos específicos. (MARANHÃO; CAMPOS, 2018, p. 221).

Nesse diapasão os sujeitos que outrora eram receptores de informação por intermédio dos grandes veículos de comunicação, que até então, detinham a capacidade de distribuição informacional, adquirem a possibilidade de se tornarem, também, emissores de informações com o advento da Internet. Obtendo, portanto, meio hábil para disseminar informações com pessoas de todo o mundo de modo descomplexificado e instantâneo.

O filósofo Pierre Lévy (1999) discorre sobre uma sociedade conectada pela cibercultura, em que as pessoas são conectadas por meio da internet, ocasionando um fenômeno de inclusão com caráter participativo e socializante. Nesse sentido há de se constatar que é intrínseca aos seres humanos a busca pela aceitação e reafirmação de seu papel social nas plataformas digitais. Encontrar-se conectado se transformou em sinônimo de inclusão social.

Nesse contexto surge um viés que necessita ser cogitado com extrema cautela, como fundamento causal das *fake news*: os destinatários das notícias buscam a redação ou veiculação sobre ela que mais lhes convém.

Assim, se antes se cogitava de um público uniforme, porque recebia a mesma informação, veiculada por pouquíssimas fontes e todas elas atreladas a um mesmo método de redação e divulgação das notícias, o que se verifica, na Sociedade da Informação é uma amplíssima difusão de

metodologias, conteúdos e formas, que deixam para o destinatário o que (inconscientemente) lhe agrada mais absorver. Dessa forma as distorções sobre um mesmo fato vão se consolidando, além da difusão proposital de notícias falaciosas, de cunho sensacionalista e, muitas vezes, ilícito.

Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto atestam que as modificações tecnológicas do novo século alteram todo o panorama de incidência dos danos na sociedade contemporânea:

Dizer que os danos aumentaram em nosso século envolve certo turismo. Se nós, no início do século passado engatinhávamos nas possibilidades tecnológicas, se sequer conhecíamos a televisão ou o avião, se uma notícia demorava lentos meses para partir da Europa e até chegar até aqui, hoje, desnecessário dizê-lo, a situação modificou-se de modo impensável. É possível até afirmar, sem muito medo de errar: talvez a mais otimista das previsões não previsse que chegaríamos aonde chegamos, em possibilidades tecnológicas. (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2015, p. 789).

Complementarmente, Cintia Rosa Pereira de Lima sustenta que:

Em primeiro lugar, o dano passa a tomar proporções antes nunca imaginadas. O sistema jurídico da responsabilidade civil está fundado na ideia de dano local ou dano regional. Mas tendo em vista a comunicação em massa transfronteiriça das redes sociais, a extensão do dano é muito maior. (LIMA, 2015, p. 157)

A somatória de fatores enunciados criou um cenário propício para o desenvolvimento das *fake news* na sociedade contemporânea, as quais se estabelecem como um elemento potencialmente danoso – *risco* – na sociedade contemporânea, capaz de gerar danos cíveis na esfera dos interesses materiais, existenciais e, até mesmo existenciais. (GUIMARÃES; SILVA, 2019)

3 O que são as *fake news*?

O Dicionário Collins da Língua Inglesa (2017) define *Fake News* como representações de informações falsas, normalmente sensacionalistas, disseminadas sob o disfarce de reportagens de notícias.

Diretamente correlato às *Fake News* surge a figura da *Post Truth* ou “pós-verdade”, que segundo o Dicionário Oxford da Língua Inglesa (2016) relaciona-se à circunstância na qual os fatos objetivos têm menor influência em moldar a opinião pública do que aqueles que apelam a emoções e crenças pessoais.

A íntima interconexão entre *Fake News* e pós-verdade foi constatada

por um estudo realizado por Soroush Vosoughi, Deb Roy e Sinan Aral (2018, p. 1146-1151) para a Revista *Science*, o qual verificou que as *Fake News* têm 70% mais chance de serem *retweetadas* do que as notícias verdadeiras. Decorrencia direta do fenômeno da *Post Truth*, dado que, notícias falsas comumente apelam para crenças pessoais ou sensacionalismos. É nesse viés que se apresenta fundamental a análise jurídica de responsabilização dos disseminadores das *fake news*, porque ousam alcançar e, notadamente, impor danos ao direito de personalidade de quem absorve a notícia falaciosa.

Há de se destacar que as *fake news* não se limitam a “notícias falsas”, de modo que a melhor tradução para o termo é, em verdade, *notícia desinformativa*, isso pois podem se apresentar de múltiplos modos.

Os estudos realizados por Claire Wardle (2017), assim como os de Santiago Alonso-Bartolome e Isabel Segura-Bedmar (2021) evidenciam que as notícias desinformativas podem ser categorizadas em sete espécies: I – Sátira ou paródia (não possui o intuito de desinformar, mas possui o potencial); II – Falsa Conexão (manchete, imagem ou conteúdo não se relacionam de forma direta); III – Conteúdo Enganoso (utilização imprecisa ou falsa de uma informação contra determinada pessoa ou assunto); IV – Contexto Falso (compartilhamento de conteúdo verídico com informações contextuais falsas); V – Conteúdo Impostor (falseamento da origem da notícia para simular uma fonte de maior prestígio); VI – Conteúdo Manipulado (adulteração de conteúdo, imagem, vídeo ou dado); VII – Conteúdo Fabricado (criação integral de uma notícia falsa).

Constata-se, portanto, que as *fake news* representam um amplo escopo de condutas, as quais possuem a capacidade de desinformar o receptor. Todavia, em certas hipóteses, inexistente dolo nessa desinformação, sendo que a desinformação decorre do desconhecimento do receptor a respeito da natureza satírica da notícia ou de seu emissor que possui intuito jocoso.

Nesse sentido, as *fake news*, em regra, possuem o intuito de desinformar, causar pânico, inflamar a sociedade sobre determinado tópico ou contra determinada pessoa e, assim, podem causar danos diversos a depender da esfera jurídica em análise. Contudo, o que resta a respeito da juridicidade ou da antijuridicidade da conduta de criar ou de propagar as notícias desinformativas, de modo que se impõe a necessidade de uma análise a respeito da liberdade de expressão e seus limites no ordenamento jurídico brasileiro.

4 A liberdade de expressão no direito brasileiro

O Direito à Livre Manifestação do Pensamento e de Expressão apresenta ostensivo resguardo na Constituição da República de 1988, muito em função do contexto histórico repressivo no qual a Constituição Cidadã tem seu nascedouro, sendo delimitado no decorrer de todo o texto constitucional.

O direito à liberdade de expressão do pensamento vem expressamente assegurado na Constituição Federal de 1988, o que representou a volta da democracia no Brasil e o fim do regime militar; portanto, confere especial tratamento ao Estado Democrático de Direito e assegura um amplo rol de direitos e garantias fundamentais. Nesse contexto, atribui amplo tratamento ao direito de liberdade de expressão do pensamento que é um dos alicerces do regime democrático. (MEYER-PFLUG, 2017, p. 72).

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece, em seu texto, o direito à Livre Manifestação de Pensamento e de Expressão no artigo 5º, com especial precisão, nos incisos IV e IX. Nessa linha de raciocínio, os artigos acima elencados devem ser interpretados sob o prisma do artigo 1º, III da CR/88. Por meio destes dispositivos, a Constituição garantiu a todo brasileiro, nato ou naturalizado, aos estrangeiros presentes no país, o Direito à Livre Manifestação do Pensamento e Expressão.

Ademais, o artigo 5º da Constituição em seu inciso XIV apresentou proteção especial ao exercício de atividade profissional, que deve ser lido conjuntamente com os ditames do artigo 220 e seus parágrafos.

Ao atribuir tal direito, o legislador determinou, também, no texto constitucional a hipótese de um abuso desses direitos, estabelecendo conjuntamente um meio de reparação, que representa uma tentativa de estabilização das relações e a promoção da condição *status quo ante* por meio dos incisos V e X do artigo 5º da Constituição da República. (BRASIL, 1988).

[...] com atuações de caráter preventivo e repressivo nos casos em que indivíduos, ao violarem padrões éticos, morais ou jurídicos, são avisados de que a liberdade de expressão possui, sim, limites no ordenamento jurídico pátrio, não sendo revestida de caráter absoluto. (BARBOSA, 2022).

Aqui ganha espaço a conotação mais ampla e adequada da responsabilidade civil, que não se restringe à conduta danosa específica, mas também ao abuso de direito, que gera os mesmos ou similares resultados.

Ressalta-se, que tais exemplos, não esgotam as disposições

constitucionais correlatas ao Direito à Livre Manifestação do Pensamento e da Expressão, sendo que, outros artigos do texto constitucional apresentam disposições de delimitam o exercício de tal direito.

O Direito à Livre Manifestação do Pensamento e da Expressão abarca uma série de faculdades, tais como, a de comunicar pensamentos, expressar ideias, transmitir informações, realizar críticas e diversas outras atividades. Em linhas gerais, pode-se afirmar que tal direito se exterioriza como um Direito Fundamental de abstenção do Estado, o qual se relaciona intimamente com o Estado Democrático de Direito.

A garantia da liberdade de expressão tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente estabelecidos, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não – até porque “diferenciar entre opiniões valiosas ou sem valor é uma contradição num Estado baseado na concepção de uma democracia livre e pluralista”. (MENDES; BRANCO, 2017, p. 235).

A Liberdade de Expressão, portanto, ainda que tenha tratamento constitucional extensivo, *a priori*, não se sobrepuja aos demais direitos de égide constitucional, sendo que, no caso concreto o julgador utilizará os meios adequados para ponderar a aplicação dos princípios em colisão.

Aspecto fundamental para a correta compreensão do Direito à Livre Manifestação do Pensamento e da Expressão refere-se à veracidade da comunicação realizada por determinado sujeito. A esse respeito, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luis Felipe Salomão afirmou no Recurso Especial nº 1.473.393 que a “liberdade de informação só existe e se justifica na medida do direito dos indivíduos a uma informação correta e imparcial, sendo a veracidade um requisito do exercício legítimo dessa liberdade” (BRASIL, 2016b).

Por fim, destaca-se que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da temática, delineada na ADI 4.815, é de que tão somente a manifesta inverdade, isto é, *a clara falta de veracidade em uma alegação*, afasta a incidência do Direito à Livre Manifestação do Pensamento e da Expressão (BRASIL, 2016a).

5 *Fake news* sob uma prisma civil-constitucional

As *fake news*, enquanto inverdades disseminadas pela Internet, são um fenômeno da contemporaneidade, contudo, se analisada a questão medular do que se compreende por *fake news*, tem-se que são um fenômeno intrinsecamente relacionado às “mentiras”, que em função da característica transfronteiriça da Internet se apresentam sob uma nova roupagem.

Chiara Spadaccini de Teffé e Carlos Affonso Pereira de Souza (2019) asseveram que a divulgação de informações de conteúdo inverídico não é um fenômeno moderno. Todavia, a abrangência e o impacto que tais informações falsas conquistam por meio da Internet é de proporções nunca antes vistas.

Nesse quadro, a disseminação em larga escala das *fake news* se tornou um dos maiores problemas da sociedade digital, que ainda necessita encontrar meios eficazes para lidar com a problemática sem prejuízo das liberdades individuais ou da dignidade da pessoa humana.

Maria Celina Bodin de Moraes exprime a incumbência que paira sobre os juristas no que se refere a elaboração de uma constitucionalização do Direito Civil.

A proteção da pessoa humana, em substituição à tutela da liberdade individual (*rectius*, autonomia privada), é o postulado a partir do qual se pode demonstrar toda a gama de transformações ocorridas no interior da ordem civil, na aplicação da lei pelos juízes e, principalmente, na consciência moral da sociedade. Observe-se, antes do mais, que sempre há defasagens temporais entre a nova consciência social, ou coletiva, e o comportamento que dela é resultante, entre os valores apregoados e a prática corrente, de modo que o grande esforço de efetivação dos novos valores ainda não foi completado. De fato, na medida em que as transformações têm características estruturais, o sistema de Direito Privado está à espera da redefinição do fundamento e da extensão dos seus principais institutos jurídicos, da reposição de seus conceitos estruturantes. Para a adequada e corrente reconstrução do sistema, impõe-se ao civilista o desafio de restabelecer o primado da pessoa humana em cada elaboração dogmática, em cada interpretação e aplicação normativas. (BODIN DE MORAES, 2017, p. 73-74).

A adequada compreensão do sistema jurídico privado contemporâneo perpassa uma leitura disciplinada pelos ditames constitucionais, próprio processo hermenêutico que compatibilize e pondere em substituição a uma aplicação exclusivamente pautada nas liberdades individuais. Nessa esteira de raciocínio, as controvérsias advindas da propagação das *fake news* e, por conseguinte, a necessidade de proteção dos direitos da personalidade, se

estabelece como um ponto paradigmático na estrutura do Direito Civil contemporâneo.

Constata-se, portanto que o direito à livre manifestação do pensamento e da expressão admite limitações na égide do direito pátrio. A conduta de disseminar notícias desinformativas, nesse contexto consubstanciaria um *exercício abusivo de direito*, em clara *dissonância com os ditames da Boa-fé, Cooperação, Informação, Dignidade da Pessoa Humana e Harmonização das Relações Interpessoais* preconizados pelo Código Civil e pela Constituição da República de 1988. (GUIMARÃES; SILVA, 2021)

Há de se ressaltar que a sociedade ainda não dispõe de instrumentos suficientes para analisar os impactos das *fake news* na sociedade contemporânea, ou mesmo um método apto a promover a pacificação social após a disseminação de uma notícia desinformativa, todavia vislumbra-se na educação digital um caminho para a superação da desinformação e do negacionismo. (FALEIROS JÚNIOR, 2021).

Nesse diapasão, vislumbra-se como dever do Estado da família e da sociedade como um todo a promoção da educação digital, bem como a orientação das pessoas sobre como identificar notícias potencialmente falsas, de modo a minimizar os efeitos deletérios das notícias desinformativas no corpo social.

6 Considerações finais

O presente estudo buscou examinar a temática das *fake news*, especificamente no que se refere à sua (in)compatibilidade com o direito à livre manifestação das opiniões e do pensamento tal como delimitado no texto constitucional.

Constatou-se, que a problemática analisada se encontra em uma complexa conjuntura de inversão do polo informacional e de protagonização das redes sociais como meios de obtenção de informação, um contexto que privilegia as *fake news* e impulsiona a pós-verdade.

Em um contexto de massiva utilização de aparelhos eletrônicos com finalidades comunicacionais como *smartphones*, *tablets* e computadores, estar conectado é sinônimo de estar em sociedade. A vida no cenário digital apresenta novos riscos e sincronicamente maximiza riscos preexistentes. Nesse diapasão exsurtem as *fake news* ou notícias desinformativas, as quais demandam da comunidade acadêmica e da sociedade uma análise a respeito de suas características, impactos e limites diante do direito à

liberdade de expressão.

O Direito à Livre Manifestação do Pensamento e Expressão refere-se à liberdade do dizer e do pensar sem que haja retaliações ou censuras. Tal direito paulatinamente ampliou seu escopo de atuação uma vez que a Internet propiciou um espaço de interação mundial que universaliza o debate e a manifestação do pensamento.

Há de se destacar, contudo, que como regra geral todos os direitos comportam exceções ou limites. Nesse diapasão, a profusão de notícias desinformativas por intermédio da Internet constituiria uma modalidade de abuso do direito à livre manifestação do pensamento, consubstanciando um exercício para além dos limites legais do referido direito e, portanto, em clara dissonância aos princípios cíveis e constitucionais de Boa-fé, Cooperação, Informação, Dignidade da Pessoa Humana e Harmonização das Relações Interpessoais.

Referências

ALONSO-BARTOLOME, Santiago; SEGURA-BEDMAR, Isabel. Multimodal Fake News Detection. ArXiv Computer Science Cornell University. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3SySvyT>. Acesso em: 22 set. 2022.

BARBOSA, Caio César do Nascimento. Podcasters on the Media: Sobre Liberdade de Expressão e Hate Speech. **Magis – Portal Jurídico**. 26 mar. 2022. Disponível em: <https://magis.agej.com.br/podcasters-on-the-media-sobre-liberdade-de-expressao-e-hate-speech/#fn-6435-5>. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: Acesso em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. 25 jul. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4815, Plenário, Rel. Min Cármen Lúcia, julg. 29 jan. 2016, **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 01 fev. 2016a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em 19 abr. 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.473.393/ SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 04 out. 2016, **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 23 nov. 2016b.

Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1543652&num_registro=201303568064&data=20161123&formato=PDF. Acesso em 20 abr. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 25 jun. 2022.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. Responsabilidade civil e fake news: a educação digital como meio para a superação da desinformação e do negacionismo. **Revista de Direito da Responsabilidade**. a. 3, 2021, p. 197-223. Disponível em: <https://revistadireitoresponsabilidade.pt/2021/responsabilidade-civil-e-fake-news-a-educacao-digital-como-meio-para-a-superacao-da-desinformacao-e-do-negacionismo-jose-luiz-de-moura-faleiros-junior/>. Acesso em 23 jun. 2022.

GUIMARÃES, Clayton Douglas Pereira; GUIMARÃES, Glayder Daywerth Pereira. Influenciadores Digitais, Fake News e COVID-19. **Magis – Portal Jurídico**. 2 ago. 2021. Disponível em: <https://magis.agej.com.br/influenciadores-digitais-fake-news-e-covid-19/>. Acesso em: 05 jun. 2022.

GUIMARÃES, Clayton Douglas Pereira; SILVA, Michael César. Repercussões do exercício da liberdade de expressão e da disseminação de fake news no contexto da sociedade da informação. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque; ANDRADE, Gustavo (coords.). *Liberdade de expressão e relações privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 201-216.

GUIMARÃES, Glayder Daywerth Pereira; SILVA, Michael César. Fake News à luz da responsabilidade civil digital: o surgimento de um novo dano social. *Revista Jurídica da FA7, Centro Universitário 7 de Setembro*, v. 16, n. 2, p. 99-114, 2019.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de expressão do pensamento. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). **Jurisdição constitucional e liberdades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 71-85.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de**

Direito Constitucional. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. [E-book]

WITKER, Jorge. **Como elaborar una tesis en derecho:** pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho. Madrid: Civitas, 1985.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana:** uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

COLLINS, Dictionary. **Word of the Year 2017.** Disponível em: <https://www.collinsdictionary.com/woty>. Acesso em: 08 abr. 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil.** São Paulo: Atlas, 2015.

LIMA, Cintia Rosa Pereira de. A reponsabilidade civil dos provedores de aplicação de Internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (lei nº 12.965/14). **Revista da Faculdade de Direito.** Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 110, p. 155-176, 2015.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura.** São Paulo: Editora 34, 1999. Disponível em: <https://mundonativodigital.files.wordpress.com/2016/03/cibercultura-pierre-levy.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2022.

MARANHÃO, Juliano; CAMPOS, Ricardo. Fake News e autoregulamentação regulada das redes sociais no Brasil: fundamentos constitucionais. In: ABOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (Coord.). **Fake News e Regulação.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 217-231.

OXFORD, Dictionary. **Word of the Year 2016.** Disponível em: <https://www.oxforddictionaries.com/press/news/2016/12/11/WOTY-16>. Acesso em: 08 abr. 2022.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; POMPEU, Inês Mota Randal. Liberdade de expressão e informação em face dos direitos da personalidade: análise com base na ADI nº 4.815. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). **Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 269-283.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; NUNES, Danilo Henrique. Conflitos digitais: cidadania e responsabilidade civil no âmbito das lides

cibernéticas. **Revista Jurídica da UNI7**. Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, v. 15, n. 2, 2018, p. 127-138.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Fake News: Como garantir liberdades e conter notícias falsas na Internet. *In*: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). **Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 525-543.

WARDLE, Claire. Fake news. It's complicated. **First Draft**. 16 fev. 2017. Disponível em: <https://firstdraftnews.org/articles/fake-news-complicated/>. Acesso em: 08 abr. 2022.

VOSOUGHI, Soroush; ROY, Deb; ARAL, Sinan. **The spread of true and false News online**. Science. 09 mar. 2018. Vol. 359, Issue 6380, pp. 1146-1151. Disponível em: <http://science.sciencemag.org/content/359/6380/1146.full>. Acesso em: 21 abr. 2019.

Capítulo 21

O PAPEL DA MÍDIA E O DEBATE DA REGULAMENTAÇÃO DA MÍDIA NO DIREITO DE DEFESA DO NEGRO NO BRASIL

Gilberto Pereira¹

1 Notas introdutórias

O trabalho a seguir pretende debater as relações de direito posto um contexto midiático e um contexto mais controlado. O entendimento de justiça nunca foi um consenso dentre todas células de organização social, ainda que a constituição tente estabelecer uma regra universal de valores manifestando o interesse do povo, cada cultura promove povos com valores e *modus operandes* distintos ainda hoje. Ainda que mobilize atualmente o avanço das tecnologias de informação, dentre propostas de direitos universais, ainda hoje, com blocos que envolvem muitos países, é ingênuo acreditar que os valores sociais de determinada população irão coincidir sem conflitos com todas as culturas existente no mundo. O que é um crime em determinado lugar, pode não ser em outro lugar. O que é inconcebível em um país, pode ser fomentado em outros.

A partir do momento que acreditamos que nossos valores de justiça são os mais adequados e tentamos imputá-los a outras civilizações o que cometemos ao longo da história são ações ainda mais abomináveis do que o inadmissível para nós mesmo.

O avanço das tecnologias de comunicação promoveu, segundo Almeida, no intervalo de 71 anos, mais especificamente de 1940 a 2011 o

¹ Advogado, historiador, escritor, mestre em teologia, mestre em direito pela Funiber, pós graduado em direito civil e processo civil, pós graduado em direito do trabalho e direito do trabalho, pós graduado em direito constitucional aplicado, pós graduado em direito penal e processo penal, pós graduado em história da cultura Afro brasileira, Gestor de Negócios Imobiliários, professor, palestrante, Juiz Arbitral, Auditor do Tribunal de Justiça Desportiva de Minas Gerais (Federação Mineira de Futebol), Presidente da RARI-MG, Presidente do Instituto de Relações Étnico-Raciais do Mercosul, Ex Assessor de Desembargador no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Colunista de Jornais e blogs, Ex presidente de comissão na OAB/MG, Ex-Conselheiro Seccional da OAB/MG, Ex- Presidente da Comissão Nacional de Igualdade Racial da ABRACRIM, Fundador do Escritório de Advocacia Gilberto Silva Advogados Associados, Autor do Livro “A GENESE DA (IN) JUSTIÇA que será lançado em dezembro de 2022.

exato número de 136 leis penais, pensando que dessas 104 leis tiveram a medida de gravidade, e foram posta mais numericamente entre os anos 90 até 2011, cujo o intuito era regular a prática e crime no ambiente virtual:

Em geral são leis emergenciais, ou seja, aprovadas após a eclosão de uma grave crise de medo e insegurança, explorada pela mídia (ALMEIDA; GOMES, 2013. p. 159).

As leis que regulamentam a pratica do racismo como perversa a vista de ser balizada pelo direito penal vagueiam com bastante influencia desse contexto. O papel da mídia para os debates jurídicos foi imprescindível em quase todas as leis reparatórias que buscam o reconhecimento humano da população negra. Não há aqui duvidas que os questionamentos sobre a aplicação das leis de cotas foram influenciados por movimentos que negavam o racismo no Brasil, vista capas de revistas que questionavam o mérito com base em caso específicos, como no emblemático caso dos gêmeos publicitado pela revista *Veja* que foram classificados diferentes, até a manifestos marcos com apoio de grande parte da comunidade intelectual, organizados por Ali Kamell na peça "não somos racistas.". Sobretudo na medida que a foi tomando uma outra dinâmica nas últimas décadas foi ficando mais perceptível a recorrência do racismo e mais urgia uma resposta da instituição de justiça do país. A reeducação como solução para um caminhar distinto se deu pelas leis 10.639 e 11.649 incorrendo na provocação de adoção de uma outra narrativa dentro dos currículos institucionais de formação da mentalidade social. Ainda houve, por movimento social, a criminalização do racismo, posto como agravante de procedimentos e ações criminosas na sociedade.

O diálogo sobre a expressão e organização da sociedade perante a institucionalização do combate antirracista se deu não por benesse dos gestores do poder, mas por outras vias, por reivindicação de uma sociedade que via escancarada a pratica do racismo, inclusive na forma no qual se percebia a estrutura de poder e começavam racializar quem estava e tinha acesso a grande manifestação do poder e a quem tinha menos acesso.

Outro debate que nos urge é sobre a regulação da mídia. Calcado no Art.5 da CF 88 que rege sobre a liberdade de expressão. Pertinente ao debate observa-se que embora tenhamos liberdade para fazer diversas ações, o papel da justiça é conduzir normas para que a liberdade individual do estado liberal não se fomenta pela liberdade alheia. não se confunde aqui liberdade de expressar com a liberdade de cometer crimes, assim, tipificado, não é uma ação ingênua cometer racismo, é tipificado por crime, assim, também não pode ser pensado como liberdade retirar a vida

alheia por motivos torpes ou valores egóicos. BARROSO (2014) apanha essa dicotomia atribuído a um “fracasso do laissez-faire na promoção da liberdade, da igualdade e da democracia”, pois ao se deduzir que a liberdade não pode ser mediada, principalmente pelo direito do próximo, o que se tem é uma liberdade de opressão. Dos anos para agora o tema vem sendo uma grande preocupação social, onde de um lado não é incomum perceber pessoas doidas por não poderem mais expressarem, aliadas a uma prevaricação da justiça, discurso de ódio que da manutenção a um estado desigual e de acesso a direitos.

Fato é que essa longa volta reflexiva carece de uma elucidação objetiva. Ora, peguemos um exemplo didático. Exaustivos são os momentos da história, que a não aceitar um comportamento de determinada civilização, seja o celibato, poligamia, manipulação de recursos esgotáveis, crenças e comportamentos sociais mobiliza-se por um vórtice raivoso as guerras. Ao promover uma guerra por atrito cultural o resultado é a morte massiva de pessoas, ainda que para as sociedades que promoveram a guerra abomine a morte. É incoerente por exemplo que a morte seja punida com severidade em um país que não tem problemas em lançar uma bomba em outro país e matar milhares de pessoas.

A fim que negrite esse raciocínio, é incoerente escravizar, matar, subjugar organizações sociais em nome de um Deus que pregue a paz e o amor. O que existe nesses movimentos que temos aos espólios na história da humanidade não são uma fidelidade a moral e ética dos seres humanos, por outras vias, são pretextos frágeis que fornecem chão as ações mais vis da manifestação do poder. Quando é uma máxima não matar seres humanos em um país, mas não é um problema matar seres humanos em outras culturas, a mensagem que ecoa na história é que alguns seres humanos são menos humanos ou não humanos a ponto de serem descartados como objetos e afins. Eis a contradição da guerra, a guerra, a colonização, a escravização, o genocídio negro, as políticas higienistas dentre outras tantas atrocidades humanas é o exato contrário do que seria a prática da justiça

O comportamento da mídia, não é de forma rasa manipulativa somente, também tem a função de manifestar com demasiada liberdade quais vidas importam ou não. Esse pensamento além de ter raízes históricas da construção do racismo reverbera nos processos constitucionais onde se pesa de forma distinta a lei para cada ser, a considerar cor de pele, realidade social, gênero, crença, ideologia dentre outros. As maiores constituições vigente do mundo tem como premissa igualdade e equidade, mas as mesmas, dentro do próprio país que deveria defender, manifesta por esses

pesos distintos promovendo a manutenção da desigualdade.

Percebam, os dossiês levantados da população carcerária, genocídio negro, feminicídio apontam a grave discrepância de acesso a dignidade dos diversos sujeitos dentro de um país. Como poderia, se não isso, tantos relatos de presunção de culpa sem antes um julgamento, se a constituição, por exemplo, do Brasil, delega a presunção da inocência? Como poderia se fosse de outra forma, matar crianças em contexto de periferia ser posto como um erro, e matar crianças em contexto de abundante recurso um crime hediondo? Qual criança tem valor e qual é descartável?

É irresponsável crer que somente a mídia elege os valores sobre os corpos humanos, a sociedade, embora vários revoltos, também são coniventes. O que deflagra uma constituição conivente em dar manutenção a hierarquias de valores sobre os corpos, e como obvio, são os próprios seres humanos desse meio que executam, julgam e concerne essa lógica. Aqui não defendo que a maioria dos seres humanos são responsáveis, porem a maioria que detém poder de certo são, ou pela própria execução partida de sua percepção de ser, ou pela negligencia do silencio. A contradição é um direito humano, mas havemos de concordar que em sociedade, manifestamos o lado mais cruel dessa contradição. Como uma constituição que prega direito a todos tem como presunção de inocência determinados sujeitos e presunção de culpa outros? Como é fácil encontrar que uma pessoa presa com uma quantidade pequena de droga seja um traficante e outra com toneladas seja inocente? Como a idade penal de uma criança preta é percebida como justa e a de adultos de uma escola de medicina é visto como ingenuidade? Como que para algumas penas uma desculpa resolve, e para outros crimes nem prova se demanda?

Os paralelos citados, que se manifestam pela pratica da constituição e pelo injusto trato da mídia, se convergem em uma essência, a manifestação do povo em forma de lei ou discurso. Presume-se de forma sonsa um só povo, porem o que a pratica enfadonhamente delega é que se trata da manifestação de um grupo específico de privilegiados. Esses problemas não são de natureza contemporânea, longe disso, se apoiam em uma estrutura histórica, que embora constantemente confrontadas, e facilmente esvaziadas de razão, resistem à revelia do que seja justiça. Desconhecemos algum lugar do mundo em que “justiça para todos” não seja mais do que uma utopia ou no mais ressentido expressar, uma falácia.

É nítida a percepção que um dos diversos problemas em que reincidimos é a ideia de encontrar uma solução simples para problemas

endêmicos. São questões da ordem da educação, linguagem, história, sociologia, filosofia e direito. Fatalmente esses problemas foram enraizados em diversas formas de organizar a própria constituição humana e antecede a materialização dos valores que carregamos. A história da justiça consegue nos amparar em algumas hipóteses que apontam caminhos para instrumentalizar algumas ações, porém, desolados de uma gramaticalização social são apenas ferramentas encostadas na inutilidade hipócrita de assentarmos em uma ilusão de bem-estar. As leis que atuam em prol de reparar um mal social estruturais são inúteis se não acompanhadas de uma reformulação de como devemos pensar e agir na sociedade para alcançar o que seja justiça. Ao longo dessa jornada como profissional e ativista social o que sempre volta para aquele que busca justiça é o silenciamento. Não é incomum notarmos frases como “a justiça é racista”, “isso é um problema endêmico”, “não dá para resolver isso”, “a justiça é assim mesmo” como se a pessoa que buscasse justiça tivesse simplesmente eu aceitar, e quem busca injustiça pelo judiciário fosse naturalmente beneficiado, e assim segue a vida, porque questionar e tencionar isso é tão absurdo quanto achar que a constituição seja de fato a manifestação do povo e zela pela igualdade de direitos.

Entretanto, se a justiça hoje, assim como quando institucionalizada, serviu ao longo da história para produzir injustiça. A questão que nós, alvos de racismo, confrontamos é; “não seria simplesmente o fato de aceitar que não temos direitos?”

2 (In)justiça para todos

Devemos nos ater que a história da justiça da população negra não começa na escravidão do branco. É estapafúrdia essa relação, e demasiada sem folego.

Ao pensar a justiça em sua essência somos convocados a adotar uma percepção do fenômeno, assim distinguindo o que veio se tornar justiça em forma de instituição. A noção de justiça pode ser produzida e praticada nas micros e macros relações. Não é um absurdo pensar que um lar de uma família tenha seu próprio sistema de justiça, ainda, ao portar um corpo possa criar princípios que lhe conforma a sociedade, mesmo que a revelia de uma norma social, desde que não atinja o que seja consensual para viver em coletividade. Obviamente, pensando os processos de colonização, é tácito embora evidente, que múltiplos grupos sociais, inerente a um livro, tende a atender um senso de justiça. A justiça em sua forma basilar é uma

conformidade com o que é ordeiro, o que é direito e consensualmente orgânico das relações sociais que nos separa da egolatria, o essencial para que qualquer célula se organize. Cada grupo social irá organizar ou regular o que seja justo conforme a dinâmica necessária para convivência em coletivo, país, continente e até mundo, de forma não necessariamente harmônica e poucas vezes com valores páreos entre grandes grupos a ver o período histórico. Esse justo bronco é muitas vezes compelido por outros sentidos de justiça tão rustica quanto. É fatídico que um senso de justiça de um país diversas vezes foi pretexto para exterminar com extrema selvageria outro país que, por presunção de valores civilizatórios, julgavam o adverso como selvagem, em reducionismo dos aspectos culturais, cometer aporte a isso, atos tão bárbaros quanto o próprio senso de justiça condenava. Ora, de que outra forma uma cultura que abomina genocídio, morte, tortura e escravidão mediante ao que constitui em direito abdica desses valores para o extermínio massivo de uma população que não são filiadas as práticas de demandas territoriais?

