



REVISTA DA
DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DE
MINAS GERAIS

Nº 9

Vol. 7 • Janeiro de 2024
ISSN 2675-360X

REVISTA DA
DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DE
MINAS GERAIS

V. 7 | N. 9 | Janeiro de 2024

Belo Horizonte - MG

ISSN 2675-360X



DPMG – Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais

Rua dos Guajajaras, 1707, Barro Preto
30180-099 – Belo Horizonte, MG
Telefone: 31 3526-0513 | www.defensoria.mg.def.br

Defensora Pública-Geral | Biênio 2022-2024:
Raquel Gomes de Sousa da Costa Dias

Subdefensor Público-Geral: Nikolas Stefany Macedo Katopodis

Corregedor-Geral | Biênio 2022-2024: Galeno Gomes Siqueira

Conselho Superior

Membros natos | Defensora Pública-Geral Raquel Gomes de Sousa da Costa Dias (Presidenta); Subdefensor Público-Geral Nikolas Stefany Macedo Katopodis, Corregedor-Geral Galeno Gomes Siqueira.

Membros eleitos | Biênio 2023-2025: defensoras públicas Camila Machado Umpierre (secretária) e Gilmara Andrade dos Santos Maciel; defensores públicos Guilherme Rocha de Freitas, Vinícius Paulo Mesquita, Heitor Teixeira Lanzillotta Baldez e Rafael de Freitas Cunha Lins.

Diretora-Presidenta da Associação das Defensores e Defensores Públicos de Minas Gerais (ADEP-MG): defensora pública Marolinta Dutra.

Revista da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais

ISSN 2675-360X

Realização: Defensoria Pública-Geral do Estado de Minas Gerais

Editor-chefe: Cirilo Augusto Vargas

Editor-chefe adjunto: Cláudio Miranda Pagano

Secretário: Marcelo Paes Ferreira da Silva

Conselho Editorial: Bruno Cláudio Penna Amorim Pereira, Carlos Henrique Soares, Daniel Firmato de Almeida Glória, Emílio Peluso Neder Meyer, Fernando Gonzaga Jayme, Luciano Santos Lopes, Marcelo Veiga Franco, Paulo Adyr Dias do Amaral, Renata Christiana Vieira Maia, Renata Furtado de Barros, Renata Martins de Souza, Rodrigo Iennaco de Moraes e Alfredo Emanuel Farias de Oliveira.

Conselho de Pareceristas: Christiano Rodrigo Gomes de Freitas, Juliana de Carvalho Bastone, Leandro Coelho de Carvalho, Pedro Augusto Silveira Freitas, José Túlio Valadares Reis Junior, Cláudio Miranda Pagano, Bruno Freire de Jesus, Marcelo Paes Ferreira da Silva, Hilda Maria Porto de Paula Teixeira da Costa, Armando Ghedini Neto, Ana Sofia Rezende Sauma.

Editores assistentes / Direção de arte: Lúcia Helena de Assis, *designer* de comunicação — Assessoria de Comunicação e Cerimonial (Ascom) da DPMG

Colaboração: Persio Farhat Fantin, jornalista – coordenador da Assessoria de Comunicação e Cerimonial da DPMG

CAPA: Fachada do Supremo Tribunal Federal, Brasília/DF. Foto de Gervásio Baptista /SCO/STF
Diagramação: Natan Santorsula (em estágio, sob supervisão da Ascom/DPMG)

Cartas à redação: revista@defensoria.mg.def.br

Os artigos assinados não refletem, necessariamente, a opinião da **Revista da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais**, sendo seu conteúdo de responsabilidade de seus autores.

Permitida a reprodução parcial e integral desde que citada a fonte.

ERRATA À EDIÇÃO Nº 8 – ESPECIAL DIREITOS HUMANOS

Vol. 6 • Novembro de 2022

ARTIGO V – Defensoria Pública contra a tortura: propostas para uma atuação estratégica e permanente para prevenção da tortura:

- página 112, ao final do primeiro parágrafo, acrescenta-se (LEMOS 2019);

- página 112, nota de rodapé 4, onde se lê "Autor realizou...", leia-se "A autora Carolina Lemos realizou ...";

- página 113, segundo parágrafo, terceira linha, onde se lê (Autor ano), leia-se (LEMOS E CARDOSO, 2021);

- página 124, em 4. Referências, acrescenta-se:

LEMOS, C. B. *Puxando Pena: sentidos nativos da pena de prisão em cadeias do Distrito Federal*. Brasília, 2017, 220p. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/24485>. Acesso em 29 nov. 2022.

LEMOS, C. B. Quem são os direitos humanos? Desconsideração e personificação em cadeias do Distrito Federal. *Antropolítica*, Rio de Janeiro, 47, p. 31-61, 2019.

LEMOS, C. B.; CARDOSO, M. *Discursive exclusion and disrespect in prisons in Brazil*. VIBRANT, Florianópolis, 18, 1-20, 2021.

APRESENTAÇÃO

No dia 8 de janeiro de 2023 tentou-se um golpe de Estado no Brasil. Sob o olhar complacente de autoridades públicas de segurança, uma turba irredimida com o resultado das últimas eleições presidenciais tomou conta do centro político, administrativo e jurídico do país. Emulando o ataque ao Capitólio dos Estados Unidos de 2021, invadiu e vandalizou – em plena luz do dia e mediante farto registro audiovisual – o Palácio do Planalto, o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal.

É fato incontroverso que grande parte do grupo se constituiu de pessoas pobres, instrumentalizadas pelos mentores e financiadores do golpe, ocultos e separados em graus diferentes de colaboração. Inegável também a heterogeneidade das razões que conduziram ao ato criminoso: uns queriam livrar o Brasil do comunismo (sem sequer conhecer o significado do termo “comunismo”), outros o fim da “ideologia globalista” e alguns desejavam “botar na cadeia” os ministros do Supremo Tribunal Federal (cogitou-se o enforcamento do Ministro Alexandre de Moraes na Praça dos Três Poderes).

Não obstante, existe um denominador ideológico comum por trás da ação meticulosamente orquestrada: o desprezo pelas instituições públicas que servem como espinha dorsal da democracia. A incivilidade atrelada à ideia de que a dissolução do parlamento e de que o fim do STF tornará o Brasil livre de um mal (indefinido) que o assola. É óbvio, todavia, que na ausência da política e do Direito o que nos resta é pau e pedra. E somente é possível combater a barbárie com civilidade e os mecanismos institucionais que lhe asseguram. Um dos instrumentos de combate à barbárie é a Defensoria Pública. Isso porque o acesso à justiça que a instituição proporciona é “o mais básico dos direitos humanos em um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.¹

Tornados réus pelo STF os extremistas de 8 de janeiro, centenas de pessoas passaram a receber assistência jurídica integral e gratuita da Defensoria Pública da União. Em reportagem publicada pela Revista *Crusóe*, o Defensor Público Gustavo de Almeida Ribeiro relatou que, no curso do processo penal, a DPU foi

¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 12-13.

intimada pelo STF às 4 horas da manhã de segunda, 8 de maio, para mandar as sustentações orais dos réus envolvidos na tentativa de golpe. Assim, a instituição, “que assiste aproximadamente 400 réus carentes nessa investigação – contou com menos de 24 horas para identificar quais pessoas receberiam a assistência na lista divulgada pelo STF e mandar vídeos gravados com a defesa, a chamada ‘sustentação oral’. Para enviar cada um desses vídeos, é preciso fazer o upload no sistema informático do STF. Porém o processo trava e cai várias vezes. Então, nas palavras de Gustavo Ribeiro, “Alguns colegas não conseguiram enviar algumas defesas porque o tempo acabou. Com isso, algumas pessoas ficaram sem a nossa ajuda. Isso é amplo direito de defesa?”.²

Não é possível ignorar o paradoxo da situação: o Estado-Defesa impedido pelo próprio Estado de assegurar o contraditório e a ampla participação processual dos réus. A Corte Europeia de Direitos Humanos, quando do julgamento do caso *Bellet v. França*, no ano de 1995, decidiu que o fato de a pessoa ter acesso aos remédios processuais internos, apenas para ser informado de que tais garantias são obstadas pelo próprio ordenamento jurídico, não satisfaz os requisitos do processo justo previsto no art. 6º, 1, da Convenção Europeia de Direitos Humanos. O grau de acesso franqueado pela legislação nacional deve ser suficiente para garantir o direito à proteção judiciária, tendo em conta o “princípio do Estado de Direito” em uma sociedade democrática. Para que o direito de acesso seja efetivo, um indivíduo deve ter uma clara e prática oportunidade de questionar um ato que afeta seus direitos.³

A partir das práticas legislativas e judiciais brasileiras, percebe-se que a observância dos direitos e garantias fundamentais do processo depende da conjuntura político-institucional. Conforme observou o saudoso Professor Calmon de Passos,⁴ inexistente pureza no Direito e no processo, “e, principalmente ele, está carregado de intenções políticas e tem múltiplas implicações econômicas e mil disfarces ideológicos”.

O prejuízo à democracia decorrente do uso utilitarista do processo foi objeto de análise pela CEDH, em *Nideröst-Huber v. Suíça*. Ao investigar sobre a observância do direito à participação efetiva em contraditório, observou-se que,

² TEIXEIRA, Duda. STF: tempo exíguo deixa réus do 8 de janeiro sem defesa. *Revista Crusoé*, São Paulo, 9 maio 2023. Disponível em: <https://crusoec.com.br/diario/stf-tempo-exiguo-deixa-reus-do-8-de-janeiro-sem-defesa/> Acesso em: 15 set. 2023.

³ CEDH. *Bellet v. France*, 23805/94 (1995). Para acesso à íntegra da decisão: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57952>. Acesso em: 14 set. 2023.

⁴ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 66.

a despeito de não existir dúvida quanto à necessidade de assegurar celeridade processual, “não existe justificativa para ignorar um princípio tão fundamental como o direito ao contraditório. De fato, o art. 6º, 1, destina-se, acima de tudo, a assegurar os interesses das partes e a boa administração da justiça”.⁵

Existe respeito ao contraditório ou não: impossível meio termo ou o “contraditório parcial”, expressão que representa, por si mesma, *contradictio in adjecto*. O contraditório é princípio reitor do processo “e não atributo consentido e dosado pela atuação jurisdicional em conceitos e juízos personalistas de senso comum, de conveniência ou de discricionariedade do julgador”.⁶

Algo positivo resulta de uma situação de quase ruptura institucional: avalia-se o grau de solidez da Constituição. A observância das garantias fundamentais em tempos de crise é a prova máxima de civilidade à qual pode se submeter uma democracia. Não se cogita na barbárie como antídoto para ela própria. Afinal de contas, no que concerne ao processo, “a justiça da decisão pressupõe a justiça do procedimento”, eis que, se o provimento for resultante de violação a direito fundamental, “o ato de poder jurisdicional, ao invés de meio de tutela, torna-se instrumento de risco para a coletividade”.⁷

Começou no dia 13 de setembro o julgamento pelo STF das ações penais envolvendo a tentativa de golpe de 8 de janeiro. A solidez da democracia brasileira será testada em múltiplas ocasiões. Imperiosa a necessidade de participação crescente da Defensoria Pública que, na qualidade de instituição de Estado, *representa os interesses da maioria* numérica da população do Brasil e se estrutura como “estratégia de resistência” destinada a “restabelecer as promessas da Constituição”.⁸

Belo Horizonte, 17 de setembro de 2023.

Cirilo Augusto Vargas
Defensor Público
Editor-chefe da Revista da DPMG

⁵ CEDH. *Nideröst-Huber v. Switzerland*, 18990/91 (1997). Para acesso à íntegra da decisão: <http://hudoc.echr.coe.int/?i=001-58199>. Acesso em: 16 set. 2023.

⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 52.

⁷ PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 84.

⁸ HERRERA, Carlos Miguel. Algumas considerações sobre a noção de contrapoderes sociais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 105, p. 79-99, jul./dez. 2012, p. 92.

SUMÁRIO

ARTIGO I

Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais: entre o passado e o futuro ...10

GUSTAVO GONÇALVES MARTINHO

ARTIGO II

A Defensoria Pública como instrumento para a decolonialidade e promoção ao acesso à justiça no Brasil25

ANA MARIA FARIA FRANCO RIBEIRO

ANTÔNIA DE EDUARDO LIMA RAMOS DUARTE

NADJA DE VASCONCELOS PEREIRA

ARTIGO III

Desinformação, o conceito de intermediário e a responsabilidade civil das plataformas digitais36

BRÁULIO SANTOS RABELO DE ARAÚJO

DENISE MARTINS MORETTI

ARTIGO IV

Liberdade de expressão e *hate speech*: manifestações e consequências no ordenamento jurídico brasileiro65

CAROLINA OLIVEIRA FERNANDES

LUIZ GUSTAVO ALMEIDA ARAÚJO

MAYRA CARPIO BOTELHO

ARTIGO V

Tempo, família e Estado: como passado, presente e futuro impactam as ideias de família no Estado?79

JOÃO VITOR FLAVIO DE OLIVEIRA NOGUEIRA

MATHEUS AMARAL PEREIRA DE MIRANDA

ARTIGO VI

Crianças e adolescentes no contexto das organizações criminosas: uma perspectiva político-criminal à luz da teoria da subcultura delinquente98

BEATRIZ CARDOSO RODRIGUES

ARTIGO VII

O bebê-medicação e a técnica do diagnóstico pré-implantacional sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana117

ANA JÚLIA MAIA AMADOR
GABRIELLA CAINELLI
JULIANO DE OLIVEIRA PENA

ARTIGO VIII

O princípio da insignificância e autoridade policial: garantismo penal desde o início da persecução penal130

GABRIEL ARAÚJO BORGES

ARTIGO IX

O sistema da não inclusão do inquérito policial nos autos do processo: uma análise do parágrafo 3º, art. 3-C, recém introduzido ao Código de Processo Penal pela Lei 13.964/2019, a partir do enfoque da investigação preliminar147

WÉBERTON PEREIRA DA CRUZ SILVA

ARTIGO X

Mulheres e cárcere: potencialização da vulnerabilidade pela negativa de direitos celetistas169

JULIANA VIGNOLI CORDEIRO
MARCELA VIGNOLI CORDEIRO BESSA

ARTIGO XI

Arbitragem como meio de resolução de conflitos que envolvam partes em situação de assimetria187

MÁRCIO MELO FRANCO JÚNIOR
DIEGO DE OLIVEIRA SILVA

ARTIGO XII

Decidindo por não decidir? A atuação do Tribunal Superior Eleitoral no campo do constitucionalismo digital217

EMILIO PELUSO NEDER MEYER
FABRÍCIO BERTINI PASQUOT POLIDO

MODELO

Petição inicial – Ação condenatória – *Revenge Porn*246

ARTIGO I

Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais: entre o passado e o futuro

Public Defender's Office of the State of Minas Gerais: between the past and the future

GUSTAVO GONÇALVES MARTINHO

Defensor público do Estado de Minas Gerais. Defensor público-auxiliar da Defensoria Pública-Geral. Graduado em Direito pela Universidade Cândido Mendes.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar a evolução do direito de assistência jurídica e a implantação da Defensoria Pública no âmbito do estado de Minas Gerais, permitindo o conhecimento da história da Instituição, a compreensão do cenário atual e o planejamento para as ações do futuro.

Palavras-chave: Defensoria Pública; Assistência Judiciária; Acesso à Justiça.

Abstract: *This article aims to analyze the evolution of the right to legal aid and the implementation of the Public Defender's Office within the State of Minas Gerais, allowing the knowledge of the history of the Institution, the understanding of the current scenario and the planning for future actions.*

Keywords: *Public Defender's Office; Legal aid; Access to Justice.*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Evolução da assistência judiciária no estado de Minas Gerais; 3. A evolução da Defensoria Pública do estado de Minas Gerais; 4. As dificuldades para a efetivação da Defensoria Pública em Minas Gerais; 5. Conclusão.

1. Introdução

O artigo 134 da Constituição Federal estabelece que a Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma

integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Localizada topograficamente fora dos capítulos I, II e III do Título IV, que tratam, respectivamente, dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, a Defensoria Pública foi alçada pela Constituição Federal de 1988 a órgão constitucional independente que não integra a estrutura clássica dos poderes estatais, sendo-lhe assegurada autonomia funcional, administrativa e orçamentária e, no que couber, todos os predicados conferidos à magistratura, nos termos dos artigos 93 e 96, inciso II, da Constituição Federal.

A arquitetura atribuída à Defensoria Pública pela Constituição não surgiu do dia para a noite, mas, ao contrário, decorreu de um longo processo de maturação e conquista de espaço na defesa da população vulnerável. Pode-se dizer, parafraseando Hanna Arendt, que a Defensoria Pública não é um dado, mas um construído (ARENDDT, 2013).

Este artigo tem por objeto fazer um resgate histórico da evolução do direito de assistência jurídica e da Defensoria Pública no âmbito do Estado de Minas Gerais, permitindo compreender as bases em que foram firmadas a Instituição, a sua consolidação como órgão independente, os desafios vividos e o que podemos planejar para o futuro.

2. Evolução da assistência judiciária no estado de Minas Gerais

O direito à assistência judiciária gratuita, no Estado de Minas Gerais, foi positivado pela primeira vez no Decreto-Lei 1.630, de 15 de janeiro de 1946, ao estabelecer que não sendo o advogado escolhido pela parte, deverá sê-lo pela assistência judiciária e, em falta desta, nomeado pelo juiz (artigo 85). Em que pese o teor do dispositivo citado, somente no ano seguinte é que se vislumbra o embrião da Defensoria Pública no estado de Minas Gerais.

Em 02 de julho de 1947 foi editado o Decreto-Lei Estadual n. 2.131/47, que promoveu a reorganização do Serviço do Contencioso e de Consultas Jurídicas do Estado de Minas Gerais, passando a denominá-lo de Departamento Jurídico do Estado de Minas Gerais¹. No artigo 34 do referido decreto-lei, o Governo do Estado de Minas Gerais foi autorizado a criar e regulamentar o Serviço de

¹ O serviço do Contencioso e de Consultorias Jurídicas do Estado de Minas Gerais, criado pelo Decreto n. 96, de 12 de junho de 1935, e o Departamento Jurídico do Estado de Minas Gerais são os embriões da Procuradoria Geral do Estado de Minas Gerais, que somente passou a ser denominada dessa forma em 23 de dezembro de 1980, com a edição da Lei 7900/80.

Assistência Judiciária, como órgão anexo ao Departamento Jurídico do Estado de Minas Gerais e destinado a cooperar com a Ordem dos Advogados do Brasil.

No mesmo ano, o serviço de assistência judiciária foi criado e regulamentado pelo Decreto-Lei n. 2.481, de 23 de setembro de 1947, prevendo o direito à assistência judiciária junto a primeira e segunda instância do Poder Judiciário e demais repartições públicas, exercido por um Assistente-Chefe e cinco Assistentes-Auxiliares.

Já em 06 de setembro de 1955, com a publicação da Lei 1.291/55, o Departamento Jurídico do Estado sofre nova reorganização, passando a prever que o serviço de assistência judiciária gratuita seria prestado pela então criada Divisão de Assistência Judiciária, composta por 16 (dezesesseis) Assistentes Judiciários selecionados mediante concurso de provas e títulos.

Portanto, pode-se concluir que a Defensoria Pública, no estado de Minas Gerais, foi gestada no âmbito da Procuradoria Geral do Estado, à época chamada de Departamento Jurídico do Estado de Minas Gerais.

Ocorre que, em 14 de janeiro de 1965, foi editada a Lei 3.344/65, disciplinando a organização judiciária do estado de Minas Gerais. A mencionada Lei criou o Conselho da Assistência Judiciária², dotado de autonomia administrativa e quadro pessoal próprio (artigo 414), e composto por um membro indicado pela Corregedoria de Justiça, um membro indicado pelo Ministério Público e um funcionário da Secretaria de Estado do Interior e Justiça.

O referido Conselho destinava-se a tornar efetiva e dinâmica a prestação da assistência judiciária gratuita a todos os cidadãos pobres (artigo 416) e, dentre suas atribuições (artigo 417), estava a de elaborar e aprovar o regulamento da assistência judiciária, onde eram disciplinadas as normas reguladoras da atividade dos advogados judiciários e dos advogados contratados *pro labore*, além de fiscalizar a atuação destes, inclusive podendo exercer o poder disciplinar sobre os mesmos e demais servidores do seu quadro de pessoal.

A grande inovação da Lei 3.344/65, no entanto, foi a criação do cargo de Advogado Judiciário (artigo 420), que, ao lado dos advogados contratados *pro labore*, passaram a exercer também o múnus da assistência judiciária³. Na Lei, ficou estabelecido que na comarca de Belo Horizonte e nas de 3ª (terceira) entrância,

² Importante mencionar que os dispositivos que tratavam do Conselho de Assistência Judiciária foram vetados pelo Governador, contudo, em 16/02/1966 o veto foi rejeitado pela Assembleia Legislativa.

³ A Lei 3.344/65 permitiu que os Assistentes Jurídicos do Departamento Jurídico do Estado, guardada sua classificação, bem assim os funcionários que sejam bacharéis em Direito, pudessem requerer sua transferência ou enquadramento na carreira de Advogado Judiciário.

onde 2 (dois) ou mais Juízes servissem, poderiam funcionar os Advogados Judiciários, enquanto que nas comarcas de 2ª (segunda) e 1ª (primeira) entrância seriam contratados os serviços de advogados para a prestação de assistência judiciária, quando necessária, remunerados *pro labore* e escolhidos pela parte.

Nesse contexto, o serviço de assistência judiciária era prestado tanto pelo Departamento Jurídico do Estado de Minas Gerais, através da Divisão de Assistência Judiciária, quanto pelos Advogados Judiciários e os advogados contratados *pro labore*, criados e regulamentados pela Lei 3.344/65.

No ano de 1973, com a edição do Decreto n. 15.717, publicado em 10 de setembro de 1973, o Departamento Jurídico do Estado de Minas Gerais foi novamente reorganizado e o serviço de assistência judiciária passou a ser exercido pela Procuradoria de Assistência Judiciária (art. 2º), com a previsão de um cargo de Procurador Judicial (art. 10, inciso VI, alínea “a”) com atribuição para dirigir, coordenar, controlar e executar os serviços de assistência judiciária aos necessitados, na Capital e nas comarcas que a lei determinasse (art. 8º, inciso I).

Chama atenção que, à época, era expressamente vedada a prestação do serviço de assistência judiciária contra pessoa jurídica de direito público, conforme artigo 8º, §1º, do Decreto n. 15.717/73.

Já no ano de 1975, foi editado o Decreto Estadual n. 17.112, de 22 de abril de 1975, dispondo sobre a estrutura da Administração Pública do Estado de Minas Gerais. Nessa ocasião, a Procuradoria Judiciária do Departamento Jurídico do Estado passou a integrar a Secretaria de Estado e Interior e Justiça (artigo 14).

No ano de 1976, enfim, a Procuradoria de Assistência Judiciária, por força do Decreto n. 18.025 de 04 de agosto de 1976, passou a ser denominada de Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, marcando o início formal da Instituição no Estado de Minas Gerais.

3. A evolução da Defensoria Pública de Minas Gerais

Em que pese a criação da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais no ano de 1976, somente em 11 de agosto de 1981, com a edição do Decreto n. 21.453/81, após autorização legislativa contida no artigo 59, da Lei 7.800/80, foi criada a carreira de Defensor Público e disciplinada a organização e o funcionamento da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.

Com o Decreto n. 21.453/81, a Instituição se desvinculou da Procuradoria-Geral do Estado, porém, continuou pertencendo à estrutura orgânica da Secretaria de Estado do Interior e Justiça, tendo como chefe o Procurador-Chefe da Defensoria Pública.

A estrutura básica da Defensoria foi dada pelo Decreto n. 21.453/81 e complementada pelo Decreto n. 21.748/81 e, em que pese haver a determinação para ingresso na carreira mediante concurso público, o Decreto n. 21.453/81 estabeleceu que os primeiros provimentos na Defensoria Pública decorressem de enquadramento, por opção, dos atuais ocupantes dos cargos de Advogado, do quadro permanente, e Advogado Jurídico, do quadro suplementar, da Secretaria de Estado do Interior e Justiça, bem como dos servidores efetivos que, na data da publicação do decreto, contassem com 02 (dois) anos de efetivo exercício nas funções de Defensor Público.

Por força das Leis 8.251 de 07 de julho de 1982 e 9.265 de 18 de setembro de 1986, ao quadro funcional da Defensoria Pública foram incluídos, respectivamente, os ocupantes do cargo de Advogado de Ofício da Justiça Militar e os funcionários públicos efetivos bacharéis em direito, inscritos na OAB, que, na data de publicação da Lei 9.265/86, tivessem completado 05 (cinco) anos de serviço público estadual e se encontrassem em exercício na Defensoria Pública⁴. Esses servidores foram estabilizados no cargo de Defensor Público por força do artigo 22, do ADCT.

Curiosidade digna de nota é que a Lei 8.222/86, que estabelecia a organização do Ministério Público de Minas Gerais, atribuía aos promotores de justiça a prestação da assistência jurídica aos necessitados nos lugares em que a Defensoria Pública não estivesse instalada.

Em 1987, a Lei 9.516, editada em 29 de dezembro de 1987, transformou a Secretaria de Estado do Interior e Justiça em Secretaria do Estado da Justiça, passando a Defensoria Pública de Minas Gerais a pertencer à estrutura orgânica dessa, na forma do que foi regulamentado em 06 de julho de 1988 pelo Decreto n. 28.330/88⁵.

⁴ O artigo 18, da Lei 9.265/86, que autorizou o Poder Executivo a enquadrar como Defensor Público os funcionários públicos efetivos bacharéis em Direito, inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de Minas Gerais, que, na data de publicação da Lei, tivessem completado 5 (cinco) anos de serviço público estadual e que se encontrem em exercício na Defensoria Pública foi vetado, porém, a ALMG rejeitou o veto em 17.10.1986.

⁵ Em 1998, com a edição da Lei 12.986 de 30 de julho de 1998, a Secretaria de Estado da Justiça foi transformada em Secretaria de Estado da Justiça e Direitos Humanos.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a Defensoria Pública passa a ganhar novos contornos. Pela primeira vez a Instituição ganha assento constitucional. Os princípios do acesso à justiça e da assistência jurídica gratuita são alçados à categoria de direitos fundamentais, e o texto constitucional faz a opção expressa pelo modelo público de assistência, com a criação da Defensoria Pública no artigo 134.

A Constituição do Estado de Minas Gerais, por sua vez, editada em 21 de setembro de 1989, também passa a prever a Defensoria Pública no texto constitucional, assegurando a garantia da inamovibilidade e estabelecendo a necessidade de edição de Lei Complementar para regulamentação da carreira.

Já em 12 de janeiro de 1994 é publicada a Lei Complementar n. 80/94, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, estabelecendo no artigo 142 o “prazo de 180 dias para que os Estados se adaptem aos seus preceitos”.

Não obstante o citado dispositivo, em Minas Gerais uma dura e longa batalha foi travada para a regulamentação da Instituição, o que somente veio a ocorrer em 16 de janeiro de 2003, com a publicação da Lei Complementar n. 65/03.

Embora representasse um avanço, a Lei Complementar n. 65/03 manteve a Instituição subordinada ao Poder Executivo, estabelecendo o artigo 2º, em seu texto original, que a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais é “órgão autônomo integrante da Administração Direta do Poder Executivo e vinculado à Secretaria de Estado da Justiça e de Direitos Humanos, nos termos desta lei complementar, ou ao órgão que vier a sucedê-la”.

De lá para cá, muita coisa mudou.

As Emendas Constitucionais n. 45/2004 e 80/2014 e a Lei Complementar n. 132/2009 conferiram um novo desenho para a arquitetura institucional da Defensoria Pública. O reconhecimento das autonomias funcional e administrativa, além da iniciativa de sua proposta orçamentária, associado à positivação das garantias da unidade, indivisibilidade e independência funcional e a iniciativa de Lei conferida ao Defensor Público-Geral marcaram a desvinculação da Instituição em relação aos demais órgãos e poderes constitucionais.

Com efeito, a Constituição do Estado de Minas Gerais em 08 de agosto de 2006 foi alterada pela Emenda Constitucional n. 75/06 e passou a reconhecer, expressamente, a autonomia funcional e administrativa. A autonomia orçamentária, por sua vez, foi reafirmada nas Emendas n. 73/05, 75/06, 79/08 e 96/18. Destaque-se, ainda, que em 02 de dezembro de 2011 a Emenda à

Constituição do Estado n. 88 reconheceu a legitimidade do Defensor Público-Geral para ingressar com ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade.

Já em 2011 foram editadas as Leis Delegadas n. 179, de 01 de janeiro de 2011, e 180, de 20 de janeiro de 2011, que retiraram a Defensoria Pública da estrutura orgânica do Poder Executivo, revogando tacitamente as Leis Delegadas n. 112/2007 e 117/2007, que subordinavam a Defensoria Pública ao Governo do Estado e a incluía como órgão da Secretaria de Estado de Defesa Social.

A Lei Complementar n. 65/03, por sua vez, vem desde 2006 passando por profundas transformações. Nesse sentido, dentre várias alterações, destacam-se a Lei Complementar Estadual n. 134, de 07 de maio de 2014, que reestruturou as classes da carreira; a Lei Complementar n. 141, de 13 de dezembro de 2016, que adequou a LC Estadual n. 65/03 à LC Federal n. 132/09 e, enfim, revogou o artigo 2º, que vinculava a Defensoria Pública ao Governo do Estado; a Lei Complementar n. 161, de 04 de agosto de 2021, que criou no âmbito da Defensoria Pública a possibilidade de serem realizadas atividades administrativas ou finalísticas extraordinárias; e, por fim, a Lei Complementar n. 164/21, que criou o Diário Oficial Eletrônico, desvinculando as comunicações oficiais da Instituição com as do Poder Executivo.

Cabe ressaltar que a Lei Complementar n. 141/16 constitui importante marco na consolidação da autonomia da Defensoria Pública de Minas Gerais, por se tratar da primeira Lei de iniciativa da Defensoria Pública-Geral após a publicação da EC n. 80/14.

Além disso, diversas leis regulamentaram o número de membros da carreira. O Decreto 21.453/81 previu a existência de 115 cargos; a Lei Estadual 9.516/87 ampliou para 250 cargos; a Lei estadual 12.765/98 estabeleceu que o número de Defensores seria igual ou superior ao de juizes de direito de 1ª (primeira) instância; a Lei Complementar n. 65/03, em seu texto originário, trouxe a previsão de 918 Defensores Públicos; e, por fim, a Lei Complementar n. 101/07 fez a previsão de 1.200 cargos na carreira de Defensor Público.

Por outro lado, inúmeras leis também foram editadas para regulamentar o quadro administrativo da Instituição. Nesse ponto, destaca-se a Lei 15.301, de 10 de agosto de 2004, que criou os cargos de Auxiliar Administrativo, Assistente Administrativo e Gestor da Defensoria Pública. Os mencionados cargos foram preenchidos por servidores que integravam a estrutura do Poder Executivo, mas

que tiveram seus cargos transformados ou enquadrados naqueles criados pela Lei 15.301/04.

Em 2017, é publicada a Lei 22.790, de 27 de dezembro de 2017, que cria e regulamenta as carreiras de Técnico e Analista da Defensoria Pública e promove a transformação das carreiras de Assistente Administrativo da Defensoria Pública e Gestor da Defensoria Pública, previstos na Lei n. 15.301/04, nos cargos de Técnico e Analista da Defensoria Pública, respectivamente.

Importante observar que a Lei 22.790/17 transformou a carreira de auxiliar administrativo, prevista na Lei n. 15.301/04, no cargo de Agente da Defensoria Pública, contudo vedou expressamente a realização de concursos para essa carreira, estabelecendo que tais cargos se extinguirão com a vacância.

Mais recentemente, a Lei 24.262, de 29 de dezembro de 2022, criou os cargos de Assessoramento Técnico e de Ouvidor-Geral da Defensoria Pública.

Em paralelo ao desenvolvimento normativo da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, é preciso reconhecer que algumas decisões, administrativas e judiciais, marcaram a história da Instituição.

Em 24 de outubro de 2007, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento da ADIn 3819 e declarou a inconstitucionalidade do *caput* e o parágrafo único do artigo 140 e o artigo 141 da Lei Complementar n. 65/03; o artigo 55, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 15.788; o *caput* e o § 2º do artigo 135, da Lei n. 15.961, todas do Estado de Minas Gerais, que permitiam que servidores estaduais ocupantes de cargos distintos ao de Defensor fossem enquadrados e recebessem remuneração como Defensores Públicos. Na ocasião, a Suprema Corte entendeu ser incabível a transposição de servidores ocupantes de distintos cargos para o de Defensor Público, por implicar em violação à regra do concurso público, não se aplicando esse entendimento, contudo, àqueles que foram estabilizados, na forma do artigo 22, do ADCT.

Em 2012, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADIn 3965/MG, declarou, por unanimidade, inconstitucional as Leis Delegadas n. 112/2007 e 117/2007, que pretendiam subordinar a Defensoria Pública ao Poder Executivo com sua alocação como órgão integrante da Secretaria de Estado de Defesa Social⁶.

No ano de 2020, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF 384/MG, entendeu que o descumprimento, por parte do Poder Executivo do Estado de Minas Gerais, da obrigação de repassar, no mês de janeiro de 2016, os recursos

⁶ Vale dizer que antes do julgamento da ADIn 3965/MG, o Poder Executivo já tinha excluído a Defensoria Pública de sua estrutura orgânica com a edição das Leis Delegadas n. 179, de 01 de janeiro de 2011, e 180 de 20 de janeiro de 2011.

correspondentes às dotações orçamentárias da Defensoria Pública de Minas Gerais em duodécimo até o dia 20 (vinte) do mês correspondente, violou a autonomia financeira, administrativa e funcional da Defensoria Pública, nos termos do art. 134, §2º da Constituição da República.

Mais recentemente, no julgamento da ADIn 6866/MG, que impugnava os artigos 9º, XVII; 34, XVIII; 45, XXI; e 74, IX, da Lei Complementar n. 65/2003, que tratam do poder de requisição do Defensor Público, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a validade das normas impugnadas por reconhecer que o Poder de Requisição é instrumento essencial ao livre exercício das funções institucionais da Defensoria Pública.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por sua vez, também vem reiteradamente reafirmando a autonomia da Defensoria Pública em relação aos demais Poderes e Órgãos estatais.

Nesse sentido, mesmo antes da decisão do STF no Recurso Extraordinário n. 1.140.005/RJ, em vários julgados o Tribunal mineiro, reconhecendo a autonomia funcional, administrativa e financeira da Instituição, afastava o enunciado da súmula 421, do Superior Tribunal de Justiça, e condenava o Estado no pagamento de honorários sucumbenciais⁷.

Da mesma forma, em recente decisão, o TJMG teve a oportunidade de firmar entendimento no sentido de não ser cabível ao Poder Judiciário determinar a forma de preenchimento das unidades jurisdicionais, sob pena de vulneração ao princípio da separação dos poderes⁸.

Por fim, decisão de suma importância na consolidação da autonomia da Defensoria Pública em âmbito estadual foi aquela proferida em 13 de junho de 2016, ocasião em que o Tribunal de Contas do Estado, após consulta formulada pela Defensoria Pública-Geral, reconheceu que tendo em vista a autonomia administrativa e financeira constitucionalmente outorgada à Defensoria Pública do Estado, a tal órgão “ não se aplica o disposto nos arts. 22 e 23 da LRF na hipótese de o Poder Executivo estadual exceder os limites prudencial ou total de gastos com o pessoal”⁹.

Em suma, esse foi o caminho percorrido para a criação e consolidação da Defensoria Pública como instituição integrante do sistema de justiça no estado

⁷ Apelação Cível n. 1.0000.22.068506-9/001; Apelação Cível n. 1.0000.21.261636-1/001; Apelação Cível n. 1.0000.22.014303-6/001, Relator(a): Des.(a) Alberto Vilas Boas.

⁸ Apelação Cível n. 1.0000.22.166076-4/001.

⁹ Processo n. 977671. Conselheiro Mauri Torres.

de Minas Gerais. Cabe agora avaliar quais são os obstáculos suportados pela Instituição ainda hoje e como eles podem ser superados para que se possa avançar ainda mais na luta pela efetivação do direito de acesso à justiça.

4. As dificuldades para a efetivação da Defensoria Pública em Minas Gerais

Não obstante a relevância de sua missão constitucional, a Defensoria Pública ainda não alcançou estrutura compatível com o adequado desempenho de suas funções institucionais.

Os dados consolidados sobre a situação da Defensoria Pública no estado de Minas Gerais apontam que, conquanto tenha havido avanços no que diz respeito à ampliação de suas atribuições e no número de atendimentos, por não possuir percentual definido na Lei de Responsabilidade Fiscal, a Defensoria Pública ainda depende do repasse de recursos orçamentários pelo Poder Executivo para o desempenho de suas atribuições.

A Pesquisa Nacional da Defensoria Pública, realizada no ano de 2022, demonstra o desequilíbrio entre o quadro financeiro das instituições que compõem o sistema de justiça em Minas Gerais, pois os valores destinados ao Poder Judiciário e ao Ministério Público foram, respectivamente, 1.079,4% e 268,9% maiores que o orçamento da Defensoria Pública para o ano de 2022, que correspondeu à apenas 0,55% da receita corrente líquida do estado.

Esse contexto de limitação orçamentária impõe à Defensoria Pública deficiências estruturais difíceis de serem solucionadas.

Um dos grandes obstáculos para a expansão dos serviços da Defensoria Pública no Estado de Minas Gerais é que o número de membros na carreira ainda é insuficiente para suprir a demanda por assistência jurídica em todo o Estado, já que dos 1.200 (mil e duzentos) cargos previstos na Lei Complementar n. 65/03, apenas 698 (seiscentos e noventa e oito) encontram-se providos.

Soma-se a isso o fato de Minas Gerais ser um Estado de grandes dimensões, com o maior número de municípios do país (853 municípios) e população estimada em 21.911.423 habitantes.

Esse cenário faz com que a Defensoria Pública esteja presente em apenas 119 das 297 comarcas regularmente instaladas no estado de Minas Gerais, sendo que, em muitas delas, de forma parcial, na medida em que é preciso equilibrar o

atendimento do maior número de comarcas possíveis, com prioridade para as áreas de atuação mais sensíveis.

Com efeito, entre os Estados da federação, Minas Gerais apresenta um dos maiores déficits de Defensores Públicos do país, com a alarmante razão de 1 (um) Defensor Público para cada 30.676 habitantes¹⁰, enquanto que o ideal seria 1 (um) Defensor Público a cada 10.000 habitantes¹¹.

Outro obstáculo decorrente de limitações financeiras é o escasso quadro de pessoal administrativo e de apoio à função finalística.

A análise comparativa entre o número de servidores no Tribunal de Justiça, Ministério Público e Defensoria Pública revela o desequilíbrio entre as instituições do sistema de justiça. Nesse sentido, enquanto a Defensoria Pública conta com apenas 126 servidores¹², o Ministério Público conta com 2.588 servidores¹³ e o Tribunal de Justiça com 12.492¹⁴ servidores, o que acaba refletindo na própria expansão dos serviços da Instituição.

Por fim, um último obstáculo identificado é o tecnológico.

A utilização de recursos tecnológicos, especialmente aqueles voltados à divulgação da informação e ao atendimento do assistido, já fazia parte do cotidiano da Defensoria Pública de Minas Gerais. A Pandemia da Covid-19, no entanto, acelerou a necessidade de desenvolvimento de novas ferramentas, já que, como instituição permanente, era necessário criar mecanismos para manter o acesso à justiça.

Acontece que a contratação de *softwares*, o desenvolvimento de aplicativos e a utilização da inteligência artificial para orientar os assistidos demandam elevados gastos financeiros, o que, num cenário de poucos recursos, acaba tornando inviável a consecução desses projetos.

Nesse ambiente de limitação orçamentária, a atividade criativa – mas responsável – da Defensoria Pública, a partir da adoção de soluções de baixo custo e alto impacto, vem permitindo que tais obstáculos sejam gradativamente superados ao longo dos últimos anos.

Nesse ponto, um dos grandes destaques para a ascensão da Instituição foi o desenvolvimento do Planejamento Estratégico. Elaborado pela fundação João

¹⁰ Veja em: <https://pesquisanacionaldefensoria.com.br/pesquisa-nacional-2020/analise-por-unidade-federativa/defensoria-publica-do-estado-de-minas-gerais/>

¹¹ Veja em: https://www.ipea.gov.br/sites/imagens/downloads/mapa_defensoria_publica_no_brasil_19_03.pdf

¹² Veja em: file:///D:/Downloads/TRANSPARENCIA_QUADRO_DE_PESSOAS_2023_SERVIDORES.pdf

¹³ https://transparencia.mpmg.mp.br/db/gestao_de_pessoas/cargos_vagos_e_ocupados/servidores?year=2023&format=html

¹⁴ Veja em: <file:///D:/Downloads/Anexo%20IV%20A%20JAN%202021%20publicacao.pdf>

Pinheiro, o Planejamento Estratégico, a partir de um amplo diagnóstico dos contextos interno e externo da Instituição, estabeleceu os objetivos prioritários da Defensoria Pública de Minas Gerais por um período de cinco anos, elencando projetos que deveriam ser executados para que a Instituição se tornasse ainda mais efetiva em suas ações.

A intensificação das ações de comunicação social via mídias sociais, o Serviço de Atendimento Processual (SAP), o aplicativo da Defensoria Pública, a estipulação de requisitos mínimos de atuação, a implementação do SEI, a criação de núcleos estratégicos e a reformulação da Deliberação n. 011/2009 pela Deliberação n. 254/2022 são exemplos de projetos exitosos que surgiram com o planejamento estratégico e contribuíram decisivamente para o avanço Institucional.

O primeiro planejamento estratégico foi elaborado para reger a Instituição nos anos de 2018 a 2023 e, em razão do seu sucesso, o segundo planejamento estratégico foi lançado no ano de 2023, em que se destacam os projetos envolvendo o desenvolvimento de novas ferramentas atreladas à Tecnologia da Informação.

De outro lado, a edição da Lei Complementar n. 161, de 04 de agosto de 2021, que criou a possibilidade de serem realizadas atividades administrativas ou finalísticas extraordinárias, representou um dos maiores avanços Institucionais da história, permitindo que, sem grandes impactos financeiros, a Defensoria Pública expandisse seus serviços em áreas de atuação e comarcas que ainda não estava presente.

A mesma Lei, no artigo 2º, permitiu que a Defensoria Pública firme convênios com as Instituições de segurança pública para, em cumprimento ao artigo 14-A, do Código de Processo Penal, fazer a representação dos servidores dessas Instituições quando estes figurarem como investigados em inquéritos policiais, inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, o que permitiu a ampliação do leque de assistidos pela Instituição.

Essencial para a expansão e notoriedade dos serviços prestados pela Defensoria Pública foi a criação de Núcleos Estratégicos, com destaque para o Núcleo de Atuação junto aos Tribunais Superiores, com a missão de atuar estrategicamente nas áreas Cível e Criminal acompanhando as ações e recursos perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal; o Núcleo Estratégico de Execução Penal (NEEP), que assegurou a presença Institucional nos processos de execução penal em comarcas que sequer possuem unidade da Defensoria Pública

instalada; e para o Núcleo Estratégico de Proteção aos Vulneráveis em Situação de Crise, que permitiu uma atuação efetiva e imediata da Instituição no rompimento da Barragem Mina Córrego do Feijão, em Brumadinho, no ano de 2019.

Mais recentemente, a criação das Coordenadorias de Atuação Estratégica, órgãos de abrangência estadual e incumbidos de promover ações estratégicas em prol dos diversos grupos vulneráveis, foi mais um movimento Institucional adotado com a finalidade de permitir uma atuação expansiva e capaz de atender o maior número de pessoas em situação de vulnerabilidade.

Ao fim, e com vistas a superar a escassez do quadro de apoio administrativo, estima-se que logo em breve seja dado início ao primeiro concurso de provas e títulos para os cargos de Técnico e Analista da Defensoria Pública, assim como sejam realizadas as primeiras designações para os cargos de Assessoramento Técnico, recentemente criados pela Lei 24.262, de 29 de dezembro de 2022.

Todas essas atividades demonstram o quanto que a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais avançou na prestação da assistência jurídica no Estado, mesmo num cenário orçamentário muito inferior ao das demais instituições de justiça, reforçando o fato de que o investimento na Defensoria Pública acaba por reverberar em prol do cidadão, com a ampliação do acesso à justiça.

5. Conclusão

Nada do que foi construído ao longo desses 46 anos da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais ergueu-se sem que muitas pessoas tivessem sonhado e batalhado para que a Instituição alcançasse o nível de maturidade que possui atualmente.

O reconhecimento, pelos demais poderes e órgãos estatais, da essencialidade das funções da Defensoria Pública decorre do compromisso Institucional em garantir um amplo acesso à justiça ao cidadão mineiro, assim como do elevado nível de excelência no trabalho desempenhado por Defensoras e Defensores Públicos em todo o território.

Entre o passado e o futuro, no entanto, corriqueiramente são identificadas medidas tomadas por outros órgãos ou entidades tendentes a enfraquecer ou até mesmo usurpar o espaço de atuação Institucional.

Nesse cenário, é imprescindível que a Defensoria Pública, compromissada com sua finalidade constitucional de garantia do acesso à justiça, siga conquistando

espaços, abrindo portas, melhorando os seus serviços e se fazendo presente no interior, nos espaços de representatividade e nas lutas da população vulnerável.

A Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais do futuro, a nosso sentir, deve se afastar da concepção de uma advocacia dativa institucionalizada ou de mero braço do Poder Executivo para mostrar cada vez mais a sua indispensabilidade dentro do sistema de justiça.

Para tanto, é necessário abdicar da burocracia que domina as Instituições de Justiça e nos policiarmos para não haver o encastelamento da Instituição. Como órgão vocacionado constitucionalmente para a defesa dos vulneráveis, deve a Defensoria Pública promover a revolução do sistema de justiça, conferindo efetividade à Constituição Federal, democratização do acesso à justiça e diminuição das desigualdades sociais. Esse o papel da Defensoria Pública.

6. Referências

ARENDDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BRASIL. STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3819/MG*. Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, j. 24/10/2007. DJe de 28/03/2008. Disponível em: [<http://www.stf.jus.br>]. Acesso em: 20 mar. 2023.

BRASIL. STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3965/MG*. Tribunal Pleno, Rel. Min. Carmem Lúcia, j. 07.03.2012. DJe de 30.03.2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 mar. 2023.

BRASIL. STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6866/MG*. Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 09.05.2022. DJe de 16.0.2022. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 20.03.2023.

BRASIL. STF. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 384/MG*, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, j. 06.08.2020. DJe de 08.10.2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 20.03.2023.

BRASIL. STF. *Recurso Extraordinário n. 1.140.005/RJ*. Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 26.06.2023. DJe de 07.07.2023. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 18 jul. 2023.

MAPA DA DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL. Tatiana Whately Moura. Brasília: ANADEP: IPEA, 2013. 84 p. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/>. Acesso em: 20 mar. 2023.

MINAS GERAIS. TCE. *Consulta n. 977671*. Colegiado Pleno, Rel. Cons. Mauri Torres, j. 06/07/2016. Diário Oficial de Contas de 15/07/2016. Disponível em: [<http://www.tce.mg.gov.br>]. Acesso em: 20/03/2023.

MINAS GERAIS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Apelação Cível n. 1.0000.22.068506-9/001*. 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Márcio Idalmo Santos Miranda, j. 07/07/2022, DJe em 11.07.2022. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/>. Acesso em: 24 mar. 2023.

MINAS GERAIS. *Apelação Cível n. 1.0000.21.261636-1/001*. 1ª Câmara Cível. Rel. Des. Geraldo Augusto, j. 31.05.2022, DJe em 31.05.2022. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/>. Acesso em: 24 mar. 2023.

MINAS GERAIS. *Apelação Cível n. 1.0000.22.014303-6/001*. 1ª Câmara Cível. Rel. Des. Alberto Vilas Boas, j. 11.05.2022, DJe em 12.05.2022. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/>. Acesso em: 24 mar. 2023.

MINAS GERAIS. *Apelação Cível n. 1.0000.22.166076-4/001*. 2ª Câmara Cível. Rel. Des. Maria Cristina Cunha Carvalhais, j. 28/02/2023, DJe em 02.03.2023. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/>. Acesso em: 24 mar. 2023.

PESQUISA NACIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA 2022. Brasília: DPU, 2022. Disponível em: <https://pesquisanacionaldefensoria.com.br/download/pesquisa-nacional-da-defensoria-publica-2022-eBook.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2023.

ARTIGO II

A Defensoria Pública como instrumento para a decolonialidade e promoção ao acesso à justiça no Brasil

Public Advocacy as an instrument for decoloniality and promotion of access to justice in Brazil

ANA MARIA FARIA FRANCO RIBEIRO

Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes), 8º período e estagiária da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.

ANTÔNIA DE EDUARDO LIMA RAMOS DUARTE

Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes), 7º período e estagiária da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.

NADJA DE VASCONCELOS PEREIRA

Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes), 8º período e estagiária do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Resumo: O presente artigo objetiva analisar os impactos dos processos de colonialidade e decolonialidade na sociedade brasileira, mais precisamente, na legislação e no acesso à justiça. Ademais, considerando as dificuldades encontradas por uma parcela significativa da população brasileira para ter a defesa plena de seus direitos, o artigo visa demonstrar de que forma as Defensorias Públicas se apresentam como instrumento de promoção ao acesso à justiça no Brasil, trazendo exemplos reais da atuação da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. A metodologia utilizada para tal foi a bibliográfica, tanto dos principais autores sobre o tema, quanto de artigos e trabalhos de pesquisa na área, além da legislação e decisões judiciais. Desse modo, foi possível concluir a imprescindibilidade de instituições e mecanismos, tal quais as Defensorias Públicas, que atuam na defesa e na promoção ao acesso à justiça de sujeitos historicamente invisibilizados.

Palavras-chave: Decolonialidade; Defensoria Pública; Acesso à justiça.

Abstract: This article aims to analyze the impacts of coloniality and decoloniality processes on Brazilian society, more precisely, on legislation and access to justice. Moreover, considering the difficulties encountered by a significant portion of the Brazilian population to have the full defense

of their rights, the article aims to demonstrate how the Public Defenders present themselves as an instrument to promote access to justice in Brazil, bringing real examples of the action of the Public Defender of the State of Minas Gerais. The methodology used for this was the bibliographic, both of the main authors on the topic, as well as of research articles and works in the area, in addition to the legislation and judicial decisions. Thus, it was possible to conclude the indispensability of institutions and mechanisms, such as the Public Defenders, that act in defense and promotion of access to justice of historically invisible subjects.

Keywords: *Decoloniality; Public Defender; Access to justice.*

SUMÁRIO: 1. O que é o pensamento colonial e o movimento decolonial; 2. O sistema de justiça brasileiro e sua base colonial como impeditivo ao acesso à justiça; 3. Os estudos decoloniais e a atuação prática da Defensoria Pública; 4. Considerações finais; 5. Referências.

1. O que é o pensamento colonial e o movimento decolonial

Os estudos coloniais e decoloniais são baseados na ideia de perpetuação do colonialismo. No entanto, para os estudiosos do tema, é necessário distinguir colonialismo e colonialidade. Este último trata-se de um processo desenvolvido pelos países centrais do continente europeu que visava dominar econômica e politicamente outros territórios, por meio de seu poderio militar. Para Aníbal Quijano:

De otra parte, fue establecida una relación de dominación directa, política, social y cultural de los europeos sobre los conquistados de todos los continentes. Esa dominación se conoce como colonialismo. En su aspecto político, sobre todo formal y explícito, la dominación colonial ha sido derrotada en la amplia mayoría de los casos. América fue el primer escenario de esa derrota. Posteriormente, desde la II Guerra Mundial, África y Asia. Así, el colonialismo, en el sentido de un sistema de dominación política formal de unas sociedades sobre otras, parece pues asunto del pasado (QUIJANO, 1992, p. 11).

Portanto, para o autor e demais estudiosos da área, o colonialismo foi superado politicamente quando os países dominados conseguiram declarar sua independência. Contudo, tal processo dizimou a população originária dos países invadidos, principalmente pela exploração da mão de obra, violência e epidemias, o que, consequentemente, resultou na destruição da história e cultura desses povos.

Sendo assim, apesar da superação política da dominação, a Europa deu início ao processo de colonialidade, o qual segue sendo uma estrutura de domínio, no entanto agora, intelectual. Para isso, reforçaram a ideia de superioridade dos europeus, desvalorizando o conhecimento produzido em países marginalizados e estabelecendo critérios, como raça, gênero e sexualidade, para inferiorizar determinados grupos.

Foi então, nesse cenário de dominação intelectual, que o Brasil e demais países colonizados se estruturaram política e socialmente. Desta forma, em contrapartida aos impactos da colonialidade, surge o movimento de resistência chamado de decolonialidade, considerado como projeto de libertação social, político, cultural e econômico, que visa dar visibilidade e autonomia aos grupos minoritários e marginalizados.

2. O sistema de justiça brasileiro e sua base colonial como impeditivo ao acesso à justiça

Como visto, o processo de colonialidade se apresenta como uma potência de reprodução dos ideários colonialistas de dominação, os quais eram utilizados pelos europeus como fundamento para a invasão e subjugação das terras e dos povos considerados descivilizados, sobretudo aqueles localizados no atualmente conhecido como Sul Global.

Essa subjugação tinha como sustentáculo o pensamento colonialista que perpetua a concepção de que o modelo civilizatório do Norte Global tem o seu triunfo quando do abandono do conhecimento cultural, tradicional e local, que era utilizado pelos tidos como não civilizados, como sua forma de organização, que os colocariam como seres inferiores, cabendo aos colonizadores os civilizar e aplicar seus conhecimentos como sendo os que trariam aos povos descivilizados “a iluminação”.

A colonialidade desenvolveu no Brasil (e no mundo) uma lógica de poder construída a partir do colonialismo e essa reprodução do pensamento colonial tem o condão de controlar a maneira como são conduzidas as estruturas e organizações políticas, econômicas, sociais e, em especial, jurídicas.

É evidente que as estruturas de poder brasileiras perenizam a concepção de que há, realmente, parcelas da sociedade que merecem uma aplicação diferenciada dos dispositivos e das penitências legislativas sob o manto de um estereótipo

negativo que atribui, por exemplo, que os negros são sujeitos a serem combatidos e consequentemente, punidos.

Esse estereótipo nada mais é do que a reprodução da estrutura de poder que deu origem à escravização legalizada, traduzida por Foucault como sendo:

Na escravização legalizada, a elite branca possuía a propriedade dos escravizados e, portanto, tinha o direito de matar, agredir e torturar, uma relação semelhante àquela entre soberanos e súditos (FOUCAULT, 2010, p. 202).

Da escravização legalizada sobreveio o abolicionismo que conservou a estrutura de poder dos brancos escravagistas sobre os negros escravizados em outra disposição, preservando, no entanto, o princípio de que, ainda sim, a subjugação destes deve ser mantida, desta vez, por meio da vigilância, das leis e das penas, e da força policial:

Outros mecanismos foram criados para que o poder da branquitude de punir permanecesse, sob argumentos que não utilizassem explicitamente a raça como critério de diferenciação do/a sujeito/a a ser combatido/a, mas que continuassem fortemente atrelados ao racismo. A vigilância e suas fundamentações passam a ser mais sutis, porém, com a finalidade de manterem intacta a lógica escravista: “Estão aí as bases da afirmação tão contemporânea e verdadeira de que, afinal, todo camburão tem um pouco de navio negroiro” (FLAUZINA, 2006, p. 72).