A ideia de justiça posto uma perspectiva filosófica ou fenômeno recorrente da sociedade, é uma ideia orgânica, que pretende em seu cerne os primeiros conceitos de poder. Posto a senescência do conceito a justiça foi na história da humanidade, até hoje, ferramenta para aplicar injustiças a aqueles que por sobrevivência, ou convergência de valores, não estão inclusos na prática de cidadania. Reflexão que nessa peça devemos recobrar ao pensar o negro e a constituição no Brasil.

Fato é que, reivindicar justiça, é quase sempre reivindicar uma injustiça, e esse procedimento foi se fortalecendo, e não sendo superado, ao longo do tempo. O vício constitucional é uma excelente imagem disso. Não são poucas as vezes que por diversas dinâmicas jurídicas o sujeito tenha que compreender seu lugar de subalternidade para acessar um direito. É icônico na história a época que pessoas escravizadas podiam recorrer por direitos desde que se reconhecessem como escravos. Ora, se absurda essa dinâmica, como poderíamos ver ainda recorrente a ideia de que para exercer o que seja direito tenhamos que entender que um julgamento será racista?

Resolver crimes inclui a ideia de investigar. Em um plano perfeito deveríamos considerar todos humanos, assim, a senescência do que seja justiça nunca se propôs na materialidade prática da história como uma forma de justiça, por outras vias, e contrário a isso, a forma delegava mais para um senso de injustiça, agravada pelos processos de submissão cultural da colonização. A prática da justiça será então, um campo limitado de ascensão humana vista por mais vezes a credenciar o que seja justo aos

dominantes e praticar o injusto aos dominados. Assim, se isso, nunca houve um deslocamento real da forma mais primitiva de lei, nunca deslocamos da barbárie, do olho por olho e dente por dente, somente, ao longo dos anos tornamos a barbárie mais sofisticada e pomposa.

3 História das civilizações por perspectiva de construção de direitos e hierarquia. o negro construído fora da mídia

Este pretende fomentar para encaminhamentos de nossas reflexões deter vista a ao processo da mídia na construção dos direitos antirracistas no mundo. O objetivo aqui é perceber na narrativa da História Geral da África (HGA) células orgânicas para estabelecer os arranjos e esboços que compreendemos como civilizações e cidadania ainda hoje. Ressalto aqui, ao debruçar sobre esse estudo problematizar o que apanhamos como civilização, para além do conceito intrínseco ao termo, é inegável o caráter anti-humanista. A civilização tem como caráter em suas formas de manifestações eleger humanos mais e menos validos criando uma hierarquia humana onde se seleciona por critérios múltiplos e diversos quais valores irá reger naquela sociedade para a aquisição de harmonia em viver nela. Quais valores serão pré-requisito para que possamos viver em gozo pleno em determinada cultura e/ou civilização. Em tempos outros, os valores foram demasiados hereditários, com suas nuances, entre nascer filho do rei, ou mais atualmente, nascer branco homem e afins, esses valores vão se alargando na medida em que é necessário que mais pessoas gozem do privilégio de ter em seu ser o acesso pleno ao viver. Eleger humanos nessa ideia de justiça é uma pratica de injustiça aos não eleitos.

Ainda como parte inerente da pesquisa, é necessário compreender a perspectiva africana da história, para fins dessa leitura, a ideia que conceitos que foram estipulados considerando somente a perspectiva eurocêntrica passem a valer para o entendimento de toda história da humanidade sem pulverização de sua importância e influência nas práticas ainda cotidiana da sociedade. Posto isso, cabe um exemplo, e nenhum melhor do que entender a evolução da linguagem e cultura, aplicando as mesmas medidas e valores engajados quando se enuncia o berço da civilidade como grega. Não cabeira chamar o conhecimento de conhecimento a partir do momento que gregos anunciaram, tendo inesgotáveis fontes de expressão de conhecimento de outras culturas que lhe os antecede, da mesma forma, a escrita, a religião, a filosofia, a cultura e por fim, o que nos é central, a ideia e direitos.

É de extrema necessidade mobilizar valores internos ao continente Africanos, a fim de não diminuir esses valores em detrimento ao normativo eurocêntrico. Ainda que em voga a ideia de decolonização e descolonização nas tendências acadêmicas, aqui pensamos ainda nos pressupostos desses intentos. Ora, se não sabemos ao certo, ou não é parte comum do conhecimento compartilhado o que seja de origem dos colonos e o que seja de origem apropriada pela dinâmica da colonização, o que chamamos de decolonial ou descolonial sofre de uma pequena fragilidade nos argumentos. Ao compreender a prática do registro do pensamento, ou seja, a escrita, como elemento apropriado pela lógica colonizadora, como poderíamos abordar descolonização em algo que quando materializado na história não partiu dos colonizadores, e sim foi apropriado. Cabe antes dessa ação que nos é caro reconhecer e compreender os méritos e deméritos da linguagem nesse processo de colonização, para, enfim, após esse reconhecimento, possamos questionar o que seja ou necessite ser descolonizado. A justiça nesse campo, parece a esse autor, uma forma de impor o poder, e por tanto, uma forma de subjugar e eleger valores, nos quais, alguns ascendem por nascer, outros são reféns, mesmo na mesma célula social. Se a justiça não é para todos e pesa sobre todos de forma igual, logo não é justiça, é injustiça.

A propagação do que seja interno aos processos orgânicos do continente Africano, e os atritos que são externos ao processo dos Africanos no mundo, por um lado apresenta uma forma de compreender os principais valores que ainda perenes a todo o mundo pela perspectiva da história da África, para além do âmbito regional ou territorial restrito. Posto outras vias a convergência com outras dinâmicas culturais externa a esse território foi elemento de degradação dos valores antes praticados, porém com um alto índice de apropriação sobre o conhecimento que é a matéria mais cara da cultura ocidental e oriental. Dado o que seja do olhar historiográfico percebe-se que a abordagem dos movimentos populacionais, o comércio intercontinental e as influências culturais sejam as principais ferramentas para delegar sobre a apropriação e esvaziamento da cultura Africana. Em detida busca a linguística e a arqueologia são campos das ciências que tem mais implicância sobre o desenvolvimento desse debate.

Todavia, dentro de toda civilização existe a ideia de justiça, é o que baliza o controle humano do que seja indivíduo, egóicos e particulares. Ao pensarmos coletividade, ou grupo, é inerente ao pensamento a ideia de justiça, como cada grupo irá organizar-se a ponto de criar uma célula que chamamos hoje de civilização.

Os problemas vindos de uma lógica de valores constitucionais

para o povo Brasileiro já apontam as contradições da justiça em seu modo intrínseco e extrínseco a análise do conceito. Logo o que seja intrínseco, a análise do conceito de justiça, das primeiras civilizações na sociedade é seu modo de subjugar internamente, assim como em todo mundo, tem também as formas extrínsecas ao conceito.

O mais forte sempre tem que sobreviver dentro os parâmetros de valores que constituem leis no mundo, no entanto, o que muda é o que seja força. Ora nos primórdios força era a manifestação bruta e física, olho por olho e dente por dente, outrora força virou influencia, descendência, linguagem, linhagem, hereditariedade, filiação ideológica e características fortuneais a existência . Uma sociedade poderia eleger como valor de força a inteligência, sabedoria, capacidades técnicas de exercício de gestão e política, no entanto nunca ainda, uma grande sociedade deixou de eleger um valor de força como requisito do exercício de poder. O valor de força quando disposto a um grande grupo é a medida no qual se dá as disputas de exercício do poder, onde digladiamos seja pelo duelo em arenas provando o mérito, seja na condição de abastado, seja em concursos públicos, seja no capital ou nas eleições.

As eleições especificamente parecem ampliar o julgo de quem deverá exercer determinado poder, porém também é inegável que possa ser condicionado a condições que não tornam essa disputa tão horizontal ou atendem um critério de justiça que contemple todos os sujeitos, tendo em grande parte, a prevalência de assujeitamento como pré-requisito para uma disputa.

O problema é que em todos esses exemplos costumeiramente não consideram as habilidades necessárias comprovadas nos mecanismos de ascensão a força.

Pensemos, se eleição, seja a forma que mais ilude sobre o que seja democrático, pouco ainda tem a ver com o exercício político do eleito. Não se pode atestar um exímio político sobre a medida de qual tem melhor desenvolvimento publicitário e que melhor propaga as pautas do exercício, se nessas promessas não existe a garantia de execução. A batalha sobre influencia tem um custo, pré-requisitos de filiação, promessas que vendem mais não garantem a execução, ou seja, não é diferente do olho por olho e dente por dente. A burocracia garante que nenhum político consiga executar as promessas, e ainda sabendo disso, é costumeiro que se mantenha as promessas ainda que não tenha condições técnicas de executar. Só o valor da força, posto nesse exemplo como algo perto de um carisma, que

nos fantasia não estarmos vivendo em uma barbárie. Quando a barbárie foi excomungada como critério político humano, não dissuadirmos os mecanismos, somente manipulamos os valores de força e manifestação de poder. Garantir que o valor da força necessária para exercício do poder não seja tão brutal a vista, garante o conforto da sensação de civilidade, no entanto ao colhermos o resultado, não existe alguém que garanta que mate menos, que não sejamos ainda alvo da selvageria que está na gênese do entendimento de lei.

Referências

- BARROSO, Ricardo Cavalcante. **RIL Brasília** a. 52 n. 208 out./dez. 2015 p. 01-114
- FISS, Owen. Por qué el Estado? In: CARBONELL, Miguel. Teoria del **neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Trotta: Madrid, 2007. p. 105-119.
- FÓRUM NACIONAL PELA DEMOCRATIZAÇÃO DA COMUNICAÇÃO - FNDC. Lei da mídia democrática será debatida na câmara nesta terça (12). **FNDC**, 11 out. 2013. Disponível em: <http://www.fndc.org.br/noticias/lei-da-midia-democratica-seradebatida-na-camara-nesta-terca-12-924328/>. Acesso em: 12 de outubro 2022.
- HOLMES, Stephen. Restricciones liberales al poder privado?: reflexiones sobre los orígenes y las justificaciones de la regulación del acceso a los medios de comunicación. **Isonomía: revista de teoría y filosofía del derecho**, n. 26, p. 7-48, abr. 2007.
- LEFORT, Claude. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Eliana Maria de Melo Souza. Estudos de Sociologia, Araraquara, v.13, n. 25, p. 12-26, 2008.

Capítulo 22

AS NOVAS PERSPECTIVAS JURÍDICAS FRENTE O METAVERSO: POSSIBILIDADES E DESAFIOS

Larissa Martins Firme¹

Mylla Vitória Joaquim Alves²

1 Introdução

O presente artigo abordará sobre um tema muito preciso, no qual muitas pessoas ainda se perguntam e questionam sobre os seus direitos frente ao novo espaço e dispositivo virtual, que denomina-se “Metaverso”, inicialmente tem-se uma pergunta, o que é o Metaverso?

Vejamos, segundo o site remessa online e artigo publicado pelas escritoras Andrea Cortes e Simone Machado o Metaverso é:

Basicamente, um conceito que mescla realidade e ambientes virtuais, ele pode ser entendido como uma vivência em um espaço virtual, mas com influências da vida real nesse universo” além do mais “combina com várias tecnologias, incluindo mídias sociais, realidade aumentada, realidade virtual, jogos online e criptomoedas, nele, as pessoas podem interagir virtualmente umas com as outra”. (CORTES; MACHADO, 2022).

Tal dispositivo virtual tem sido um dos assuntos mais comentados nesses últimos dias, muitas dúvidas e inseguranças tem-se atulhado na mente dos seres humanos, muitos até explanam, “já estamos próximos a viver o futuro” ?!

É importante mencionar que, como se trata de um novo assunto no meio jurídico, muitos juristas tentam buscar formas de resolver tais conflitos, pois, diante de um novo mundo virtual “desconhecido”, infelizmente ainda existem muitas incertezas e falhas na aplicação dos direitos.

Diante de tantas obscuridades, inclusive sobre a perspectiva jurídica, apresentar-se-á este artigo com o intuito de buscar diminuir

1 Graduada em Direito na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. E-mail: larissamartinsfirme@gmail.com

2 Advogada e graduada em Direito pela PUC Minas – PUC/MG. E-mail: vitoriamylla22@gmail.com

tantas oscilações desse novo conceito virtual, bem como as suas sequelas e resultâncias, principalmente no mundo jurídico virtual.

2 Breve síntese (origem, evolução, aplicação, primeiros impactos e seus reflexos, aceitação na sociedade, atualmente)

Preliminarmente, tratar-se-á de como originou e evoluiu este novo conceito virtual denominado Metaverso, este conceito foi notado pela primeira vez em 1992, com o ilustre e escritor norte americano Neal Stephenson, onde em sua novela *Snow Crash* descreveu uma espécie de espaço virtual coletivo compatível e convergente com a realidade, passados muitos anos em 2018 o iluminado diretor Steven Spielberg o popularizou com seu filme *Ready Player One*, uma adaptação de um livro de Ernest Cline publicado em 2011, e o videogame *Fortnite* começou a explorar de certa forma essa interação entre pessoas e tecnologias.

O metaverso veio, incluindo o aplicativo do Facebook que atualizou para Meta, e consigo veio as novas atualizações sobre sua aplicação, para a aplicação deste conceito virtual são necessários alguns requisitos.

Como este novo conceito tecnológico se trata de realidade virtual aumentada, a sua combinação tecnológica vem com as seguintes exigências para a sua eficácia sendo-os; Óculos de realidade aumentada/virtual, Avatares online com a personalidade e características físicas do usuário; Internet das coisas (IOT); Inteligência artificial (AI).

Agora em 2021 no segundo semestre, o metaverso voltou com tudo, inclusive no universo dos jogos *play-to-earn*, tokens relacionados ao metaverso passaram a se enfatizar no universo cripto tendo grande relevância. Com a pandemia da Covid 19, o metaverso dominou completamente os ambientes virtuais, diante da grande restrição no que tange a contatos presenciais.

Os primeiros impactos na sociedade chegaram, se pararmos para pensar essa ferramenta já dominou o dia a dia de muitas pessoas, desde o início da pandemia sendo mais preciso, muitos seres humanos já se comunicam majoritariamente pelo meio digital, até mesmo quando ocorre as reuniões virtuais, ensinos e outras relações pessoais.

O co-fundador da Microsoft Bill Gates (2021), que é um especialista em tecnologia em uma entrevista explanou a seguinte fala sobre o futuro do metaverso “nos próximos dois ou três anos, prevejo que a maioria das reuniões virtuais se moverá das imagens de câmeras 2D para o

metaverso, um espaço 3D com avatares digitais. O Facebook e a Microsoft recentemente revelaram suas visões para isso, o que deu à maioria das pessoas a primeira visão de como será”.

Muitas empresas desse ramo virtual tiveram que se adaptarem a esta nova estrutura, quanto aos seus primeiros reflexos, muitas pessoas se sentiram inseguras, devido à grande movimentação do crime cibernético, mas diante de tantas buscas para a melhoria desse novo conceito virtual, considerando ainda a sua grande eficácia, muitos entenderam também que é possível se adaptarem.

2.1 Primeiros impactos no mundo e seus reflexos jurídicos (buscas dos tribunais para entrarem nesse mundo)

No mundo jurídico o metaverso tem-se entrado de pouco à pouco, de modo que os tribunais também tem-se buscado resolver tais questões na forma 100 % (por cento) digital, vê-se nos próprios aplicativos do tribunais jurisdicionais brasileiro através do uso de tokens, a exemplo destes aplicativos são, o PJE, EPROC, E-SAJ, PROJUD, SEEU e etc.

Com a chegada desses aplicativos, muitos tribunais que não se adequaram oficialmente tiveram um prazo para que os mesmos pudessem se organizar e adotarem as medidas virtuais, tais mudanças trouxeram um impacto grande na vida dos servidores públicos, advogados, partes e assistentes, que são os principais participantes de um processo virtual.

Inicialmente muitos advogados que não sabiam como se aderirem a esse novo mundo jurídico virtual, tiveram que buscar formas e recursos para resolver esta pendência, tudo isso foi sendo colocado em prática através de cursos.

As mudanças para esse novo conceito virtual foram positivas, pois melhorou muito a organização dos escritórios de advocacia, bem como as instituições jurisdicionais, sendo esta melhoria em todos os sentidos, mas também sabem-se que possui muitas pendências a serem resolvidas para melhorar cada vez mais.

O metaverso tem benefícios na advocacia? Vejamos:

O METAVERSO JURÍDICO atenderá todas as camadas do METAVERSO DIGITAL, de modo que a dinâmica da atuação dos advogados será mil vezes mais eficaz do que é hoje. OTIMIZAR o tempo que um profissional do direito leva para expressar suas ideias, teses e defesa, será uma grande conquista para a advocacia. Casos específicos que demandariam dias de estudos, poderão serem concluídos em

horas, minutos!!!!... no âmbito penal e pericial, poder visitar uma cena, reproduzi-la, ampliá-la, parece distante, mas não impossível.

De certo que já existem tecnologias criadas que projetam hologramas para que uma audiência seja reproduzida em qualquer ambiente. Imagine estar presente 100% digital em uma audiência, uma reunião, uma sala de consulta toda ornamentada e fácil de redecorar, quanto tempo economizaríamos sem perder a essência de estar presente? Imaginem que os honorários advocatícios serão pagos frequentemente em criptomoedas e que o crescimento da classe será favorecido. (LESSA, 2022).

Com isso, diante das narrativas explanadas acima, entende-se sim que, o metaverso é uma nova forma e um novo conceito para a melhoria no âmbito jurídico brasileiro e possui grande eficácia.

3 Perspectivas jurídicas no âmbito do metaverso

Vê-se que definição de conceitos para compreensão do metaverso, ainda está em desenvolvimento, trata-se de uma vertente em ascensão onde há muito o que ser explorado e descoberto. No entanto, já se deslumbra alguns questionamentos para o universo jurídico, nota-se, portanto, a tendência de maior regulamentação, para afastar a ideia de que a internet, ou o metaverso, seja “terra sem lei”. Isso porque determinadas situações podem ir contra, ou pôr em questionamento, os limites legais existentes³.

Um dos maiores desafios apontados está associado a violação de dados, a preocupação com a proteção dos dados pessoais no metaverso é latente, especialmente pela quantidade e tipo de dados que podem ser tratados são dados pessoais sensíveis os dados 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, e apenas podem ser tratados nas hipóteses listadas no Art. 11º, dado o seu potencial discriminatório. Contudo, as hipóteses elencadas não permitem o tratamento de dados pessoais sensíveis para fins de marketing, salvo mediante o consentimento inequívoco por parte do titular⁴.

3 Os desafios jurídicos no metaverso. **Thales Maia Almeida e Tiago Henrique Ferraz de Moura**. 5 mai. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/365197/os-desafios-juridicos-no-metaverso>. Acesso em 18 out. 2022.

4 Qual é o futuro da sua privacidade no metaverso? **Antonielle Freitas**. 19 mai. 2022. Disponível em: <https://www.telesintese.com.br/antonielle-freitas-qual-e-o-futuro-da-sua-privacidade-no-metaverso/>. Acesso em 18 out. 2022

Outros desafios surgem através de questionamentos jurídicos acerca da validade de contratos e negócios jurídicos a serem realizados, no entanto, o próprio código civil irá definir se tais realizações são jurídicas à luz do artigo 104 preconiza que:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Os desafios tendem a surgir a medida que novas propostas ascendem, mas esse cenário virtual claramente não desafia somente não o ordenamento jurídico no que tange a restrição das práticas e dos negócios jurídicos travados no ambiente virtual, mas principalmente para o controle estatal no uso dessas tecnologias, que, em razão desta nova plataforma, amplia o relacionamento interpessoal para cenários ainda pouco conhecidos e explorados⁵.

No entanto, os desafios ainda não indiciados, ao emergirem trarão consigo novas percepções jurídicas na realidade virtual, entretanto, cientes dos obstáculos atuais, propende-se ao ingresso cauteloso e a exploração nesse mundo virtual.

4 Possibilidades frente as óbices do metaverso

Apesar da amplitude das implicações do metaverso ainda serem objeto de estudo, com o advento do universo virtual no âmbito jurídico, surgem novas possibilidades tanto para os operadores do direito quanto para as aplicações jurídicas. No entanto, marcar presença no universo virtual não deve ser o único horizonte dos profissionais do Direito. Saber aproveitar as oportunidades que esse novo universo atribui ao meio jurídico é uma outra questão que deve estar presente nesse contexto.⁶

Dentre as novas tendências propostas pela Metaverso, pode-se ver o êxito da inserção jurídica, em maio deste ano, a Justiça do Trabalho do Mato Grosso inaugurou um ambiente virtual em que qualquer indivíduo com bom acesso à internet pode entrar. Trata-se de uma caminhada entre

5 MARSDEN, Christopher T. *Internet Co-Regulation: European Law, Regulatory Governance and Legitimacy in Cyberspace*. Cambridge University Press: Cambridge, 2011, p. 9.

6 Relação entre metaverso e o Direito: compreenda os impactos! **Saraiva Educação**. 13 Mai. 2022. Disponível em: <https://blog.saraivaeducacao.com.br/metaverso-e-o-direito/>. Acesso em 19 Out. 2022

os portões do prédio da Justiça até a recepção e, por fim, chegando à sala de audiência, onde é possível conversar com a juíza que coordenou a inserção do Judiciário estadual naquela que muitos especialistas têm chamado de “a nova fase da internet”⁷. Outra evidência também acerca do posicionamento jurídico nesta realidade virtual foi a inauguração da OAB de Tatuapé, na cidade de São Paulo, que inaugurou a sua subseção dentro do metaverso, a comarca também anunciou recentemente, a criação de um espaço de *coworking*⁸ no mundo virtual, com direito a salas onde advogados poderão receber seus clientes e conversar com eles como se estivessem frente a frente. O local poderá ser usado por todo advogado que não tiver escritório físico ou que precisar de espaço para realizar palestras ou eventos.⁹

Apesar da exploração dessas possibilidades terem obtido sucesso, não se pode olvidar dos pontos de atenção que se deve analisar ao ingressar no universo online, entre eles, questões de ética e a violação de dados anteriormente analisada.

5 Considerações finais

O metaverso propõe inúmeras possibilidades com a integração jurídica amplamente diversificada, tem-se portanto o futuro do Direito sendo cogitado dentro desse universo virtual, gerando discussões relevantes que são traçadas acerca dos limites jurídicos e repercussões futuras a serem analisadas. No entanto, apesar do metaverso ser atrativo para o Direito e apresentar recursos no cenário digital afim de acelerar processos e facilitar diálogos, exige-se cautela na transição do mundo real para o mundo virtual, ademais, ainda há muito o que se explorar desse ambiente computacional com discussões inesgotáveis.

Referências

- 7 Questões jurídicas físicas e virtuais devem ser discutidas no metaverso. **Sabrina Brito**. 07 Ago. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-ago-07/funcionara-direito-metaverso>. Acesso em 19 de Out 2022.
- 8 COWORKING é um espaço de trabalho compartilhado em que autônomos, freelancers, empresas e seus respectivos funcionários podem atuar profissionalmente em um ambiente agradável e estruturado para o trabalho cf. O significado de coworking e como é a experiência em espaços compartilhados. **Renato Ribeiro**. 25 Mai. 2022. Disponível em: <https://blog.beerorcoffee.com/significado-de-coworking/>. Acesso em 19 Out 2022
- 9 Questões jurídicas físicas e virtuais devem ser discutidas no metaverso. **Sabrina Brito**. 07 Ago. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-ago-07/funcionara-direito-metaverso>. Acesso em 19 de Out 2022.

ALMEIDA, Thales Maia; e MOURA, Tiago Henrique Ferraz de. **Os desafios jurídicos no metaverso.** 5 mai. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/365197/os-desafios-juridicos-no-metaverso>. Acesso em: 18 out. 2022.

BRITO, Sabrina. **Questões jurídicas físicas e virtuais devem ser discutidas no metaverso.** 07 ago. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-ago-07/funcionara-direito-metaverso>. Acesso em 19 de out. 2022.

CORTES, Andrea. Metaverso: entenda o que é e como funciona a realidade virtual. 31 Mar. 2022. Disponível em: <https://www.remissaonline.com.br/blog/como-funciona-o-metaverso/>. Acesso em: 16 out. 2022.

FREITAS, Antonielle. **Qual é o futuro da sua privacidade no metaverso?** 19 mai. 2022. Disponível em: <https://www.telesintese.com.br/antonielle-freitas-qual-e-o-futuro-da-sua-privacidade-no-metaverso/>. Acesso em: 18 out. 2022.

LESSA, Karen. **Metaverso Jurídico.** Disponível em: <https://karenlessa.jusbrasil.com.br/artigos/1376834537/metaverso-juridico>. Acesso em 23 out. 2022.

MACHADO, Simone, Metaverso, como participar do “futuro da tecnologia” - site Tilt Uol, 28/04/2022; Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/faq/metaverso-o-que-e-como-entrar-e-mais.htm>. Acesso em: 16/10/2022.

MACHADO, Simone. Metaverso, como participar do “futuro da tecnologia”. 28 Abr. 2022. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/faq/metaverso-o-que-e-como-entrar-e-mais.htm>. Acesso em: 16 out. 2022.

MARSDEN, Christopher T. **Internet Co-Regulation: European Law, Regulatory Governance and Legitimacy in Cyberspace.** Cambridge University Press: Cambridge, 2011, p. 9.

RIBEIRO, Renato. **O significado de coworking e como é a experiência em espaços compartilhados.** 25 Mai. 2022. Disponível em: <https://blog.beerorcoffee.com/significado-de-coworking/>. Acesso em: 19 out. 2022

SARAIVA EDUCAÇÃO. **Relação entre metaverso e o Direito:** compreenda os impactos! 13 Mai. 2022. Disponível em: <https://blog.>

saraivaeducacao.com.br/metaverso-e-o-direito/. Acesso em: 19 out. 2022.

RUBINSTEINN, Gabriel. Bill Gates: em três anos, todas as reuniões de negócios serão no metaverso. 11 Dez. 2021. Disponível em: <https://exame.com/future-of-money/bill-gates-em-tres-anos-todas-as-reunioes-de-negocios-serao-no-metaverso/>. Acesso em 16 Out. 2022

Capítulo 23

A ERA DIGITAL E A NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO AOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Xenofontes Piló¹

Irineu José Coelho Filho²

1 Introdução

A Revolução Digital transformou a sociedade de modo a trazer um novo conceito de normalidade. Não há condições de enxergarmos o mundo sem a informática e a virtualidade.

A percepção de que o mundo está cada vez mais conectado e interligado às tecnologias é comprovado por diversas pesquisas. Como consequências imediatas desses novos hábitos, os criminosos têm utilizado ferramentas acessíveis na internet para potencializar suas ações. Num passado não muito distante o crime de extorsão era utilizado via telefone, período em que as informações disponíveis para cometer o delito eram inexpressíveis. Atualmente, potenciais vítimas disponibilizam seus hábitos e ciclo de amigos em rede sociais, facilitando o levantamento por parte de quem interessar e conseqüentemente, a prática da infração, principalmente de extorsão.

Destaca-se que com a conectividade e interligação do mundo urge a necessidade de criação, ou até mesmo atualização, de princípios fundamentais de direito, os mesmos regulam as relações de vida, dirigindo condutas e dando segurança e expectativas de comportamento. O Direito Penal e o Direito Digital, onde o primeiro está inserido no segundo, falece

1 Doutorando em Direito pelo Programa de pós-graduação Stricto Sensu da Universidade de Itaúna: “Proteção dos Direitos Fundamentais”. Mestre em Direito pelo Programa de pós-graduação Stricto Sensu da Universidade de Itaúna: “Proteção dos Direitos Fundamentais”. Bacharel em Direito pela Faculdade Promove. Advogado.

2 Doutorando em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna/ MG. Mestre em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna/ MG. Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica (PUC/ MG). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Oeste de Minas (FADOM). Delegado de Polícia Civil em Minas Gerais.

de regras amplas e atualizadas de caráter interpretativo para entregar ao julgador adequada segurança.

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. A dupla presunção de inocência trata-se de um denominar para interpretar e identificar delitos mais atuais e conseqüentemente dobrar os cuidados necessários para que uma acusação prospere e seja recebida com segurança pelo Poder Judiciário.

2 A era digital e os Direitos Fundamentais

O doutrinador Ingo Sarlet (2015, p. 11) preleciona que a expressão “direitos fundamentais”, além de ser menos difundida, restringindo-se mais ao meio jurídico, acabou por guardar relação íntima com o direito constitucional positivo e a gradual incorporação de catálogos de direitos e garantias ao longo da evolução constitucional desde o final do século XVIII. Todavia, mesmo assim, tal expressão foi de fato incorporada à gramática constitucional de modo mais abrangente apenas na sequência da II Grande Guerra.

A Constituição de 1988, 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).

No que tange à Inteligência Artificial, existe uma dificuldade muito grande em conceituá-la, já que ela se encontra em constante desenvolvimento. Assim, cabe mencionar que, quando se discorre sobre a Inteligência Artificial, refere-se a uma máquina que pode aprender, raciocinar e agir por si própria quando estiver diante de novas situações com padrões semelhantes. Luger (2004) defende em seus estudos, que a IA não se trata de uma ferramenta ou um sistema, mas configura-se em um campo de estudos: “Inteligência Artificial (IA) pode ser definida como ramo da ciência da computação que se ocupa da automação do comportamento inteligente”.

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.

Diante deste 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.

Nesse sentido, Freitas (2021, p.47) advoga sobre o norte ético para a IA afirmando que, em relação aos imperativos éticos, enraizados nos direitos fundamentais, deve-se situá-los para além do cumprimento formal da legislação existente e, sem cometer o erro de petrificar a hierarquização prévia, arrola como imperativos: i) respeito à autonomia humana, ii) prevenção de danos, iii) equidade e iv) explicabilidade.

No tocante à autonomia humana, reconhece implicar a supervisão e o controle de parte dos seres humanos sobre os processos do trabalho dos sistemas de IA. Já no atinente à prevenção, acolhe o imperativo de que as pessoas vulneráveis devem receber maior atenção e ser incluídas no desenvolvimento e na implantação da IA. Quanto à prevenção dos danos defende que ela implica também ter em consideração o ambiente natural e todos os seres vivos. Em relação equidade assevera que os profissionais no domínio da IA devem respeitar o princípio da proporcionalidade entre os meios e os fins, analisando cuidadosamente a forma de equilibrar os interesses e objetivos em causa. Por fim, sobre a explicabilidade, o autor afirma que os processos têm de ser transparentes, as capacidades e a finalidade dos sistemas de IA abertamente comunicadas e as decisões explicáveis aos que são por elas afetados de forma direta e indireta (FREITAS, 2020, p.86-87).

O direito de não ter sua privacidade violada, trata-se de uma garantia constitucional. Para Véliz (2021, p. 108), as pessoas sabem que estão sendo vigiadas e que tudo o que fazem pode trazer consequências ruins para elas, por isso tendem a se autocensurar. Quando você não pesquisa sobre um conceito por medo de como os outros poderiam usar essa informação sobre você, sua autonomia e liberdade estão sendo limitadas.

Já Nascimento (2017, p. 277) afirma que, delimitar o sentido do direito fundamental à privacidade não é problema puramente dogmático, mas relaciona-se à concretização de valores da humanidade em cada sociedade e cultura. Atualmente, a preocupação das pessoas não está apenas relacionada à vida pessoal e a grupos de amigos; vai além: atinge temas que vinculam transversalmente diferentes Estados em momentos instantâneos. Como exemplo, a autora cita a ação de grupos terroristas, as diferentes epidemias que se alastram e a proteção de dados; os quais adquirem novos contornos na sociedade global.

A autora destaca ainda que a informação pode ser guardada ou disponibilizada, individualmente, por grupos de pessoas ou bancos de dados; logo, ela se refere não apenas ao direito de manter seu caráter confidencial de fatos pessoais, mas abarca igualmente o direito de o indivíduo saber

que informações sobre si próprio são armazenadas e utilizadas por outras pessoas, bem como o direito de manter essas informações atualizadas e verdadeiras. Aqui se percebe claramente uma mudança de perspectiva, adequando-se a tutela da pessoa às novas tecnologias de informação. Dessa forma, é possível afirmar que o direito fundamental à privacidade ganha novos contornos, que podem bifurcar-se em outras denominações na era da sociedade da informação. (NASCIMENTO, 2017, p. 277-278).

Em relação ao desenvolvimento dessas tecnologias, Lévy (2003, p. 139) afirma existirem duas correntes: a primeira dos mundialistas, que defendem o progresso técnico, a abertura dos mercados, a democracia e os direitos do homem; a segunda, dos antimundialistas, critica o capitalismo, é favorável à manutenção de um papel importante do Estado na economia e no controle das desigualdades. O combate entre as duas partes, talvez só seja aparência local, parcial e momentânea daquilo que, se aceitarmos fazer um esforço para perceber a evolução da situação a uma escala mais vasta, poderia representar uma certa forma de equilíbrio dinâmico.

Em relação à justiça, o autor afirma que os juízes representarão o principal corpo de funcionários do estado universal. A dimensão sagrada deste será nomeadamente personificada e representada pelo seu corpo de juízes. Por conseguinte, visto que o poder destes será importantíssimo, eles e elas serão cuidadosamente selecionados, não só pelos seus conhecimentos técnicos, mas também pelas suas qualidades pessoais e pelo seu caráter moral. Consequentemente, a sua formação deverá não só incluir a aquisição de competências jurídicas, bem como de habilidades políticas, psicológicas e espirituais. Tais magistrados deverão ter sido formados e dotados de ferramentas para o trabalho com a inteligência coletiva, sendo que cada uma de suas decisões pesa na evolução da jurisprudência. Assim, ela deve ser amplamente discutida na comunidade virtual dos juízes interessados (LÉVY, 2003, p.183-184).

Dentro de um contexto internacional, a Carta Europeia de Ética sobre o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais e seu Ambiente vem consagrar com propriedade o respeito aos direitos fundamentais; a não discriminação, tanto entre indivíduos como entre grupos; a qualidade e a segurança, a fim de manter o funcionamento adequado do sistema jurisdicional, os princípios de transparência, imparcialidade e equidade e o controle do usuário, de acordo com o qual os usuários, devem ter todas as informações sobre a utilização da IA.

Por sua vez, a Resolução nº 332 do CNJ, de 21 de agosto de

2020, oportunamente, versa sobre a produção e o uso da IA no Poder Judiciário. O ponto de partida da Resolução 332/20 foi a Carta Europeia de Ética, que alerta para a necessidade de se regular a relação entre o Poder Judiciário e a Inteligência Artificial. A ideia era automatizar o sistema judiciário brasileiro. Assim, encontramos no art. 7º da resolução o seguinte excerto: “As decisões judiciais apoiadas em ferramentas de Inteligência Artificial devem preservar a igualdade, a não discriminação, a pluralidade e a solidariedade, auxiliando no julgamento justo, com criação de condições que visem eliminar ou minimizar a opressão, a marginalização do ser humano e os erros de julgamento decorrentes de preconceitos” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

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.

3 Presunção de inocência

A compreensão da Constituição para fins propostos por seu próprio texto vem desafiar a releitura de qualquer Constituição democrática, assim como a releitura da Constituição brasileira. As constituições, atualmente, são documentos normativos do Estado e da sociedade e representam um momento de redefinição das relações políticas e sociais desenvolvidas no seio de determinada formação social. A Constituição não apenas regula o exercício do poder, transformando a *potestas* em *auctoritas*, mas também impõe coordenadas específicas para o Estado, vindo a operar a força normativa, vinculando, positiva e negativamente, os poderes políticos.

A defesa técnica das pessoas que sofrem persecução penal reconhece a imprescindibilidade da presunção de inocência como prerrogativa básica que compõe o estatuto constitucional de defesa, cujos direitos, muitas vezes, estão expostos a práticas estatais ditadas por razões fundadas em visões autoritárias que exprimem a filosofia da lei e ordem.

A declaração constitucional de direitos e garantias inscrita na Constituição brasileira, proclama, em defesa de qualquer pessoa, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, inciso LIV, CF/88), notadamente naqueles casos em que se estabelece uma relação de polaridade conflitante entre o Estado, de um

lado, e o indivíduo, de outro.

A presunção de inocência, como direito fundamental de qualquer pessoa sujeita a atos de investigação ou de persecução criminal, independentemente da natureza do delito a ela atribuído, confere suporte legitimador a um direito fundamental, protegido por cláusula pétrea, titularizado, sem exceção, pela generalidade das pessoas, e encontrando limite no trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A presunção de inocência depende de uma condenação que tenha sido feita dentro das fronteiras do sistema acusatório, com o respeito ao devido processo legal e aos princípios da ampla defesa e do contraditório, bem como em que se tenha oportunizado ao acusado o duplo grau de jurisdição. Em razão disso, faz-se necessário ressaltar a distinção entre a redação trazida pela Constituição Federal, em seu art. 5º, LVII, e o núcleo da presunção de inocência. A proteção a esse núcleo deve ser irredutível, se pretender a adoção de um processo penal pautado em um sistema acusatório e garantista. Porém, entende-se que a leitura que muitos juristas fazem do texto constitucional merece conformação não só em nome de uma maior efetividade do processo penal, mas para também buscar uma maior racionalidade do sistema acusatório adotado.

É bom frisar que o núcleo da presunção de inocência, garantia indispensável ao próprio Estado Democrático de Direito, não esbarra na necessidade do trânsito em julgado da decisão condenatória, mas tangencia o imperativo da comprovação da culpabilidade na forma da lei e o duplo grau de jurisdição.

Ocorre que, desde 1988, no Brasil, a presunção de inocência funciona como princípio reitor do processo penal, o que implica que ninguém poderá ser tratado como culpado sem que exista em seu desfavor uma ordem condenatória transitada em julgado, ou seja, durante todo o processo penal qualquer imputado deve ser tratado como inocente, até que se prove o contrário, podendo tal *status* ser afastado somente após o advento de um título judicial condenatório irrecorrível. Na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (FRANÇA, 1789), desde a sua positivação, a presunção de inocência adquiriu contornos e manifestações diferentes, as quais assim podem ser agrupadas: Regra de Tratamento, Modelo de Processo Penal e Regra Probatória ou de Juízo.

Atualmente a presunção de inocência alcançou em nosso país *status* de princípio constitucional, que permeia todo e qualquer procedimento criminal, no sentido de impor, dentre outras questões, limites à restrição

da liberdade do imputado se inexistente sentença penal condenatória definitiva, visando a tutela do direito de ir e vir, que somente poderá ver-se restringido cautelarmente, quando a prisão provisória apresentar função instrumental qualificada.

A principal função do inquérito policial e de seu presidente é a coletânea de indícios de autoria e materialidade suficientes para o convencimento do titular legítimo do direito de agir do Processo Penal. O estudo mais atualizado de crimes cibernéticos confessam que os mesmos pertencem a uma categoria diferente, da que era usada no século passado, havendo a necessidade de uma atualização na seara digital para que inocentes não venham ser penalizados por crimes não cometidos e autores não saiam imunes de atos ilícitos cometidos.

4 A dupla presunção de inocência

A ideia é demonstrar que o princípio de presunção de inocência engloba todas as prerrogativas necessárias a garantir ao acusado a prerrogativa garantista e ao acusador uma posição de obrigação de afastamento da dúvida razoável.

Insta esclarecer que os delitos digitais atualmente, sempre serão de ordem pública e jamais exigirão queixa crime para a instauração de procedimento investigativo, porém a existência de uma dificuldade especial no ordenamento jurídico penal na apuração de tais delitos. Em razão do não consenso na doutrina acerca de qual seriam os bens jurídicos por eles atingidos, muitas vezes os atos executórios digitais exigem agentes altamente qualificados e que normalmente não são facilmente compreendidas por leigos em informática.

Diante de fatos encontramos que a presunção técnica de inocência poderá ser considerada preliminar à inocência processual visto que vem afastar não juridicamente, mas de uma responsabilidade lógica do caso em questão. Fato é que a única maneira de se aproximar de uma certeza de que um indivíduo é o responsável por uma ação cometida através de um dispositivo informático é identificando o nexo causal positivo e negando todas as alternativas possíveis apresentadas de afastamento técnico de autoria.

As questões obrigatórias e que trazem dúvidas importantes de autoria e se não forem respondidas, ensejam a presunção de inocência e o não recebimento da denúncia. Fato é que a presunção de inocência é uma só

e é normativa. Todas as presunções englobam-se na inocência como estado absoluto. Sendo que, ao operador do direito criminal digital, ser preciso de um novo raciocínio e novas premissas para lidar com investigações na seara digital, principalmente na demonstração de autoria e materialidade. O direito Penal precisa se adaptar as novas realidades imateriais criadas pela virtualidade sob pena de permitir que as garantias constitucionais sejam utilizadas a favor da delinquência e que inocentes venham a ser condenados sem que tenham tido um justo julgamento.

Um simples espaço que não seja explorado na investigação criminal, deverá ser interpretado favoravelmente ao investigado. O não esgotamento das hipóteses objetivas de não responsabilidade não pode ser admitido numa sociedade democrática de direito sob o pretexto de um eficientismo inconstitucional e de um novo inimigo eleito. Na fase persecutória deve ser afastado tais dúvidas para evitar desenvolvimento de procedimentos ilegais e violadores das prerrogativas dos acusados.

O termo “dupla presunção de inocência”, na verdade é usado para tentar expor uma nova ótica para identificação e interpretação de delitos. Havendo assim a necessidade de ser redobrado os cuidados necessários para que uma acusação venha a prosperar e seja recebida pelo Poder Judiciário. Destacando que as dificuldades impostas pelos crimes cibernéticos se iniciam a partir da ideia de imaterialidade, não há como especificar o local de consumação do ilícito.

O Direito Penal e o Direito Processual Penal, não devem se omitir e desprezar a questão da adaptação à necessidade múltipla de verificação da identidade do delito cibernético, também conhecido como delito digital. E principalmente da fragilização de identificação da autoria, é que apontamos a dupla presunção de inocência, ou seja, a presunção de não autoria, porém indiretamente a mesma pode ser classificada, no sentido mais lato sensu, na lógica da inocência.

5 Considerações finais

Pensa-se agora em algumas premissas para assegurar que a inteligência artificial seja utilizada não como simples auxílio ao direito, mas para a tomada de decisões automatizadas pelo Poder Judiciário, destacando que tal providência não implique em violação às garantias fundamentais do processo e a completa perda de sua humanização.

Inicialmente é importante considerar os riscos de relacionamento

entre o engenheiro do conhecimento e um perito em processo penal. Isso se dá não apenas pelo difícil entendimento de alguns temas de processo para uma linguagem algorítmica, mas também pela ampla gama de visões de processo penal que hoje ainda coexistem e pela possibilidade de que as construções algorítmicas partam de situações implícitas no direito penal. No mínimo, é preciso que se deixem claras as opções teóricas de processo penal para não confundir os intérpretes acerca dos resultados que sejam produzidos nas pesquisas. Os vieses de análises, portanto, devem ser identificados e tornados claros e transparentes, de modo a dirimir dúvidas.

Pari passu, além da informação de que foi utilizada a inteligência artificial ser direito do jurisdicionado, mais do que apenas do advogado, também é seu direito fiscalizar se o caso se adéqua ao emprego de tal ferramenta, mecanismo esse cuja utilização deve se restringir aos casos repetitivos, retirando-se da vala comum os processos com diferentes abordagens (hipóteses em que o *distinguishing* humano precisará ser realizado, sob pena de omissão) ou aqueles que envolvem questões inovadoras até então não apreciadas pelo Judiciário, destacando situações até mesmo de cibercrimes.

Destaca-se que a acusação tem acesso à tecnologia e a utiliza no processo como meio de prova, e a defesa, por seu turno, passa a colocar em dúvida o rigor e a credibilidade da prova produzida, já que não possui elementos suficientes para contrariar as provas apresentadas pela acusação. A defesa técnica, então, não tem acesso à paridade de armas, lembrando que, no processo penal, como no processo civil, há diversos tipos de provas, como a prova testemunhal, documental e o testemunho da vítima (caso sobreviva ao ato ilícito). Diante dos fatos, questiona-se: como ter decisões confiáveis em uma seara penal totalmente dinâmica?

Por fim, o presente trabalho, longe de pretender apresentar respostas conclusivas, traz reflexões críticas sobre a temática proposta, abordando possíveis influências negativas do uso da inteligência artificial no direito penal.

Referências

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

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 jul. 2022.

FREITAS Juarez; FREITAS, Thomás Bellini. **Direito e Inteligência Artificial**: em defesa do Humano. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

INOCÊNCIA. *In*: **DICIONÁRIO Etimológico**: Etimologia e origem das palavras. Disponível em: <https://www.dicionarioetimologico.com.br/>. Acesso em: 19 set. 2022.

LÉVY, Pierre. **Ciberdemocracia**. Lisboa-Portugal: Stória, 2003.

LUGER, George F. **Inteligência artificial**. 4. ed. Porto Alegre: Bookman, 2004.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 12. ed. São Paulo: Forense, 2019.

NASCIMENTO, Valéria Ribas. Direitos fundamentais da personalidade na era da sociedade da informação: transversalidade da tutela à privacidade. **Revista RIL**, Brasília, a. 54, n. 213, p. 265-288, jan./mar. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 02. out. 2022.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 03 out. 2022.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann. **Inteligência Artificial e direito: convergência ética e estratégica**. Vol. 5. Curitiba: Alteridade, 2020.

PRESUNÇÃO. *In*: **DICIONÁRIO Etimológico**: Etimologia e origem das palavras. Disponível em: <https://www.dicionarioetimologico.com.br/>. Acesso em: 19 out. 2022.

SÃO PAULO. Procuradoria Geral do Estado. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (Pacto de San José da Costa Rica). 1969. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 3 out. 22.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 9, p. 361-

388, jan./jun. 2007.

VÉLIZ, Carissa. **Privacidade é poder:** porque e como você deveria retomar o controle de seus dados. Trad. Samuel Oliveira. São Paulo, Contracorrente, 2021.

Capítulo 24

SISTEMA ÚNICO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL E PODER JUDICIÁRIO: POSSIBILIDADES DA ARTICUAÇÃO EM REDE

Flávia Lôrem Gonçalves Nunes¹

1 Introdução

Discussão comum nos grupos de profissionais que atuam no Sistema Único de Assistência Social (SUAS) a relação desta política com o Poder Judiciário tem levantado dúvidas e debates, principalmente no que tange a construção de fluxos e produção de documentos que atendam as demanda frequentes destes órgãos frente à atuação dos equipamentos de Assistência Social.

Frequentemente estes profissionais se deparam com solicitações relacionadas à averiguação e fiscalização de denúncias, pareceres sobre guardas e acusações de alienação parental, relatórios e estudos sociais sobre situações de violação de direitos e pedidos de institucionalização em instituições de longa permanência. Surgem ainda demandas relacionadas a outras políticas públicas como solicitações de tratamentos para uso abusivo de álcool e drogas, acompanhamento de frequência escolar e casos de indisciplina.

Tais solicitações muitas vezes configuram-se com indicações de prazos restritos e notificação de responsabilização criminal frente ao “descumprimento”,

Neste sentido, na área da infância, cabe referência ao conteúdo do Provimento nº 36/2014, do Conselho nacional de Justiça – CNJ, art. 6º, inciso II, “no curso da cooperação entre os órgãos do Poder Executivo e o Poder Judiciário, evitem o uso de expressões admoestadoras, a exemplo de ‘sob pena de crime de desobediência’ ou ‘prisão’ (PARANA, 2022, p. 09).

Na prática, observa-se que as soluções frente a esse impasse perpassam

¹ Graduada em Psicologia pela PUC-Minas Arcos (2008). Possui pós-graduação em Psicopedagogia (2012) e MBA em Gerenciamento de Projetos (2015). Especialista em Políticas Públicas e Socioeducação (2018).

pela efetivação de um trabalho interdisciplinar, fortalecimento do Sistema de Garantia de Direitos (SGD), fomento de grupos de trabalho e estudo, reuniões para discussões de caso em rede e implantação de soluções para educação permanente das equipes. Outrossim, cabe destacar com base nas recomendações e normativas o papel da Proteção Social frente aos desafios da operacionalização do trabalho social com as famílias.

2 O Sistema Único de Assistência Social e sua relação com o Poder Judiciário

A Assistência Social, prevista na Constituição Federal como política pública inscrita no rol da Seguridade Social, juntamente com a Saúde e a Previdência Social, visa garantir a proteção social aos cidadãos, ofertando apoio a indivíduos e famílias e no enfrentamento de situações de vulnerabilidade e de risco pessoal e social, por violação de direitos, por meio da oferta de serviços, benefícios, programas e projetos socioassistenciais.

A concepção da política de assistência social está baseada nas seguranças afiançadas pelo Sistema Único de Assistência Social (SUAS), sendo elas: a acolhida, o convívio familiar e comunitário, a renda, o desenvolvimento da autonomia e a sobrevivência a riscos circunstanciais. As ações da Assistência Social devem expressar a garantia dessas seguranças sociais.

A Assistência Social é dever do Estado e direito do cidadão, expressamente consagrado pela Constituição Federal de 1988, devendo ser prestada, em caráter universal, a quem dela necessitar (art. 203 da CF). A Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993 – Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS), atribui ao Ministério Público o dever de zelar pelo efetivo respeito aos direitos nela estabelecidos, conforme previsão expressa do artigo 31 da referida lei, e, nessa perspectiva, a consolidação da Política da Assistência Social, preconizada pela Lei 12.435/2011 para oferta de proteção social às pessoas em situação de vulnerabilidade social e risco. Para tanto, é necessário assegurar que a relação do SUAS com o Sistema de Justiça se consolide, mediante o reconhecimento das atribuições, intervenções e propostas de atuação, dentro do estabelecido pelas normativas em vigor. (PARANA, 2022, p. 4).

O CRAS é responsável pela proteção social básica, através da oferta do Serviço de Proteção e Atendimento Integral à Família - PAIF. Segundo a Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais (2009) o PAIF consiste no trabalho social com famílias, de caráter continuado, com

a finalidade de fortalecer a função protetiva das famílias, prevenir a ruptura dos seus vínculos, promover seu acesso e usufruto de direitos e contribuir na melhoria de sua qualidade de vida. O PAIF consiste em um serviço dirigido às famílias que estão em acompanhamento no CRAS e tem por foco a própria família.

O PAIF é um serviço que se insere dentro da proteção social básica, sendo ofertado pelo Centro de Referência da Assistência Social (CRAS). Os objetivos do serviço são desenvolver a autonomia e empoderamento das famílias que se encontram em situação de risco ou vulnerabilidade, no território de abrangência dessa instituição. “A família é o núcleo social básico de acolhida, convívio, autonomia, sustentabilidade e protagonismo social.” (ANDRADE; MATIAS, 2009, p. 219).

De acordo com Bronzo (2009) os programas que centralizam o atendimento familiar aparecem em todo o mundo como uma estratégia predominante nos sistemas de proteção social. No Brasil desde a década de 90 a família vem sendo apontada como componente central nas políticas de proteção, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS).

Segundo dados de Brasil (2012) as bases do serviço de proteção à família surgiram no início dos anos 2000, iniciando-se em 2001, com um projeto piloto, o Programa Núcleo de Apoio à Família (NAF). Em 2004, esse programa foi aprimorado e adequado às diretrizes da PNAS, surgindo assim, através da Portaria nº 78 de 08 e abril 2004, o “Programa de Atenção Integral à Família” que se tornou a principal referência para o usuário do Sistema Único de Assistência Social (SUAS).

Com a aprovação da Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais, em 2009, o “Programa de Atenção Integral à Família” foi designado “Serviço de Proteção e Atendimento Integral à Família”, o atual PAIF. (BRASIL, 2009). Essa mudança na nomenclatura legitima o conceito de ação continuada, estabelecida pela Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS), posteriormente reafirmada no Artigo 24, da Lei nº 12.435, que altera a LOAS, onde o termo “atenção” foi substituído por “proteção e atendimento”, buscando assim expressar de maneira mais abrangente os objetivos do Serviço.

Além disso, a lei nº 12.435, organiza a assistência social em proteção social básica e proteção social especial. A proteção social básica pode ser assim descrita:

I - proteção social básica: conjunto de serviços, programas, projetos

e benefícios da assistência social que visa prevenir situações de vulnerabilidade e risco social por meio do desenvolvimento de potencialidades e aquisições e do fortalecimento de vínculos familiares e comunitários. (BRASIL, 2011).

O Serviço de Proteção e Atendimento Integral à Família (PAIF) constitui a base da Proteção Básica do SUAS. Aparece como o alicerce dessa política, implantada em nosso país, desde a publicação da Política Nacional de Assistência Social (PNAS) em 2004, constituída então como um dever do Estado e um direito de cidadania que, além de enfrentar riscos sociais, atua na sua prevenção (BRASIL, 2012).

Com base em dois eixos estruturantes do SUAS – a matricialidade sociofamiliar e a territorialização – o PAIF se organizou com vistas a garantir o fortalecimento da convivência familiar e comunitária, na proteção básica do SUAS. (BRASIL, 2012).

Andrade e Matias (2009) pontuam que quando a PNAS legitima a matricialidade como base do SUAS, enfatiza a família em seu contexto sociocultural e em sua integralidade, enfocando todos os seus membros e suas demandas, reconhecendo suas próprias dinâmicas e realidade social.

O PAIF possui um caráter inovador, consolidando a centralidade e responsabilidade do Estado no atendimento e acompanhamento das famílias, de modo proativo, protetivo, preventivo e territorializado. Procura responder às necessidades humanas de maneira total e não apenas em situações emergenciais e de risco social. Além disso, garante o acesso a direitos e a melhoria da qualidade de vida (BRASIL, 2012).

Sobre a prevenção esta se refere a uma ação antecipada, fundamentada no conhecimento territorial e familiar, acerca de suas características culturais, sociais e econômicas. O caráter preventivo requer, dessa forma, intervenções orientadas a evitar a ocorrência ou o agravamento de situações de vulnerabilidade e risco social, que impedem o acesso da população aos seus direitos (BRASIL, 2012, p.11).

Já em relação à atuação protetiva significa alçar esforços no sentido de “amparar, apoiar, auxiliar, resguardar, defender o acesso das famílias e seus membros aos seus direitos.” (BRASIL, 2012, p.11). Outrossim, uma ação proativa deve ter iniciativa, promovendo ações antecipadas ou imediatas diante de situações de vulnerabilidade ou risco social.

Bronzo (2009) observa que é através do enfoque da vulnerabilidade e dos riscos que se pode criar uma ponte entre a família e as políticas públicas, através das diferentes estratégias para enfrentar esses riscos e fortalecer a capacidade de resposta das famílias.

Vulnerabilidade relaciona-se, por um lado, com a exposição ao risco e, por outro, com a capacidade de resposta, material e simbólica que, indivíduos, famílias e comunidades conseguem dar para fazer frente ao risco ou ao choque (que significa a materialização do risco) (BRONZO, 2009, p. 173).

Para Bronzo (2009) os programas e as políticas aparecem nesse âmbito enquanto elementos capazes de fortalecer a capacidade de resposta das famílias e de seus membros, podendo assim reduzir a vulnerabilidade. Nesse sentido, o PAIF pode atuar em consonância com as características de prevenção e proteção, de acordo com a Tipificação:

O Serviço de Proteção e Atendimento Integral à Família – PAIF consiste no trabalho social com famílias, de caráter continuado, com a finalidade de fortalecer a função protetiva das famílias, prevenir a ruptura de seus vínculos, promover seu acesso e usufruto de direitos e contribuir na melhoria de sua qualidade de vida. Prevê o desenvolvimento de potencialidades e aquisições das famílias e o fortalecimento de vínculos familiares e comunitários, por meio de ações de caráter preventivo, protetivo e proativo (BRASIL, 2009).

É através do trabalho social que o PAIF, colabora com a consolidação da responsabilidade constitucional do Estado de proteger as famílias. O trabalho social se trata de uma metodologia efetuada por profissionais, a partir de pressupostos éticos, conhecimento teórico-metodológico e técnico-operativo. Tem por objetivo amparar as famílias no desempenho de sua função protetiva, num dado território (BRASIL, 2012).

Andrade e Matias (2009, p. 221) observam que “o trabalho social com famílias visa apoiá-las e fortalecê-las como protagonistas sociais, e não culpabilizá-las ou responsabilizá-las pela sua situação ou condição”.

Nesse sentido, o trabalho social busca desenvolver a convivência, promover o reconhecimento de direitos, apoiar as famílias no desempenho da sua função de proteção e socialização de seus membros, garantir o convívio familiar e comunitário. Esses objetivos serão concretizados a partir do desenvolvimento de ações de caráter preventivo, protetivo e proativo, “reconhecendo as famílias e seus membros como sujeitos de direitos e tendo por foco as potencialidades e vulnerabilidades presentes no seu território de vivência” (BRASIL, 2012, p.12).

Muitas vezes o senso comum apresenta um discurso de que essas famílias possuem características psicossociais negativas que impedem o enfrentamento e superação de sua condição de vulnerabilidade, como passividade, baixa autoestima, resignação e dependência. Contudo, observa-se que esses aspectos são adquiridos e reforçados pelas estruturas

vigentes, entre elas as práticas assistencialistas, que perpetuam preconceitos e moldam posturas, culpabilizando as famílias por sua situação de vulnerabilidade (ANDRADE; MATIAS, 2009).

Assim sendo, os objetivos do PAIF, segundo a Tipificação (BRASIL, 2009) são:

- Fortalecer a função protetiva da família, contribuindo na melhoria da sua qualidade de vida;
- Prevenir a ruptura dos vínculos familiares e comunitários, possibilitando a superação de situações de fragilidade social vivenciadas;
- Promover aquisições sociais e materiais às famílias, potencializando o protagonismo e a autonomia das famílias e comunidades;
- Promover acessos a benefícios, programas de transferência de renda e serviços socioassistenciais, contribuindo para a inserção das famílias na rede de proteção social de assistência social;
- Promover acesso aos demais serviços setoriais, contribuindo para o usufruto de direitos;
- Apoiar famílias que possuem, dentre seus membros, indivíduos que necessitam de cuidados, por meio da promoção de espaços coletivos de escuta e troca de vivências familiares.

Esses objetivos podem ser alcançados através do trabalho social com as famílias. Esse trabalho é materializado através de ações que convergem para atender tais objetivos. As ações desenvolvidas são: Acolhida, Oficinas com Famílias, Ações Comunitárias, Ações Particularizadas, Encaminhamentos (BRASIL, 2012).

Nesse sentido, é preciso sempre associar a realização das ações do PAIF aos objetivos que se pretende alcançar. Ou seja, é imprescindível que no processo de planejamento, execução, monitoramento e avaliação dessas ações, os objetivos do Serviço sejam a ele associados, de modo a qualificá-lo e, principalmente, garantir seu efetivo cumprimento (BRASIL, 2012, p.14).

Sendo assim o PAIF desponta como estratégia fundamental para o desenvolvimento da autonomia e empoderamento das famílias, constituindo a base da proteção social básica do SUAS. Fomenta a centralidade e responsabilidade do Estado no atendimento e acompanhamento das famílias, de modo proativo, protetivo, preventivo e territorializado. Esses objetivos serão alcançados através do trabalho social que o PAIF desenvolve através de ações individuais e comunitárias.

Além disso, o PAIF tem papel fundamental na identificação de famílias que precisam de atendimento especializado, ou seja, que demandam acolhimento pelos serviços da Proteção Social Especial (PSE) do SUAS. As famílias que devem ser encaminhadas para os serviços especializados, caracterizados por possuir um maior nível de complexidade, são aquelas com ocorrência de violação de direitos ou que estão em um processo avançado de fragilização de vínculos de pertencimento social, familiar e de sociabilidade, resultantes de uma ou várias situações. “A PSE será destinada a famílias e indivíduos que já se encontram em situação de risco e que tiveram seus direitos violados por ocorrência de abandono, maus-tratos, abuso sexual, uso de drogas, entre outros” (BRASIL, 2012).

O trabalho social com as famílias, materializado através do PAIF e suas respectivas equipes técnicas de referência (a saber, psicólogos e assistentes sociais), visa garantir as seguranças aprofundadas pela PNAS, sendo assim pode haver instrumentos e procedimentos que excedam suas funções, haja vista se configurarem como processos de responsabilização ou investigativos.

As atribuições das equipes técnicas (especialmente assistentes sociais, psicólogos) dos serviços socioassistenciais ofertados nos CRAS e em outros equipamentos públicos de Assistência Social, diferem, sobremaneira, das atribuições dos profissionais que integram, ou deveriam integrar, equipes multiprofissionais dos órgãos do sistema de justiça, tais como o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública (BRASIL, 2016, p. 04).

Com base nas Orientações Técnicas Sobre o PAIF, vol. 02, não constitui atribuição e competência das equipes de referência dos CRAS:

- a) Assumir o papel e/ou funções de equipes interprofissionais de outros atores da rede, como, por exemplo, da segurança pública (delegacias especializadas, unidades do sistema prisional etc), órgãos de defesa e responsabilização (Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e Conselho Tutelar) ou de outras Políticas (saúde mental etc);
- b) Acompanhar e participar de oitiva de pessoa em processo judicial;
- c) Realizar terapia ou psicoterapia com famílias e/ou indivíduos - competência de profissionais da política pública de saúde;
- d) Elaborar parecer, laudo e/ou perícia para compor processos judiciais, pois essa elaboração exige fundamentação e qualidade técnico-científica especializada – competência de Assistentes Sociais do Poder Judiciário; [...] (BRASIL, 2012).

O trabalho no Sistema Único de Assistência Social (SUAS) requer a vinculação de famílias e/ou indivíduos às ofertas de serviços

de proteção social pelas equipes de referência. Entende-se, desse modo, que acompanhar e atender tais usuários não possui como atividade fim a produção de avaliação ou utilização de métodos e técnicas com objetivo de diagnóstico (CFP, 001/2016).

Desse modo, a realização de atividades ou a elaboração de documentos que diferem das atribuições elencadas para estes profissionais, com base nos objetivos da Política de Assistência Social, aponta prejuízo do exercício da função de proteção social e o alcance dos escopos da Assistência Social.

A recusa do profissional em elaborar laudos e/ou relatórios com a finalidade jurídica quando requisitados em sua função dentro da Política de Assistência Social é respaldada pela não generalização de suas competências profissionais. (CFP, 001/2016).

Outrossim, os relatórios do CRAS não devem se confundir com a elaboração de “laudos periciais”, relatórios ou outros documentos com finalidade investigativa que constituem atribuição das equipes interprofissionais dos órgãos do sistema de defesa e responsabilização (BRASIL, 2011).

Ressalta-se que o trabalho desenvolvido pelos/as profissionais do CRAS e CREAS, por meio da execução da política de Assistência Social, visa superar a situação de vulnerabilidade social e prevenir as situações de risco pessoal e social das famílias/indivíduos, garantido o atendimento às necessidades humanas e usufruto de bens e serviços públicos e a ampliação do acesso aos direitos assegurados pela legislação, e dessa forma, evitar que demandas sociais sejam judicializadas, ou apresentadas ao Sistema de Justiça de forma segmentada. (PARANÁ, 2022, p.18).

De acordo com o Caderno de Orientações Técnicas do PAIF, demandas relativas à produção de relatórios devem ser endereçadas ao órgão gestor da Assistência Social, responsável por identificar a relevância da solicitação. Em caso positivo cabe ao profissional das equipes de referência elaboração de relatório informativo com base nos objetivos e seguranças afiançadas pela política de Assistência Social (BRASIL, 2012).

Desta forma as informações prestadas referem-se ao acompanhamento das famílias, através da emissão de relatórios acerca das intervenções realizadas pelo serviço socioassistencial, podendo subsidiar assim decisões dos órgãos que compõem o sistema de garantia de direitos, não possuindo, portanto caráter investigativo (PARANÁ, 2022).

Destaca-se, ainda, que a Proteção Social Básica tem como objetivo garantir às famílias a convivência familiar e comunitária, o acesso aos

direitos socioassistenciais e à rede de serviços, o desenvolvimento do protagonismo e da autonomia, através de serviços de caráter protetivo e preventivo. Assim, não se articula a ações e procedimentos que possibilitem a responsabilização (PARANA, 2022, p. 15).

Cabe aos profissionais do SUAS apontar quais as medidas e ações do trabalho social desenvolvidos com famílias, com base em informações já existentes, respeitando o sigilo referindo apenas as informações pertinentes ao processo, apontando estratégias utilizadas, ações pactuadas no Plano de Acompanhamento familiar, evoluções alcançadas e encaminhamentos realizados.

Assim, farão a indicação dos serviços, programas, projetos e benefícios socioassistenciais a que estão vinculados, como está ocorrendo seu acompanhamento e qual a articulação com a rede de proteção e, caso estes não tenham sido inseridos no atendimento da política de assistência social, quais serão os procedimentos adotados (PARANA, 2022, p. 17).

O Ministério Público do Rio Grande do Norte, por meio do Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça da Infância, Juventude e Família, remeteu a Nota Técnica Nº 01/201814, que sugere a construção de agendas permanentes com reuniões interdisciplinares entre os diversos atores que compõem a rede do Sistema de garantia de Direitos fomentando a comunicação, o esclarecimento de dúvidas e divulgação de informações referentes ao papel de cada integrante buscando assim uma atuação protetiva e integral, para “que a rede de proteção funcione efetivamente como tal, pois não há que se falar em rede se não existir diálogo e interação entre os diversos componentes abrangidos.”