Adilson Moreira traduz esse fenômeno como sendo uma discriminação institucional, aquela em que as instituições públicas ou privadas dispõem a determinados grupos um tratamento desfavorável em virtude de estereótipos negativos e, assim, mantêm as estruturas de poder e o controle social:

[...] forma de tratamento desfavorável que tem origem na operação de instituições públicas ou privadas. Essa manifestação ocorre quando seus agentes tratam indivíduos ou grupos a partir de estereótipos negativos que circulam no plano cultural. Esse tipo de tratamento tem um objetivo específico: a utilização de certas categorias como critérios de ação institucional com o objetivo de promover a subordinação e manter o controle social sobre membros de um determinado grupo. O conceito de discriminação institucional possui uma dimensão coletiva porque expressa a forma como as instituições sociais atuam para promover a subordinação (MOREIRA, 2017).

O sistema de justiça brasileiro exprime o racismo institucional em sua estrutura de diversas maneiras, tornando o acesso à justiça plena no país limitado para uma parte dos cidadãos.

Como exemplo, citamos a realidade da população carcerária no país. De acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2022, publicado no Fórum Brasileiro de Segurança Pública, com dados para o mês de maio de 2022, constava do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões o total de 919.272 pessoas privadas de liberdade.

Desse número, ainda conforme informações do Anuário, 67,5% são de cor/raça negra, considerando os valores informados para presos de cor preta e parda, de acordo com a classificação do IBGE.

É perfeitamente plausível, diante de todo o exposto, associar o encarceramento em massa da população preta e parda ao racismo institucional na medida em que este racismo controla a maneira com que se dará a intervenção do Estado. Nas palavras de Flauzina:

O racismo como elemento essencial à formação da clientela do sistema penal surge a outra condicionante que este impõe ao aparato, conformando decisivamente a sua forma de agir. Se o sistema foi estruturado a partir e para o controle da população negra, a maneira como sua movimentação se dá está também atrelada ao segmento. A forma como nosso sistema penal incide sobre os corpos está condicionada pela corporalidade negra, na negação de sua humanidade. Disciplinadas no extermínio de uma massa subumana, as agências do sistema penal operam a partir desse parâmetro. Assim o racismo deu o tom e os limites à violência empreendida pelo sistema penal, e este a carrega consigo na direção de toda a clientela a que se dirige. É o racismo que controla o potencial de intervenção física do sistema: daí toda a sua agressividade (FLAUZINA, 2017, p. 154).

Exemplificando a maneira como as instituições jurídicas brasileiras difundem o racismo estrutural e o pensamento colonial de perpetuação do poder, em 16.06.2020 a juíza da 1ª vara criminal da comarca de Curitiba/PR proferiu uma sentença condenatória em desfavor de acusados de, dentre outros crimes, organização criminosa, em cuja decisão ela atribuiu de forma categórica que um dos acusados seria seguramente integrante da organização em razão de sua raça:

Sobre sua conduta social nada se sabe. Seguramente integrante do grupo criminoso, em razão da sua raça, agia de forma extremamente discreta os delitos e o seu comportamento, juntamente com os demais, causavam o desassossego e a desesperança da população, pelo que deve ser valorada negativamente (grifo nosso) (BRASIL, 1ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba/PR. Sentença Condenatória. 16 de jun. 2020.).

Essa sentença nada mais é do que a reprodução da ideia de que seria o negro, subjogado em função da sua raça, um inimigo a ser combatido, que não possui humanidade e sua imagem está necessariamente atrelada a um estereótipo negativo que molda a ação institucional de maneira a autorizar, como autorizavam os colonizadores europeus, a interferência a fim de civilizar e disciplinar esses indivíduos considerados menos capazes.

Nessa seara, vislumbra-se que devem evoluir os sistemas judiciários do Brasil e as instituições de segurança pública do país, a fim de romper com o legado colonial que os acompanham e dificultam o acesso à justiça da população que, ao buscar ou estar submetida ao aparato jurisdicional que a deveria proteger e garantir a justiça plena em conformidade com a lei, perpetuam uma estrutura de poder discriminatória e colonial.

3. Os estudos decoloniais e a atuação prática da Defensoria Pública

O avanço dos estudos decoloniais tem conduzido ao rompante das relações de poder enraizadas pela colonialidade, especialmente no que se refere à produção de saberes e valorização de conhecimentos típicos e regionais. Quanto à esfera jurídica, essas pesquisas têm questionado a estrutura do ordenamento vigente e instigado mudanças significativas na estrutura legal dos países latino-americanos.

Essas mutações podem ser visualizadas particularmente no que “vem a ser denominado de novo constitucionalismo latino-americano, [...] representada pelas transformadoras e vanguardistas Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009)” (WOLKMER, 2015, p. 260).

Brevemente, como traços desse movimento constitucionalista tem-se, por exemplo, na Constituição do Equador de 2008 o reconhecimento de princípios da natureza, diretamente ligados a traços da filosofia andina. Da mesma maneira, inédita e particular, a Bolívia em seu texto constitucional de 2009, estabelece “uma

jurisdição indígena paralela, independente e hierarquicamente igual à jurisdição ordinária” (BRASIL e URQUIZA, 2021).

Para Cesar Gomes de Oliveira (2019, p. 106), dentro do contexto do novo constitucionalismo latino-americano, a Defensoria Pública se insere como a Instituição de Estado com vocação constitucional para efetivar o acesso à justiça e promover a defesa dos direitos e interesses de segmentos sociais historicamente marginalizados.

A gênese do órgão, no entanto, foi expressa a partir da Revolução Francesa com a consagração do ideal de igualdade e, portanto, a necessidade de que os menos favorecidos também tivessem acesso às instituições judiciais.

No Brasil, muitos institutos legais fizeram menção à prestação de auxílio jurisdicional, em especial no ano de 1935, em que o estado de São Paulo, seguido por Rio Grande do Sul e Minas Gerais, adotou o primeiro serviço estadual de assistência jurídica.

Apesar disso, foi apenas em 1988 com a nova Constituição Federal (CF) que em âmbito nacional, a Defensoria Pública foi posta como órgão responsável pela assessoria jurídica dos hipossuficientes.

Nos termos do art. 134 do texto constitucional, após a redação da Emenda Constitucional n. 80/2014:

A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal (BRASIL, 1988).

No empenho em direcionar ao Estado a obrigação de garantir aos vulneráveis o direito de recorrer ao Poder Judiciário, a opção do constituinte originário seguiu o chamado sistema *salaryed staff*, executado por meio da institucionalização da Defensoria Pública, e “o qual consiste na remuneração de agentes públicos pelo Estado para efetivarem a assistência gratuita” (OLIVEIRA, p. 106, 2019).

Outro aspecto relevante é que a inserção da Defensoria Pública no rol das instituições essenciais à função jurisdicional evidencia o esforço do constituinte em não apenas postular a aplicação do regime democrático, mas de consolidá-lo a

partir de instrumentos que alcancem a população menos favorecida, possibilitando que tenham assistência jurídica de qualidade.

Contudo, as heranças colonialistas ainda são palpáveis dentro do funcionamento desse órgão. Uma pesquisa realizada pelo Colégio Nacional das Corregedorias Gerais, Conselho Nacional das Defensoras e Defensores Públicos-Gerais e Defensoria Pública da União, com o apoio Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais e defensorias públicas estaduais em 2022 indica que apenas 47,4% das comarcas regularmente instaladas no país são atendidas pela Defensoria Pública.

O diagnóstico demonstra que, apesar de uma garantia constitucional, mais de cinquenta milhões de pessoas não têm acesso aos serviços jurídicos assistenciais oferecidos pelo órgão. Os números refletem uma administração pública que ainda não protagoniza os investimentos nessa área de atuação e, por esse motivo, precariza a atuação da instituição.

Nos estados em que a presença da Defensoria Pública é evidente, como Minas Gerais e Espírito Santo, o órgão esteve tutelando o direito dos hipossuficientes em grandes acontecimentos regionais. O desastre de Mariana, por exemplo, contou e ainda conta com a atuação significativa de defensores públicos.

Em 05 de novembro de 2015 a maior tragédia ambiental da história do Brasil teve palco na cidade de Mariana com o rompimento da Barragem do Fundão. Foram 39 municípios atingidos pelos rejeitos, entre os estados de Minas Gerais e Espírito Santo. Os mais atingidos pela tragédia foram especialmente os economicamente vulneráveis, que contaram com a atuação da Defensoria Pública para que tivessem seus direitos amparados.

A Defensoria Pública de Minas Gerais, segundo o defensor Luiz Carlos Santana Delazzari (Assessoria de Comunicação, 2020), atua em pelo menos 186 ações de casos que envolvem garimpeiros, pescadores, pequenos comerciantes, pecuarista, membros de cooperativas de produtores de leite, entre outras pessoas que tiveram seu meio de subsistência diretamente atingido pelo desastre.

No Espírito Santo, em razão da ausência da instalação de Defensorias em muitos municípios atingidos, foi criado o grupo SOS Rio Doce, que promoveu o atendimento nas comunidades da foz do Rio Doce, propondo mais de 150 ações individuais.

Uma atuação conjunta das Defensorias de Minas Gerais e do Espírito Santo foi essencial no processo de mobilização para assistir juridicamente as comunidades hipossuficientes atingidas pelo desastre.

Questionada acerca da desigualdade de forças no caso Mariana, em que figurou como polos passivos duas das maiores mineradoras do mundo, a defensoria pública do estado do Espírito Santo, Mariana Andrade Sobral, em entrevista à Revista Científica Foz, respondeu:

A luta contra duas grandes mineradoras mostra como o poder político e econômico transforma a disputa em algo tão injusto e desigual para os atingidos e atingidas e para as próprias instituições públicas. Nenhuma instituição está preparada para este tipo de demanda. As negociações são feitas com os maiores escritórios de advocacia do Brasil e do mundo. A forma encontrada para minimizar esta desigualdade foi a união. União com os atingidos e atingidas para ampliar a legitimidade nas escolhas de estratégias e demandas a serem trabalhadas, a união das instituições de justiça (Defensorias e Ministérios Públicos, federais e estaduais) e, por fim, a união com diversos acadêmicos, movimentos sociais e entidades da sociedade civil (ALEIXO, 2018).

Tem-se, portanto, no novo momento constitucional latino-americano, o protagonismo de instituições que buscam a justiça social e o amparo jurisdicional aos hipossuficientes, destaque para a atuação da Defensoria Pública. Essa instituição tem mostrado seu papel não apenas na tutela e na assistência às comunidades vulneráveis, mas também na representação e defesa dos direitos dos necessitados em meio a grandes opositores.

4. Considerações finais

A síntese dos estudos decoloniais reside na perspectiva de resistência e desconstrução de padrões dominantes importados do Norte Global e que não atendem às peculiaridades dos povos latino-americanos, insurgindo, portanto, a necessidade de readequação de conceitos e instituições sociais.

Por reflexo dessa construção colonial, muitas comunidades foram marginalizadas e pouco atendidas pelo poder estatal, o forte exemplo da população afro-brasileira, que após mais de um século do fim da escravidão ainda é submetida a estereótipos negativos que se perpetuam no plano cultural.

A esfera jurídica não passou imune às ideias de domínio e civilização boreais, tendo o direito perpetuado padrões de desigualdade e segregação. Todavia, com o rompante dos estudos decoloniais e, por conseguinte, a eclosão de um novo

movimento constitucional latino-americano, muitas das estruturas coloniais têm sido descontinuadas, dando espaço a uma legislação regional e inclusiva.

A Defensoria Pública ganhou destaque nesse atual plano constitucional, sendo uma das instituições responsáveis a garantir o efetivo acesso à justiça dos hipossuficientes e povos historicamente marginalizados.

O ordenamento jurídico latino-americano, portanto, tem desenvolvido novas facetas de inclusão, amparadas por instituições imprescindíveis como a Defensoria Pública. Depreende-se, assim, a percepção de como o direito tem sido usado como instrumento, não mais de uma opressão tradicional colonialista, mas como ferramenta que legitima e garante aos sujeitos historicamente invisibilizados o acesso à justiça e o exercício pleno da cidadania, como projeta o Estado Democrático de Direito.

5. Referências

ALEIXO, Letícia Soares Peixoto. *De Mariana à Mariana: perspectivas de uma Defensora Pública do Espírito Santo sobre o maior crime socioambiental do Brasil (entrevista)*. Revista Científica Foz, v. 1, n. 2, p. 28-35, dez. 2018.

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA 2022. Ano 16, 2022, ISSN 1983-7364.

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO. *Defensoria de Minas obtém vitória em atuação em favor de atingidos pelo desastre de Mariana*. 10 de julho de 2020. Disponível em: <https://bityli.com/Ae6qmQ>. Acesso em: 6 mar. 2023.

BRASIL. 1ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba/PR. *Sentença Condenatória*. 16 de jun. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2020/08/condenacao-reu-negro.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2023.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 mar. 2023.

BRASIL, Guilherme Maciulevicius Mungo; URQUIZA, Antônio Hilário Aguilera. *Constitucionalismo Latino-Americano e a armadilha constitucional: por uma descolonização para além do direito*. Rio de Janeiro: Revista Culturas Jurídicas, v. 8, n. 21, 2021.

FLAUZINA, Ana. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. Dissertação de Mestrado (Programa de Pós-Graduação em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília: 2006.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. 2. ed. Brasília: Brado Negro. 2017.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Tradução: Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FRANÇA, Gisele. *Mapeamento nacional mostra alcance da Defensoria Pública nos estados brasileiros*. 27 de maio de 2022. Disponível em: <http://condege.org.br/arquivos/2931>. Acesso em: 6 mar. 2023.

MOREIRA, Adilson. *O que é discriminação?* Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 132.

NASCIMENTO, Emerson Oliveira. *Colonialidade, modernidade e decolonialidade: da naturalização da guerra à violência sistêmica*. 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/intellectus/article/view/58456>. Acesso em: 4 mar. 2023.

OLIVEIRA, Cesar Gomes de. *A defensoria pública como instrumento de transformação social e promoção dos direitos humanos no contexto Latino-Americano*. In: *Derechos, Justicia Y Estado. Contradicciones y Disputas Entre Instituciones, Agentes, Prácticas y Factores de Poder. Grupo de Trabajo 10: Estudios Políticos, Sociojurídicos e Instituciones*. XXXII Congreso Internacional Alas Perú, 2019.

QUIJANO, Aníbal. *Colonialidad y Modernidad/Racionalidad*. *Perú Indígena*, n. 29, p. 11-20, 1992. Disponível em: <https://www.lavaca.org/wp-content/uploads/2016/04/quijano.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2023.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Constitucionalismo e pluralismo na trajetória do Direito brasileiro*. In: BALDI, César Augusto (org.). *Aprender desde o Sul: Novas Constitucionalidades, Pluralismo Jurídico e Plurinacionalidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

ARTIGO III

Desinformação, o conceito de intermediário e a responsabilidade civil das plataformas digitais

Disinformation, the concept of an intermediary and the civil liability of digital platforms

BRÁULIO SANTOS RABELO DE ARAÚJO

Bacharel em direito e doutor em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Defensor público do Estado de Minas Gerais.

DENISE MARTINS MORETTI

Bacharel em direito e mestre em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogada.

Resumo: Este artigo visa a analisar a regulamentação da responsabilidade civil das plataformas digitais, atualmente disciplinada pelo art. 19 da Lei 12.965/2014. Para tanto, em um primeiro momento, o artigo demonstra que uma parcela expressiva do crescimento da desinformação, do discurso de ódio e da violação de direitos fundamentais decorre dos modelos de negócio das plataformas de comunicação. Em seguida, o artigo explora o conceito de intermediário, que constitui o fundamento para a limitação da responsabilidade dos provedores de aplicação na internet, demonstrando que o conceito não se enquadra devidamente nas atividades realizadas pelas plataformas de comunicação. Por fim, com base nos elementos obtidos a partir do estudo do conceito de intermediário, na distinção entre os momentos da hospedagem e do gerenciamento de conteúdo, e no debate realizado na Suprema Corte norte-americana a respeito do tema (caso *Gonzales vs. Google*), o artigo analisa uma alternativa de regulação da responsabilidade civil das plataformas digitais, voltada a combater o problema do avanço da desinformação, do discurso de ódio e de violações de direitos fundamentais no espaço público e de violações de direitos fundamentais no espaço público.

Palavras-chave: Liberdade de expressão; Desinformação; Plataformas digitais; Regulação; Responsabilidade civil.

Abstract: *This article aims to analyze the regulation of civil liability of digital platforms, currently disciplined by art. 19 of Law 12.965/2014. Therefore, at first, the article demonstrates that a significant portion of the growth of misinformation, hate speech and the violation of fundamental rights stem from the communication platforms business models. Then, the article explores the concept of intermediary, which constitutes the basis for limiting the liability of application providers on the Internet, demonstrating that the concept does not properly fit into the activities carried out by communication platforms. Finally, based on the elements obtained from the study of the concept of intermediary, and on the distinction between the moments of hosting and content management, and the debate held in the US Supreme Court on the subject (case *Gonzales v. Google*), the article examines an alternative for regulating digital platforms civil liability, aimed at reducing the problem of the spread of disinformation, hate speech and violations of fundamental rights in the public space.*

Keywords: *Freedom of expression; Misinformation; Digital platforms; Regulation; Civil liability.*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A relação entre a arquitetura das plataformas digitais e o avanço da desinformação, do discurso de ódio e da violação de direitos fundamentais na internet; 2.1. A perda de espaço do jornalismo profissional; 2.2. Modelo de negócio baseado na exploração da publicidade direcionada com base em dados pessoais; 3. A necessidade de regulação das plataformas digitais; 4. A disciplina jurídica da responsabilidade civil das plataformas digitais; 5. O conceito de intermediário, fundamento do preceito normativo do art. 19 do MCI, e sua adequação com a atuação das plataformas digitais; 6. Possíveis caminhos em busca de tratamento do problema; 7. Conclusão. 8. Referências.

1. Introdução

A internet e as tecnologias digitais de tratamento das informações trouxeram um expressivo potencial de aperfeiçoamento do espaço público.

Diante dos impactos positivos da comunicação digital em rede, análises iniciais, produzidas ao longo das duas primeiras décadas do século XXI, destacaram as perspectivas de superação dos problemas da comunicação em massa predominante no século XX. Tal superação decorreria da redução de barreiras à produção e transmissão de conteúdo, e da ampliação, diversificação e, portanto, democratização do acesso à informação (LEVY, 1999; BENKLER, 2006).

Passados alguns anos, a despeito de inegáveis avanços, a promessa de evolução do espaço público – com o incremento do debate, da tolerância política, da alteridade, da participação, do conhecimento e da cultura – perdeu espaço diante de um avanço expressivo da desinformação, do discurso de ódio e de violações de direitos fundamentais no âmbito da internet.

No espaço público dominado pela comunicação em rede, a desinformação ganhou proeminência¹. Seu efeito desagregador atingiu os mais diversos campos, tais como a política, a ciência, a saúde pública e os direitos fundamentais de grupos vulneráveis.

A extensão dos efeitos deletérios da desinformação alterou o debate jurídico acerca da regulação dos veículos de comunicação na internet. Inicialmente, entendia-se pela desnecessidade da regulação da comunicação em rede. Em um segundo momento, admitiu-se a imposição de normas, no entanto, mais voltadas à garantia dos direitos civis e da segurança jurídica da atividade econômica das plataformas no âmbito da internet. Exemplo dessa forma de regulamentação foi Marco Civil da Internet – MCI (Lei 12.965/2014). No momento atual, no âmbito nacional e internacional, há um consenso em formação em torno da necessidade de uma regulamentação mais ampla das plataformas de comunicação. As iniciativas em curso compreendem (i) o desenvolvimento de novas normas para estabelecer deveres de comportamento e de cuidado com as plataformas de comunicação no exercício de suas atividades, e (ii) o questionamento, no âmbito do Poder Judiciário, de preceitos normativos que limitam a responsabilização de provedores de aplicação da internet, a exemplo do artigo 19 do MCI.

Este artigo visa a analisar a regulamentação da responsabilidade civil dos provedores de internet, atualmente disciplinada pelo art. 19 do MCI.

Para tanto, em um primeiro momento, o artigo demonstra que uma parcela expressiva do crescimento da desinformação, do discurso de ódio e da violação de direitos fundamentais decorrem dos modelos de negócio das plataformas de comunicação. Em seguida, o artigo explora o conceito de intermediário, que constitui o fundamento para a limitação da responsabilidade dos provedores de aplicação na internet, demonstrando que o conceito não se enquadra devidamente nas atividades realizadas pelas plataformas de comunicação. Por fim, com base nos elementos obtidos a partir do estudo do conceito de intermediário, e na distinção entre os momentos da hospedagem e do gerenciamento de conteúdo, o artigo analisa uma alternativa de responsabilização dos provedores de aplicações de internet, voltada a combater o problema do avanço da desinformação, do discurso de ódio e de violações de direitos fundamentais no espaço público.

¹ Embora não fossem poucos os problemas e limites do espaço público intermediado pela comunicação em massa, a desinformação não era motivo das principais preocupações, em razão da predominância do jornalismo profissional e da responsabilidade editorial das empresas desse mercado.

2. A relação entre a arquitetura das plataformas digitais e o avanço da desinformação, do discurso de ódio e da violação de direitos fundamentais na internet

O relato de um determinado fato constitui sempre uma versão imprecisa do que verdadeiramente ocorreu. A construção do significado desta versão dos fatos depende de variáveis tanto do sujeito que reporta, quanto do sujeito que recebe o conteúdo da comunicação, posto que a comunicação é sempre uma interação entre dois ou mais sujeitos, e não um acontecimento individual.

No que se refere à “parte que reporta a história”, a construção do significado de uma “versão do fato” depende (i) da extensão do conhecimento do fato (conhecimento), (ii) da capacidade de recepção e interpretação do fato (capacidade de compreensão), (iii) da capacidade de se expressar de forma precisa (capacidade de comunicação), (iv) dos vícios de precisão que podem decorrer da imperfeição da memória humana (memória), e (v) da decisão consciente de relatar ou não os fatos de acordo com o que verdadeiramente se sabe – isto é, da decisão de relatar uma versão verdadeira ou uma versão falsa do que ocorreu (decisão).

Do mesmo modo, no que se refere ao outro polo da comunicação, isto é, “a parte que recebe a história”, a construção do significado da “versão do fato” depende de variáveis semelhantes: (i) da extensão do conhecimento prévio do fato (conhecimento); (ii) da capacidade de recepção e interpretação do que é comunicado (capacidade de compreensão); (iii) da capacidade de se expressar de forma precisa (capacidade de comunicação); (iv) dos vícios de precisão que podem decorrer da imperfeição da memória humana (memória); e (v) da decisão consciente de relatar ou não o conteúdo da comunicação de acordo com o que verdadeiramente teve acesso – isto é, da decisão de construir uma versão verdadeira ou então de apresentar uma versão falsa de determinado conteúdo de comunicação (decisão).

Logo, a construção do significado dos fatos e do que se entende por verdade ou por mentira é fruto de processo interativo e coletivo de comunicação.

O processo de comunicação, nessa medida, constitui o exercício de um poder – o poder de participar da construção (e determinação) dos significados. A comunicação não constitui um processo intermediário e neutro que se limita a comunicar os fatos, mas sim um processo coletivo e interativo, mediante o qual, são concebidos os significados dos fatos. Assim, ter condição de participar do processo de comunicação significa ter condição de tomar parte na definição desses

significados. Trata-se de um poder de grande relevância, vez que influi diretamente na construção do significado da história e dos fatos, na formação da opinião pública e na definição de decisões em assuntos de interesse público e privado².

Por constituírem meio de exercício de um poder, as estruturas de comunicação podem ser utilizadas de forma positiva ou negativa no âmbito da sociedade. Podem, por exemplo, viabilizar a transparência das atividades estatais, ou, de outra banda, servir como estruturas de propagação de informações incorretas.

A utilização das estruturas de comunicação para a difusão de desinformação como forma de influência e modificação da opinião pública não é novidade na história. Tome-se como exemplo a utilização de sistemas estatais de comunicação por parte de regimes autoritários para a difusão de versões oficiais dos fatos e o uso da censura para o silenciamento de versões divergentes e verdadeiras³.

No entanto, como se passa a demonstrar, a novidade nos tempos atuais é que própria arquitetura das plataformas de comunicação em rede promovem a desinformação, razão pela qual esse tipo de conteúdo ganhou papel proeminente e se tornou um problema estrutural e central no ambiente de comunicação.

2.1. A perda de espaço do jornalismo profissional

A tecnologia digital e a internet reduziram (i) as barreiras de acesso à diversidade de conteúdos disponíveis na internet, e (ii) as barreiras que restringiam a capacidade de cada indivíduo de produzir e difundir conteúdos pela rede.

A redução dessas barreiras ampliou as fontes de informação. No âmbito da internet, cada usuário é um potencial produtor e difusor de conteúdo; cada usuário é uma fonte de informação. Assim, progressivamente, os indivíduos passaram a deixar de receber os conteúdos diretamente dos canais da mídia tradicional,

² Uma expressão do significado e da relevância do poder de comunicação é o fato de a imprensa ser considerada pela ciência política como “quarto poder”: “Quarto Poder. Os meios de informação desempenham uma função determinante para a politização da opinião pública e, nas democracias constitucionais, têm capacidade de exercer um controle crítico sobre os órgãos dos três poderes, legislativo, executivo e judiciário. A imprensa independente, portanto, enquanto se posiciona em competição cooperativa com os órgãos do poder público, foi definida como o Quarto Poder” (ZANONE, 1998, p. 1040).

³ Segundo Brant, Santos, Dourado e Pita (2021, p. 2): “O uso estratégico de informações falsas e enganosas visando alterar o comportamento de nichos específicos da sociedade é prática notada muito antes da popularização na internet. Do uso da propaganda política em guerras (Lasswell, 1938) à adoção de atalhos informativos, por onde eleitores preenchem lacunas de informação sobre política (Popkin, 1994), a difusão deliberada de rumores e falsificações se adequa aos meios de comunicação e às infraestruturas tecnológicas vigentes em cada momento histórico”. Cite-se, ainda, como exemplo, a utilização da censura e da propaganda nazista na Alemanha de Hitler, em especial pela atuação do Ministério do Reich para Esclarecimento Popular e Propaganda chefiado por Joseph Goebbels (UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAL MUSEUM, 2022).

e passaram a recebê-los mediante sugestões dos algoritmos de moderação de conteúdos, bem como de sua rede pessoal de contatos (familiares, amigos e conhecidos), tenham sido esses conteúdos produzidos pelas próprias pessoas que os difundem (como posts em redes sociais) ou por terceiros (conteúdo da mídia tradicional ou de fontes alternativas de informação).

Os canais de radiodifusão e a mídia escrita deixaram de ser os principais produtores e, especialmente, organizadores dos conteúdos difundidos mediante o espaço público. Nesse contexto, o efeito mais relevante da expansão do acesso e das fontes de informação no âmbito da internet foi a perda de espaço do jornalismo profissional, antes predominante na era da mídia de massa (BRANT, 2021).

2.2. Modelo de negócio baseado na exploração da publicidade direcionada com base em dados pessoais

Assim, como ocorre nos meios de comunicação da mídia de massa, a principal fonte de renda das plataformas de mídia social provém da publicidade. No entanto, a publicidade realizada no âmbito da internet é qualitativamente distinta, pois, tomando como base a coleta e a exploração de dados pessoais, pode ser direcionada de forma muito mais precisa ao público consumidor alvo.

Essa característica – modelo de negócio baseado na exploração da publicidade direcionada com base em dados pessoais – provoca uma mudança estrutural não apenas na publicidade, mas também no funcionamento dos meios de comunicação no âmbito da comunicação em rede.

Ao acessar as aplicações da internet, as pessoas consentem na coleta de seus dados pessoais, que, por sua vez, ensejam o monitoramento de suas preferências e padrões de comportamento.

Embora a coleta de dados seja realizada em massa, a análise das preferências e padrões de comportamento individuais permite o direcionamento personalizado do conteúdo da comunicação e da publicidade de acordo com o perfil de cada usuário (microdirecionamento).

Dois elementos influenciam no volume de publicidade a ser direcionado por cada plataforma: (i) o tempo de uso por parte do usuário, que guarda relação direta com o tempo de exposição à publicidade; e (ii) a capacidade de direcionamento do conteúdo, isto é, de distribuir a mensagem a um público que possui interesse e necessidade no objeto da propaganda. Quanto maior o volume de dados a

respeito de determinado usuário, maior a capacidade de microdirecionamento de conteúdo.

Assim, quanto maior o tempo que a pessoa passa utilizando determinada plataforma de mídia social, maior o volume de dados passíveis de extração, e, principalmente, maior o valor de remuneração recebido pela plataforma em troca da atenção dispensada pelo usuário à propaganda.

Logo se vê, portanto, que para aumentar a sua renda, as plataformas de comunicação devem buscar ampliar o tempo de permanência de cada usuário no uso de seus serviços. Essa ampliação do tempo de uso é uma das tarefas atribuída pelas plataformas a seus algoritmos. Trata-se da denominada “economia da atenção”. Quanto maior a atenção dedicada pelos usuários aos serviços, maior a remuneração recebida pela plataforma decorrente da publicidade veiculada.

Assim, no âmbito da economia da atenção, as plataformas atuam de maneira passiva e ativa em busca de maior volume de atenção por parte dos usuários. A atuação passiva é realizada mediante a coleta de dados pessoais dos usuários ao longo da utilização da plataforma. A atuação ativa se vale do monitoramento das preferências e padrões de comportamento individuais, e busca por fazer com os que usuários permaneçam mais tempo utilizando os serviços, mediante a moderação e sugestionamento de conteúdos. Para isso, as plataformas se valem do monitoramento das preferências e padrões de comportamento individuais para sugerir conteúdos não apenas que atendam, mas também que moldem e direcionem os gostos do usuário, para despertar a sua atenção e até mesmo causar a sua dependência (DESINFORMANTE, 2021c; 2021d).

Este é o ponto em que se insere o fenômeno da desinformação.

Isso porque o conteúdo que mais desperta atenção das pessoas é aquele que invoca novidade, que causa espanto, revolta e curiosidade. Destacam-se, neste contexto, assuntos extravagantes, diferentes e até mesmo absurdos, bem como os conteúdos de caráter extremo. Destaca-se, também, o interesse que despertam as notícias falsas relativas à política. Por isso, as notícias falsas, o discurso radical, o discurso de ódio e as teorias da conspiração têm um potencial de atração da atenção do usuário consideravelmente maior do que o jornalismo profissional e ordinário.

A comprovar essas afirmações, pesquisa de Soroush Vosoughi, Deb Roy, Sinan Aral (2018, p. 1), do Instituto de Tecnologia de Massachusetts (MIT), chegou às seguintes conclusões:

A falsidade se difundiu significativamente com maior distância, rapidez, profundidade e amplitude do que a verdade em todas as categorias de informação, e os efeitos foram mais pronunciados para notícias políticas falsas do que para notícias falsas sobre terrorismo, desastres naturais, ciência, lendas urbanas ou informações financeiras. Descobrimos que notícias falsas tinham maior aspecto de novidade do que notícias verdadeiras, o que sugere que as pessoas eram mais propensas a compartilhar informações com aspectos de novidade. Enquanto notícias falsas inspiram medo, repulsa e surpresa nas respostas, notícias verdadeiras inspiram ansiedade, tristeza, alegria e confiança. Ao contrário do senso comum, os robôs aceleraram a disseminação de notícias verdadeiras e falsas na mesma proporção, o que implica que as notícias falsas se espalham mais do que a verdade porque os humanos, não os robôs, são mais propensos a espalhá-las.

A pesquisa ressalta também que (i) a novidade constitui um fator importante para o estímulo à atenção e ao interesse, e (ii) a notícia falsa é percebida dotada de maior conteúdo de novidade do que a verdadeira. Com base nesses fatores, a pesquisa identificou que uma notícia falsa tem uma probabilidade 70% maior de ser compartilhada do que uma notícia verdadeira (VOSOUGHI; ROY, ARAL, 2018, p. 1).

O que ocorreu no âmbito das plataformas de mídia social foi que os algoritmos, adaptados ao modelo de negócio acima descrito – busca de maior atenção do usuário para obter maiores ganhos de publicidade –, passaram a identificar esse tipo de conteúdo que gera maior atenção, e ativamente sugerir-lo para o consumo dos usuários.

Dessa maneira, ainda que sem uma intenção deliberada, as plataformas de mídia social passaram a estimular e impulsionar o consumo e a visibilidade de desinformação, discurso de ódio e conteúdos que violam direitos fundamentais.

Assim o fazendo, as plataformas desenvolveram um novo segmento do mercado de informação, voltado à produção de desinformação, discurso de ódio e violação de direitos fundamentais. Isso ocorreu, pois, na economia, a ampliação da demanda provoca o aumento da oferta de determinado produto ou serviço. Na medida em que as plataformas passaram a estimular o consumo de desinformação, oferecendo remuneração em troca deste conteúdo, surgiu um estímulo econômico de poderoso a sua produção. Logo, o funcionamento estrutural das plataformas

de comunicação não apenas impulsionou como alimentou financeiramente o crescimento da oferta de desinformação pelos usuários dessas plataformas⁴.

Paralelamente, esse cenário também é permeado de interesse político. Assim como gerou estímulo econômico, a ampliação da demanda por desinformação, radicalismo político e discurso de ódio provocou a ampliação da oferta desse tipo de conteúdo por grupos e organizações políticas. Logo, o impulsionamento de desinformação pelas plataformas de comunicação estimulou o crescimento de grupos políticos que produzem e defendem esse tipo de conteúdo, contribuindo para a radicalização do espectro político.

Como o processo de comunicação é interativo e tem a capacidade de influência sobre seus participantes, a atuação dos algoritmos teve o efeito não apenas de atender, mas sim de contribuir para a alteração de preferências, posicionamentos políticos, base de conhecimento e padrões de comportamento dos usuários. A comunicação, como se afirmou acima, é o exercício de um poder. Quanto maior o volume de desinformação, radicalismo político e discurso de ódio ofertado ao público, maior probabilidade de adesão e aceitação terão esses conteúdos. Naturalmente, não se atribui às redes sociais responsabilidade exclusiva pela radicalização política dos últimos anos, mas há um razoável consenso de que contribuíram para esse fenômeno.

Para logo se vê, portanto, que a desinformação não é episódica ou conjuntural, nem responsabilidade isolada dos indivíduos que as inserem nas plataformas. Trata-se de um problema estrutural do espaço público da comunicação em rede, diretamente estimulado pela arquitetura e pelo modelo de negócio das plataformas de comunicação. Daí a conclusão de que a responsabilidade pela difusão de desinformação, discurso de ódio e conteúdos violadores de direitos fundamentais, e pelos danos daí decorrentes, quando comprovada a atuação das plataformas, deve ser compartilhada pelas empresas de internet, não podendo ser atribuída apenas aos indivíduos produtores do conteúdo em questão. O desafio é desenvolver a melhor forma pela qual a responsabilidade deve ser implementada, preservando-se os direitos das partes envolvidas na questão.

⁴ Um exemplo desse comportamento foi identificado no processo de eleição do Presidente Donald Trump, nos Estados Unidos, em 2016, quando um grupo de jovens na Macedônia reuniu-se para desenvolver notícias falsas relativas à eleição americana, em benefício do candidato republicano. As notícias falsas atraíram um alto volume de visualizações e geraram considerável retorno financeiro a seus criadores. Esse caso ilustra como um grupo atuou com racionalidade econômica para ofertar um produto rentável – notícias falsas – cuja demanda foi criada ou, ao menos, estimulada pela forma de funcionamento das plataformas de mídia social (O ESTADO DE SÃO PAULO, 2018; DESINFORMANTE, 2021a).

3. A necessidade de regulação das plataformas digitais

Ao contrário do que pode parecer ao senso comum, a desinformação não é facilmente identificável nem imediatamente rechaçada pelo público. Ao contrário, ela desempenha um papel ativo em desinformar a sociedade, disputar os significados, e convencer os interlocutores da correção de seu conteúdo, por mais absurdos que possam ser.

Como se apontou acima, o processo de comunicação constitui o exercício do poder de participar da construção dos significados. Logo, os atores que difundem a desinformação exercem esse poder, atuando positivamente sobre a formação da opinião pública para a construção de significados falsos em assuntos de interesse público e privado.

Essa atuação tem provocado retrocessos em áreas de conhecimento consolidado e promovido processos de desagregação social.

A título de exemplo, pode-se apontar, como consequências da desinformação, (i) o crescimento do negacionismo científico, com reflexos que vão desde a rejeição de conhecimentos consolidados na ciência – v.g. terraplanismo e movimentos antivacina⁵, com consequências que passam pelo aumento de vítimas fatais e pelo desperdício de recursos públicos com medicamentos comprovadamente ineficazes⁶ – ao uso da desinformação científica para refutar avanços da ciência, como a postura que rechaça as evidências do aquecimento global, (ii) a disseminação do discurso de ódio, com incentivo à violação de direitos fundamentais de grupos vulneráveis⁷, (iii) a radicalização política, a ampliação de

⁵ Estudo global publicado na revista *Lancet* mostrou que a confiança nas vacinas está em queda em diversos países, e que um dos elementos para esse resultado são a polarização política e a desinformação online. No Brasil, as pessoas que concordam fortemente com a afirmação de que os imunizantes são seguros passou de 73% para 63% entre 2015 e 2019. (FIGUEIREDO; SIMAS; KARAFILLAKIS; PATERSON; LARSON, 2020; DESINFORMANTE, 2021b).

⁶ Segundo a agência A Pública, mesmo sem comprovação científica de sua eficácia para o tratamento da Covid-19, quase 3 milhões de comprimidos de cloroquina foram distribuídos pelo território nacional e o Exército brasileiro gastou R\$ 1,5 milhão sem licitação para produzir a droga (ANJOS; MUNIZ; FONSECA; FERNANDES, 2021). Já o Governo Federal teria investido diretamente R\$ 90 milhões nos medicamentos que compunham o chamado “tratamento precoce”, também sem eficácia comprovada (SHALDERS, 2021).

⁷ Casos recentes de ataques com vítimas fatais em escolas no Brasil reacenderam o debate sobre o papel das plataformas para a difusão de discursos de ódio e de violência no ambiente escolar. Nesse contexto, segundo a Folha de São Paulo, o Ministério da Justiça e Segurança Pública mapeou perfis que fazem apologia da violência ou ameaças a escolas, mediante a publicação de fotos e nomes de autores de massacres e de vítimas, dentre outras práticas. Segundo o jornal, em reunião ocorrida em 10.04.2023, o Ministro da Justiça pediu a colaboração das plataformas para um combate mais eficiente destes conteúdos mas encontrou resistência por parte do Twitter que afirmou que “divulgar fotos e nomes de autores de ataques a escolas não viola as regras da plataforma” (LOPES; GABRIEL; COLETTA, 2023).

Além disso, segundo João Brant, Secretário de Políticas Digitais da Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República, na proposta do governo federal para responsabilização das plataformas e prevenção de conteúdos ilegais na internet há a previsão de medidas para “reduzir ataques a escolas e conteúdos prejudiciais a crianças e adolescentes” (CONJUR, 2023).

movimentos antidemocráticos e a redução da confiança nas instituições públicas⁸, com influência da desinformação em eventos como os ataques autoritários do dia 08.01.2023 no Brasil, (iv) a deturpação de processos eleitorais, com a divulgação de informações falsas para influenciar o resultado de eleições, (v) a difusão de conteúdos prejudiciais à saúde pública⁹, com destaque para o impacto negativo na saúde física e mental de crianças e adolescentes¹⁰, (vi) a ampliação da crença em teorias da conspiração, com reflexos graves em situações concretas¹¹.

Assim, o avanço da desinformação vai muito além da mera violação do direito à informação. Isso porque não apenas prejudica a capacidade das pessoas de se informarem adequadamente acerca dos temas de interesse público, como promove ativamente um processo de desinformação, com a desconstituição de conhecimentos consolidados e desagregação social.

As graves consequências da desinformação alteraram o debate jurídico acerca da regulação dos veículos de comunicação na internet.

Inicialmente, entendia-se pela desnecessidade de regulação da comunicação em rede, pois a suposta ausência de escassez dessas plataformas afastaria os motivos que justificam a disciplina jurídica dos meios de comunicação em massa.

⁸ Relatório produzido pelo Comitê Gestor da Internet (S/D) destaca o descrédito nas instituições tradicionais em face ao aumento da disseminação de informações falsas, afirmando que: “[a] mudança dos ecossistemas de informação na era digital, com novos atores e a necessidade de criar funções e papéis para equilibrar o sistema, somado ao enfraquecimento das mídias tradicionais que perdem audiência para as mídias digitais contribuem para uma perda generalizada de confiança nas instituições. A ausência de fontes de informação confiáveis oferece condições favoráveis para a disseminação de informações falsas e enganosas, gerando um círculo vicioso danoso à sociedade”.

No mesmo sentido, estudo publicado na *Misinformation Review*, mostrou que a desinformação diminui a confiança nos meios de comunicação tradicionais em todos os espectros políticos (OGNYANOVA; LAZER; ROBERTSON; WILSON, 2020).

⁹ Nesse contexto, estudos da Organização Mundial da Saúde destacaram que o surto da Covid-19, veio acompanhado do fenômeno da infodemia – excesso de informações sobre um assunto, que se multiplicam em pouco tempo com rumores e desinformação, além da manipulação das informações com intenção duvidosa, fenômeno que é “amplificado pelas redes sociais e se alastra muito rapidamente, como um vírus” (OPAS, 2020).

¹⁰ Pesquisadores têm apontado riscos para a saúde mental dos jovens pelo uso desmedido do aplicativo TikTok. O CCDH – Center for Countering Digital Hate (2022) desenvolveu estudo mediante a criação de novas contas no aplicativo nos EUA, Reino Unido, Canadá e Austrália, para pessoas com a idade mínima permitida – 13 anos, e verificou que em menos de dez minutos de uso, o aplicativo recomendou conteúdos problemáticos - vídeos sobre suicídio, em especial, foram recomendados em dois minutos e meio de acesso. Nos EUA, escolas públicas de Seattle entraram com processo contra empresas de tecnologia, alegando que elas impactam de forma negativa na saúde mental dos estudantes, o que impede as instituições de ensino de cumprir sua missão de educar (SOARES, 2023; KELLY, 2023).

¹¹ A título de exemplo dos efeitos concretos das teorias da conspiração divulgadas pela internet, mencione-se o caso de Alex Jones nos EUA. Jones é proprietário de site de divulgação de teorias conspiratórias e foi condenado ao pagamento de indenização de US\$ 1,5 bi às famílias das vítimas do tiroteio ocorrido na escola primária de Sandy Hooks, por ter propagado em seu site que o tiroteio era uma farsa fabricada pelo governo americano e encenada por atores, com o propósito de influir no debate sobre a restrição às armas nos EUA. Os pais das crianças entrevistados pela televisão, seriam, para a teoria, atores fingindo tristeza e perdas que não teriam ocorrido. Segundo a Folha de São Paulo, “[d]evido às mentiras contadas por Jones, os familiares das vítimas do massacre sofreram por uma década assédio e ameaças de morte por parte dos seguidores conspiracionistas” (FOLHA DE SÃO PAULO, 2022).

Em um segundo momento, admitiu-se a imposição de normas, no entanto, mais voltadas à garantia dos direitos civis e da segurança jurídica da atividade econômica das plataformas no âmbito da internet. Exemplo dessa forma de regulamentação foi o artigo 19 do MCI, de que trataremos a seguir.

No momento atual, no âmbito nacional e internacional, em razão dos problemas acima apontados, há um consenso em formação em torno da necessidade de uma regulamentação mais ampla das plataformas de comunicação¹².

Some-se a isso o comportamento recalcitrante das plataformas de mídia social que, mesmo informadas acerca de eventos relevantes, não atuaram de forma suficiente para impedir o avanço da desinformação. Esse comportamento constitui evidência da insuficiência da alternativa da autorregulação e da incapacidade das empresas de, sozinhas, sanear o problema¹³.

As iniciativas de regulação das plataformas em curso compreendem o desenvolvimento de novas normas – em processo de criação ou já aprovadas – voltadas a estabelecer um regime administrativo com deveres de comportamento e de cuidado com as plataformas de comunicação¹⁴, e o questionamento da constitucionalidade de dispositivos, como o artigo 19 do MCI, que limitam a responsabilidade dos provedores de aplicações na internet.

Passa-se, então, a analisar a regulamentação da responsabilidade civil dos provedores de internet, atualmente disciplinada pelo art. 19 do MCI.

¹² A esse respeito, Gilmar Mendes (2023) afirma: “[d]iante do alinhamento das conjunturas internacionais e nacional, parece estar emergindo um consenso no Brasil de que o papel exercido pelos intermediários online na formação do discurso público requer uma política regulatória democrática que aprimore a sua responsabilidade na moderação de conteúdos online danosos”.

¹³ Estudo feito pela organização não governamental Global Witness (2022), no contexto das eleições brasileiras de 2022, apontou que o Facebook aprovou 100% das postagens feitas pelos pesquisadores contendo desinformações. Segundo a Global Witness (2022): “Isso segue um padrão semelhante que descobrimos em Mianmar, Etiópia e Quênia sobre a incapacidade do Facebook de detectar discurso de ódio em ambientes políticos voláteis – mas o que é diferente desta vez é que o conteúdo do anúncio continha informações eleitorais totalmente falsas (como a data da eleição errada) e informações destinadas a desacreditar o processo eleitoral e, portanto, minar a integridade eleitoral. O Facebook divulga seus esforços de integridade eleitoral, alegando ter “operações de segurança avançadas para derrubar campanhas de manipulação e identificar ameaças emergentes”, mas nossas descobertas são um lembrete de como é fácil para os malfetores contornar suas medidas. Dada a natureza de alto risco da eleição brasileira, o Facebook está falhando em seus esforços para proteger adequadamente os brasileiros de um pesadelo de desinformação” (tradução livre).

¹⁴ Nesse contexto, países da Europa têm adotado regras para maior controle da atuação das plataformas digitais, dentre elas, a NetzDG alemã e o DSA da União Europeia.

4. A disciplina jurídica da responsabilidade civil das plataformas digitais

O artigo 19 do MCI disciplina e limita a responsabilidade dos provedores de aplicações na internet. Diz o artigo:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

O mecanismo permite que os provedores de aplicação da internet hospedem conteúdos gerados por terceiros sem maiores preocupações, vez que apenas responderão civilmente se, após ordem judicial, não retirarem o conteúdo dentro de certo prazo.

O preceito exime os provedores de realizar atividade de análise ou busca ativa do conteúdo que é incluído em suas plataformas. Podem apenas agir passivamente, aguardando pela notificação de ordem judicial – ou do usuário, em caso de publicações que contenham cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado (cf. art. 21 do MCI) – para a retirada de conteúdo.

Confere-se, assim, proteção e segurança jurídica à atividade econômica dos provedores, reduzindo o risco de responsabilização civil por danos decorrentes de conteúdo inserido por terceiros em suas plataformas.

Por outro lado, para os usuários, a exigência de ordem judicial configura uma garantia de proteção à liberdade de expressão contra a censura privada. Isso porque, ao conferir proteção à atividade econômica, o art. 19 do MCI retira o estímulo a que o provedor, com receio da responsabilização civil, atue como um censor privado removendo ativa e amplamente conteúdos produzidos por seus usuários. Em vez do provedor, o Judiciário é colocado como intermediador da situação, o que o permite atuar como garantidor da liberdade de expressão contra a retirada ilícita de conteúdo.

Preceitos semelhantes ao art. 19 do MCI estão presentes em outros ordenamentos, como o norte-americano¹⁵.

¹⁵ O ordenamento norte-americano igualmente exclui a responsabilidade do provedor por conteúdo de terceiros. Nesse

Ocorre que a disciplina da responsabilidade civil dos provedores de aplicações vem sendo questionada. Os preceitos normativos que a estatuem atualmente são objeto de controle de constitucionalidade no Brasil (REs 1037396 e 1057258, temas 533 e 987 da repercussão geral no âmbito do STF) e nos Estados Unidos (caso *Gonzales vs. Google*).

O questionamento funda-se na ideia de que esse modelo de responsabilidade civil confere uma proteção muito alta às plataformas de comunicação, impedindo qualquer forma de responsabilização. Se, por um lado, garante segurança à atividade econômica, por outro, reduz o estímulo para que as empresas incorram nos custos necessários para regulamentar o seu funcionamento de modo a efetivamente combater a desinformação. Assim, diante dos graves danos causados pela desinformação, os críticos do modelo entendem por sua inconstitucionalidade e pela necessidade de alteração da disciplina da responsabilidade civil dos provedores.

Para tratar do tema, importa analisar o conceito de intermediário no processo de comunicação.

5. O conceito de intermediário, fundamento do preceito normativo do art. 19 do MCI, e sua adequação com a atuação das plataformas digitais

O fundamento do art. 19 do MCI é a ideia de que as empresas exercem o papel de intermediário no processo de comunicação.

O intermediário constitui o elo responsável por levar o conteúdo do emissor ao destinatário. Ele não se confunde com o emissor ou com destinatário, pois não participa da elaboração do conteúdo da comunicação. Apenas transmite a mensagem de um ponto ao outro, sem influir sobre o conteúdo da comunicação.

Por não se confundir com os atores do processo comunicativo – emissor e destinatário – e por não exercer nenhuma influência sobre o objeto da comunicação, erigiu-se a ideia de que o intermediário não pode ser responsabilizado por danos provocados pelo conteúdo gerado por terceiros.

Trata-se de um princípio já antigo, que disciplina a responsabilidade civil dos meios de comunicação que atuam como intermediários – como serviço postal

sentido é a redação atual do §230 do Communication Decency Act (CDA), que prevê: “nenhum provedor ou usuário de um serviço interativo de computador deve ser tratado como o editor ou difusor de qualquer informação fornecida por outro provedor de conteúdo informativo” (tradução livre).

ou telefonia. Os serviços postais, responsáveis apenas por levar correspondência do remetente ao destinatário, bem como as empresas de telefonia, responsáveis por interligar dois indivíduos, ambos sem qualquer influência sobre o conteúdo, igualmente foram protegidos de responsabilização civil pelo conteúdo da comunicação gerado por terceiros. Assim, a empresa que presta serviços postais não pode ser responsabilizada em caso de transporte de mercadoria ilícita da qual não tenha conhecimento, assim como a empresa de telefonia não pode ser responsabilizada por ligações telefônicas com conteúdo ilícito, como ameaças proferidas pelo telefone.

Do mesmo modo, essa ideia está na gênese da regulamentação dos veículos de comunicação na internet. No Brasil, cinco anos antes da promulgação do Marco Civil da Internet, o mecanismo já havia sido reconhecido como um dos Princípios para a Governança e Uso da Internet no Brasil, elaborados e adotados pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br), no ano de 2009. Diz o princípio 7:

7. Inimputabilidade da rede. O combate a ilícitos na rede deve atingir os responsáveis finais e não os meios de acesso e transporte, sempre preservando os princípios maiores de defesa da liberdade, da privacidade e do respeito aos direitos humanos¹⁶.

Esse forma de regulamentação distingue-se da disciplina de responsabilidade civil dos meios de comunicação que produzem ou difundem conteúdo aos usuários. A mídia escrita e a radiodifusão possuem responsabilidade editorial. Logo, podem ser responsabilizadas por danos causados pelo conteúdo que veiculam em seus canais, seja aquele produzido pelas próprias empresas, ou por terceiros, a exemplo das inserções de publicidade¹⁷.

O fundamento para a distinção de tratamento está no fato de que as empresas de mídia escrita e de radiodifusão não atuam apenas como um intermediário. Elas têm conhecimento do conteúdo que veiculam e são responsáveis por sua seleção.

¹⁶ Disponível em <https://principios.cgi.br/>. Acesso em: 12 abr. 2023.

¹⁷ A responsabilidade dos veículos de imprensa está consolidada na Súmula 221 do STJ, que prevê: “[s]ão civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação”. Em razão do art. 19 do MCI, a jurisprudência não tem aplicado o disposto na súmula aos provedores de aplicações de Internet, por considerar que o veículo de imprensa exerce controle editorial, ao passo que o provedor atua apenas como intermediário da comunicação. Nesse sentido: STJ, AgInt no REsp 1647548 MT, Rel. Min. Lázaro Guimarães (Des. convocado do TRF 5ª Região), DJe 22.05.2018.

Daí a atribuição, a elas, da responsabilidade pelos danos causados pelo conteúdo da comunicação.

Ocorre que o serviço desenvolvido pelas plataformas de comunicação no âmbito da internet não se enquadra devidamente no conceito de intermediário.

Há uma série de características que diferenciam as atividades desenvolvidas pelas plataformas do conceito de intermediário:

1. As plataformas, em geral, conhecem o conteúdo da comunicação, o que as distingue do serviço postal e do serviço tradicional de telefonia. Mais do que isso, valem-se desse conhecimento para gerenciar a forma como o conteúdo será visibilizado. Com base na coleta e análise de dados pessoais, as plataformas promovem um gerenciamento dos conteúdos que serão disponibilizados para cada usuário durante todo o período de uso do serviço. Esse gerenciamento em geral é conduzido segundo o modelo de negócio descrito acima, que visa ampliar o tempo de permanência do usuário na rede em busca de maior renda de publicidade.
2. Ao contrário do modelo de intermediário forjado para o serviço postal e o serviço tradicional de telefonia, a principal forma de remuneração das plataformas de comunicação não é o pagamento pelo serviço (como o pagamento pelo envio da carta ou pela ligação telefônica), mas sim pela publicidade. Essa forma de remuneração pressupõe o gerenciamento do conteúdo, tal como ocorre com o serviço de mídia impressa e radiodifusão, o que afasta as empresas de internet do conceito de intermediário.
3. Os provedores de aplicações de internet não são neutros em relação ao usuário. Levando em consideração a natureza do processo e o poder da comunicação, mediante a filtragem, sugestionamento e impulsionamento de conteúdos, as plataformas exercem um efeito direto sobre o usuário, com potencial de alteração de suas preferências, opiniões e seus padrões de comportamento.

Nenhuma dessas condutas é própria da atividade de intermediário. Não se imagina um serviço postal que tenha acesso ao conteúdo das correspondências, e, a partir delas, sugira outras a seus usuários, atuando sobre preferências e padrões de comportamento de seus usuários, e explorando renda de publicidade por esse serviço.

Para logo se vê, portanto, que a atuação das plataformas de comunicação não se enquadra devidamente no conceito de intermediário, tal como pensado

para a disciplina dos veículos de comunicação. Ainda que realizem intermediação de conteúdo – e nessa medida, sob interpretação literal e gramatical, possam ser tratadas como intermediárias –, é fato que a intermediação das plataformas tem caráter ativo, com participação direta na comunicação. Essa atuação positiva afasta os elementos do conceito de intermediário que fundamentam a limitação da responsabilidade – neutralidade, passividade, desconhecimento do conteúdo e não intervenção sobre o conteúdo e sobre o fluxo da comunicação.

Essa constatação demonstra a insuficiência conceitual da disciplina de responsabilidade civil atribuída aos provedores de aplicações de internet pelo MCI.

É importante reconhecer que há, de fato, efeitos positivos da disciplina jurídica disposta pelo MCI aos provedores de aplicações de internet – redução da litigiosidade, proteção da liberdade de expressão individual contra retirada em massa de conteúdos pelas plataformas, controle do poder das plataformas de comunicação mediante a intermediação realizada pelo poder judiciário, e segurança jurídica ofertada às empresas do setor (INTERNET LAB, 2018).

Contudo, os graves efeitos adversos do avanço da desinformação colocam a necessidade da análise e consideração das alternativas de aperfeiçoamento do sistema em vigor.

6. Possíveis caminhos em busca de tratamento do problema

Abaixo são apresentados possíveis caminhos em busca do tratamento do problema da desinformação com base na disciplina da responsabilidade civil das plataformas de comunicação. Ressalta-se que a ideia aqui desenvolvida não busca apontar ou defender uma solução única, mas sim explorar possíveis caminhos, indicando os aspectos positivos e negativos de cada um deles. O objetivo é fomentar o debate e não defender uma resposta já pronta e definitiva. Até porque o tema é desafiador, e ainda não há, na prática, nenhuma receita considerada como a solução ideal para o combate à desinformação na comunicação em rede. Além disso, a disciplina da responsabilidade civil é apenas uma das formas de tratar o problema, e certamente não afasta a necessidade de um regime administrativo apto a regular o setor de forma estrutural.

No debate acerca do art. 19 do MCI, os defensores da inconstitucionalidade do artigo apontam que os graves problemas causados pela desinformação devem ser endereçados pelo reconhecimento da possibilidade de responsabilização dos provedores de aplicação de internet pelos conteúdos de terceiros incluídos em

suas plataformas. Apontam a gravidade e urgência da questão e a inefetividade, até o momento, da atuação das plataformas para a correção do problema¹⁸.

Por outro lado, os defensores da constitucionalidade do art. 19 ou de sua interpretação conforme a constituição reconhecem os problemas da desinformação. Não obstante, entendem que o regime de responsabilidade civil da Lei 12.965/2014 foi um ganho e que a sua retirada geraria mais prejuízos que vantagens. Isso porque afastaria o judiciário de seu papel de intermediador e conferiria ainda maior poder aos provedores de aplicações para fazer a gestão defensiva do conteúdo passível de ser veiculado em suas plataformas de forma a evitar a responsabilização civil. Essa atuação seria prejudicial à liberdade de expressão, pois implicaria a retirada de conteúdos legítimos, sendo que os maiores prejudicados seriam a população mais vulnerável, com menor capacidade de recorrer à via judicial para reverter essa violação¹⁹.

Defendem, ainda, que, em vez de retirar o art. 19 do ordenamento, o preceito deveria ser complementado, seja (i) por um novo regime administrativo de regulamentação dos meios (a exemplo de legislações recentes no Reino Unido, Alemanha e Europa²⁰), ou (ii) por novas disposições de responsabilidade civil ou interpretação conforme do art. 19, de modo a estabelecer quais conteúdos poderiam ser retirados das redes apenas mediante pedido do usuário, sem necessidade de ordem judicial, de forma semelhante ao previsto no art. 21 do MCI²¹.

Há, contudo, outra possibilidade de tratamento da responsabilidade civil das empresas de internet, que decorre da análise do conceito de intermediário, e se relaciona ao debate realizado na Suprema Corte norte-americana a respeito do tema (caso *Gonzales vs. Google*).

Em conformidade com o exposto até aqui, é possível dividir a atividade dos provedores de aplicações em duas condutas distintas. A primeira refere-se ao ato de receber e hospedar o conteúdo de terceiro em sua plataforma. A segunda refere-se ao ato de gerenciamento do conteúdo.

¹⁸ Nesse sentido, as manifestações de CONIB (2019) nos autos do RE 1.037.396/SP, da Clínica de Responsabilidade Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil) na audiência pública sobre o MCI (CONJUR, 2023).

¹⁹ Nesse sentido, dentre outros, Internetlab (2018) e IDEC (2019).

²⁰ Sobre a experiência internacional, vide: BRANT; SANTOS; DOURADO; PITA, 2021.

²¹ Como exemplo de interpretação conforme do art. 19 do MCI, vide proposta da Rede de Direito Civil Contemporâneo apresentada na audiência pública do MCI (LEONARDO, 2023).

A primeira conduta é passiva. Restringe-se a admitir, com base em seus termos de uso, a inclusão de um certo conteúdo produzido por terceiro em sua plataforma.

A segunda é ativa, pois requer uma atuação positiva dos provedores de aplicação no sentido de gerenciar e manipular o conteúdo incluído em sua plataforma. Mediante a ação do algoritmo, o conteúdo não apenas é mantido acessível em seu respectivo endereço, como também é sugerido para visualização, disponibilizado ou linkado em outros locais da plataforma. Além disso, o conteúdo pode ser impulsionado ou objeto de publicidade com base em remuneração recebida pela plataforma. Essas atividades voltam-se a atender às finalidades do negócio, que tem por fundamento a busca de lucro mediante a ampliação do tempo de permanência do usuário na plataforma (economia da atenção).

A outra forma de disciplina jurídica da responsabilidade civil dos provedores aqui analisada consistiria em manter a vigência do art. 19 do MCI, por sua constitucionalidade, aplicando-o à primeira conduta das plataformas, de caráter passivo, consistente na admissão e hospedagem de conteúdo produzido por terceiros. A esta atividade, manter-se-ia a disciplina jurídica que afasta a responsabilidade civil dos provedores por conteúdo de terceiro, segundo a fórmula prevista no MCI.

Por outro lado, no caso da segunda conduta, de caráter ativo, admitir-se-ia a responsabilidade dos provedores por danos causados pela atividade de gerenciamento de conteúdo. Os contornos do que se entende por gerenciamento, ressalte-se, devem ser bem definidos, de modo a não abarcar todo ato de gerenciamento por parte das plataformas.

Isso significa que as plataformas responderiam não pelo conteúdo produzido por terceiros, mas sim por seus atos positivos de manipulação, sugestionamento e disponibilização ativa do conteúdo a outras pessoas. Ou seja, os provedores responderiam por seus próprios atos, por sua conduta, e não por atos de terceiro, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), art. 7º, XIII do MCI, e art. 927 do Código Civil (CC)²².

²² CDC. Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

MCI. 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.

CC. Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Reitere-se que o processo de comunicação constitui o exercício do poder de participar da construção (e determinação) dos significados. Logo, os atores que difundem a desinformação ou conteúdo ofensivo a direitos fundamentais exercem esse poder, atuando positivamente sobre a formação da opinião pública para a construção de significados falsos ou ilícitos em assuntos de interesse público e privado, ainda que não tenham sido responsáveis pela produção do conteúdo. Logo, o fundamento para essa forma de responsabilização civil está no fato de que a atividade de gerenciamento constitui uma conduta comissiva, que produz consequências efetivas a outras pessoas, podendo causar dano. Daí a possibilidade de atribuir responsabilidade às plataformas de comunicação pela atividade de gerenciamento, sem afastar a vigência do art. 19 do MCI.

Em suma, nessa alternativa, caso a plataforma receba o conteúdo e não o sujeito à atividade de gerenciamento, permaneceria vigente o art. 19 do MCI. Em caso de dano provocado por esse conteúdo, a plataforma não seria responsabilizada, a não ser que violasse o procedimento previsto no MCI.

Por outro lado, caso um dano seja causado pela difusão de conteúdo desinformativo ou violador de direitos fundamentais, fruto da atividade de gerenciamento realizada pelas plataformas, nesse caso seria possível a responsabilização dos provedores em razão de sua conduta de gerenciamento, não em razão do conteúdo gerado por terceiros.

Note-se que essa alternativa seria uma forma de responsabilizar as plataformas exatamente pelo que fazem. A atividade de gerenciamento, isto é, o ato de manipular um determinado conteúdo por elas hospedado, é algo que está sob o poder e controle das plataformas, e não constitui responsabilidade por ato de terceiro.

Os pontos positivos dessa alternativa seriam os seguintes:

1. Traria um potencial de melhor aplicação do conceito de intermediário como fundamento da limitação de responsabilidade dos veículos de comunicação, aplicando-o à atividade de intermediário das plataformas – recebimento e manutenção de conteúdo –, e afastando-o quando as plataformas deixam de agir como intermediário para participar ativamente da comunicação mediante a atividade de gerenciamento.
2. Manteria o Judiciário como intermediário na proteção da liberdade de expressão no âmbito da internet. O artigo 19 do MCI continuaria vigente de modo que, permaneceria necessária a obtenção de autorização judicial para a exclusão de conteúdos, sem impedir, claro, a atividade de moderação de

conteúdos violadores de direitos fundamentais já realizada pelos provedores de aplicações.

3. A manutenção da vigência do art. 19 do MCI e da intermediação do Poder Judiciário evitaria a conferência de maior poder aos provedores de aplicação da internet, impedindo que se tornem os censores do que deve ou não ingressar na rede; seriam mantidos, assim, os benefícios do MCI para a proteção da liberdade de expressão dos indivíduos.

4. Do mesmo modo, a manutenção da vigência do art. 19 manteria a proteção à segurança jurídica das empresas, ainda que de forma menos abrangente. Caso os provedores se deparassem com um conteúdo que entendessem como violador de direitos fundamentais ou como desinformação, não teriam necessidade de retirá-lo da plataforma para evitar a responsabilização civil. Bastaria que não o incluíssem em sua atividade de gerenciamento. Logo, a insegurança ou risco de responsabilização não decorreria do conteúdo inserido por terceiros, mas sim da inclusão desse conteúdo, pelas próprias empresas, na atividade de gerenciamento²³.

5. Essa alternativa de responsabilização atuaria sobre o modelo de negócio das empresas de internet, que é a raiz do problema e não vem sendo devidamente tratado pelas iniciativas de regulamentação no cenário internacional (BRANT; SANTOS; DOURADO; PITA, 2021, p. 15-16). Isso porque a adaptação das empresas exigiria uma filtragem na atividade de gerenciamento, de modo a evitar a disseminação de conteúdo passível de responsabilização civil por parte dos provedores²⁴.

²³ Importa notar que atualmente, há provedores de aplicações que realizam moderação, excluindo conteúdos que violam direitos fundamentais mesmo sem ordem judicial para tanto. A título de exemplo, o Google (2019, p. 4) informa que "(...) o número de decisões judiciais que determinam a remoção de conteúdo é muitíssimo inferior à quantidade de conteúdo inadequado que é removido diretamente, por violação às diretrizes das plataformas. Para que se tenha uma ideia, apenas no YouTube foram removidos, em 2018, 32.923.038 (trinta e dois milhões, novecentos e vinte e três mil e trinta e oito) vídeos por violação às Diretrizes da Comunidade." O objetivo dessa atividade é evitar a difusão de conteúdo violador de direitos fundamentais em casos graves, e a prática está sujeita ao escrutínio judicial, caso as plataformas digitais retirem indevidamente conteúdos lícitos. A adoção da forma distinta de responsabilidade civil ora em análise não impediria a continuidade dessa forma de moderação por parte das empresas.

²⁴ É de se considerar que parte relevante das empresas que estariam sujeitas a essa responsabilização, em geral, possuem grande porte, estrutura, capacidade econômica e tecnológica e atuação internacional. Por isso, dispõem de capacidade para os investimentos necessários à adaptação do negócio a uma eventual nova disciplina jurídica. Em conformidade com esse raciocínio, seria possível a aplicação dessa modalidade de responsabilidade apenas a empresas que detenham um determinado porte, seja em termos econômicos ou da relevância de sua atividade na rede. Tratar-se-ia de distinção justificada pela desigualdade fática existente entre grandes plataformas de comunicação e indivíduos ou pequenas empresas que desempenham atividade de menor relevância e com menor impacto na internet.

Por outro lado, o ponto negativo e o desafio à viabilidade dessa alternativa está na necessidade de definição dos contornos do que se entende por gerenciamento. Uma definição muito ampla para fins de responsabilização civil poderia abarcar um volume acentuado de condutas das empresas, e assim, ampliar demasiadamente o âmbito de incidência da responsabilização. Caso isso ocorresse, as empresas poderiam assumir uma postura defensiva, passando a exercer um amplo controle para exclusão de conteúdos de suas plataformas, de forma a evitar a responsabilidade por atividade de gerenciamento. Disso decorreria a violação à liberdade de expressão, por conta da retirada de conteúdos legítimos da internet, com expressivo efeito sobre a população mais vulnerável.

Essa atuação por parte das empresas poderia ser interpretada como desproporcional, pois a alternativa em análise não afastaria a vigência do art. 19 do MCI. Assim, para se protegerem, não seria necessária a exclusão de conteúdos da plataforma. Bastaria que o conteúdo não fosse incluído na atividade de gerenciamento.

Além disso, a retirada de conteúdos que não violam direitos fundamentais poderia sujeitar as empresas à responsabilização civil. Dessa feita, poderia ser menos arriscado e menos custoso manter o conteúdo, sem sujeitá-lo à atividade de gerenciamento, do que retirá-lo de forma ilegítima das plataformas.

De todo modo, esse relevante desafio e ponto negativo requer aperfeiçoamento para que se defina e se delimite o conceito de gerenciamento de conteúdo capaz de fazer incidir a responsabilização civil das empresas de internet.

Para tanto, deve-se considerar que a finalidade dessa alternativa seria a de combater a difusão massiva de desinformação, discurso de ódio e conteúdos ofensivos a direitos fundamentais, que efetivamente contribui para a produção de danos no âmbito da internet. Nesse ensejo, deveriam ser excluídas do conceito de gerenciamento as atividades ordinárias das plataformas, que não podem ser consideradas relevantes o suficiente para gerar responsabilização civil.

Essa definição de contornos precisos não será desenvolvida por este artigo, vez que ainda necessita de aperfeiçoamento e maturação. No entanto, duas alternativas podem ser expostas e analisadas.

Uma primeira alternativa para a restrição da disciplina seria a responsabilização das empresas não por toda atividade de gerenciamento, mas apenas pela atividade de propaganda e impulsionamento de conteúdo com base em pagamento.

Assim, nos termos expostos acima, manter-se-ia em vigor o artigo 19 do MCI, por sua constitucionalidade. O recebimento, manutenção e mesmo a moderação de conteúdo pelas plataformas estariam protegidos pelo MCI. Não obstante, a propaganda e o impulsionamento de conteúdo decorrente de pagamento (publicidade) sujeitaria as empresas à responsabilização civil em caso de dano, não em razão do conteúdo de terceiro, mas sim em razão da conduta positiva de impulsionamento e publicidade.

O fundamento para essa responsabilização estaria no fato de que a propaganda e o impulsionamento têm o poder de difundir conteúdos desinformativos ou violadores de direitos fundamentais, com potencial para influir sobre a formação da opinião pública e mesmo alterar padrões de comportamento. Por constituir uma conduta positiva, isto é, uma ação voluntária, seria passível de responsabilização em caso de produção de danos a outros indivíduos.

Além disso, as empresas recebem recursos pela atividade de propaganda e impulsionamento e a realizam com base em cláusulas contratuais, direcionando a mensagem publicitária às pessoas com maior interesse pelo consumo do produto ou serviço, tudo com base nos dados pessoais colhidos dos usuários (microdirecionamento). Logo, se as empresas têm capacidade de controlar esse detalhamento da atividade de propaganda e impulsionamento, podem igualmente exercer o controle sobre as mensagens utilizadas nesta atividade, evitando a disseminação de conteúdo desinformativo ou violador de direitos fundamentais em sua atividade publicitária.

Reitere-se que a exclusão de conteúdos da atividade de propaganda e impulsionamento não implicaria a necessidade de sua retirada das plataformas de internet. Isso porque o artigo 19 do MCI continuaria em vigor, exigindo a autorização judicial para a retirada de conteúdo de terceiros.

O ponto negativo desta alternativa estaria no fato de que a responsabilização pela propaganda e impulsionamento, de contornos mais restritos, talvez não seja suficiente para combater com eficácia o problema da desinformação. Isso porque a atividade de gerenciamento capaz de provocar danos vai muito além do impulsionamento e da publicidade.

O ponto positivo estaria no fato de que essa alternativa, justamente por ser mais restrita, geraria menor risco de retirada em massa de conteúdos da internet por parte dos provedores de aplicação, receosos da responsabilização civil, e conseqüentemente menor risco de violação à liberdade de expressão.

Uma segunda alternativa seria a responsabilização dos provedores de aplicação pela atividade de recomendação de conteúdo. Sob essa definição, mais ampla que a anterior, os atos de recomendação – a exemplo da disponibilização, sugestionamento e linkagem de conteúdo –, decorrentes ou não de pagamento, por constituírem ação voluntária das plataformas, poderiam sujeitá-las à responsabilização, caso venham a provocar danos a terceiros. A responsabilidade decorreria da ação de recomendação, e não do conteúdo produzido por terceiro.

Essa é justamente a questão que está sob julgamento na Suprema Corte norte-americana no caso *Gonzalez v. Google*: saber se o sistema de recomendação das plataformas de internet, por constituir conduta distinta da produção de conteúdo, é protegido pela limitação de responsabilidade relativa a conteúdo de terceiros²⁵.

Por ser mais ampla, essa alternativa poderia combater com maior eficácia os efeitos nocivos da atividade de gerenciamento de conteúdo. Além disso, a atividade de recomendação de conteúdo é uma das principais ferramentas das plataformas para incidir sobre o comportamento dos usuários e fazer com que fiquem mais tempo utilizando a rede. É também uma das atividades mais criticadas por direcionar usuários a conteúdos de desinformação ou que violem direitos fundamentais, mediante o uso do algoritmo, como demonstrado, no caso do Youtube, por pesquisas realizadas pela Fundação Mozilla²⁶ e pelo Wall Street

²⁵ O caso a ser decidido pela Suprema Corte norte-americana é assim sumarizado pelos petiçãoários (*GONZALEZ v. GOOGLE LLC.*, 2022, p. i): “A questão apresentada é: A seção 230(c)(1) imuniza os serviços de computador interativos quando eles fazem recomendações direcionadas de informações fornecidas por outro provedor de conteúdo de informações, ou apenas limita a responsabilidade dos serviços de computador interativos quando eles se envolvem em funções editoriais tradicionais (tal como decidir se deve exibir ou retirar) em relação a tais informações?” (tradução livre).

²⁶ A Fundação Mozilla conduziu uma pesquisa com milhares de usuários em diversos países a respeito do sistema de recomendação de vídeos do Youtube (*MOZILLA FOUNDATION*, 2021). A Fundação estabeleceu um selo para que os usuários pudessem classificar vídeos indesejados como “arrepentimentos do Youtube” (*youtube regrets*), e os resultados, segundo a própria pesquisa, foram “alarmantes”.

Após análise dos dados, a pesquisa estimou que “12,2% dos vídeos relatados (...) ‘não deveria estar no YouTube’ ou ‘não deveria ter sido recomendado proativamente’, com base nas diretrizes da comunidade do YouTube”. Os quatro principais motivos de inadequação desses vídeos são desinformação, conteúdo violento, desinformação sobre Covid e discurso de ódio. Somadas, as categorias desinformação e desinformação sobre Covid “representam aproximadamente um terço de todos os arrependimentos [relatos] categorizados”. Outras categorias de destaque abrangem segurança infantil, assédio e cyberbullying e abuso de animais.

A pesquisa identificou as seguintes conclusões relevantes:

- (i) 71% de todos os relatos de arrependimento decorreram de recomendações feitas pelo algoritmo da plataforma; os vídeos recomendados tinham 40% mais de chances de serem relatados do que os vídeos buscados pelos usuários;
- (ii) os vídeos relatados tinham alta visualização, contando com “70% mais visualizações por dia do que outros vídeos assistidos por nossos voluntários”; os vídeos inadequados retirados pelo próprio Youtube já contavam com 160 milhões de visualizações no momento em que foram relatados;
- (iii) parcela relevante dos vídeos recomendados relatados como inadequados (43,3%) não possuíam nenhuma relação com o vídeo anterior que o usuário assistiu;

Journal²⁷. Logo, sujeitar essa atividade à responsabilização civil pode ter um impacto relevante na mudança de conduta por parte das empresas de internet.

Por outro lado, o ponto negativo estaria na amplitude da atividade de recomendação e no risco de retirada em massa de conteúdos da internet por parte dos provedores de aplicação, em razão do receio de responsabilização civil.

As duas alternativas exploradas acima não excluem, naturalmente, outras possibilidades de delimitação do conceito de gerenciamento que venham a surgir e possam ser consideradas mais adequadas para a responsabilização das plataformas digitais.

O que importa, para os fins deste artigo, é apontar a alternativa de responsabilização das plataformas com base na distinção entre as atividades de hospedagem e de gerenciamento de conteúdo.

Essa alternativa permitiria não apenas a responsabilização por danos individuais, como também por danos coletivos, em virtude da difusão, pela empresa de internet, de um volume de desinformação, discurso de ódio ou conteúdo violador de direitos fundamentais, que tenham dado causa a danos coletivos ou sociais. Dá-se destaque ao papel que poderá ser exercido pela sociedade civil e pelas instituições de justiça – *i.e.*, Defensoria Pública e Ministério Público – na fiscalização das atividades dos provedores de aplicação.

Por fim, observe-se que a forma de responsabilização das plataformas ora em análise não equivale à responsabilidade da mídia tradicional pela atividade de editoração. As condutas e forma de remuneração desses atores se aproximam, mas não se equivalem. O editor – radiodifusor ou publicação escrita – tem o poder

(iv) os países de língua não inglesa são atingidos de maneira mais intensa – a “taxa de arrependimentos do YouTube é 60% maior em países que não têm o inglês como idioma principal”. Em países anglófonos, a taxa de vídeos relatados é de cerca de 11 a cada 10.000 vídeos assistidos, ao passo que no Brasil, Alemanha e França, países mais atingidos, as taxas estão “acima de 20 arrependimentos por 10.000 vídeos assistidos”.

A pesquisa identifica que o algoritmo de recomendação é um dos principais responsáveis pela difusão de desinformação e conteúdo violador de direitos fundamentais no Youtube, e destaca que, segundo informações de executivo da empresa, os vídeos assistidos por conta de recomendação do algoritmo representam “70% do tempo de exibição na plataforma – cerca de 700 milhões de horas todos os dias”.

Em razão desses dados, a pesquisa aponta que “[a] enorme influência do YouTube significa que esses filmes atingem um grande público, tendo um impacto profundo em inúmeras vidas, da radicalização à polarização. E, no entanto, o YouTube respondeu a essas críticas com inércia e opacidade.” (MOZILLA FOUNDATION, 2021)

²⁷ Segundo pesquisa realizada por Jack Nicas, do Wall Street Journal (NICAS, 2018): “O YouTube é a nova televisão, com mais de 1,5 bilhão de usuários, e os vídeos que o site recomenda têm o poder de influenciar pontos de vista em todo o mundo. Essas recomendações geralmente apresentam conteúdo divisivo, enganoso ou falso, apesar das mudanças que o site fez recentemente. [...] A investigação do jornal descobriu que as recomendações do YouTube geralmente levam os usuários a canais que apresentam teorias da conspiração, pontos de vista partidários e vídeos enganosos, mesmo quando esses usuários não demonstraram interesse em tal conteúdo. Quando os usuários mostram um viés político no que escolhem ver, o YouTube geralmente recomenda vídeos que ecoam esses preconceitos, geralmente com pontos de vista mais extremos”.

de escolher qual conteúdo será incluído em sua plataforma. A porta é fechada, e apenas o editor determina quem entra. Os provedores de aplicação da internet, por sua vez, embora possam ter formas distintas, em geral se abrem à inclusão de conteúdo por parte de terceiros. A inclusão de conteúdo decorre da atividade dos usuários, de modo que a plataforma não tem o poder de determinar o que será publicado. A porta está aberta para entrada de usuários e suas mensagens.

Além disso, a atividade de gerenciamento das plataformas é realizada em escala industrial, sobre um alto volume de conteúdo, o que a diferencia da editoração de um jornal ou canal de rádio e TV.

Em razão dessas características, de fato seria uma tarefa mais difícil para o provedor ser responsável pelo conteúdo inserido por terceiros. Essa diferença fundamenta a distinção de tratamento, justificando a importância do art. 19 do MCI, e o desenvolvimento de um regime distinto de responsabilidade civil para esses diferentes veículos de comunicação.

7. Conclusão

Os problemas decorrentes do mau funcionamento do espaço público da comunicação em rede são graves e complexos. Soa irreal ponderar que, na época histórica de maior evolução das tecnologias de comunicação, estas estejam servindo à desinformação, ao discurso de ódio, à violência, à desagregação social e à ameaça à democracia.

Não há, até o momento, fórmula ideal para solucionar essas questões. Daí a necessidade de ampliação do debate e a experimentação de novas soluções, com a prudência e a urgência que o tema reclama.

A opção legislativa ou judicial a ser construída deve ser capaz de manter os ganhos obtidos com a aprovação do Marco Civil da Internet, implementar uma forma razoavelmente eficiente de combate à desinformação e tutelar os direitos fundamentais dos atores envolvidos, especialmente dos usuários das plataformas.

8. Referências

ANJOS, Anna Beatriz; MUNIZ, Bianca; FONSECA, Bruno; FERNANDES, Larissa. O mapa da cloroquina: como governo Bolsonaro enviou 2,8 milhões de comprimidos para todo o Brasil. *A Pública*, 01.03.2021. Disponível em: <https://apublica.org/2021/03/o-mapa-da-cloroquina-como-governo-bolsonaro-enviou-28-milhoes-de-comprimidos-para-todo-o-brasil/> Acesso em: 12 abri. 2023.

BENKLER, Yochai. *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*. New Haven e London: Yale University, 2006.

BRANT, João. A dimensão coletiva da liberdade de expressão e sua relevância no combate à desinformação. In: *Democracia e Direitos Fundamentais*, 17.12.2021. Disponível em: <https://direitosfundamentais.org.br/a-dimensao-coletiva-da-liberdade-de-expressao-e-sua-relevancia-no-combate-a-desinformacao/> Acesso em: 15 abr. 2023.

BRANT, João; SANTOS, João Guilherme Bastos; DOURADO, Tatiana; PITA, Marina. *Regulação de combate à desinformação: estudo de oito casos e recomendações para uma abordagem democrática*. São Paulo: Fundação Friedrich Ebert, 2021. Disponível em: <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/17529.pdf> Acesso em: 15 abr. 2023.

CENTER FOR COUNTERING DIGITAL HATE. Deadly by design: TikTok pushes harmful content promoting eating disorders and self-harm into users' feeds. *CCDH*, 2022. Disponível em: https://counterhate.com/wp-content/uploads/2022/12/CCDH-Deadly-by-Design_120922.pdf Acesso em: 12 abr. 2023.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. Relatório internet, desinformação e Democracia. *CGI*, s.d. Disponível em: https://cgi.br/media/docs/publicacoes/4/20200327181716/relatorio_internet_desinformacao_e_democracia.pdf Acesso em: 12 abr. 2023.

CONJUR. Proposta para redes sociais visa a reduzir ataques a escolas, diz secretário. *Conjur*, de 08 abr. 2023. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2023-abr-08/proposta-governo-conteudos-ilegais-redes-visa-reduzir-ataques-escolas> Acesso em: 12 abr. 2023.

CONJUR. STF encerra audiência pública sobre gerenciamento de conteúdo online. *Conjur*, 30 mar. 2023. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2023-mar-30/audiencia-publica-marco-civil-internet-chega-fim2> Acesso em: 12 abr. 2023.

CONIB. Amicus Curiae no RE 1.037.396/SP. *STF*, 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5160549> Acesso em: 27 nov. 2019.

DESINFORMANTE. Desinformação tem incentivos e impactos econômicos. *Desinformante*, 2021a. Disponível em: <https://desinformante.com.br/desinformacao-tem-incentivos-e-impactos-economicos/> Acesso em: 12 abr. 2023.

DESINFORMANTE. Informações falsas abalam a confiança nas instituições democráticas: e isso é grave. *Desinformante*, 2021b. Disponível em: <https://desinformante.com.br/informacoes-falsas-abalam-a-confianca-nas-instituicoes-democraticas-e-isso-e-grave/> Acesso em: 12 abr. 2023.

DESINFORMANTE. Medidas anticoncentração e monopólios. *Desinformante*, 2021c. Disponível em: <https://desinformante.com.br/medidas-anticoncentracao-e-monopolios/> Acesso em: 12 abr. 2023.

DESINFORMANTE. As mídias sociais redefiniram o debate público: para o bem e para o mal. *Desinformante*, 2021d. Disponível em: <https://desinformante.com.br/as-midias-sociais-redefiniram-o-debate-publico-para-o-bem-e-para-o-mal/> Acesso em: 12 abr. 2023.

FIGUEIREDO, Alexandre de *et al.* Mapping global trends in vaccine confidence and investigating barriers to vaccine uptake: a large-scale retrospective temporal modelling study. In: *Lancet*, v. 396, 2020. Disponível em: <https://www.thelancet.com/action/showPdf?pii=S0140-6736%2820%2931558-0> Acesso em: 12 abr. 2023.

FOLHA DE SÃO PAULO. Justiça amplia condenação de Alex Jones, e teórico da conspiração terá que pagar quase US\$ 1,5 bi. *Folha de São Paulo*, 10 nov. 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2022/11/justica-amplia-condenacao-de-alex-jones-e-teorico-da-conspiracao-tera-que-pagar-quase-us-15-bi.shtml> Acesso em: 12 abr. 2023.

GLOBAL WITNESS. Facebook fails to tackle election disinformation ads ahead of tense Brazilian Election. Facebook approves 100% dos ads containing election disinformation in Brazil. *Global Witness Briefing*, Agosto de 2022. Disponível em: <https://www.globalwitness.org/en/campaigns/digital-threats/facebook-fails-tackle-election-disinformation-ads-ahead-tense-brazilian-election/> Acesso em: 12 abr. 2023.

GONZALEZ v. GOOGLE LLC. *Petition for a writ of certiorari filed*. 4 abr. 2022. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/21/21-1333/220254/20220404211548101_GonzalezPetPDF.pdf Acesso em 15 abr. 2023.

IDEC. Amicus Curiae no RE1.037.396/SP.STF,2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5160549> Acesso em: 12 abr. 2023.

INTERNETLAB. Amicus Curiae no RE 1.037.396/SP. STF, 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5160549> Acesso em: 12 abr. 2023.

KELLY, Samantha Murphy. Seattle public schools sue social media companies for allegedly harming students' mental health. *CNN*, 09 jan. 2023. Disponível em: <https://edition.cnn.com/2023/01/09/tech/seattle-school-district-social-media-lawsuit/index.html> Acesso em: 12 abr. 2023.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Controle de constitucionalidade do Marco Civil da Internet em audiência no STF. *Conjur*, 03 abr. 2023. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2023-abr-03/direito-civil-atual-audiencia-publica-stf-controle-constitucionalidade-marco-civil-internet> Acesso em: 15 abr. 2023.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: 34, 1999.

LOPES, Raquel; GABRIEL, João; COLETTA, Ricardo Della. Twitter se recusa a tirar do ar posts com apologia da violência nas escolas e causa mal-estar em reunião. *Folha de São Paulo*, 11 abr. 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2023/04/twitter-se-recusa-a-tirar-do-ar-posts-com-apologia-a-violencia-nas-escolas-e-causa-mal-estar.shtml> Acesso em: 12 abr. 2023.

MENDES, Gilmar. Liberdade de expressão, redes sociais e Democracia. *Centro de Estudos do Judiciário/Globo/IDP*, 13 mar. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/modelo-autorregulacao-redes-sociais.pdf> Acesso em 12 abr. 2023.

MOZILLA FOUNDATION. YouTube regrets: a crowd sourced investigation into YouTube's recommendation algorithm, July 2021. *Mozilla Foundation*. Disponível em: https://assets.mofoprod.net/network/documents/Mozilla_YouTube_Regrets_Report.pdf Acesso em: 17 abr. 2023.

NICAS, Jack. How YouTube drives people to the internet's darkest corners. *The Wall Street Journal*, 07 jan. 2018. Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/how-youtube-drives-viewers-to-the-internets-darkest-corners-1518020478> Acesso em: 17 abr. 2023.

O ESTADO DE SÃO PAULO. Macedônia, uma usina mundial de fake news. *O Estado de São Paulo*, 16 jun. 2018. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/estadao-verifica/macedonia-uma-usina-mundial-de-fake-news/> Acesso em: 12 abr. 2023.

OGNYANOVA, Katherine; LAZER, David; ROBERTSON, Ronald E.; WILSON, Christo. misinformation in action: fake news exposure is linked to lower trust in media, higher trust in government when your side is in power. In: *The Harvard Kennedy School (HKS) Misinformation Review*, v. 1, n. 4, 2 jun. 2020. Disponível em: <https://misinforeview.hks.harvard.edu/wp-content/uploads/2020/06/Misinformation-in-action-Ognyanova-et-al-2020.pdf> Acesso em: 12 abr. 2023.

OPAS. Entenda a infodemia e a desinformação na luta contra a Covid-19. OPAS, 2020. Disponível em: https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/52054/Factsheet-Infodemic_por.pdf Acesso em: 12 abr. 2023.

SFT. Amicus Curiae no WRE 1.037.396/SP. STF, 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5160549> Acesso em: 17 abr. 2023.

SHALDERS, André. Tratamento precoce: governo Bolsonaro gasta quase R\$ 90 milhões em remédios ineficazes, mas ainda não pagou Butantan por vacinas. *BBC News Brasil*, 21 jan. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-55747043> Acesso em: 12 abr. 2023.

SOARES, Mateus. Os impactos do TikTok na saúde mental de adolescentes. *Desinformante*, 03 fev. 2023. Disponível em: <https://desinformante.com.br/tiktok-adolescentes/> Acesso em: 12 abr. 2023.

UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAL MUSEUM. Propaganda e censura nazistas. *Enciclopédia do Holocausto*, 2022. Disponível em: <https://encyclopedia.ushmm.org/content/pt-br/article/nazi-propaganda-and-censorship> Acesso em: 12 abr. 2023.

VOSOUGHI, Soroush; ROY, Deb; ARAL, Sinan. Research brief: the spread of true and false news online. *MIT Initiative on the Digital Economy Research Brief*, 2018. Disponível em: <https://ide.mit.edu/wp-content/uploads/2018/12/2017-IDE-Research-Brief-False-News.pdf> Acesso em: 12 abr. 2023.

VOSOUGHI, Soroush; ROY, Deb; ARAL, Sinan. The spread of true and false news online. In: *Science*, v. 359, p. 1146-1151, 9 mar. 2018.

ZANONE, Valério. Quarto poder. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*, v. 1, (s.p.). Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

ARTIGO IV

Liberdade de expressão e *hate speech*: manifestações e consequências no ordenamento jurídico brasileiro

Freedom of speech and hate speech: manifestations and consequences in the Brazilian legal system

CAROLINA OLIVEIRA FERNANDES

Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes). Atuou como estagiária no Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais (TRE-MG). Atualmente é estagiária de graduação em um escritório de advocacia.

LUIZ GUSTAVO ALMEIDA ARAÚJO

Graduando em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes). Atuou como estagiário no Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais (TRE-MG) e em escritório de advocacia. Atualmente é estagiário de graduação no Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MPMG).

MAYRA CARPIO BOTELHO

Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes), pós-graduada em Direito Empresarial pelas Faculdades Legale e pós-graduada em Direito Constitucional pela Faculdade Única. Atuou como advogada e atualmente atua como estagiária de pós-graduação no Ministério Público de Minas Gerais e professora da língua francesa.

Resumo: Este trata-se de artigo em que se buscou discutir o *hate speech* – discurso de ódio – à luz do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente em face do direito à livre manifestação do pensamento. Analisou-se, por meio de pesquisa bibliográfica e mediante o estudo de julgados de tribunais superiores do Estado Brasileiro, a evolução do direito fundamental à liberdade de expressão no Brasil, sua origem, base constitucional e eventuais limitações. Outrossim, discutiu-se a evolução histórica do *hate speech*, suas possíveis conceituações e as formas pelas quais se expressa no corpo social. Ao fim, perquiriu-se a compatibilidade do discurso de ódio com a ordem jurídico-constitucional brasileira, a fim de se verificar se o direito fundamental à liberdade de expressão tutela a prática discriminatória ou se essa constitui-se como uma limitação àquele direito.

Palavras-chave: Discurso de ódio; Liberdade de expressão; Direitos fundamentais; ordenamento jurídico brasileiro; Jurisprudência.

Abstract: *This article aims to discuss hate speech in the light of the Brazilian legal system, especially regarding the right to free expression of thought. It was analyzed, through bibliographical research and through the study of judgments of higher courts of the Brazilian State, the evolution of the fundamental right to freedom of expression in Brazil, its origin, constitutional ground and possible limitations. The historical evolution of hate speech, its possible conceptualizations and the ways in which it is expressed in the social body were also discussed. Finally, it was investigated the compatibility of hate speech with the Brazilian legal-constitutional order, in order to verify if the fundamental right to freedom of expression protects the discriminatory practice or if it constitutes a limitation to that right.*

Keywords: *hate speech; freedom of speech; fundamental rights; Brazilian legal system; jurisprudence.*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Exposição conceitual e histórica: liberdade de expressão e o *hate speech*; 3. O *hate speech* e o direito à liberdade de expressão: uma análise à luz do ordenamento jurídico brasileiro; 4. A limitação da liberdade de expressão frente ao discurso de ódio sob o ponto de vista do supremo tribunal federal: análise jurisprudencial; 5. Conclusão; 6. Referências.

1. Introdução

Os direitos e garantias fundamentais do povo brasileiro foram consagrados à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988). A Carta Magna trouxe, em seu texto normativo, diversas inovações acerca da cidadania, que tem, como uma de suas máximas expressões, o direito à livre manifestação do pensamento, conforme descrito no artigo 5º, inciso IV da CRFB/1988.

O princípio basal deste direito – a liberdade – é um dos pilares do Estado Democrático de Direito. A esse respeito, Miguel Reale leciona que:

[...] é um verdadeiro processo histórico incessante sempre se admitindo uma maior democratização do que é democrático. Não é à toa que o Estado Democrático de Direito é fundado em uma constitucionalização aberta, que define os princípios básicos, mas que permite que várias categorias possam ser diferenciadas ao longo do tempo (REALE, 1988, p. 305, *apud*, COTTA; DUARTE).

Nessa toada, é certo dizer que a Constituição de um Estado determina o norteamento a ser seguido pelo povo. Assim, com o advento de transformações sociais e políticas ao longo do tempo, é necessário que a Carta Magna se adeque, a fim de que haja uma correspondência entre a realidade jurídica e a fática.

Analisando tais transformações sob a ótica de um Estado Democrático de Direito, o que se tem é algo que vai além da determinação positivada de um direito, mas a possibilidade do cidadão ser livre para manifestar seus pensamentos e ideais, aproximando-o de sua autodeterminação.

Contudo, ao gozar de tamanha liberdade, o indivíduo deve dispor de demasiada ponderação acerca do que será tratado. Ocorre que a livre manifestação do pensamento pode ser nociva se utilizada erroneamente, a título de exemplo, se tem declarações de caráter intolerante e odioso direcionadas a grupos específicos da sociedade, geralmente minorias.

Dessa forma, o que se tem é um embate entre um direito fundamental do indivíduo e sua utilização indiscriminada, o que acaba por endossar ações que, inclusive, ferem direitos fundamentais dos receptores do *hate speech*, como o direito à dignidade humana. Portanto, o que se questiona é a possibilidade jurídica de limitação a um direito constitucionalmente estabelecido, sob a perspectiva do Poder Judiciário Brasileiro.

2. Exposição conceitual e histórica: liberdade de expressão e o *hate speech*

A liberdade de expressão é conceituada por Paulo Gustavo Gonet Branco (THEOPHILO, 2015) como um “instrumento para o funcionamento e preservação do sistema democrático”. A esse direito foi conferido o caráter de fundamental, que é, por sua vez, um agrupamento de direitos inerentes ao ser humano que são “anteriores e superiores ao estado e conferidos a todos, independente de cor, raça, sexo, divisões sociais, orientação sexual, preferências partidárias, ou qualquer outro tipo de segregação”, conforme leciona João Pedro Zambianchi Caetano (2016).

Dentre as perspectivas acerca da liberdade de expressão já abordadas no presente trabalho, é possível perceber que em todas há a atribuição desse direito ao Estado Democrático de Direito. Assim, é certo que a instauração desse sistema tem, dentre seus objetivos, o exercício pleno da cidadania por seu povo.

Nesse sentido, é certo que a instauração desse direito não ocorreu de forma súbita e totalmente eficaz, sendo que há uma evolução de sua eficiência ao longo dos anos.

No Estado brasileiro, tem-se que a liberdade de expressão foi consagrada desde a primeira constituição do país: a Constituição do Império, de 1824 (CI/24).

O texto da peça constitucional em questão estabeleceu, em seu artigo 179, inciso IV, que “Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escritos, e publicá-los pela imprensa, sem dependência de censura; contanto que hajam de responder pelos abusos que cometerem no exercício deste direito, nos casos e pela forma que a lei determinar” (BRAZIL, 1824).

Do texto acima transcrito é possível perceber que, desde sua primeira menção no cenário legislativo brasileiro, a liberdade de expressão, apesar de ser tida como direito fundamental, não se configurou como um direito absoluto.

Há que se dizer, contudo, que não foi no Brasil em que ocorrera o primeiro vislumbre acerca do direito à expressão de ideias e pensamentos. A incidência desta possibilidade jurídica, de forma positivada, se deu, primariamente, na Inglaterra, entre os séculos XXII e XXIII. Em seguida, os Estados Unidos da América e a França ratificaram, em seus respectivos territórios, a proteção a esse direito fundamental.

Em caráter mundial, a grande consagração desse direito se deu na França, em 1789, com o advento de uma normativa que até a atualidade serve de molde para o direcionamento da instituição de direitos: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (DDHC).

Nas palavras de Maria Raphaella Burlamaqui Teophilo (2015), a DDHC dispôs que “a livre manifestação do pensamento e das opiniões é um dos direitos mais preciosos: todo cidadão pode, portanto, falar, escrever e imprimir livremente, à exceção do abuso dessa liberdade pela qual deverá responder nos casos determinados por lei”.

Limitando a análise ao Brasil, sabe-se que o país foi regido por oito textos constitucionais (sete constituições e uma emenda à constituição – a E.C. de 1969 –), desde a sua independência. A liberdade de expressão, conforme já mencionado, fora prevista desde a primeira constituição do país, a CI/24. Todavia, com as alterações de textos constitucionais, viu-se tal direito ser, por vezes, limitado e cerceado. As constituições que vigoraram no Brasil durante os regimes ditatoriais – o estado novo e a ditadura militar –, foram exemplos claros de retrocesso no que se refere às garantias constitucionais, incluindo, desse modo, o direito à livre manifestação do pensamento.

A Constituição de 1937, conhecida como “Polaca”, que ordenou juridicamente o país durante o estado novo, previa em seu texto a possibilidade de censura prévia, forma de cerceamento da informação. Já a Constituição de 1967, elaborada para a organização do país sob a égide do regime militar, retrocedeu, ainda mais,

nas garantias e liberdades fundamentais. Essa estabelecia a censura aos meios de comunicação e às manifestações artísticas (THEOPHILO, 2015).

A Constituição de 1988 – Constituição Cidadã –, por sua vez, observando a DUDH/1948 e os demais tratados internacionais, reestabeleceu a ordem jurídico-democrática no país, sendo o marco constitucional da redemocratização do Brasil. Assim, a CF/1988, no que concerne à liberdade de expressão, prevê em seu artigo 5º, inciso IV, que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” e em seu artigo 220 que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição” (BRASIL, 1988).

Ante a instauração de um direito tão louvável, contrapõe-se o uso abusivo da liberdade de expressão, para endossar práticas preconceituosas direcionadas ou não a minorias.

O *hate speech* – discurso de ódio – configura-se como “todo ato que, de alguma forma, discrimine ou incite à discriminação, geralmente, destinada às minorias”. Constitui-se, esse, como uma limitação do direito à livre expressão das ideias e pensamentos, porquanto se afigura na afronta aos direitos fundamentais mediante declarações de cunho odioso e perverso. Pode-se dizer ainda que não se trata de questão pragmática, haja vista que se encontra no campo das ideias, sendo um “monte de palavras que poderão ou não atingir outras pessoas” (CABRAL; ASSUNÇÃO, 2013).

O desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ-RJ), André Gustavo Corrêa de Andrade (2021) ainda conceitua o *hate speech* como a “manifestação ou expressão, motivada por preconceito ou intolerância, através da qual uma pessoa ou um grupo é discriminado, com base em suas características identitárias”.

O que se tem, portanto, é um fenômeno complexo, resultado de preconceito e irracionalidades de pessoas que se sentem livres para fazê-lo, tomando por base o direito consagrado da livre manifestação do pensamento.

3. O *hate speech* e o direito à liberdade de expressão: uma análise à luz do ordenamento jurídico brasileiro

O *hate speech* expressa-se na manifestação de “preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual” ou, ainda, no revisionismo histórico, como uma prática que questiona eventos históricos de

caráter genocida (CABRAL, 2013). Essa prática discriminatória, não obstante os prejuízos por ela causados à sociedade e, em especial, a grupos vulneráveis e marginalizados, tem sido defendida sob a ótica da liberdade de expressão.

Assim, prevê o artigo 5º, inciso IV (quarto) da CRFB/88 que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Conquanto inexista restrição a esse direito no texto constitucional, discute-se a existência de eventuais limitações a ele e, caso hajam, se o discurso de ódio seria uma dessas hipóteses. Para tanto, é necessária uma análise sistemática a fim de se verificar a abrangência da proteção constitucional à livre manifestação do pensamento, perquirindo se o *hate speech* é ou não um abuso de direito. Nessa perspectiva, analisar-se-ão as normativas que dispõem acerca da livre manifestação do pensamento no ordenamento jurídico pátrio.

Não recepcionada pela CRFB/88, a Lei 5.250/67, elaborada durante o regime militar, regulava a “liberdade de manifestação do pensamento e de informação” e configurou-se como instrumento de censura prévia, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal (STF, 2009). Por obstaculizar e, até mesmo, limitar a livre manifestação do pensamento e a liberdade de imprensa, a aludida legislação não se compatibilizou com a Constituição Cidadã.

Hodiernamente, no Brasil, não há legislação que se volte a estabelecer limitações à liberdade de expressão. Nessa perspectiva, as balizas para o exercício desse direito fundamental estão no texto constitucional e em tratados e convenções internacionais dos quais o Estado Brasileiro é signatário. Assim, a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), estabeleceu em seu artigo 13:

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.
2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:
 - a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
 - b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

A par dessa disposição, constata-se que a liberdade de pensamento e expressão é a todos garantida, não se podendo limitá-la previamente, sob pena de possível

censura prévia. No entanto, o exercício desse direito fundamental está sujeito às “responsabilidades ulteriores”, de modo que a prática de condutas atentatórias a direitos alheios ou ao Estado Democrático de Direito ensejará responsabilização.

A situação que se expressa é, portanto, entender em que medida o direito à livre manifestação do pensamento protege o *hate speech*. Tal ensejo justifica-se em virtude de discussões nas quais se defende que esse direito seria irrestrito, como uma espécie de direito natural à palavra e à manifestação do pensamento, não se sujeitando à responsabilização. Esse entendimento, contudo, não se sustenta e não tem sido a forma pela qual os tribunais superiores do Brasil têm decidido.

Nesse sentido, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 26, que versava sobre a ofensa aos direitos fundamentais de pessoas da comunidade LGBTQIAPN+, no âmbito de entidades religiosas no país, o STF decidiu que a liberdade de expressão, em tais espaços, é assegurada:

[...] desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero.

Igual modo, na decisão da Ação Penal n. 1044, julgada em junho de 2022, o Supremo Tribunal Federal entendeu que “A liberdade de expressão não permite a propagação de discursos de ódio e ideias contrárias à ordem constitucional e ao Estado de Direito”.

Além disso, já em 2003, a Suprema Corte de Justiça do Brasil – STF – decidiu que “O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal”, equiparando-se o antissemitismo ao crime de racismo (STF. HC 82.424, rel. min. Moreira Alves, red. p/ o ac. min. Maurício Corrêa, P, j. 17.9.2003, DJ de 19.3.2004).

Nessa perspectiva, constata-se estar o discurso de ódio em dissonância do ordenamento jurídico brasileiro, não protegido, pois, pelo direito fundamental à livre manifestação do pensamento. Constitui-se o *hate speech*, desse modo, como uma das limitações ao mencionado direito.

Destarte, pensamentos que atentam contra as liberdades democráticas e contra princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, como a dignidade da pessoa humana, devem ser coibidos. Gilmar Mendes (2003), jurista e ministro do STF, afirmou que “Não se pode atribuir primazia absoluta à liberdade de

expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana”.

Outrossim, explicita Paulo Gustavo G. Branco (2009), que o “argumento humanista acentua a liberdade de expressão como corolário da dignidade humana”, não sendo possível, desse modo, dissociá-las. Celso de Mello (2015), ex-ministro do STF, adverte ainda que, não merecem a dignidade da proteção constitucional, expressões que “extravasem, abusiva e criminosamente, os limites razoáveis no plano ético-jurídico, degradando-a ao nível primário do insulto e da ofensa”.

É inteligível, pois, que a liberdade de expressão, embora se apresente como essência da democracia, encontra seus limites no texto constitucional e nos tratados e convenções dos quais o Brasil é signatário, em especial a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969. O *hate speech*, portanto, expressa-se como uma das limitações ao direito à livre manifestação do pensamento.

4. A limitação da liberdade de expressão frente ao discurso de ódio sob o ponto de vista do Supremo Tribunal Federal: análise jurisprudencial

A solução de conflitos entre direitos fundamentais cabe ao Supremo Tribunal Federal, guardião da ordem constitucional e do Estado Democrático de Direito, conforme artigo 102 da CRFB. Em diversas ocasiões, a corte já tratou sobre os limites impostos à liberdade de expressão diante da disseminação do discurso de ódio. De fato, o amadurecimento da jurisprudência é inequívoco, na medida em que são discutidos novos desafios envolvendo a ponderação do direito fundamental à livre manifestação do pensamento e a inclusão de grupos sociais, liberdade de imprensa, liberdade religiosa, entre outros temas.

De fato, o julgamento da ADPF 130, em 2009, marcou a construção jurisprudencial sobre o tema e inovou na ordem jurídica ao decidir que a Lei 5.520/67 (Lei de Imprensa) não foi recepcionada pela Constituição de 1988 e deu início a uma série de decisões que reforçavam a plenitude da liberdade de expressão enquanto patrimônio imaterial, símbolo da evolução político-cultural da nação e corolário da democracia, em oposição à censura ditatorial sob a qual o diploma legal revogado foi concebido. Em consonância, o relator Carlos Ayres

Britto entendeu pela indispensabilidade do livre discurso e inaceitabilidade de censura prévia ou posterior.

O Poder Público somente pode dispor sobre matérias lateral ou reflexamente de imprensa, respeitada sempre a ideia-força de que quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja. Logo, não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Arguição de Preceitos Fundamentais 130/DF. Ementa: [...] Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 5 nov. 2009. DJ de 01.01.2012).

Entretanto, da garantia de tais liberdades e do exercício dos demais direitos fundamentais surgem, por vezes, conflitos que precisam ser dirimidos judicialmente. A decisão do *Habeas Corpus* 82424, no julgamento do “Caso Ellwanger”, prolatada em 2004, é um retrato do posicionamento do STF frente ao conflito entre *hate speech* e liberdade de expressão. Na ocasião, discutiu-se a legalidade da publicação, comercialização e divulgação de livros de conteúdo antissemita e racista, bem como a possibilidade de responsabilização pelo crime de racismo, que é imprescritível e inafiançável, segundo o artigo 5º, inciso XLII da CRFB. Ao fim do processo, a aplicação das medidas penais se mostrou não apenas possível como também a melhor decisão (STF. HC 82.424, rel. min. Moreira Alves, red. p/ o ac. min. Maurício Corrêa, P, j. 17.9.2003, DJ de 19.3.2004).

O Tribunal entendeu que a veiculação e incitação aos ideais segregacionistas justificativos do extermínio de judeus são incompatíveis com os padrões éticos e morais da ordem constitucional brasileira, do mundo contemporâneo e do estado democrático e atentam contra os princípios fundamentais de organização da sociedade humana, dignidade do ser humano e convivência social. Além disso, a adesão do Brasil a tratados e acordos internacionais que repudiam o racismo e outros preconceitos relacionados à raça, cor, crenças, descendência, origem nacional ou étnica também foi fundamental para fundamentar a sentença.

A interpretação da questão também passou por conceitos próprios do direito comparado, de forma que foram citados entendimentos de órgãos como a Suprema Corte Norte-Americana e a Câmara dos Lordes da Inglaterra favoráveis à aplicação de sanções em reprimenda ao racismo e antissemitismo. Admitiu-se que a liberdade de expressão é uma garantia constitucional relativa, e não incondicional, sujeita a limites morais e jurídicos, uma vez que esse direito

não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações imorais e que implicam a ilicitude penal.

Entendeu-se que as liberdades públicas devem ser harmonizadas com os limites definidos na própria Constituição, não podendo salvaguardar crimes. Na ocasião, prevaleceram os direitos da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica (STF. HC 82.424, rel. min. Moreira Alves, DJ de 19.3.2004).

De forma geral, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se construiu em harmonia com o estabelecido pelo artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos no tocante à possibilidade de estabelecer limites ao direito de liberdade de expressão, acompanhando, por vezes, posicionamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos segundo os quais a liberdade de manifestação do pensamento não é absoluta, de forma que o seu exercício abusivo pode ser excepcionalmente responsabilizado posteriormente, na medida em que afete o direito à honra e à reputação (Corte IDH. Caso Lagos del Campo vs. Peru. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 31.8.2017. Tradução livre.).

Tal dispositivo do Pacto de São José da Costa Rica foi inclusive referenciado pelo ministro Celso de Melo, em julgamento da segunda turma do STF relativo ao ARE 891.947, ocasião em que ressaltou quando extrapolado os limites razoáveis, no plano ético-jurídico, da liberdade de expressão, esta não pode legitimar as práticas delituosas e expressões moralmente ofensivas, sob pena de transgressão dos valores tutelados pela Constituição (STF. ARE 891.647 ED, rel. min. Celso de Mello, 2ª T, j. 15.9.2015, DJE de 21.9.2015).

Além disso, a responsabilização deve cumprir os requisitos de previsão legal anterior, finalidade de proteção aos direitos ou reputação de terceiros, proteção da segurança nacional, ordem pública, saúde moral ou pública e devem ser necessárias em um contexto social democrático (Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 2.7.2004).

No mesmo sentido, decisões mais recentes da suprema corte delineiam os limites da liberdade de manifestação do pensamento, notadamente relacionado ao pleno exercício da liberdade religiosa, em contraposição à veiculação de discurso de ódio intolerante e homotransfóbico. O tribunal pleno do STF julgou, em 2019, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, que discutiu a submissão da comunidade LGBTI+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais em razão da mora legislativa de implementação da criminalização específica de condutas

discriminatórias e atentatórias à dignidade desse grupo (STF. ADO 26, rel. min. Celso de Mello. DJE 13.06.2019).

Por meio da ação, buscou-se solucionar o estado de mora inconstitucional mediante o enquadramento das práticas de homofobia e transfobia no conceito de racismo, regulamentado pela Lei 7.716/89, dando ao dispositivo interpretação conforme.

Como resultado, concluiu-se que as condutas veiculadoras de discurso de ódio aversas à orientação sexual ou identidade de gênero de um indivíduo traduzem expressões racistas, e não podem ser protegidas pelo direito à liberdade de expressão, se amoldando a essa conduta típica e fazendo jus a suas sanções.