É recomendável que os órgãos de Sistema de Justiça dialoguem previamente com o órgão gestor local da Assistência Social, evitando determinar providências diretamente à rede socioassistencial, nas pessoas dos profissionais que compõem as equipes de referência dos CRAS e CREAS e, ainda, definam o tipo de informação que será prestado por estas unidades, seu nível de detalhamento e fixem prazos razoáveis para a apresentação do documento correlato, observados os parâmetros técnicos e jurídicos aplicáveis à matéria, especialmente os princípios elencados no art. 100, caput e parágrafo único, do ECA (RIO GRANDE DO NORTE, 2018, p. 10).

A supracitada Nota Técnica do Estado do Paraná destaca que as contribuições do SUAS em sua relação com o Judiciário podem se dar através da participação ativa nas articulações da rede de proteção local, trazendo apontamentos no que tange ao acompanhamento e análise dos casos, assinalando demandas relativas a lacunas observadas na

implementação de políticas públicas, ou através do acolhimento de famílias e indivíduos encaminhados pelo sistema de justiça, ainda não alcançados pelos SUAS, buscando sua inserção nos programas, projetos, serviços e benefícios socioassistenciais. Podem ainda contribuir com a elaboração dos planos individuais e familiares de acompanhamento, apontando as vulnerabilidades bem como as potencialidades da família e dos território que possam contribuir para superação das situações de violência e risco social além de prestar informações pertinentes sobre as famílias que se encontrem na situação de vulnerabilidade risco social, considerando as atribuições e objetivos específicos de modo a considerar as limitações dos limites de suas atribuições de modo que não se caracterize como instrumento investigativo ou de responsabilização (PARANÁ, 2022).

3 Considerações finais

Nesse sentido cumpre destacar que a assistência social desponta como uma política com objetivos definidos pela suas normativas e legislações, diferindo do papel assistencialista e clientelista em que se configurava anteriormente a Constituição de 88. Seus objetivos foram elencados e definidos a partir de seus marcos regulatórios, a saber as normas operacionais básicas e Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais.

O trabalho social com famílias materializado através do PAIF tem como objetivo fortalecer a função a protetiva da família, através do empoderamento e autonomia de seus membros, do acesso e defesa de direitos e se opera com anuência da família. Neste aspecto não caberia às equipes de referência destes equipamentos, atuar no sentido de promover averiguações e fiscalização, produzir laudos ou documentos que possam culpabilizar esta família.

Contudo, no campo de atuação desta política, o acompanhamento familiar aparece como uma estratégia central em seus territórios de abrangência, haja vista fomentar a construção de estratégias de convivência social e comunitária, fortalecendo vínculos e prevenindo a ocorrência de situações de vulnerabilidade.

Deste modo, o trabalho em rede com base nas atuações dos demais atores do sistema de garantia de direitos pode alavancar a superação de situações de risco social, quando cada autor desta engrenagem consegue alcançar seu objetivo, seja de proteção ou de responsabilização.

Referências

ANDRADE, Priscilla Maia de; MATIAS, Mariana López. Notas sobre o desenvolvimento do trabalho social com famílias no âmbito da política de Assistência Social. In: Brasil. **Concepção e gestão da proteção social não contributiva no Brasil**. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, UNESCO, 2009.

BRASIL. Conselho Nacional de Assistência Social. Resolução 109, de 11 de novembro de 2009. **Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais**. Brasília, MDS: 2009.

BRASIL. Decreto n.12.435, de 06 jul. 2011. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social. **Diário Oficial da União**, Brasília, 06 jul. 2011.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8.069/90, de 13 de julho de 1990.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Orientações Técnicas sobre o PAIF**, v.01. Brasília, MDS: 2012. Disponível em: http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/Orientacoes_PAIF_1.pdf. Acesso em: 21 mai. 2018.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Orientações Técnicas sobre o PAIF**, v.02. Brasília, MDS: 2012. Disponível em: http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/Orientacoes_PAIF_2.pdf. Acesso em: 21 mai. 2018.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Nota Técnica sobre a relação entre o Sistema Único de Assistência Social- SUAS e os órgãos do Sistema de Justiça**. Brasília, MDS: 2016. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/arquivo/assistencia_social/nota_tecnica_120520016.pdf. Acesso em: 11 out. 2022.

BRONZO, Carla. Vulnerabilidade, empoderamento e metodologias centradas na família? Conexões e uma experiência para reflexão. In: Brasil. **Concepção e gestão da proteção social não contributiva no Brasil**. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, UNESCO, 2009.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA (CFP). **Nota Técnica nº**

001/2016: Orientações sobre documentos elaborados por psicólogas e psicólogos no âmbito do

Sistema Único de Assistência Social (SUAS). Brasília: Conselho Federal de Psicologia (CFP), 2016. Disponível em: <https://conpas.cfp.org.br/wp-content/uploads/sites/8/2015/01/Nota-T%C3%A9cnica-n%C2%BA-001-2016-CONPAS-CFP.pdf>. Acesso em: 17 out. 2022.

PARANÁ. Ministério Público do Estado do Paraná. **Nota Técnica n. 01/2022**. Curitiba, 2022. Disponível em: https://site.mppr.mp.br/arquivos/File/CAOPAS/Nota_Tecnica_01_2022_CAOPAS.pdf. Acesso em: 21 out. 2022.

RIO GRANDE DO NORTE. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. **Nota Técnica n. 01/2018**. Natal, 2018. Disponível em: http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2019/11/25/10_23_06_984_Orienta%C3%A7%C3%A3o_MPRN_CRAS_E_CREAS__NOTA_T%C3%89CNICA_01_2018.pdf. Acesso em: 11 out. 2022.

Capítulo 25

O SOLIPSISMO JUDICIAL E AS MARCAS INQUISITORIAIS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 385 DA NORMA PROCESSUAL PENAL

Igor Aparecido Rodrigues Silva¹

1 Introdução

O presente capítulo tem como objetivo propor discussões acerca das decisões judiciais baseadas no Solipsismo Judicial, bem como a forma em que os tribunais e a doutrina vêm entendendo sobre a aplicação do artigo 385 do Código de Processo Penal. Para tanto, será feito um recorte temporal desde as raízes do solipsismo, o contexto em que a norma processual penal foi criada e sua aplicabilidade pós Constituição de 1988.

Hodiernamente é crescente nos tribunais brasileiros a figura do juiz solipsista, ou seja, aquele juiz viciado em si mesmo, que profere decisões com base nas suas convicções pessoais e valores morais. Isso na matéria processual penal é ainda mais notório em razão do Código de Processo Penal permitir verdadeiras aberrações jurídicas em face do que se estabelece a Constituição Federal de 1988. Nestes moldes, o juiz solipsista fere a Constituição Federal de 1988 ao negar o que estabelece seu artigo 93, inciso IX, c/c artigo 155 do Código de Processo Penal, onde há expressa previsão do dever de fundamentação das decisões conforme as provas produzidas em contraditório.

Dentre algumas dessas aberrações normativas, vale ressaltar a ideologia da busca da verdade material no processo penal. Em nome dessa concepção, o Código de Processo Penal autoriza o juiz a agir *ex officio* na requisição de inquérito policial (art. 5º, II, do CPP), na determinação da produção de provas (art. 156 do CPP), na inquirição de testemunhas

1 Discente na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas, no Programa de Graduação em Direito. E-mail: igor-arm@hotmail.com

(art. 209 do CPP), na decretação da prisão preventiva (art. 311 do CPP), na possibilidade de condenar o réu, mesmo diante de um pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público (art. 385 do CPP), a dar uma qualificação jurídica diversa da outorgada pela acusação, mesmo que o imputado não tenha se defendido (art. 383 do CPP), bem como a recorrer de ofício, mesmo que a acusação não tenha interposto o recurso cabível (arts. 574 e 746 do CPP).

Essa atuação ativa do magistrado no processo é característica do sistema processual inquisitório enraizado na norma processual desde sua criação. O Código de Processo Penal foi criado na vigência da ditadura varguista, conhecida como Estado Novo, que perdurou de 1937 até 1945, e teve grandes influências fascistas do Código Italiano, o Código Rocco.

Todavia, este sistema processual inquisitório não foi recepcionado pela Constituição de 1988, que trouxe em seu rol de direitos e garantias fundamentais aspectos do sistema acusatório, tais como, o direito ao contraditório e a ampla defesa. Nota-se que neste novo paradigma o réu deixa de ser mero objeto do processo e passa a ser parte dele. Outrossim, a Constituição de 1988 trouxe expressamente a função precípua de julgar para Poder Judiciário, bem como as funções das instituições essenciais à justiça, sendo o Ministério Público o legitimado para exercer a ação penal pública. Assim, cabe ao magistrado a função precípua de julgar conforme os elementos apresentados nos autos com o dever de fundamentar todas suas decisões sob pena de nulidade.

2 Origens do solipsismo judicial

Não raro nos deparamos com notícias onde os holofotes estão voltados ao Poder Judiciário. Isso se deve ao fato – e merecida crítica – de tantas decisões proferidas com base em valores subjetivos daquele que está julgando, desconstruindo “uma norma produzida democraticamente por meio de sua substituição por um princípio” (FERREIRA, 2019, p.30). Nesta esteira, o jurista Lênio Streck (2017) assevera que este discricionarismo é atinente ao neocostitucionalismo que veio como uma possível superação do positivismo exegetico.

Todavia, em “*terrae brasiliis*”² insurge uma crescente criação de princípios de forma exacerbada, propiciando um ambiente de decisões arbitrárias com base no discricionarismo. Ainda segundo Streck (2017,

2 Expressão utilizada por Luiz Lenio Streck ao se referir ao Estado brasileiro.

p.73), “discrecionalidade judicial nada mais é do que uma abertura criada no sistema para legitimar, de forma velada, uma arbitrariedade... cometida... pelo Judiciário”.

Nesta conjectura, Streck (2017) adverte que isso é fruto de uma má interpretação da Jurisprudência dos Valores Alemã e da Teoria da Argumentação de Robert Alexy. O equívoco se encontra na falta de adequação das teses mencionadas a realidade brasileira, onde cada jurista faz uma interpretação irrestrita da mesma teoria chegando a resultados diferentes.

Dessarte, devido a essa interpretação irrestrita, os tribunais brasileiros no uso descriterioso da teoria alexyana, vem transformando a regra da ponderação em princípio. Streck denomina este fenômeno como “*pamprincipiologismo*”³ que é um subproduto do neoconstitucionalismo. Em linhas gerais, “esse pamprincipiologismo faz com que, a pretexto de aplicar princípios constitucionais, haja uma proliferação descontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional” (STRECK, 2017).

Nesse sentido, “a prática nacional oscila em reafirmar que o dever do julgador é focar no texto da lei, uma atitude típica da Escola da Exegese, e em apostar no extremo subjetivismo (solipsismo judicial), que despreza o texto das normas jurídicas” (FERREIRA, 2019, p. 201).

Assim, mostra-se necessário trazer à tona o voto do Ministro Humberto Gomes de Barros no AgReg em REsp nº 279.889/AL, julgado em 03/04/2001, DJ 11/06/2001, STJ:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. [...] *Decido, porém, conforme minha consciência.* Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros *decidem assim, porque pensam assim.* E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, *e a doutrina que se amolde a ele.* É fundamental expressarmos o que somos. *Ninguém nos dá lições.* Não somos aprendizes de ninguém (grifo do autor) (STRECK, 2013).

O solipsismo é encarado como uma concepção filosófica, da qual,

3 Streck cita como exemplo o princípio da humanidade; o princípio da nulidade do ato inconstitucional; o princípio da não surpresa; o princípio da absoluta prioridade dos direitos da Criança e do Adolescente; o princípio da afetividade etc. Nota-se que são princípios que possuem pretensão meramente retórico-corretiva do que já vem estampado na Constituição Federal.

tudo que existe está submetido a consciência do sujeito – “o sujeito que se basta em si próprio”. Ele subjuga o mundo de acordo com seu ponto de vista individual. “Epistemologicamente, o solipsismo representa a coroamento da radicalidade do indivíduo moderno em seu sentido mais profundo” (STRECK, 2017, p. 273). Dessa forma, vale a lição de Lenio Steck ao apontar que o solipsismo, voluntarismo, subjetivismo e relativismo, são termos intercambiáveis. Na verdade, o sujeito solipsista vive um eterno paradoxo, é a solidão do sujeito que se basta em si convivendo com as vozes de multidões em busca de respostas para o seu caso concreto.

Do ponto de vista histórico, a origem do solipsismo judicial encontra suas raízes junto ao positivismo jurídico. Dentre suas várias formas de positivismo desenvolvidas desde o século XIX, há uma característica em comum entre eles, qual seja, possibilitar a discricionariedade do julgador (FERREIRA, 2019, p132).

Contudo, é necessário aprofundar na filosofia para compreender estas variadas formas de positivismo, sendo necessário, para superá-lo, fazer uma ruptura do esquema sujeito-objeto, decorrente da modernidade. Para compreender o esquema sujeito-objeto, deve-se entender os limites da metafísica ontoteológica, seja ela clássica ou moderna. Ao contrário da metafísica clássica, onde o sentido estava no objeto, devendo ser acessado no mundo das ideias e na busca pelas essências (dualismo platônico); na metafísica moderna o sentido das coisas fica a cargo do pensador, ou seja, ele dá o sentido a partir do seu conhecimento. “Daí afirmar que, com Kant, saímos de um “conhecimento metafísico”, próprio dos gregos e medievais, para fazer uma “metafísica do conhecimento” fundada na filosofia da consciência” STRECK, 2017, p. 64 *apud* STEIN, 2002, pp. 73-77).

Nesta esteira, o sujeito torna-se dono da razão, onde o método para suprir as lacunas da racionalidade fica a seu cargo, lançando mão da “filosofia da consciência, indissociavelmente dependente do subjetivismo moderno ou, se quisermos, do sujeito solipsista” (STRECK, 2017, p.63).

Streck (2017) denomina este fenômeno como “privilegio cognitivo do juiz (PCJ)”, o qual confere ao julgador a possibilidade de deixar de aplicar a lei em detrimento do seu sentimento pessoal. Até mesmo Oskar Bülow, defensor do solipsismo, não compactuava com esta ideia, dizendo que os adeptos do Direto Livre estavam equivocados. Por sinal, a discricionariedade é um elemento em comum desde a escola do Direito Livre até chegar na contemporaneidade com autores aargumentativistas. No momento da decisão sempre há um espaço que não é preenchido pela

razão, o que necessariamente será tomado pela vontade discricionária do juiz.

Neste ponto, reside a problemática do esquema sujeito-objeto no Direito. Com a pretensão de se superar o juiz “boca da lei”, ou seja, o juiz positivista-exegético, “passou-se a apostar no protagonismo judicial a partir do PCJ”. Com isso, inicia-se posturas de se decidir conforme a consciência do juiz, elevando o juiz solipsista como o senhor dos sentidos (sujeito-objeto) (STRECK, 2017, p. 65).

3 O combate ao solipsismo por meio da crítica hermenêutica do direito: o giro ontológico-linguístico

Com o advento da modernidade, notadamente no século XX, surge um fenômeno denominado giro ontológico-linguístico como uma forma de superar o paradigma filosófico da consciência, transferindo o conhecimento para o âmbito da linguagem (NETO *et al*, 2019).

Verifica-se, neste ponto, que a problemática do solipsismo decorre da égide do paradigma da consciência, o qual permite a (re)criação da realidade a partir de uma visão individual do julgador, ou seja, o solipsismo. Noutro giro, sob o manto do paradigma da linguagem, o intérprete do direito perde o protagonismo, dando espaço a linguagem pública, assim, “o giro ontológico-linguístico é condição necessária para obtermos no campo jurídico os avanços já vivenciados na filosofia” (FERREIRA, 2019, p. 197).

De acordo com Ferreira (2019), essa guinada eleva a linguagem ao primeiro plano, onde, por meio do giro ontológico linguístico, o sujeito perde a possibilidade de ser o senhor dos sentidos, encerrando a subjetividade assujeitadora, afinal, a linguagem passa a ser pública. Dito de outro modo, a linguagem (pública) serve como controle do subjetivismo e por consequência disto, também se torna forma de controle das decisões judiciais. Nesta esteira, o autor adverte que:

a não incorporação dou adoção do giro ontológico linguístico afeta a Teoria do Direito e a prática jurídica nacional gerando uma incerteza/ insegurança jurídica, já que as respostas para os casos variam entre posturas objetivistas ou subjetivistas. A prática nacional oscila em reafirmar que o dever do julgador é focar no texto da lei, uma atitude típica da Escola da Exegese, e em apostar no extremo subjetivismo (solipsismo judicial), que despreza o texto das normas jurídicas (FERREIRA, 2019, p. 201).

Embora este seja o caminho para o fim do solipsismo, essa virada

linguística não foi recepcionada pela jurisprudência. Existem vários juristas brasileiros avessos a essa nova realidade, por conveniência, preservando a filosofia da consciência, da qual se desagua o solipsismo judicial. Dessa forma, se o giro linguístico fosse adotado como ciência jurídica, colocaria fim a justificativa de julgar como fruto da vontade do julgador. Teorias normativas como a de Kelsen que deixou o decisionismo como herança, e o positivismo de Hart, que admite espaços para interpretação ao julgador nos casos difíceis perderiam espaço (FERREIRA, 2019).

Neste sentido, Kelsen desenvolveu a Teoria da Moldura, na qual a solução para os casos apresentados encontraria guarida dentro desta moldura, assim, o juiz teria a discricionariedade de escolher qual a melhor norma para o caso concreto. Inovando um pouco, Hart desenvolve a Teoria da Textura Aberta do Direito, onde a discricionariedade do julgador ficaria apenas para aqueles casos difíceis, isto é, sem resolução positivada em lei. Nota-se que nenhuma das teorias retromencionadas foram capazes de vencer a racionalidade solipsista.

Outrossim, Ferreira (2019) aduz que a adoção do paradigma da linguagem em detrimento do paradigma da consciência possui o condão de impedir decisões judiciais derivadas da racionalidade solipsista. Assim, expressões como “livre apreciação das provas” ou “livre convencimento motivado”, que ferem de morte a democracia e os direitos fundamentais, seriam extirpados do ordenamento jurídico.

Dessa forma, o autor afirma que diante da complexidade e dificuldade dos juristas brasileiros em compreender a necessidade da adoção do paradigma da linguagem, ou de perceber que a crise jurídica é paradigmática, Lenio Streck desenvolveu o termo Crítica Hermenêutica do Direito (CHD). De acordo com o autor, “o que se pretende com a crítica hermenêutica do Direito é negar que o Direito se resume em uma mera racionalidade instrumental... pois o Direito como instrumento permitiu a existência de regimes antidemocráticos” (FERREIRA, 2019, p. 205).

Nesta conjectura, a CHD é um avanço pois foi fundada com base em três teóricos. Streck se utilizou da filosofia Hermenêutica de Heidegger, as contribuições de Gadamer, com a hermenêutica filosófica e as posições jurídicas de Dworkin, particularmente pelos seus conceitos de “integridade” e “coerência”. Vale ressaltar que a teoria não foi pensada numa forma de simplesmente aplicar a ideia destes autores a realidade brasileira, como alguns juristas fazem com a teoria de Alexy e a Jurisprudência dos Valores Alemã. Primeiro Lenio os desconstruíram, para somente após forjar

a crítica hermenêutica jurídica, para que a fizesse de forma adequada ao contexto brasileiro, a fim de resolver seus problemas. Portanto, sua teoria “é o resultado de (des)leituras antropofágicas, a CHD se constitui uma matriz autônoma, não esquecendo seus aportes basilares e os seus lugares de fala” (FERREIRA, 2019, p. 206 apud STRECK, 2016, p. 11).

Igualmente, Ferreira (2019) salienta que a Crítica Hermenêutica do Direito traz à tona os problemas práticos do direito pela ausência de uma Teoria da Decisão. Ao contrário do positivismo jurídico que não se preocupa com a forma usada pelo magistrado para interpretar e decidir, a CHD se atenta em evidenciar os problemas da discricionariedade judicial para a democracia e para o Estado Democrático de Direito. Dessa forma

estamos desde sempre inseridos num mundo em que as significações se dão intersubjetivamente. Logo, a jurisdição não pode ser compreendida numa escolha paternalista. Ao contrário, deve ser entendida como um processo que requer responsabilidade política. Partindo de uma Teoria da Decisão (FERREIRA, 2019, p. 2010 apud STRECK, 2017, p. 25).

Diferentemente do positivismo jurídico que não consegue se desvincular de forma total do paradigma da consciência e da discricionariedade, a metodologia empreendida pela Crítica Hermenêutica do Direito visa a fuga da mera descrição não-cognitiva e a superação do sujeito solipsista. Pelo fato de exigir uma interação subjetiva dos sentidos, a CHD consegue evitar a existência dos juízes arbitrários. Então, “se o objetivo for insurgir-se contra o positivismo, tal ato deve ser feito por uma virada linguística que permita novas formulações sob o crivo de um novo paradigma em detrimento do paradigma da consciência” (FERREIRA, 2019, p. 219). Mostra-se, dessa forma, a necessidade de se pensar critérios para que as decisões do judiciário seja uma resposta do Direito e não do julgador. Na concepção da CHD os princípios jurídicos serão sempre normativos pertencentes do gênero norma, assim, os princípios não seriam usados como subterfúgios para decisões arbitrárias, mas, apenas para completar uma interpretação.

Noutro giro, Streck (2017) estabelece na Crítica Hermenêutica do Direito que o problema reside na forma como os positivistas entendem a linguagem. Por não compreenderem o giro ontológico-linguístico, fazem da linguagem uma ferramenta, uma terceira coisa entre o sujeito-objeto. O que na verdade é uma possibilidade de acesso ao mundo por uma experiência intersubjetiva.

Contrariando a metafísica moderna, a filosofia hermenêutica possui o condão de superar o solipsismo “na medida que se coloca como

uma cadeira no meio entre o objetivismo e subjetivismo” (STRECK, 2017, p.276), afastando-se tanto do seu lado ontológico quanto do epistemológico. Em outras palavras, com a hermenêutica não há mais espaços para discricionariedade judicial por ela ter superado o *solus ipse*.

Contudo, o autor adverte que o juiz não é inerte ou neutro. O que se denuncia são decisões fundamentadas por ideologia, subjetividade ou interesses pessoais. O juiz pode e deve interpretar a norma, todavia, dentro dos parâmetros legais, se abstendo de sua vontade pessoal (STRECK, 2017).

A partir disso, passar-se-á a análise do artigo 385 do Código de Processo Penal que confere ao magistrado a discricionariedade de condenar o acusado mesmo quando o parquet pede pela sua absolvição devido a falta de provas para condená-lo, atuando de forma completamente fora dos ditames constitucionais.

4 A origem do Código de Processo Penal brasileiro

A partir da década de 1930, países de todo o mundo se preocupavam com uma possível – leia-se suposta - eclosão de revoluções socialistas, com isso, insurgiram correntes intelectuais e políticas antiliberais e antidemocráticas pensando numa forma de conter tal “ameaça” e para tanto, era necessário o controle social por meio de um Estado forte liderado por um líder carismático, com persuasão suficiente para controlar as massas. Tal como ocorreu no fascismo italiano, comandado por Mussolini, e no nazismo alemão, liderado por Hitler. Nesse diapasão, ainda nesta década Getúlio Vargas, com sua ascensão ao poder em 1930, institui no Brasil em 1937 o chamado Estado Novo, que foi um golpe de Estado, o qual deu início a uma era de totalitarismo inspirados na Itália e Alemanha (CAPELATO, 2003).

Em 1941, já na vigência do Estado Novo, com discurso de unificação da norma processual, Francisco Campos⁴ e sua comissão formada por grandes juristas, tais como: Nelson Hungria, Roberto Lyra, Cândido Mendes de Almeida, Viera Braga, Florêncio de Abreu e Narcélio de Queiroz redigiram o Código de Processo Penal sob grande influência

⁴ Nomeado ministro da Justiça dias antes do golpe, foi, então, encarregado por Vargas de elaborar a nova Constituição do país, marcada por características corporativistas e pela proeminência do poder central sobre os estados e do Poder Executivo sobre o Legislativo e o Judiciário. O período do Estado Novo foi marcado ainda pelo forte clima repressivo e pelas frequentes violações aos direitos individuais

do Código Rocco. Assim nasceu um código representando os ideais autoritários vigentes no Estado Novo com inspirações fascistas (SILVEIRA, 2015, p. 266).

Em suas Exposições de Motivos firmada por Campos, ele consignou “que o projeto “se norteou no sentido de obter equilíbrio entre o interesse social e o da defesa individual, entre o direito do Estado à punição dos criminosos e o direito do indivíduo às garantias e segurança de sua liberdade [...] (MARCOS et al, 2014, p. 443)”. Ainda nesta linha de raciocínio, encontram-se outros pontos que são verdadeiras aberrações contra o processo penal democrático, tais como:

1) a abolição da “injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre a tutela social”; 2) uma pretendida eliminação de formalismos excessivos, ficando o processo “joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal compreendido individualismo ou de um sentimentalismo equívoco”, acabava-se por transigir-se “com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal”; 3) **a redução ao mínimo de nulidades processuais, com a consagração do princípio *pas de nullité sans grief*; [...]** 5) **a mitigação no princípio do *in dubio pro reo*; [...]** 8) **a transformação em dever da faculdade, em certos casos, de decretação da prisão preventiva;** (grifo nosso) (MARCOS et al., 2014, p. 443).

Nesta perspectiva, o reflexo do fascismo na norma processual penal brasileira é “representado pelo paradigma da necessidade de combater o acusado” (GIACOMOLLI, 2015, p. 144), colocando-o como um inimigo do Estado, e por consequência um inimigo da sociedade, que deve ser combatido a todo custo.

Outrossim, Giacomolli (2015, p. 147) destaca algumas marcas inquisitoriais propiciadas pelo Código Rocco ao Processo Penal Brasileiro, das quais vale destacar três para afirmar este estudo. A primeira marca que merece destaque é a “ideologia da busca da verdade material no processo penal”, que permite, entre tantas outras coisas, a possibilidade de condenar o réu mesmo diante de um pedido de absolvição do Ministério Público (art. 385, CPP), titular da ação penal pública. A segunda marca elencada pelo autor é a relativização do direito fundamental da presunção de inocência do sujeito, o qual, desde o início da *persecutio criminis* é tratado como culpado, fazendo a prisão processual se tornar regra. A terceira marca se deve ao elevado grau que o magistrado se encontra perante o réu, ele se encontra no topo da pirâmide. Assim, “verifica-se um “donismo” processual sem precedentes [...]: o processo é meu, a promotora é minha, a estagiária é minha, a escrivã é minha, o box é meu, o carro é meu, eu sou eu, eu e

eu. Então, eu posso investigar, eu posso acusar, eu posso julgar, recorrer e executar a sanção” (GIACOMOLLI, 2015, p. 148).

5 O processo penal sob a ótica constitucional

Sendo a Constituição a norma maior do Estado brasileiro, todas as leis infraconstitucionais lhe devem respeito e harmonia, devendo ser interpretadas conforme o Texto Maior, não podendo uma lei ordinária valer mais que o próprio texto constitucional. Neste sentido, Lopes Júnior (2022) assevera que o processo penal somente se legitima na medida que for democratizado e “devidamente constituído a partir da Constituição”.

Nesta viragem, o processo deve deixar de ser visto como mero instrumento utilizado pelo Estado para exercer seu *ius puniendi*. Importa compreender que o respeito ao devido processo legal não se confunde com impunidade, mas sim como forma de se respeitar as garantias individuais. Nesta esteira, o processo penal é o caminho para se chegar legitimamente à pena, “daí que só se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal)” (LOPES JÚNIOR, 2022, p. 144).

Todavia, com toda evolução que a Constituição proporcionou em todo campo jurídico, poucas foram as mudanças substanciais no que tange o processo penal. Vigora ainda, hodiernamente, a mentalidade inquisitória na norma processual penal. Assim, “a Constituição da República mostra-se como um operador fraco de mudança, pois não modificou substancialmente as práticas autoritárias anteriores, apenas as deu outras roupagens” (MENDES; MELO, 2017, p. 87 *apud* CUNHA MARTINS, 2013).

Portanto, não basta apenas uma leitura Constitucional do Processo Penal brasileiro para que se consiga suprimir as mascas inquisitoriais enraizadas na norma, é necessário, para tanto, uma (re)leitura do Código com base na Crítica Hermenêutica do Direito, pois, somente vencendo o solipsismo judicial, será possível superar as arbitrariedades judiciais. Antes de uma reforma material, a norma processual precisa passar uma virada linguística, superando o esquema sujeito-objeto.

6 A (in)constitucionalidade do artigo 385 do Código de Processo Penal

Para a análise correta da constitucionalidade do artigo 385, é exigida a afirmação de que a Constituição de 1988 fez a consolidação da adoção definitiva do modelo acusatório, seja por meio da separação absoluta das funções de julgar e acusar, seja pela explícita menção de princípios adotados por ele, principalmente os atinentes em decorrência do processo legal, a ampla defesa e ao contraditório. Sobre a separação de funções, esta representa uma garantia dupla para o cidadão, com o intuito de que não haja acusação senão pelo promotor natural e com o julgamento de um juiz imparcial, de acordo com a leitura conjunta e atenta dos artigos 5, LIII e 129, I, da Constituição. A partir dessa premissa, compreende-se por inconstitucional os dispositivos que, de algum modo, sejam representantes da violação aos aludidos princípios ou gere a intervenção acusatória indevida do julgador.

Se o assunto for encarado estritamente pela estrutura do Código de Processo Penal pouca solução haverá, pois é da sua filosofia que a acusação é formalmente veiculada pelo Ministério Público nas ações de legitimação pública mas a partir daí se desprende dele e passa a ser compartilhada com o magistrado, que detém, dentre outros, poderes instrutórios e mesmo postulatorios (v.g., artigo 384 e toda a gama de postulações cautelares de natureza pessoal ou probatória). Neste cenário, é natural que o magistrado realmente não se prenda às postulações finais do Ministério Público (CHOUKR, 2014, p. 575).

É estranho o fato da parcela da jurisprudência e da doutrina para a sustentação da harmonia mencionada no dispositivo com o modelo constitucional de processo penal, tomando como fundamento não o texto constitucional, mas as regras de cunho legal e, por isso, infraconstitucional, como é o princípio da indisponibilidade da ação penal pública. Esse princípio é referente ao que fato de o Ministério Público não poder “desistir da ação penal pública nem sobre ela transigir” (GRECO FILHO, 2015, p. 144). Pacelli afirma que tal norma faz a tradução da “impossibilidade de o Ministério Público dispor da ação penal a que era inicialmente obrigado” e, assim, a indisponibilidade consiste em uma consequência lógica da obrigatoriedade da ação penal, porém, a única diferença entre elas é o “momento processual do respectivo exercício, sendo o primeiro [obrigatoriedade] aplicável antes da ação penal e o segundo [indisponibilidade] a partir dela” (PACELLI, 2017, p. 79).

Acontece que, como a regra da obrigatoriedade, assim a

indisponibilidade com previsão em alguns dispositivos do CPP não possui aparato direto na Constituição e em quaisquer documentos internacionais com relação aos Direitos Humanos assinados pelo Brasil, o que acaba tornando suspeita a sua natureza de princípio. Desse modo, para aferir a constitucionalidade, se mostra insuficiente a afirmação de que a norma do artigo 385 faz a concretização do princípio da indisponibilidade da ação penal pública.

A obrigatoriedade da ação penal e a característica consequente da sua indisponibilidade é correspondente a somente uma das dimensões possíveis do princípio da legalidade que ação penal pública informa, não se deve fazer confusão com a aplicação cega do artigo 42 com a ilegalidade absoluta de “acusar alguém, ou pedir a condenação no final do processo, quando não existe justa causa, punibilidade concreta ou prova suficiente de autoria e materialidade” (LOPES JUNIOR, 2014, p. 387).

É observado que, distante da representação de um argumento sólido para a manutenção, e a constitucionalidade, da norma do artigo 385, o denominado princípio da indisponibilidade da ação penal faz a representação da medida de política criminal que precisaria ser repensada, a partir do princípio acusatório e do exercício da pretensão acusatória, visto que, em nenhuma situação seria possível tolerar a autoatribuição da acusação, daquele que é o julgador que fará o proferimento da decisão.

7 Considerações finais

É possível concluir que a aplicabilidade do artigo 385 do CPP não está de acordo com a legislação pátria, visto que este artigo vem em confronto com o sistema processual penal do Brasil. Não é cabido fazer a atribuição ao juiz de uma função que pertence privativamente ao Ministério Público, visto que quando ele, a luz do artigo 385 do CPP, faz a condenação, mesmo que seja pedida a absolvição do parquet, ele irá invadir uma exclusiva competência do promotor que é a função de acusar.

Deve ser pautada pelo juiz a sua conduta pela imparcialidade, sendo necessária a condução simplesmente do processo para que no fim, frente a todos as provas e aos fatos, possa escolher o conflito. O Sistema Acusatório é o adotado no sistema processual do Brasil, dessa forma, as funções de acusação e decisão possuem execução de órgãos distintos, pois a acusação é feita pelo Ministério Público e a decisão é do juiz. Desse modo, o artigo 385 não possui identificação com este sistema e nem com o princípio da

imparcialidade do juiz.