Além disso, o tribunal ponderou a compatibilidade constitucional entre a repressão à homotransfobia e o exercício da liberdade religiosa. Decidiu, portanto, que a liberdade de exercício religioso, de qualquer denominação, é assegurada livremente, com a condição de que estas práticas não constituam discurso de ódio, violência e hostilidade motivadas pela orientação sexual ou identidade de gênero de outrem.

A corte também concluiu que o real sentido da liberdade de expressão se traduz na dupla garantia de expressão das opiniões e ideias comuns e predominantes, mas também daquelas que causam discordância da opinião popular, e que por isso a liberdade deve se compatibilizar com a democracia, de forma que não reprima outros direitos fundamentais, mas fomentem o nascimento de novas ideias, a pena tolerância, o debate de opiniões divergentes, o pluralismo e a tolerância, corolários do Estado Democrático de Direito (STF. ADO 26, rel. min. Celso de Mello. DJE 13.06.2019).

Nesse mesmo sentido, a mera crítica não ensejadora de incitação à violência ou ao *hate speech* não é suficiente para que se flexibilize o direito de liberdade de manifestação do pensamento, na sabedoria do julgamento da Reclamação 38.782 pela segunda turma do STF. Na ocasião, se discutiu se a difusão de conteúdo audiovisual satírico a elementos cristãos deveria ser proibida.

No entendimento da corte, deve ser bem tracejada a distinção entre intolerância religiosa e crítica religiosa, de forma que não se observou, na obra em discussão, elementos capazes de fundamentar a restrição da liberdade de expressão de seus idealizadores (STF, Reclamação n. 38.782. Relator: Gilmar Mendes DJE: 24.02.2021).

Em 2022, o STF julgou a Ação Penal 1044, ocasião em que os julgadores reafirmaram que a liberdade de expressão não se confunde com a propagação de

discursos de ódio e ideias que confrontam os princípios da ordem constitucional e do Estado de Direito, não podendo ser utilizada como escudo para a prática de crimes (STF, Ação penal n. 1044. Relator: Alexandre de Moraes. DJE: 04.04.2022).

Dessa forma, é evidente que o Supremo Tribunal Federal soluciona o problema da restrição à liberdade de expressão por meio da hermenêutica constitucional, ponderando a aplicação dos direitos fundamentais de acordo com a ordem constitucional, o Estado Democrático de Direito e a dignidade da pessoa humana, com a finalidade de que o indivíduo, no exercício de seus direitos, não sofra restrições ilegítimas, bem como o prestígio às garantias de igualdade entre os indivíduos tutelados pelo Direito.

Portanto, com vistas a concretizar os mandamentos da Constituição e no exercício da sua função de guardião, o STF formou uma jurisprudência robusta que visa a proteção institucionalizada do direito à liberdade de expressão, de forma que as exceções a este direito devem ser urgentes e seguir os requisitos consagrados, inclusive, em acordos e convenções internacionais, sob pena de violação das liberdades individuais. A maior das razões justificativas à restrição da liberdade de manifestação do pensamento é, notadamente, a veiculação de discurso de ódio, incitação à violência, à discriminação e ao cometimento de crimes.

5. Conclusão

O ponto de partida para a discussão foi a análise histórica e contextual da liberdade de expressão, seu surgimento, as diversas fases de existência desse direito, sua importância, bem como a construção dialética do seu papel na ordem constitucional vigente.

Com objetivo de discutir seu contraponto ao direito de liberdade de expressão, conceituou-se o *hate speech* como a manifestação de pensamento ofensiva, dirigida a grupos minoritários com o objetivo de promover o seu constrangimento, segregação, eliminação, supressão e ataque violento a seus direitos fundamentais.

Além disso, tratou-se da abordagem constitucional e doutrinária da liberdade de expressão à luz do ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade de limitações ao direito fundamental de livre manifestação do pensamento nas hipóteses de veiculação do discurso de ódio, bem como as balizas existentes ao seu exercício frente a outros direitos fundamentais, como a igualdade e a dignidade da pessoa humana.

Nessa perspectiva, buscou-se analisar peças importantes da jurisprudência nacional, notadamente decisões do Supremo Tribunal Federal, a fim de identificar a aplicação prática da hermenêutica constitucional na ponderação entre liberdade de expressão e a proteção aos demais direitos fundamentais.

Finalmente, foi possível concluir que o direito à liberdade de expressão não é absoluto, pois pode ser limitado nas hipóteses em que confronta e ultrapassa os limites dos direitos fundamentais caros à manutenção da ordem constitucional e do Estado Democrático de Direito.

Neste diapasão, é inadmissível que a liberdade de manifestar ideias e opiniões se sobreponha à igualdade e à dignidade humana, incite crimes, violência e a supressão de direitos humanos.

De igual modo, a liberdade de expressão também deve ser zelada e preservada, de forma que é essencial a separação entre a mera crítica e o discurso de ódio, e a sua eventual limitação deve atender à necessidade em um contexto social democrático, com vistas a proteger direitos ou reputação de terceiros, a segurança nacional, a saúde moral ou pública e a ordem pública, sob pena de caracterização de censura, que também atenta contra a democracia e as liberdades fundamentais.

6. Referências

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Liberdade de expressão e discurso de ódio*. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 23, n. 1, p. 9-34, 2021.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 07 de março de 2023.

BRAZIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil de 1824*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm Acesso em: 05 de março de 2023.

BRASIL. *Lei n. 9.459, de 13 de maio de 1997*. Altera os arts. 1º e 20 da Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9459.htm#art1 Acesso em: 09 de março de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª turma. *Agravo em Recurso Especial 891.647 ED*. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 15.9.2015. DJE de 21.9.2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur320474> Acesso em: 12 de março de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, DJE 13.06.2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433180> Acesso em: 12 de março de 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação penal n. 1044*. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, DF. DJE: 04.04.2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur466281> Acesso em: 12 de março de 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 82.424*. Relator: min. Moreira Alves, red. p/ o ac. min. Maurício Corrêa, P, j. 17.9.2003, Brasília, DF. DJ de 19.03.2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610> Acesso em: 12 de março de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Arguição de Preceitos Fundamentais 130/DF*. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 05 nov. 2009. DJ de 01.01.2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur169063> Acesso em: 12 de março de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação n. 38.782*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF. DJE: 24.02.2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur440937> Acesso em: 12 de março de 2023.

CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; ASSUNÇÃO, Caroline Oliveira de. *Hate Speech: o direito fundamental à liberdade de expressão e seus limites*. Disponível em: http://www.editoramagister.com/doutrina_24273022_HATE_SPEECH_O_DIREITO_FUNDAMENTAL_A_LIBERDADE_DE_EXPRESSAO_E_SEUS_LIMITES.aspx#:~:text=208%20esclarece%20que%20o%20hate,sexual%2C%20dentre%20outros%20fatores%22 Acesso em: 05 de março de 2023.

CAETANO, João Pedro Zambianchi. *Evolução histórica da liberdade de expressão*. Disponível em: <file:///C:/Users/residencial/Downloads/5581-14953-1-PB.pdf> Acesso em: 06 de março de 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica: Exceções preliminares, mérito, reparações e custas*. Sentença de 2.7.2004. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf Acesso em: 12 de março de 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Lagos del Campo vs. Peru: Exceções preliminares, mérito, reparações e custas*. Sentença de 31.8.2017. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/corte-idh/lagos_del_campo Acesso em: 12 de março de 2023.

COTTA, Lidiane Salgado; DUARTE, Hugo Garcez. *O direito à liberdade de manifestação de pensamento e o poder de polícia*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61541/o-direito-a-liberdade-de-manifestacao-de-pensamento-e-o-poder-de-policia> Acesso em: 10 de março de 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (1948). *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm> Acesso em: 07 de março de 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”)*, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em: 13 de março de 2023.

THEOPHILO, Maria Raphaella Burlamaqui. *Liberdade de expressão e proteção dos direitos fundamentais na internet*. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/10980/1/2015_MariaRaphaellaBurlamaquiTheophilo.pdf Acesso em: 06 de março de 2023.

ARTIGO V

Tempo, família e Estado: como passado, presente e futuro impactam as ideias de família no Estado?

Time, family and State: how past, present and future impact the ideas of family in the State?

JOÃO VITOR FLAVIO DE OLIVEIRA NOGUEIRA

Graduando (último período) em Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Mobilidade acadêmica na Universidade de Coimbra. Membro do grupo de pesquisa Polemos: Política, Imaginação e Futuro. Estagiário de graduação na Defensoria Pública de Minas Gerais.

MATHEUS AMARAL PEREIRA DE MIRANDA

Graduando (último período) em Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Membro do grupo de pesquisa Polemos: Política, Imaginação e Futuro.

*És um senhor tão bonito
Quanto a cara do meu filho
Tempo, tempo, tempo, tempo [...]
Caetano Veloso*

Resumo: O presente artigo busca investigar o impacto causado pela temporalidade no Direito das Famílias, dentro do debate jurídico, histórico e político pelo reconhecimento de distintas concepções e formas de famílias. Parte-se das ideias filosóficas e das estruturas sociológicas do mundo ocidental para chegar então nos documentos reguladores estatais do Brasil, em especial, os textos constitucionais ao longo da história e sua consequente interpretação pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 4.277/DF e ADPF 132). O pontapé inicial é “como as noções de passado, presente e futuro modificam e mediam as ideias de famílias no seio do Estado?”. Metodologicamente, o trabalho parte de uma leitura sintópica que selecionou bibliografia transdisciplinar entre Direito das Famílias, com Maria Berenice Dias, e Filosofia do Direito, em Hegel, Ferry, Mayos, Muntadas e Walmott, para, então, identificar nos instrumentos estatais, sejam legislativos, sejam judiciários, as ideias presentes e cambiantes sobre a concepção de família. Primeiramente, analisou-se o caminhar histórico das ideias de família e Estado, em Hegel contra Ferry, para, em um segundo momento, ler as Constituições do Brasil e as decisões judiciais a partir da simbologia de distinção por reconhecimento, em Pierre Bourdieu. Enfim,

abordou-se também os afetos dentro do debate jurídico-histórico-político que busca a legitimação e a atualidade dos laços afetivos como constituintes da ideia de família, para um fim último: a felicidade.

Palavras-chave: Tempo; Famílias; Estado; Constituições brasileiras; Reconhecimento; Afetos.

Abstract: *This article seeks to investigate the impact caused by temporality in Family Law, within the legal, historical and political debate by the recognition of different conceptions and forms of families. It starts from the philosophical ideas and sociological structures of the western world to arrive then in the state regulatory documents of Brazil, in particular, the constitutional texts throughout history and its consequent interpretation by the Supreme Court (ADI 4.277/DF and ADPF 132). The kickoff is “how do notions of past, present and future change and mediate the ideas of families within the state?”. Methodologically, the work starts from a synthetic reading that selected transdisciplinary bibliography between Family Law, with Maria Berenice Dias, and Philosophy of Law, in Hegel, Ferry, Mayos, Muntadas and Walmott, to then identify in the state instruments, are legislative, judicial, present and changing ideas about the concept of family. First, we analyzed the historical walk of the ideas of family and state, in Hegel versus Ferry, to, in a second moment, read the Constitutions of Brazil and the judicial decisions from the symbology of distinction by recognition, in Pierre Bourdieu. Finally, affections were also approached within the juridical-historical-political debate that seeks the legitimation and actuality of affective bonds as constituents of the idea of family, for one ultimate purpose: happiness.*

Keywords: Time; Families; State; Brazilian constitutions; Recognition; Affections.

SUMÁRIO: 1. Prolegômenos para as distinções: família, direito, culturalismo e ciências filosóficas; 2. Passado; 3. Presente; 4. Futuro; 5. À guisa de conclusão; 6. Referências.

1. Prolegômenos para as distinções: família, direito, culturalismo e ciências filosóficas

A abordagem do nosso objeto, *i.e.*, o direito da família, será uma abordagem da filosofia do direito ou, se quisermos maior rigor, um abordagem das Ciências Filosóficas, como Hegel consagrou em sua *Enciclopédia*¹. Para usar uma figura do próprio Hegel, não pretendemos aqui nos enganar, acreditando que descobrimos a floresta quando apenas enxergamos a copa das árvores (HEGEL, 2010). A

¹Sua doutrina do espírito, o que inclui sua filosofia do Direito, encontra-se compendiada aqui: HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Enciclopédia das Ciências Filosóficas em Compêndio: a Filosofia do Espírito*. Tradução de Paulo Meneses. São Paulo: Edições Loyola, 2011, v. 3.

filosofia do direito, portanto, pretende investigar o fundamento da família, que, como tudo no mundo, está mediada pelo universal.

O universal que circunda nosso objeto está longe de ser uma estéril forma pura ou, como Kant, uma lógica pura (*reine Logik*). Muito menos, apesar de mais amigável ao objeto sobre o qual se debruça, o universal poderá resumir-se no que Kant chamou de lógica aplicada (*angewandte Logik*) ou psicologia, que, apesar de assumir um objeto e perder a total pureza da forma, continua a hipostasiar a realidade, porque, afinal, ela continua a querer nos dizer “o que se deve fazer para, em meio de múltiplas barreiras e limitações subjetivas, fazer o uso correto da razão” (KANT, 2014, p. 30) (*was man thun soll, um unter mancherlei subjectiven Hindernissen und Einschränkungen einen richtigen Gebrauch der Verstand zu machen*).

Kant pretende dar uma resposta transcendental e *a priori* ou, pelo menos, abstrair-se do objeto, não aceitando, sobretudo, os seus seguidores, como John Rawls, a força “*politicamente constituída*” (KERVÉGAN, 1991, p. 56) da história, segundo inspirada lição de Jean-François Kervégan. Acontece, portanto, que todo objeto submetido à investigação, mesmo se a forma for científica, precisa encarar *politicamente* a infinita realidade (FEYERABEND, 2011) e confrontar as diversas visões, hegelianamente, às diversas consciências-de-si, ou, ainda, como Bourdieu, os diferentes jogadores do campo (científico, como quer o caso) (BOURDIEU, 2011). Por isso, nós, aqui, ao contrário, pretendemos com o universal, que media a família e o direito, buscar no mundo da cultura e da história todas as respostas para o que nos é dado. Assumimos, portanto, a postura do jusculturalismo, corrente filosófica do direito coroada pelos maiores pensadores brasileiros (Miguel Reale, Nelson Saldanha e Djamir Menezes) e que, segundo José Luiz Borges Horta,

O Culturalismo busca recuperar a história como fonte real e viva do Direito, ultrapassando a ancestral oposição entre natureza e positividade, entre os apelos de Antígona e as decisões de Creonte, e sobretudo compreendendo o Direito como momento privilegiado da realidade cultural, a um só tempo pensada e a outro vivida, imaginada e experienciada (HORTA, 2020, p. 112).

Nesse sentido nos amparamos em Hegel – cuja filosofia do direito é, certamente, inspiração para o jusculturalismo –, para quem o universal e, mais precisamente, o todo (*das Ganze*), é a substância e forma lógica que se preenche de conteúdo histórico (contingências históricas, consciências singulares ou

históricas, ou, em suma, objetos) e, no outro sentido dessa via de mão dupla, é a diversidade de conteúdos que só fazem sentido dentro de uma forma lógica, determinando esse mesmo movimento lógico. A família, portanto, enquanto um objeto cultural e histórico, só faz sentido se imersa na forma que, conforme acabamos de perceber, contém também, em si, outros objetos como o Direito e o Estado. A pergunta, portanto, é: como a família determina o Direito e o Estado? Como o Direito e o Estado determinam a família? E, para ousarmos, como os novos acontecimentos históricos determinam a família, o Direito e o Estado?

2. Passado

2.1. Família e Estado

2.1.1. XVII: o século de uma nova família

Em certo momento de seu livro *Famílias, amo vocês*², Luc Ferry, que defende a tese de que a família se tornaria a grande unidade sagrada diante da qual nos sacrificaríamos, apresenta, em *três rupturas*, as significativas mudanças que ela sofreu, sobretudo com a entrada da humanidade no século XVII. Agora não pretendemos discorrer sobre a tese central de Ferry, mas apresentamos as rupturas do matrimônio moderno – e, por conseguinte, da família – em relação àquele do Antigo Regime, a fim de demarcar elementos importantes que recalcitram a família moderna.

A *primeira ruptura* derrubou o casamento por conveniência para consagrar, finalmente, o *matrimônio livre e por amor*. A conveniência do casamento, à época, pretendia, com a vida privada, “garantir a perenidade da *linhagem* e da *propriedade familiar*, compartilhando ambos os cônjuges a responsabilidade sobre as necessidades de produção e reprodução” (FERRY, 2018, ebook)³. O matrimônio, ao romper com o edifício do antigo regime, elevou-se ao “amor compartilhado, de uma vez origem e fim último de uma união que nada poderá nos impor”⁴.

Como decorrência da primeira, a *segunda ruptura* é esta: “nos tempos antigos, a intimidade simplesmente não existia, nem entre o povo, nem entre

² Do original: *Famillies, je vous aime: politique et vie privée à l'âge de la mondialisation*. Para este trabalho, usamos a versão em castelhano, cujo título recebeu uma tradução consideravelmente diferente: FERRY, Luc. *Familia y amor: un alegato a favor de la vida privada*. Tradução de Sandra Chaparro Martínez. Mandius, 2018. [ebook].

³ Tradução livre de FERRY, *Familia y amor*, [ebook].

⁴ *Ibid.*, tradução nossa.

a elite”⁵. Pode parecer assustador, mas remontar à prática do *charivari* nos faz entender melhor Ferry. O *charivari* consistia numa cerimônia, pela qual o povo expressava-se contra algum marido traído por sua esposa. O castigado era tido como incapaz de exercer autoridade sobre a família e, por isso, punha em risco a comunidade. Ferry explica o castigo: “ao desgraçado, se fechava em casa com sua mulher durante 48 horas seguidas, enquanto noite e dia se golpeavam os muros com picaretas e pás, para que o culpado não se esquecesse de seus deveres” (FERRY, 2018, ebook)⁶.

Por fim, a *terceira ruptura*: trata-se do surgimento do amor paterno, corolário do casamento livre por amor e preservado em sua intimidade privada. Os historiadores da vida privada podem facilmente nos convencer de que o amor paterno se não era tão somente adstrito ao instinto biológico, não chegava à proporção que hoje se atinge. A título de exemplo, humanistas, como Montaigne, não se recordavam com precisão o nome de sua prole. Rousseau, por sua vez, “abandonou sem reparos seus cinco filhos” (FERRY, 2018, ebook)⁷.

Uma prole muito numerosa poderia ser um custo para a ascensão de uma família, de modo que se elegia tão somente um herdeiro e deixavam-se os demais aos cuidados de amas de leite. Os dados estatísticos poderão nos estarrecer ainda mais: “na segunda metade do século XVIII, entre 62 e 75% dos bebês criados por amas de leite morriam antes de alcançar o primeiro ano de vida!” (FERRY, 2018, ebook)⁸. Além das amas de leite, o translado, descrito por François Lebrun, e que levava as crianças ao orfanato, matava, à época, nove das dez crianças transportadas.

2.2. A família que determina o Estado, o Estado que determina a família: nada de novo sob o sol

O grande teórico do Estado moderno, Georg Wilhelm Friedrich Hegel, ao contrário de Montaigne ou Voltaire, só chegou a sua formulação filosófica do Estado, da Família e do Direito, porque, como ele Tmesmo escreveu, foi um “filho de seu tempo” (HEGEL, 2010, p. 43). Hegel, portanto, é um filho legítimo da modernidade. Importa-nos essa consideração na medida em que, numa atitude

⁵ *Ibid.*, tradução nossa.

⁶ *Ibid.*, tradução nossa.

⁷ *Ibid.*, tradução nossa.

⁸ *Ibid.*, tradução nossa.

jusculturalista, podemos compreender que Hegel construiu seu sofisticado arcabouço filosófico no século XIX⁹, depois do século XVIII, ou seja, quando já estava consolidada a nova família por amor. Por isso, pôde – sobre essa nova família – justificar a formulação atual do Estado ou, se quisermos, do Estado de Direito (*Rechtsstaat*).

Em *Famílias, amo vocês*, Luc Ferry sustenta a seguinte tese:

[...] da mesma maneira que a globalização acabou encampando de forma paradoxal o grande movimento de desconstrução dos ideais já implícitos na crítica nietzscheana ao niilismo, também o processo de uma autêntica “divinização do humano” vai dar corpo, por meio da evolução da família moderna, à ideia de transcendência horizontal, de uma sacralidade encarnada no coração da humanidade e não como outrora, em entidades “verticais” superiores e externas a ela (FERRY, 2018, ebook).

Numa outra formulação, Ferry defenderá que a tendência do mundo é que a transcendência do homem sobre o real desprenda-se das formulações iluministas republicanas – o Direito e o Estado – e erija-se na imanência das relações afetivas familiares, porque, segundo o filósofo francês, a família é o único objeto sagrado sobre o qual nós nos sacrificamos.

Defendemos, no entanto, que a família, no Estado de Direito moderno, ao contrário, *privilegia e conforma-se das famílias como laços afetivos livres* e é por isso que recorremos à filosofia hegeliana. Portanto: nada de novo sob o Sol.

2.2.1. O que o filósofo do Estado tem a nos dizer sobre a família? Semeando dragões...

Hegel, nos seus cursos de *Filosofia da História*, definirá o Estado como “o que existe, é a vida real e ética, pois ela é a unidade do querer universal, essencial e do querer subjetivo – isso é a moralidade objetiva” (HEGEL, 2008, p. 45). A grandiosa defesa de Hegel da tese do fim da história – que muitos filósofos, como Alexandre Kojève e, depois, Francis Fukuyama¹⁰, subverteram terrivelmente, e

⁹ As obras da maturidade datam de 1807, ano da publicação de sua obra-prima: *Fenomenologia do Espírito*.

¹⁰ O famigerado texto de Fukuyama, *The End of History?*, publicado inicialmente no jornal *The National Interest* e que depois foi expandido para o livro *The End of History and the Last Man* (1992) foi fortemente influenciado pelas leituras que Alexandre Kojève, na França, fez sobre Hegel. Para saber mais, v. HORTA, José Luiz Borges. *Hegel contra Kojève?: notas sobre a transfiguração de Hegel e a profanação da política na filosofia francesa novecentista*. In: CORREIA, Adriano; DEBONA, Vilmar; TASSINARI, Ricardo (org.) *Hegel e Schopenhauer*. São Paulo: ANPOF, 2017.

que propiciou a decadência do pensamento ocidental do século XX, inclusive no Direito – significa não mais que, olhando em retrospectiva ao passado, podemos enxergar que o Estado e sua moralidade que se consubstancia no Direito, é o resultado das paixões subjetivas que, diante das contingências do mundo e da força do passado, *politicamente* convergem para o querer universal, *i.e.*, a vontade *soberana* de um Estado.

E, no Estado, onde estão as famílias? Hegel, no §518 da sua *Enciclopédia* indica um *entendimento*:

O espírito ético, enquanto em sua *imediatez*, contém o momento *natural* de que o indivíduo tem, em sua universalidade natural, no *gênero*, seu ser-aí substancial – a relação dos sexos, mas elevada a uma determinação espiritual; – a união do amor e da disposição da confiança; – o espírito, enquanto família, é espírito *que-sente* (HEGEL, §518, p. 296).

Agora, para elevar esse *entendimento* à *razão*, *i.e.*, ao Estado de Direito, chamamos aqui, atenção de três aspectos:

(1) Hegel põe a família como o primeiro momento do mundo ético, ou seja, a família é o momento *mediato* do cume do espírito objetivo, em que se desdobra a segunda natureza (nunca imutável) da cultura! Isso quer dizer que as famílias são os sujeitos, diluídos na substância ética do Estado e que, sugadas pelo caldo cultural do seu tempo, defendem seus interesses na arena da sociedade civil, cuja unidade se dá na decisão final do Estado de Direito.

(2) Por ser esse momento imediato, antes de ascender a unidade do Estado, as famílias conformam e são conformadas por outro importante objeto, a saber, os desejos individuais daqueles que dela desprenderam-se rumo às necessidades da sociedade civil (indivíduos que permeiam os inúmeros outros *campos* sociais que compõem a *polis*). Para além desses, o sistema hegeliano comporta inúmeros outros objetos que delineiam o real e *confluem* no Estado, como – e talvez seja dos mais fundamentais, em que pese não se tratar do objeto deste artigo – a consciência histórica do reconhecimento-livre (fruto da tradicional luta por reconhecimento, objeto de inúmeras teorias da justiça).

(3) Por fim, a família, ao mesmo tempo que é um desses sujeitos na construção do Estado, somente é essa relação interior de afeto, porque “amalgama naturalmente as pessoas que a integram” (KONDER, 1991, p. 63), ou seja, a família não só preserva um laço natural biológico entre os indivíduos que comporta – e

eis a potência da macrofilosofia¹¹ do Hegel –, mas o eleva à sua conformação no mundo político e cultural do Estado.

Portanto, nesse segundo sentido, a família, não abdicando do seu sensivelmente natural (Hegel usa: *que-sente*), contribui, de um lado, para formar o Estado e, de outro, é ela própria conformada pelo querer universal desse Estado – é a família que, *em defesa própria*, deve manejar e mediar *politicamente* os indivíduos (com seus próprios desejos) que ela comporta, bem como os demais indivíduos e famílias por ela confrontadas, além do enalço da consciência histórica de liberdade, que carregam todos esses objetos, por fim, na *unidade do Estado*. Isso explica por que a família se altera tanto, pois, afinal, trata-se de uma ideia política e cultural, de algo natural que recebe contornos propriamente humanos (numa concepção alargada e complexa já mencionada) e, de algo humano que se inflama do natural e biológico.

Isso explica também nossa crítica a Luc Ferry: como pretendemos demonstrar, ao contrário do que defende o filósofo francês, a ideia de Estado moderno é e sempre foi, ela própria, encarnada e vivida pelas *famílias*, dialeticamente e na história e na cultura.

No fundo, está lançado aqui todo o prospecto deste trabalho ou, para nos valermos de uma conhecida expressão dialética, foram semeadas as sementes de dragão! (KONDER, 2008, p. 81).

3. Presente

3.1. *Tempo e normas: o que é perene em família?*

O estudo sobre os tempos do direito e as ideias cambiantes e contingentes da instituição família, no caminhar da história, constituem a estrutura de pensamento que se seguirá a partir deste tópico. Na experiência brasileira, em 2011, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Ayres Britto, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (4.277/DF), em que se reconheceu como instituto jurídico a união homoafetiva, assim definiu: “família como fato cultural e espiritual ao mesmo tempo (não necessariamente como fato biológico)”. Neste mesmo caso em que foi relator, Ayres Britto também defendeu em seu voto “que a Constituição

¹¹ Ver, a propósito, o projeto grandioso do filósofo catalão Gonçal Mayos, de onde nos inspiramos sempre: MAYOS, Gonçal. Para uma Macrofilosofia. In: MAYOS, Gonçal. *Macrofilosofia de la Modernidade*. Roto: dLibro, 2012, p. 9-17.

Federal não empresta ao substantivo ‘família’ nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica”.

A busca por uma interpretação não reducionista confere a mutabilidade do Direito ao longo do tempo histórico, sendo que o referido acórdão ainda menciona a família enquanto “categoria sociocultural e princípio espiritual”. Para a devida contextualização da relação entre Família, Estado e temporalidade das normas, inicia-se pela previsão constitucional atual. Topograficamente, dentro do texto da Carta Magna de 1988, o artigo 226, *caput*, assim define: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Temporalmente, no século XX, pode-se comparar que a Constituição brasileira de 1967 limitava a ideia de família no seguinte sentido: “Art. 167. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos”. Antes, a Constituição de 1946 trazia esta redação: “Art. 163. A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado”. Retrospectivamente, na Constituição de 1937, havia um texto adicional no *caput*: “Art. 124. A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos”.

Se continuarmos a voltar nos textos constitucionais brasileiros ao longo da história, observaremos que a Constituição de 1934, a primeira do século XX, já priorizava o casamento indissolúvel como elemento constituidor da família. Durante o século XIX, como produto de seu tempo, a primeira Constituição da República, de 1891, não abordava a família dentro de seu texto. Por sua vez, a primeira Constituição brasileira, a Imperial de 1824, apenas mencionava a ideia de família ao tratar da família imperial, em especial, sobre a prescrição dos tratamentos a serem dados ao príncipe herdeiro, “Alteza Imperial”¹².

Filha de cada tempo e época, a Constituição é o *locus* em que Direito e Política se dialetizam na vida em comunidade, dentro de uma ideia de Estado de Direito e, ao mesmo tempo, é o *topos* onde disputam normalidade e normatividade, permanência e transformação (BIELSCHOWSKY, 2020, p. 1). Assim nos ensina Raoni Bielschowsky. Neste lugar, espaço e tempo de tensão e complementariedade política, o direito brasileiro, por meio do “constituente originário”, instituiu, histórica e politicamente, a família como base da sociedade em 1988. A previsão e a *positivação* da ideia de família são um produto político e jurídico de um processo

¹² Os textos originais das constituições brasileiras podem ser consultados pelo site do Planalto.

de busca por legitimação e validade de um projeto de normalidade calcada na realidade cultural, que, por sua vez, funda-se em uma normatividade (nos termos do sociólogo Pierre Bourdieu, em um *habitus*).

Ao tratar de tais constructos imaginados (de normalidade e normatividade) que sustentam a ordem social, o historiador Yuval Noah Harari assim explica:

Mitos e ficções habituaram as pessoas, praticamente desde o momento do nascimento, a pensar de determinadas maneiras, a se comportar de acordo com certos padrões, a desejar certas coisas e a seguir certas regras. Dessa forma, criaram instintos artificiais que permitiram que milhões de estranhos cooperassem de maneira efetiva. Essa rede de instintos artificiais é chamada de “cultura” (HARARI, 2015, p. 171).

As ideias de famílias que circulam nosso imaginário social são construções culturais, portanto, mais que meros laços biológicos. Os mitos culturais são capazes de designar papéis, direitos e deveres, de modo que os legitimam e os proíbem ao longo da história. Como ensina Harari, “É a cultura que obriga as pessoas a concretizar algumas possibilidades e proíbe outras” (HARARI, 2015, p. 171). As imposições hierárquicas e sociopolíticas carecem de base biológica, em que pese o argumento de “natural” e “não natural” permear o léxico da imposição de padrões de comportamento. No direito das famílias, observamos a existência dessa estratégia de proibição no debate sobre o reconhecimento das uniões homoafetivas, por exemplo na realidade recente brasileira.

Por trás desses embates jurídicos entre as diversas ideias de famílias, há uma luta por legitimação social de um modo de ser e existir. O reconhecimento pelo direito se torna um espaço de poder para concretizar possibilidades dentro do universo do social, constituído pelo político. Em outras palavras, a busca por significação de família se reflete em uma luta por incluir e excluir aquilo que *é* ou *deveria ser* família. Como nos ensina o sociólogo Pierre Bourdieu: “[...] a consagração cultural submete os objetos, pessoas e situações que ela toca a uma espécie de promoção ontológica que se assemelha a uma transubstanciação” (BOURDIEU, 2011, p. 14).

No presente, as famílias, enquanto núcleos mais afetivos e culturais do que essencialmente biológicos, conferem propriedades, de origem social e de identificação no grupo, aos indivíduos pertencentes. Em outras palavras, essa “promoção ontológica” a que se refere Bourdieu se vincula à apropriação social

de gostos, interesses, práticas e situações que distinguem e classificam o ser, por meio da entrada de um indivíduo no seio familiar. Como elemento perene do *ser familiar*, pode-se identificar, a partir da virada do século XVII (como explicado no tópico 2.1.1), que a herança de capitais, sejam econômicos, sejam principalmente culturais e simbólicos, permanecem na identificação familiar. Aqui, na gramática de Bourdieu, capitais são propriamente as energias sociais que permitem o posicionamento e o reconhecimento dentro de relações sociais específicas de um campo. Nesse sentido, a posse de capitais específicos possibilita que o indivíduo siga essa ou outra trajetória, de modo que reproduza um *habitus* que ditará as condições elementares de existência e de condicionamento na evolução do tempo (BOURDIEU, 2011, p. 14).

A família como base da sociedade traz ao debate a luta por seu significado, no entanto, primeiramente, esse embate apenas é plausível porque a ideia de família confere uma posição social de privilégio e de validade de um modo de ser dentro do mundo social. No passado, como analisado pelos textos constitucionais, o casamento (por vezes, indissolúvel, com uma presunção de eternidade até a morte) se enquadrava como o elemento constituidor das famílias. Havia, nesse sentido, uma redução do que *poderia* e *deveria ser* uma entidade familiar. Nas palavras de Maria Berenice Dias, “O legislador constituinte alargou o conceito de família ao emprestar juridicidade ao relacionamento fora do casamento” (DIAS, 2021, p. 52). No tópico a seguir, examinaremos o elemento “vínculo afetivo” como *novo* constituidor das famílias, porque novas condições de existência das famílias assumiram o lugar do casamento: sentimento, estabilidade e responsabilidade.

3.1.1. Afeto como elemento vital da família: temporalmente limitado?

Nas palavras da doutrinadora Maria Berenice Dias, o maior mérito que se pode atribuir ao Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), é “a construção de um novo conceito de família tendo como elemento identificador o afeto” (DIAS, 2021, p. 52). Como uma das fundadoras dessa instituição, Dias trata das “mudanças impostas ao direito pelos vínculos afetivos”. Neste sentido, se o conceito de família, no hoje, pauta-se nos afetos, resta investigar como a temporalidade impacta os vínculos afetivos.

Aqui e acolá, dentro das normatividades do Direito Civil brasileiro, as regras do direito das famílias marcam e consagram a “não eventualidade” como traço distintivo para a caracterização de vínculos jurídicos familiares. A permanência ao longo do tempo constitui, sem dúvida, elemento para o reconhecimento social

da entidade família. O Código Civil de 2002 pressupõe como adjetivos da união estável os seguintes atributos: “contínua” e “duradoura”, em seu artigo 1.723.

Pensar o tempo dentro do direito enseja discussões tão relevantes que giram desde direitos adquiridos e expectativas de direito até entender quando as normas retroagem, ultra-agem, além dos seus efeitos imediatos ou pré-ordenados. Nas palavras de Alexandre Walmott, “Essas formas de contagem e de aplicação temporal são consequências de fenômenos políticos e de organização da modernidade [...]” (WALMOTT, 2020, p. 114).

Nesse sentido, o direito é visto como um “fenômeno positivado momentâneo, espacial e temporal limitados” (WALMOTT, 2020, p. 114). Para Maria Berenice Dias, “o Direito tem a obrigação de regular”, sendo que “na busca do conceito de entidade familiar, é necessário ter uma visão pluralista, que albergue os mais diversos arranjos vivenciados” (DIAS, 2021, p. 11). Por essa razão, aliás, a doutrinadora escolhe o termo direito *das* famílias, uma decisão política na luta por reconhecimento de conceitos que transcendam aquilo que historicamente se consagrou: família enquanto casamento (por vezes, indissolúvel) entre homem e mulher.

Nesse sentido da evolução legislativa e doutrinária ao longo da história, a Emenda Constitucional 66 – de 2010 – “consagrou o divórcio como única forma de acabar com o casamento. Com isso, não há prazo, nem a necessidade de identificar causas para dissolvê-lo” (DIAS, 2021, p. 47). Antes da reforma constitucional, o texto original previa que seriam necessários ou dois anos de separação de fato ou um ano de separação judicial para a decretação do divórcio. A mudança reflete, portanto, uma concepção de família que privilegia a vontade, porque, até mesmo no sentido de dissolvê-la, tal direito potestativo extintivo deve ser consagrado de modo imediato, ou seja, sem qualquer prazo ou, em outras palavras, sem mediação temporal. Aliás, na praxe jurídica, uma vez proposta a ação de divórcio, o Enunciado 18 do IBDFAM posiciona no sentido de que deve haver o julgamento parcial do mérito, de maneira que, ao despachar a inicial, o juiz ou a juíza já decreta o divórcio e determine a expedição do mandado de averbação, inclusive antes mesmo da citação do réu.

No tópico a seguir – o último –, buscaremos responder a seguinte questão: como as expectativas de direitos e os projetos do *dever ser*, com a determinação de caminhos a serem seguidos, por exemplo, na busca pela felicidade, impactam as concepções e formas de famílias? Em outras palavras, como o planejamento

do futuro, com a produção de normas e entendimentos jurídicos-políticos, determina o caminhar das ideias de famílias, no hoje?

4. Futuro

4.1. *Afetividade líquida, família líquida?*

As bases históricas do pensamento político que fundamenta a presente luta entre as ideias de família no seio do Estado foram expostas. Passemos, agora, ao impacto que as ideias de futuro assumem no direito das famílias. Maria Berenice Dias explica que “O Direito das Famílias, por dizer respeito a todos os cidadãos, revela-se como recorte da vida privada que mais se presta às expectativas e mais está sujeito a críticas de toda sorte” (DIAS, 2021, p. 44).

Na perspectiva da fundadora do IBDFAM, “o influxo da chamada globalização impõe constante alteração de regras, leis e comportamentos” (DIAS, 2021, p. 44). Se admitirmos a família enquanto agente da socialização primária, o tratamento jurídico instituído terá, por consequência, reflexos basilares na estrutura da sociedade. Isso porque o primeiro contato que o indivíduo tem com regras, costumes, gostos e desejos será mediado por aqueles que constituem seu seio familiar. Nesse sentido, o direito das famílias passa por uma mudança paradigmática, que altera suas premissas existenciais e que busca firmar os vínculos afetivos como elemento central.

Ao determinar novas condições de existência, as quais afastaram da ideia de família a premissa do casamento, buscou-se, nas palavras de Dias, “a universalização e a humanização do Direito das Famílias” (DIAS, 2021, p. 52). Alargou-se o conceito, de modo que as relações monoparentais, por exemplo, passaram a receber o *status* jurídico de entidade familiar, em que pese o cotidiano dos afetos já indicassem tal propriedade. No fluxo desse redimensionamento, uma nova visão jurídica – seja por instrumentos legislativos, seja por decisões judiciais – buscou espaço, legitimação e validade. Essas que, por sua vez, ditarão a influência de tais normas no reconhecimento e na possibilidade existencial de novas famílias. Ainda nas palavras de Dias:

Compreender a evolução do Direito das Famílias deve ter como premissa a construção e a aplicação de uma nova cultura jurídica, que permita conhecer a proposta de proteção às entidades familiares, estabelecendo um processo de

repersonalização dessas relações, devendo centrar-se na manutenção do afeto, sua maior preocupação (DIAS, 2021, p. 52).

Assim, observa-se uma substituição de significados e de processos de valoração. Justamente nesse sentido, a produção das normas (princípios e regras) do direito das famílias parece acompanhar as novas bases de uma nova era, calcada no endeusamento do imediato e do agora. Mais do que globalizado, a sobrecarga de informações e a aceleração contemporânea impõem um mundo turboglobalizado, marcado pelas doenças psíquicas vinculadas à exaustão e ao cansaço mental: ansiedade, *burnout*, depressão. Se a família é constituída por relações sociais e afetivas construídas em comunidade, a profunda mudança na percepção e consagração do tempo impacta, por consequência, a concepção que socialmente há sobre entidade familiar. Isso porque, nas palavras do filósofo catalão Gonçal Mayos: “Lo longevo que tradicionalmente sugería que estaba muy bien hecho y era muy forte, hoy más bien indica que ha devenido viejo, superado, caduco y achacoso” (MAYOS SOLSONA, 2020, p. 98)¹³.

Mayos ensina que as relações sentimentais e o amor deixam de se basear no passado ou no presente compartilhados, para se centrarem no futuro e suas expectativas. Assim, a mera sensação de estagnação se converteu em sinal inequívoco de que um projeto familiar, no caso, chegou ao seu fim, tornou-se obsoleto e deve ser radicalmente substituído por um “novo” (MAYOS SOLSONA, 2020, p. 98). Gonçal Mayos aponta que:

[...] tradicionalmente se consideraba respetable e incluso loable un cierto nivel de rutina y aburrimiento en los matrimonios y las parejas. Era visto como señal de la solidez y seriedad de la relación, pues habrían superado los altibajos de las sentimentales relaciones adolescentes y del amor romántico¹⁴.

Se os afetos duradouros deixam de ser consagrados socialmente, qual o impacto nas entidades familiares? Nos termos de Zygmunt Bauman, a sociedade e a vida atuais se caracterizam pela liquidez (BAUMAN, 2005, *apud* MAYOS SOLSONA, 2020, p. 100). Isso porque a rapidez do mundo moderno culmina em

¹³ Tradução nossa: O longevo (duradouro) que tradicionalmente sugería que estava muito bem feito e muito forte, hoje melhor indica que veio a ser velho, superado, caduco e enfermo.

¹⁴ MAYOS SOLSONA, Gonçal. *Tiempos disruptivos: destrucción creativa acelerada y patologías del saber*, p. 99. Tradução nossa: tradicionalmente se considerava respeitável e inclusive louvável um certo nível de rotina e tédio nos matrimônios e casais. Era visto como sinal de solidez e seriedade da relação, pois havia superado os altos e baixos das relações sentimentais adolescentes e do amor romântico.

uma destruição e reconstrução constantes, de maneira que *tudo* se torna velho e obsoleto antes mesmo de poder consolidar-se, solidificar-se ao longo do tempo.

4.1.1. Direito à felicidade: uma aposta da tutela estatal para o futuro das famílias?

No tópico anterior, traçamos as bases de pensamento que nos indicam as novas características do mundo atual: a aceleração, a rapidez e a “liquidez”. Um último elemento – ainda não pensado neste trabalho – parece nos indicar outra *força constituinte* das ideias de famílias. A busca pela felicidade se mostra, em última instância, como um indício da constituição da família que permite, em que pesem a aceleração e as relações líquidas, a manutenção de laços afetivos no decorrer do tempo. Mesmo assim, parece evidente que a procura da felicidade se pauta em uma expectativa, também no futuro, de modo que os indivíduos se posicionam como jogadores (nos termos de Bourdieu) que investem sua energia social (tempo, propriedades e trajetórias) para a construção de uma vida em comum calcada na satisfação de interesses afetivos.

Adiante, como uma primeira observação sobre a suspeita: o direito à felicidade não é restrito ao século XXI, tampouco ao século XX. Isso porque se encontra “originalmente na Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, sob a forma ‘pursuit of happiness’” (FERREIRA DA CUNHA, 2009, p. 166). Será, então, a procura pela felicidade o elemento que mantém forte a ideia de família no mundo ocidental, mesmo em tempos líquidos?

Nas palavras do filósofo do direito Paulo Ferreira da Cunha:

A Felicidade será certamente o objectivo de vida da maioria esmagadora das pessoas. Pelo menos nas nossas sociedades modernas, em que até o hedonismo (vício em excesso) é aparatosamente glorificado pela propaganda (FERREIRA DA CUNHA, 2009, p. 165).

Na realidade brasileira, o ministro do STF, Celso de Mello, no julgamento da ADPF 132, que, em linhas gerais, reconheceu como instituto jurídico as uniões homoafetivas, defendeu o direito à felicidade como “verdadeiro postulado constitucional implícito, como expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana”. Nesse sentido, observa-se que, doutrinariamente dentro do direito, a família é concebida a partir de uma visão eudemonista. Com a priorização do afeto, a entidade

familiar passa a servir mais para “realizar os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes” (DIAS, 2021, p. 77), do que simplesmente representar um vínculo de ascendência biológica.

Como já exposto pela Declaração de Independência das Treze Colônias, a ideia de busca pela felicidade como elemento constituidor da família transcende as fronteiras de pensamento brasileiras:

[...] em 1967, no caso *Loving vs. Virginia*, contra normas racistas, anti-miscigenação, o Juiz Earl Warren consideraria, com inteiro acerto, que “A liberdade de casar foi de há muito reconhecida como um dos direitos pessoais vitais ((poderia ter dito ‘naturais’ também)) essencial para a ordenada busca da felicidade por parte de pessoas livres”.

Em sintonia, o Estado apresenta o direito legislado e o reconhecimento institucional como instrumentos para a “realização de vantagens às sociedades”. Como nos ensina Walmott: [...] as instituições estavam postas ao servir da elevação material das pessoas (e não mais como criações externas a serem respeitadas – ou temidas) (WALMOTT, 2020, p. 116).

Alexandre Walmott aponta ainda que um dos impactos é “um direito constituído por normas que são seriadas, produzidas em sequência temporal determinada” (WALMOTT, 2021, p. 117). Em outras palavras, deixou de ser um tempo natural, ou divinamente eterno: “a perpetuidade e a eternidade são substituídas por serial, positividade e historicidade” (WALMOTT, 2021, p. 117). Assim, se a lei perdeu seu atributo de infinito – de solidez no tempo –, as mudanças legais e de entendimentos jurídicas assumiram uma produção e reinterpretação frenética e *espetacular*, transmitida ao vivo pela TV Justiça. Até mesmo as normas constitucionais se afastam de seu significado ortodoxo e restrito, em especial, no objeto aqui pensado: o direito das famílias.

Na realidade brasileira, o constitucionalista Virgílio Afonso da Silva ensina uma comparação quando olhamos para a Constituição de 1988. Em que pese seja “pouco comum que constituições tenham alguma norma sobre casamento” (SILVA, 2021, p. 145), a atual Carta Magna do Estado Brasil prevê normas até mesmo sobre uniões estáveis. Filha de seu tempo e sua realidade histórica foi justamente a constitucionalização do casamento e da união estável que produziu o debate sobre o reconhecimento de tais institutos jurídicos para incluir pessoas do mesmo sexo. Isso porque, textualmente, “essas normas são explícitas quanto

aos gêneros envolvidos” (SILVA, 2021, p. 145): “Art. 226. §2º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher, como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Virgílio Afonso da Silva adverte que, na verdade, o material constitucional estabelece barreiras que, apesar de não superáveis, criam um “ônus argumentativo”. Aliás, como já exposto, desde 2011, o Supremo Tribunal Federal, em um exercício de interpretação pluralista, buscou solucionar a discussão. No mesmo anseio normativo, a Resolução 175/2013 do CNJ decidiu ainda “pela possibilidade de que casais de pessoas do mesmo sexo não apenas celebrem uniões estáveis, mas também casamentos” (SILVA, 2021, p. 146).

Não há dúvidas de que as ideias de famílias são cambiantes. O argumento da felicidade como um elemento constituinte também é reflexo do tempo histórico que provoca tais mudanças. As instituições políticas e jurídicas, como exemplo, o Supremo Tribunal Federal, igualmente buscam espaço, reconhecimento e prestígio simbólico quando alargam o conceito de família e passam a abarcar novas formas, novas pessoas, por consequência. A competência do Conselho Nacional de Justiça é claramente contestável para a edição de resoluções como essa. Resta ao político, enquanto ideia e espaço constituidor do social, legitimá-la ou barrá-la.

Por fim, como nos adverte Paulo Ferreira da Cunha, “O Direito e a Política acompanham os tempos e as vontades” (FERREIRA DA CUNHA, 2009, p. 166). Se for verdade que o primeiro contato do indivíduo com o universo do social é por meio da família, é a vivência posterior que será mediada pelo político, pela vida na *polis*. Esta que, por sua vez, é impactada pela origem familiar e pelos gostos, interesses, desejos e pelo *habitus* apreendido. No entanto, vivido o político pelo indivíduo, retorna este ao seu seio familiar, agora diferente, constituído por novas interações sociais. Uma vez imerso em campos distintos do familiar, outras normas sociais passarão a ditar suas relações, mesmo as mais *berçárias* e embrionárias. O familiar implicará a vivência do político, em sua forma e em seu conteúdo, mas é o político quem definirá a existência do familiar. São as decisões políticas, sejam elas legisladas ou judiciais, que garantirão o reconhecimento, a legitimidade e a validade do que *pode ser* socialmente a ideia de família: *o que está contido, o que está de fora*. Nas interações entre as propriedades dos campos sociais, é de fato possível angariar capitais e atributos suficientes para modificar as ideias de famílias. Mas esses câmbios apenas se dão na esfera do ser político, porque é lá que o indivíduo deseja ser reconhecido como parte de uma família.

5. À guisa de conclusão

Pensar Família, Direito e Estado só é possível no plano filosófico. Já provamos alhures que essas três categorias não podem ser concebidas senão na sua mais íntima relação. Para completar, se quisermos que essas três categorias saiam do plano hipostasiado do *entendimento* para o plano da *razão* precisamos dissolvê-la no *tempo*. No fundo, não basta que esses pensamentos, ou para nos valermos da expressão de Harari, que essas realidades imaginadas congelem-se eternamente num único instante, porque, ao contrário, não haveria entre elas nenhuma relação e, por conseguinte, retrocedemos àquilo que evitávamos: pensar em caixinhas, categorias do entendimento.

A lição é do jusfilósofo José de Magalhães (§103): “O Direito, enfim, transita dialeticamente entre seu passado e seu futuro, somente reconciliados, como vimos, no tempo presente” (MAGALHÃES, 2015, §103). Em outras palavras, poderíamos dizer que a família é uma disputa que, conformada no e pelo Estado, ficou no *passado* e, por isso, se apresenta como uma consciência histórica do *presente*, disputando mais uma vez no e pelo Estado, como quer se projetar no *futuro*.

Assim, se pudéssemos resumir nossa tese, ficaria assim: a família do amor livre se conformou no *passado*, estendendo-se ao *presente* nas suas novas conquistas para o que deve ser no *futuro* – a paternidade socioafetiva, a união homoafetiva, etc. – e, como o tempo é imperdoável, permanece aberta ao mesmo *futuro*, para politicamente desenhar seu *presente* – “o que vem a ser de nós na turboglobalização?”; “buscaremos a *felicidade*?” – com a tração profunda do amor livre, este, no seu encaço, que bombardeia do *passado*.

Do passado, passando pelo presente, ao futuro; do futuro, passando pelo presente, de volta ao passado:

Tempo, tempo, tempo, tempo
És um dos Deuses mais lindos
Tempo, tempo, tempo, tempo [...]
Caetano Veloso.

6. Referências

BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. Elemento vital e garantia interna da Constituição: vontade de constituição, sentimento constitucional e patriotismo constitucional. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, 2020.

BOURDIEU, Pierre. *A Distinção: crítica social do julgamento*. Porto Alegre: Zouk, 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

FERRY, Luc. *Família y amor: un alegato a favor de la vida privada*. Tradução de Sandra Chaparro Martínez. Mandius, 2018. [ebook].

FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. São Paulo: Editora UNESP, 2011.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Filosofia Jurídica prática*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: uma breve história da humanidade*. L&PM, 2015, p. 171.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Enciclopédia das Ciências Filosóficas em Compêndio: a filosofia do espírito*. Tradução de Paulo Meneses. São Paulo: Edições Loyola, 2011, v. 3.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Filosofia da História*. Brasília: Editora UNB, 2008.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Linhas Fundamentais da Filosofia do Direito ou Direito Natural e Ciência do Estado em Compêndio*. Tradução de Paulo Meneses et al. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2010.

HORTA, José Luiz Borges. *Hegel contra Kojève?: notas sobre a transfiguração de Hegel e a profanação da política na filosofia francesa novecentista*. In: CORREIA, Adriano; DEBONA, Vilmar; TASSINARI, Ricardo (org.) Hegel e Schopenhauer. São Paulo: ANPOF, 2017.

HORTA, José Luiz Borges. *Teoria do Direito: a perspectiva do Culturalismo*. In: SALGADO, Karine (org.). Para Além das Palavras; reflexões sobre arte, política e direito. Porto Alegre: Editora Fi, 2020.

KANT, Immanuel. *Manual dos cursos de lógica geral*. Tradução de Fausto Castilho. Campinas: Editora da Unicamp, 2014.

KERVÉGAN, Jean-François. Existirá uma Filosofia Liberal?: observações sobre as obras de J. Rawls e F. Hayek. Tradução de Beatriz Sidou. In: Baltazar Barbosa Filho et al. (org.). *Filosofia Política 6: O Poder*. Porto Alegre: L&PM Ed., 1991, p. 31-61.

KONDER, Leandro. *Hegel e a razão quase enlouquecida*. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

KONDER, Leandro. *O que é dialética*. São Paulo: Brasiliense, 2008.

MAGALHÃES, José de. *Os Tempos do Direito: ensaio para uma (Macro)Filosofia da História*. 2015. 201 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte: 2015.

MAYOS, Gonçal. Para una Macrofilosofía. In: MAYOS, Gonçal. *Macrofilosofía de la Modernidade*. Roto: dLibro, 2012, p. 9-17.

MAYOS SOLSONA, Gonçal. Tiempos disruptivos: destrucción creativa acelerada y patologías del saber. In: MUNTADAS FIGUEIRAS, Borja; MAYOS SOLSONA, Gonçal; WALMOTT BORGES, Alexandre. *La jaula del tiempo: aspectos sociopolíticos y jurídicos de la aceleración contemporánea*. Uberlândia: LAECC, 2020.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: EdUSP, 2021.

WALMOTT BORGES, Alexandre. Direito Intertemporal: antes, hoje e depois. O direito e o tempo regulado. In: MUNTADAS FIGUEIRAS, Borja; MAYOS SOLSONA, Gonçal; WALMOTT BORGES, Alexandre. *La jaula del tiempo: aspectos sociopolíticos y jurídicos de la aceleración contemporánea*. Uberlândia: LAECC, 2020.

ARTIGO VI

Crianças e adolescentes no contexto das organizações criminosas: uma perspectiva político-criminal à luz da teoria da subcultura delinquente

Children and teenagers in the context of criminal organizations: a political-criminal approach in the light of the theory of the delinquent subculture

BEATRIZ CARDOSO RODRIGUES

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (FDF). Especialista em Ciências Criminais pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP/USP). Pós-graduanda (lato sensu) em Direito Internacional e Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Membro associada do IBCCrim (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais). Estagiária de pós-graduação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

Resumo: Uma das áreas de maior preocupação no cenário atual é a evolução das organizações criminosas atuantes nas ruas que, conseqüentemente, provocam o aumento do tráfico de entorpecentes, a principal atividade das facções que atuam por meio da prática de atividades ilegais e desenvolvidas por múltiplos sujeitos, o que vem ocasionar ameaça para o estado de bem-estar social. A temática central da pesquisa aborda o envolvimento de crianças e adolescentes nas atividades de narcotráfico nas comunidades brasileiras. Para tal, utilizou-se a técnica de pesquisa bibliográfica em legislações, jurisprudências e doutrinas, monografias, sites especializados e artigos científicos pertinentes ao tema. Buscou-se estabelecer as razões pelas quais essa parcela da população adentra no mundo do crime, sendo abordada a Teoria da Subcultura Delinquente, de Albert Cohen, para ajudar a compreender o tema que carrega grandes questões sociais. Por outro lado, os integrantes das organizações criminosas existentes no Brasil, sempre intentando mais lucro e poder, se aproveitam das lacunas que a legislação proporciona, visando aliciar crianças e adolescentes para o trabalho no tráfico, uma vez que o Estatuto da Criança e do Adolescente dá proteção integral e a Lei de Drogas incrimina fortemente os adultos que se envolvem nessa prática.

Palavras-chave: Crianças; Adolescentes; Organizações criminosas; Tráfico de drogas; Teoria da subcultura delinquente.