Referências

CAPELATO, M. H. **O Estado Novo: o que trouxe de novo? O Brasil republicano: o tempo do nacional-estatismo: do início da década de 1930 ao apogeu do Estado Novo**. Rio de Janeiro, 2003. 109-143.

CHOUKR, F. H. **Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

COPETTI NETO, A.; NOVAIS, A. L. M.; OLIVEIRA, C. C. D. “O espaço azul e infinito” do universo dos Juristas: uma análise do solipsismo judicial de Streck a partir das “ideias do canário”. **Juris Poiesis**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 30, p. 230-247, 2019. ISSN 2448-0517. disponível em: <http://revistaadmmade.estacio.br/index.php/jurispoiesis/article/view/7615/0>. Acesso em: 10 abril 2022.

FERREIRA, R. A. M. **O Projeto Inacabado de Uma Teoria da Decisão Judicial: De Habermas a Streck, Na Luta Por Decisões Democráticas**. Belo Horizonte: Dialética, 2019.

GADAMER, H.-G. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3ª. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

GIACOMOLLI, N. J. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 143-165, 2015.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. Ed. 11. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JUNIOR, A. **Direito Processual Penal**. 19ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620520/>. Acesso em: 15 maio 2022.

LOPES JUNIOR, A. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620582>. Acesso em: 29 abril 2022.

LOPES JUNIOR, A. Por que o juiz não pode condenar quando o Ministério Público pedir a absolvição? **Consultor Jurídico**, 5 dezembro

2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-dez-05/limite-penal-juiz-nao-condenar-quando-mp-pedir-absolvicao>. Acesso em: 14 março 2022.

MARCOS, R. D. F.; MATHIAS, C. F.; NORONHA, I. **História do Direito brasileiro**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Grupo Gen, 2014. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5565-6/>. Acesso em: 25 abril 2022.

MENDES, C. H. C. F.; MELO, M. E. Mentalidade inquisitória e instrumentalidade do Processo Penal: transição democrática, reformas processuais e permanências autoritárias. **Arquivo Jurídico: Revista Eletrônica da UFPI**, Teresina, v. 4, n. 1, p. 84-99, Jan./Jul. 2017. ISSN 2317-918X. Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/7419>. Acesso em: 1 maio 2022.

MUNIZ, G. R. G. O anacronismo do artigo 385 do Código de Processo Penal. **Consultor Jurídico**, 9 dezembro 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-09/muniz-anacronismo-artigo-385-codigo-processo-penal>. Acesso em: 8 abril 2022.

OLIVEIRA, E. P. D. **Curso de Direito Processual Penal**. São Paulo: Atlas, 2014.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. Ed. 21. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

SILVEIRA, M. A. N. D. A cultura inquisitória vigente e origem autoritária do Código de Processo Penal Brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 264-275, Jan./Fev. 2015. ISSN 2236-8957.

STRECK, L. L. E a professora disse: “Você é um positivista”. **Consultor Jurídico**, 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-ago-23/senso-incomum-professora-disse-voce-positivista>. Acesso em: 5 abril 2022.

STRECK, L. L. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, L. L. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 4ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, L. L. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788547215644/pageid/0>. Acesso em: 9 abril 2022.

Capítulo 26

REGULARIZAÇÃO TERRITORIAL E ENCRIPTAÇÃO DA ANCESTRALIDADE DE COMUNIDADES QUILOMBOLAS

Cristiano Tolentino Pires¹

Lais Lopes de Sousa²

Laryssa Maynard Santos Melo³

Rita Sebastiana de Paula Carvalho⁴

Washington Alexandre Campos⁵

1 Introdução

Várias são as situações em que se constata a ocupação do solo urbano ou rural de maneira informal, na medida em que a formalidade requerida pelo direito se dá a partir do registro translativo da propriedade do bem em nome de quem o ocupa, a teor do que dispõe o artigo 1.245, do Código Civil. No entanto, a informalidade ditada pelo direito, muitas das vezes, configura-se como sendo a única forma possível de ocupação do território, seja porque o sujeito que ali está não tem conhecimento das providências legais necessárias à regularização da situação fática vivenciada, seja porque, ainda que saiba o que deve ser feito a título formal, não tem condições financeiras e técnicas — conhecimento especializado na área, atribuível a sujeitos específicos — para buscar a

1 Doutor em Direito pela PUC/Minas. Professor e Coordenador do Grupo de Pesquisa “Desencriptando o Direito à Cidade nos Vales do Jequitinhonha e Muruci” do curso de Direito da UEMG/Diamantina. cristiano.pires@uemg.br.

2 Graduanda e pesquisadora extensionista bolsista do Grupo de Pesquisa “Desencriptando o Direito à Cidade” do curso de Direito da UEMG/Diamantina. lais.1493005@discente.uemg.br.

3 Graduanda e pesquisadora extensionista voluntária do Grupo de Pesquisa “Desencriptando o Direito à Cidade” do curso de Direito da UEMG/Diamantina. laryssa.1493375@discente.uemg.br.

4 Graduanda e pesquisadora extensionista voluntária do Grupo de Pesquisa “Desencriptando o Direito à Cidade” do curso de Direito da UEMG/Diamantina. rita.1497344@discente.uemg.br.

5 Graduando e pesquisador extensionista voluntário do Grupo de Pesquisa “Desencriptando o Direito à Cidade” do curso de Direito da UEMG/Diamantina. washington.1493306@discente.uemg.br.

segurança jurídica de sua titulação.

Neste sentido, aqueles que são alocados na condição de submissos à insegurança de sua ocupação o são porque, num outro lado estão tantos outros que, a teor de possuírem o conhecimento legal necessário à implementação de medidas de outorga do direito, deixam de compartilhar tal conhecimento, transformando-o em ferramenta de controle e poder, num constante processo de subjugação de interesses e anulação de saberes para além do texto legal.

Para fins deste artigo, com base na Teoria da Encriptação de Poder de Ricardo Sanín-Restrepo, as duas figuras centrais desse embate — submissão *versus* poder — estão configuradas no conceito de povos ocultos e *expert*, respectivamente, na medida em que é ocultado o sujeito que “[...] por definição é abandonado por qualquer sistema de representação, mais precisamente no abandono, em sua exclusão necessária, mas paradoxal, se converte no ‘meio de representação universal’”. (SANÍN-RESTREPO, 2018, p. 172)⁶. Já os *experts* são aqueles que operacionalizam o controle da linguagem para manutenção do poder.

Daí a afirmação de que a encriptação gera a impossibilidade da discussão livre de conceitos e participação real dos interessados em razão do obstáculo imposto pela linguagem, que está restrita a sujeitos específicos e bloqueada para o povo oculto. O “povo oculto” (SANÍN-RESTREPO, 2018) apresenta-se como sendo a parcela dessa totalidade que não pode e nem será incluída em termos de participação e relevância na tomada de decisões, mas que, ao mesmo tempo, precisa ser falsamente incluída para conferir a sensação de totalidade, mantendo-se a lógica de colonização de discursos e anulação de diferenças (PIRES, 2022).

É a forma de operacionalizar, construir e transmitir os ditames legais pela linguagem que é definida por essa classe de especialistas, trazendo-se para este campo o papel exercido pelos profissionais de direito. Tal lógica de encriptação acaba por garantir o controle social de modo hierarquizado, fazendo com que as populações tradicionais — com destaque aqui aos quilombolas — permaneçam na situação de observadores externos de seu próprio direito, na medida em que devem aguardar que o procedimento de titulação de terras seja iniciado e concluído por parte do poder público. A ancestralidade que lhes concede o direito de permanência no solo cede

6 “[...] es la escoria humana, el enemigo íntimo, que por definición es abandonado por cualquier sistema de representación, pero precisamente en el abandono, en su exclusión necesaria pero paradójica, se convierte en el ‘medio de representación universal’”. (SANÍN-RESTREPO, 2018, p. 172).

lugar à benesse estatal de concessão de “privilégios” fundiários.

A presente pesquisa tem por objetivo principal fornecer informações básicas sobre o procedimento de regularização fundiária, de modo a demonstrar como a falta de acesso à informação qualificada serve para encobrir direitos das comunidades quilombolas, ao passo que a sua ancestralidade estará assegurada a partir da fixação no território no qual são vivenciadas suas particularidades de saberes, já que a garantia de permanência no solo só estará formalmente efetivada pelo direito a partir da regularização de suas ocupações mediante atos específicos de regularização fundiária.

Sem a segurança atribuída pelo direito ao título de propriedade, já que desvalorizado de fato o instituto da posse, as comunidades tradicionais se veem numa constante busca de afirmação social para reconhecimento de suas individualidades. O direito, ao mesmo tempo em que garante discursivamente a proteção aos seus interesses, sujeita-os a procedimentos morosos e protocolares para que a terra, essência de suas vivências, possa lhes ser garantida. O que se propõe como solução imediata a descriptar a lógica de ocultação de direitos é a transmissão do conhecimento qualificado de modo simples, direto e acessível, como ferramenta de autonomia de direitos e busca da legitimidade da singularidade de cada povo.

De igual forma, serão apontados os entraves que perpassam a regularização fundiária dessas terras, partindo do pressuposto de que tais obstáculos têm origem no processo histórico de discriminação racial por parte de grandes latifundiários e proprietários de terras, desde do período colonial até os dias atuais. Para tanto, a pesquisa se desenvolve a partir do método dedutivo e a técnica de pesquisa é a documental, na modalidade de revisão de literatura.

As discussões sobre o tema em evidência estão sendo desenvolvidas em conjunto no âmbito do Projeto de Extensão “Titula: Segurança da Ocupação pelo Acesso à Informação” financiado pelo edital PAEX/UEMG 01/2022 e do Projeto de Pesquisa “Descriptando territórios” financiado pelo edital PQ/UEMG 02/2022, ambos na Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG, Unidade Diamantina. Tratam-se, portanto, de resultados parciais dos trabalhos ali empreendidos pelos pesquisadores extensionistas vinculados aos referidos projetos.

2 A Constituição dos povos quilombolas e sua ligação à terra

O processo de formação dos primeiros quilombos ocorreu durante a colonização brasileira, caracterizada pela imposição forçada da cultura europeia sobre os povos indígenas que habitavam a América. No processo de exploração, os europeus encontraram certa dificuldade em catequizar os povos indígenas, razão pela qual se valeram do tráfico de escravos da África para o Brasil, de modo que o período colonial se desenvolveu num cenário de exploração racial.

Durante esse período de exploração humana, ocorreram algumas tentativas de se retomar a liberdade dos povos escravizados. Dentre essas tentativas, destaca-se a realizada por Zumbi, que ficou popularmente conhecido como Zumbi de Palmares, responsável pela construção do primeiro quilombo no Brasil, que, embora tenha sido destruído pela corte imperial, deixou um legado a partir do qual aconteceram outras lutas pela liberdade, até a abolição da escravidão no Brasil.

O feito de Zumbi, além de fundamental para a conquista da liberdade, pode ser entendido como patrimônio histórico da cultura quilombola, especialmente diante da resistência promovida por este líder aos ataques portugueses. Em razão disso, a história dele não se apagou após a destruição do seu território, pois encorajou a fuga de outros escravos e, por conseguinte, a formação de novos quilombos (ARAÚJO, 2006).

O Brasil foi o último país a abolir a escravidão. Contudo, essa abolição se deu sem que fosse promovida a efetiva inclusão social dos povos africanos, indígenas e mestiços. Em razão disso, as pessoas que procuravam os quilombos constituíram famílias e lutaram pela conquista do território contra os grandes proprietários de terras. Percebe-se, de antemão, a necessidade em assegurar aos povos quilombolas o direito as terras que possuem.

Atualmente, apenas 7% (sete por cento) das terras de remanescentes quilombolas são regularizadas, segundo matéria veiculada no *site* da Agência Brasil, (BRITO, 2018). Essa ínfima porcentagem desponta como um obstáculo a ser sanado. Necessário se pensar na regularização fundiária de terras de remanescentes quilombolas como um direito fundamental, uma vez que a cultura desse povo está cada vez mais ameaçada, mormente diante da inexistência de um plano efetivo para a regularização fundiária dessas terras.

Os primeiros direitos constitucionais dos povos quilombolas foram

garantidos somente em 1988, com a promulgação da Constituição Federal. Nota-se, portanto, que se passaram 04 (quatro) séculos após a formação do primeiro quilombo no Brasil, para só então ser positivado algum direito com vistas à preservação da cultura quilombola. Apesar disso, o processo de regularização fundiária não se viu materializado na realidade concreta, possivelmente devido à carência de políticas públicas e aos altos custos do acesso à justiça.

Emerge, pois, a necessidade de se interpretar e efetivar as normas já positivadas que tratam da regularização fundiária das terras pertencentes a remanescentes quilombolas, como um pontapé inicial para solucionar o elevado número de comunidades que não possuem certificação de suas terras.

Atítulo de definição, para a Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas – CONAQ, um remanescente de quilombo é entendido enquanto um reduto de enfrentamento à opressão, objetivando a luta contra a violência sistêmica. No Brasil, a formação de quilombos se deu como um movimento de união de escravos fugitivos, libertos e indígenas, que unificaram seus conhecimentos acerca da terra e das técnicas para sobreviverem em territórios mais afastados e que sobreviviam da agricultura e da caça. Para além dos mais conhecidos, como Palmares, acredita-se que inúmeros quilombos se formaram em todo o território durante e após o período escravocrata.

De acordo com um estudo realizado pela Base de Informações Geográficas e Estatísticas sobre os Indígenas e Quilombolas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2020) estima-se que em 2019 existiam 5.972 (cinco mil novecentas e setenta e duas) localidades quilombolas no Brasil. Os dados são referentes ao último censo demográfico realizado em 2010 e levanta a reflexão sobre a questão dos quilombos no Brasil e dos processos históricos que delimitam a temática.

Com o advento da Constituição de 1988, o Estado brasileiro trouxe o termo quilombo para o ordenamento jurídico. Possivelmente, isso se deu com vistas a assegurar a propriedade definitiva das comunidades que salvaguardam a memória dos territórios que, historicamente, são o lar dos povos negros que se articularam em grupos de resistência à escravidão durante o período colonial.

O ato de promulgação de uma nova Constituição conduz à instauração de uma nova ordem jurídica em um país. Como consequência, a regra é que se tenha um embate político, justamente em razão das disputas

de poder que ocorrem em tal período. Em razão disso, o uso político dos termos haveria de gerar impactos, principalmente para os grupos ocultados, que passariam a ter uma coletividade constituída de garantias e de direitos.

Na mesma esteira, há de se ressaltar que a propriedade de terras é um dos meios a partir dos quais se verifica o poder de um indivíduo. Por isso, as disputas que se iniciaram no Brasil colônia entre os proprietários de terras e escravos transparecem, ainda hoje, no controle do solo por uma classe de *experts* dominante, considerada neste sentido como a elite liberal que pauta sua atuação no acúmulo e consolidação da propriedade imobiliária.

A distribuição desigual de terras no período colonial, atrelada à instituição da compra como meio de obtenção de terras, são fatores que agravaram a questão agrária e, como resultado, as terras produtivas ficaram concentradas nas mãos de poucos sujeitos.

Segundo dados do Atlas Agropecuário lançado pelo IMAFLORA, GEOLAB da ESALQ/USP e a KTH da Suécia (IMAFLORA, GEOLAB/USP e KTH, 2017), no Brasil, a maior concentração de terras está nas mãos do agronegócio. Esse segmento da sociedade cada vez mais ocupa os espaços políticos, a exemplo da formação da Frente Parlamentar Agropecuária – FPA, alcunhada Bancada Ruralista, que atua no Congresso Nacional em defesa dos interesses dos grandes proprietários de terras rurais.

A bancada é uma das principais responsáveis pelos entraves no que tangencia à regularização de terras dos povos tradicionais (SOUSA, ROCHA, 2021). Exemplo disso é a Proposta de Emenda à Constituição – PEC nº 215, que atribui ao Congresso Nacional a competência exclusiva para a aprovação de demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e a ratificação das demarcações já homologadas, e que ressurgue no âmbito legislativo sempre que a questão da demarcação das terras dos povos tradicionais é colocada em pauta.

Na contramão da desigualdade de terras no Brasil, tem-se a dicção do artigo 68, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, segundo o qual “aos remanescentes das comunidades de quilombos que estejam ocupando suas terras, é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes títulos respectivos” (BRASIL, 1988). Em compasso com o referido dispositivo, o artigo 2º, do Decreto nº 4.887/2003, conceitua os remanescentes das comunidades dos quilombos como sendo os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto atribuição,

com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida (BRASIL, 2003).

Para entender quem são os remanescentes quilombolas é necessário lançar luzes ao fato de o conceito não ser unânime entre os estudiosos, já que a expressão significa o que “restou”, ou, noutros termos, povos que representam fragmentos da história brasileira e que carregam em suas raízes parte da história não contada, culturalmente apagada do imaginário social e que ainda trava batalhas para se estabelecer em suas próprias terras.

Para Almeida (2002) essa definição remonta ao fato de que os quilombos são vistos como algo que ficou no passado. O autor defende que a definição deve ser norteadada pelo conceito etnográfico que rompe com a ideia de quilombo como uma instituição que já existiu e sim como um organismo autônomo que ainda existe. Referido autor defende que

[...] é necessário que nos libertemos da definição arqueológica, da definição histórica *strictu sensu* e das outras definições que estão frigidificadas e funcionam como uma camisa-de-força, ou seja, da definição jurídica dos períodos colonial e imperial e até daquela que a legislação republicana não produziu, por achar que tinha encerrado o problema com a abolição da escravidão, e que ficou no desvão das entrelinhas dos textos jurídicos. (ALMEIDA, 2002, p. 72)

Os territórios tradicionais, por sua vez, são caracterizados por uma formação coletiva de identidade, valores e crenças recebidos por uma veia ancestral, que traz técnicas e saberes que formam a identidade nacional. Já no que se refere à ocupação, versa o art. 2º, §2º, do Decreto nº 4.887/2003 que “são terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural” (BRASIL, 2003).

É necessário trazer à baila, ainda, o marco temporal estabelecido pela Constituição para o reconhecimento da titularidade de um território tradicional. Tal marco temporal consistia na obrigatoriedade de comprovação da ocupação do território pelos remanescentes dos quilombos na data de 5 de outubro de 1988, isto é, data promulgação da Constituição. Referido marco, no entanto, parece ignorar os conflitos que abarcam a permanência dos quilombolas em seu território, tais como a ausência de segurança e políticas públicas durante o regime ditatorial.

Isso porque, durante a ditadura militar, muitos povos de comunidades tradicionais foram expulsos de seus territórios por grileiros e até mesmo pelos próprios militares, que forçavam as expulsões para

construção de bases e postos, como nos mostra o Mapa de Conflitos envolvendo Injustiça Ambiental e Saúde no Brasil. O Mapa evidencia o caso das comunidades quilombolas de Alcântara, no Maranhão, que foram retiradas para a instalação do Centro de Lançamento de Alcântara – CLA (FIOCRUZ, 2019). Isso revela que diversos foram os fatores hábeis a justificarem a não permanência desses povos em suas terras no ato da promulgação da Constituição, de tal maneira que o marco temporal exigido se tornou um inimigo efetivo dos povos indígenas e quilombolas.

A questão só se resolve anos mais tarde, em 2020, com decisão do Supremo Tribunal Federal – STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 3239, que discutiu o Decreto nº 4.887/2003, rejeitando a incidência do marco temporal.

3 O procedimento de reconhecimento territorial quilombola

A certificação é o procedimento de autodefinição de uma comunidade como remanescente de quilombo. De acordo com a Portaria FCP nº 57, de 31/03/2022, o processo é realizado com base nos relatos, imagens, festejos e outros elementos que a comunidade considera pertinentes. Atualmente, a certificação é emitida pela Fundação Cultural Palmares – FCP, criada em 1988. A autarquia foi o primeiro órgão federal criado para promover, preservar e disseminar a cultura afro-brasileira e tem como objetivo garantir acesso a políticas públicas e assistência técnica e jurídica às comunidades, em caso de conflitos.

De acordo com a Portaria FCP nº 57, de 31/03/2022, para obter a certificação, é exigido da comunidade, obrigatoriamente, três documentos: ata de reunião específica para tratar do tema de auto declaração; ata de assembleia, se a associação já estiver formalizada, seguida da assinatura da maioria de seus membros e um breve relato histórico da comunidade narrando suas manifestações culturais tradicionais, atividades produtivas, festejos, religiosidade; e, por fim, um requerimento de certificação endereçado à presidência da Fundação Cultural Palmares.

A autodefinição foi regulamentada em 2003, com a publicação do já mencionado Decreto Federal nº 4.878 que trata dos procedimentos para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes de quilombos. A titulação é realizada pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, autarquia federal que também realiza a identificação dos limites das terras

das comunidades, estudos técnicos e científicos, relatórios antropológicos, entre outros, para a caracterização espacial, econômica, ambiental e sociocultural da terra ocupada pela comunidade, conforme prevê o art. 9º, do referido decreto.

A certificação atesta o uso comum daquele território evidenciando que, mesmo com as influências externas, a comunidade detém o controle relacionado ao território, aos recursos e às técnicas, bem como dita as regras para o seu uso. A certificação é um processo legal que visa garantir a autonomia das comunidades, assegurar a sua permanência e, para além das questões ligadas às comunidades, é uma maneira de assegurar a conservação da biodiversidade.

A garantia da permanência e do vínculo dos povos tradicionais no seu território configura não apenas uma ação para salvaguarda da memória dos movimentos de luta, mas uma importante ferramenta de preservação ambiental, especialmente porque as práticas de cultivo dos povos tradicionais, com o seu caráter ancestral, guardam, para além das variedades nativas de cada região, a responsabilidade de cuidado com o meio ambiente.

Não apenas isso, segundo dados da Associação Brasileira das Entidades de Assistência Técnica e Extensão Rural, Pesquisa Agropecuária e Regularização Fundiária (ASBRAER, 2021) as comunidades quilombolas, geralmente, têm sua economia base pautada na agricultura familiar, de modo que as técnicas de manuseio do solo e plantio são, em sua maioria, livres do uso de insumos, respeitando o ciclo da natureza e do alimento, e transmitidas de forma intergeracional.

A questão agrária e a titulação de terras quilombolas é um problema que se arrasta por longas décadas. Analisar a base de formação das comunidades quilombolas é fundamental para se buscar uma saída para o processo de exclusão social formado no campo. A questão agrária pode ser definida como “[...] conjunto de interpretações e análises da realidade agrária, que procura explicar como se organiza a posse, a propriedade, o uso e a utilização das terras na sociedade brasileira” (STÉDILE, 2011, p.15).

A Lei de Sesmaria, que vigorou até o ano 1822, é caracterizada pela distribuição de terra aos senhores que possuíam grandes riquezas, marcando o latifúndio no Brasil. Essa lógica de concentração de terra possibilitava com que poucas pessoas tivessem o domínio sobre grandes glebas de terra. Dessa forma, as comunidades pertencentes a remanescentes quilombolas ocupavam as áreas de difícil acesso, pois as áreas favoráveis às plantações

e à criação de gado ficavam na posse da elite agrária daquela época. Logo, é possível inferir que a formação da estrutura agrária no Brasil se deu pela concentração de terras e pelo latifúndio, sendo que a classe ruralista foi privilegiada pelo Estado.

Esse modelo de distribuição de terras permaneceu após a abolição da escravidão. Dessa forma, os negros que conseguiram a liberdade não tinham outra opção, senão trabalhar para os fazendeiros. A forma de trabalho era em condições precárias, análogas à escravidão, de tal forma que, para aqueles que lutavam pela sobrevivência, só restavam as áreas de difícil acesso.

Em 1964, o governo militar instituiu políticas para expulsar os camponeses das áreas de contestação social. Isso possibilitou maior desenvolvimento das empresas agrícolas e dificultou o acesso dos povos quilombolas e indígenas aos mecanismos para regularização do seu território. Somente em 1988, com a Constituição Federal, é que se desenvolveu uma perspectiva voltada para a função social da terra.

O território pode ser compreendido como “o produto de uma relação desigual de forças, envolvendo o domínio ou o controle político-econômico do espaço e sua apropriação simbólica, ora conjugados e mutuamente reforçados, ora desconectados e contraditoriamente articulados” (HAESBAERT, 2013, p. 120-121). Ou, ainda, trata-se o território de “feito coisa própria, instituído por sujeitos e grupos sociais que se afirmam por meio dele” (FERNANDES, 2008, p. 292). A interpretação do conceito deste último autor demonstra que a função do território é a própria afirmação dos remanescentes quilombolas de serem pertencentes àquela cultura.

O que se percebe, todavia, é que o conceito de território, no Brasil, é marcado pela luta dos povos quilombolas ao longo de quatro décadas, de tal maneira que a conquista do espaço territorial no país é marcada pela desigualdade e pela luta dos povos em permanecer na posse do espaço em que vivem. O que se percebe, portanto, é a velha política fundiária que visa a concentração de terras na posse dos grandes latifundiários.

A titulação de terras é o reconhecimento formal de que diferentes comunidades possuem o direito de usufruir de áreas públicas, garantindo, assim, a diminuição de conflitos fundiários ocasionados pela falta da expedição do documento pertinente.

Atualmente, existem muitas comunidades espalhadas pelo mundo, vivas e atuantes na luta pelo processo de titulação e identificação. Ao

INCRA, como órgão responsável por executar o processo de titulação no Brasil, cabe garantir, dentre outros aspectos, a segurança familiar ressaltada na Constituição Federal de 1988, na redação do já aludido artigo 68, do ADCT.

De acordo com o a Comissão pró-índio de São Paulo a primeira titulação ocorreu 07 (sete) anos após a previsão da Constituição Federal. Foi em novembro de 1995, quando o Quilombo Boa Vista em Oriximiná/PA, tornou-se proprietário de seu território (CPISP, 2020).

O processo de titulação de terras tradicionais pode ser aberto por qualquer interessado, desde que faça parte de entidades ou de associações representativas de quilombolas ou pelo próprio INCRA. Mas, na maioria dos casos, a demanda maior é por partes dos quilombolas, segundo a Comissão Pró-Índio de São Paulo (CPISP, 2022). A Superintendência do INCRA nos estados é que custeia a abertura dos processos.

De acordo com as informações fornecidas pela FCP, para a realização do procedimento de titulação é necessária uma série de levantamentos e documentos, que devem ser protocolados pelos líderes comunitários ou pelas associações de moradores. A Comissão pró-índio de São Paulo realizou um levantamento dos documentos necessários que resultou na obra “O Caminho da Titulação” (CPISP, 2022) com o objetivo de difundir as informações para as pessoas que tem interesse no tema.

Para dar início ao processo, em um primeiro momento, a comunidade deve ter a certidão de reconhecimento (CRQs) emitida pela Fundação Cultural Palmares. Esse documento passou a ser exigido a partir de outubro de 2008, com a publicação da IN49/2008. A fundação cultural poderá realizar visita técnica para obter maiores informações e esclarecer possíveis dúvidas.

O Relatório Técnico de Identificação e Delimitação – RTID analisa a situação fundiária e identifica se a área tem reconhecimento quilombola. A produção do RTID é de responsabilidade das Superintendências Regionais do INCRA. Imediatamente, na abertura do processo o INCRA notifica os seguintes órgãos para que possam contribuir com os estudos de identificação dos territórios: Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, a Secretaria do Patrimônio da União – SPU, a Fundação Nacional do Índio – FUNAI, a Secretaria Executiva do Conselho de Defesa Nacional – CDN, a Fundação Cultural Palmares – FCP, o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, e seu

correspondente da Administração Estadual, Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBio e o Serviço florestal brasileiro – SFB.

O processo é analisado pelo Comitê de Decisão Regional, que é composto pelo superintendente regional, chefes de divisão e pelo chefe da procuradoria regional. O papel do comitê é aprovar ou reprovar o relatório feito pelo RTID. O processo poderá ser arquivado ou complementado se o relatório concluir que a terra não pode ser reconhecida como quilombola, porém, a comunidade poderá recorrer da decisão apresentando justificativas plausíveis.

Quando aprovado pelo Comitê de Decisão Regional do INCRA, o relatório será enviado para publicação, a qual ocorrerá por duas vezes consecutivas no Diário Oficial da União e no Diário Oficial da Unidade Federativa, acompanhado de memorial descritivo e mapa da área estudada. O processo de titulação é árduo, passando por várias e longas etapas até, finalmente, chegar ao encerramento, que ocorre com o registro público.

4 Considerações finais

Diante das discussões alinhavadas, é possível extrair que no ordenamento jurídico brasileiro, a pauta da regularização fundiária das terras quilombolas se faz presente na Constituição, decretos-leis e portarias. Apesar disso, é evidente que, na prática, existem diversos entraves para a sua efetivação.

Considerando que o país possui menos de 10% (dez por cento) dos territórios tradicionais titulados, é possível intuir que o problema está nos procedimentos necessários para se alcançar a titulação. Sem o apoio jurídico e sem o acesso às informações pertinentes, as comunidades se veem em situação de vulnerabilidade, sujeitas à ação de invasores e à fragmentação do território — essa ocasionada principalmente por conflitos e outros fatores que fragilizam e contribuem para a desvinculação dos indivíduos do território ancestral.

De igual modo, a morosidade na titulação, combinada com a burocracia inerente ao sistema jurídico e com a ausência de informações, revela uma violência sistêmica, em que o Estado não garante a proteção dos indivíduos, que ao longo de toda a história se encontram ocultos na sociedade e que enfrentam resistência para se estabelecerem enquanto comunidade no local onde possuem raízes, resistência de serem o que

realmente suas essências ditam que sejam.

A contradição prevalece na medida em que a garantia do direito à propriedade é dificultada a essa população que, mesmo sendo sujeitos de direitos especificados pela legislação, justamente em razão da sua importância para a história do país, permanecem invisíveis. Em razão disso, a característica étnico-cultural desses povos vem, paulatinamente, desde o limiar da história, sendo colocada em risco notadamente no que diz respeito à carência de mecanismos para a efetivação dos seus direitos enquanto parte fundamental da história do país.

Referências

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Quilombos e as novas etnias**. Manaus: UEA Edições, 2011.

ARAÚJO, Ubiratan Castro de Araújo. **Valeu Zumbi**. Fundação Cultural Palmares. 2006. Disponível em: https://www.palmares.gov.br/?page_id=7730. Acesso em: 25 out. 2022.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA E EXTENSÃO RURAL, PESQUISA AGROPECUÁRIA E REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA – ASBRAER. **A cultura quilombola no fortalecimento da agricultura familiar**. Disponível em: <http://www.asbraer.org.br/index.php/rede-de-noticias/item/4071-a-cultura-quilombola-no-fortalecimento-da-agricultura-familiar>. Acesso em: 01 nov. 2022.

BRASIL. 1988. **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: promulgada em 5 de outubro de 1988. Coletânea de Legislação Ambiental e Constituição Federal**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/conadc/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 03 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 3239/DF – Distrito Federal**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028916>. Acesso em: 25 out. 2022.

BRITO, Débora. **Menos de 7% das áreas quilombolas no Brasil foram tituladas**. Agência Brasil. 2018. Disponível em: <https://agenciabrasil>.

ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-05/menos-de-7-das-areas-quilombolas-no-brasil-foram-tituladas. Acesso em: 15 out. 2022.

COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO DE SÃO PAULO. **O caminho da titulação.** Disponível em: <https://cpisp.org.br/direitosquilombolas/caminho-da-titulacao-2/>. Acesso em: 05 set. 2022.

COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO DE SÃO PAULO. **Quilombolas no Brasil.** Disponível em: <https://cpisp.org.br/direitosquilombolas/observatorio-terras-quilombolas/quilombolas-brasil/> Acesso em: 06 set. 2022.

COORDENAÇÃO NACIONAL DE ARTICULAÇÃO DAS COMUNIDADES NEGRAS RURAIS QUILOMBOLAS – CONAQ. **Quilombo? Quem somos nós!** Disponível em: <http://conaq.org.br/quem-somos/>. Acesso em: 25 out. 2022.

FERNANDES, Bernardo Mançano. Entrando nos Territórios do Território. In: PAULINO, Eliane Tomiasi e FABRINI, João Edmilson. **Campesinato e Territórios em disputa.** São Paulo: Expressão Popular, 2008. p. 292.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ – FIOCRUZ. **MA - Comunidade Quilombola de Alcântara continua luta contra o Centro de Lançamento e pelo seu direito de ficar na terra.** 2019. Disponível em: <https://mapadeconflitos.ensp.fiocruz.br/conflito/ma-comunidade-quilombola-de-alcantara-continua-luta-contr-o-centro-de-lancamento-e-pelo-seu-direito-de-ficar-na-terra/>. Acesso em: 3 nov. 2022.

HAESBAERT, R. **Territórios Alternativos.** São Paulo: Ed. Contexto, 2013.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Indígenas e quilombolas 2019. **Base de Informações sobre os Povos Indígenas e Quilombolas.** Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/geociencias/organizacao-do-territorio/tipologias-do-territorio/27480-base-de-informacoes-sobre-os-povos-indigenas-e-quilombolas.html?edicao=27481&t=o-que-e>. Acesso em: 3 nov. 2022.