Abstract: *One of the areas of greatest concern in the current scenario is the evolution of criminal organizations operating in the streets that, consequently, cause an increase in drug trafficking, the main activity of factions that act through the practice of illegal activities and developed by multiple subjects and pose a threat to the welfare state. The central theme of the research addresses the involvement of children and adolescents in drug trafficking activities in Brazilian communities. To this end, the technique of bibliographic research was used in legislation, jurisprudence and doctrines, monographs, specialized websites and scientific articles relevant to the topic. Seeking to establish the reasons why this part of the population enters the world of crime, Albert Cohen's Theory of Delinquent Subculture is addressed to help understand the theme that carries major social issues. On the other hand, members of criminal organizations existing in Brazil, always seeking more profit and power, take advantage of the gaps that the legislation provides, aiming to entice children and adolescents to work in trafficking, since the Child and Adolescent Statute provides protection and the Drug Law strongly imprisons adults who engage in this practice.*

Keywords: *Children; Teenagers; Criminal organizations; Drug trafficking; Delinquent subculture theory.*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A infância no Brasil e o tráfico de drogas; 3. Fatores que levam as crianças e adolescentes ao tráfico de drogas e envolvimento com organizações criminosas; 4. A teoria da subcultura delincente; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. Introdução

Em linhas gerais, é inegável o fato de que o tráfico de drogas e as organizações criminosas são de grande relevância para a Política Criminal, principalmente quando se trata do envolvimento de crianças e adolescentes, uma vez que estes indivíduos necessitam de maior proteção e amparo do Poder Público. Mesmo sendo evidente toda essa necessidade, a implantação de políticas públicas na periferia ainda é falha, o que propicia o surgimento de organizações controlando e administrando determinada região. E é nessa mesma falta que a única porta que se abre para os garotos é a do crime.

Fato é que não há uma estipulação de faixa etária para participar do tráfico e qualquer pessoa de qualquer idade poderá participar, seja como olheiro, soldado, vapor, abastecedores e gerentes (CRUZ NETO; MOREIRA; SUCENA, 2001).

Reforçando, assim, a tese de que crime organizado aproveita-se de crianças e adolescentes devido à sua particular condição, que lhes facilita a saída do sistema punitivo, uma vez que são isentos de responsabilidade criminal, pois ao tempo de sua ação ou omissão, são incapazes de entender o caráter ilícito do fato (GRECO, 2015). Nesse mesmo sentido, Vieira e Barros (2017, p. 150) lecionam que “há uma

incoerência entre as leis de proteção e as leis penais – uma lei define o adolescente que trabalha no tráfico de drogas como vítima, outra como infrator”.

A Lei de Drogas proporcionou um enorme dano às organizações criminosas, devido ao número expressivo de presos enquadrados na Lei n. 11.343/2006 (TORQUATO; BARBOSA, 2020, p. 253). Somando essa análise à premissa de que o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) objetiva a proteção e reinserção da criança e do adolescente em conflito com a lei, privilegiando medidas alternativas à internação, é nítido que as facções se beneficiam das falhas legislativas para angariar ainda mais lucro. Sendo assim, para o tráfico, investir em adultos já não vale tanto a pena.

Sem embargo, para os adolescentes a curiosidade pelo mundo do crime ocorre por diversos motivos, tais como, dominação pelas facções, pobreza, falta de acesso ao mercado de trabalho formal, o status dentro da comunidade, dinheiro e acesso aos bens de consumo e subcultura das facções, nas quais os chefes são tidos como ídolos (DOWDNEY, 2004).

Dessa forma, toda essa atração ou necessidade pelo mundo do crime apresenta uma grande ligação com a teoria proposta por Albert Cohen, que em “*Delinquent boys: the culture of the gang*” descreve os processos sociais nos quais os jovens são movidos pela necessidade de identificação (COHEN, 1955).

A teoria proposta por Cohen é contrária à noção de uma ordem social, e podemos identificar, por exemplo, no grupo de jovens delinquentes no qual o adolescente passa a aceitar os valores desse grupo, admitindo-o para si mesmo mais que os valores sociais dominantes (PENTEADO; PENTEADO FILHO, 2020). Logo, a Teoria da Subcultura Delincente de Albert Cohen descreve uma estrutura delincente a qual elabora códigos de valores distintos dos códigos e valores adotados pela classe média. Tendo como razão a estrutura social fragmentada, as classes mais baixas têm o acesso limitado aos valores que são adotados pela classe média. Nesse caso, surge um estado de frustração, fazendo com que os jovens passem a adotar uma subcultura com objetivo de fazer uma rebelião contra normas e valores estabelecidos pela classe dominante (VIANA, 2021).

Nesse contexto, a subcultura delincente surge quando os indivíduos se associam para a prática de condutas desviadas, seguindo um padrão de valores dentro dessa cultura. As chamadas gangues, usadas por Albert Cohen, podem no Brasil ser relacionadas às organizações criminosas, a título de exemplo o Comando Vermelho, Primeiro Comando da Capital, Família do Norte, Terceiro

Comando Puro, Amigo dos Amigos, entre várias outras que vem surgindo com o passar dos anos.

Aplicadas essas premissas, o presente estudo diz respeito ao envolvimento de crianças e adolescentes nas atividades de narcotráfico nas comunidades brasileiras, analisando as razões que os motivam a entrar para as organizações criminosas. Trata-se de uma questão indispensável para a transformação social, uma vez que é pelas crianças e adolescentes que se trava a luta de prevenção e repressão às infrações penais, no caso o tráfico de drogas, e consequentemente levaria à diminuição do poder das organizações criminosas.

2. A infância no Brasil e o tráfico de drogas

A Lei n. 8.069, mais conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), foi promulgada em 13 de julho de 1990. Trata-se do principal marco legal e regulatório dos direitos das crianças e dos adolescentes no Brasil. A legislação define como criança a pessoa de até doze anos incompletos e adolescente aquele entre doze e dezoito anos de idade. O estatuto visa uma proteção integral dos direitos dos mais jovens e principalmente daqueles em conflito com o ordenamento jurídico.

Há, todavia, um dispositivo de grande relevância para o tema que é o Decreto n. 10.088, de 5 de novembro de 2019 (BRASIL, 2019), o qual regulamenta a Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho, que estabelece em seu artigo 3 do Anexo LXVIII que:

Para efeitos da presente Convenção, a expressão “as piores formas de trabalho infantil” abrange: a) todas as formas de escravidão ou práticas análogas à escravidão, tais como a venda e tráfico de crianças, a servidão por dívidas e a condição de servo, e o trabalho forçado ou obrigatório, inclusive o recrutamento forçado ou obrigatório de crianças para serem utilizadas em conflitos armados; b) a utilização, o recrutamento ou a oferta de crianças para a prostituição, a produção de pornografia ou atuações pornográficas; c) a utilização, recrutamento ou a oferta de crianças para a realização para a realização de atividades ilícitas, em particular a produção e o tráfico de entorpecentes, tais com definidos nos tratados internacionais pertinentes; e, d) o trabalho que, por sua natureza ou pelas condições em que é realizado, é suscetível de prejudicar a saúde, a segurança ou a moral das crianças (OIT, *s.d.*).

Ocorre que o tráfico de drogas é configurado como uma das piores formas de trabalho infantil. A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (CRC), de 1989, edita uma resolução importante: declara que as crianças têm o direito de serem “protegidas da exploração econômica ou de realizar qualquer atividade que seja perigosa ou interfira na educação delas, ou que seja prejudicial à sua saúde ou ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social” (art. 32) (OIT, 2002, p. 31).

De todo modo, entender o tráfico de drogas na infância é um tema complexo. Tratam-se de diversas violações de direitos que levaram a esse caminho, como o abandono familiar, o descaso do Estado, trabalho infantil, violência psicológica e física. Nessas, se enquadrando as frequentes agressões sofridas pelos agentes de segurança pública, que, conforme os dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, a faixa etária de 12 a 17 anos de vítimas de intervenção policial com resultado de morte se dá em 8,7% (FBSP, 2022, p. 83).

Assim, ao falar da adolescência criminalizada Bocco (2006, p. 100) afirma:

É analisar como funcionamos enquanto sociedade, como produzimos infâncias e juventudes desiguais, como criminalizamos os pobres, como organizamos o mundo do trabalho, do ensino, da cultura, como judicializamos as relações entre pais e filhos, homens e mulheres, vizinhos e colegas, e também pensar como podemos construir redes solidárias que somem esforços para lidar com os tensionamentos que o projeto neoliberal nos coloca. Reconhecer que a infração é fabricada socialmente nos leva a implicar-nos de forma efetiva com uma não reprodução desse modelo e com a criação de outras realidades e sujeitos.

Dentro desse contexto, o Estado encontra um embate entre a proteção e a punição dessas crianças e adolescentes. Entretanto, a punição seria eficaz se o Estado conseguisse garantir todos os direitos básicos, segundo Freyre (1964, p. 22): “O menino brasileiro passa pela meninice quase sem ser menino. Faltam-lhe brinquedos. Faltam-lhe livros. Faltam-lhe até onde brincar”. Apesar de antiga, tal expressão ainda se faz presente no contexto atual.

Os meninos enxergam vantagens no crime que serão adquiridas em curto prazo, como o dinheiro e a sensação de poder, e assim, passam a delinquir. Daí a importância do ECA, que no artigo 112 dispõe sobre aplicação de medidas socioeducativas para os jovens em conflito com a lei (BRASIL, 1990). No sentido de proteção integral, a Política de Atendimento Socioeducativo destinada ao

“adolescente que pratica ato infracional”, instituída pelo Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), prefere medidas socioeducativas cumpridas pelos adolescentes em meio aberto, no território e com o apoio da rede de atendimento, como forma de fortalecer o contato com a família e com a sociedade (GALDEANO; ALMEIDA, 2018, p. 18).

No entanto, dentre as medidas socioeducativas também há a previsão de internação em estabelecimento educacional. De acordo com Saraiva (2010, p. 176), a internação não é inexequível no caso de tráfico de drogas quando praticado isoladamente, como cita:

A imposição ao adolescente de medida socioeducativa de internação em caso de tráfico, enquanto conduta isolada viola preceito expresso da norma e atenta contra as liberdades individuais nos termos do permissivo legal em vigor. Essa alternativa far-se-á somente possível mediante alteração legislativa. O Estatuto veda esta possibilidade.

Entretanto, os adolescentes que trabalham no mercado varejista de drogas são considerados pela Justiça jovens em conflito com a lei e agentes de ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas. Muitos deles são primários e, ainda assim, recebem medida socioeducativa de internação. O que contraria o entendimento sumular n. 492 do Superior Tribunal de Justiça, que pretende evitar a aplicação automática de internação ao adolescente que tenha cometido ato infracional análogo ao delito de tráfico de drogas. Porém, não exclui tal medida em situação em que seja a única forma eficaz para o caso concreto (STJ, 2012).

Conforme o Levantamento do SINASE publicado em 2019, com informações referentes a 2017, os atos infracionais de maior ocorrência nas medidas privativas de liberdade foram roubo (38,1%), tráfico e associação ao tráfico de drogas (26,5%) e homicídio (8,4%) (FBSP, 2022, p. 448).

Conforme dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2022:

[...] as medidas socioeducativas em meio fechado vêm caindo em todo o país com mais força a partir de 2018. De um total de 25.084 adolescentes internados em 2018 chega-se a 13.684 em 2021, o que significa uma queda considerável de 45,4%. De uma taxa de 85,9 adolescentes internados para cada 100 mil, passa-se para um patamar de 49,4 adolescentes a cada 100 mil, um decréscimo de 42,5%. Os dados mostram que a tendência de queda é semelhante entre homens e mulheres. Enquanto a quantidade total de meninos internados caiu

45,5%, a queda no total de meninas veio logo atrás, no percentual de 44,7% (FBSP, 2022, p. 445).

O cenário vai no mesmo sentido em relação ao segundo conjunto de atos infracionais que mais internam: o tráfico de entorpecentes. Os últimos anos também indicam queda no número de registros. Entre 2019 e 2020, houve queda de 1,1% e entre 2020 e 2021, houve queda de 3,6% (FBSP, 2022, p. 444).

As crianças e adolescentes são expostos ao tráfico de drogas e, se apreendidas, são qualificadas como infratores, mesmo essa atividade sendo considerada como uma das Piores Formas de Trabalho Infantil, ocasionando uma ambiguidade jurídico-normativa (QUINELATTO; CAMPOS, 2022).

Por sua vez, a Constituição Federal (CF), em seu artigo 228, faz a seguinte referência acerca das crianças e adolescentes: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”. Essa disposição constitucional é reiterada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 104, *caput*, segundo o qual são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos que estão sujeitos às medidas previstas no ECA. Entretanto, como disposto no artigo 227 da Constituição ficou estabelecido como 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 (BRASIL, 1988).

3. Fatores que levam as crianças e adolescentes ao tráfico de drogas e envolvimento com organizações criminosas

Antes de entrar no propósito que se busca, é importante mencionar que as drogas, desde a sua origem, são utilizadas por milhões de pessoas em todo o mundo, se tornando um fenômeno massivo. Elas causam estados alterados de consciência que provocam a criação de fantasias e mistérios sobre elas e as pessoas que usam. O fato é que algumas substâncias foram escolhidas para serem proibidas no início do século XX, servindo, desde então, como um fácil motivo para a apresentação de sua produção, comércio e consumo como o novo “mal universal” (KARAM, 2012).

Conforme Alberto Silva Franco “a área de significado da palavra tráfico está vinculada às ideias de comércio, mercancia, trato mercantil, negócio e ainda negócio fraudulento, indecoroso” (FRANCO; LIRA; FÉLIX, 2011).

De acordo com Maria Lúcia Karam, a proibição de determinadas substâncias se materializa em dispositivos criminalizadores:

[...] se baseia na distinção arbitrariamente efetuada entre as selecionadas substâncias psicoativas tornadas ilícitas (como, por exemplo, a maconha, a cocaína, a heroína) e as outras substâncias de similar natureza que permanecem lícitas (como, por exemplo, o álcool, o tabaco, a cafeína). Uma arbitrária diferenciação entre as condutas de produtores, comerciante e consumidores de umas e outras substâncias é então introduzidas – umas constituindo crime e outras perfeitamente lícitas –, em clara violação ao princípio da isonomia, ao postulado da proporcionalidade e, assim à própria cláusula do devido processo legal em seus aspecto substancial (KARAM, 2012, p. 681).

Nota-se, de antemão, que há a criminalização da mera posse das substâncias arbitrariamente selecionadas, tornando ilícita a negociação entre adultos.

Entretanto, quando se fala em prevenção do uso de drogas, busca-se evitar o abuso, ou seja, o mau uso que pode resultar em grandes ameaças ao bem-estar do indivíduo ou de toda uma sociedade.

Na abordagem atual, está impregnado o discurso do senso comum que o tráfico de drogas é o mal do século. O traficante é o protagonista da violência, o responsável pelo número de usuários habituais de drogas que vivem pelas ruas, causando incômodo, com os furtos e roubos dos bens dos cidadãos e perturbando a paz da sociedade, que clama por enclausurar essas pessoas consideradas delinquentes. Na esfera visível do comércio de drogas, está o adolescente em conflito com a lei, denominado como traficante pelo discurso midiático, o que provoca um clamor social pela redução da maioria penal. Nesse contexto, surgem as crianças que já começam a ganhar destaque nos jornais como aquelas que cometem crimes e também estão no tráfico de drogas, mas que, ainda de acordo com o discurso midiático, não são punidas devidamente por serem crianças e, logo, protegidas pela lei (POSSMOZER, 2017, p. 21).

Nos ensinamentos de Vera Malaguti Batista:

A visão seletiva do sistema penal para adolescentes infratores e a diferenciação no tratamento dado aos jovens pobres e aos jovens ricos, ao lado da aceitação

social que existe quanto ao consumo de drogas, permite-nos afirmar que o problema do sistema não é a droga em si, mas o controle específico daquela parcela da juventude considerada perigosa. Os relatórios e processos dos agentes do sistema são bastante claros quanto a isso. São pouquíssimos os casos de análise do ponto, de vista da droga em si. Em geral os processos se relacionam às famílias “desestruturadas”, às “atitudes suspeitas”, ao “meio ambiente pernicioso à sua formação moral”, à “ociosidade”, à “falta de submissão”, ao “brilho no olhar” e ao desejo de status “que não se coaduna com a vida de salário mínimo” (2003, p. 134).

Diogo Lyra, em sua obra intitulada “A república dos meninos: juventude, tráfico e virtude”, sustentou a construção dos ideais de traficante, destacando outros desejos na experiência dos jovens:

Os garotos armados do morro não querem apenas um tênis, uma arma, uma fama. Essas são materializações juvenis de um desejo maior e mais profundo, que é o desejo de serem libertos; o desejo da conquista da dignidade em seu nível mais elementar; o desejo de construir sua própria vida, de afirmar sua autonomia perante o mundo. Ter uma casa, uma família, um trabalho, esses, sim, são seus desejos. É por esses desejos que lutam e é por esses desejos que outros, como o tênis, a arma e a fama, se fazem possíveis ou necessários no único contexto de que eles dispõem para atingir suas tantas ambições, tão comuns a todos nós: a república dos meninos (LYRA, 2013, p. 281).

A partir disso, a falta de oportunidade social e a vulnerabilidade econômica, muitas vezes, favorecem a entrada no mundo do crime e do tráfico. As pessoas não são coagidas ou forçadas a juntarem-se às facções. Elas entram voluntariamente. Entretanto, o motivo dessa opção que inicialmente parece ser uma escolha voluntária pode ser entendida como “a melhor alternativa entre opções escassas” (DOWDNEY, 2004).

Assim, diante da dificuldade de ingresso no mercado formal de trabalho, que é considerado cada vez mais competitivo e cruel, torna mais fácil o ingresso no mercado das drogas e este tem servido para a acumulação de capital (FEFFERMANN, 2006, p. 209).

Em sentido semelhante, Quinelatto e Campos (2022, p. 2) explicam que:

A sociedade brasileira é excludente e possui uma ordem socioeconômica caracterizada pela precarização das relações trabalhistas, por altos índices de desemprego e pelo apelo consumista associado às premissas econômicas neoliberais tem-se uma situação de exclusão social e de cidadania, no qual a garantia de direitos não ultrapassa a literatura. Por tal conjectura, o tráfico de drogas se apresenta como uma atividade econômica possibilitadora de inclusão no ambiente em que estão inseridos, mesmo que marginal, na ordem capitalista burguesa. Torna-se, não raro, um caminho, possivelmente o único com caráter imediatista a ser realizado para combater a fome (QUINELATTO; CAMPOS, 2022, p. 2).

Num outro aspecto, de acordo com Zaluar (1994 *apud* OIT, 2002, p. 34), há um grande fator para a entrada do jovem no narcotráfico: as armas. Segundo ela, os jovens são seduzidos por uma “subcultura viril”, sendo muito importante a sensação de poder, além do dinheiro, roupas de marca e mulheres.

No momento em que o adolescente, pratica algum ato em desconformidade com a lei, ele será apreendido, mas não será responsabilizado pelo Código Penal e nem será colocado em prisões, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. O que era para ser uma forma de proteção instituída pelo ECA, se tornou um meio eficaz que as facções encontraram para a impunidade, utilizando da proteção em benefício próprio. É o crime organizado se adaptando ao meio legislativo e permanecendo impune.

Diante disso, os traficantes não estipulam uma faixa etária para participar do tráfico e qualquer pessoa de qualquer idade poderá participar deste “trabalho”, seja por favores, seja pela função de “aviãozinho” (termo que significa o adolescente que faz a intermediação de compra e venda de drogas entre o traficante e o usuário). Em vista disso, conforme Michelli Possmozer (2017, p. 100) que realizou uma pesquisa de campo em uma comunidade de Vitória/ES, relatou que é muito recorrente nas falas dos moradores, que jovens e adolescentes praticam o uso e a venda de drogas, a qualquer hora do dia, no mesmo local onde há crianças brincando, e não há problemas quanto a isso.

Fato é que os direitos sociais dentro das comunidades são escassos. A saúde, a alimentação, a educação, a moradia e a segurança estão em falta, resultando então que cada vez mais crianças, adolescentes e jovens se interessem pelo mundo do crime, onde aparentemente tudo é mais fácil.

4. A teoria da subcultura delinquente

O crime, para a Criminologia, é encarado como um problema social e comunitário, pois afeta toda a sociedade e é de interesse de todos (MOLINA; GOMES, 2002; SHECARIA, 2004).

A propósito, ensina Schecaira (2008) que a Criminologia é a aplicação das ciências sociais e humanas no controle e ressocialização do criminoso, com a finalidade de contribuir na prevenção à delinquência.

Edwin Sutherland (1940 *apud* LAVOR, 2018, p. 41) considerava o crime como um comportamento aprendido a partir do grupo direto em que o indivíduo se encontra com quem estabelece relações sociais mais próximas.

Quanto ao criminoso, ensina Anthony Giddens:

Toda a gente sabe, ou pensa que sabe, quem são os indivíduos desviantes – pessoas que se recusam a viver de acordo com as regras pelas quais se rege a maioria. São criminosos violentos, drogados ou marginais, gente que não se encaixa no que a maior parte das pessoas define como padrões normais de comportamento aceitável. Contudo, as coisas não são exactamente o que parecem – uma lição que se aprende com frequência em Sociologia, porque esta nos incentiva a olhar para além do óbvio. A noção de indivíduo desviante não é exactamente fácil de definir, e entre crime e desvio não existe uma relação linear (GIDDENS, 2008, p. 204).

A nossa sociedade tradicional impõe certos valores predominantes. No entanto, a sociedade é heterogênea, e possui vários grupos que, muitas vezes, elegem valores distintos dos chamados aceites pela sociedade como um todo. A adolescência é a fase de formação de identidade, na qual o jovem procura se associar a um grupo. Tal união pode se dar das mais variadas formas, dentre elas a associação para a prática de condutas desviadas (BITENCOURT *et al.*, 2020).

Segundo Eduardo Saad Diniz:

A vitimologia não deixou de acompanhar estes desenvolvimentos da subcultura delinquente. Isso permitiu observar que os jovens se predispõem ao comportamento associativo para aliviar o stress e as tensões geradas pela pobreza, privações e alienação frente aos padrões convencionais de sucesso ditados pela classe médica, integrando-se às gangues (2019, p. 35).

Assim, surge a Teoria Subcultura Delinvente que trata-se de “uma resposta colectiva às experiências de frustração que resultam da procura de sucesso e status dentro da sociedade convencional, por parte de jovens provenientes das classes trabalhadoras” (BARATA, 2004, p. 19).

Ainda de acordo com o autor:

Nem todas as subculturas delinquentes expressam conflito, irracionalidade e inversão dos valores dominantes. Nas áreas urbanas onde o crime já existe de uma forma organizada no mundo adulto, os jovens passam da pequena delinquência a uma vida adulta de crime profissional e no contexto de organizações onde o crime é um meio disciplinado e racional para a obtenção de lucros económicos, proporcionando tradição, hierarquia e carreira, bem como as necessárias pontes de apoio ao mundo convencional (políticos, juristas, clérigos). Por outro lado, muitos jovens falham duplamente em integrar uma gang de subcultura de conflito e, por outro lado, em prosseguir uma carreira num contexto de subcultura criminal, envolvendo-se numa subcultura de evasão, de procura da gratificação imediata, caracterizada sobretudo pelo consumo de drogas (BARATA, 2004, p. 21).

Para melhor compreender essa teoria, é importante fazer uma abordagem do conceito de *subcultura*. Na lúcida ponderação de Schecaira (2013), o termo subcultura refere-se a uma cultura dentro de outra cultura, na medida em que cada sociedade é internamente diferenciada em inúmeros subgrupos, cada qual com suas particularidades. Assim, a Teoria da Subcultura Delinvente “pode ser resumida com um comportamento de transgressão que é determinado por um subsistema de conhecimento, crenças e atitudes que possibilitam, permitem ou determinam formas particulares de comportamento transgressor em situações específicas” (SCHECAIRA, 2013, p. 251).

É importante observar que a cultura é tida como um conjunto de costumes, códigos morais e jurídicos de conduta, de crenças, de preconceitos etc., que as pessoas de uma comunidade partilham e aprendem no convívio social. Os teóricos que anteciparam o que seria a chamada “teoria da subcultura delinvente”, tais como Robert Park, Clifford Shaw, Walter Cade Reckless, William Foote Whyte, sem dúvida, acreditavam que dentro da cultura geral podem existir subgrupos que, embora identificando-se, em geral, com esses valores fundamentais, distinguem-se dela em algumas questões relevantes, surgindo, assim, uma subcultura. Quando essa subcultura valoriza ou dá desculpas para aquelas

condutas que, na cultura geral, são delitivas, estamos diante de uma subcultura criminosa (ANITUA, 2008, p. 498).

O estudo de uma cultura dentro de outra cultura se torna essencial quando se relaciona ao problema da criminalidade. É necessária uma reflexão acerca do tema e não somente a simples promulgação de leis penais, configurando mais ainda o caráter simbólico do direito penal “que consiste na utilização do medo e da sensação de insegurança por parte da sociedade para criar uma falsa percepção de controle, como se o único fator redutor do ato criminoso fosse a severa sanção imposta” (LAVOR, 2018).

A Teoria da Subcultura Delinvente identifica seus seguidores como indivíduos que, pela dificuldade de atingirem as metas propostas pela sociedade, como poder e riqueza, através dos meios legítimos, como estudo e trabalho, rompem com o sistema por se sentirem frustrados e acabam por ter a sociedade e o Estado como inimigos. Isso causa desordem social, pois os indivíduos buscam atingir suas metas pelo caminho mais fácil, e para alguns o caminho mais fácil é o da criminalidade (LAVOR, 2018).

Dessa forma, Maurice Cusson (2011, p. 13) preleciona com maestria:

Com efeito, sabe-se que o elevado número de furtos, de roubos e de casos de tráfico de drogas, que afeta todos os grandes países ocidentais, está intimamente ligado à abundância de bens, ao anonimato das cidades, à livre circulação de bens e de pessoas e à própria liberdade.

Como ressalta Alessandro Barata (2011), a constituição das subculturas criminais representa, portanto, a reação das minorias desfavorecidas e a tentativa, por parte delas, de se orientarem dentro da sociedade, considerando as reduzidas possibilidades legítimas de agir de que dispõem.

Assim, a questão proposta por Albert Cohen (1955) refere-se às razões de existência da subcultura e do seu conteúdo específico. Essas razões são individualizadas, reportando a atenção às características da estrutura social. Induzindo adolescentes da classe operária, à incapacidade de se adaptar ao padrão da cultura oficial, faz surgir neles problemas de *status* e de autoconsideração. Daí deriva uma subcultura de “negativismo”, que permite aos que dela fazem parte exprimir e justificar a hostilidade e a agressão contra as causas da própria frustração social (LAVOR, 2018).

É nesse sentido que o livro *Delinquent boys* descreve a delinquência:

A delinquência não é uma expressão ou uma invenção de uma forma particular de personalidade se as circunstâncias favorecerem a associação com modelos delinquentes. O processo de se chegar a ser um delinquente é o mesmo que se chegar a ser um escoteiro. A única diferença é o modelo cultural com o qual os jovens se associam (COHEN, 1955, p. 155).

Esse processo em dada sociedade se estabelece, pois é dado muito valor a algumas metas, nas quais os meios legítimos para atingi-los são escassos e, assim, alguns indivíduos, de alguma maneira predispostos, procurarão meios ilegítimos para chegar ao objetivo.

Assim entende Magalhães (2006), ao afirmar que o problema surge quando são enfatizadas, intensamente, para a população inteira, ideias de sucesso, de afluência, de ambição e, ao mesmo tempo, a estrutura social restringe, ou fecha completamente as oportunidades de acesso aos meios aprovados de conquistas das metas para grande parte da mesma população.

A existência da subcultura delinquente se mostra como uma maneira de reação necessária das minorias desfavorecidas em relação às exigências sociais de sobrevivência, pois, como destaca Magalhães (2006), de um lado, são levados a ter ambições, a almejar altos padrões de bem-estar e de aquisição; de outro, são negadas as oportunidades de fazer isso. Institucionalmente, são raros os postos profissionais empresariais que possibilitam a afluência. Os meios legítimos são escassos na medida em que variam de acordo com a estrutura social.

Daí o entendimento de que as facções criminosas, por exemplo, PCC e Comando Vermelho, possuem um grande poder de captação de indivíduos que foram deixados de lado e sem amparo pelo sistema. Assim, passam a ser acolhidos pelo crime, que aparenta ser o caminho mais fácil, que em curto prazo supre a carência de seus membros.

Nesse sentido, Zaffaroni e Pierangeli dissertam, com propriedade:

Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira

por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma ‘co-culpabilidade’, com a qual a própria sociedade deve arcar (2011, p. 529).

Conforme Costa (2019) há a responsabilidade compartilhada entre o Estado e o indivíduo delincente que fora privado de elementos básicos para uma vida digna como saúde, educação, moradia etc. e, portanto, tem sua autodeterminação prejudicada.

Ocorre, no entanto, que a teoria da subcultura delincente não fica a par de críticas. Alguns dizem que se trata de uma teoria muito reducionista, pois ela não abarca os delitos cometidos fora das realidades subculturais, podendo levar a uma criminalização seletiva. Outro ponto é que não necessariamente todos os integrantes do grupo compartilhem os mesmos princípios, por exemplo, nem todos participantes de uma organização criminosa concordem com determinados crimes (LAVOR, 2018).

Vê-se, pois, que não é de hoje que diversas teorias se dedicam a análise da criminalidade em grupo. Contudo, parecem padecer de uma mesma lacuna: não se dispõem a explicar o que leva uma pessoa a morrer em nome de uma facção; não explicam, sobretudo, que espécie de solidariedade se desenvolve no seio de uma organização criminosa (SHIMIZU, 2011).

Assim, há muito que se estudar acerca dessa teoria que ainda conta com limitações, mas que evidencia que cada sociedade é internamente caracterizada por inúmeros subgrupos, cada qual com suas peculiaridades. A abordagem e análise da teoria subcultural permite um melhor entendimento visando à proposta de uma solução e compreensão do problema das minorias. Sobre tudo a criminalidade juvenil, uma vez que dadas as suas características particulares, o combate a essa criminalidade não poder ser feito através dos mecanismos habituais de enfrentamento do crime. É sempre bom lembrar que o lugar de crianças e adolescentes é na escola e, não, atuando como soldados do tráfico e membros de organizações criminosas.

6. Considerações finais

A partir da discussão feita ao longo do texto, nota-se que as crianças e adolescentes que tiveram uma infância marcada pelo tráfico de drogas, antes de

tudo, são vítimas do descaso estatal. Não tiveram seus direitos observados, como educação básica, saúde, lazer, entre outros.

Deste modo, onde o Estado não atua, outras organizações se desenvolvem, visando à proteção dos moradores, ditando as regras de convívio, além do objetivo principal: o lucro. Assim, captam agentes para o trabalho no tráfico, independente da idade, de experiência ou de estudo, o que atrai pessoas a partir de promessas de obtenção de dinheiro fácil e rápido, como também de poder.

A Lei de Drogas proporcionou um enorme dano a esse mercado informal, mas por outro lado temos o ECA que objetiva proteção e reinserção do adolescente em conflito com a lei, privilegiando medidas alternativas à internação. É evidente que o mercado do tráfico de drogas se beneficia das brechas da lei para angariar ainda mais lucro e domínio de territórios. Assim, para a atuação no mercado da droga, a inserção de crianças e adolescentes é mais vantajosa.

Pelo exposto, vê-se que os jovens são instigados ao mundo do crime por uma combinação de fatores, iniciando com a falta de acesso aos bens de consumo, a falta de lazer, a falta de acolhimento pela escola, os problemas de desestrutura familiar, entre outros. Nesse caminho se deparam com as facções oferecendo dinheiro, sensação de segurança e poder dentro da comunidade. Trata-se de uma série de situações que acabam empurrando esses adolescentes para esse caminho sombrio, onde passam a aceitar os valores do grupo, admitindo-os para si mesmo.

Atenta-se ao fato de que a atuação estatal por meio de políticas públicas eficazes, com o objetivo de evitar que crianças e adolescentes se envolvam na prática criminosa, representaria também uma forma de combate à violência presente na sociedade.

Por fim, percebe-se que o Direito Penal, por si só, não consegue dar soluções satisfatórias para todos os problemas. Não basta a aplicação de sanções ao infrator; é necessária a compreensão dos motivos da delinquência. A tarefa de erradicar o número de crianças e adolescentes no tráfico de drogas e nas organizações criminosas é árdua, envolvendo diversas questões sociais. Entretanto, seria ao menos uma forma de enfraquecer tais grupos e possibilitar a esses jovens uma vida longe do crime.

7. Referências

ANITUA, Gabriel Ignácio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan - Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

BARATA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARATA, Maria João. Compreensão e responsabilidade: uma digressão pela criminologia. *Interações*, n. 6, p. 9-38, 2004.

BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BITENCOURT, Camila Barbosa; ANTUNES, Maria Aparecida Ritter; SANTOS, Vladimir Lemos dos; DURIGON, Luís Gustavo. Teoria da subcultura delinquente. *Anais do III Congresso de Medicina Legal, Criminalística e Direito*, II Mostra de Trabalhos Científicos [recurso eletrônico]. In: Denise Tatiane Girardon dos Santos et al. (org.). Cruz Alta: Unicruz - Centro Gráfico, 2020.

BOCCO, Fernanda. Cartografias da infração juvenil. Dissertação Mestrado (Programa de Pós-Graduação em Psicologia) – Instituto de Ciências Humanas e Filosofia, da Universidade Federal Fluminense (UFF). Niterói: 2006. Disponível em: https://app.uff.br>slab>2006_d_Fernanda_Bocco. Acesso em: 31 ago. 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 jul. 2022.

BRASIL. Decreto n. 10.088, de 5 nov. 2019. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho (OIT) ratificadas pela República Federativa do Brasil. Brasília, *Diário Oficial da União*, 4 dez. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d10088.htm#anexo68. Acesso em: 26 jul. 2022.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 jul. 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, *Diário Oficial da União*, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 26 jul. 2022.

COHEN, Albert K. *Delinquent boys: the culture of the gang*, Glencoe, I11. Tradução italiana: *Ragazzi delinquente*, Milano: 1955, p. 155.

COSTA, Brenda Capinã Botelho. O princípio da coculpabilidade e suas possíveis interseções com as teorias sociológicas do crime. *Revista do CEPEJ*, Salvador, v. 21, p. 51-77, jul./dez. 2019.

CRUZ NETO, Otávio; MOREIRA, Marcelo Rasga; SUCENA, Luiz Fernando Mazzei. *Grupos focais e pesquisa social: o debate orientado como técnica de investigação*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2001.

CUSSON, Maurice. *Criminologia*. 3. ed. Alfragide: Casa das Letras, 2011.

DINIZ, Eduardo Saad. *Vitimologia corporativa*. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

DOWDNEY, Luke. *Crianças do tráfico: um estudo de caso de crianças em violência armada organizada no Rio de Janeiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2004.

FBSP. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. In: BUENO, Samira; LIMA, Renato Sérgio de (Coord.), *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*, n. 16, 2022. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=5>. Acesso em: 25 set. 2022.

FEFFERMANN, Marisa. *Vidas arriscadas: o cotidiano dos jovens trabalhadores do tráfico*. Petrópolis: Vozes, 2006.

FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FÉLIX, Yuri. *Crimes hediondos*. 7. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011. 845 p.

FREYRE, Gilberto. *Retalhos de jornais velhos*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1964.

GALDEANO, Ana Paula; ALMEIDA, Ronaldo (coord.). *Tráfico de drogas entre as piores formas de trabalho infantil: mercados, famílias e rede de proteção social*. Deborah Fromm Trinta; et al. São Paulo: CEBRAP, 2018, p. 18.

GIDDENS, Anthony. Crime e desvio. In: GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 202-243.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. 11. ed. Niterói: Impetus, 2015.

KARAM, Maria Lúcia. “Guerra às drogas” e criminalização da pobreza. In: Jacson Luiz ZILIO, Fábio da Silva BOZZA (Org.). *Estudos críticos sobre o sistema penal*. Curitiba: LedZe, 2012, p. 679-697. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_e-31072012-092234/pt-br.php. Acesso em: 31 ago. 2022

LAVOR, Isabelle Lucena. Análise do discurso à luz da subcultura criminal: Primeiro Comando da Capital (PCC). *Revista Diálogos Acadêmicos*, Fortaleza, v. 7, n. 1, jan./jun. 2018. Disponível em: <http://revista.fametro.com.br/index.php/RDA/article/view/174/171>. Acesso em: 24 nov. 2022.

LYRA, Diogo. *A república dos meninos, juventude, tráfico e virtude*. Rio de Janeiro: Mauad X, FAPERJ, 2013. 304 p.

MAGALHÃES, Carlos Augusto Teixeira. *O crime segundo o criminoso: um estudo de relatos sobre a experiência da sujeição criminal*. Tese Doutorado (Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ). Rio de Janeiro: 2006. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/cp038710.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2022.

MOLINA, Antonio García-Pablo de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. 683 p.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. *Convenção n. 182: Convenção sobre Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para sua Eliminação*. Brasília: s.d. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236696/lang--pt/index.htm Acesso em: 31 ago. 2022.

PENTEADO, Nestor Sampaio; PENTEADO FILHO, Nestor. *Manual esquemático de criminologia*. 10. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

POSSMOZER, Michelli de Souza. *Tráfico de drogas: o mercado que adota crianças e não dispensa trabalhadores; uma experiência etnográfica no município de Vitória*. 2017. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2017. Disponível em: http://repositorio.ufes.br/bitstream/10/9891/1/tese_11029_Disserta%20c3%a7%20Michelli%20Possmozer_VERS%20FINAL20180226-103249.pdf Acesso em: 1 mai. 2023

QUINELATTO, R. F.; CAMPOS, R. G. O tráfico de drogas e a marginalização de adolescentes: fronteiras entre se tornar ou ser tornado/a marginal. *Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação*, [S. l.], v. 8, n. 6, p. 1-16, 2022. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/5890>. Acesso em: 12 set. 2022.

SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SHIMIZU, Bruno. *Solidariedade e gregarismo nas facções criminosas: um estudo criminológico à luz da psicologia das massas*. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tdsophia=100577>. Acesso em: 31 ago. 2022.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 492, de 13 ago. 2012*. O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente. Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/S%C3%BAmulas_491a493_STJ.pdf. Acesso em: 31 ago. 2022.

TORQUATO, Cristiano Tavares; BARBOSA, Liliane Vieira Castro. O sistema penitenciário brasileiro e o quantitativo de servidores em atividade nos serviços penais: avanços e desafios. In: *RBEP - Revista Brasileira de Execução Penal*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 251-272, jul./dez. 2020. Disponível em: <http://rbepdepen.depen.gov.br/index.php/RBEP/issue/view/rbepv1n2/completa>. Acesso em: 31 ago. 2022.

VIANA, Eduardo. *Criminologia*. 9. ed. Salvador, JusPODIVM, 2021.

VIEIRA, A. K.; BARROS, V. A.. Criminalização de adolescentes aliciados para o trabalho infantil no tráfico de drogas. In: Brito, C. R. D. et al. (Org.). *Entrelaçando Redes: Reflexões sobre Atenção a Usuários de Álcool, Crack e Outras Drogas*. Jundiaí: Paco, 2017. p. 143-156..

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011.

ARTIGO VII

O bebê-medicamento e a técnica do diagnóstico pré-implantacional sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana

The Savior Sibling and the technique of pre-implantation diagnosis from the perspective of human dignity

ANA JÚLIA MAIA AMADOR

Bacharela em Direito pela Faculdade Cnec de Varginha/MG. Pós-graduanda em Direito do Consumidor pela Faculdade Legale.

GABRIELLA CAINELLI

Bacharela em Direito pela Faculdade Cnec de Varginha/MG. Pós-graduanda em Direito Público e Investigação Criminal e Psicologia Forense pela Faculdade Descomplica.

JULIANO DE OLIVEIRA PENA

Doutorando pela Universidade do Vale do Sapucaí. Mestre em Adolescente em conflito com a Lei pela Universidade Bandeirantes de São Paulo/SP. Professor da Faculdade Cnec de Varginha.

Resumo: O presente trabalho aborda o instituto do bebê-medicamento ou irmão salvador que é concebido para possibilitar a cura do irmão doente através de doações de material genético, podendo utilizar-se da técnica do diagnóstico pré-implantacional (DGPI), para selecionar embriões compatíveis com o irmão que irá receber a doação. O trabalho objetivou analisar a questão à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, o direito à vida e direito ao livre planejamento familiar ligados ao bebê-medicamento e do irmão salvador. A pesquisa, de cunho bibliográfico buscou elucidar aspectos favoráveis e negativos, a fim de ponderar a ética envolvida na concepção de um indivíduo com o propósito de salvar o outro. Tratou ainda sobre a possibilidade de utilização do bebê-medicamento e a DGPI como um modo de instrumentalização da vida e de práticas eugênicas, respectivamente.

Palavras-chave: Bebê-medicamento; Diagnóstico pré-implantacional; Dignidade da pessoa humana; Instrumentalização; Planejamento familiar.

Abstract: *The present work approaches the “medication-baby” institute or “savior sibling” which is conceived to enable the cure of the sick brother through donations of genetic material, being able to use the pre-implantation diagnosis technique (PGD) to select embryos compatible with the brother who will receive the donation. The work aimed to analyze the issue, in the light of the principles of human dignity, the right to life and the right to free family planning linked to the “medication-baby” and the “savior sibling”. The research, of a bibliographical, sought to elucidate favorable and negative aspects, in order to ponder the ethics involved in the conception of an individual with the purpose of saving another one. It also dealt with the possibility of using the “medication-baby” and the PGD process as a way of instrumentalizing life and eugenic practices, respectively.*

Keyword: *Savior Sibling (medication-baby); Pre-implantation genetic diagnosis; Dignity of human person; Instrumentalization; Family planning.*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O Conceito de bebê-medicamento; 2.2 Diagnóstico pré-implantacional e a eugenia; 3. Princípio da dignidade da pessoa humana; 4. Legislação brasileira; 5. Questões relevantes; 6. Considerações finais; 7. Referências.

1. Introdução

O bebê-medicamento é uma forma de tratamento usada quando um filho doente necessita de um transplante e um irmão é gerado para ser o doador. Com o intuito de se obter um embrião sem o gene doente, e que seja compatível, utiliza-se a técnica do diagnóstico pré-implantacional.

Em reportagem exibida pelo *Fantástico* em 12/06/2022, é relatada a história de Nicolly, acometida de anemia falciforme, que precisava de um transplante de medula. Após diversas internações e crises, os pais decidiram ter outro filho e procuraram uma clínica, que possibilitaria a eles a geração de um embrião sem a doença e que fosse totalmente compatível e assim nasceu Ana Liz. A princípio, foi utilizado o sangue do cordão umbilical de Ana Liz, no entanto isso não foi suficiente, necessitando da doação de sangue da bacia do bebê para a irmã Nicolly. O tratamento teve êxito e Nicolly está se recuperando (FANTÁSTICO, 2022).

Nesse panorama, os pais, em busca de um doador geneticamente compatível, utilizaram-se de técnicas de seleção de genes para gerar um embrião compatível, que possa ser doador ao filho doente. A manipulação de genes, visando à geração de um filho com o intuito de salvar o outro gera discussões, ainda mais quando confrontado com princípios da dignidade da pessoa humana, melhor interesse da criança, direito ao livre planejamento familiar e direito à vida.

A técnica utilizada para criação do bebê-medicamento ainda não foi regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro, sendo utilizadas como normas de referência jurídica e ética as regras que norteiam o planejamento familiar e outras técnicas de reprodução humana assistida, bem como normas de proteção à criança e adolescente e as resoluções do Conselho Federal de Medicina (CARDIN; CAZELATTO; GUIMARÃES, 2018).

2. O conceito de bebê-medicamento

O termo “bebê-medicamento” surge como uma técnica de reprodução humana assistida, conforme explicam Cardin, Cazellatto e Guimarães:

Cita-se o ‘bebê-medicamento’, uma técnica de reprodução humana assistida, pela qual há a seleção de embriões saudáveis e histocompatíveis com irmãos mais velhos, portadores de doenças hereditárias graves, e que precisam receber transplante de células-tronco hematopoiéticas, por meio da realização de dois diagnósticos genéticos pré-implantacionais (2018, p. 170).

Em síntese, o bebê-medicamento é aquele concebido com o propósito de servir de cura para um outro filho doente. Essa criança pode ser gerada de maneira natural ou através de procedimentos de fertilização *in vitro* e, opcionalmente, também pode ser aplicada a técnica do diagnóstico pré-implantacional, a qual será o enfoque do presente trabalho (FERRAZ, 2018).

O bebê-medicamento também é denominado como bebê-salvador, que decorre da tradução do termo em inglês “*saviour sibling*” (FERRAZ, 2018).

2.1. O conceito da técnica do diagnóstico pré-implantacional

A escolha dos embriões utilizados para a criação do bebê-medicamento é feita através da técnica diagnóstico pré-implantacional (DGPI), a qual pode ser conceituada como:

O Diagnóstico pré-implantacional (DGPI) consiste no exame de alterações genéticas e cromossômicas nos embriões, antes da sua implantação, visando detectar doenças hereditárias. Esta técnica de reprodução assistida requer fecundação *in vitro* (FIV) para dispor de embriões em laboratório (SOUZA; BONAMIGO, 2015, p. 6).

Dessa forma, a técnica reprodutiva relaciona-se com um conjunto de procedimentos utilizados para gerar um embrião compatível com o irmão que necessita de transplante de células-tronco, obtidas do cordão umbilical ou da medula óssea (CARDIN; CAZELATTO; GUIMARÃES, 2018).

Quanto ao Diagnóstico pré-implantacional, tem-se que a manipulação genética traz a possibilidade de curar doenças ou preveni-las, através de uma análise precoce dos genes. No entanto, quando não atravessada pelos limitadores éticos pode causar danos, ao invés de promover a vida pode levar a relativização do valor desta em razão da instrumentalização do ser humano. Além disso, as modificações genéticas de embriões podem caracterizar uma prática eugenista (CARDIN; CAZELATO; OLIVEIRA, 2022).

2.2. Diagnóstico pré-implantacional e a eugenia

A eugenia é uma criação de Francis Galton, que a desenvolveu no século XIX, lastreada na ideia de promover uma melhoria da humanidade, através da escolha dos genitores. Essa doutrina defendia que o destino e as circunstâncias da vida das pessoas eram determinados no nascimento, classificando os indivíduos em duas classes: inferiores e superiores (MACIEL, 1999).

Galton acreditava que tanto os aspectos físicos como a capacidade intelectual poderiam ser obtidos com a realização de casamentos certos, chegando a esta conclusão através da análise de históricos familiares (CONT, 2008).

Esta prática visava retirar da sociedade aspectos considerados “indesejáveis”, como doenças mentais e tendências criminosas, eliminando essas características das futuras gerações. Um grande exemplo da utilização de tal concepção foi o nazismo, que dizimou milhões de pessoas em busca de uma raça “superior” e “pura” (MACIEL, 1999).

A técnica do DGPI possibilita em suas funções a escolha de genes sem doenças, sendo possível também através dela selecionar o cabelo, a cor dos olhos, pele, sexo, dentre outros fatores. Por conseguinte, questiona-se sobre a sua utilização não seria uma forma de eugenia, pois seria uma técnica que permite a eliminação de “imperfeições” (CARDIN; CAZELATTO; OLIVEIRA, 2022).

Por sua vez, Belmonte (2017) aduziu que a técnica do DGPI não deve ser usada com fins eugênicos, mas que pode ser utilizada como um instrumento de controle de doenças graves e genéticas, possibilitando que o futuro indivíduo

gerado pelo embrião, bem como seus pais e familiares, não sofram em razão de patologias graves. A técnica também viabiliza a geração do bebê-medicamento.

3. Princípio da dignidade da pessoa humana

A geração do bebê-medicamento e o diagnóstico pré-implantacional são técnicas que levantam questionamentos importantes, especialmente quando pensadas à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos norteadores da República Federativa do Brasil, como bem destacado no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. Este princípio prevê que todo indivíduo é possuidor de direitos pelo simples fato de ser humano, sendo a dignidade conferida a todos, independentemente da raça, cultura, etnia, religião e gênero, com respeito ao mínimo existencial (ANDRADE, 2003).

Portanto, a dignidade não é uma criação constitucional, de modo que representa um atributo intrínseco ao ser humano, razão pela qual o legislador constitucional colocou-a como um valor supremo da ordem jurídica, demonstrando-se como a essência da pessoa humana (SILVA, 1998).

Por consequência, um dos pilares da dignidade encontra-se na liberdade, que em sua concepção mais ampla permite ao ser humano exercer seus direitos existenciais. Assim, a pessoa precisa da liberdade para fazer escolhas e definir seus objetivos de vida (ANDRADE, 2003).

Neste contexto, a justificativa de Kant (1980 *apud* FRIAS; LOPES, 2015) para a dignidade da pessoa humana é que o ser humano é um fim em si mesmo, não podendo este ser utilizado como um meio para alcançar algum objetivo outro, além de que o ser humano tem autonomia para dar fins a si mesmo.

Por isso, pontua-se que a utilização do bebê-medicamento seria uma forma de instrumentalização da vida e de coisificação da pessoa humana, pois esta nasceria com a função de ajudar o irmão e não como um fim em si mesmo (RAMOS, 2020).

Outro direito vinculado e inerente ao princípio da dignidade da pessoa humana é o direito à vida, expresso no art. 5º *caput* da CF/88, no qual inclui-se a prerrogativa de permanecer vivo e de que essa seja vivida com dignidade (NUNES JÚNIOR, 2019).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90 - ECA) traz a questão do respeito à dignidade humana e ao direito à vida da criança em seus artigos 3º e

5º, dispondo que a criança tem direito ao desenvolvimento em condições dignas de existência (BRASIL, 1990).

O direito da criança e do adolescente é regido pelo princípio da proteção integral, que confere a eles a qualidade de sujeito de direito, garantindo que tenham acesso a todos os direitos fundamentais, bem como lhes seja proporcionado o mínimo necessário para sobrevivência (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2019).

Outro princípio de suma importância é o princípio do melhor interesse da criança, previsto no art. 100, IV do ECA, que preceitua que qualquer medida a ser tomada deve se nortear pela satisfação integral dos direitos e necessidades das crianças e adolescentes (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2019).

Diante dos princípios expostos, verifica-se um antagonismo entre o direito à vida da criança que precisa da doação e da dignidade da criança que vai nascer somente em razão deste fim, como também o confronto entre o melhor interesse da criança e a proteção integral dos irmãos.

4. Legislação brasileira

No Brasil não há regulamentação específica que trate sobre a utilização da técnica do bebê-medicamento, sendo as técnicas utilizadas para a geração do embrião regulamentadas somente pelas resoluções do Conselho Federal de Medicina. Porém, importa frisar que estas normas são voltadas para os deveres dos profissionais de saúde (FERRAZ, 2018).

A Resolução n. 2.168/2017, do Conselho Federal de Medicina, trata sobre a utilização da técnica do DGPI, aprovando seu uso com a finalidade de prevenir ou tratar doenças, como também traz a possibilidade da utilização desta para a obtenção de embrião compatível com irmão doente (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017 *apud* CARDIN; CAZELATTO; OLIVEIRA, 2022).

A resolução n. 2168/2017 do CFM foi revogada pela resolução n. 2294/21, que neste ano, de igual modo, foi revogada pela resolução n. 2320/22. Apesar das revogações, o texto da nova resolução tem o mesmo sentido, com apenas alterações de redação (BRASIL, 2022).

O art. 225, parágrafo primeiro, inciso II, da Constituição Federal, ressalta a necessidade de se preservar o patrimônio genético e de fiscalização das entidades que realizam e utilizam o material genético (BRASIL, 1988).

Ademais, tem-se a Lei 11.105/05, denominada Lei da Biossegurança, que regulamenta o disposto na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, sobre as pesquisas com embriões humanos (FERRAZ; MEIRELLES, 2021).

Ainda, pode-se aplicar a Lei n. 9.434/97, que trata sobre a doação de órgãos, que prevê em seu art. 9º, parágrafo sexto, que os incapazes podem fazer doação de medula óssea, sendo necessário a comprovação da compatibilidade, a anuência de ambos os genitores ou responsáveis, bem como a ausência de riscos à saúde, fazendo-se necessária ainda a autorização judicial (FERRAZ; MEIRELLES, 2021).

Sobre esse dispositivo legal supracitado, os autores Valéria Silva Galdino Cardin, Caio Eduardo Costa Cazelatto e Nádia Carolina Brencis Guimarães (2018), observam que a autorização da doação da medula óssea feita pelos pais é questionável, uma vez que estes são parciais, visto que têm que decidir entre a vida de um filho e a integridade física do filho que irá doar.

O art. 9-A da Lei n. 9.434/97 trata sobre a disposição de informações durante as consultas de pré-natal sobre a doação de sangue do cordão umbilical e placentário. As autoras Miriam Olivia Knopik Ferraz e Jussara Maria Leal de Meirelles (2021), em seu artigo publicado, levantam a hipótese de que o legislador conferiu a titularidade do cordão umbilical à mãe, deste modo a escolha não seria do bebê-medicamento.

A 6ª Turma Cível do Tribunal do Distrito Federal e Territórios decidiu, no acórdão de n. 0709961-95.2018.8.07.0009, sobre a obrigação do plano de saúde de custear a técnica de fertilização *in vitro* de seleção de embrião compatível, que possibilitará o transplante de medula óssea pelo irmão gerado com a técnica ao filho doente, quando essa for a única opção de tratamento para patologia grave, como no caso que se tratava de anemia falciforme (BRASIL, 2020).

Os desembargadores fundamentaram que se tratava da única forma de cura, devendo ser levado em consideração o princípio da dignidade humana e o direito à vida da criança necessitada, já que os pais estavam buscando para ela uma vida saudável, devendo o plano de saúde cobrir a fertilização *in vitro*, pois esses direitos se sobrepõem às condições econômicas do contrato. Ademais, argumentaram que o plano pode estabelecer quais doenças terão cobertura, mas não pode limitar quais técnicas serão utilizadas (BRASIL, 2020).

A legislação brasileira prevê, ainda, o planejamento familiar como um direito fundamental previsto no art. 226, § 7º, da Constituição Federal, que consiste na prerrogativa dos casais de escolherem livremente como compor sua

família e ainda preceitua que é dever do Estado proporcionar os meios científicos e educacionais para tanto (BELMONTE, 2017).

A Confederação Internacional de População e Desenvolvimento, realizada no Cairo no ano de 1994, conceituou o planejamento familiar como o direito reprodutivo de determinar livremente a quantidade de filhos, sobre o período em que se deseja tê-los ou não, como também sobre os meios pelos quais esses serão concebidos (SPALDING; NASCIMENTO; BRAGA FILHO, 2022).

No entanto, esse direito deve ser exercido com limitações, observando-se os princípios da paternidade responsável, da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança, refletindo-se antes de tomar a decisão sobre as repercussões dessa escolha, especialmente quanto aos meios para garantir os direitos da criança desejada (RIBEIRO, 2020).

As técnicas relacionadas à reprodução assistida são de suma importância para a garantia desse direito, visto que tais tecnologias solucionaram problemas de esterilidade, através de tratamentos e procedimentos clínicos, viabilizando o projeto parental (AMORIM; AYLON, 2018).

A Lei 9.263/96, que regulamenta o planejamento familiar, dispõe em seu artigo 9º que cabe ao Estado disponibilizar todas as técnicas de concepção, desde que estas não coloquem em risco a saúde das pessoas envolvidas (CHAVES; AMORIM, 2016).

Belmonte (2017) concluiu em sua obra que o planejamento familiar não é um direito absoluto e deve ser exercido dentro dos limites da legislação, levando-se em consideração que o embrião não é propriedade dos pais.