IMAFLORA, GEOLAB/USP e KTH. **Atlas a geografia da agropecuária brasileira.** 2017. Disponível em: <http://atlasagropecuario.imaflora.org/>. Acesso em: 03 nov. 2022.

PIRES, Cristiano Tolentino. **A desapropriação encriptada: simulacros de função social e interesse público.** Tese (doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas

Gerais, Belo Horizonte, 2022.

SALAINI, Cristian J.; FAGUNDES JARDIM, Denise. **Batalha dos papéis: Notas sobre as tensões entre procedimentos escritos e memória na regularização fundiária de terras de quilombos no Brasil.** Universitas Humanística, n. 80, p. 189-212, 2015.

SANÍN-RESTREPO, Ricardo. Aclaraciones fundamentales sobre la encriptación del poder y el pueblo oculto como categorías fundamentales de una nueva democracia. In: CERVANTES, Aleida Hernández; MATAMOROS, Mylai Burgos (Coord.) **La disputa por el derecho: la globalización hegemónica vs la defensa de los pueblos y grupos sociales.** Cidade do México: UNAM, Bonilla Artigas Editores, 2018, p. 151-174.

SOUSA, Laís Lopes; ROCHA, Igor Felipe Araújo. Crise de representatividade política e retrocessos ambientais no contexto do agronegócio: impactos para as gerações futuras. In: CORLETO, Ana Flávia *et al* (org.). **Rupturas democráticas e retrocessos socioambientais.** Curitiba, PR: CEPEDIS, 2021. p. 265-287.

STEDILE, J. P. **A questão agrária no Brasil: o debate tradicional – 1500-1960.** 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2011. RODRIGUES, G. G.; SANTOS, R. B. dos; MACEDO, P.C.

Capítulo 27

DISCURSO DO ÓDIO E TECNOLOGIA: O COMBATE DO DISCURSO ODIOSO POR MEIO DA PROTEÇÃO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Vinícius da Costa Gomes¹

1 Introdução

No dia 25/05/2020 um ato em Minneapolis resultou em uma série de protestos contra o racismo e o abuso da força policial por todo o mundo. O fato ocorreu após o policial Derek Chauvin se ajoelhar sobre o afro-americano George Floyd causando sua morte². Após estes fatos iniciaram uma série de protestos e debates sobre o racismo pelo mundo. Dentre os diversos temas relacionados ao racismo surgiu o debate da atuação de grupos fascistas e neonazistas e a (i)legitimidade do discurso deles frente a vedação do discurso do ódio.

Este assunto não é uma novidade. O cenário de instabilidade política que perdura no Brasil vem consolidando uma tendência ao

1 Docente na Universo e Nova Faculdade. Assessor na Ouvidoria de Prevenção e Combate a Corrupção do Estado de Minas Gerais. Mestre em “Instituições sociais, direito e democracia” pela Universidade FUMEC. Pós-graduado em Direito Constitucional pelo Instituto para o Desenvolvimento Democrático com certificação pela Universidade de Coimbra/Portugal, em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes e em “A moderna Educação: metodologias, tendências e foco no aluno” (Neurociência da educação; metodologias ativas; etc) pela PUC/RS. Mediador internacional de conflitos pela Universidade Católica Portuguesa - Porto com certificação pelo International Mediation Institute e Instituto de Certificação e Formação de Mediadores Lusófonos. Avaliador do MEC e da OAB/MG. Membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB/MG. Ex-conselheiro estadual da Cruz Vermelha de Minas Gerais, ex-membro da comissão do Direito na Escola da Ordem dos Advogados do Brasil - Minas Gerais, embaixador do programa Politize e membro da organização Inspira Sonhos Real. Graduado em Direito pela Universidade FUMEC. Formação complementar: “Docente jurídico” e “Ensino participativo” na Fundação Getúlio Vargas; “Professor autor e tutor em ensino à distância” na Fundação João Pinheiro; “Justice” pela Harvard University/EUA; “Ética” e “Ciência Política” pela USP; e, “Professor Digital” pelo Google Inc; “Tecnologia da Informação e Comunicação para Educadores” pelo Instituto Federal Minas Gerais. Possui experiência na área do Direito Público. email: viniciuscg@gmail.com; instagram profissional: [profiniciusgomes](https://www.instagram.com/profiniciusgomes); YouTube: [profiniciusgomes](https://www.youtube.com/profiniciusgomes)

2 Ver: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52868252>. Acessado em 12/06/20.

crescimento do discurso do ódio nas manifestações políticas em virtude de uma polarização política. As eleições presidenciais de 2014, por exemplo, estabeleceram um período de polarização entre “direita” e “esquerda”. Rodolfo Viana Pereira afirma que nesta disputa a polarização teve como uma de suas consequências a utilização de estratégias de comunicação de índole negativa com a desqualificação pessoal dos candidatos (PEREIRA, 2016, p. 673). Posteriormente, com o processo de impeachment da ex-presidente Dilma Rousseff esta polarização se intensificou³ com a disputa entre os favoráveis e os desfavoráveis ao afastamento. Diversas manifestações demonstraram que parte da população se alinhou à “esquerda” entendendo que o impeachment seria um golpe antidemocrático e outra parcela se alinhou à “direita” entendendo se tratar de um procedimento democrático de afastamento do mandatário. A rivalidade ficou evidente, por exemplo, com a construção de um muro de um quilômetro de extensão com um corredor interno de oitenta metros de largura (para circulação dos agentes de segurança pública) no gramado da esplanada dos Ministérios com o objetivo de separar os manifestantes de ambos os lados e evitar brigas e confrontos⁴.

No intercorrer deste processo foi possível visualizar um aumento do discurso do ódio nos debates eleitorais. A investigação se deu por meio de um algoritmo que vasculhava diversas redes sociais procurando por mensagens e textos sobre temas polêmicos (dentre eles a disputa política). Das 542.781 mensagens analisadas, 273.752 tinham cunho político e 97,4% delas abordavam aspectos negativos com xingamentos, discursos rasos e radicais entre o que a imprensa denominou de “coxinhas” e “petralhas”, “reaças” e “comunas”. A pesquisa concluiu que a maior parte dos “memes” e notícias falsas são criadas com o objetivo de desmoralizar o adversário com fundamento em notícias falsas⁵. Este tipo de discurso é prejudicial a democracia, já que fomenta um afastamento em uma sociedade que pressupõe a diferença.

A subsequente eleição de Bolsonaro a presidência da república consolidou o cenário de polarização, já que ele se identifica com a chamada “direita” em oposição ao governo anterior de “esquerda”. Além disso, a

3 Ver: <http://veja.abril.com.br/brasil/manifestantes-contras-e-a-favor-do-impeachment-vao-as-ruas-em-todo-o-pais/>. Acessado em 07/08/17.

4 Acessado em 07/08/17: <http://veja.abril.com.br/brasil/manifestantes-contras-e-a-favor-do-impeachment-vao-as-ruas-em-todo-o-pais/> e <http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/nacional/online/presidarios-erguem-muro-para-separar-grupos-pro-e-contra-impeachment-1.1528188>. Acessado em 07/08/17.

5 Acessado em 07/08/17 no site: <http://www.comunicaquemuda.com.br/dossie/politica/>

campanha de 2018 foi fortemente marcada por uma disputa focada em um discurso antipetista, ou seja, de “combate” ao partido da presidente anterior⁶.

A continuidade desse cenário pode ser observada ainda no julgamento do ex presidente Lula em 2018. Geane Carvalho Alzamora e Luciana Andrade afirmam que no período do julgamento circularam diversas notícias falsas ou distorcidas sobre o assunto. As autoras, inclusive, demonstraram como a utilização de hashtags impulsionaram o fenômeno transmídia e enfatizaram a utilização das notícias falsas com o propósito de consolidar certas crenças (ALZAMORA e ANDRADE, 2019).

Esse panorama permanece em 2022. A Folha de São Paulo, por exemplo, noticiou que Bolsonaro impetrou sete ações em 2022 contra Lula no Tribunal Superior Eleitoral (TSE) o acusando de discurso do ódio por chamá-lo de “fascista”, “genocida”, “negacionista” e “desumano”⁷. A campanha de Lula, por sua vez, acionou o TSE pedindo a derrubada de publicações em 67 perfis, incluindo o do deputado federal Eduardo Bolsonaro (PL-SP), que divulgaram um outdoor atribuindo à esquerda bandeiras como “bandido solto” e “narcotráfico”⁸.

O cenário de polarização que favorece eventual discurso do ódio já se trata de tema relevante, contudo, ganha uma dimensão ainda maior quando se analisa a influência da tecnologia e sua possível influência para potencializar os discursos odiosos. Qual o papel das mídias sociais no fomento aos discursos do ódio? Como evitar isso? A tecnologia é a vilã? Esses são alguns dos diversos questionamentos relacionados ao tema discurso do ódio e tecnologia. Na maioria das vezes a resposta para evitar esta situação se dá no pensamento em medidas para controlar a tecnologia, seja por meio de mecanismos de controle da internet ou ferramentas relacionadas as mídias sociais. A pesquisa que se propõe pertence à vertente jurídico-sociológica, já que se propõe a compreender o fenômeno jurídico no ambiente social mais amplo.

6 Acessado em 22/08/22 no site: <https://www.ihu.unisinos.br/categorias/159-entrevistas/583456-eleicoes-2018-a-radicalizacao-da-polarizacao-politica-no-brasil-algumas-analises-entrevistas-especiais>

7 Acessado em 22/08/22 no site: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/08/bolsonaro-apresenta-7-acoas-contra-lula-no-tse-e-acusa-petista-de-discurso-de-odio.shtml>

8 Acessado em 22/08/22 no site: <https://extra.globo.com/noticias/brasil/lula-bolsonaro-intensificam-troca-de-ataques-fake-news-ganham-tracao-na-campanha-25557895.html>

2 Discurso do ódio e tecnologia: *fake news* e redes sociais

A discussão ganha conexão à tecnologia quando se questiona o papel das redes sociais e dos *fake news* na disseminação desse ódio. As eleições presidenciais norte-americanas de 2016 e o referendo do Brexit⁹ inauguram a discussão da chamada “política da pós-verdade”. O termo significa aquilo que se relaciona a algo ou denota circunstâncias em que fatos objetivos são menos influentes na formação da opinião pública do que apelos à emoção e à crença pessoal¹⁰. A repercussão das notícias falsas é tão elevada que recentemente o vice-presidente de notícias da rede social Facebook, Alex Hardiman, informou que a empresa iria alterar o seu algoritmo com o objetivo de minimizar a profusão de notícias falsas e sensacionalistas na rede¹¹. Posteriormente, o próprio CEO da empresa, Mark Zuckerberg, estabeleceu como meta para 2018 o combate ao discurso do ódio e o uso indevido do Facebook¹². A mesma preocupação ocorreu em outras redes sociais. O twitter, por exemplo, proibiu propagandas políticas como forma de responder a disseminação de *fake News*¹³. O WhatsApp, por sua vez, reduziu o limite para envio de mensagens que foram compartilhadas muitas vezes a fim de evitar os robôs e a disseminação de *fake news*¹⁴. No entanto, pode-se afirmar que as medidas não tem sido suficientes e a tecnologia fica cada vez mais na “berlinda” da discussão relacionada ao fim do discurso do ódio. Esta pesquisa visa justamente analisar o papel da tecnologia na disseminação do discurso do ódio e identificar como ela mesma pode ser utilizada para evitar a potencialização destas falas que não estão protegidas na Democracia.

O discurso do ódio é instituto com conceituação difícil. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug afirma que ele consiste na “manifestação de ideias que incitam a discriminação racial, social ou religiosa em relação a determinados grupos, na maioria das vezes minorias”. Pablo Salvador Coderch, por sua

9 Palavra-valise originada na língua inglesa resultante da junção das palavras Britain (Grã-Bretanha) e exit (saída). Acessado em 16/04/18 no site: https://pt.wikipedia.org/wiki/Sa%C3%ADda_do_Reino_Unido_da_Uni%C3%A3o_Europeia#cite_note-1

10 Acessado em 06/04/18 no site: <https://en.oxforddictionaries.com/word-of-the-year/word-of-the-year-2016>

11 Acessado em 16/04/18 no site: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/facebook-reforca-luta-contr-o-fake-news-e-diz-que-mudanca-no-algoritmo-e-so-o-comeco.ghtml>

12 Acesado em 16/04/18 no site: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/meta-para-2018-e-combater-discurso-de-odio-e-uso-indevido-do-facebook-diz-zuckerberg.ghtml>

13 Ver: <https://veja.abril.com.br/mundo/twitter-vai-banir-toda-propaganda-politica-da-plataforma/>. Acessado em 12/06/20.

14 Ver: <https://exame.com/tecnologia/whatsapp-anuncia-reducao-de-70-em-encaminhamento-de-mensagens/>. Acessado em 12/06/20.

vez, explica que se trata de discurso que desqualifica determinado grupo lhe marginalizando mediante desprezo ou insulto sobretudo quando se trata de traços pessoais que a pessoa afetada não pode trocar por sua própria vontade, como sua pele ou sexo (MEYER-PFLUG; 2009; p. 97). Este tipo de discurso não está amparado em nosso ordenamento jurídico. O *hard case* que decidiu este tema foi o HC 82.424 envolvendo a discussão sobre a publicação de obras antissemitas. Conclui-se que a liberdade de expressão não protege o direito à incitação ao racismo, já que um direito individual não pode servir de proteção a condutas ilícitas. Bernardo Gonçalves Fernandes afirma que este discurso contraria a dignidade da pessoa humana e a igualdade (FERNANDES, 2017, p. 439)

O direito muitas vezes responde a esse discurso com a implementação de normas visando controlar o discurso e a tecnologia e até mesmo com decisões judiciais que fazem o mesmo. Contudo, a ausência de debate transparente pode impossibilitar a própria ocorrência do debate e, ainda, gerar uma aderência de alguns a determinadas posições sem qualquer discussão racional muitas vezes motivadas pelo excesso de interferência ou por um estado de disputa (gerado pela própria polarização). Ou seja, este cenário de regulação excessiva pode gerar o efeito contrário a qual ele se propõe: o de fomentar o ódio e a ausência de debate (caracterizada por falta de participação). Por um lado, parcela dos cidadãos deixam de efetuar debates racionais e se alinham a posições extremistas e odiosas que fatalmente irão contra uma sociedade plural. Cria-se um ambiente de disputa e de posições diametralmente opostas, um confronto. Por outro lado, outra parcela de cidadãos se afasta dos debates por perceber um crescente discurso do ódio nesta disputa surgindo o chamado efeito inibidor ou silenciador. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug diz que este efeito pode ocorrer quando o discurso do ódio faça com que os grupos atingidos pela manifestação deixem de ter plena participação em diversas atividades sociais em virtude da desqualificação sofrida (MEYER-PFLUG, 2009, p. 97-98).

Sendo assim, é fácil presumir que o chamado fenômeno da pós-verdade (*post-truth*)¹⁵ pode favorecer este discurso odioso por meio da tecnologia. O *fake news* é potencializado com os avanços tecnológicos já que há um espaço que favorece a disseminação rápida dessas notícias falsas com discursos odiosos e uma dificuldade de identificação dos manifestantes.

15 Acessado em 06/04/18 no site: <https://en.oxforddictionaries.com/word-of-the-year/word-of-the-year-2016>

3 Liberdade de expressão (manifestação)

A liberdade é um atributo intrínseco ao próprio ser humano, ou seja, não existe ser humano que não àquele que é livre. Especificamente sobre a liberdade de expressão Bernardo Gonçalves Fernandes explica que a fala está protegida independentemente se a opinião é relevante ou não ao interesse público (FERNANDES, 2017, p. 426).

Ronald Dworkin traz em sua obra duas justificativas para a liberdade de expressão: a instrumental e a constitutiva. Na primeira ele afirma que a liberdade de expressão “não é importante porque as pessoas têm o direito moral intrínseco de dizer o que bem entenderem, mas porque a permissão de que elas o digam produzirá efeitos benéficos para o conjunto da sociedade”. Ele explica a liberdade possibilita uma discussão política livre e desimpedida permitindo aos indivíduos descobrir a verdade e a falsidade na política e, conseqüentemente, optar por ações públicas com maiores benefícios sociais. Ronald Dworkin conclui, citando James Madison, que a liberdade de expressão protege o poder do autogoverno do povo com o objetivo de garantir que a democracia funcione bem. As pessoas terão informações para votar, para se proteger de usurpadores tirânicos e evitar a corrupção e a incompetência. Sobre a justificação constitutiva Ronald Dworkin diz que “o Estado deve tratar todos como adultos, como agentes morais responsáveis, sendo este um traço essencial ou constitutivo de uma sociedade política justa” (DWORKIN, p. 319). Esta justificação deve ser analisada sob duas dimensões: uma da responsabilidade pela convicção própria de cada indivíduo e uma pela responsabilidade de convicção coletiva. Na primeira cada cidadão como pessoa moralmente responsável que o é deve fazer questão de tomar sua própria decisão sobre o que é bom ou mal, verdadeiro ou falso na vida política. Trata-se de uma ofensa do Estado negar o direito das pessoas de escutar opiniões perigosas ou desagradáveis, logo, a dignidade individual só é devidamente garantida quando ninguém (Estado ou particular) impede um indivíduo de ouvir uma opinião por medo de que ele não possa ouvi-la ou pondera-la. Sobre a coletiva declara que se trata de um aspecto mais ativo. Afinal não permitir que um sujeito se expresse livremente, sob a alegação de que suas convicções lhe desqualificam, ofende o respeito para com as outras pessoas, pois, a verdade deve ser conhecida por todos. Os cidadãos têm o direito de participar da política e também de contribuir para a formação dela, negar a sua fala é impossibilitar que eles colaborem com a vontade coletiva. Ele conclui que o cidadão deve se governar, mas que cada um é senhor

soberano igualmente ao outro (DWORKIN, p. 318 a 345).

Conclui-se que a liberdade de expressão visa a uma proteção do discurso em si, independente de sua valoração para a opinião pública. Contudo, é necessário observar que nenhum direito fundamental é absoluto, logo, a liberdade de expressão também possui limites. Bernardo Gonçalves Fernandes afirma que a corrente brasileira majoritária de cunho axiológico afirma que a liberdade de manifestação é limitada por outros direitos e garantias fundamentais (FERNANDES, 2017, p. 427). A doutrina majoritária afirma ainda que a liberdade de expressão não ampara o chamado discurso do ódio.

Neste sentido é fácil concluir que o discurso do ódio não está autorizado pelo ordenamento jurídico brasileiro, mas, também, fica evidente a dificuldade em evitá-lo em um ambiente de redes sociais e pós-verdade que favorecem a sua disseminação. Como impedir o discurso em mundo tecnológico de atuação de robôs e dos próprios cidadãos ignorando os fatos

4 Sleepin the giants: a liberdade de expressão contra o discurso do ódio

A internet democratizou a comunicação. Atualmente qualquer indivíduo pode se utilizar dessa tecnologia para emitir opiniões, proferir discursos. Neste sentido é fácil concluir que a tecnologia ajuda a concretização da liberdade de expressão. Ela possibilita a concretização da chamada liberdade instrumental ao favorecer o autogoverno do povo. A tecnologia também favorece o aspecto constitutivo e coletivo da liberdade. Primeiro porque garante que ninguém (Estado ou particular) possa impedir um indivíduo de ouvir uma opinião por medo de que ele não possa ouvi-la ou ponderá-la. Segundo por permitir aos cidadãos o direito de participar da política e contribuir para a formação dela. Contudo, permanece o problema de como impedir a disseminação do discurso do ódio dado a dificuldade de a própria tecnologia limitar este discurso e diante da dificuldade/impossibilidade de se identificar os autores das manifestações.

Neste sentido, surge nos EUA com Matt Rivitz em 2016 o movimento Sleeping Giants que busca desarticular movimentos extremistas para tornar o fanatismo e o sexismo menos lucrativos¹⁶. O americano

16 Ver: <https://brasil.elpais.com/icon/2020-05-17/o-homem-que-arruinou-a-extrema-direita-nos-eua.html>. Acessado em 13/06/20.

criou uma conta no twitter em que informa e alerta as empresas que a publicidade de seus produtos estão em sites que proferem discursos do ódio e *Fake News*. A ideia é denunciar as empresas que pagam publicidade nestes sites para que elas retirem o apoio e, conseqüentemente, evita-se a disseminação do ódio ¹⁷. No Brasil o movimento se iniciou em 2020 e em apenas dois dias conseguiu o apoio de mais de 20 mil seguidores. Como a versão americana o foco é desmonetizar sites que proferem o discurso do ódio por meio de fakes news. Ele expõe sites que utilizam destes discursos e direcionam seus seguidores a pedir explicações as empresas que pagam publicidade nestes sites. Com a publicidade negativa as empresas retiram suas propagandas e assim eles ficam sem recursos para continuar a proferir discursos odiosos.

5 Conclusão

A análise da liberdade instrumental demonstra que ela possibilita uma discussão política livre e desimpedida com a finalidade de possibilitar aos indivíduos descobrir a verdade ou a falsidade da manifestação, portanto, não é possível impedir o discurso previamente. Afinal garante-se a liberdade de fala justamente para possibilitar a avaliação do ouvinte. Deve-se garantir o debate e possibilitar ao ouvinte a avaliação do mesmo e a possível responsabilização em casos de discursos do ódio. Considerando que o cidadão é pessoa moralmente responsável cabe a ele tomar sua própria decisão sobre o que é bom ou mal, verdadeiro ou falso. Neste sentido, o Estado não pode impedir uma opinião perigosa ou desagradável. Afinal, a dignidade individual só é devidamente garantida quando ninguém (Estado ou particular) impede um indivíduo de ouvir uma opinião por medo de que ele não possa ouvi-la ou pondera-la. No aspecto coletivo cabe aos cidadãos ouvirem e escolherem livremente para assim colaborar com a vontade coletiva. Contudo a responsabilização diante do avanço tecnológico se torna difícil, já que a partir do momento que o discurso é proferido ele se dissemina. Sendo assim, o próprio cidadão deve ser a solução do problema. O *sleeping the giants* demonstra que a própria avaliação do discurso pelo cidadão livre impede estes discursos, uma vez que sem a capitalização concedida pela publicidade estes discursos não alcançam qualquer repercussão.

17 Ver: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-05-20/movimento-expoe-empresas-do-brasil-que-financiam-via-publicidade-sites-de-extrema-direita-e-que-propagam-noticias-falsas.html>. Acessado em 13/06/20.

Conclui-se, com o exemplo do *sleeping the giants*, que a própria liberdade de expressão vinculada a tecnologia pode ser uma das soluções ao problema da disseminação do discurso do ódio pelo avanço tecnológico. Afinal os ouvintes podem se organizar para combater o discurso do ódio por meio das mesmas ferramentas utilizadas pelos extremistas. Assim, a própria liberdade de expressão combate o “excesso” de expressão na forma do discurso do ódio.

Referências

ALZAMORA, Geane Carvalho; ANDRADE GOMES BICALHO, Luciana. **A dinâmica transmídia de fake news conforme a concepção pragmática da verdade**. MATRIZES (ONLINE), v. 1, p. 109-131, 2019.

ALZAMORA, Geane Carvalho; ANDRADE GOMES BICALHO, Luciana. **Ativismo transmídia nas eleições 2018 no brasil**. e-compós (Brasília), v. 23, p. 1-24, 2020.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. FERNANDES, Bernardo Gonçalves Fernandes. Curso de Direito Constitucional. 4ª Ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. In: Maria Fonseca Dias. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica Filosófica e Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

Capítulo 28

SOCIEDADES LIMITADAS: ASPECTOS ESTÁTICOS E DINÂMICOS EM RELAÇÃO A PERSPECTIVAS ECONÔMICAS FUTURAS

Henrique Avelino Lana¹

1 Introdução

Busca-se analisar no presente artigo, por uma abordagem econômica, as diferentes dimensões patrimoniais existentes em uma sociedade limitada. Assim, inicialmente serão construídos e distinguidos, entre si, os institutos do capital social e do patrimônio líquido. Após, estes serão relacionados ao estabelecimento empresarial. Ao final, almeja-se aclarar que tais dimensões patrimoniais surgem ao considerarmos seus aspectos estáticos ou dinâmicos, em termos de perspectivas econômicas futuras ao longo do tempo.

Verifica-se, de certo modo, confusão tida por muitos em relação às diferentes dimensões patrimoniais detidas pela sociedade limitada no exercício de sua atividade negocial. Assim, pretende-se neste trabalho verificar se há fundamento jurídico, técnico e legal, que justifique tal distinção. Nesse sentido, prioritariamente, será abordada a figura do estabelecimento empresarial, no tocante à sua natureza jurídica, previsão legal anterior ao Código Civil de 2002 e atual, bem como será analisada a sua composição, frise-se, por uma visão eminentemente econômica. Porém, mister se faz, ainda antes, distinguirem-se alguns institutos inerentes às sociedades limitadas que, além do estabelecimento, também possuem dimensões econômicas, os quais são representados pelo patrimônio líquido e o capital social. Objetiva-se elucidar que o complexo de bens e relações jurídicas que formam o patrimônio das sociedades limitadas em sentido amplo, também se apresenta mediante perfis específicos diferentes, sendo cada qual com sua característica peculiar.

Analisar as dimensões econômicas e patrimoniais das sociedades

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

significa a análise da própria essência destas. Logo, dentro do patrimônio das sociedades limitadas, em sentido genérico, ver-se-á que estão, em sentido específico: o (I) capital social, (II) patrimônio em sentido estrito (líquido) e (III) o estabelecimento empresarial. Como fundamentos para o raciocínio que ora se almeja, serão utilizadas transcrições doutrinárias, especializadas, afetas à ciência jurídica, contábil e econômica. Deste modo, avança-se em prol do objetivo deste artigo, qual seja, análise de cada um destes perfis patrimoniais possuídos pela sociedade limitada.

2 Indicador numérico: o capital social

De fato, o capital social é composto por um indicador numérico, na moeda corrente adotada pelo país, referente à contribuição dada pelos sócios para a formação do acervo indispensável à atividade econômica. Para Ferreira (1961), o capital social é a expressão numérica, em moeda corrente, dos contingentes trazidos pelos sócios à formação da *arca communis*, ou seja, do acervo de bens indispensáveis ao exercício da atividade mercantil ou industrial da sociedade. Para José Edwaldo Tavares Borba, o capital social, o qual consta no contrato ou no estatuto, é a cifra correspondente ao valor dos bens que os sócios transferiram ou se obrigaram a transferir à sociedade. Os sócios, ao subscreverem suas cotas, comprometeram-se a integralizá-las, transferindo à sociedade dinheiro ou bens que a correspondam. Esses bens, face ao princípio da realidade do capital, devem representar efetivamente os valores declarados. Em caso de supervalorização, qualquer credor prejudicado poderá acionar os sócios pessoalmente, a fim de obter a respectiva suplementação do valor (BORBA, 2003, p. 51).

Deste modo, entende-se, que o capital social caracteriza-se por ser uma quantia de valor econômico, expressa em valor nominal, sujeita à atualização, a qual é arbitrariamente designada pelos sócios para funcionar como garantia mínima de solvência da sociedade e servir, internamente, como parâmetro para o exercício de determinados direitos, sendo eles de natureza política e relativos à distribuição dos lucros. Para Marcelo Marco Bertoldi e Márcia Carla Pereira Ribeiro, Externamente, o capital social serve como garantia dos credores da sociedade empresária, que poderão se servir dele para a satisfação de seus respectivos créditos. A regra é de que os sócios somente poderão se assenhorar do capital social na hipótese em que se verifique a liquidação da sociedade (sua extinção). Durante a vida, os sócios somente terão direito aos lucros sociais – aquilo que exceder ao capital social: trata-se do chamado princípio da intangibilidade do capital

social. Internamente, a função do capital social, composto inicialmente pelas contribuições aportadas à sociedade, é de supri-la de bens necessários para a exploração da empresa, nos termos preconizados por seus sócios e conforme seu objeto social. Destaca-se também a função do capital social em determinar as forças que agem internamente na sociedade e na condução de seus rumos, pois o peso do voto de cada um dos sócios é determinado proporcionalmente em relação à sua participação no capital social. (BERTOLDI; RIBEIRO, 2006. p. 146-147).

Dada a sua relevância, o capital social é economicamente contabilizado em campo específico do balanço social, devendo obedecer a princípios e regras contábeis próprias, tais como os princípios da publicidade, unidade, rigidez e integridade. Cumpre mencionar que o Código Civil, no que tange às sociedades limitadas, estabelece que os sócios respondam solidariamente pela integralização do capital social² e pela estimação exata dos bens que foram conferidos em prol do capital social, durante o prazo de cinco anos, iniciando-se do registro da sociedade ou alteração do contrato social pela qual se deliberou o aumento do capital social.

Também está expresso no diploma legislativo civil brasileiro que, em relação às Sociedades Limitadas, é vedado que a contribuição em prol do capital social seja feita mediante serviços.³ Mencione-se que, na hipótese de superestimação do valor indicado a título de aporte, é coerente cogitar-se na desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, nos termos do artigo 50 do Código Civil/2002 (BRASIL, 2002)⁴ tendo em vista a possível existência de má fé ou fraude que implique desvio da finalidade econômica para a qual a sociedade teria sido formalmente constituída.

Nos termos do artigo 1.059 do Código Civil (BRASIL, 2002), os sócios serão obrigados a repor quaisquer quantias retiradas, a qualquer

2 Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social. (BRASIL, 2002).

3 Art. 1.055. O capital social divide-se em quotas, iguais ou desiguais, cabendo uma ou diversas a cada sócio. § 1º Pela exata estimação de bens conferidos ao capital social respondem solidariamente todos os sócios, até o prazo de cinco anos da data do registro da sociedade. § 2º É vedada contribuição que consista em prestação de serviços. (BRASIL, 2002).

4 Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica. (BRASIL, 2002)

título (inclusive *pro labore*), caso haja prejuízo do capital social.⁵ Após totalmente integralizado, o capital social poderá ser aumentado, hipótese em que deverá ser realizada uma alteração do contrato e posteriormente ser averbada no registro competente. (BORBA, 2003). A sociedade também poderá reduzir seu capital social caso ocorram perdas irreparáveis ou se o montante for considerado pelos sócios excessivo em relação ao objeto social. Saliente-se que também poderá ocorrer a redução do capital social sempre que houver a extinção do vínculo societário em relação a um de seus sócios, ou seja, nos casos de dissolução parcial, os quais serão adiante estudados cuidadosamente.

3 A diferença, seja positiva ou negativa, considerando-se os valores reais dos bens, direitos e obrigações de uma sociedade, em certo momento: patrimônio líquido

O patrimônio líquido⁶ refere-se à diferença, seja positiva ou negativa, considerando-se os valores reais dos bens, direitos e obrigações de uma sociedade, em certo momento. Trata-se, pois, de um conceito eminentemente econômico, e não jurídico, eis que representa um desenho da situação patrimonial da sociedade limitada, frise-se, em certo momento. Nesse sentido, para José Edwaldo Tavares Borba, O patrimônio da sociedade é o conjunto de valores de que esta dispõe. Nesse patrimônio existem valores ativos - tudo o que a sociedade tem (dinheiro, créditos, imóveis, móveis, etc.); e valores passivos - tudo que a sociedade deve (títulos a pagar, saldo devedor de empréstimos, folha salarial, impostos devidos). Fala-se assim em patrimônio líquido, que é a diferença entre o ativo e o passivo. Se o ativo for superior ao passivo, a sociedade terá um patrimônio líquido positivo; se inferior, terá um patrimônio líquido negativo. (BORBA, 2003. p. 52).

Percebe-se que o patrimônio líquido (patrimônio em sentido estrito) diferencia-se do capital social por ser mais abrangente, pois, além do próprio capital, compreende todos os demais bens que podem ser objeto de contabilidade em certo momento específico, tais como equipamentos,

5 Art. 1.059. Os sócios serão obrigados à reposição dos lucros e das quantias retiradas, a qualquer título, ainda que autorizados pelo contrato, quando tais lucros ou quantia se distribuírem com prejuízo do capital. (BRASIL, 2002).

6 As expressões "patrimônio social", "patrimônio líquido" e "patrimônio em sentido estrito", possuem neste trabalho o mesmo significado, tal como abordado pela doutrina.

imóveis, créditos, estoques, bens intangíveis adquiridos, reservas de capital, de lucro ou de contingência, assim como o passivo.⁷ Além do mais, o capital social possui seu montante expresso apenas em termos históricos e de acordo com dados contábeis. Já o patrimônio líquido (patrimônio em sentido estrito) expressa a condição econômica, frise-se, atual e em certo momento, tendo como base a cotação de mercado de seus bens integrantes. E mais, no que toca ao patrimônio líquido, este pode se mostrar negativo, caso o valor das dívidas da Sociedade Limitada seja maior do que o ativo. Já o capital social, por outro lado, não pode ser negativo.