Portanto, verifica-se que a reprodução assistida no Brasil necessita de uma regulamentação específica, pois somente há as disposições do Conselho Federal de Medicina, que preceituam entendimentos técnicos que devem ser adotados pelos profissionais de saúde (AMORIM; AYLON, 2018). Impende frisar que, em outros ordenamentos foi positivado a necessidade de que essas técnicas observem não somente os direitos dos pais, mas também os direitos do indivíduo que será gerado (RIBEIRO, 2020).

5. Questões relevantes

As maiores controvérsias quanto ao bebê-medicamento é a ideia da instrumentalização da criança gerada para salvar o irmão, em virtude de que esta seria gerada exclusivamente com a intenção de auxiliar o doente, não

sendo observadas suas necessidades e os danos que sofreria com a realização dos procedimentos médicos. A criança é gerada como possibilidade de cura e não enquanto um fim em si mesma (RAMOS, 2020).

Dentre os demais argumentos contrários ao bebê-medicamento, Souza e Bonamigo (2015) lecionam que a utilização da técnica do diagnóstico genético pré-implantacional (DGPI) promove uma investigação maior de embriões, a fim de encontrar um compatível com o irmão que receberá o material, sem os genes das doenças genéticas. Esse procedimento pode causar danos ao embrião, fatores esses que geram um grande descarte de material genético (SOUZA; BONAMIGO, 2015).

De outro lado, discute-se a possibilidade dessa técnica colocar em risco a diversidade genética, vez que há a seleção de quais as características específicas almejam em relação ao indivíduo, podendo essa prática se disseminar na sociedade e eventualmente levar à criação de padrões homogêneos e “melhorados” de seres humanos, o que constituiu uma forma de eugenia (SOUZA; BONAMIGO, 2015).

Igualmente, há ainda as consequências psicológicas que tal método pode causar à criança gerada, pelo fato de ela saber que foi concebida com a finalidade de salvar o irmão, acarretando possível sentimento de inferioridade em relação ao outro irmão, ou ainda de eventual revolta contra o enfermo, levando, em uma outra circunstância, ao desenvolvimento de problemas como depressão e baixa autoestima (PACKMAN, 2018 *apud* FERRAZ, 2018).

Ainda como fator negativo, cita-se a questão de que o bebê-medicamento é submetido a diversos procedimentos médicos, realização de cirurgias invasivas, tendo que se dirigir inúmeras vezes a hospitais, perdendo a chance de ter uma infância tranquila (PACKMAN, 2018 *apud* FERRAZ, 2018).

De outra forma, Restrepo (2012 *apud* GUERRA; CARDIN, 2019) apresenta como argumentos favoráveis ao bebê-medicamento, o fato de que este proporciona o salvamento de uma vida, além de possibilitar um tratamento melhor ao irmão doente e geralmente são usadas as células do cordão umbilical, não havendo prejuízos ao irmão salvador.

Em contraposição a ideia de instrumentalização colocada pelo autor Ramos e Jean Longeneaux (2012 *apud* FERRAZ, 2018), acredita-se que não há criança que não tenha sido gerada por alguma razão; normalmente para atender a um anseio de seus pais, sendo concebida pelos mais diversos motivos como, por exemplo, ter um outro filho para que o primeiro não fique sozinho. Desse modo,

o autor argumenta que não se pode levar em consideração essa causa subjetiva para o impedimento do bebê-medicamento.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, explica que em uma sociedade pluralista e diversificada como a brasileira, pessoas com ideias fundamentadas e esclarecidas em diversos temas pensam de modo oposto, sem a possibilidade de consenso, muitas vezes, o que é denominado por ele de “desacordo moral razoável”. Nesse sentido, a exemplo, cláusulas constitucionais que versam sobre o direito à vida e a dignidade da pessoa humana possibilitam interpretações hermenêuticas diversas, o que dependerá da pré-compreensão daquele que a interpreta (BARROSO, 2020).

Para tanto, as diversas interpretações citadas sobre a técnica do bebê-medicamento resultam de uma sociedade plural, baseada em fundamentações lógicas e interpretações hermenêuticas diversas.

6. Considerações finais

Diante das discussões anteriores e considerando-se a pluralidade presente no tecido social, a técnica do bebê-medicamento, tema central deste trabalho, pode ser compreendida sob diversas óticas. Neste contexto, será importante que a questão esteja atravessada pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, bem como norteadas pelo direito à vida e o direito ao livre planejamento familiar, possibilitando uma existência digna ao bebê gerado e ao irmão necessitado.

Eventual colisão entre o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, como pode ocorrer na referida técnica, deve ser analisada à luz dos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo a garantir o mínimo existencial a todos os envolvidos.

Ao analisar-se a eugenia e seus impactos na história da humanidade, percebe-se que a aplicação da técnica do diagnóstico pré-implantacional de modo desordenado, sem limites e ainda sem a observância dos direitos fundamentais garantidos nas legislações internas e Convenções de Direitos Humanos, pode trazer riscos ao patrimônio genético humano, danos físicos e psicológicos às gerações futuras, bem como o extermínio de populações indesejadas.

O bebê-medicamento é uma questão polêmica, situada numa linha tênue: de um lado, enquanto possibilidade de cura, de outro lado, uma forma de instrumentalização da vida e de práticas eugenistas. Assim, justifica-se o uso da

técnica como a última possibilidade de salvar a vida do irmão necessitado, quando já esgotados todos os tratamentos e métodos existentes, vez que gerar uma vida para salvar outra não é algo que ocorre sem consequências, dado os possíveis comprometimentos físicos e psicológicos decorrentes.

Por fim, cabe destacar os princípios da proteção integral e do melhor interesse, que devem nortear toda ação que impacte a vida de uma criança. Em decisões como essa, discutidas neste trabalho, deve-se garantir o direito de ambas as crianças envolvidas, irmão salvador e irmão doente, a fim de que a vida de um não seja causa da indignidade do outro.

7. Referências

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 316-335, 2003. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_sumario.htm Acesso em: 21 mar. 2022.

AMORIN, João Vítor Lopes; AYLON Lislene Ledier. O direito fundamental ao planejamento familiar e a necessidade de regulamentação da reprodução humana assistida. *Revista de Iniciação Científica e Extensão da Faculdade de Direito de Franca*, Franca, v. 3, n. 1, jun. 2018. Disponível em: <http://www.revista.direitofranca.br/index.php/icfdi/issue/view/55> Acesso em: 14 jun. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BELMONTE, Danilo Zanco. *A tutela dos direitos da personalidade do embrião pré-implantacional sob a ótica do planejamento familiar e o acesso à justiça*. 2017. 131 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – UNICESUMAR - Centro Universitário de Maringá, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Maringá, 2017, p. 1-118. Disponível em: <http://rdu.unicesumar.edu.br/handle/123456789/982> Acesso em: 18 mai. 2022.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n. 2.320/22. *Diário Oficial da União*, Seção I, de 20/09/2022, p. 107. Disponível em: <https://in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.320-de-1-de-setembro-de-2022-430447118> Acesso em: 11 out. 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 11 ago. 2022.

BRASIL. Lei n. 8.069, 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Núcleo de Pesquisa e Informativo de Jurisprudência. Informativo de Jurisprudência*, 21 de outubro de 2020. [S. l.], n. 423. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/informativos/2020/informativo-de-jurisprudencia-n-423> Acesso em: 17 ago. 2022.

CARDIN, Valeria Silva Galdino; CAZELATTO, Caio Eduardo Costa; GUIMARÃES, Nadia Carolina Brencis. Do bebê-medicamento sob o enfoque do direito e da bioética. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 13, n. 1, p. 169-195, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.46560/meritum.v13i1.5878> Acesso em: 12 jun. 2022.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; CAZELATTO, Caio Eduardo Costa; OLIVEIRA, Janaina Sampaio de. Da utilização da inteligência artificial no diagnóstico genético pré-implantacional sob a perspectiva ético-jurídico. *Pensar: Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 27, n. 3, p. 1-13, abr./jun. 2022. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/11625> Acesso em: 8 ago. 2022.

CHAVES, Cláudia Regina Robert de Jesus; AMORIM, Úrsula Adriane Fraga. A dignidade da pessoa humana e o direito ao planejamento familiar. In: PACHECO, Carlos José; SILVA, Claudia Maria Gil da; AMORIM, Úrsula Adriane Fraga. (Orgs.) *Direito, Cidadania e Inclusão Jurídico-social*, Volta Redonda, FOA, 2016. p. 4-20. Disponível em: <http://editora.unifoa.edu.br/index.php/direito-cidadania-e-inclusao-juridico-social/> Acesso em: 7 jun. 2022.

CONT, Valdeir Del. Francis Galton: eugenia e hereditariedade. *Scientiæ zudia*, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 201-218, 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ss/a/nCZxGgFHn8MVtq8C9kVCPwb/abstract/?lang=pt> Acesso em: 19 set. 2022.

FANTÁSTICO. Na luta para salvar a filha de uma doença grave, casal reata após separação. Fantástico, *GI*, [S. l.], 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2022/06/12/na-luta-para-salvar-a-filha-de-uma-doenca-grave-casal-reata-apos-separacao.ghtml> Acesso em: 14 ago. 2022.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. *O bebê salvador e a sua proteção como sujeito de Direito Intergeneracional*. 2018. 224 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2018, p. 120-164. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/35264> Acesso em: 18 mar. 2022.

FERRAZ, Miriam Olivia Knopik; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Ética e direito em “uma prova de amor”: análise jurídica sobre a possibilidade do irmão salvador como recurso médico. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, [S. l.], v. 26, n. 2, p. 461-484, 2021. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/17744> Acesso em: 8 ago. 2022.

FRIAS, Lincoln; LOPES, Nairo. Considerações sobre o conceito de dignidade humana. *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 649-670, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1808-2432201528> Acesso em: 21 mar. 2022.

GUERRA, Marcela Gorete Rosa Maia; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Do diagnóstico genético pré-implantacional para a seleção de embriões com fins terapêuticos: uma análise do bebê-medicamento. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n. 35, p. 60-77, jun. 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/22458> Acesso em: 17 mar. 2022.

MACIEL, Maria Eunice de S. A eugenia no Brasil. *Anos 90: Revista do Programa de Pós-Graduação em História*, Porto Alegre, n. 11, p. 121-143, jul. 1999. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/31532> Acesso em: 19 set. 2022.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 920-925.

OLIVEIRA, Leonardo Vasconcelos Guaurino de. *A eugenia fraternal: uma releitura do Instituto do Bebê Medicamento*. 101 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Ciências Jurídicas) – Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2018. p. 40-43. Disponível em: <https://repositorio.ual.pt/handle/11144/3990> Acesso em: 22 mar. 2022.

RAMOS, Gustavo da Silva. O bebê-medicamento: aspectos e discussões no ordenamento brasileiro. *Anais do I Encontro Nacional de Biodireito: biotecnologia e relações familiares*, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 50-65, dez. 2020. Disponível em: <https://www.proceedings.blucher.com.br/article-details/34971> Acesso em: 21 mar. 2022.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. Planejamento familiar e reprodução assistida. *Conpedi Law Review*, [S. l.]. v. 6, n. 1, p. 138-157, jan./dez. 2020. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/6970> Acesso em: 1 jun. 2022.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069/90* [comentado artigo por artigo], 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 46-52.

SPALDING, Alessandra Mendes; NASCIMENTO, Francis Pignatti do; BRAGA FILHO, Vladimir Brega. O direito à reprodução assistida como derivação do direito fundamental à saúde e do direito de formar família. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, ano 8, n. 3, 2022. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-8-2022-n-3/224> Acesso em: 7 jun. 2022.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169> Acesso em: 12 jun. 2022.

SOUZA, Edilaine Costa de; BONAMIGO, Elcio Luiz. *Reprodução Humana: bioética, direitos humanos e educação*. [S. l.], Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc), 2015. Disponível em: <http://www.uniedu.sed.sc.gov.br/wp-content/uploads/2016/09/unoesc-Edilaine-Costa-de-Souza.pdf> Acesso em: 22 mar. 2022.

ARTIGO VIII

O princípio da insignificância e autoridade policial: garantismo penal desde o início da persecução penal

The principle of insignificance and police authority: criminal guaranteeism from the criminal prosecution's beginning

GABRIEL ARAÚJO BORGES

Pós-Graduando em Direitos Difusos e Coletivos pela Faculdade CERS, Recife/PE. Pós-Graduando em Direito Constitucional pela Faculdade Única de Ipatinga/MG. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros/MG (Unimontes).

Resumo: O princípio da insignificância, ou da bagatela, apesar de não encontrar previsão legal, possui vasto reconhecimento doutrinário e jurisprudencial quanto à aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, se revestindo de importante função de justiça social, tendo em vista não considerar crimes lesões de pouca monta a bens jurídicos alheios. Em juízo de proporcionalidade, demonstra-se exagerada a punição penal, com todos os rigores jurídicos e sociais, diante de condutas dotadas de mínima expressividade lesiva. Apesar de admitida a aplicação do princípio, nota-se que o reconhecimento se dá, de maneira restritiva, no âmbito do Judiciário, ou ao menos como fundamento de arquivamento de inquérito policial pelo Ministério Público, ante a atipicidade da conduta. Sendo, então, pouco autorizada doutrinária e jurisprudencialmente a possibilidade de a autoridade policial –o delegado de polícia– reconhecer e aplicar o princípio da insignificância, havendo diversas vezes rejeitando a possibilidade desse deixar de instaurar inquérito policial, mesmo que constatada atipicidade material da conduta, em decorrência do princípio da insignificância. Desse modo, este trabalho se volta à análise da aplicabilidade do princípio da insignificância pela autoridade policial como medida de garantismo penal.

Palavras-chave: Autoridade policial; Princípio da insignificância; Função garantidora; Persecução penal.

Abstract: *The principle of insignificance, despite not finding legal provision, has vast doctrinal and jurisprudential recognition the applicability in Brazilian's legal system, operating as social justice, doesn't considering minor injuries as crime. Based on proportionality, criminal punishment is exaggerated, in face of conduct endowed with minimal harmful expressiveness. Despite the already*

recognized constitutionality of the principle's application, the applicability is restrictive manner, within the Judiciary, or at least as a basis for archiving a police investigation by the Public Ministry, given the atypicality of the conduct. Although, the possibility for the police authority, the police chief, to apply the principle of insignificance still little authorized in doctrine and jurisprudence, with important voices rejecting the possibility of police chief don't initiate a police investigation, even if was verified the principle's applicable. So, this work focuses on analyze the applicability of the principle of insignificance by the police authority as a criminal guarantees.

Keywords: Criminal prosecution; Insignificance principle; Police authority; Guarantee function.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Direito Penal mínimo e princípio da insignificância; 3. O sistema penal como meio de limitação do poder punitivo estatal; 4. A autoridade policial como personagem do garantismo penal; 5. Aplicabilidade do princípio da insignificância pela autoridade policial; 6. Considerações finais; 7. Referências.

1. Introdução

A evolução da sociedade trouxe consigo a necessidade de aprimorar os meios para resolução de conflitos em todas as searas, seja no direito civil, seja no Direito do Trabalho, e inclusive no Direito Penal. Recentemente foram adotadas, por todos os ramos do direito, medidas responsáveis por trazer maior eficácia na resolução dos conflitos em conformidade aos fins a que se destina cada área do direito e suas respectivas legislações.

Na seara penal, muitos dos avanços foram reconhecidos através dos tribunais brasileiros como meio de justiça social, tendo em vista uma verificada falência do Direito Penal e seus objetivos precípuos, como a ressocialização e pacificação social.

Em que pese no cenário brasileiro não ser possível o reconhecimento do abolicionismo penal, em especial por mandados de criminalização constitucional como em relação ao racismo e tortura, não se deve fechar os olhos a um Direito Penal mínimo, reconhecendo sua atuação em *ultima ratio*, isto é, deixando para aplicá-lo apenas diante da incapacidade de os demais ramos do Direito garantirem a pacificação social.

Realizado juízo de proporcionalidade, mostra-se contraproducente a punição de condutas dotadas de mínima lesividade ou ameaça a direito diante dos drásticos efeitos que a interferência penal acarreta. Desse modo, é reconhecida a aplicação do princípio da insignificância, ou da bagatela, no ordenamento

jurídico. Por meio desse princípio, que traz atipicidade material de condutas cujas lesões causadas sejam ínfimas, tenta-se trazer ao plano material maior justiça, bem como otimização de direitos e garantias fundamentais do acusado.

Mesmo reconhecida a compatibilidade jurídica do princípio da bagatela no Brasil, ainda é constatada resistência no tocante à possibilidade de aplicabilidade por parte da autoridade policial, ou seja, o delegado de polícia, segundo disposição da Lei Federal n. 12.839/2013. Assim, busca-se, através deste trabalho, analisar a possibilidade de a autoridade policial reconhecer e aplicar o princípio da insignificância.

2. Direito Penal mínimo e princípio da insignificância

O Direito Penal Mínimo constitui-se em uma medida de política criminal que defende a atuação do Direito Penal na proteção “tão somente dos bens necessários e vitais ao convívio em sociedade, ou seja, bens esses que, devido à sua extrema relevância, não poderão ser apenas acolhidos pelos demais ramos do ordenamento jurídico” (PRADO, 2018, p. 43). Diversamente do Direito Penal Máximo, há a primazia da regra *in dubio pro reo*, isto é, na dúvida sobre a condenação, o mais acertado é a absolvição do réu, uma vez que a última coisa desejada é punir um inocente (FERRAJOLI, 2002).

Defende-se que o Direito Penal teria uma atuação subsidiária, restrita tão somente aos casos que os demais ramos do direito fossem incapazes de produzir uma resposta efetiva e proporcional ao dano causado. Caracteriza o Direito Penal, pois, com atuação *ultima ratio*, ou seja, seria a última opção para conter ou punir ameaças ou lesões a direitos. Trata-se do princípio da subsidiariedade do Direito Penal.

Aliado à subsidiariedade, é relevante destacar o princípio da fragmentariedade, segundo o qual o Direito Penal deve inibir tão somente as condutas que realmente se apresentem como contrárias ao ordenamento jurídico (RIBEIRO, 2019). Desse modo, só poderá ser considerada infração penal, a conduta que venha a ferir valores fundamentais e essenciais para manutenção e progresso da vida em sociedade (MASSON, 2021). Nem sempre que houver um ilícito jurídico, haverá ilícito no Direito Penal, mas a recíproca é verdadeira (MASSON, 2021).

Importante frisar que os demais ramos do direito têm capacidade de solucionar e coibir de maneira eficiente grande parte de lesões ou ameaças que

ocorrem a direitos. A título de exemplo, a responsabilidade civil, regida pelo Direito Civil possui múltiplas funções:

Especificamente, no setor da responsabilidade civil há uma pluralidade de funções, sem qualquer prioridade hierárquica de uma sobre outra. Cremos que no direito brasileiro do alvorecer do século XXI a conjunção destas orientações permite o estabelecimento de três funções para a responsabilidade civil: (1) função reparatória: a clássica função de transferência dos danos do patrimônio do lesante ao lesado como forma de reequilíbrio patrimonial; (2) função punitiva: sanção consistente na aplicação de uma pena civil ao ofensor como forma de desestímulo de comportamentos reprováveis; (3) função precaucional: possui o objetivo de inibir atividades potencialmente danosas. Certamente há uma função preventiva subjacente às três anteriores, porém consideramos a prevenção um princípio do direito de danos e não propriamente uma quarta função (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017).

Desse modo, o Direito Penal não constitui única medida para eficaz proteção de direitos. A bem da verdade, na prática tem se mostrado muitas vezes uma atuação mais devastadora e lesiva a direitos do que protetora.

Aliás, o sistema carcerário brasileiro tem se mostrado ineficaz, inclusive recentemente o Supremo Tribunal Federal (STF), em medida cautelar no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347, reconheceu a situação carcerária do país como um estado de coisas inconstitucional (BRASIL, 2009). Esse quadro fático apontado pelo STF consiste em uma violação generalizada de direitos fundamentais afetando um número elevado e indeterminado de pessoas, a partir de reiteradas condutas omissivas ou comissivas das autoridades, de modo que possa perpetuar ou agravar o quadro de inconstitucionalidade (NOVELINO, 2019).

[...] as prisões no Brasil, segundo o relatório da ONG *Human Rights Watch* sobre violações dos direitos humanos no mundo, estão em condições desumanas, são locais de tortura –física e psicológica–, violência, superlotação. Vive-se uma situação de pré-civilização no sistema carcerário. Constatam-se péssimas condições sanitárias –um chuveiro e um vaso sanitário para vários detentos– e de ventilação; colchões espalhados pelo chão –obrigando os detentos a se revezarem na hora de dormir–; superlotação –falta de vagas, inclusive em unidades provisórias–; má alimentação; abandono material e intelectual;

proliferação de doenças nas celas; maus-tratos; ociosidade; assistência médica precária; pouca oferta de trabalho; analfabetismo; mulheres juntas com homens, já que a oferta de vagas para mulheres é muito baixa; homens presos em *contêiners* (PRADO, 2019).

Nota-se, então, incapacidade de o Estado garantir aos presos condições mínimas de proteção de direitos mais básicos, como a integridade física e moral. Portanto, já reconhecendo a total incompatibilidade entre essa situação carcerária brasileira a qualquer condenado que seja, ainda que tenha praticado os crimes mais graves previstos no ordenamento jurídico pátrio, é desproporcionalmente desproporcional a sujeição de diversas pessoas, a penas desproporcionais aos atos de lesividade ínfima a essa realidade absolutamente inconstitucional.

De mais a mais, a punição excessiva a condutas com de mínima lesividade além de agravar a situação carcerária brasileira, não apresenta qualquer efeito social positivo. Isso porque já foi adotada medida extremamente punitivista em Nova Iorque, pelo prefeito Rudolph Giuliani, através da política de tolerância zero.

Essa política apresentava uma resposta dura da autoridade policial aos pequenos infratores e o aumento da eficiência do aparato de vigilância (ODON, 2016). Assim, o Direito Penal era o protetor de todos os bens jurídicos, sem se preocupar com a relevância do bem, isso fez tal ramo do Direito assumir a função de educador (GRECO, 2009). Apesar de natural a crença de que o Direito Penal educa a sociedade a partir da cominação de penas, Greco (2009, p. 15) explica:

Não se educa a sociedade por intermédio do Direito Penal. O raciocínio do Direito Penal Máximo não conduz, obrigatoriamente, à sua falta de credibilidade. Quanto mais infrações penais, menores são as possibilidades de serem efetivamente punidas as condutas infratoras, tornando-se ainda mais seletivo e maior a cifra negra.

Na prática, entre 1993 e 1998, a política tolerância zero aumentou em 40% as detenções, normalmente geradas pela prática de delitos menores, bem como trouxe uma redução significativa tanto de crimes pequenos, quanto dos crimes mais graves (ODON, 2016). Todavia, ela não conseguiu desviar-se de críticas, além da fala acima apresentada de Rogério Greco, outros pesquisadores se posicionaram contra tal medida.

A redução da criminalidade não ficou restrita tão somente à cidade de Nova Iorque, mas ocorreu em todo o país, isso porque os Estados Unidos passaram por

uma evolução econômica, responsável por diminuir o desemprego e aumentar a qualidade de vida da população (LOPES JÚNIOR, 2001). Logo, a redução da criminalidade em Nova Iorque não é mérito somente da política de tolerância zero.

Igualmente, a política implementada em Nova Iorque demonstrou ser repressora da classe social menos abastada e dos hipossuficientes, deixando-os marginalizados e segregados da sociedade (FREITAS, 2018). Resta claramente demonstrado em discursos do próprio prefeito à época, Rudolph Giuliani.

Os socialmente etiquetados sempre foram os clientes preferenciais da polícia e, com o aval dos governantes, nunca se matou, prendeu e torturou tantos negros, pobres e latinos. A máquina estatal repressora é eficientíssima quando se trata de prender e arrebentar hipossuficientes. Como aponta Vera Malaguti de Souza (Discursos Sediciosos. Freitas Bastos, 1997) a mensagem do prefeito de Nova York foi muito bem entendida pelos policiais que, ao torturarem Abner Louima, afirmaram: *stupid nigger... know how to respect cops. This is Giuliani time. It is not Dinkins times*” (crioulo burro... Aprenda a respeitar a polícia. Esse é o tempo de Giuliani. Não é mais tempo de Dinkins [ex-prefeito negro de NY]) (LOPES JÚNIOR, 2001).

Em suma, o movimento lei e ordem traz o Direito Penal como *prima ratio*, devendo reprimir toda e qualquer ofensa ao bem jurídico, ainda que de menor relevância, punindo todas condutas antissociais (GRECO, 2009). Consoante Greco (2009), esse movimento ainda é responsável por desviar o foco das infrações de elevado potencial ofensivo, já que o Direito Penal está cumprindo tão somente seu papel simbólico.

Partindo desse cenário, constata-se a legitimidade e a importância de se conferir espaço ao princípio da insignificância, que foi pensado pelo alemão Claus Roxin, em 1964.

Há relativamente pouco tempo, observou-se que as afetações de bens jurídicos exigidas pela tipicidade penal requeriam sempre alguma entidade, isto é, alguma gravidade, posto que nem toda afetação mínima do bem jurídico era capaz de configurar a afetação requerida pela tipicidade penal (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2002, p. 562).

Explica Bitencourt (2018) que a insignificância ou irrelevância não significa pequenas infrações penais, na verdade, se refere à gravidade, extensão ou

intensidade da ofensa produzida a determinado bem jurídico penalmente tutelado, independentemente de sua importância. Refere-se, então, à desproporcionalidade entre lesão ou ofensa ao bem jurídico, com a gravidade da sanção cominada (BITENCOURT, 2018).

Cabe ressaltar que referido princípio atua na esfera da tipicidade da conduta. Salienta-se que a tipicidade é ramificada em dois tipos, formal e material. A tipicidade formal é a subsunção da conduta ao tipo penal previsto em lei; já a tipicidade material é a lesão ou perigo ao qual o bem jurídico foi exposto (MASSON, 2021).

Partindo do conceito analítico de crime, no qual crime é composto por fato típico, ilícito e culpável, e, tendo em vista que o princípio da insignificância afasta a tipicidade material, conclui-se que tal princípio tem o condão de excluir a existência do próprio crime.

Tal forma de interpretação é uma válida medida de política criminal, visando, para além da descarcerização, ao descongestionamento da Justiça Penal, que deve se ocupar apenas das infrações consideradas socialmente mais graves. Numa visão humanitária do Direito penal, não deve o princípio da insignificância ser desprezado, nem mesmo a pretexto de possível fomento da impunidade. Assim, em defesa da aplicação do princípio, Fernando Célio de Brito Nogueira sustenta: “o que fomenta a impunidade e o recrudescimento da criminalidade são muito mais a ausência de resposta estatal efetiva aos grandes desmandos e ilicitudes da Nação, condutas que não raras vezes sangram os cofres públicos e o bolso dos cidadãos que trabalham e pagam impostos, bem como no não atendimento das necessidades básicas das pessoas” (BRASIL, 2005, p. 6).

Para não se tornar um meio vago de exclusão do crime sob o fundamento da insignificância, doutrina e jurisprudência ecoam no mesmo sentido, estabelecendo critérios para a correta aplicação do princípio: mínima ofensividade da conduta; ausência de periculosidade social da ação, mínima reprovabilidade do comportamento, inexpressividade da lesão jurídica provocada.

O entendimento do STF é firme no sentido de que o princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (i) mínima ofensividade da conduta do agente, (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento;

(iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada, ressaltando, ainda, que a contumácia na prática delitiva impede, em regra, a aplicação do princípio. Hipótese de paciente condenado pelo crime de furto qualificado pelo abuso de confiança, não estando configurados, concretamente, os requisitos necessários ao reconhecimento da irrelevância material da conduta. (STF – AgRg no HC 175.945/PR, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, Data de Julgamento: 24 abr. 2020. Data de Publicação: 14 mai. 2020) (BRASIL, 2020b, p. 1).

O princípio da insignificância também encontra fundamento no princípio da lesividade. Este determina que não haverá infração penal se a conduta não oferecer sequer perigo de lesão a bem jurídico (MASSON, 2021).

3. O sistema penal como meio de limitação do poder punitivo estatal

O transcorrer da história apresenta diversos modelos de estado, partindo de análise dos problemas anteriormente verificados e propondo alterações para que garantisse aos cidadãos um melhor bem estar.

A humanidade já passou por momentos de extrema intervenção estatal, quando do absolutismo; alcançando posteriormente um estado liberal, dotado das mais amplas liberdades individuais e afastamento estatal. Constatada a ineficiência de ambos os modelos, desenvolve-se o estado de bem estar social, trazendo de novo o estado como um importante personagem na atuação social, mas ainda assim resguardando a liberdade individual.

Em mais recente modelo, vigora atualmente no Brasil o Estado Democrático de Direito, que, segundo Novelino (2019), prega a supremacia da Constituição, a busca pela efetividade dos direitos fundamentais e ampliação do conceito de democracia. Consequência inevitável e necessária de um Estado Democrático de Direito é a limitação do poderio estatal a fim de que sejam protegidos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Relevante para o bom funcionamento desse modelo é o princípio da legalidade, que tem por objetivo limitar o poder do Estado de modo a impedir ações e medidas arbitrárias (NOVELINO, 2019).

O princípio da legalidade é o mais importante instrumento constitucional de proteção individual no moderno Estado Democrático de Direito porque

proíbe (a) a retroatividade como criminalização ou agravamento da pena de fato anterior, (b) o costume como fundamento ou agravamento de crimes e penas, (c) a analogia como método de criminalização ou de punição de condutas, e (d) a indeterminação dos tipos legais e das sanções penais⁵ (art. 5º, XXXIX, CR). O significado político do princípio da legalidade é expresso nas fórmulas de *lex praevia*, de *lex scripta*, de *lex stricta* e de *lex certa*, incidentes sobre os crimes, as penas e as medidas de segurança da legislação penal (SANTOS, 2012, p. 20).

A partir desse cenário, o sistema penal brasileiro, pautado, dentre outros princípios, no princípio da legalidade, surge como ao Estado sobre como deve atuar para reprimir condutas delituosas. Traz, portanto, segurança jurídica aos cidadãos.

Nessa toada, o inquérito policial, como meio de investigação criminal, dentre as suas funções possuía a de preservadora. Assim, a investigação preliminar serve como filtro processual para evitar acusações infundadas, seja porque despidas de lastro probatório suficiente, seja porque a conduta não é aparentemente criminosa (LOPES JÚNIOR, 2016).

4. A autoridade policial como personagem do garantismo penal

Partindo do pressuposto de que em um Estado Democrático de Direito toda atuação estatal deve velar pela primazia dos direitos e garantias fundamentais, principalmente quando diz respeito à atuação punitiva do Estado, é necessário destacar que essa orientação deve trafegar por todos agentes e órgãos estatais. Assim, a observância das balizas constitucionais não se restringe apenas ao âmbito dos tribunais.

No decorrer de uma persecução penal, todos agentes envolvidos devem buscar a adequada reprimenda, mas respeitando os direitos e garantia. Destarte, não se deve ver a atuação criminal como um mero fim, que resulta na mera aplicação de reprimenda, mas em um processo com limites e obrigações a todos os envolvidos que, ao final, permitirá que o juiz avalie a legalidade e assim possa aplicar, se necessário, a reprimenda adequada.

A autoridade policial é um dos personagens de grande relevância na persecução penal. Sendo quem preside o inquérito policial, é responsável por realizar filtros de constitucionalidade e legalidade em um dos momentos primitivos da persecução penal. A função do delegado de polícia não se restringe

à mera apuração delitiva para coleta de indícios de materialidade e autoria. Esse papel reveste-se sim de grande relevo, mas só será legítimo se pautado na legalidade, caso contrário, o investigado torna-se um mero objeto processual. Em suma, o garantismo penal permeia a atuação do delegado.

[...] o paradigma garantista da investigação criminal deve se atentar para três grandes ideias pressupostas que lhe fundam e norteiam, a saber: a proteção dos direitos humanos, a busca pela eficiência investigatória e a construção de um procedimento investigatório democrático. Esses três pressupostos é que permitem afirmar que a investigação criminal no paradigma constitucional deve ser desenvolvida com foco no primado da eficiência, no respeito aos direitos humanos e na ampliação da participação democrática na resolução de conflitos (SOUSA, 2016, p. 57).

Reforça a necessidade de correta aplicação dos ditames constitucionais no curso do inquérito policial a possibilidade de provocar o Poder Judiciário a fim de que se anule, ou ao menos corrija, determinados atos praticados na investigação. Não custa ressaltar que o inquérito policial é permeado de indícios que podem fundamentar eventuais restrições a direitos dos investigados, através de medidas cautelares, inclusive consistente em privação da liberdade, ou acarretar a promoção de denúncia ou queixa-crime pelo legitimado.

Assim sendo, o procedimento investigatório possui efeitos práticos que podem ser muito drásticos ao indivíduo, sendo necessária a observância fiel da constitucionalidade e legalidade, evitando que se torne um meio arbitrário e de perseguição.

5. Aplicabilidade do princípio da insignificância pela autoridade policial

A condução do inquérito policial se dá de forma discricionária, o que não significa ser arbitrária. A discricionariedade da atuação policial no curso da investigação se traduz em o delegado poder escolher, dentre os limites legais, a melhor forma de se apurar uma infração penal. Trata-se de um juízo de valor a ser feito na busca de meios adequados para se atingir aos fins a que o inquérito se destina, sempre em observância dos preceitos legais. Por outro lado, a arbitrariedade não obedece aos parâmetros legais.

Para aplicação da discricionariedade, o delegado de polícia deve pautar em diversos juízos de valores e princípios, dentre eles o da proporcionalidade, que se desdobra em três vertentes. A primeira, consistente na adequação, se entende que a medida restritiva escolhida é pertinente ao fim almejado; quanto à necessidade, se trata de que dentre todas as medidas idôneas colocadas à disposição do poder público, deve-se escolher a que menos traga prejuízo aos direitos do indivíduo e apta a tutelar o interesse público; por fim, a proporcionalidade em sentido estrito é a análise entre os danos causados pela medida e os resultados que as mesmas trarão (LIMA, 2019).

O caráter discricionário da atuação policial não se restringe tão somente após a instauração do inquérito, mas vem desde antes, quando recebe uma *notitia criminis*, que é, segundo Lima (2019), o conhecimento pela autoridade, espontâneo ou provocado, de um fato aparentemente criminoso. Prova disso é a possibilidade de o delegado de polícia indeferir o requerimento de abertura de inquérito, com fulcro no artigo 5º, §2º do Código de Processo Penal de 1941 (CPP/1941).

Dentre os fundamentos idôneos a justificar a não instauração de inquérito policial é a ausência de conduta criminosa diante dos fatos apresentados, sendo que essa constatação possa ser feita de início, ou seja, sem que haja dúvidas razoáveis que impliquem na necessidade de um aprofundamento das informações.

Verificada de antemão a ausência de conduta criminosa, a persecução penal é capaz de gerar sofrimento desnecessário ao indivíduo. Ressalta-se que, como explica Carnelutti (2019, p. 48), “o homem, quando é suspeito de um delito, é jogado às feras [...]”.

Santo Agostinho escreveu a este propósito uma de suas páginas imortais; a tortura, nas formas mais cruéis, está abolida, ao menos sobre o papel; mas o processo por si mesmo é uma tortura. [...] O homem, quando é suspeito de um delito, é jogado às feras, como se dizia uma vez dos condenados oferecidos como alimentos às feras. A fera, a indominável e insaciável fera, é a multidão. [...] Logo que surge o suspeito, o acusado, a sua família, a sua casa, o seu trabalho são inquiridos, investigados, despidos na presença de todos. O indivíduo, assim, é feito em pedaços (CARNELUTTI, 2019, p. 48-49).

O processo penal, por si só traz ao indivíduo uma estigmatização, gerando uma repulsa social ao indivíduo. Em que pese pelos preceitos constitucionais imperar a presunção de inocência, a grande maioria da sociedade já entende como culpado qualquer um que seja alvo de uma investigação criminal. Não

bastasse, os sofrimentos decorrentes da persecução penal ainda transcendem ao condenado, mesmo vigorando no ordenamento constitucional o princípio da intranscendência da pena.

Os efeitos decorrentes da persecução penal não se restringem ao investigado, visto que os familiares, personagens ativos na vida daquele, também são afetados. Seja por questões financeiras, seja pela própria repercussão social.

Interessante destacar que a reprimenda jurídica nem sempre será a mesma da social. Pode esta transpor àquela, já que é capaz de durar muito mais tempo, pois para muitas pessoas não há ressocialização, nem perdão ao investigado, réu ou condenado. Ou, até mesmo a repercussão social pode ser contrária à reprimenda jurídica, visto que, mesmo havendo absolvição criminal, a sociedade continua a etiquetar o indivíduo como criminoso pelo simples fato de algum dia ter participado no polo passivo de uma persecução penal.

Nessa esteira, a função preservadora do inquérito policial deve ser estendida até mesmo antes da sua instauração, fazendo com que, na verdade, se trate de uma atuação preservadora a ser feita pelo delegado de polícia.

Uma das formas de preservação da intimidade e integridade moral dos cidadãos é justamente deixando de incluir em uma persecução penal pessoas que de início possa visualizar a ausência de conduta criminosa.

Sendo assim, mostra-se lícita a não instauração de inquérito policial quando um delegado de polícia verifica a incidência do princípio da insignificância, concluindo pela ausência de conduta criminosa, visto que afastada a tipicidade material. Para tanto utiliza como principal fundamento legal o artigo 5º, §2º do CPP/1941.

Nesse sentido, é possível destacar precedente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em seu Informativo n. 441:

Segundo o Min. Relator, no momento em que toma conhecimento de um delito, surge para a autoridade policial o dever legal de agir e efetuar o ato prisional. O juízo acerca da incidência do princípio da insignificância é realizado apenas em momento posterior pelo Poder Judiciário, de acordo com as circunstâncias atinentes ao caso concreto (BRASIL, 2010, p. 15).

Corroborando a necessidade de impedir investigações criminais que não tratem de condutas criminosas que é farta a jurisprudência admitindo o trancamento de inquérito policial.

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL E PENAL. WRIT SUBSTITUTO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO: ADMISSIBILIDADE. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL: AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. ORDEM DENEGADA. I - Embora o presente habeas corpus tenha sido impetrado em substituição a recurso extraordinário, esta Segunda Turma não opõe óbice ao seu conhecimento. II - O trancamento de inquérito policial pela via do habeas corpus, segundo pacífica jurisprudência desta Suprema Corte, constitui medida excepcional só admissível quando evidente a falta de justa causa para o seu prosseguimento, seja pela inexistência de indícios de autoria do delito, seja pela não comprovação de sua materialidade, seja ainda pela atipicidade da conduta do investigado. III - As decisões combatidas harmonizam-se com a jurisprudência desta Suprema Corte, pois, evidenciada possível ocorrência de fato típico, mostra-se inidônea a via do habeas corpus para o trancamento de investigação policial, que constitui, como já afirmado, medida de natureza excepcional. IV – Ordem denegada. (STF – HC 138.507/SP, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento 27.06.2007, Segunda Turma, Data de Publicação: 03.08.2017) (BRASIL, 2017, p. 1).

Não bastasse, é importante ressaltar uma realidade inflacionada do Poder Judiciário. O CNJ (2019) faz um levantamento anual sobre os dados dos tribunais brasileiros. A título de exemplo, pelos dados referentes ao TJMG, no ano de 2018, foram distribuídas 245.327 novas ações penais, sendo que já havia 500.658 ações penais em trâmite, excluídas, nos dois casos, as ações de execução penal. Se por um lado tem-se esse elevado número de processos, por outro, o CNJ (2020) apresentou que no mesmo ano, havia apenas 1.030 magistrados em exercício em Minas Gerais. Destaca-se que não são todos os magistrados que atuam na área criminal. Isso viola de forma clara o princípio da razoável duração do processo.

O tempo e os recursos desperdiçados pelo Estado para investigar e julgar infrações bagatelares, aliado ao constrangimento indevido ao qual o indivíduo é submetido, não se mostram proporcionais às finalidades do Direito Penal. Por vezes, isso gera um sentimento que descredibiliza o sistema de justiça brasileiro, tendo em vista que deixa de voltar seus esforços a casos mais complexos e mais graves, por estar ocupado com delitos considerados insignificantes, e ao final, devido ao tumulto gerado, aplica mal o Direito Penal, gerando, reiteradas

constatações de nulidades ou prescrições penais, impedindo assim a eficácia do direito repressor.

Não é razoável que o Direito Penal e todo o aparelho do estado-polícia e do estado-juiz movimentem-se no sentido de atribuir relevância à hipótese de furto de uma correntinha avaliada em R\$ 15,00 (quinze reais). Isso porque, ante o caráter eminentemente subsidiário que o Direito Penal assume, impõe-se sua intervenção mínima, somente devendo atuar para proteção dos bens jurídicos de maior relevância e transcendência para a vida social. Em outras palavras, não cabe ao Direito Penal, como instrumento de controle mais rígido e duro que é, ocupar-se de condutas insignificantes, que ofendam com o mínimo grau de lesividade o bem jurídico tutelado. Assim, só cabe ao Direito Penal intervir quando outros ramos do direito demonstrarem-se ineficazes para prevenir práticas delituosas (princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*), limitando-se a punir somente condutas mais graves dirigidas contra os bens jurídicos mais essenciais à sociedade (princípio da fragmentariedade) (STF – HC 140.201/MG, Relator Ministro Gilmar Mendes, Data de Julgamento 28.11.2017, Data de Publicação: 30.11.2017) (BRASIL, 2017, p. 1).

Apesar de não ser uma questão pacificada, é possível verificar alguns doutrinadores que adotam esse entendimento, dentre eles, Nucci (2016), afirmando que o delegado é o primeiro juiz do fato típico, sendo bacharel em Direito, concursado, tem autonomia para deixar de lavrar a prisão em flagrante quando constatada a insignificância do fato. Acrescenta, ademais, que se já deu início à lavratura do auto, pode deixar de recolher ao cárcere o detido.

Não é adequado pensar que o caráter de procedimento oficioso do inquérito policial como suficiente a proibir que o delegado deixe de instaurar inquérito policial em função do princípio da insignificância. Conforme explica Lima (2019), por ser oficioso, o delegado de polícia é obrigado a instaurar inquérito policial quando tem conhecimento de notícia crime de ação penal pública incondicionada.

Como explicado, o delegado é obrigado a instaurar se verificar a existência de fato que se amolda a um crime. Como o princípio da insignificância afasta tipicidade da conduta, não há que se falar em crime. Não estando, portanto, o delegado obrigado a instaurar o inquérito.

Se já não se sustenta o caráter oficioso como impeditivo à autoridade policial, menos razão assiste em alegar a indisponibilidade do inquérito policial, prevista no artigo 17 do CPP/1941, que impede o delegado de proceder ao arquivamento

do procedimento. Isso porque para a incidência da indisponibilidade, já deve haver um inquérito em curso para que seja passível de arquivamento.

Por fim, é importante destacar que o afastamento do Direito Penal nesses casos, não é sinônimo de desamparo jurídico, já que os demais ramos do direito podem atuar plenamente e até de maneira mais eficaz e menos drástica para promover a devida proteção, reparação e repressão de condutas lesivas ou ameaçadoras a bens jurídicos alheios.

6. Considerações finais

O Direito Penal, em conjunto com os demais ramos do direito que o circundam, possui, dentre suas funções, a de limitar a atuação estatal na repressão de condutas. Exerce, pois, uma função preventiva que permeia tais ramos, para garantir segurança jurídica aos cidadãos, bem como a fim de evitar arbitrariedades.

Para além disso, o ordenamento jurídico é meio adequado à preservação de direitos do cidadão, não permitindo que nem mesmo o Estado os viole sem uma motivação adequada, idônea e baseada na legalidade. Em termos de persecução penal, cabe a todos os agentes envolvidos preservar e fiscalizar a preservação dos direitos e garantias fundamentais dos investigados, indiciados, réus e presos.

Papel importante é exercido pelo delegado de polícia, que se mostra como um dos agentes incumbidos de dar início à persecução penal. Dessa forma, nada mais razoável que a ele seja permitido deixar de instaurar investigações sob argumento da ausência de conduta criminosa. O que, por consequência lógica, deve servir de fundamento para a não instauração de inquérito policial ante a ausência de tipicidade material, em decorrência do princípio da insignificância.

Se o princípio da insignificância tem o condão de afastar a tipicidade material e, conseqüentemente, o próprio crime, não se justifica sequer o início de uma apuração de fatos para então ser promovido o arquivamento do inquérito.

Nessa esteira, cabe à autoridade policial, em sua função preservadora, aplicar o princípio da insignificância, deixando de instaurar inquérito policial, com fulcro no artigo 5º, §2º do CPP/1941. Cumpre salientar que essa situação não se confunde com o reconhecimento do princípio da insignificância no curso das investigações, já que o inquérito é dotado de indisponibilidade, só podendo o arquivamento ser procedido através do Ministério Público, nos termos do artigo 28 do CPP/1941. Todavia, nada impede o delegado de polícia, quando do

relatório final, manifestar-se no sentido de entender pela incidência do princípio da insignificância no caso.

Igualmente, é importante lembrar que o delegado de polícia é pessoa graduada em Direito, o que pressupõe a capacidade de desenvolver raciocínio jurídico adequado para avaliar a incidência ou não de tal princípio. No mais, o delegado de polícia, para reconhecimento da insignificância da conduta, deve seguir a jurisprudência, especialmente sobre os crimes em que é pacificada a capacidade de incidência do princípio da bagatela.

Desse modo, não se verifica impeditivo à aplicação do princípio da insignificância pelo delegado de polícia com o fulcro de não instaurar inquérito, já que é autoridade dotada de saber jurídico e há fundamento legal para tanto, qual seja o artigo 5º, §2º do CPP/1941. De mais a mais, não se trata de omissão estatal na proteção de direito dos cidadãos, uma vez que, pautando-se no Direito Penal Mínimo, em especial com base no princípio da subsidiariedade, demais ramos do direito têm capacidade suficiente para reparar, prevenir e reprimir tais condutas.

7. Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 12 mar. 2023.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 mar. 2023.

BRASIL. *Lei n. 12.830, de 20 de junho de 2013*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm. Acesso em: 12 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Habeas Corpus n. 84.424/SP. Relator Ministro Carlos Britto, 07 out. 2005. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_84424_SP-_07.12.2004.Expires=1619272221&Signature=mZgBrkpkjFusNpMl3y1SNBfGRyI%3D. Acesso em: 12 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 34: medida cautelar*. Relator Ministro Marco Aurélio de Melo, 09 set. 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 10 de mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 140.201/MG*. Relator Ministro Gilmar Mendes, 30 nov. 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313407931&ext=.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Habeas Corpus n. 84.424/SP. Relator Ministro Carlos Britto, 07 out. 2005. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_84424_SP_07.12.2004.Expires=1619272221&Signature=mZgBrkpkJFusNpMl3y1SNBfGRyI%3D. Acesso em: 12 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus n. 138.507/SP. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, 03 ago. 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312334200&ext=.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2023.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do Processo Penal*. 3. ed. Leme: Edijur. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*. 4. ed. [rev. e atual]. Salvador: JusPodivm, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: volume único*. 7. ed. [ver., ampl. e atual]. Salvador: JusPodivm, 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Violência urbana e tolerância zero: verdades e mentira*. São Paulo: 2001. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-5/violencia-urbana-e-tolerancia-zero-verdades-e-mentira/>. Acesso em: 23 fev. 2020.

MASSON, Cléber. *Direito Penal Esquemático, parte geral*. v. 1. 9. ed. [atual. e ampl.]. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2021.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. [rev., ampl. e atual]. Salvador: JusPodivm, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 13. ed. [rev., atual e ampl.]. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ODON, Tiago Ivo. *Tolerância zero e janelas quebradas: sobre os riscos de se importar teorias e políticas*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado. 2016. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/TD194>. Acesso em: 08 mar. 2023.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 4. ed. [rev.]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PRADO, Rodrigo Murad do. *Fundamentos do Direito Penal mínimo: uma abordagem criminológica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2018.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial; 2012.

SOUSA, Pedro Ivo de. *Investigação criminal no Estado Constitucional: reflexões sobre um novo paradigma investigatório. Temas atuais de Polícia Judiciária*. 2. ed. [rev., ampl. e atual]. Salvador: Juspodivm, 2016.

ARTIGO IX

O sistema da não inclusão do inquérito policial nos autos do processo: uma análise do parágrafo 3º, art. 3-C, recém introduzido ao Código de Processo Penal pela Lei 13.964/2019, a partir do enfoque da investigação preliminar

The system of non-inclusion of the police inquiry in the process records: an analysis of paragraph 3, art. 3-C, recently introduced into the Code of Criminal Procedure by Law 13.964/2019, based on the preliminary investigation approach

WÉBERTON PEREIRA DA CRUZ SILVA

Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Unihorizontes (2016), especialização em Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Público pela Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen (2017) e especialização em Pós-Graduação Lato Sensu em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário Projeção (2020). Atualmente é Policial Penal (EC n. 104 de 2019) da Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública. Tem experiência na área de Direito.

Resumo: As recentes alterações legislativas elevaram o processo penal brasileiro a outro patamar, criando diversos institutos jurídicos e reconhecendo expressamente que o sistema processual pátrio é de índole acusatória. Além disso, introduziu-se à persecução penal um sistema que contempla um duplo juízo e restringe o encaminhamento dos autos do inquérito policial à fase processual. Nessa perspectiva, analisa-se os sistemas de investigação preliminar existente e verifica-se que o modelo adotado no Brasil é o da investigação criminal policial. Uma vez assinalada a relevância do inquérito policial, investiga-se se de fato ele é (in)dispensável. Entrelaçados diretamente a esse contexto, também se apura se o Juiz das Garantias e a implantação do Sistema da não inclusão do inquérito policial nos autos do processo, instituídos pela Lei 13.964 de 2019, realmente contribuem para o dever de imparcialidade e a garantia de independência para decidir do julgador. Afere-se que a inserção dessa nova figura e desse novo sistema voltado ao inquérito policial colabora fática e efetivamente com a Justiça Criminal brasileira, na medida em que assegura o pleno exercício do direito ao contraditório pelas partes e reforça a legitimidade da decisão judicial proferida.

Palavras-chave: Investigação preliminar; Inquérito policial; Juiz das Garantias; Sistema da não inclusão.

Abstract: *Recent legislative changes have taken the Brazilian criminal procedure to another level, creating several legal institutes, and expressly recognizing that the national procedural system is of an accusatory nature. In addition, a system was introduced to the criminal prosecution that contemplates a double judgment and restricts the referral of the Police Inquiry records to the procedural stage. In this perspective, the existing preliminary investigation systems are analyzed, and it is verified that the model adopted in Brazil is that of the police criminal investigation. Once the relevance of the police investigation has been identified, it is investigated whether in fact it is (in)dispensable. Directly intertwined with this context, it is also investigated whether the judge of guarantees and the implementation of the system of non-inclusion of the police investigation in the case file, established by Law 13,964 of 2019, really contribute to the duty of impartiality and the guarantee of independence to decide the judge. It is verified that the insertion of this new figure and this new system aimed at the police investigation collaborates factually and effectively with the Brazilian criminal justice insofar as it ensures the full exercise of the right to contradictory by the parties and reinforces the legitimacy of the judicial decision rendered.*

Keywords: *Preliminary investigation; Police inquiry; Guarantee judge; Non-inclusion system.*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Sistemas de investigação preliminar e modelo adotado no Brasil; 3. O inquérito policial; 3.1. O aspecto (in)dispensável do inquérito policial; 3.2. O papel do Juiz das Garantias introduzido pela Lei 13.964/2019; 3.3. O sistema da não inclusão do inquérito policial nos autos do processo; 4. Conclusão; 5. Referências.

1. Introdução

O ordenamento jurídico brasileiro passa por consideráveis mudanças no âmbito processual penal. O novo, às vezes, causa grande impacto aos incautos, muito embora a dita novidade possa não se tratar, necessariamente, de algo que fosse desconhecido daquela sociedade, apenas menosprezado ou tido como uma utopia.

A Lei 13.964 de 2019, denominada coloquialmente de pacote anticrime, busca aperfeiçoar a legislação penal e processual penal. Ao ser publicada próximo do findar do ano citado, imediatamente trouxe grande alvoroço à comunidade jurídica nacional, antecipando as boas novas da virada de ano, pois alterou diversas legislações, modificando e introduzindo dispositivos que criaram

institutos jurídicos no ordenamento, bem como também modificou a sistemática que operava na seara processual penal.

Dos novos institutos pode-se citar com destaque a previsão do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), inserido no art. 28-A do Código de Processo Penal, a mudança na sistemática de arquivamento do inquérito policial, com a nova redação do art. 28 do mesmo diploma, além daquele que provocou maior frenesi entre os juristas amantes da área processual penal, qual seja, o juiz das garantias.

Em relação especificamente a este último instituto, ressalta-se que antes mesmo da publicação da referida lei, ele já havia sido objeto de diversas análises gerais de viabilidade de sua implantação. Embora ele, por si só, renda estudos interessantíssimos, outro dispositivo inserido ao recorte jurídico atinente ao Juiz das Garantias ganhou visibilidade com a entrada em vigor do pacote, qual seja, o parágrafo 3º, do art. 3º-C, do Código de Processo Penal.

Em linhas gerais, esse parágrafo atende antigos anseios de diversos juristas brasileiros que conclamavam a implantação do Sistema da não inclusão do inquérito policial aos autos do processo, ao dispor que as peças do inquérito policial não serão, como regra, encaminhadas para o juiz da instrução e julgamento. A norma que se extrai do dispositivo, que será trabalhada neste estudo, aparentemente tem como escopo a imparcialidade do julgador, a garantia de independência decisória, entre outros alvos.

Nessa perspectiva, faz-se necessário pesquisar em que contexto esse sistema se insere. E a partir daí responder à seguinte pergunta: em qual medida o Sistema da não inclusão do inquérito policial nos autos do processo, trazido pelo novo parágrafo 3º, do art. 3º-C, do Código de Processo Penal, colabora com a persecução penal brasileira?

Tem-se como objetivo geral compreender e delimitar quais são os limites trazidos por esse novo sistema, pois ele tem grande importância à comunidade jurídica como um todo e as administradoras, haja vista que a persecução penal não é um fim em si mesma, e tem como finalidades principais, dentre outras, reafirmar o direito de punir do Estado e por consequência proporcionar maior sensação de segurança à sociedade. De outro lado, aponta-se como objetivo específico aferir se de fato há contribuições práticas que afetem diretamente o provimento final que será proferido.

Para isso, opta-se por empregar como metodologia a pesquisa bibliográfica, desenvolvendo um estudo a partir da ótica pré-processual, perpassando pela análise da relevância do inquérito policial brasileiro e das principais discussões

relacionadas a ele, confrontando a visão clássica da doutrina das correntes contemporâneas, utilizando como base teórica principal os ensinamentos do professor Aury Lopes Junior.

Nesse sentido, na tentativa de se compreender onde, na persecução penal, foi inserido esse sistema da não inclusão, estudando quais os sistemas de investigação preliminar existentes e qual o modelo adotado no ordenamento jurídico brasileiro. Posteriormente, entra-se na análise do inquérito policial e da sua relevância a essa persecução, posto o seu destaque no ordenamento jurídico pátrio, além de se investigar o papel do Juiz das Garantias, uma vez que este está diretamente ligado a todo o contexto e à sistemática da não inclusão propriamente dita.

Chega-se à confirmação da hipótese que fora inicialmente aventada, no sentido que materialmente a criação do Juiz das Garantias e a positivação do Sistema da não inclusão do inquérito policial concorrem para a melhoria da prestação da tutela jurisdicional em âmbito criminal, respeitando as partes, seus direitos materiais e processuais, e corroborando com o provimento final que será exarado pelo Poder Judiciário.