Certo é que o capital social revela-se um valor formal, histórico e estático, ao passo que o patrimônio líquido é real, atual e, também, dinâmico, por estar atrelado ao sucesso ou insucesso, saliente-se, momentâneo, na atividade econômica. Pelo simples exercício cotidiano da atividade econômica, o capital social não é modificado. Sua realidade não é influenciada, afinal é um mero dado contábil e histórico. Já o patrimônio líquido, por outro lado, possui conotação diversa, pois depende diretamente do êxito ou não, em certo momento específico, para que seja modificado. Daí porque se pode dizer que o patrimônio líquido também possui um caráter dinâmico.

Em que pesem todas as salutares distinções acima, destaque-se o fato de que tanto o patrimônio social líquido quanto o capital social, ao considerar-se a sua perspectiva futura de valor econômico da empresa, frise-se, enquanto atividade, representam um caráter estático. Seriam estáticos, não por serem impossíveis suas alterações, pois certamente podem ser alterados, mas, sim, por desenharem situações patrimoniais e econômicas, sublinhe-se, mais uma vez, eminentemente momentâneas.

Assim, apesar de o capital social e o patrimônio líquido poderem ser alterados, representam uma dimensão valorativa essencialmente momentânea, de valor presente e atual. Daí o porquê de serem o capital social e o patrimônio social líquido considerados estáticos, sublinhe-se novamente, em termos de perspectivas econômicas futuras.

Por outro lado, ao se refletir sobre o patrimônio em sentido genérico, mediante uma perspectiva econômica, futura e de continuidade no tempo, estando a atividade econômica em normal e habitual exercício, os bens que integram o patrimônio da sociedade passam a ter outra dimensão de valor, estando ela relacionada à sua utilidade em decorrência da organização dos

7 Aqui são tratados os bens abrangendo os direitos e as coisas, tal como preceitua o Código Civil de 2002.

fatores produtivos instaurados por quem exerce a atividade econômica ao longo do tempo futuro, alocando seus recursos financeiros escassos da forma mais eficiente.

Ou seja, ao se ter como referencial a atividade econômica em exercício futuro e contínuo, o valor total correspondente aos bens da sociedade ultrapassa os meros registros contábeis históricos (capital social), bem como as cotações individuais de mercado em certo momento (patrimônio líquido), transformando-se no resultado da perspectiva de lucratividade e rentabilidade futura da atividade econômica.

Diante desse referencial economicamente dinâmico, exercido ao longo do tempo futuro, conduz-se necessariamente ao estudo do aviamento. Nas palavras de Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca, sobre o aviamento, para quem é, por via de efeito, uma qualidade ou atributo do estabelecimento relacionado, quer com a respectiva excelência, reputação e eficiência – as quais, via de regra, são creditadas às qualidades pessoais daqueles que o dirigem (aviamento subjetivo ou *personal goodwill*) –, quer com o ponto onde se encontram localizadas as respectivas instalações (aviamento objetivo ou *local goodwill*) (FONSECA, 2007, p. 220).

Razão pela qual, mostra-se imprescindível a identificação do patrimônio em outra dimensão (sem ser a de certo momento temporal específico), para se verificar a realidade economicamente dinâmica da empresa em plena atividade e em exercício ao longo do tempo futuro. Afinal, qual seria o valor econômico da atividade, no futuro, caso continue sendo exercida? É exatamente neste desiderato que se pretende aprofundar.

Viu-se que o patrimônio da sociedade não se restringe apenas ao valor histórico contábil, ou mesmo ao valor real de seus bens, obrigações e direitos individualizados que o integram, calculados em certo momento específico. Isso, pois a forma pela qual todos estes bens são utilizados para o exercício da atividade econômica possui importante relevância. Para se exercer a atividade econômica, por mais simples que seja, é imprescindível, no mínimo, que haja capital, trabalho e organização. Ou seja, para exercer sua atividade econômica, o empresário necessita de bens organizados e ferramentas. Surge então a figura do estabelecimento.

Considerando-se que a empresa é justamente a atividade exercida pelo empresário, esta fica patrimonialmente evidenciada pelo estabelecimento, o qual representa a junção dos bens necessários ao exercício da atividade econômica. O estabelecimento também é chamado de *Fundo*

de comércio pelos franceses e *azienda* pelos Italianos. (BORGES, 1968).⁸ Nota-se que antes do novo Código Civil a doutrina especializada nacional identificava o estabelecimento como sendo uma universalidade de fato, pois a universalidade de direito só poderia ser criada por lei e, também, possuiria legitimidade processual. Entendia-se que o estabelecimento não seria um conjunto de direitos, mas sim um conjunto de objetos de direito, organizado, modificado e extinto por livre vontade do empresário.⁹ Já o novo Código Civil Brasileiro regulamentou expressamente o estabelecimento ao tratar de sua alienação, cessão de créditos e responsabilidade solidária pelos débitos devidamente contabilizados, o que conduziu vários doutrinadores a crer que o estabelecimento seria uma universalidade de direitos, ou seja, um complexo de relações jurídicas.¹⁰

Em que pese ser respeitoso e de verdadeiro escol o debate doutrinário no sentido de se o estabelecimento seria, em sua natureza, universalidade de fato ou de direito, entende-se que é relevante (para o fim específico a que se presta este artigo), apenas, compreender que o estabelecimento está entrelaçado ao empresário, sendo ele, portanto, objeto de direito. Logo, o estabelecimento não pode contrair, sozinho, por si, obrigações ou deveres jurídicos, justamente por não ser pessoa jurídica de direito privado e não estar expresso no art. 44 do Código Civil de 2002.

Desse modo, a seguir, perpassa-se ao tocante à previsão legal acerca do estabelecimento, figura jurídica essencial para que se possa falar

8 “No direito romano as expressões *negotium*, *mensa*, *merx*, ou *merx peculiaris*, *taberna*, *mercatura*, *negotiatio* correspondiam ao nos estabelecimento, negócio ou casa comercial. No francês, *fonds de commerce*, *Maison de commerce*, *établissement commercial*; no italiano, *azienda*, *fondo*, *fondaco*; no espanhol, *havienda*, *empresa*; no anglo americano, *goodwill*, *business*, no holandês, *Zaak*, *Handelzaak*; no alemão, *Geschäft*, *Handelsgeschäft*, *Haus*, *Handlung*, *Unternehmen*, etc. Por influência do francês, introduziu-se entre nós, como sinônimo de estabelecimento comercial, a expressão *fundo de comércio*.” (BORGES, 1968. p. 183).

9 Em brilhante estudo específico sobre a natureza jurídica do estabelecimento: “Antes do Código de 2002, a melhor doutrina comercialista nacional identificava o estabelecimento como universalidade de fato. Nesse sentido, haviam se manifestado autores do escol de José Xavier Carvalho de Mendonça (1955, p. 19), Waldemar Martins Ferreira (1956, p. 28), João Eunápio Borges (1976, p. 208), Oscar Barreto Filho (1988, p. 108), Waldírio Bulgarelli (1993. p.52), Euler da Cunha Peixoto (1993, p.119), José Maria Rocha Filho (1993, p. 224), Dylson Doria (1998, p.132), Fran Martins (1998, p. 428), Paula Castello Miguel (2000, p.28), Vera Helena de Mello Franco (2001. p. 123) e Rubens Requião (2003, p. 271), por exemplo.” (OLIVEIRA, 2008. p. 51).

10 Ao par disso, Sérgio Campinho (2003, p. 305), Lucas Rocha Furtado (2005, p. 972), Arnaldo Wald (2005, p. 735), Paulo Sérgio Restiffe (2006, p.42), Marcelo Andrade Feres (2007, p. 22), Waldo Fazzio Júnior (2008, p. 64), Ricardo Negrão (2008, p.101), Marlon Tomazette (2008, p.96), José Edwaldo Tavares Borba (2008, p.61) e Raquel Sztanj (2008, p. 787) continuam entendendo que se trata de uma universalidade de fato. (OLIVEIRA, 2008. p. 53).

sobre o aviamento, e compreender as diferentes dimensões patrimoniais da sociedade limitada: capital social, patrimônio líquido e o próprio estabelecimento empresarial.

Em relação ao conjunto patrimonial de que todo empresário necessita para o exercício de sua atividade profissional e econômica, o artigo 1.142 do Código Civil de 2002 confere o nome de estabelecimento. “Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”. (BRASIL, 2002).

Não raras vezes, conforme já mencionado pela tradicional doutrina de Borges (1968), tal conjunto patrimonial é também denominado de “fundo de comércio”.

Adota-se aqui o entendimento de que o termo “estabelecimento” e “fundo de comércio” seriam expressões sinônimas que representam o complexo universal de bens previsto no artigo 1.142 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002). No entanto, tais expressões não significam o mesmo que “fundo de negócio”, pois este representa os resíduos do estabelecimento que está sob procedimento de liquidação. É inconveniente que confusão natural a que se presta devido ao significado corrente da expressão fundo de negócio. Fundo de negócio, corresponde ao que na França se denomina *fonds de boutique*, é o que resta de um estabelecimento comercial em liquidação. As instalações velhas, a mercadoria não vendida, o saldo, o resíduo, os restos mortais do negócio, na expressão feliz de Valdemar Ferreira, é isso que se chama fundo de negócio. Ao contrário do fundo de comércio, que em sentido técnico jurídico é precisamente o estabelecimento, o organismo vivo, em plena atividade e funcionamento. Não se confunda, pois, uma coisa com a outra: fundo de comércio, igual ao *fonds de commerce* francês, é o estabelecimento comercial, composto de todos os seus elementos; fundo de negócio, correspondente ao *fonds de boutique*, são os restos mortais do estabelecimento em liquidação. (BORGES, 1968. p. 182).

Importante salientar que, diante da adoção pelo Código Civil de 2002 da teoria da empresa, em contrapartida à teoria dos atos de comércio, substituindo-se a figura do comerciante pela do empresário, mostra-se adequada a adoção da terminologia “estabelecimento empresarial”, ao invés de “estabelecimento comercial”. Preconiza o artigo 1.143 do atual Código Civil (BRASIL, 2002)¹¹ que o estabelecimento pode ser objeto

11 Art. 1.143. Pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos,

único de direitos. Trata-se da necessidade que possui o estabelecimento empresarial de merecer uma proteção jurídica especial, diferente da proporcionada individualmente aos bens que o compõem. Ou seja, além da proteção individualizada dos bens materiais ou imateriais que compõem o estabelecimento, deve ser dada proteção à organização destes mesmos bens quando do exercício da atividade econômica. Afinal, após a efetiva organização dos bens do estabelecimento, proporciona-se um *sobre valor* a estes mesmos bens, justamente por estarem reunidos de forma organizada.

Basta refletir que, caso os bens que integram o estabelecimento sejam vendidos separadamente, de forma individualizada, sê-lo-ão por um preço total menor do que se esses mesmos bens estivessem sendo negociados, conjuntamente, ao mesmo tempo, em função do exercício da empresa. Em outras palavras, o valor econômico do estabelecimento é maior do que a mera soma do valor de seus bens individualmente. Isso, pois foi empregada criatividade, dedicação e labor tal conjunto de bens.

Os elementos constitutivos do estabelecimento, sejam eles móveis, imóveis ou imateriais, podem ser alienados em conjunto, quando então se forma a figura jurídica do “*trespasse*” ou “*transpasse*”. Ocorre então a alienação do estabelecimento, mediante troca na titularidade do conjunto patrimonial por ele representado. Esta figura negocial é bastante peculiar na medida em que envolve não apenas os interesses dos contratantes, mas também o de terceiros, principalmente os credores do alienante, que têm no estabelecimento deste um importante - e em boa parte das vezes único - elemento de garantia de recebimento de seus créditos. Alienação do estabelecimento empresarial significa a troca na titularidade do conjunto patrimonial por ele representado. O sujeito de direito (empresário individual ou sociedade empresária) titular do estabelecimento o transfere (gratuita ou onerosamente) a outro sujeito de direito, seja ele uma pessoa física ou sociedade. (PIMENTA, 2004b, p. 102).

As formalidades, requisitos, condições e conseqüências legais atinentes à validade e eficácia do *trespasse* estão dispostas nos artigos 1.144 a 1.149 do atual Código Civil. (BRASIL, 2002).¹² Em uma perspectiva eminentemente econômica, ainda que se reflita sobre a utilidade dos bens do estabelecimento, convém lembrar que, de acordo com a disciplina legal vigente, nos termos do art. 1.146 do Código Civil (BRASIL, 2002), o *Trespasário* assume certas responsabilidades em relação a dívidas civis.

translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza.

12 Não serão abordadas as peculiaridades legais acerca da alienação do estabelecimento por não serem estas o cerne deste trabalho.

Ou seja, as dívidas da sociedade transferem-se concomitantemente ao estabelecimento, salvo se forem quitadas pelo alienante. É possível alargar-se o conceito de estabelecimento empresarial para evidenciar todo o patrimônio da empresa mediante uma perspectiva de utilidade econômica. Tanto é verdade esse contexto econômico que, nas hipóteses de alienação, arrendamento ou usufruto do estabelecimento, o preço é cobrado não em relação ao valor individual dos bens que integram o estabelecimento, mas sim, em relação à expectativa de lucros futuros que o complexo de bens pode proporcionar. A realidade econômica evidencia o vínculo entre estabelecimento e a figura do empresário (sujeito de direito).

Por exemplo, relembremos que a celebração pelo empresário de negócios jurídicos que tenham como objeto a alienação, arrendamento ou usufruto do estabelecimento, somente possuirá eficácia perante terceiros após a devida averbação do contrato na inscrição do próprio empresário no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins.¹³ No mesmo sentido, somente possuirá eficácia a alienação do estabelecimento se as dívidas estiverem quitadas pelo empresário (sujeito de direito), ou se houver concordância dos credores.¹⁴

Relembre-se também que o alienante do estabelecimento responde de forma solidária com o adquirente, pelo prazo de um ano, relativamente aos débitos anteriores à alienação, contraídos pelo empresário. Nota-se, portanto, serem próximos o estabelecimento e a figura do empresário, este sempre influenciado por sua escolha racional, no intuito de maximizar seu bem estar, seus interesses e riquezas. Verifica-se que se equiparam os negócios jurídicos sobre o estabelecimento em relação a outros negócios que envolvem a própria sociedade empresária e atividade econômica. Logo, reduzir a figura do estabelecimento apenas como consta no texto literal da lei, sendo então um “complexo de bens”, significa abordar apenas uma face da realidade econômica e empresarial, estando incompatível com o caráter instrumental¹⁵ que lhe é peculiar.

Razão pela qual mostra-se coerente analisarmos os elementos

13 Art. 1.144. O contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento do estabelecimento, só produzirá efeitos quanto a terceiros depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial. (BRASIL, 2002).

14 Art. 1.145. Se ao alienante não restarem bens suficientes para solver o seu passivo, a eficácia da alienação do estabelecimento depende do pagamento de todos os credores, ou do consentimento destes, de modo expresso ou tácito, em trinta dias a partir de sua notificação. (BRASIL, 2002).

15 O estabelecimento não tem senão função instrumental, embora necessária e constante, em relação à empresa, e conceitualmente se lhe contrapõe como o meio se contrapõe ao fim.” (BARRETO FILHO, 1988, p. 121).

do estabelecimento empresarial mediante sua utilidade econômica e instrumental. Sabe-se que o estabelecimento empresarial é composto por bens corpóreos e incorpóreos. Segundo João Eunápio Borges, Coisas corpóreas são as instalações, as mercadorias, vitrinas, mostruários, máquinas, móveis, utensílios, livros de contabilidade e material de escritório, o dinheiro, existente em caixa ou em depósitos bancários, o imóvel, se pertencente ao proprietário do estabelecimento, etc. [...] Coisas incorpóreas ou direitos são, entre outros, os créditos ou dívidas ativas, o direito de exclusividade para o uso do título ou nome do estabelecimento e respectiva insígnia, marcas de indústria e de comércio, patentes de invenção, de modelos de utilidade, de modelos industriais, etc. (BORGES, 1968. p. 185). Entretanto, entende-se neste artigo que o estudo do estabelecimento implica uma reflexão muito maior do que simplesmente afirmar ser ele composto pelo complexo de bens corpóreos e incorpóreos utilizados no exercício da atividade econômica. Para Celso Barbi Filho, há distinção técnica e terminológica entre os termos “bens incorpóreos” e “bens intangíveis”. Para o saudoso Doutrinador, é preciso distinguirem-se os bens imateriais, ou incorpóreos, daqueles chamados intangíveis. Os primeiros são os itens do patrimônio que não têm representação física material. É o caso das marcas e patentes, softwares, concessões, título do estabelecimento, direito à renovação locatícia, etc. Tratam-se de elementos que, embora sem corporificação física, admitem, ao menos em tese, avaliação e alienação individualizadas, sem prejuízo da continuação da empresa. Já os intangíveis são os valores que decorrem do efetivo uso conjunto do patrimônio empresarial para a atividade produtiva, ensejando um mais-valia na expressão financeira do acervo social. [...] bens intangíveis não se confundem com incorpóreos. Estes são elementos imateriais do patrimônio social que admitem avaliação e alienação individualizadas, como acima citado (marcas, patentes, softwares, sinais de propaganda, etc.) Já os intangíveis são valores que resultam do uso conjunto de determinados bens, corpóreos e incorpóreos, no funcionamento da empresa e que, portanto, só existem nessa situação. A doutrina tradicional não reconhece essa distinção. (BARBI FILHO, 2004, p. 487;489).

Compõem o estabelecimento o passivo, os bens corpóreos, sejam eles móveis ou imóveis, bem como os bens incorpóreos. Assim, o conceito de estabelecimento merece abranger não somente os bens que se encontram à disposição imediata e atual do empresário para o exercício de sua atividade, mas também o passivo, por afetarem a expectativa de resultado futuro e o próprio valor econômico da atividade. São bens corpóreos os

equipamentos, as máquinas, a sede administrativa, o estoque, automóveis, ou seja, todo bem fisicamente palpável que seja utilizado no exercício da atividade econômica. Mesmo os bens materiais que não sejam diretamente relacionados aos procedimentos de produção, circulação ou distribuição de serviços ou produtos integram o estabelecimento empresarial, tal como, por exemplo, determinado imóvel que se encontra momentaneamente ocioso. Afinal, este também representa uma disponibilidade de patrimônio, com repercussão econômica, a qual pode ser revertida em pecúnia ou inserida diretamente em prol da atividade econômica.

De outro norte, os bens que não se revelam de titularidade do empresário não se mostram, tecnicamente, integrantes do estabelecimento. É o caso, por exemplo, de um imóvel alugado, no qual se exerce a atividade negocial. Porém, o direito de uso deste imóvel alugado, este sim, compõe o estabelecimento, sobretudo tratando-se de ponto comercial.¹⁶

Assim, na hipótese de o empresário não ser o proprietário do bem material, comporá o estabelecimento, como dito, não o bem considerado em si mesmo, mas sim o direito ao seu uso, gozo e fruição. Conseqüentemente, percebe-se que o direito de uso do bem ingressa no patrimônio pelo seu caráter instrumental em prol da atividade econômica.

Nesse sentido, quando o empresário se mostra proprietário dos bens materiais que integram o estabelecimento, desenham-se dois referenciais de valor para esse mesmo bem. O primeiro referencial de valor é eminentemente estático, adstrito à sua própria condição de coisa, em determinado momento específico, podendo ser representado pelo capital social (caso tenha sido integralizado) ou pelo patrimônio líquido. Já o segundo referencial mostra-se dinâmico, relativo à utilidade e instrumentalidade proporcionada em prol do exercício contínuo e futuro da atividade econômica, verificável pelo *plus* atribuído ao complexo de bens que compõem o estabelecimento empresarial, chamado de “aviamento.”

Significa dizer que duas Sociedades Limitadas, distintas, que exerçam a mesma atividade econômica (Ex. Sorveteria, padaria, etc.) proprietárias de bens materiais iguais (ex: veículos de mesmo estado de conservação, ano e modelo) os arrolará com valores muito próximos, ou quase idênticos, seja no capital social ou no patrimônio líquido.

16 A proteção ao ponto comercial é garantida pelo artigo 51 da lei 8.245/91 (BRASIL, 1991), chamada Lei de Locações, pela qual se faculta aos locatários de imóveis utilizados para o exercício da atividade econômica, bem como determinados sucessores, o direito à obrigatória renovação do contrato de locação, desde que estejam preenchidas determinadas condições. Nesses casos, proporciona-se a “proteção ao ponto”.

Nada obstante, quanto a este exemplo, caso estejamos diante, de um lado, de uma sociedade cujo objeto social seja realização, no próprio estabelecimento, de costuras em roupas e, de outro lado, revendedora de veículos, certo é que o mesmo veículo possuirá importância econômica, útil e instrumental, mais acentuada para a segunda sociedade. Afinal, nesta, sua utilidade e instrumentalidade em prol da atividade econômica é sobejamente maior, eis que será destinado diretamente para a atividade fim, proporcionando maior capacidade e perspectiva de obtenção de lucros futuros. Vê-se que os bens individuais que integram o estabelecimento merecem ser considerados pela importância e utilidade que assumem à destinação econômica pretendida.

Essa consideração é salutar no que tange aos bens incorpóreos do estabelecimento, tais como os sinais distintivos (título do estabelecimento, marcas, etc.); os privilégios de invenção (patentes de modelos de utilidade e invenção, direitos do autor, etc.); o *Know-how*, bases de dados, segredos do negócio, contatos comerciais, o ponto, as autorizações administrativas de funcionamento, autorizações administrativas para comercialização de produtos, reputação, credibilidade, confiabilidade, etc.

Percebe-se que, caso a atividade econômica não esteja mais sendo exercida, extingue-se o estabelecimento, bem como sua expectativa de lucros futuros. Nesse caso, os bens incorpóreos não possuem mais valor para o empresário. Ou seja, se a atividade não mais possui capacidade ou expectativa de obter lucros adequados, não se mostra coerente atribuir valor econômico aos bens incorpóreos.¹⁷ De acordo com Giuseppe Ferri “Se não há empresa, não há estabelecimento no sentido técnico e não se aplicam os princípios particulares que lhe são postos” (FERRI, 1972, p. 189, tradução nossa).

Ao contrário do que se dá com os bens corpóreos, nenhum bem incorpóreo apresenta valor absoluto o qual não possa ser questionado. Por exemplo, uma marca, cuja valoração econômica dependerá, essencialmente, de quem a possui e qual o prestígio de terceiros por ela. Assim como a marca, em relação às patentes de invenção ou modelo de utilidade, caso o empresário não esteja suficientemente convencido de que seus respectivos direitos serão transformados em produto comercialmente viável, que gerará lucro, não fará o desejável investimento.

Desse modo, é coerente se afirmar que o conteúdo econômico dos

17 Se non vi è empresa, non vi è azienda in senso técnico e non si applicano i particolari, principi che per essa sono posti [...].

bens incorpóreos mostra-se decorrente da perspectiva de rentabilidade futura que a sua exploração econômica ensejaria ao estabelecimento empresarial e à sua atividade organizada, acarretando, conseqüentemente, o lucro. Ou seja, se a empresa não possui capacidade de produzir rendimentos econômicos adequados, não faz sentido atribuir valor aos bens incorpóreos.

Também, sabe-se que no contexto da atividade empresarial há competição. Abre-se, dessa forma, espaço para que os bens incorpóreos assumam caráter fundamental e estratégico¹⁸, pois a concorrência comercial não se restringe tão somente à estipulação do preço das mercadorias físicas ou serviços. O grau da capacidade em se diferenciar dos concorrentes, fidelizar a clientela, englobar novos mercados, dentre outros, constituem fatores fundamentais nesse jogo, ao passo que, a utilização da comunicação e informação, é fundamental para o sucesso na atividade econômica. Somente neste contexto, possibilita-se perspectiva lucrativa futura. O que se busca, neste momento, é propor que os bens corpóreos possuem, além de seu uso, valor de troca referente à sua própria existência material. Por outro lado, os bens incorpóreos só possuem razão econômica estando em decorrência dos resultados futuros que se produzirão, não sendo relevantes seus atributos, senão naquilo que também contribuam para o exercício

18 Perez e Famá, em pesquisa específica sobre a relação entre os bens intangíveis e sua atuação estratégica, expõem que “o processo de globalização das economias e os avanços da tecnologia da informação estão acirrando a competição entre as empresas, forçando-as, cada vez mais, a diferenciarem-se de seus concorrentes. Ativos intangíveis como marcas, patentes, capital intelectual ou direitos autorais, por exemplo, são ativos singulares, geralmente oriundos de inovação e conhecimento, cujas características únicas poderiam permitir uma diferenciação entre as empresas e a obtenção de vantagens competitivas muito difíceis de serem eliminadas. Pesquisas demonstram que as empresas estão utilizando combinações estratégicas e inovadoras de ativos tangíveis e ativos intangíveis, e que a geração de riqueza nas empresas está cada vez mais relacionada aos ativos intangíveis. [...] A mudança de ênfase do ativo tangível para o intangível tem sido marcante nas últimas duas décadas. Até a década de 80, a grande preocupação no mundo dos negócios era como avaliar os ativos tangíveis das empresas. No entanto, embora o estudo dos ativos intangíveis não seja novo, observa-se que existe um interesse crescente, tanto nas comunidades acadêmicas, quanto no ambiente empresarial. De acordo com Lev citado por Perez e Famá (2006), a recente onda de interesse sobre os ativos intangíveis está relacionada à combinação de duas forças econômicas: a intensificação da competição entre as empresas e o desenvolvimento da tecnologia da informação. Desta forma, o inevitável processo de globalização das economias e as facilidades criadas pelo comércio eletrônico acirraram a competição entre as empresas, estreitando margens, exigindo qualidade e forçando as empresas a diferenciarem-se de seus concorrentes. Neste contexto, os ativos tangíveis estariam rapidamente tornando-se commodities, propiciando aos seus investidores apenas retornos sobre investimentos normais. Retornos anormais, posições competitivas dominantes e até a conquista de monopólios temporários estariam sendo obtidos por ativos de natureza intelectual. Inúmeros autores como Lev (2001), Flamholtz (1985), Stewart (1999), Sveiby (1997), Boulton et. al. (2001), Kaplan & Norton (1997) e Nonaka & Takeuchi (1997) também têm afirmado que a geração de riqueza nas empresas está cada vez mais relacionada aos ativos intangíveis ou ativos intelectuais.” (PEREZ; FAMÁ, 2006, p. 69).

da atividade econômica, em seu fim. Assim, os bens incorpóreos não possuem representação exata de valor econômico, senão ao considerarmos a atividade fim em exercício. Tal valor depende, diretamente, de quanto o empresário, de forma razoável, almeja lucrar.

Alguns fatos confirmam a assertiva acima, no sentido de que, quando os bens incorpóreos não se mostram úteis economicamente à atividade, esvazia-se seu valor. Relembre-se, por exemplo, que os registros de uma marca podem caducar devido à falta de seu uso, nos termos da lei de propriedade industrial (9.279, de 14 de maio de 1996) (BRASIL, 1996).¹⁹. Ademais, dependendo do grau de conhecimento e popularidade de uma marca, esta pode vir a se tornar tão conhecida que acabe por ensejar, em contrapartida, uma diminuição da capacidade de se distinguir o serviço ou produto específico (atividade fim específica), ao qual estava vinculada, tornado-se o “gênero de similares”. A marca pode sim vir a agregar um próprio valor ao produto que está sendo comercializado, sendo que a busca dos consumidores deixa de ser pela mercadoria especificamente, passando a ser pelo que a marca daquele empresário representa no setor. Sobre o assunto, afirma-se que: [...] a marca, adicionalmente ao exercício da função distintiva, é capaz de agregar valor ao produto ou serviço que assinala, transformando-se num sinal ainda mais valioso para o seu titular. Diz-se que a marca, nessas hipóteses, possui relevante poder atrativo, consubstanciado no alto grau de notoriedade que desfruta frente ao público consumidor, ou até mesmo, no mercado em geral. (DE SIERVI, 2006, p. 31).

Há, nesse caso, desvirtuação da finalidade econômica e, conseqüentemente, perda da instrumentalidade da marca, mediante desvalorização do bem incorpóreo. Trata-se, neste último caso, do fenômeno econômico da “degeneração”, o qual ocorrerá quanto às notórias marcas Xerox, Gillette, Pirex, etc.²⁰ Nesse mesmo sentido, até mesmo o ponto comercial passa a ter desvalorização se não houver, ou for diminuída, a rentabilidade econômica originalmente presumida. Não à toa, a renovação compulsória do contrato de locação empresarial, para a proteção do ponto, requer, antes, a manutenção da atividade econômica,

19 Art. 143 - Caducará o registro, a requerimento de qualquer pessoa com legítimo interesse se, decorridos 5 (cinco) anos da sua concessão, na data do requerimento: I - o uso da marca não tiver sido iniciado no Brasil; ou II - o uso da marca tiver sido interrompido por mais de 5 (cinco) anos consecutivos, ou se, no mesmo prazo, a marca tiver sido usada com modificação que implique alteração de seu caráter distintivo original, tal como constante do certificado de registro. (BRASIL, 1996).

20 Sobre o processo de degeneração das marcas devido ao seu desvirtuamento econômico originário, vide: Pinto (2009).

ininterruptamente, por, no mínimo, três anos, relativamente ao mesmo imóvel objeto do contrato.²¹ Nota-se, assim, que o bem incorpóreo está diretamente relacionado à sua perspectiva de rentabilidade econômica. Logo, o bem incorpóreo é capaz de produzir benefícios futuros. Os bens incorpóreos apenas possuem relevância no contexto da empresa em pleno exercício, sendo relacionados a quanto o seu titular almeja lucrar ao longo do tempo. A empresa não é uma mera coleção estática de bens, mas, sim, formada por um complexo cujo objetivo é produzir lucros futuros. Tal como se nota, há estreita relação entre o valor dos bens incorpóreos e a sua perspectiva de proporcionar resultados econômicos futuros, pois estes derivam da própria essência daqueles.

4 Conclusão

De Forma eminentemente construtiva e reflexiva, permite-se afirmar então que dentro do patrimônio das sociedades limitadas (em sentido genérico) estão, em sentido específico: o (I) capital social, (II) patrimônio em sentido estrito (líquido) e (III) o estabelecimento empresarial. Para tanto, valeram-se de fundamentos para o raciocínio que ora se almeja, calcados em doutrinarias, especializadas, afetas à ciência jurídica, contábil e econômica. O complexo de bens e relações jurídicas que formam o patrimônio das sociedades, em sentido amplo, também se apresenta mediante perfis específicos diferentes, sendo cada qual com sua característica peculiar.

Referências

AUTUORI, Luiz. **Fundo de comércio**: locação comercial. Rio de Janeiro: Editora Editora Forense, 1969.

BERTOLDI, Marcelo Marco.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**: títulos de crédito, falência e concordata, contratos mercantis. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 8. ed. rev. e atual.

21 Lei 8.245/91: Art. 51. Nas locações de imóveis destinados ao comércio, o locatário terá direito a renovação do contrato, por igual prazo, desde que, cumulativamente: I - o contrato a renovar tenha sido celebrado por escrito e com prazo determinado; II - o prazo mínimo do contrato a renovar ou a soma dos prazos ininterruptos dos contratos escritos seja de cinco anos; III - o locatário esteja explorando seu comércio, no mesmo ramo, pelo prazo mínimo e ininterrupto de três anos. (BRASIL, 1945).

São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

DE SIERVI, Amanda Fonseca. **Marca: distintividade e notoriedade**. 2006. Dissertação (Mestrado)- Universidade de São Paulo.

FÉRES, Marcelo Andrade. **Estabelecimento empresarial: trespasse e efeitos obrigacionais**. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERRI, Giuseppe, **Manuale di diritto commerciale**. 3. ed. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1972.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. **Dissolução Parcial, retirada e exclusão de sócio**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio**. 27.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Campinas: Booksllr, 2001. v.2.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 6 ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1964. p. 14-15. v.3.

NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. **Dissolução parcial, exclusão de sócio e apuração de haveres nas sociedades limitadas: questões controvertidas e uma proposta de revisão dos institutos**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.

OLIVEIRA, Fábio Gabriel de. **Contrato de trespasse: um estudo à luz da análise econômica do direito**. 2008. 138f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

EIXOTO, Euler da Cunha. **Fundo de comércio**. In: LIMA, Osmar Brina Corrêa. **Atualidades jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

PIMENTA, Eduardo Goulart. O estabelecimento. In: RODRIGUES, Frederico Viana (Org.). **Direito de empresa no novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004b.

PINTO, Paulo Henrique Carvalho. **Degeneração: uma análise sobre o processo de enfraquecimento de marcas**. 2009. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/degeneracao-uma-analise-sobre-o-processo-de-enfraquecimento-de-marcas/19628/>> Acesso em: 05 out. 2011.

TOKARS, Fábio. **Estabelecimento empresarial**. São Paulo: LTr, 2006.