Portanto, a análise do novo não está restrita a apurar os contornos do que não se conhece, mas de igual importância, da base teórica e fática na qual ele foi inserido. Isso porque, entendendo a visão que se pretende superar é possível, na maior parte das vezes, elevar a outro patamar os instrumentos valiosíssimos à sociedade que antes, porventura, estivessem relegados a um segundo plano, de forma equivocada.

2. Sistemas de investigação preliminar e modelo adotado no Brasil

O ordenamento jurídico brasileiro tem evoluído gradativamente no que diz respeito à forma pela qual realiza os seus procedimentos investigatórios em âmbito criminal. Embora haja críticas no sentido de que tal processo evolutivo esteja aquém do que deveria efetivamente estar sendo implementado no território nacional, a exemplo de outros países desenvolvidos, não se pode negar que nas últimas décadas estabeleceram-se substanciais inovações jurídicas que demonstram que os governantes têm certo interesse em aprimorar o sistema de investigação vigente.

O Brasil possui um sistema de investigação preliminar que comporta diversas espécies de procedimentos. Dentre os mais conhecidos estão o inquérito policial conduzido pelo Delegado de Polícia, o inquérito policial militar, o procedimento

investigatório criminal (regulado pela Resolução n. 181/2017 do CNMP) dirigido pelo Ministério Público e as Comissões Parlamentares de Inquéritos (CPIs), realizadas em âmbito do legislativo.

Em uma visão geral, a investigação preliminar visa apurar e angaria elementos informativos relacionados à suposta ocorrência de um ilícito, determinando sua existência ou não, bem como, seu eventual autor ou autores. Há de se destacar a investigação preliminar que, com maior predominância, serve ao processo penal, sendo a investigação criminal regulada especificamente para esse fim.

Nesse contexto, evidencia-se que não há no mundo, como se verá, um sistema de investigação criminal com aceitação unânime entre os estudiosos da seara processual penal. A aferição do grau da aceitabilidade desses sistemas passa principalmente pela verificação da sua eficiência, que por sua vez está pautada indissociavelmente à observância dos direitos e garantias fundamentais durante todo o tramitar de seus respectivos procedimentos, o que pode garantir ou inviabilizar uma futura prestação jurisdicional sólida e efetiva.

Entretanto, há aqueles que se destacam entre os demais sistemas de investigação, quais sejam, o sistema do juiz instrutor, o do Ministério Público, gestor da investigação, e o sistema de investigação policial. Embora todos eles recebam elogios e críticas, esses três destacam-se no cenário global, onde a ênfase não está em quem realiza os atos de investigação, mas sim quem ocupa o lugar de gestor das atividades, ou seja, a autoridade máxima das equipes, que realizam as investigações propriamente ditas (LOPES JR, 2014, p. 259-260).

O primeiro sistema de investigação criminal, denominado de o juiz instrutor, recebe essa intitulação justamente porque nele o julgador é quem dita como será realizada a investigação, estando em suas mãos a iniciativa e gestão probatória, relegando à acusação e à defesa a figura de meros auxiliares. Nesse sistema em que o juiz exerce exacerbadamente o protagonismo da persecução penal, aniquila-se um dos princípios mais importantes do processo penal constitucional, o princípio da imparcialidade, que reconhece a qualidade do julgador como sujeito da situação processual, mas exige que este não seja parte interessada, assim como se mantenha alheio às influências subjetivas das partes, com propósito de aplicar a legalidade com retidão ao caso concreto (LOPES JR; GLOECKNER, 2014, p.132-134).

Aqueles que defendem a existência do juiz instrutor aventam como principal vantagem ter um órgão suprapartes, realizando a investigação pré-processual. De outro lado, os críticos a essa forma de investigação apontam que se trata de um modelo inquisitorial, arcaico, superado, onde há acúmulo de funções em um

só ser humano, que é influenciável por natureza, e mesmo assim pode chegar a investigar de ofício, realizar imputação, defender e julgar o acusado (LOPES JR; GLOECKNER, 2014, p.144-150).

O segundo sistema de investigação criminal a ser destacado é o do Promotor- Investigador, no qual o responsável pela investigação será o membro do Ministério Público, modelo adotado, por exemplo, na Alemanha, desde a reforma de 1974 (extinguido o modelo do juiz instrutor), pela Itália em 1988 e por Portugal, a partir de 1995 (LOPES JR; GLOECKNER, 2014, p. 151).

Nesse sistema, segundo Gloeckner e Lopes Jr (2014):

O promotor é o diretor da investigação cabendo-lhe receber diretamente a notícia-crime ou indiretamente (através da polícia) e investigar os fatos nela constantes. Para isso, poderá dispor e dirigir a atividade da Polícia Judiciária (dependência funcional) ou praticar por si mesmo os atos que julgue necessários para formar sua convicção e decidir entre formular a acusação ou solicitar o arquivamento (visto como não processo em sentido lato).

Os afeiçãoados a esse modelo apontam que sem sombra de dúvidas ele é melhor do que aquele em que um juiz ocupa diversas funções ao mesmo tempo. Enfatizam, ainda, que mantém a devida imparcialidade do magistrado, fortalecendo o seu papel do julgador, que possivelmente ofertará uma acusação mais elaborada àquele que tiver investigado, além de maior celeridade, economia processual e sendo um obstáculo maior ao emprego de técnicas de investigação questionáveis, capazes de colocar em xeque a legitimidade da peça acusatória e seus elementos probatórios. Entretanto, os críticos a sua adoção aventam que se trata de um modelo que prega o utilitarismo, podendo criar um acusador inquisidor, focado estritamente em suas preconcepções, desde o início das investigações ao fim da instrução criminal, ou mesmo relegar materialmente essa tarefa à polícia, sem lhe dar estrutura, e assumindo apenas no plano formal sua execução, o que seria lastimável (LOPES JR; GLOECKNER, 2014, p.151-167).

Por fim, no tocante ao sistema de investigação criminal policial, trata-se de modelo em que o responsável pela condução das investigações não será o julgador, nem o eventual acusador, mas sim uma autoridade policial. Este será o gestor da investigação, possuindo formação policial condizente com a responsabilidade da função que ocupa, bem como habilitação técnica necessária a realizar a análise das condutas supostamente delituosas que são atribuídas, com eventual razão ou não,

a diversos indivíduos que, independentemente da acusação, deve ter seus direitos e garantias individuais preservados durante toda a persecução penal.

O Brasil adota esse modelo de sistema de investigação, sendo a autoridade policial o titular da investigação. Entre as suas vantagens está o fato de a polícia estar presente e atuante em todo território nacional, inclusive em locais que não há um juiz ou promotor, fato que propicia maior probabilidade de se ter uma solução mais rápida e eficaz ao evento delituoso, assim como por ser uma estrutura mais barata de ser implantada e mantida do que os outros dois (LOPES JR, 2014, p. 260-262).

Em contraponto, os argumentos contrários à adoção desse sistema circundam principalmente pela discricionariedade a que a autoridade policial possui na condução das investigações, sem um rito obrigatório que a torna mais sujeita à ocorrência de práticas abusivas ou ilícitas, por vezes a estigmatização de certos públicos investigados, bem como a vitimização secundária e pela maior suscetibilidade de contaminação da investigação por interesses políticos (LOPES JR, 2014, p. 260-262). Esta última situação em especial, porque os encarregados pela realização das investigações não possuem independência funcional, garantias e prerrogativas que o juiz e o promotor possuem, a exemplo da inamovibilidade.

Assim, tendo sido exposto uma visão geral e inicial do que se trata a investigação preliminar no ordenamento jurídico pátrio, é necessário examinar o principal procedimento preliminar adotado no Brasil, conduzido pela autoridade policial, qual seja, o inquérito policial.

3. O inquérito policial

No Brasil a investigação preliminar se desenvolve preponderantemente por meio do inquérito policial, sem prejuízo da utilização das outras espécies admitidas pelo ordenamento jurídico. Como foi mencionado, o território nacional possui uma geografia peculiar e é singularmente extenso, sendo que os órgãos do poder executivo possuem maior presença em um maior número de cidades, desde as menores e menos populosas às grandes capitais.

Diante dessa situação fática, o sistema de investigação criminal policial brasileiro ganha maior legitimidade, pois pressupõe-se que aqueles que estão mais próximos dos cidadãos conseguirão dar uma resposta mais imediata e eficiente a fatos supostamente delituosos. Por consequência, terá a possibilidade de proporcionar àquela coletividade em específico uma sensação maior de segurança

social e ao mesmo tempo reafirmar a presença do Estado, controlador social formal, retraindo os impulsos daqueles que pretendem delinquir, pois saberão que inevitavelmente serão responsabilizados.

Já nos remotos anos 1764, Cesare Bonesana, marquês de Beccaria (2012, p. 59) enfatizava que:

O rigor do suplício não é o que previne os delitos com maior segurança, porém a certeza da punição, o zelo vigilante do juiz e essa severidade inalterável que só é uma virtude no magistrado quando as leis são brandas. A perspectiva de um castigo moderado, porém inflexível, provocará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um suplício horrendo, em relação ao qual aparece alguma esperança de impunidade.

Nessa perspectiva de certeza de uma resposta estatal rápida e eficaz a eventuais condutas delituosas realizadas por qualquer indivíduo, o inquérito policial, por suas características, se faz como o procedimento mais apto a concretizar essa ideia.

Ensina os professores Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar que o inquérito policial é um procedimento administrativo preparatório, conduzido pelo Delegado de Polícia, exceto quando se tratar do inquérito policial militar, previsto no art. 9º do Código de Processo Penal Militar, que tem por finalidade averiguar a ocorrência de uma suposta infração penal, identificando o autor do ilícito e a sua materialidade, subsidiando ao titular da peça acusatória de elementos para formação de sua *opinio delicti*. Ressalta-se que ele é discricionário, escrito, sigiloso, oficial, oficioso, indisponível, inquisitivo, dispensável e com forte autoritariedade (TAVORA; ALENCAR, 2014, p. 109-123).

Dentre as características do inquérito policial, uma das que mais trazem acalorada discussão sobre sua melhor definição está a (in)dispensabilidade do inquérito policial. Esse debate não envolve apenas aspectos teóricos, pois refletem diretamente no cotidiano prático daqueles que labutam na persecução penal, seja investigando, acusando, defendendo ou mesmo julgando.

Dessa maneira, é necessário examinar os contornos dos argumentos trazidos por cada uma das correntes que discutem sobre o fato de inquérito policial ser ou não dispensável à persecução penal brasileira.

3.1. O aspecto (in)dispensável do inquérito policial

O termo dispensável em âmbito da investigação preliminar policial provoca debate interessante entre os operadores do Direito, mas principalmente entre aqueles que lidam diretamente com a perseguição da autoria e da materialidade de um evento delituoso. Que a fase processual é indispensável para se chegar a uma condenação criminal e, por conseguinte, a uma pena, não se discute, *nulla poena sine iudicio*. Porém, que a fase pré-processual também é indispensável, não se pode dizer o mesmo. Sobre esta última fase duas correntes divergem sobre sua importância.

Majoritariamente, a doutrina nacional entende que a fase preliminar da persecução penal é dispensável. Essa corrente fundamenta sua posição principalmente no disposto no § 5o do artigo 39 do Código de Processo Penal brasileiro que aduz que “órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal”.

Enfatiza-se que com base no dispositivo legal o inquérito não é obrigatório, ou seja, não é necessariamente imprescindível a formulação de uma acusação formal em face de uma conduta delituosa perpetrada supostamente por um indivíduo. Apontam que a peça acusatória pode ter por base inclusive inquéritos não policiais, o que dispensaria a atuação da polícia judiciária, embora reconheçam que não é recomendável, apesar de não haver vedação, que medidas cautelares possam ser decretadas sem que exista um prévio inquérito subsidiando o julgador com os elementos informativos mínimos exigidos (TAVORA; ALENCAR, 2014, p. 123).

De outro lado, há outra corrente que defende que o inquérito policial é indispensável à persecução penal. Essa corrente transcende a literalidade do dispositivo citado acima e busca fundamentar seu posicionamento expondo a indispensabilidade do inquérito policial, a partir do fato que a corrente diversa enfoca apenas a parte do que é dito pela norma, bem como que a realidade fática atual da instrução processual mostra que a dispensabilidade do inquérito é uma medida excepcional (CASTRO, 2015).

O professor e Delegado de Polícia Civil do Estado do Paraná, Henrique Hoffmann Monteiro de Castro (2015), defende que a moderna visão sobre o inquérito policial deve atentar para o caráter indispensável desse procedimento pré-processual. Aduz que o Código de Processo Penal (CPP) autoriza sim, o membro do Ministério Público de dispensar o procedimento administrativo, mas

ressalta que o próprio diploma legal condiciona essa dispensa como uma exceção, não como a regra, de maneira que a autorização extraída da norma deve ser lida dessa forma, qual seja, uma dispensa excepcional “se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal”, consoante o § 5º do próprio artigo 39 do CPP.

Ademais, o professor enfatiza que na maioria das vezes, na prática cotidiana, o órgão acusador não abre mão desse valioso instrumento preparatório, sendo raros os casos em que isso acontece. Lembra também que a regra é que em ação penal pública incondicionada o inquérito policial seja instaurado de ofício (CASTRO, 2015).

Nesse contexto, sem adentrar na discussão propriamente dita, mas enfatizando a relevância do inquérito policial, o professor Aury Lopes Jr (2014), em Salvador, durante uma palestra sobre a “Crise da Investigação Preliminar Brasileira”, no III Seminário Nacional do IBADPP, foi enfático ao proferir que:

Com base no inquérito policial e sua função endoprocedimental, com base só no inquérito, eu posso tirar todos os bens de uma pessoa, as medidas cautelares patrimoniais. Eu congelo o patrimônio de uma pessoa, é a morte física e financeira de alguém com base nos atos do inquérito. Com base nos atos do inquérito eu posso prender alguém, para isso estão as prisões cautelares. Ora, se eu posso tirar todos os meus bens e tirar a liberdade, eu tiro eu e minhas circunstâncias, se Ortega y Gasset fosse processualista iria dizer “é isso aí”, ou seja, eu tiro o todo. Então vamos parar com essa bobagem de que o inquérito não vale para nada, ele é muito perigoso, eu tiro todos os bens e a liberdade, mas do que isso eu não preciso falar (informação verbal)¹.

Portanto, é inegável que o inquérito policial é um instrumento valiosíssimo a uma persecução penal eficiente no Estado Democrático de Direito. Ademais, considerando a vida prática de quem lida com análises de processos criminais, as peças do inquérito chegam muitas das vezes a ser um dos principais elementos de formação da convicção do julgador, sendo, portanto, fundamental, e devendo a leitura correta dos dispositivos que possibilitam sua dispensa reconhecer que a regra é utilizá-lo, sendo uma excepcionalidade dispensá-lo.

¹ Fala do professor Aury Lopes Jr na palestra “Crise da Investigação Preliminar Brasileira”, proferida no III Seminário Nacional do IBADPP que aconteceu nos dias 18 e 19 de setembro de 2014. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=g4b1CvFcaFk>. Acesso em: 27 jul. 2020.

Há de se ressaltar, entretanto, que reconhecer o seu caráter fundamental e sua utilização é a regra, não afasta a possibilidade de excepcioná-lo. Ele é por excelência o procedimento de investigação que prepondera no ordenamento jurídico vigente, mas não o único, e atestar a importância do inquérito policial à persecução penal brasileira é necessária, porém, não se pode desprezar os outros procedimentos admitidos no Brasil.

3.2. O papel do Juiz das Garantias introduzido pela Lei 13.964/2019

Contemporaneamente não há como desenvolver um estudo com profundidade sobre qualquer tema que envolva a investigação preliminar no Brasil sem que seja minimamente contextualizado o relevantíssimo instituto jurídico, recém-introduzido ao Código de Processo Penal pela Lei 13.964 de 2019, o denominado juiz das garantias. Embora novidade ao ordenamento jurídico brasileiro, não o é a outros ordenamentos, como exemplo ao sistema de justiça criminal do Chile, que já o implantou a mais de meia década².

De plano, cumpre esclarecer que o Juiz das Garantias não se confunde em nada com aquele que vigorava no outrora já citado sistema de investigação criminal denominado de juiz instrutor. Aquele arcaico modelo arcaico inquisitorial não vige no Estado brasileiro, tendo o constituinte originário, com a Constituição Federal de 1988, expressamente optado pelo sistema acusatório de processo penal, conforme art. 129, inciso I da Carta Magna.

Seguindo a mesma linha de pensamento democrático, o legislador contemporâneo inseriu no CPP o art. 3-A, que expressa que “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. Destaca-se que imediatamente após esse dispositivo, no art. 3-B do mesmo diploma, o constituinte derivado cuidou de anunciar quem é e quais são as competências do Juiz das Garantias, enfatizando primordialmente que ele “é responsável pelo controle da

² “Conhecer o sistema de justiça criminal chileno é o objetivo do curso que um grupo de juizes brasileiros fará em Santiago/Chile a partir da próxima segunda-feira (6/6). A iniciativa é do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Centro de Estudos de Justiça das Américas (Ceja). O programa inclui uma parte teórica sobre a reforma do sistema processual penal chileno, referência na América Latina, além de visitas às instâncias do judiciário e do executivo que lidam com o tema. O sistema de juízo de garantias, implantado no Chile há cerca de cinco anos, prevê que todo o processo criminal em primeiro grau seja feito oralmente – ao contrário do que ocorre no Brasil. A exceção é a sentença, que tem de ser feita por escrito. ‘A outra diferença interessante é que se pode recorrer dessa sentença a instâncias superiores’, explica o juiz auxiliar da Presidência do CNJ Luciano Losekann, um dos juizes que participarão da capacitação”. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/57150-juizes-brasileiros-conhecem-reforma-penal-no-chile>. Acesso em: 09 jul. 2020.

legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais, cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário”.

Como se era de esperar, a chegada do novo instituto jurídico provocou grande alvoroço nos atores jurídicos da seara processual penal atual, embora seja antiga a discussão sobre a viabilidade ou não de sua implantação no sistema criminal de justiça brasileiro. O Supremo Tribunal Federal, provocado pela corrente contrária a esse instituto, na pessoa do Ministro Luiz Fux, em decisão cautelar na sede de Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade, suspendeu temporariamente a eficácia de alguns dispositivos da Lei 13.964 de 2019, entre eles o que se refere ao juiz das garantias.

Nota-se que, a não ser apontamentos de ordem prática, como exemplo, o exíguo prazo de *vacatio legis*, que foi dado para entrada em vigor de todos os dispositivos, basicamente os mesmos argumentos utilizados antes da publicação da referida lei são utilizados entre as correntes que divergem sobre esse novo juízo criminal. Todavia, o que era mera expectativa de implementação hoje é realidade instituída democraticamente.

A posição contrária aponta acima de tudo como óbice a escassez de julgadores para atuar na fase preliminar, que é uma ilusão achar que o juiz que participou da fase inicial seria parcial ao julgar a demanda, o que mitigaria a verdade real que supostamente vigora no processo penal (MENDONÇA, 2011, p. 26-30.). Outro apontamento é que o magistrado já é garantia, tanto do acusado, quanto da coletividade, que essa nova figura seria apenas ideologia, e ainda que não se tenha provas científicas da contaminação psicológica do julgador (GOMES, 2010, p. 99-103).

Abel Fernandes Gomes (2010), nessa linha enfatiza que:

Ademais, não se há de esquecer que, em qualquer sistema de justiça criminal em que homens são chamados a julgar homens, sejam eles juízes leigos ou de direito, de instrução ou de julgamento, das garantias ou da sentença, as imperfeições humanas sempre estarão no foco do problema da isenção do julgador, sendo certo que a garantia que melhor se apresenta para remediar o problema é o já consagrado e adotado pelo nosso sistema processual, duplo grau de jurisdição, cujo funcionamento, dadas especificidades do sistema recursal nacional, acaba sendo apontado por muitos como “quádruplo grau de jurisdição, não tendo o menor sentido tamanha alteração estrutural do sistema de justiça criminal brasileiro, com todos os problemas que com ela já se vislumbra, como se a única, melhor e mais condizente forma de se amenizar

o inconveniente do subjetivismo do homem fosse o tal juiz das garantias, que também como ser humano não é um totem, nem uma máquina programada para não “errar” contra o réu – já que essa parece ser a maior preocupação e o grande objetivo.

Em sentido oposto, os atores jurídicos que defendem o instituto aduzem que sem sombra de dúvidas acertou o legislador ao criar, com a Lei 13.964/2019, o Juiz das Garantias no CPP, que breve os “benefícios de se ter garantido que as providencias preliminares do processo penal se façam em estrita legalidade serão percebidos como meio e motivo de maturidade institucional do país” (MELLO; MORI, 2020).

De início, acentua essa corrente que “as regras do jogo não podem ser confundidas com impunidade, muito menos com a noção de que não há como punir alguém garantindo seus direitos e garantias fundamentais”, de maneira que destacam que é perfeitamente possível a coexistência entre garantir e punir. O controle da legalidade dos atos praticados na fase pré-processual trará ainda maior legitimidade à decisão final proferida, independente de qual tese tenha convencido o julgador (SILVA, 2019, p. 295).

O saudoso Luiz Flávio Gomes (2010), há uma década já refutava os argumentos contrários ao juiz das garantias:

Se vocês atropelarem regras do jogo: investigarem mal, interceptação telefônica excessiva, ilegal, busca e apreensão ilegal – o que vocês fizerem de ilegalidade – e eu juiz passar a mão por cima e condenar, vocês vão ter uma pena ilegítima. Há, isso não é problema!!? Vai ter problema mais para frente então [...]. Isso aqui é regra do jogo. Vamos entender regras do jogo, e principalmente, se vocês que violarem as regrinhas do jogo e lá no final tiver um advogado de lupa, que brigar até o final, e que graças a Deus existem juízes no Brasil, e pegar um juiz bom, e o cara analisar e disser: não!!! Isso aqui não é vale tudo – isso aqui não é vale tudo. Não vale dedo no olho, puxão de cabelo, tem regra no jogo. E anular. Quem é que está gerando impunidade? Sou eu brigando pela Constituição? Ou são vocês, mãos do Estado que cometeram a ilegalidade?! Então entendam, quando você atropela a regra do jogo, vocês estão gerando a **impunidade futura**, não sou eu que estou brigando pela regra do jogo (informação verbal, grifo nosso)³.

³ Fala proferida pelo professor na palestra proferida no II Debate Jurídico Unejuris Edição Direito Penal 2ª noite - 29 de maio de 2014. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=7EFngXgpnCc>. Acesso em: 10 jul. 2020.

Nesse mesmo sentido, Silva (2019, p. 294) com base nos ensinamentos do professor Aury, ao ponderar sobre a viabilidade da instituição do Juiz das Garantias ao ordenamento jurídico brasileiro, busca definir impunidade futura como aquela criada:

[...] pelos próprios órgãos oficiais de segurança pública no desenvolver de suas atividades, durante a persecução penal. Mesmo sem intenção de produzi-la, acabam por dar-lhe causa, por não zelarem pelas regras do jogo.

Aponta ainda que:

É tênue a linha que separa o bem do mal, o certo do errado e o justo do injusto. A condição inata de ser humano não isenta ninguém de errar, mesmo que sua intenção inicial seja proteger a coletividade. Atuação conforme a legislação vigente, sempre sob a ótica do fiel cumprimento da Constituição, é o solo firme onde todos podem e devem pisar no exercício de qualquer atividade. Os órgãos da persecução penal têm grande responsabilidade: garantir a segurança social e respeitar, no cumprimento de seu dever legal, os direitos e garantias do indivíduo acusado. A impunidade combate-se com atuação firme desses órgãos e observância do ordenamento jurídico (SILVA, 2019, p. 294).

É evidente na inserção do art. 3º-A, que expressamente afirma que a estrutura do processo penal brasileiro é acusatória, e dos art. 3º-B ao 3º-F que disciplinam o Juiz das Garantias e suas competências, impactaram e impactarão ainda mais todos os atores jurídicos que atuam na seara processual penal, mas reitera-se, embora haja uma suspensão temporária, essas inovações como uma realidade.

Assim, nota-se que a qualidade e a eficiência da investigação criminal no Brasil, com o Juiz das Garantias, tendem a se maximizar e, com isso também, a sensação de segurança social.

3.3. O sistema da não inclusão do inquérito policial nos autos do processo

Após serem analisados e contextualizados relevantes institutos e discussões que circundam a investigação preliminar criminal e demonstrado a sua importância ao processo penal brasileiro como um todo, chega-se ao âmbito deste estudo, qual seja, realizar uma breve análise do novíssimo § 3º, do também recente art. 3º-C do CPP. Esse dispositivo, inserido dentro do arcabouço que

trata do juiz das garantias, tem ligação direta com o inquérito policial, e provoca questionamentos relacionados ao que foi desenvolvido nos tópicos anteriores, haja vista que a regra agora é que as peças informativas da investigação criminal não serão objeto de análise do juiz que julgará efetivamente a demanda penal.

Para se entender a nova sistemática criada pelo dispositivo não se pode perder de vista que a Constituição Federal de 1988 assegura a todos que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, bem como que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Além disso, expõe que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, todos previstos respectivamente no art. 5º, incisos LIV, LV e LVI.

Isso quer dizer que todos os investigados ou acusados tem direito ao devido processo legal que se dará sob o crivo do contraditório, possibilitada a ampla defesa a esses, sendo vedado o uso de provas no processo obtidas por meio ilícito. Destaca-se que como foi exposto, a fase da investigação criminal se realiza como regra no Brasil por meio do inquérito policial, que tem natureza jurídica de procedimento administrativo, a marcante característica de sigiloso (art. 20, CPP) e, embora as recentes alterações legislativas possibilitaram maior acesso e participação da defesa nessa fase, ainda não garante o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, por conseguinte não produzindo, geralmente, provas.

O professor Aury Lopes Junior (2014, p. 349) leciona que os atos do inquérito policial são valorados de forma limitativa, e não podem, por si, sustentar uma condenação criminal, sendo justamente isso que também diz o art. 155 do CPP.

Continuando, ele diferencia atos de investigação de atos de provas, aduzindo que o primeiro se refere a uma hipótese, inseridos na fase preliminar, aptos a formar um juízo de probabilidade (não certeza) a subsidiar a *opinio delicti* da acusação (recebimento da peça acusatória), não estando submetidos a todos os princípios inerentes do processo judicial e, ainda, possuindo função interna ao procedimento, ou seja, endoprocedimental. No tocante ao segundo, elenca que os atos de prova são direcionados ao convencimento do julgador em relação a uma afirmação feita, servindo ao processo judicial e destinados a formar um juízo de certeza (concretude), com observância de todos os princípios constitucionais e produzidos pelas partes, sob o crivo do contraditório, face à autoridade julgadora (2014, p. 349-350).

Nesse sentido, expõe a Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu art. 10 que:

Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal **independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele** (grifo nosso).

Trate-se, então, de direta menção ao sistema acusatório onde a imparcialidade do julgador, bem como sua independência para decidir, são princípios inafastáveis. No Estado Democrático de Direito a atuação probatória é atividade a ser realizada pelas partes, afastando-se a presença de um julgador que imprime convicções pessoais (FARIA, 2011, p. 91).

Ao se aprofundar nesse assunto, com a finalidade de entender a razão pela qual o legislador inseriu esse novo dispositivo do CPP e se implantou um sistema de não inclusão física do inquérito policial nos autos do processo, encontra-se como forte argumento a teoria da dissonância cognitiva. Ela explica a intenção do constituinte derivado ter determinado no art. 3º-C que:

§ 3º Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e **não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento**, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

Essa teoria assinala que o caminho para assegurar que o julgador forme sua convicção originalmente nas provas produzidas em âmbito do contraditório processual, maximizando em eficácia e reduzindo a probabilidade de incidência de vícios pretéritos, se dá a partir da exclusão dos procedimentos preliminares dos autos do processo e da implantação de um duplo juízo. Sabe-se que a imparcialidade do julgador não se confunde com neutralidade, ele não está neutro, pois é um ser humano, influenciável por natureza, por isso existe não só uma cumulação, mas também um conflito de papéis, haja vista que uma mesma pessoa que recebe a peça acusatória (imprimindo seu juízo) realizará a instrução probatória e sentenciará o caso penal (realizará novamente juízo sobre o caso, inclusive sobre sua decisão de recebimento) (LOPES JR, 2014).

Nesse contexto, a Dissonância Cognitiva analisa reações do indivíduo em face de duas posições antagônicas que impliquem desconforto a ele, a sua busca pelo equilíbrio de sua cognição (bem como do ego), com o fim de afastar eventuais contradições. Têm-se dois efeitos a essa situação, sendo o primeiro a inércia ou perseverança, elementos de autoconfirmação da suposição e o segundo a procura pela seleção de informações onde preponderam aquelas que confirmam a hipótese (LOPES JR, 2014).

Aury Lopes Junior (2014) lança que:

A partir disso ele desenvolve uma interessante pesquisa de campo que acaba confirmando várias hipóteses, entre elas a já sabida – ainda que empiricamente – por todos: quanto maior for o nível de conhecimento/envolvimento do juiz com a investigação preliminar e o próprio recebimento da acusação, (muito) mais provável é a frequência com que ele condenará. Toda pessoa procura um equilíbrio do seu sistema cognitivo, uma relação não contraditória. A tese da defesa gera uma relação contraditória com as hipóteses iniciais (acusatórias) e conduz a (molesta) dissonância cognitiva. Como consequência existe o efeito inércia ou perseverança, de autoconfirmação das hipóteses, através da busca seletiva de informações.

Alexandre Morais da Rosa (2017), no mesmo sentido, aduz que:

Pode acontecer, assim, que o julgador já esteja convencido da culpa do acusado e se utilize do momento do interrogatório (CPP, artigo 185 e seguintes) para arrecadar significantes ambíguos capazes de se utilizar em qualquer sentido, especialmente para justificar, dado seu duplo efeito, a culpa pressuposta, na linha do que se denomina fenômeno da dissonância cognitiva.

Notadamente, a partir dessa perspectiva, o sistema da não inclusão do inquérito aos autos do processo, associado ao fato que agora haverá dois juízes analisando a demanda penal, garantirá maior imparcialidade ao magistrado que julgará o caso. Não se trata de criar entraves ao julgamento do réu, e sim de garantir-se uma maior filtragem a erros judiciais de consequências irreversíveis na vida de um indivíduo, basta pesquisar o caso Irmão Naves, considerado um dos erros judiciais mais graves do Brasil, assim como a própria legitimidade do provimento final.

Por derradeiro, deve ser alertado que o dispositivo legal acima citado, parágrafo 3º do art. 3-C do CPP, traz ressalva quanto a essa não inclusão, “ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado”. Isso significa que todas as peças da investigação criminal que não sejam provas irrepetíveis, medidas de obtenção ou antecipação daquelas, ficarão no juízo do Juiz das Garantias, sendo que o julgador do mérito propriamente dito receberá apenas essas excepcionadas pela própria lei.

Trata-se, portanto, de entender esse sistema como uma regra que o próprio legislador excepcionou, sabendo da complexidade de certas circunstâncias que ocorrem durante a persecução penal.

A primeira exceção ao sistema da não inclusão, ou seja, a primeira hipótese que os autos do inquérito policial serão encaminhados ao juízo que efetivamente sentenciará o mérito é aquela em que foram produzidas na fase preliminar provas irrepetíveis, aquelas que podem ser realizadas uma única vez, a exemplo do exame de corpo de delito. A segunda se refere às medidas de obtenção de provas, tratando-se de providências que são utilizadas durante a investigação para se angariar os elementos probatórios, como a interceptação telefônica, quebra do sigilo bancário, entre outras diligências.

No tocante à antecipação de prova, entende-se como provas técnicas aquelas que exigem sua necessária produção naquele momento, por não poderem ser realizadas posteriormente no curso do processo, a exemplo do disposto no art. 225 do CPP, devendo sua produção ser antecipada e submetida ao contraditório jurisdicional (LOPES JR, 2014, p. 324-328).

Assim como dispõe o novo dispositivo legal, alguns atores jurídicos (LOPES JR, 2014) viam essas hipóteses obviamente como uma exceção, mesmo da sua criação:

A nosso juízo, a única forma de valorar na sentença condenatória um ato do inquérito dessa natureza, sem que tenha sido repetido em juízo, é através da produção antecipada, que opera como um instrumento para jurisdicionalizar e conceder-lhe o status de ato de prova. Resumido, a produção antecipada de provas tem sua eficácia condicionada aos requisitos mínimos de jurisdicionalidade, contraditório, possibilidade de defesa e fiel reprodução na fase processual.

O parágrafo 3º, do art. 3º-C do CPP colaborou ainda mais com o reconhecimento material do sistema processual acusatório que agora está positivado neste diploma. O devido processo legal, a garantia do exercício do contraditório e da ampla defesa estão sendo observados, além de se assegurar que seja proferido um provimento final, construído dinamicamente pelas partes durante o processo, com fundamentação sólida, imune a alegações de eventuais vícios.

A esse respeito, Silva e Faria (2016) navegam na análise do princípio do contraditório e defendem fortemente que:

Haverá, então, uma decisão judicial legítima, quando houver uma fundamentação “robusta”, que entra no cerne de cada ponto controvertido exposto pelas partes durante a dinâmica processual. Destaca-se que uma fundamentação superficial, capenga, esvazia o contraditório, haja vista que se pode até cientificar as partes e lhes possibilitar a devida manifestação. Contudo, nesse mesmo procedimento poderá ocorrer uma negativa genérica que maquia a real chance de influência ao Estado-juiz, pois ele pode se autoconvencer ilegitimamente.

Sendo assim, evidencia-se que esse novo dispositivo veio realmente para reforçar a garantia de imparcialidade do julgador, ao mesmo tempo em que irá promover o pleno exercício do contraditório sobre todos os documentos de prova que serão utilizados para o convencimento do juiz da instrução e julgamento. Há de se destacar que o Juiz das Garantias será peça fundamental para controlar a legalidade da investigação criminal e garantir a qualidade e legitimidade daquelas provas que excepcionalmente serão encaminhadas a fase processual propriamente dita.

4. Conclusão

Diante do que foi exposto, percebe-se que o sistema da não inclusão do inquérito policial nos autos do Processo Penal é uma realidade que pode até ser adiada, mas tudo indica que sua efetiva implantação será inevitável.

Em resposta à problemática inserida no início deste trabalho, tem-se que o sistema criado com o advento da Lei 13.964 de 2019 colabora com a persecução penal brasileira na medida em que a adequa ao modelo constitucional de processo

penal, e valoriza institutos que possuem fundamental relevância dentro do sistema de investigação criminal, antes relegados a um segundo plano, a exemplo do inquérito policial.

O objetivo geral proposto restou-se evidenciado, pois se conseguiu entender e balizar os limites do novo sistema, que além de preservar as atividades daqueles que atuam na fase preliminar da persecução penal e corroborar especialmente à salvaguarda dos direitos individuais sujeitos à reserva de jurisdição, garante maior imparcialidade do julgador que proferirá a decisão ao final na fase instrutória. Também foi alcançado o objetivo específico, haja vista que foi constatado que de fato, com a implantação desse sistema, o provimento final, seja condenatório ou absolutório, terá maior legitimidade, vindo de um juiz que não participou da fase pré-processual, e, portanto, menos suscetível a eventuais contaminações oriundas dos atos de investigação.

Tendo sido esclarecido que dentre os Sistemas de Investigação Preliminar existentes, destacam-se o do Juiz Instrutor, o do Promotor Investigador e o Sistema de Investigação Criminal Policial. Notadamente foi demonstrado que o Brasil adota este último, o modelo policial, sendo a investigação criminal, como regra, conduzida por uma autoridade policial.

Nesse contexto, restou nítida a relevância do inquérito policial e seu destaque entre os procedimentos investigatórios admitidos pelo ordenamento, bem como a necessidade de valorizá-lo mais em prol do interesse público. Apesar da divergência existente, e de posicionamentos contemporâneos que aduzem a sua indispensabilidade, tem-se que a adoção do inquérito policial é a regra predominante no cenário fático jurídico criminal, todavia, que ele pode ser excepcionado em hipóteses específicas que a própria ordem jurídica admite.

Diretamente conectado a essas questões, ficou assentado que o Juiz das Garantias veio somar à persecução penal, controlando a legalidade e trazendo maior qualidade aos atos, produzidos na fase preliminar, legitimando tudo o que foi produzido e garantido não só os direitos da vítima, mas também dos investigados e eventualmente acusados.

Por fim, ficou registrado que o duplo juízo, instituído com o sistema da não inclusão do inquérito policial reforça não só a imparcialidade, assim como a independência do juiz que realizará a instrução probatória e julgará o réu na fase do processual.

Portanto, acertou o legislador contemporâneo ao criar os institutos jurídicos que foram referenciados nesse trabalho. É necessário, todavia, que os atuais atores

jurídicos assumam cada um o seu papel na sociedade, fazendo valer efetivamente aquilo que foi preconizado pelos representantes do povo.

5. Referências

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3ª reimpressão. Tradução de: Torrieri Guimarães. São Paulo, Martin Claret Ltda, 2012.

BRASIL. *Código de Processo Penal*, Decreto Lei 3.689 de 3 de outubro de 1941.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Brasília: Senado, 1988.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Inquérito policial é indispensável na persecução penal. *Revista Consultor Jurídico*, 01 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-01/inquerito-policial-indispensavel-persecucao-penal>. Acesso em: 27 jul. 2020.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/porta1web/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_homem.pdf. Acesso em: 27 jul. 2020.

FARIA, André Luiz Chaves Gaspar de Moraes. *Os poderes instrutórios do Juiz no Processo Penal, uma análise a partir do Modelo Constitucional de Processo*. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

GOMES, Abel Fernandes. Juiz das Garantias: inconsistência científica; mera ideologia. Como se só juiz já não fosse garantia. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XIV, n. 51, p. 98-105, out./dez. 2010.

GOMES, Luiz Flávio. O Juiz de (das) Garantias projetado pelo novo Código de Processo Penal. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 7, n. 40, 2010.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR, Aury. Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender imparcialidade do juiz. *Revista Consultor Jurídico*, 11 de julho de 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>. Acesso em: 27 jul. 2020.

LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no Processual Penal*. 6. ed. [rev., atual. e ampl.]. São Paulo: Saraiva, 2014.

MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado: parte geral*, v. 1, 11. ed. [rev., atual. e ampl.]. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

MELLO, Cecília; MORI, Celso Cintra. Juiz das Garantias trará estrita legalidade ao processo penal. *Revista Consultor Jurídico*, 03 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-03/opiniao-juiz-garantias-trara-estrita-legalidade-processo-penal>. Acesso em: 27 jul. 2020.

MENDONÇA, Ricardo Magalhães de. Breves anotações sobre o juiz das garantias. *Boletim dos Procuradores da República*, v. 12, n. 83, p. 26-30, abr. 2011.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. Dissonância cognitiva no interrogatório malicioso: não era pergunta, era cilada. *Revista Consultor Jurídico*, 17 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-17/limite-penal-efeito-dissonancia-cognitiva-interrogatorio-malicioso>. Acesso em: 27 jul. 2020.

SILVA, Wéberon Pereira da Cruz; FARIA, André. Direito na atualidade: uma análise multidisciplinar, v. II, n. 4. In: FREITAS; DINIZ; PEREIRA (org.). *O contraditório entre as partes como limitador constitucional da substitutividade jurisdicional no Processo Penal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SILVA, Wéberon Pereira da Cruz; FARIA, André. Juiz de Garantias em prol de não impunidade: proteção social como efeito de Persecução Penal eficiente. *Ministério Público Federal*. Coletânea de artigos. Temas processuais, prova e persecução patrimonial: coordenação e organização, 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, Wellington Cabral Saraiva. Brasília: v. 6, p. 278-296, 2019.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

•

Mulheres e cárcere: potencialização da vulnerabilidade pela negativa de direitos celetistas

Women and prison: enhancement of vulnerability through the denial of labor rights

JULIANA VIGNOLI CORDEIRO

Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (MG). Ex-Procuradora do Trabalho. Ex-Juíza de Direito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

MARCELA VIGNOLI CORDEIRO BESSA

Advogada com graduação em Direito e formação complementar em Ciências do Estado pela UFMG. Pós-graduada em Direito Público (2020) e em Direitos Humanos (2023). Mestranda em Direito Penal pela Universidade de Buenos Aires (UBA). Membro da Organização Internacional "Every Woman" de combate à violência às mulheres.

Resumo: Este artigo busca evidenciar os efeitos danosos causados pela negativa de direitos celetistas às mulheres presas. Como clássicos Direitos Humanos de segunda geração, tais direitos sociais são fundamentais à vida digna de todos os cidadãos. No tocante às mulheres, é certo que a normativa trabalhista assegura não somente condições adequadas às trabalhadoras, gestantes e mães, mas também a seus filhos. No Brasil, a matéria restou regulada, sobretudo, pela Constituição Federal de 1988, bem como pela Consolidação das Leis do Trabalho. Nesse tocante, ainda que estes documentos não excepcionem a aplicação de direitos trabalhistas às pessoas presas, tal limitação foi construída através de decisões jurisprudenciais. Em suma, o cenário carcerário atual evidencia a determinante contribuição da negativa de direitos à hipervulnerabilização das mulheres presas.

Palavras-chave: Cárcere; Direitos celetistas; Mulheres; Trabalho; Vulnerabilidade.

Abstract: This article seeks to highlight the harmful effects caused by the denial of labor rights to women prisoners. As classic second generation human rights, such social rights are fundamental to the dignified life of all citizens. As far as women are concerned, it is true that the labor legislation ensures not only adequate conditions for female workers, pregnant women and mothers, but also for their children. In Brazil, the matter was regulated, above all, by the Federal Constitution of 1988, as well as by the Consolidation of Labor Laws. In this regard, even though these documents do not except the application

of labor rights to prisoners, such limitation was built through jurisprudential decisions. In short, the current prison scenario shows the decisive contribution of the denial of rights to the hyper vulnerability of women prisoners.

Keywords: *Imprisonment; Labor rights; Women; Work; Vulnerability.*

Sumário: 1. O Trabalho no regramento jurídico brasileiro; 1.1. A relevância da CLT no ordenamento brasileiro; 1.1.1. Direitos celetistas especialmente destinados às mulheres; 2. Inaplicabilidade da CLT à execução penal; 3. A realidade prisional brasileira; 3.1. Mulheres encarceradas e sua particular vulnerabilidade; 4. O regramento laboral da execução penal; 4.1. A potencialização da vulnerabilidade das mulheres pela negativa de direitos trabalhistas; 5. A emergente necessidade de mudança frente aos parâmetros do Estado Democrático de Direito.

1. O trabalho no regramento jurídico brasileiro

O termo “trabalho”, assim como a prestação de serviços em si, foi empregado das mais distintas formas na história mundial, a depender do local, do tempo, da política e dos valores vigentes à época. Sua tutela, no âmbito positivo, encontrou alçada na segunda geração de Direitos Humanos.

No Brasil, a Constituição de 1937 (BRASIL, 1937), promulgada pelo governo de Getúlio Vargas, inaugurou a disciplina de normas trabalhistas em seio constitucional. No entanto, somente com a promulgação da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988) a matéria foi tratada exaustivamente, com o reconhecimento dos direitos trabalhistas como direitos sociais e fundamentais, além do estabelecimento dos valores sociais do trabalho como um dos fundamentos da República Federativa.

Nesse sentido, a proteção dos trabalhadores possui indiscutível assento constitucional, naquela que, desde a primeira hora, foi tida como a “Constituição Cidadã”, conforme se extrai do discurso do então Deputado Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte.

1.1. A relevância da CLT no ordenamento brasileiro

Bem antes de vigentes as garantias aos trabalhadores previstas na Constituição da República de 1988, em 1º de maio de 1943, durante o período do Estado Novo, na forma do estabelecido pelo Decreto-Lei n. 5.452, o Presidente Getúlio

Vargas sancionou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), unificando toda a legislação trabalhista então existente no Brasil.

Ainda hoje, apesar das inúmeras alterações sofridas e das diversas normas esparsas posteriormente editadas, a CLT continua a ser o principal instrumento regulador dos vínculos empregatícios. Importante frisar, no entanto, que suas disposições não são aplicáveis a todos os trabalhadores, mas sim àqueles urbanos ou rurais, contratados por empresas privadas ou admitidos por empresas públicas que adotem o regime celetista.

1.1.1. Direitos celetistas especialmente destinados às mulheres

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) reserva todo um capítulo à proteção do trabalho da mulher, o qual trata da duração, condições, bem como do combate à discriminação (Capítulo III). Acerca dessa normativa, registre-se que, em verdade, a sua maior parte viabiliza, mais diretamente, a tutela à própria maternidade.

Nesse sentido, dentre inúmeras outras previsões, destacam-se a licença maternidade (art. 392, CLT); licença adotante (art. 392-A); o afastamento em caso de aborto natural (art. 395, CLT); os intervalos para amamentação (art. 396, CLT); a estabilidade provisória (art. 10 do ADCT) desde “a confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que no curso do aviso prévio trabalhado ou indenizado” (art. 391-A); o “descanso de 15 (quinze) minutos no mínimo” em caso de prorrogação do horário normal, a ser concedido “antes do início do período extraordinário do trabalho” (art. 384, CLT); o local reservado para amamentação (§ 1º do art. 389, CLT); e a limitação de exigência de “serviço que demande força muscular superior a 20 (vinte) quilos para o trabalho contínuo ou 25 (vinte e cinco) quilos para o trabalho ocasional” (art. 390, CLT, *caput*).

Ademais, nos termos em que anteriormente mencionado, encontra-se presente também a vedação à discriminação (art. 373-A, CLT), inclusive com a proibição de se considerar “o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional” (inciso III).

Lado outro, esclareça-se que, além do disposto neste capítulo específico, há outras normas celetistas voltadas à proteção da mulher no trabalho, como, a título exemplificativo, o dispositivo voltado à prevenção da fadiga (art. 198, CLT).

2. Inaplicabilidade da CLT à execução penal

A Constituição da República de 1988 prevê a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar, dentre outras lides, “as ações oriundas da relação de trabalho”, assim como “outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei” (art. 114, *caput* e inc. IV).

Não obstante, constata-se a existência de situações em que, apesar de envolverem a prestação de trabalho, a elas não se aplica o ordenamento celetista.

Nesse contexto encontra-se o labor prestado durante o cumprimento de pena privativa de liberdade, ao qual, nos termos em que disposto pela Lei de Execução Penal (LEP) (Lei 7.210, de 11 de julho de 1984), não se aplica a legislação celetista, *in verbis*: “O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho”¹.

Importante salientar, nesse tocante, que dita limitação não se refere ao trabalho como pena alternativa (art. 44 do CP), ou seja, ao labor como alternativa à prisão (a saber, a prestação de serviços à comunidade ou às entidades públicas, a qual impõe ao condenado o trabalho gratuito pelo tempo estabelecido pelo juiz).

Trata-se do trabalho visto pela Lei de Execução Penal como forma de ressocialização do preso, o qual, nesse instrumento normativo, é abordado tanto como um direito (art. 41, II, da LEP), como um dever (art. 39, V, da LEP) do apenado.

Em nenhuma situação, contudo, se poderia instituir o trabalho forçado, o qual é expressamente vedado pela Constituição da República (art. 5º, XLVII, c, CR/88).

Igualmente, não obstante a LEP considerar o trabalho do condenado “dever social” e “condição de dignidade humana”, com finalidade não só educativa, mas também “produtiva”, deixa de assegurar, aos encarcerados, não só os direitos previstos na CLT, mas também direitos básicos constitucionalmente garantidos a todos os trabalhadores, urbanos e rurais, no Brasil, como o salário mínimo.

Nesse sentido, frise-se que a LEP estabelece que: “O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo” (art. 29).

Como anteriormente esclarecido, o que se aprecia nesta oportunidade é a prestação de serviços que não decorre diretamente de condenação. Tal remuneração, nos termos estabelecidos pela LEP (art. 29, § 1º), deverá atender, *verbis*:

¹ Lei 7.210/84, artigo 28, § 2º.

- a) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios;
- b) à assistência à família;
- c) a pequenas despesas pessoais;
- d) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores.

Registre-se que tal norma (artigo 29 da LEP) foi contestada judicialmente, ao argumento de que não teria sido recepcionada pela atual Constituição da República (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental [ADPF], n. 336), haja vista a existência de previsão constitucional que assegura, *a todos os trabalhadores*, a percepção do salário mínimo (art. 7º, *caput* e inc. IV), *in verbis*:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...] IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

Não obstante, o entendimento atualmente predominante é o de que não se aplicam a esses trabalhadores – porque em cumprimento de pena – os direitos garantidos aos demais, ainda que constitucionalmente.

Nesse sentido foi o posicionamento do STF, que, por sua maioria, julgou improcedente o pedido na ADPF n. 336², em acórdão de Relatoria do Ministro Luiz Fux.

No referido acórdão, o Relator considerou que o artigo 29 da LEP teria sido recepcionado pela Constituição Federal, tendo em vista as condições peculiares dos trabalhadores presos. Vejamos:

7. A legitimidade da diferenciação entre o trabalho do preso e o dos empregados em geral na política pública de limites mínimos de remuneração é evidenciada pela distinta lógica econômica do labor no sistema executório penal, que pode

² O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Rosa Weber. Plenário, Sessão Virtual de 19.2.2021 a 26.2.2021.

até mesmo ser subsidiado pelo Erário, de modo que o discrimen promove, em vez de violar, o mandamento de isonomia contido no artigo 5º, caput, da Constituição, no seu aspecto material.

8. A autorização legal para a percepção de remuneração inferior ao salário mínimo no trabalho do preso é acompanhada de medidas compensatórias, quais sejam: (i) é fixado um patamar mínimo de três quartos do salário mínimo, percentual razoável para configurar uma justa remuneração pelo trabalho humano, nos termos definidos democraticamente pelo Parlamento; (ii) são impostos ao Estado deveres de prestação material em relação ao interno, a fim de garantir o atendimento de todas as suas carências básicas; e (iii) concede-se ao preso o benefício da remição da pena, na proporção de 1 (um) dia de redução da sanção criminal para cada 3 (três) dias de trabalho.

9. O salário mínimo, na dicção do artigo 7º, IV, da Constituição, visa satisfazer as necessidades vitais básicas do trabalhador e as de sua família “com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”, ao passo que o preso, conforme previsão legal, já deve ter atendidas pelo Estado boa parte das necessidades vitais básicas que o salário mínimo objetiva atender, tais como educação (artigos 17 e seguintes da LEP), alojamento (artigo 88 da LEP), saúde (artigo 14 da LEP), alimentação, vestuário e higiene (artigo 12 da LEP).

No entanto, o embasamento da suposta constitucionalidade do dispositivo legal, considerando que a remuneração dos presos se justificaria pelas “medidas compensatórias” e “necessidades vitais básicas” garantidas pelo Estado, ignora a realidade vigente nas prisões brasileiras.

Por pertinente, transcreva-se um dos votos divergentes, no caso o do Ministro Edson Fachin, o qual suscitou dúvida quanto à compatibilidade do disposto no art. 29 da Lei de Execução Penal com o art. 7º, IV, da Constituição Federal, asseverando:

Reforçando o pedido de vênia, tenho que o sentido da proteção constitucional ao salário mínimo foi o de estabelecer a retribuição mínima para o trabalho, piso-garantia aplicável a todo e qualquer trabalhador. Como garantia fundamental, o texto constitucional prevê aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1, da CRFB), que não pode ser restringida pela legislação inferior. [...]

Noutras palavras, à exceção do art. 142, § 3º, VIII, da CRFB, a garantia estabelecida no art. 7º, IV, da CRFB é ampla, razão pela qual nenhum trabalhador pode ser remunerado em patamar inferior. No caso dos presos, essa garantia é

plenamente aplicável. Em primeiro lugar, apenas os direitos definidos na sentença é que podem ser restringidos pelo juiz (art. 3º, caput, da Lei de Execução Penal), sendo certo que, nos termos do art. 5º, XLVII, “c”, da CRFB, não haverá pena de trabalho forçado. É por isso que estabelece a Lei de Execução que “não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política”.

Em segundo lugar, o trabalho do preso, ainda que com caráter educativo e produtivo, é benefício, não pena. O trabalho do apenado visa precisamente a mitigar uma discriminação que lhe seria possível, em virtude do afastamento do convívio social. Se sua liberdade pode ser restringida pela sentença, sua capacidade laboral, visando a sua integração social futura, não. [...]

Se na prestação de trabalho pelo apenado estiverem presentes todos os elementos de uma relação de emprego, pela realização de um trabalho subordinado com continuidade e pessoalidade, o pagamento deverá ser igual ou superior a um salário mínimo. A norma constitucional, em seu art. 7º, IV, garante a percepção de um salário mínimo por todo o trabalhador. Sendo norma de eficácia plena, implica automaticamente a não recepção da Lei de Execução Penal, que permite a realização de trabalho remunerado pelo apenado em valores inferiores ao mínimo legal, quando está caracterizada a relação de emprego. [...]

Quanto aos demais “benefícios” postos à disposição do preso, em nada servem eles para diminuir o valor de seu trabalho enquanto pessoa, sujeito de direitos. O preso tem direito à assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, nos termos do art. 41, VII, da Lei de Execução, e, mais importante, ele paga o Estado para isso (art. 29, § 1º, “d”, da LEP). A remição também é direito e não se aplica exclusivamente ao trabalho, porquanto a pena também pode ser remida pelo estudo (art. 126 da LEP).

Além disso, quanto a não aplicação da Consolidação das Leis do Trabalho à atividade desempenhada pela pessoa presa, prevista no art. 28, § 2º, da LEP, trata-se de orientação interpretativa que subverte a primazia constitucional. Não é possível, porém, ler a Constituição Federal à luz da legislação. É a Constituição a fonte de validade das demais normas do ordenamento.

Por essas razões, assiste razão jurídica ao requerente, quando demonstra que a distinção remuneratória traduz inconstitucional diferenciação entre trabalhadores (Destacou-se).

3. A realidade prisional brasileira

Segundo apregoa o ordenamento jurídico pátrio, as penas restritivas de liberdade não podem acarretar ao condenado a negação de outros direitos, além daqueles decorrentes da própria decisão judicial.

Ademais, certo é que “Toda a pessoa privada de liberdade será tratada humanamente e com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”, conforme apregoa o artigo décimo do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.

Lado outro, a multicitada Lei de Execução Penal assegura uma extensa lista de garantias ao preso (art. 41). Nesse mesmo sentido, dispõem diversos tratados firmados pelo Brasil, somados às convenções ao qual este aderiu, como o Pacto San José da Costa Rica (Convenção Interamericana de Direitos Humanos - Decreto 678/1992).

Não obstante, a realidade dos presídios brasileiros se distancia diametralmente das proteções normativamente previstas, consoante registrado no Diagnóstico divulgado pelo CNJ, de 2014, o qual indicava déficit de 206.307 vagas em estabelecimentos prisionais brasileiros³.

Dita realidade foi expressamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, em sede da ADPF 347, na qual a situação carcerária brasileira foi declarada estado de coisas inconstitucional pelo Plenário, frente a presença de massiva violação aos Direitos Humanos dos presos, em decorrência de omissão generalizada por parte do poder público. O acórdão⁴ foi ementado como se segue, *in verbis*:

Custodiado – Integridade Física e Moral – Sistema Penitenciário – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – Adequação. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil.