Capítulo 29

ANOTAÇÕES SOBRE SOCIEDADES LIMITADAS, MICRO EMPRESAS E AS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NA ATUALIDADE

Henrique Avelino Lana¹

1 Introdução

A Sociedade Limitada é uma modalidade societária que restringe a responsabilidade dos sócios proporcionalmente às cotas integralizadas no capital social, podendo ser unipessoal (com o advento da Lei nº 13.874, de 2019) ou pluripessoal, constituída por duas ou mais pessoas.

Como o próprio nome diz, estamos diante de uma sociedade, o que implica, no primeiro momento, a existência de duas ou mais pessoas que pretendam, em conjunto, envidar esforços para realizar uma atividade comercial objetivando a divisão dos resultados econômicos apurados.

Sua marcante e preponderante característica de ser uma sociedade de pessoas, nas quais há a intenção comum de aglutinar forças visando a realização de atividade econômica para obtenção e repartição dos lucros entre os sócios.

As sociedades limitadas foram concedidas de modo a estimular o desenvolvimento das atividades empresárias de pequeno porte. Afinal, em época anterior ao seu surgimento no Brasil, o potencial investidor possuía, basicamente, três opções: ou se registrava formalmente na condição de comerciante individual; ou constituía alguma das sociedades reguladas no Código Comercial de 1850; ou optava por uma sociedade anônima. Fato é que nos dois primeiros casos, acabava por assumir um risco considerado exacerbado em relação ao seu patrimônio pessoal, tendo em vista que o então comerciante individual, bem como os sócios daquelas espécies societárias reguladas no Código Comercial de 1850, respondia,

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

pessoalmente, ilimitadamente, pelas dívidas decorrentes da atividade dita comercial.

Assim, caso, à época, o indivíduo pretendesse se inserir em um tipo societário de responsabilidade limitada, não restava alternativa senão a da Sociedade Anônima. No entanto, a opção pela Sociedade Anônima somente se mostrava viável ou coerente na hipótese de se desenvolver uma atividade econômica de grande porte, mais complexa, haja vista os altos custos necessários à observância das formalidades impostas pela legislação. Nesse cenário, no final do século XIX, na Alemanha, emanaram-se as sociedades limitadas por agregarem condições que os demais tipos societários possuíam de mais interessante: baixa burocracia cumulada com a responsabilidade limitada de todos os sócios.

No Brasil, o Decreto n.º 3.708, de 1919, instituiu em nosso ordenamento as sociedades por quotas de responsabilidade limitada. Neste tipo de sociedade, há um limite fixado para a responsabilidade dos sócios por obrigações sociais. A responsabilidade do sócio está limitada ao valor das quotas por ele subscritas. Durante mais de 80 anos, o referido diploma legal, que contava com apenas 19 artigos, foi capaz de disciplinar a atividade exercida por este tipo de sociedade, aplicando-se, em alguns casos, de forma supletiva, o Código Comercial de 1.850 e a Lei das Sociedades por Ações. Atualmente, o regramento referente às Sociedades Limitadas está previsto no Código Civil de 2002 o qual, tacitamente, revogou o antigo Decreto 3.708/19 devido à incapacidade material.

2 As sociedades limitadas na atualidade

Apesar de ser maior a complexidade do novo regramento das Sociedades Limitadas, causadas, por exemplo, pela previsão legal de realização de assembleias e constituição de Conselho Fiscal, este continua sendo o tipo societário preferido entre os empreendedores no Brasil.

Nos termos do artigo 1.052 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), desde que devidamente integralizado por todos os sócios, nas sociedades limitadas, a responsabilidade de cada sócio é limitada ao valor de suas cotas.

Deste dispositivo decorrem consequências importantes ao fomento econômico do país, pois, se o capital social já estiver integralizado, em princípio, os sócios não teriam responsabilidade alguma pelas dívidas sociais, o que seria um incentivo positivo ao empreendedorismo.

Dessa forma, enquanto não houver a integralização do capital por algum dos sócios, as obrigações sociais podem alcançar os seus bens pessoais, até o limite do valor subscrito.

O capital social é dividido em cotas, cabendo aos sócios quantidades iguais ou desiguais.

Quanto à integralização com bens ao capital social, TODOS os sócios respondem solidariamente por sua exata estimação pelo prazo de até 5 anos contados a partir do registro da sociedade.

É vedada a contribuição em serviços nas Sociedades Limitadas, consoante o §2.º do artigo 1.055, CC.

São aplicadas subsidiariamente nas omissões, as normas da Sociedade Simples, exceto se o contrato social prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima.

Como instrumento formal de sua criação, há o contrato social, o qual deverá seguir todos os requisitos previstos no Código Civil Brasileiro, especialmente no que tange ao artigo 997 CC/02.

A participação dos sócios na sociedade limitada é mensurada pela quantidade de cotas detidas por cada um, as quais são indivisíveis, representando a quantia com que cada um contribuiu para a formação do capital social. As quotas são indivisíveis em relação à sociedade, EXCETO para efeito de transferência (Art. 1.056, CC).

No que tange às transferências de cotas, estas podem ser livremente negociadas entre os sócios, sem ser necessária a concordância dos demais, produzindo efeitos perante a sociedade e terceiros somente após serem assentadas no registro público competente. Porém, frise-se, podem existir restrições quanto a isso no contrato social, ou ainda, caso haja oposição de sócios que representem mais de 25 % do capital social.

Esta poderá ser administrada por apenas uma ou mais pessoas, conforme disposto no contrato social ou em ato separado. Aina que autorizados pelo contrato social, os sócios são obrigados à reposição dos lucros e das quantias retiradas a qualquer título, quando tais lucros ou quantias se distribuírem com prejuízo do capital (Art. 1059, CC).

A administração da Sociedade Limitada pode ser exercida por sócios ou não, desde que designados em ato separado ou em contrato social, sendo que a administração não se estende de pleno direito aos novos sócios (Art. 1060, CC).

Para ser administrador da sociedade limitada não é requisito ser

também sócio, sendo neste caso necessária a anuência de dois terços dos sócios, no mínimo, ou da unanimidade destes, caso o capital social não esteja ainda totalmente integralizado. Trata-se da legítima figura do administrador não sócio, conforme o artigo 1.061 do Código Civil.

O administrador nomeado em ato separado será investido no cargo mediante termo de posse no livro de atas da administração, de modo que para surtir os efeitos legais, tal termo deverá ser assinado no prazo máximo de 30 dias (Art. 1.062, CC).

A administração se encerra com o término do contrato, quando não reconduzido ao cargo. Ademais, o administrador pode ser destituído a qualquer tempo, através de deliberação dos sócios (Art. 1.063, CC).

A destituição de sócio nomeado administrador através de contrato somente se opera pela aprovação de titulares de quotas correspondentes a mais da metade do capital social, salvo disposição contratual diversa (Art. 1.063, § 1º, CC).

A cessação do exercício do cargo de administrador deve ser averbada no registro competente, por meio de requerimento apresentado nos 10 dias seguintes ao da ocorrência (Art. 1.063, § 2º, CC).

Na sociedade limitada, os sócios podem instituir Conselho Fiscal, fazendo a opção no contrato social original, ou após sua constituição, mediante deliberação específica em assembleia geral.

O Conselho fiscal é um órgão de assessoramento técnico facultativo, composto de 3 ou mais membros e respectivos suplentes, sócios ou não, eleitos anualmente em assembleia dos sócios (Art. 1.066, CC).

Os membros do conselho fiscal devem ser eleitos em assembleia geral anual, podendo compô-lo seus próprios sócios, desde que não participantes de outro organismo social (tal como a administração), ou não sócios, sendo imprescindível que os membros do conselho fiscal possuam residência no país, observando-se o disposto no artigo 1.011, parágrafo primeiro, do Código Civil, acerca dos legalmente impedidos.

Aos sócios minoritários que representarem ao menos 1/5 do capital social, é assegurado o direito de eleger, separadamente, um dos membros do conselho fiscal e o respectivo suplente.

É ao conselho fiscal que cumpre, primordialmente, dentre outros, denunciar erros e fraudes, sob pena de serem seus membros considerados responsáveis solidariamente. Também cumpre ao conselho fiscal a

prerrogativa de convocar a assembléia dos sócios em caso de motivos graves ou urgentes, ou quando a diretoria atrasar sua convocação por período superior a trinta dias.

A remuneração dos membros do conselho fiscal é fixada anualmente pela assembleia (Art. 1.068, CC).

No que tange às deliberações nas sociedades limitadas, estas podem se dar por meio de reuniões ou assembléias, sendo esta última obrigatória quando o número de sócios for superior a dez, devendo ser observados os quóruns dispostos no artigo 1.076 do Código Civil de 2002.

No entanto, verifica-se, em alguns casos, sobretudo nas Sociedades Limitadas com pequeno número de sócios, que as deliberações, se unânimes, são reduzidas a escrito, dispensando-se a ocorrência de assembleia ou reuniões, invocando-se para tanto o artigo 1.072 do Código Civil.

A assembleia dos sócios deve-se realizar uma vez por ano, nos quatro meses seguintes ao término do exercício social.

Dependem da deliberação dos sócios, assim como outras matérias indicadas em lei ou no contrato (Art. 1.071, CC): Aprovação das contas da administração; designação dos administradores, quando feita em ato separado; Destituição dos administradores; Modo de sua remuneração, quando não estabelecido no contrato; modificação do contrato social; Incorporação, a fusão e a dissolução da sociedade, ou a cessação do estado de liquidação; Nomeação e destituição dos liquidantes e o julgamento das suas contas; Pedido de concordata.

A assembleia dos sócios instala-se com a presença (Art. 1.074, CC): Em primeira convocação: de titulares de no mínimo 3/4 do capital social, e; em segunda convocação: com qualquer número.

Após integralizadas as quotas, o capital pode ser aumentado, com a correspondente modificação do contrato, ressalvado o disposto em lei especial (art. 1.081, cc). A sociedade pode reduzir o capital, mediante a correspondente modificação do contrato (art. 1.082, cc): depois de integralizado, se houver perdas irreparáveis; se excessivo em relação ao objeto da sociedade.

As sociedades limitadas utilizam firma ou denominação, sendo seu uso privativo dos administradores com os necessários poderes, sócios ou não.

Outrossim, a omissão do termo “limitada” determina a responsabilidade solidária e ilimitada dos administradores que assim

empregarem a firma ou a denominação da sociedade (art. 1.155, § 3º, cc).

Quando a maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social, entender que um ou mais sócios minoritários estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-los da sociedade, mediante alteração do contrato social, desde que prevista neste a exclusão por justa causa. (art. 1.085, cc).

A exclusão ocorre quando há o afastamento obrigatório do sócio mediante deliberação da maioria dos remanescentes; por determinação legal; ou após decisão judicial que inabilite o sócio para exercer a atividade econômica.

A diferença entre a exclusão do sócio e o direito de recesso está relacionada ao promovente da iniciativa. Afinal, a exclusão é de iniciativa da maioria contra o sócio. Já o direito de recesso, decorre de iniciativa do sócio contra os demais.

Ressalvado o caso em que haja apenas dois sócios na sociedade, a exclusão de um sócio somente poderá ser determinada em reunião ou assembleia especialmente convocada para esse fim, ciente o acusado em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa.

A sociedade dissolve-se, de pleno direito, por qualquer das causas enumeradas a seguir; e quando empresária, também pela declaração da falência (Art. 1.087 conjugado com os arts. 1.044 e 1.033, CC): o vencimento do prazo de duração, salvo se, vencido este e sem oposição de sócio, não entrar a sociedade em liquidação, caso em que se prorrogará por tempo indeterminado; o consenso unânime dos sócios; deliberação dos sócios, por maioria absoluta, na sociedade de prazo indeterminado; a extinção, na forma da lei, de autorização para funcionar.

O contrato pode prever outras causas de dissolução, a serem verificadas judicialmente quando contestadas.

Qualquer sócio pode retirar-se da sociedade; se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais sócios, com antecedência mínima de sessenta dias; se de prazo determinado, provando judicialmente justa causa.

3 As micro empresas e empresas de pequeno porte

A Lei Geral, também conhecida como Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, foi criada pela Lei

Complementar nº. 123/2006 para regulamentar tratamento favorecido, simplificado e diferenciado a esse setor, conforme disposto na Constituição Federal.

Seu objetivo é fomentar o desenvolvimento e a competitividade da micro e pequena empresa e do microempreendedor individual, como estratégia de geração de emprego, distribuição de renda, inclusão social, redução da informalidade e fortalecimento da economia.

Os benefícios criados pela Lei Geral, a exceção do tratamento tributário diferenciado, aplicam-se também ao produtor rural pessoa física e ao agricultor familiar.

Surgiu, no ano de 1984, o primeiro Estatuto da Microempresa (Lei 7.256/1984), que trazia para os microempresários alguns benefícios tributários, administrativos, trabalhistas, previdenciários, creditícios e de desenvolvimento empresarial, e cuja vigência perdurou por quase uma década.

Os ideais consagrados no referido Estatuto da Microempresa foram absorvidos pelo legislador constituinte de 1988 ao estabelecer no art. 179 da CF que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei”.

A Carta Magna ainda considerou o tratamento favorecido para os pequenos empreendedores como um dos princípios gerais da atividade econômica, conforme previsão contida no seu art. 170, inciso IX.

Posteriormente, já na década de 1990, foi editada uma nova lei acerca do assunto, a Lei 8.864/1994, denominada o Estatuto de Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, que trouxe, como grande inovação, a criação da figura da empresa de pequeno porte, cujo intuito era tornar mais lento e gradual o caminho do pequeno empreendedor do regime jurídico-empresarial simplificado para o regime jurídico-empresarial geral.

Dois anos mais tarde surgiu a Lei 9.317/1996, que instituiu o SIMPLES (sistema integrado de pagamento de impostos e contribuições das microempresas e empresas de pequeno porte). A prerrogativa concedida aos pequenos empreendimentos optantes pelo SIMPLES consistia na possibilidade de pagamento de diversos tributos mediante recolhimento único mensal, o que, a um só tempo, diminuía a carga tributária e eliminava certas exigências burocráticas decorrentes da arrecadação fiscal.

O Brasil editou a Lei 9.841/1999, que revogou as leis anteriores sobre o tema e instituiu o novo Estatuto da ME e da EPP, salvo a lei do SIMPLES, que permanece em vigor. Após a edição da lei, o Poder Executivo editou o Decreto 3.474/2000, regulamentando-a.

O Código Civil de 2002, em seu art. 970, prevê que “a lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes”.

O pequeno empresário, portanto, é exclusivamente o empresário individual que, caracterizado como ME, aufera renda bruta anual ínfima, não excedente a R\$ 81.000,00. Trata-se, enfim, de uma subespécie de microempresa, mas que não pode jamais tomar a forma de sociedade empresária, já que a lei deixa clara a exigência de que se trate de um empresário individual.

Esse pequeno empresário, além de se beneficiar de todas as regras especiais previstas na Lei Geral para as MEs e EPPs, receberá ainda, em algumas situações, um tratamento ainda mais especial. Basta citar, por exemplo, a regra do art. 1.179, § 2.º, do CC, a qual, conforme já vimos, o isenta de qualquer obrigação escritural.

A Emenda Constitucional 42/2003, batizada de Reforma Tributária, determinou que a definição de tratamento favorecido e simplificado para as MEs e EPPs fosse feita por meio de lei complementar (art. 146, inciso III, alínea ‘d’, da CF/1988).

A Lei Complementar 123/2006, batizada de Lei Geral das Micro e Pequenas Empresas, que passou a ser o nosso novo Estatuto das MEs e EPPs, e que aqui chamaremos de Lei Geral das MEs ou EPPs ou simplesmente de Lei Geral, revogando expressamente as Leis 9.317/1996 e 9.841/1999.

Obedecendo ao disposto nos arts. 179 e 146, III, d, da Constituição da República, foi editada a Lei Complementar 123/2006, e estabeleceu normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere, conforme o seu art. 1.º: “I – à apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias; II – ao cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias, inclusive obrigações acessórias; III – ao acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo

e às regras de inclusão; IV – ao cadastro nacional único de contribuintes a que se refere o inciso IV do parágrafo único do art. 146, in fine, da Constituição Federal”.

A Lei Complementar 147/2014 acrescentou alguns parágrafos ao art. 1.º: “§ 3.º.

Há, deste modo, que se considerar a Lei Complementar 123/06, com grandes alterações pela LC 147/2014, LC 155/2016 e LC 188/2021.

O novo estatuto, seguindo basicamente a mesma linha do diploma anterior, ainda estabeleceu que “o tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte de que trata o art. 1.º é gerido por: Comitê Gestor do SIMPLES NACIONAL, vinculado ao Ministério da Fazenda; Fórum Permanente das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte; Comitê para Gestão da Rede Nacional para Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios – CGSIM.

Cabe a essas três instâncias acima mencionadas gerenciar as políticas de tratamento diferenciado e favorecido dispensadas às MEs e EPPs

Nos termos do art. 3º, com a redação dada pela LC 155/2016, “consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 do Código Civil, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00; no caso da empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00.

A nova lei corrigiu a redação, atualizando-a em relação às expressões utilizadas pelo Código Civil, mencionando expressamente o empresário individual, a sociedade simples, a EIRELI e a sociedade empresária.

A submissão ao regime especial previsto na Lei Complementar 123/2006, assim como ocorria no regime da Lei 9.841/1999, é faculdade que depende de ato de vontade praticado pelo titular do empreendimento que se amolde às definições de ME ou de EPP.

O uso de tais expressões – ME e EPP – é privativo de quem está enquadrado como tal, ou seja, só pode utilizar a expressão ME ou EPP em seu nome empresarial quem efetivamente for enquadrado numa dessas situações legais.

O § 3.º do art. 4.º da Lei Complementar 123/2006 estabelece que, “ressalvado o disposto nesta Lei Complementar, ficam reduzidos a 0 (zero) todos os custos, inclusive prévios, relativos à abertura, à inscrição, ao registro, ao funcionamento, ao alvará, à licença, ao cadastro, às alterações e procedimentos de baixa e encerramento e aos demais itens relativos ao Microempreendedor Individual, incluindo os valores referentes a taxas, a emolumentos e a demais contribuições relativas aos órgãos de registro, de licenciamento, sindicais, de regulamentação, de anotação de responsabilidade técnica, de vistoria e de fiscalização do exercício de profissões regulamentadas”.

A nova Lei Geral, em seu art. 4.º, previu que “na elaboração de normas de sua competência, os órgãos e entidades envolvidos na abertura e fechamento de empresas, dos 3 (três) âmbitos de governo, deverão considerar a unicidade do processo de registro e de legalização de empresários e de pessoas jurídicas, para tanto devendo articular as competências próprias com aquelas dos demais membros, e buscar, em conjunto, compatibilizar e integrar procedimentos, de modo a evitar a duplicidade de exigências e garantir a linearidade do processo, da perspectiva do usuário”.

O processo de abertura, registro, alteração e baixa da microempresa e empresa de pequeno porte, bem como qualquer exigência para o início de seu funcionamento, deverão ter trâmite especial e simplificado, preferencialmente eletrônico.

O art. 6.º, a nova Lei Geral previu também a possibilidade de as prefeituras municipais emitirem alvarás provisórios de funcionamento, evitando que as MEs e EPPs só possam funcionar depois de ultimadas todas as etapas do burocrático procedimento de legalização da empresa.

A solicitação de baixa do empresário ou da pessoa jurídica importa responsabilidade solidária dos empresários, dos titulares, dos sócios e dos administradores no período da ocorrência dos respectivos fatos geradores.

Para efetivar a baixa nos respectivos cadastros os referidos órgãos terão o prazo de 60 dias e, uma vez esgotado este prazo sem a manifestação do órgão competente, presumir-se-á a baixa dos registros das microempresas e a das empresas de pequeno porte (art. 9.º, §§ 6.º e 7.º da Lei Geral, incluídos pela LC 128/2008).

Estabelece, diretamente, a dispensa do cumprimento de algumas obrigações acessórias previstas na Consolidação das Leis do Trabalho. É facultado ao empregador de microempresa ou de empresa de pequeno porte fazer-se substituir ou representar perante a Justiça do Trabalho

por terceiros que conheçam dos fatos, ainda que não possuam vínculo trabalhista ou societário.

A fiscalização trabalhista, metrológica, sanitária, ambiental, de segurança, de relações de consumo e de uso e ocupação do solo, quanto às MEs e EPPs, devem ter um caráter mais orientador ou pedagógico do que propriamente um caráter sancionador ou punitivo.

O Poder Executivo federal proporá, sempre que necessário, medidas no sentido de melhorar o acesso das microempresas e empresas de pequeno porte aos mercados de crédito e de capitais, objetivando a redução do custo de transação, a elevação da eficiência alocativa, o incentivo ao ambiente concorrencial e a qualidade do conjunto informacional, em especial o acesso e portabilidade das informações cadastrais relativas ao crédito.

O art. 58, por sua vez, estabelece que “Os bancos comerciais públicos e os bancos múltiplos públicos com carteira comercial, a Caixa Econômica Federal e o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES manterão linhas de crédito específicas para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, vinculadas à reciprocidade social, devendo o montante disponível e suas condições de acesso ser expressos nos respectivos orçamentos e amplamente divulgados.

A lei se preocupou, portanto, em propiciar a criação de linhas de crédito especiais para atender às necessidades creditícias dos microempresários e empresários de pequeno porte, com juros mais baixos, dispensa de prestação de garantias etc.

A lei determina que as instituições oficiais referidas no art. 58 não apenas concedam o crédito, mas que também atuem, junto com as entidades de apoio e representação das MEs e EPPs, na tentativa de lhes propiciar mecanismos de treinamento, desenvolvimento gerencial e capacitação tecnológica.

Para incentivar as atividades de inovação e os investimentos produtivos, a sociedade enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos desta Lei Complementar, poderá admitir o aporte de capital, que não integrará o capital social da empresa”. Essa parte final é importante, porque deixa claro que o investimento do investidor-anjo não integra o capital social, o que, portanto, não o torna sócio. O investimento será feito por um contrato de participação, do qual deverão constar “as finalidades de fomento a inovação e investimentos produtivos”, e ele deve ter “vigência não superior a sete anos”.

Além de os aportes do investidor-anjo não integrarem o capital

social, conforme vimos, eles também “não são considerados receitas da sociedade”, de modo que não serão levados em consideração “para fins de enquadramento da sociedade como microempresa ou empresa de pequeno porte”.

As microempresas ou as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional poderão realizar negócios de compra e venda de bens, para os mercados nacional e internacional, por meio de sociedade de propósito específico nos termos e condições estabelecidos pelo Poder Executivo federal.

Há apoio à inovação.

A Lei Geral determinou a aplicação prioritária, no segmento das MEs e EPPs, de no mínimo 20% (vinte por cento) dos recursos federais destinados a pesquisa, desenvolvimento e capacitação tecnológica.

Prevê o art. 70 da Lei Geral que “as microempresas e as empresas de pequeno porte são desobrigadas da realização de reuniões e assembleias em qualquer das situações previstas na legislação civil, as quais serão substituídas por deliberação representativa do primeiro número inteiro superior à metade do capital social”. Trata-se de regra que visa a facilitar a tomada de decisões para as MEs e EPPs organizadas sob a forma de sociedade, já que em se tratando de empresário individual as deliberações são singulares, e não colegiadas.

As licitações públicas realizadas nos âmbitos federal, estadual e municipal devem obrigatoriamente dar tratamento diferenciado e favorecido para a micro e pequena empresa, como forma de promover o desenvolvimento econômico e social, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

As micro e pequenas empresas optantes pelo Simples Nacional usufruirão de regime diferenciado para a exportação de bens e serviços. Os procedimentos para a habilitação, licenciamento, despacho aduaneiro e câmbio devem ser simplificados. Elas poderão auferir receitas de exportações de bens e serviços até o teto de R\$ 4.800.000,00, adicionais às receitas obtidas no mercado interno, sem que sejam excluídas do Simples Nacional.

A fiscalização nos aspectos trabalhista, metrológico, sanitário, ambiental, de segurança e de uso e ocupação do solo, deve ser prioritariamente orientadora (educativa e não punitiva) e baseada no critério de dupla visita, salvo nos casos em que a atividade ou a situação não forem compatíveis com este procedimento.

Pela LC 155/2016 não é mais necessário que as microempresas e empresas de pequeno porte tenham tais expressões (ou as abreviações ME e EPP) nos seus respectivos nomes empresariais.

Outra regra geral de tratamento diferenciado das MEs e EPPs, que também já existia no regime do Estatuto anterior, é a do art. 73 da Lei Geral, que trata do protesto de títulos quando o devedor dos mesmos é uma ME ou uma EPP.

Quanto ao que dispõe o inciso I do artigo em comento, houve significativa alteração em relação ao Estatuto anterior, uma vez que neste havia apenas a previsão de que os emolumentos devidos não excedessem 20% do valor do título, observado um teto máximo de R\$ 20,00.

Finalmente, destaque-se que, visando a facilitar o acesso à Justiça por parte das MEs e EPPs, o art. 74 da Lei Geral, repetindo basicamente o que dispunha o art. 38 do antigo Estatuto, determina: “aplica-se às microempresas e às empresas de pequeno porte de que trata esta Lei Complementar o disposto no § 1.º do art. 8.º da Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995, e no inciso I do caput do art. 6.º da Lei n.º 10.259, de 12 de julho de 2001, as quais, assim como as pessoas físicas capazes, passam a ser admitidas como proponentes de ação perante o Juizado Especial, excluídos os cessionários de direito de pessoas jurídicas”.

A grande diferença é que no regime do Estatuto anterior somente as MEs eram admitidas como autoras nos Juizados Especiais, enquanto no regime da Lei Geral atual a prerrogativa foi estendida tanto às MEs quanto às EPP.

Além dessa regra, a qual, como visto, já existia no regime do Estatuto anterior, a Lei Geral inovou trazendo disposição específica que prevê o estímulo à utilização, por parte das MEs e EPPs, de regimes alternativos de solução de litígios, como a arbitragem, a mediação e a conciliação prévia.

4 Conclusão

Viu-se que a Sociedade Limitada é uma modalidade societária que restringe a responsabilidade dos sócios proporcionalmente às cotas integralizadas no capital social, podendo ser unipessoal (com o advento da Lei nº 13.874, de 2019) ou pluripessoal, constituída por duas ou mais pessoas. Estamos diante de uma sociedade, o que implica, no primeiro momento, a existência de duas ou mais pessoas que pretendam, em conjunto, envidar esforços para realizar uma atividade comercial objetivando

a divisão dos resultados econômicos apurados.

Verificou-se que sua marcante e preponderante característica de ser uma sociedade de pessoas, nas quais há a intenção comum de aglutinar forças visando a realização de atividade econômica para obtenção e repartição dos lucros entre os sócios.

Notou-se que a Lei Geral, também conhecida como Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, foi criada pela Lei Complementar nº. 123/2006 para regulamentar tratamento favorecido, simplificado e diferenciado a esse setor, conforme disposto na Constituição Federal. Percebeu-se que o objetivo é fomentar o desenvolvimento e a competitividade da micro e pequena empresa e do microempreendedor individual, como estratégia de geração de emprego, distribuição de renda, inclusão social, redução da informalidade e fortalecimento da economia.

Referências

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Lições de Direito Societário. 2ª 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.

POSFÁCIO

A variedade de temas que compõe a presente obra me despertou a curiosidade e, simultaneamente, me propôs um desafio: seria possível encontrar correlação entre tópicos do Direito tão distintos entre si? Após alguma reflexão, norteadas pelas leituras dos diversos capítulos, deparo-me com um feliz desfecho: sim, é possível encontrar vínculos entre as profícuas análises, não apenas porque os textos dedicam-se a analisar fenômenos pertencentes a um mesmo ordenamento jurídico, mas, principalmente, porque refletem necessariamente as transformações sociais do tempo presente.

E este tempo presente é tudo menos tedioso – tanto que escrevo esse posfácio logo após um dos pleitos presidenciais mais acirrados e complexos de nossa história como Nação, que foi permeado por infindáveis debates jurídicos.

Os diversos textos sobre *fake news*, por exemplo, apresentam-se, nesse contexto, como um bálsamo. A preocupação com a forma com que as Cortes Superiores lidam com as notícias falsas, a *ratio decidendi* e a técnica decisória por trás da atuação dos tribunais, associadas à sensibilidade democrática da questão e ao conceito do que é a *verdade*, apresentam-se no contexto de defesa da Democracia e no combate de possíveis distorções eleitorais. Raras vezes recordo-me de ter lido sobre o Direito e os fenômenos jurídicos em tempo real como agora.

Não por menos, inquietação e interesse por temas afetos ao Direito Digital também repercutem em diversos capítulos da obra. Como causa estranhamento rememorar que, há uma década, pouco havíamos regulado sobre essa matéria – que passou a frequentar os bancos da academia com relevância ímpar nos últimos anos. E em uma sociedade que muda de opinião com a rapidez de uma postagem nas redes sociais e com a concisão de um *tweet*, torna-se muito relevante compreender como o meio digital repercute efeitos no mundo real – se é que uma classificação como essa seja viável. Afinal de contas, cada vez mais o real é virtual.

Saltou aos meus olhos, então, que o *tempo* é o verdadeiro fator que permite atribuir congruência a temas jurídicos tão diversos: o *tempo* que necessariamente existe entre o momento que o legislador regula uma nova realidade e os efeitos que essa inovação já produziu, muito

antes da existência da norma – como o impacto das novas tecnologias no Direito; o *tempo* que transcorre e transforma institutos jurídicos há muito consolidados, atribuindo-lhes nova significância e eficácia, permitindo que sejam sempre revisitados – como é o caso dos direitos trabalhistas, da tutela do meio ambiente e da promoção dos direitos fundamentais.

O tempo presente, que sentimos cada vez mais fugaz, parece-me quase inalcançável pelo Direito. É a partir de tais reflexões, que os conceitos da mitologia grega de Chronos e Kairós me vêm à memória. Chronos, como o tempo cronológico, real, que pode ser medido e é implacável em sua passagem. E Kairós, o tempo útil, aquele da oportunidade, que se mede sob uma régua qualitativa.

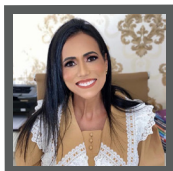
Enquanto o tempo do legislador, aquele submetido a ritos e procedimentos, parece-me regido por Chronos, as mudanças sociais teriam forte influência de Kairós, já que se sujeitam à manifestação da oportunidade e da disrupção. Difícil, assim, imaginar uma realidade em que a evolução das normas possa ser contemporânea às mudanças da sociedade.

Pensando nesses desafios é que vislumbro a relevância de debater temas jurídicos contemporâneos. A academia e a pesquisa servem a propósitos muito louváveis, ao colaborarem com a aproximação entre realidade e sistema jurídico. Já que o Direito se conforma como estrutura indispensável ao Sistema Social, indispensável, então, que ele seja sempre objeto de reflexão e evolução, daí a relevância de obras tão diversificadas e tão atuais como a presente.

São Paulo, 06 de novembro de 2022.

Beatriz de Figueiredo Coppola

SOBRE OS ORGANIZADORES

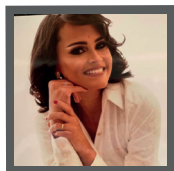


Cristina Rezende Eliezer: Doutoranda em Educação pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas (BOLSISTA CAPES). Mestra em Educação pela Universidade Federal de Lavras - UFLA/MG. Pós-Graduada Lato Sensu em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes - UCAM/RJ. Pós-Graduada 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. Graduada em Letras pelo Centro Universitário Newton Paiva. Foi professora de Direito no Instituto Federal de Ciência e Tecnologia de Minas Gerais - IFMG (2010 a 2013). Atua desde 2017 como Membro e Professora da Comissão OAB Vai à Escola, da Seção Minas Gerais. Atualmente é Professora Assistente no curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas Arcos. Membro do Conselho Editorial da Editora Dialética. Coordenadora-geral da Rede de Egressos do PPGE - UFLA. Coordenadora do Projeto 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. Kursou 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 tecnológicos, 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

Crise é uma oportunidade ímpar para a renovação e para o crescimento. Na crise, os espíritos se fortalecem. Pela crise, a humanidade se reinventa. Não devemos lamentar uma crise. Precisamos vê-la como uma oportunidade para a construção de novos parâmetros e balizas sociais. Sim, estamos vivendo uma crise que ameaça o Estado de Direito e a democracia. Tempos/Ventos de “Erosão Constitucional” estão por todo o mundo. A democracia deixou de ser um consenso diante de tantas alternativas autoritárias. Nesse contexto, a desdiferenciação do Direito pelos poderes políticos e econômicos exige da academia respostas urgentes e refinadas. Nesse sentido, entendo que a presente obra, que perpassa sobre questões intrincadas e variadas, é uma resposta adequada ao momento em que vivemos. Parabéns aos autores! Parabéns aos organizadores! Parabéns à editora! Mas, sobretudo, parabéns aos leitores, que terão oportunidade de melhor entender o momento pelo qual passamos!!!

Álvaro Ricardo de Souza Cruz