Sistema Penitenciário Nacional – Superlotação Carcerária – Condições Desumanas de Custódia – Violação Massiva de Direitos Fundamentais – Falhas Estruturais – Estado de Coisas Inconstitucional – Configuração. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária,

³ Dados das inspeções nos estabelecimentos penais. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php.

⁴ Data de Publicação: DJE 19.02.2016 - Ata n. 13/2016. DJE n. 31, divulgado em 18.02.2016.

deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.

Fundo Penitenciário Nacional – Verbas – Contingenciamento.

Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional.

Audiência de Custódia – Observância Obrigatória. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão (Destacou-se).

Nesse sentido também se manifestou a Procuradoria Geral da República, em parecer⁵ ementado como a seguir transcrito:

Arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Estado de coisas inconstitucional do Sistema Prisional Brasileiro.* Aditamento à petição inicial para incluir no pedido disposições da Medida Provisória 755/2016. Revogação das normas pela MP 781/2017, convertida na Lei 13.500/2017, com alteração substancial de conteúdo. Prejuízo do Pedido de Aditamento. *Mérito. Violação Massiva e Generalizada de Direitos de Presos.* Falha estrutural dos Poderes Públicos da União, Estados e Distrito Federal. *Ofensa à Dignidade da Pessoa Humana. Desrespeito à Integridade Física e Moral dos Presos. Direito Fundamental de Aplicabilidade Imediata.* Afastamento da cláusula da Reserva do Possível. *Obrigatoriedade de o Estado garantir o mínimo existencial. Possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na implementação de Políticas Públicas, em caso de omissão sistemática dos entes políticos estatais.* Determinação ao Executivo da União, dos Estados e do Distrito Federal de elaboração de planos de ação Nacional, Estaduais e Distrital *para Superação do Quadro de Inconstitucionalidade* (Destacou-se).

Extrai-se ainda do mencionado parecer ministerial:

O caos do sistema prisional brasileiro é fonte permanente de graves violações de direitos fundamentais, fere obrigações internacionais do país e constitui uma das mais críticas deficiências do sistema de segurança pública, com

⁵ Manifestação da PGR datada de 05.09.2019, subscrita pela então Procuradora-Geral da República Raquel Elias Ferreira Dodge.

perversos efeitos criminosos. A despeito das normas constitucionais e da Lei de Execução Penal, é sabido que o sistema prisional brasileiro encontra-se em evidente situação de falência, a ponto de ter sido instaurada Comissão Parlamentar de Inquérito para investigar a realidade carcerária no Brasil⁶, conforme retrata a peça inicial. A maioria dos estabelecimentos penitenciários existentes não atendem as condições mínimas de habitabilidade, salubridade, higiene, segurança e dignidade.

A situação é tão desumana e degradante que alguns autores chegam a comparar as prisões brasileiras a verdadeiros campos de concentração:

A conclusão é que apesar das previsões legais e constitucionais, o sistema carcerário nacional e, seguramente, um campo de torturas físicas e psicológicas. Do ponto de vista psicológico, basta referir as celas superlotadas; a falta de espaço físico; a inexistência de água, luz, material higiênico, banho de sol; a existência de lixo, esgotos, ratos, baratas e porcos misturados com os encarcerados; presos doentes, sem atendimento médico, amontoados em celas imundas, e outras situações descritas nas diligências, fotografadas e filmadas pela CPI.

[...] Boa parte das unidades e comandada por ex-delegados da Polícia Federal, militares da ativa ou reformados, ou ainda por Policiais Militares, levando a militarização do ambiente carcerário. De fato, a maioria dos estabelecimentos penais no Brasil pode ser caracterizada como verdadeiros campos de concentração⁷ (Destacou-se).

Diante desse gravíssimo quadro de violação de direitos dos presos, em indiscutível afronta à sua dignidade, o trabalho certamente mostra-se como uma das poucas ferramentas de ressocialização disponíveis no ambiente carcerário.

Contudo, repise-se que a possibilidade de pagamento de valor inferior ao salário mínimo aos apenados (tema que apresenta dissenso entre os próprios Ministros) ganha especial relevo quando uma das premissas é a de que o Estado supriria as necessidades dos presos, o que não se verifica na realidade fática.

De maneira contrária, constata-se a permanente violação das garantias e direitos que deveriam lhes ser assegurados, inclusive a assistência material, conforme se depreende dos fundamentos exarados em sede da ADPF 347,

⁶ Cf.: https://www.camara.leg.br/sileg/Prop_listaComissao.asp?codComissao=537485. Acesso em: 15 mar. 2019.

⁷ Cf. POZZEBON, Fabricio Dreyer de Avila; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. “Comentário ao art. 5º, XLIX”. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.), *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 417.

bem como dos relatórios de inspeções prisionais divulgados pelo MNPCT⁸ (Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura).

Presídios superlotados, com estruturas inadequadas, muito comumente com condições precárias de higiene e de alimentação, e reiteradas violações à integridade física e psíquica dos condenados, compõem a realidade do país.

3.1. Mulheres encarceradas e sua particular vulnerabilidade

Nesse caótico contexto, encontra-se um grupo particularmente vulnerável: as mulheres encarceradas. Estas que, além de sofrerem com todas as mazelas enfrentadas pelos demais presos, são alvo de uma violência de gênero institucionalizada nas penitenciárias brasileiras.

Uma clara demonstração dessa realidade é a precariedade menstrual, “identificada como a falta de acesso a produtos de higiene e a outros itens necessários ao período da menstruação feminina, ou a falta de recursos que possibilitem a sua aquisição”⁹. Vivenciada pelas figuras femininas nos presídios brasileiros, a falta de acesso a itens de higiene, como absorventes, faz com que as mulheres recorram a objetos como espuma de colchão, miolo de pão e restos de roupas para conter seus sangramentos.

A situação dessas cidadãs chegou a ser mencionada em voto do Relator Ministro Marco Aurélio, por ocasião do julgamento da medida cautelar da ADPF 347/DF, decisão da que se extrai:

Os presídios e delegacias não oferecem, além de espaço, condições salubres mínimas. Segundo relatórios do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, os presídios não possuem instalações adequadas a existência humana. Estruturas hidráulicas, sanitárias e elétricas precárias e celas imundas, sem iluminação e ventilação representam perigo constante e risco a saúde, ante a exposição a agentes causadores de infecções diversas. As áreas de banho e sol dividem o espaço com esgotos abertos, nos quais escorrem urina e fezes. Os presos não tem acesso a água, para banho e hidratação, ou a alimentação de mínima qualidade, que, muitas vezes, chega a eles azeda ou estragada. Em alguns casos, comem com as mãos ou em sacos plásticos. *Também não recebem material de higiene básica, como papel higiênico, escova de dente ou, para as mulheres, absorvente íntimo. A Clínica UERJ Direitos informa que, em cadeia pública feminina em São*

⁸ Disponíveis em: <https://mnpctbrasil.wordpress.com/relatorios/>.

⁹ Art. 2º, Inc. I, Lei 14.214/2021.

Paulo, as detentas utilizam miolos de pão para a contenção do fluxo menstrual (Destacou-se).

Acerca desse tema, destaca-se o veto proferido pelo então Presidente Jair Bolsonaro, posteriormente derrubado pelo Congresso, ao trecho do PL 4.968/2019, que visava garantir o fornecimento gratuito de absorventes também às presas no âmbito do Programa de Proteção e Promoção da Saúde Menstrual. Tal projeto de lei foi consolidado na Lei Ordinária 14.214/2021¹⁰.

Muito além da evidente violação à dignidade dessas mulheres, é certo que essa condição desumana de encarceramento enseja a ocorrência de diversas enfermidades. No mesmo sentido, o acesso insuficiente a métodos contraceptivos acarreta episódios de gravidezes indesejadas e, ainda, de procedimentos abortivos precários realizados nos próprios estabelecimentos prisionais.

Por fim, não se deve ignorar toda a violência sexual experimentada por esse grupo que hoje representa a terceira maior população carcerária feminina de todo o mundo, tendo quadruplicado nos últimos vinte anos¹¹.

A particular situação da mulher encarcerada foi objeto de preocupação do Ministro Ricardo Lewandowski, o qual, enquanto Presidente do CNJ - Conselho Nacional de Justiça, ao fazer a apresentação das Regras de Bangkok¹², muito acertadamente asseverou:

As mulheres em situação de prisão têm demandas e necessidades muito específicas, o que não raro é agravado por históricos de violência familiar e condições como a maternidade, a nacionalidade estrangeira, a perda financeira ou o uso de drogas. Não é possível desprezar, nesse cenário, a distinção dos vínculos e relações familiares estabelecidos pelas mulheres, bem como sua forma de envolvimento com o crime, quando comparados com a população masculina, o que repercute de forma direta as condições de encarceramento a que estão submetidas.

Historicamente, a ótica masculina tem sido tomada como regra para o contexto prisional, com prevalência de serviços e políticas penais direcionados para homens, deixando em segundo plano as diversidades que compreendem a realidade prisional feminina, que se relacionam com sua raça e etnia, idade, deficiência, orientação sexual,

¹⁰ DOU 07/10/21 PÁG 03 COL 01. Vetado parcialmente. (MSC 503/21-PE). Razões do veto: DOU 07/10/21 PÁG 03 COL 02.

¹¹ Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2022/10/brasil-passa-a-russia-e-vira-3o-pais-com-mais-mulheres-presas-no-mundo.shtml>

¹² Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/404>

identidade de gênero, nacionalidade, situação de gestação e maternidade, entre tantas outras nuances. *Há grande deficiência de dados e indicadores sobre o perfil de mulheres em privação de liberdade nos bancos de dados oficiais governamentais, o que contribui para a invisibilidade das necessidades dessas pessoas* (Destacou-se).

4. O regramento laboral da execução penal

O labor é retratado pela LEP como sendo um dever, mas também um direito do condenado, devendo possuir caráter produtivo, bem como educativo. Ordenado pelo capítulo terceiro desse diploma legal, a atividade laboral não conta com um rol de direitos mínimos a serem observados, afastando-se diametralmente do regramento constitucional e legal pátrio.

Nesse sentido, como abordado anteriormente, tem-se que o trabalho do preso (independentemente do regime), não é regido pela CLT, mas somente pela Lei de Execução Penal. Assim, não obstante todos os direitos trabalhistas previstos em lei, assim como os constitucionalmente garantidos, aos detentos somente é assegurado o conteúdo dos poucos dispositivos situados na LEP.

Segundo o voto do Relator da ADPF 336, Ministro Luiz Fux, o trabalho do preso teria natureza e regime jurídico distintos da relação de emprego regida pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Além disso, afirma que as peculiaridades da situação do preso constituiriam prováveis barreiras à sua inserção no mercado de trabalho.

Contudo, dita argumentação contraria expressamente as normas mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos¹³, como a transcrita a seguir: “A organização e os métodos do trabalho nos estabelecimentos prisionais devem aproximar-se tanto quanto possível dos que regem um trabalho semelhante fora do estabelecimento, de modo a preparar os reclusos para as condições de uma vida profissional normal” (ONU, 2017)¹⁴.

Ademais, a supracitada decisão ignora que a garantia de condições dignas de trabalho compõe o mínimo existencial, que deve ser assegurado pelo Estado a todos os seus cidadãos, em máxima atenção ao princípio constitucional da humanidade.

¹³ Adotadas pelo 1º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes, realizado em Genebra, em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social da ONU através da sua resolução 663 C I (XXIV), de 31 de julho de 1957, aditada pela resolução 2076 (LXII) de 13 de maio de 1977.

¹⁴ Regra 99. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf. 20. abr. 2017.

Especificamente em relação às mulheres presas, o que ocorre é que, com o afastamento de toda a proteção das normas celetistas, quer daquelas atinentes aos trabalhadores em geral, quer daquelas especificamente destinadas às trabalhadoras, a situação de vulnerabilidade se agrava ainda mais, com considerável impacto na proteção à maternidade.

Assim sendo, resta evidente que a não aplicação das regras celetistas às relações laborais das pessoas privadas de liberdade atinge as mulheres de maneira mais agravada. Isso, pois, o seu encarceramento, que já se faz muito mais gravoso, como exposto, ainda possibilita que sejam particularmente afetadas em seu período gestacional e de pós-parto.

4.1. A potencialização da vulnerabilidade das mulheres pela negativa de direitos trabalhistas

Inicialmente, esclareça-se que, de acordo com dados de junho de 2014 (INFOPEN, 2014)¹⁵, o Brasil já contava, à época, com uma população prisional de 607.731 pessoas (considerados o Sistema Penitenciário, as Secretarias de Segurança e as carceragens de delegacias). Deste total, 37.380 eram mulheres e 542.401 homens. Ocorre que, no período de 2000 a 2014, houve aumento da população carcerária feminina na ordem de 567,4%, enquanto o crescimento carcerário masculino, no mesmo período, foi de 220,2%, refletindo, assim, a curva ascendente do encarceramento em massa de mulheres.

Tal situação agrava ainda mais o fato de que as prisões se encontram situadas no contexto de desigualdade enfrentado pelas mulheres na sociedade brasileira como um todo, no qual as mazelas sociais incidem de maneira ainda mais acentuada, em clara representação da interseccionalidade vigente.

As cidadãs brasileiras, que já enfrentam um cenário de desvalorização e de discriminação no mercado de trabalho, defrontam-se com a recusa de diversos direitos – inclusive constitucionalmente garantidos – obstando qualquer tentativa de alcançar uma igualdade material de condições laborais.

Para além dos efeitos sofridos por mulheres privadas de liberdade, a negativa de direitos como licença maternidade e intervalos para amamentação, a título de exemplo, acarretam efeitos desastrosos à maternidade e, por óbvio, aos seus

¹⁵ Dados publicados em 2015 no “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN Mulheres – Junho de 2014”.

filhos, em clara violação ao Princípio da Intranscendência da Pena (ou Princípio da Transcendência Mínima)¹⁶, o qual possui assento constitucional (art. 5º, XLV), estabelecendo que: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado [...]”.

No caso das figuras femininas encarceradas, certo é que a transcendência da pena assume uma dimensão ainda mais crítica, privando o contato da criança com a sua mãe durante o período laboral, ainda que em período de aleitamento, para além de outras tantas negativas de direitos.

Acerca do tema, destaca-se que a convivência familiar entre a mãe e seus filhos é garantida também durante o cumprimento da execução penal, conforme apregoam os dispositivos da LEP:

Art. 83. [...] Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade.

Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

No entanto, inexistente qualquer dispositivo que garanta referida convivência durante o período laboral da execução penal, trazendo óbice à sua concretização.

No mesmo sentido, a mínima remuneração do trabalho durante o cumprimento de pena também acarreta a extensão dos seus efeitos. Acerca do tema, discorre o Defensor Público Rodrigo Roig¹⁷:

É importante ressaltar que o não pagamento (ou pagamento irregular) da remuneração devida é medida atentatória, além da humanidade, ao princípio da intranscendência (transcendência mínima) da pena, pois retira da família do condenado a possibilidade de receber assistência deste, além de prejudicar eventual ressarcimento ao Estado ou mesmo indenização dos danos causados pelo crime.

¹⁶ Conforme aponta o Defensor Público Rodrigo Duque Roig, “não existe intranscendência dos efeitos penais, vez que a pena criminal, de algum modo, sempre afeta outras pessoas. Por essa razão, dá-se a ele o nome de Princípio da Transcendência Mínima”.

¹⁷ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Execução penal: teoria crítica [livro eletrônico]. 2. ed. Capítulo 7. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

Neste sentido, a negativa de direitos trabalhistas às mulheres privadas de liberdade acarreta a transcendência dos efeitos da pena, de maneira significativa, aos familiares, e em especial, aos seus filhos.

Em suma, resta claro que o atual contexto carcerário brasileiro representa expressa violação das Regras de Bangkok (ONU, 2016)¹⁸, que dispõem expressamente sobre a necessidade de observância das condições particulares de gênero durante o cumprimento das atividades laborais:

Regra 42 1. Mulheres presas deverão ter acesso a um programa amplo e equilibrado de atividades que considerem as necessidades específicas de gênero. 2. O regime prisional deverá ser flexível o suficiente para atender às necessidades de mulheres gestantes, lactantes e mulheres com filhos/as. Nas prisões serão oferecidos serviços e instalações para o cuidado das crianças a fim de possibilitar às presas a participação em atividades prisionais. 3. Haverá especial empenho na elaboração de programas apropriados para mulheres gestantes, lactantes e com filhos/as na prisão. 4. Haverá especial empenho na prestação de serviços adequados para presas que necessitem de apoio psicológico, especialmente aquelas que tenham sido submetidas a abusos físicos, mentais ou sexuais.

5. A emergente necessidade de mudança frente aos parâmetros do Estado Democrático de Direito

Destarte, não restam dúvidas sobre os efeitos extremamente danosos do regime laboral atual vigente nas prisões, que não somente reforça a criticável ideologia de *less eligibility*¹⁹, mas também corrobora com a desigualdade de gênero e prejudica milhares de crianças e adolescentes dependentes dessas mulheres.

Por sua vez, a privação da convivência familiar durante o período laboral, a esses jovens, representa, além de afronta direta à doutrina da máxima prioridade

¹⁸ Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/404>.

¹⁹ “Princípio da *less eligibility* (introduzido em 1834, na Inglaterra, pelo *Poor Law Amendment Act*), segundo o qual as condições de trabalho e disciplina nas Casas de Correção (*Workhouses*) não podiam ser tão atrativas quanto o pior emprego possível fora desses estabelecimentos. Buscava-se, com isso, mostrar à classe trabalhadora que a opção pelo encarceramento nas Casas de Correção teria que ser a “menos elegível”. O princípio também existiu para evitar que as pessoas se compadecessem com as condições dos trabalhadores livres pobres e, assim, clamassem por melhor tratamento a eles.” “Inicialmente relacionado com as condições de disciplina e trabalho nas *Workhouses*, o princípio da *less eligibility* foi ao longo do tempo desvirtuado para legitimar o discurso punitivista de que o tratamento das pessoas presas deve ser necessariamente pior do que as condições de vida da classe trabalhadora em meio livre.” (ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Execução penal: teoria crítica [livro eletrônico]. 2. ed. Capítulo 7. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. Capítulo 1.3.)

instituída pelo ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), a perpetuação, por gerações, de efeitos danosos do cárcere, por aqueles que sequer praticaram qualquer delito.

Assim, é certo que, se almejamos construir um país democrático, igualitário, inclusivo e justo, a legislação atual deve ser revista, com imprescindível respeito à dignidade de todos, evitando-se a perpetuação – ou o agravamento – das desigualdades através da dupla penalização aplicada a essas mulheres trabalhadoras e às suas famílias.

Em suma, deve-se garantir a observância de direitos trabalhistas àquelas pessoas submetidas à Lei de Execução Penal, em consonância com os ditames constitucionais e os diplomas de Direitos Humanos já incorporados pelo Brasil. Ademais, deve-se considerar a especial vulnerabilidade existente nas mulheres encarceradas, assegurando-lhes a garantia integral de direitos celetistas, a partir de uma análise interseccional.

6. Referência

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 set. 2023.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. *Lei de Execuções Penais*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 5 mai. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 5 mai. 2023.

BRASIL. Lei nº 14.214, de 6 de outubro de 2021. *Institui o Programa de Proteção e Promoção da Saúde Menstrual*. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.214-de-6-de-outubro-de-2021-350926301>. Acesso em: 5 mai. 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. Infopen Mulheres. 2. ed. Brasília, 2018. p. 78. Disponível em: https://conectas.org/wp-content/uploads/2018/05/infopenmulheres_arte_07-03-18-1.pdf. Acesso em: 5 mai. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 336/DF. Relator: Luiz Fux. Reqte.: Procurador-Geral da República. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755794450>. Acesso em: 5 mai. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Reqte.: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 5 mai. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Dados das inspeções nos estabelecimentos penais*. Relatório Mensal do Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais (CNIEP) Disponível em: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php Acesso em: 5 mai. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Regras de Bangkok: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras*. Brasília: CNJ, 2016. p. 43. (Tratados Internacionais de Direitos Humanos).

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública* 2018-2021. Especial Eleições 2022. p. 256. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/07/anuario-2022-ed-especial.pdf> Acesso em: 5 mai. 2023.

MECANISMO NACIONAL DE PREVENÇÃO E COMBATE À TORTURA (MNPCT). Relatórios. Disponíveis em: <https://mnpctbrasil.wordpress.com/relatorios/> Acesso em: 5 mai. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Regras de Bangkok: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras*. Brasília: CNJ, 2016. p. 43. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/404> Acesso em: 5 mai. 2023.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. *População carcerária volta a aumentar, mas déficit de vagas diminui*. Anuário de Segurança Pública. São Paulo, 12 jul. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-10/populacao-carceraria-volta-aumentar-deficit-vagas-cai#:~:text=Al%C3%A9m%20do%20aumento%20nacional%20absoluto,n%C3%BAmero%20era%20de%20349%2C8> Acesso em: 5 mai. 2023.

ROIG, R. D. E. *Execução penal: teoria crítica*. [livro eletrônico 2. ed.] 6.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. 476 p.

UNODC. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. *Regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de reclusos*. ONU, 2015. Secção de Justiça, Divisão para as Operações. p. 40. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf Acesso em: 5 mai. 2023.

Arbitragem como meio de resolução de conflitos que envolvam partes em situação de assimetria

Arbitration as a mean of resolving conflicts involving parties in asymmetric situations

MÁRCIO MELO FRANCO JÚNIOR

Doutorando em Direito Processual pela Universidade de Coimbra. Mestre em Direito Processual e Especialista em Filosofia Contemporânea pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Defensor público federal em Belo Horizonte/MG.

DIEGO DE OLIVEIRA SILVA

Doutor em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Mestre em Direito Ambiental e Sustentabilidade pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Especialista em Direito Ambiental pelo Centro de Atualização em Direito (CAD). Membro do Núcleo Jurídico de Políticas Públicas (NUJUP) da PUC Minas. Bolsista do Departamento Alemão de Intercâmbio Acadêmico (DAAD). Defensor público federal em Belém/PA.

Resumo: O presente trabalho acadêmico tem por objetivo enfrentar o seguinte problema: sob que circunstâncias pode a arbitragem ser considerada um meio adequado de resolução de conflitos que envolvam partes em situação de assimetria (se é que há circunstâncias tais)? No percurso até aquilo que se apresentou como solução hipotética, veiculou-se, primeiramente, um histórico da preocupação com o desequilíbrio das “possibilidades das partes”. Depois, tentou-se esclarecer que características do procedimento arbitral o tornam merecedor de uma particular atenção, quando se está diante de demanda envolvendo partes em situação de assimetria. Em seguida, apurou-se a compatibilidade entre o processo arbitral e as teorias do processo e do procedimento. Finalmente, apresentou-se, embora de maneira muito breve, um panorama dos modos de restabelecimento do equilíbrio entre as partes.

Palavras-chave: Arbitragem; Desigualdade; Processo e procedimento.

Abstract: This academic paper aims to address the following problem: under what circumstances can arbitration be considered an appropriate means of dispute resolution involving parties in asymmetric situation (if such circumstances exist at all)? On the way to what was presented as a hypothetical solution,

we first conveyed a history of the concern with the imbalance of the “possibilities of the parties”. Then, we tried to clarify which characteristics of the arbitration procedure make it worthy of particular attention, when one is facing a claim involving parties in an asymmetric situation. After that, the compatibility between the arbitral process and the theories of process and procedure was ascertained. Finally, we addressed, although very briefly, an overview of the ways of restoring the balance between parties.

Keywords: *Arbitration; Inequality; Process and procedure.*

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais: a preocupação com a “possibilidade das partes”; 2. Arbitragem: esclarecimento teórico do instituto e apontamentos críticos; 3. Arbitragem à luz das teorias do processo e do procedimento; 4. Situações de assimetria e formas de restabelecimento do equilíbrio; 5. Conclusão; 6. Referências.

1. Considerações iniciais: a preocupação com a “possibilidade” das partes

Não é recente a preocupação acadêmica com as consequências da desigualdade das partes quando há entre elas uma disputa, ou uma divergência a respeito de uma questão que reclame decisão. Esse tema foi objeto de estudo no “Projeto Florença de Acesso à Justiça”, iniciado em 1973 e concluído em 1978, e que foi possivelmente o maior projeto de pesquisa sobre o tema do acesso à justiça já desenvolvido na história.

Sob a coordenação de Mauro Cappelletti e financiado pela Fundação Ford (e também pelo Conselho Italiano de Pesquisa – “CNR - *Consiglio Nazionale delle Ricerche*” –, e pelo Ministério da Educação da Itália), envolveu pesquisadores de 23 (CAPPELLETTI, 1978, p. 181-182) países e foi apresentado com o propósito explícito de comparar as normas existentes nos vários ordenamentos e de sugerir modificações para que fossem solucionados os problemas que impediam que as pessoas pudessem reivindicar seus direitos ou resolver seus litígios valendo-se de instituições (GALANTER, 2010, p. 115-116) que fossem acessíveis a todos (CAPPELLETTI, 1988).

Entre os vários obstáculos identificados, estava um conjunto de problemas que foi agrupado sob a expressão (de autoria de Marc Galanter) “possibilidades das partes”, que repousa sob a “noção de que algumas espécies de litigantes [...] gozam de uma gama de vantagens estratégicas” (CAPPELLETTI; GARTH, 1978, p. 21). Sob esse tópico, foram estudadas as consequências advindas de uma desigualdade financeira entre as partes, circunstância que interfere na capacidade

de arcar com custas, pagar por assistência técnica ou jurídica, suportar a demora do procedimento e, de um modo geral, postular com mais qualidade. Estudou-se também a aptidão das partes para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa, tema que diz respeito a diferenças de educação, meio e status social. Finalmente, estudou-se a questão dos “litigantes eventuais” (*repeat-players*, ou RPs) e “habituais” (*one-shotters*, ou OSs), distinção que se baseia na frequência de encontros que determinada pessoa ou organização tem com o sistema judicial: indivíduos costumam ter contatos isolados e pouco frequentes com esse sistema, ao passo que entidades desenvolvidas costumam ter experiência judicial mais extensa. Em geral (GALANTER, 1974, p. 103), os *repeat-players* estão também em posição de vantagem organizacional e financeira, e têm mais aptidão para reconhecer um direito e instaurar ação, ou defender-se. Não há, contudo, uma equivalência entre essas categorias de vantagens, podendo ocorrer, por exemplo, que a parte financeiramente forte seja um *one-shooter*.

Galanter conjecturou que os litigantes habituais (*repeat-players*) teriam, quando litigassem em face dos eventuais (*one-shotters*), vantagens que incluiriam: (a) capacidade de planejar melhor o litígio; (b) possibilidade de fazer economia de escala; (c) oportunidade de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora; (d) meios para diluir o risco da demanda por maior número de casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros (GALANTER, 1975, p. 347). São frequentemente os *repeat-players* que (e) têm acesso a especialistas na matéria. Podem eles, ainda, (f) agir visando à alteração das normas que regem a própria disputa, tanto no âmbito político, com o uso de métodos como *lobbying*, quanto pelo desenvolvimento de uma política de acordos: são eles, afinal, que redigem os contratos de adesão (GALANTER, 1974, p. 98-100).

Vê-se que, segundo esse critério de distinção, a assimetria não decorreria diretamente do objeto de uma relação de “direito material”, como o fornecimento de determinado produto ou serviço a um consumidor (situação em que o fornecedor geralmente assume a posição de vantagem pela familiaridade com o produto ou serviço oferecido), mas da intimidade de uma das partes com o “estar em juízo”. Essa intimidade impactaria, contudo, o próprio momento da contratação, se às partes fosse dado estabelecer, já ali, as normas procedimentais que regulariam eventual demanda decorrente do contrato, ou ainda se lhes fosse assegurado o direito de convencionar sobre foro competente, prova, ou, de um modo geral, sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. Estaria aí aberta

a possibilidade de os *repeat-players*, fazendo uso de sua experiência acumulada, pactuarem cláusulas que lhes fossem vantajosas, ou mesmo estabelecerem imposições em contratos de adesão.

As reformas levadas a cabo nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo para fazer frente às diversas barreiras ao acesso à justiça, entre as quais essa multiplicidade de fatores relacionados às possibilidades das partes, ensejaram aquilo que Cappelletti e Garth denominaram “ondas” de acesso à justiça (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 31-73). Galanter (1974, p. 135-148) revelava a expectativa de que essas ondas de reformas gerassem, ao possibilitar a redução dos custos e do tempo de tramitação das demandas (pelo aumento da capacidade de atendimento das instituições decisórias), a redução de custos com a contratação de assistência jurídica (e, conseqüentemente, a eliminação da vantagem da *expertise* de uma das partes) e a organização dos *one-shotters* (pela constituição de associações, ou pela criação de instituições de defesa de direitos difusos), uma redução das diferenças entre as partes. Especificamente em relação à organização dos litigantes eventuais, dizia que seriam criadas situações em que “ambas as partes [*one-shotters* organizados e os *repeat-players* em face dos quais litigam] estariam aptas a perseguir interesses de longo prazo nas arenas de litigância” (GALANTER, 1974, p. 144), passando aqueles, portanto, a atuar também como litigantes habituais.

O pesquisador assinalou que, quando partes organizadas têm de lidar uma com a outra com certa frequência, é esperado que desenvolvam sistemas privados de resolução de conflitos. Isso, contudo, nem sempre ocorreria, pois haveria situações em que a organização dos *one-shotters* seria difícil (por exemplo, em razão do alto custo para se estabelecer uma organização, que não seria compensado pelo benefício esperado, ou ainda em razão de as partes mudarem de lado na controvérsia, com o decorrer do tempo – por exemplo, a posição intercambiável de comprador e de vendedor de imóveis, ou de motorista ou vítima de acidente). Nesses casos, haveria recurso às cortes estatais – aplicação da lei, em vez de solução privada.

Ele esperava, fosse qual fosse a direção preponderante do movimento (pela privatização das resoluções de conflito ou pela “legalização das soluções”), que houvesse uma alteração da “distribuição do poder”. “RPs não mais seriam capazes de exercer suas vantagens estratégicas para invocar a aplicação seletiva de regras favoráveis, ou para blindar-se (pelo custo ou pela sobrecarga) onde as regras favorecessem seus oponentes” (GALANTER, 1974, p. 144-146).

Décadas mais tarde, em uma introdução à tradução francesa do artigo “*Why the ‘Haves’ Come out Ahead*”, Galanter manifestou-se a respeito do prognóstico que formulara. Afirmou que a criação de direitos e a elevação dos padrões de proteção e de acesso às partes menos favorecidas foi uma das maiores criações do século XX. Não obstante, destacou que, a partir de meados da década de 1970, parte da elite americana e do *establishment* passou a criticar o “excesso de direitos” que o movimento de acesso à justiça teria gerado. “Durante os últimos trinta anos”, afirmou, “temos assistido a uma efusão de críticas contra as regras e mecanismos que proporcionaram alavancagem às pessoas desfavorecidas”¹ (GALANTER, 2013, p. 565). Disse que as campanhas contra essas regras podem ser consideradas bem-sucedidas:

Basta ver o apoio entusiástico do Supremo Tribunal às cláusulas de arbitragem (mesmo aquelas escondidas em embalagens bem fechadas) que contornam as proteções legais e jurisprudenciais dos consumidores. A procura de fóruns alternativos baratos e acessíveis que surgiu durante o movimento do acesso ao direito tornou-se assim um modelo para limitar o acesso (GALANTER, 2013, p. 565)².

Antes de abordar os problemas atinentes às cláusulas de arbitragem, registre-se que as reverberações dessas ondas de acesso (e das limitações que as resistências estabeleceram ao seu êxito) se fazem sentir, ainda, em alterações normativas recentes. É o caso do regramento das convenções processuais introduzido no Código de Processo Civil (CPC) brasileiro de 2015.

O art. 190 do CPC³ admite a convenção processual, podendo as partes estipular procedimento e convencionar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, desde que o processo trate de direitos que admitam autocomposição. Em seu parágrafo único, todavia, diz que o juiz recusará aplicação em caso de

¹ “*Depuis une trentaine d’années, on assiste donc à un déferlement de critiques contre les règles et les mécanismes qui ont pourtant constitué des leviers pour les personnes défavorisées*” (GALANTER, Marc. *Pourquoi les mêmes gardent l’avantage ? Introduction à la traduction française*. Revue Droit et Société, 2013/3, n. 85, p. 559-574, p. 565) Tradução livre.

² “*Qu’il suffise en effet de regarder le soutien enthousiaste de la Cour suprême aux clauses d’arbitrage (même celles qui sont cachées dans des emballages bien scellés) qui contournent les protections législatives et jurisprudentielles des consommateurs. La revendication de forums alternatifs, peu coûteux et accessibles, qui avait émergé pendant la période du mouvement pour l’accès au droit est ainsi devenue un modèle pour en limiter l’accès*” (GALANTER. *Pourquoi...*, p. 565) Tradução livre.

³ “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.”

nulidade ou de (a) inserção abusiva em contrato de adesão, ou ainda (b) se uma parte estiver em manifesta situação de vulnerabilidade.

Avaliemos a hipótese (a), dos contratos de adesão. Conquanto tenha inventado a noção dos “contratos de adesão” em 1911, para referir-se a contratos que não eram negociados, mas fruto da vontade unilateral da parte mais forte, Saleilles, de acordo com Halpérin, “[e]m momento algum propõe a revisão desses contratos para reequilibrar as prestações em benefício da parte mais fraca” (HALPÉRIN, 2021, p. 387). Essa possibilidade de revisão começa a surgir (mesmo na França) (HALPÉRIN, 2021, p. 395-397), décadas mais tarde, já num contexto de reformas do direito civil para proteção de vulneráveis e consumidores, quase que concomitantemente com a sistematização das medidas de acesso à justiça.

Nuno Oliveira destaca que “entre o autor e o destinatário das cláusulas contratuais gerais há *sempre* (alguma) *assimetria informacional* e *quase sempre* (alguma) *assimetria econômica*”. Com efeito, além de conhecer as cláusulas (tanto que as escolheu), seu autor usa-as em sua estratégia econômica de longo prazo, em sua relação com uma pluralidade de contratantes (OLIVEIRA, 2012, p. 243). Oliveira assinala que, em face de assimetria contratual e possibilidade de controle judicial de suas cláusulas, há sete modelos normativos possíveis: (1) o *‘no particular problem’ model*, que propugna pela “reabilitação” de um paradigma formal-liberal do direito dos contratos; (2) um modelo que preconiza que deve haver “princípios e regras” possibilitando o controle das cláusulas abusivas do contrato nas regras gerais do direito dos contratos; (3) um modelo que preconiza que esses princípios e regras sobre cláusulas abusivas devem integrar o direito do consumo – o controle dirigir-se-ia a todos os contratos (*“ratione materiae”*), tenha sido ou não, seu conteúdo, “objecto de negociação individual”, mas, *ratione personae*, somente aos contratos “concluídos entre profissionais e consumidores”; (4) um modelo que possibilitaria o controle das “cláusulas contratuais gerais”, de modo a compensar a dupla assimetria (informacional e econômica); (5) um modelo que possibilita o controle das cláusulas contratuais gerais, mas somente nas hipóteses de relações de consumo; (6) um modelo que possibilita “o controle de cláusulas abusivas” em “todos os contratos de adesão”; e (7) um modelo que possibilita o controle de cláusulas abusivas nos contratos de adesão oriundos de relações de consumo (OLIVEIRA, 2012, p. 243).

As normas de proteção de contratantes em situação de assimetria, no ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, enquadram-se, ora em um, ora em outro desses modelos. Há, com efeito, normas gerais de proteção contra cláusulas

abusivas (proteção contra contratação em estado de perigo, por exemplo), normas de proteção contratual *ratione personae* (ex., protegendo empregados ou consumidores), bem como normas que limitam os contratos de adesão. Quanto a estes, o art. 423 do Código Civil brasileiro estabelece que, havendo contradição ou ambiguidade, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente, e o art. 424 sanciona com nulidade as cláusulas que estipulem renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

No que diz respeito àquilo que está estabelecido no art. 190, CPC, Alisson Martins ressalta que nem toda convenção processual contida em contrato de adesão implicará nulidade, ainda que se dê em benefício do proponente, desde que não viole o “princípio da boa-fé objetiva”, nem acarrete “desequilíbrio manifesto”, com “exagerado ônus” (MARTINS, 2019, p. 331-335). Vê-se que a difícil tentativa de se elucidar a enigmática alusão normativa à “inserção abusiva” acaba por resultar na adoção de outras expressões tópico-retóricas (a indemarcada “boa-fé”, o desequilíbrio “manifesto” e o ônus “exagerado”) (VIEHWEG, 2008). Martins assinala também que, no mercado de consumo, a abusividade da cláusula pode se revelar pela frustração de acesso ao Judiciário (por exemplo, pela adoção do *solve et repete*), ou “a partir da inexistência de alternativa para acesso a determinado produto ou serviço”. Enfim, reputa ser possível o reconhecimento da abusividade da convenção processual sempre que ela potencialize “situação de desequilíbrio processual” (MARTINS, 2019, p. 333-334).

No que diz respeito à (b) “manifesta situação de vulnerabilidade”, Martins assevera que deve haver, para que seja possível o afastamento da convenção processual, uma desigualdade tal que seja “grave o bastante para subjugar a vontade da parte mais débil ao poder opressor da parte mais forte”. Afirma que a vulnerabilidade é “situação relacional”, ou seja, alguém é vulnerável em face de outrem. No entanto, esclarece, a lei “pode estabelecer presunção de vulnerabilidade” – e o faz, em relação aos incapazes, aos empregados, aos consumidores, às “pessoas em situação de violência doméstica e familiar”. Em suma, diz, “o direito brasileiro, seguindo a tendência mundial, foi palco de uma profusão legislativa fomentando proteção específica a determinados grupos em posição de inferioridade”.

Perquirindo se a vulnerabilidade de que trata o art. 190, parágrafo único, CPC, estaria limitada a essas situações de proteção estabelecidas pelos diplomas de direito material, ou se, ao invés, poderia comportar “sentido próprio”, a partir de outras circunstâncias que fossem detectadas no “caso concreto”, Martins propugna

a adoção deste segundo critério. Ressalta, no entanto, que as vulnerabilidades reconhecidas pelo legislador atuariam como indiciárias da vulnerabilidade de que trata o indigitado art. 190, parágrafo único. Na análise da aplicabilidade da convenção processual, deverá ser analisado se o conveniente “tinha informações necessárias sobre o conteúdo e os efeitos do ajuste, se o resultado acordado coloca o conveniente em situação exagerada de dificuldade na defesa de seus interesses em juízo” e também se atende à boa-fé objetiva (MARTINS, 2019, p. 321-331).

Os problemas gerados pelas situações de assimetria podem ser percebidos, como se viu, qualquer que seja o âmbito a que seja levada a controvérsia, e especialmente se as partes puderem convencionar sobre as normas que regerão o procedimento de resolução das disputas.

Por que, então, pesquisar as consequências dessas situações de assimetria especificamente no âmbito da arbitragem? Quais as características da arbitragem que a fazem merecer um olhar mais detido, quando se tem uma disparidade entre as partes?

2. Arbitragem – esclarecimento teórico do instituto e apontamentos críticos

Nos manuais dedicados à arbitragem, é frequente que se inicie o tema pela apresentação do *conceito* e da *natureza jurídica* do instituto (BARROCAS, 2013, p. 33-47), muito embora Barrocas advirta que “o interesse prático” das teses sobre a natureza jurídica da arbitragem “é hoje muito limitado” (BARROCAS, 2013, p. 44). Algumas considerações de cunho metodológico devem ser formuladas, entretanto. A primeira, é que (a) se deve rejeitar o essencialismo metodológico (POPPER, 1998, p. 45), *i.e.*, a teoria de que o papel da ciência é descrever “a verdadeira natureza das coisas”, explicitar essências por meio de definições. Contrapõe-se, ao essencialismo, o nominalismo metodológico, que considera as palavras como meros rótulos, instrumentos da linguagem humana em sua tarefa de organizar o conhecimento científico. A distinção entre esses dois modelos tem grande relevância quando se está a tratar de instituições jurídicas, que são criações humanas: um nominalista metodológico não se interessaria pela pergunta “o que é o Estado?”, mas pela explicitação das várias teorias do Estado e pela conjectura das consequências da adoção de cada uma delas. Mais importante, por isso, que investigar a arbitragem, é investigar *qual* arbitragem. Decorrem dessa opção metodológica as seguintes outras considerações: (b) deve-se evitar, sempre que

possível, discutir o significado das palavras; e (c) o grau de definição atribuído a termos deve-se limitar ao mínimo exigido pela situação de problema (POPPER, 1999, p. 284).

Quando se indaga, portanto, *quais características da arbitragem a tornam particularmente problemática para a resolução de disputas em que há uma disparidade entre as partes*, é preciso ter em conta que o rótulo *arbitragem* pode ser aplicado a instituições díspares, a várias diferentes configurações normativas. A arbitragem terá a configuração que as normas lhe derem. Afirme-se desde logo: via de regra, ocorrendo a situação de problema que é objeto deste estudo – ou seja, havendo assimetria entre as partes –, a arbitragem será tão mais problemática quanto maior for a possibilidade de uma das partes impor à outra as normas que irão reger a resolução da disputa, o que ocorrerá em maior medida quando maior for a capacidade de autorregramento.

Via de regra, mas nem sempre. Afirmar que a arbitragem é mais ou menos problemática depende também de se perquirir se há alternativa viável a ela (PAULSSON, 2013, p. 3). Eis o que diz Paulsson:

Estados individuais poderiam – a depender de suas atitudes em face da justiça privada – encorajar, tolerar, desencorajar, ou proscrever a arbitragem. Poderíamos viver sem arbitragem. Mas se a arbitragem internacional desaparecesse, o intercâmbio econômico ver-se-ia diante de um vácuo legal (PAULSSON, 2013, p. 174).

Assim, apesar da amplíssima adaptabilidade (KALDERIMIS, 2018, p. 533-555) da arbitragem internacional (incluindo arbitragem entre investidor e Estado, a arbitragem de disputas entre Estados e a arbitragem comercial internacional), a criação ou aplicação de um sistema alternativo de resolução de disputas seria tão ou mais problemática. Com efeito, a despeito de ser tratada como meio *alternativo* de resolução de litígios – querendo-se, com isso, significar que a arbitragem integra um conjunto de alternativas à jurisdição estatal, que seria, portanto, o meio principal, ou habitual, de solução de controvérsias –, “a arbitragem transnacional”, aquela que “coloca problemas de determinação do estatuto da arbitragem quando o objeto do litígio ou a própria arbitragem apresentam laços juridicamente relevantes com mais de um Estado”, “constitui o modo normal de resolução de diferendos no comércio internacional”,

estimando-se que “cerca de 90% dos contratos do comércio internacional contêm cláusulas arbitrais” (PINHEIRO, 2005, p. 23; 27-28).

A arbitragem internacional instaura-se fora dos contextos normativos das partes em disputa – e precisamente daí vem seu atrativo: pode-se recorrer a ela em “disputas delicadas”; tem ela flexibilidade e adaptabilidade. Sua legitimidade “não provém de um sistema jurídico em que esteja inserida, mas de um acordo entre as partes” (KALDERIMIS, 2018, p. 17-18). Essa adaptabilidade tem um preço: é possível que, por meio de um acordo, se abra mão da sistematização por um ordenamento jurídico exuberante, que forneça de modo detalhado orientações decisórias; diante de uma situação de assimetria entre as partes, pode não haver socorro (no seguinte sentido) – nenhuma alternativa à arbitragem, nenhum ordenamento que a vede, a limite ou a controle.

Isso, obviamente, em situações extremas. Há, em regra, remissão às normas do ordenamento jurídico de determinado Estado, ou às normas de dado tribunal arbitral, na arbitragem institucionalizada. Há também a possibilidade de controle da sentença arbitral no Estado em que ela tenha que ser reconhecida e executada.

A esse respeito, o artigo V da Convenção sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, feita em Nova York, em 10 de junho de 1958, de que são partes 169 países⁴, veicula as hipóteses de indeferimento do pedido de reconhecimento e execução: a) incapacidade de partes (quer se trate de pessoa física ou de pessoa coletiva), a ser aferida no momento da celebração da convenção e segundo a lei a elas aplicável (o que significa que a questão não será resolvida pela lei material do foro do reconhecimento, mas pela lei que esse foro reconhece como aplicável para reger a capacidade das pessoas – ex., se o reconhecimento da sentença “for pedido em Portugal, a capacidade das pessoas singulares” será “regida pela lei de sua nacionalidade”, conforme arts. 25 e 31 do Código Civil português, e “a das pessoas coletivas pela lei da sede principal e efetiva de sua administração”, conforme artigo 33º do Código Civil português e 3º, n. 1, do Código das Sociedades Comerciais); b) invalidade da convenção de arbitragem, esta aferida “de acordo com a lei a que as partes se submeteram (expressa ou tacitamente) ou, na falta dessa indicação, com a lei do país em que a sentença foi proferida”; c) “violação de princípios fundamentais do processo arbitral”, seja em razão da ausência de comunicação da instauração da arbitragem, seja em virtude do fato de que uma das partes não pôde apresentar seus argumentos

⁴ Conforme se vê em United Nations Commissions on International Trade Law [em linha], https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2. Acesso em: 14 jan. 2022.

(e Caramelo propõe que se faça uma interpretação extensiva dessa norma, para nela incluir “o princípio do tratamento igualitário das partes”) – trataremos adiante, de forma mais detida, sobre os princípios fundamentais do processo, e sua incidência na arbitragem; d) a sentença arbitral ter-se pronunciado a respeito de questões que os árbitros não podiam conhecer, seja (I) em razão de o litígio não ser abrangido pela convenção de arbitragem, seja (II) em razão da sentença conter “decisões que ultrapassam os termos” da convenção, seja (III) – conforme interpretação da versão inglesa da Convenção de Nova York – em razão de ter sido violado o princípio dispositivo, isto é, de a controvérsia, ainda que prevista na convenção, não ter sido submetida pelas partes ao tribunal arbitral, quando do peticionamento; e) composição da autoridade arbitral ou procedimento em desconformidade com o acordado pelas partes (ou, no silêncio do acordo, com a lei do país); f) a sentença ainda não ter se tornada obrigatória para as partes, ou ter sido anulada ou suspensa pela autoridade competente do país em que – ou conforme a lei do qual – tenha sido proferida; g) o litígio não ser suscetível de ser resolvido por arbitragem, nos termos da lei do país em que se pleiteia o reconhecimento e execução – não ser arbitrável, portanto; h) o reconhecimento ou a execução da sentença contrariar a ordem pública do país em que esse reconhecimento ou execução é requerido, o que corresponde às situações em que disso decorre “intolerável ofensa da harmonia jurídico-material interna ou uma contradição flagrante com os princípios fundamentais que informam sua ordem jurídica” (Caramelo assinala que há certa sobreposição, quando se trata de situações que violam os princípios fundamentais do processo e a ordem pública) (CARAMELO, 2016, p. 137-216).

Há casos, todavia, em que as sentenças proferidas estão baseadas em arbitragens “destacadas de qualquer lei nacional de arbitragem”, ou seja, o “fundamento de validade” das convenções e sua “regulação subsidiária” não é feito com base em um ordenamento nacional, mas “unicamente no direito internacional público”. Esse é o caso, por exemplo, das arbitragens regidas pela Convenção de Washington para a Resolução de Diferendos relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados, de 1965, que expressamente afasta a aplicação da Convenção de Nova York (CARAMELO, 2016, p. 16, 30-32).

Esse breve panorama traçado a respeito da arbitragem internacional dá uma noção de sua plasticidade. Permite, além disso, que se compreenda de que modo estarão expostas as partes e até que ponto poderão contar com as normas jurídicas de determinado Estado se contratarem (ou aderirem a) convenções arbitrais. Com

o aumento do comércio em linha e da complexidade das relações comerciais, é de se esperar uma facilitação da contratação entre sujeitos de diferentes Estados – e, por conseguinte, um aumento da arbitragem internacional.

Trataremos agora da arbitragem interna. Como a delimitação precisa entre arbitragem interna e internacional não é necessária para os propósitos desta pesquisa, não serão discutidos os critérios de distinção, bastando referir que um desses critérios “coloca a tônica no conflito objeto do processo, analisando sua natureza, nomeadamente se estão em jogo os interesses do comércio internacional” e o outro “elege como pedra de toque um determinado aspecto relacionado com algum elemento do processo, como, por exemplo, o domicílio ou sede das partes” (MONTEIRO, 2019, p. 38-43). A arbitragem interna está vinculada ao ordenamento estatal; terá o âmbito, os limites, as funções e a proteção que cada ordenamento, em cada período histórico, lhe conferir.

O estudo do Direito Romano pode lançar alguma luz sobre o tema, já que permite que se visualize como evoluiu a relação entre arbitragem e jurisdição estatal. No período arcaico (da fundação de Roma no século VIII a.C. até o século II a.C.), o direito é formal, rígido, solene e primitivo, ligado às regras e rituais religiosos; o cidadão romano era mais considerado membro de uma comunidade familiar que um indivíduo, e nessa comunidade os direitos eram exercidos, limitando-se o Estado a questões essenciais para a sobrevivência e para a observância de regras religiosas. Dá-se nesse período (entre 451 e 450 a.C., por um decenvirato especialmente nomeado) a codificação do direito vigente (provavelmente de origem costumeira) na lei das XII tábuas (MARKY, 1995, p. 5-6). Leal ressalta que, até a expulsão dos reis, no século V a.C., havia o sistema das *legis actiones*, que se “iniciava perante o magistrado (*in jure*), e, em seguida, era processado perante o árbitro particular (*apud judicem*). O magistrado fixava as regras e o sistema se vinculava às formas e palavras sacramentais (LEAL, 2012, p. 20). No período clássico, que foi do século II a.C. até o século III d.C., “entre os magistrados republicanos”, afirma Marky, “o pretor tinha por incumbência funções relacionadas com a administração da justiça” e “cuidava da primeira fase do processo entre particulares, verificando” suas alegações e “fixando os limites da contenda”. Depois disso, remetia o caso a um juiz particular, que decidia com base nas provas apresentadas. O pretor era detentor do “poder de *imperium*”. Com a lei *Aebutia*, do século II, passou a ter “ainda maiores poderes discricionários”, passando a poder “dar instruções ao juiz particular”, na *formula* (daí a denominação “período formular”), e a poder deixar de admitir ações (MARKY, 1995, p. 7-8).

Vê-se que havia aí uma arbitragem oficial, em duas etapas, que foi “paulatinamente substituindo a arbitragem integralmente privada dos peritos leigos” (LEAL, 2012, p. 21). A isso, seguiu-se o gradual encerramento da *ordo judiciorum privatorum*; a arbitragem assume “feições de instituto jurídico público e cogente”, e o árbitro é imposto às partes pelo pretor. Com o enfraquecimento do Império Romano (a partir do final do século III d.C.), amplia-se ainda mais “o poder dos pretores”, que passam a “conhecer e julgar diretamente os litígios sem interferência dos árbitros”. É a fase da *cognitio extra ordinem*, em que o Estado assume “o monopólio da atividade de dizer o direito” (LEAL, 2012, p. 21).

Feito esse excursus, é possível explicitar que, em seu sentido mais amplo, a arbitragem pode ser compreendida como uma forma de resolução de conflitos em que alguém, que não é parte e nem integra os órgãos judiciais estatais, decide. Pode ou não ter origem na vontade das partes, ou seja: pode ser voluntária ou necessária. A arbitragem necessária (que, como vimos, também tem seus antepassados remotos) radica numa opção legislativa: a lei estabelece que determinados conflitos, ou conjuntos de conflitos, serão decididos por árbitros, afastando a competência dos órgãos jurisdicionais estatais (MIRANTE, 2021, p. 46-48). Como dito acima, a arbitragem, em situações em que haja assimetria entre as partes, será tão mais problemática quanto maior for sua capacidade de autorregramento. Interessa-nos mais, portanto, a arbitragem voluntária.

A arbitragem voluntária se origina de uma convenção celebrada entre as partes. Essa convenção é “um negócio jurídico mediante o qual as partes acordam que um litígio, atual ou futuro, determinado ou determinável, será decidido por um tribunal arbitral” (OLIVEIRA, 2020, p. 33). Pode dar-se por meio de um compromisso arbitral ou de uma cláusula compromissória, conforme o litígio seja ou não atual (MIRANTE, 2021, p. 53-55). Se o conflito de que trata a convenção de arbitragem já existe, pode-se instituir um compromisso arbitral, tenha sido ou não instaurado um processo judicial. Por outro lado, se o litígio é previsto como possível, a convenção será uma cláusula compromissória. Essa distinção tem especial importância para o tema da assimetria entre as partes. Afinal, a situação de sujeição ou limitação da vontade, ou a ausência de informações ou de previsibilidade sobre as consequências da convenção de arbitragem, eventualmente existentes no momento da contratação, podem não subsistir no momento em que o conflito já está instaurado.

A convenção arbitral é um negócio jurídico processual (MIRANTE, 2021, p. 27) e, como tal, deve preencher os requisitos normativos gerais de validade

dos negócios jurídicos, além de requisitos específicos. Para aferir a validade da convenção, deve-se observar cada ordenamento jurídico. O sentido de se instituírem requisitos específicos para a arbitragem tem relação com a função que lhe é atribuída por certos ordenamentos: preenchidos os requisitos de validade e sendo eficaz, a convenção estabelecerá a competência do tribunal arbitral – e, por conseguinte, a incompetência do juízo estatal – para julgar litígio envolvendo o objeto e os sujeitos ali indicados. Diz-se, portanto, que tem função jurisdicional. Ademais, poderá ter, ao final, “a mesma força executiva que a sentença” (MONTEIRO; MIRANTE, 2019, p. 58-59). Quanto aos requisitos específicos da convenção, a lei pode exigir uma forma específica (ex., art. 2º da LAV portuguesa, art. 4º, §§ 1º e 2º, e 9º, §§ 1º e 2º, da Lei de Arbitragem brasileira). Pode também demandar um conteúdo obrigatório: ex., a determinação do objeto do litígio, no compromisso arbitral, ou a relação jurídica a que os litígios respeitem, na cláusula compromissória (art. 2º, n. 6, LAV; art. 10, LA brasileira). A convenção deve versar sobre litígio que seja arbitrável, o que significa que os sujeitos devem poder ser partes de uma convenção de arbitragem (a lei pode excluir, por exemplo, a Administração Pública) e que o objeto deve ser suscetível, de acordo com a lei, de submissão à decisão por árbitros (MONTEIRO; MIRANTE, 2019, p. 135-172).

Preenchidos os requisitos de validade e de eficácia, entendem Monteiro e outros que está criado o direito potestativo, vinculante para a outra parte, de criação do tribunal arbitral para decidir – nos limites do convencionado. A esse direito, que corresponde ao “efeito positivo da convenção de arbitragem”, está associado um “efeito negativo”, que consiste na “impossibilidade de uma das partes buscar [...] a tutela dos tribunais estaduais” (também respeitados os limites do que foi convencionado) (MONTEIRO; MIRANTE, 2019, p. 184-187).

Pode ser que a discussão recaia, contudo, na própria competência do tribunal arbitral – que seja discutida a existência, a validade ou a eficácia de determinada convenção, ou se aquele tribunal foi ou não o indicado para tratar daquela específica controvérsia, etc. Nessas situações, aplica-se um princípio com designação em alemão – *kompetenz-kompetenz* –, que estabelece que o tribunal tem competência para apreciar sua própria competência. Os tribunais arbitrais deverão poder, portanto, analisar se a convenção existe, se é válida, etc. Não houvesse essa possibilidade, lembra Paulsson, a mera manifestação de uma parte nesse sentido paralisaria o procedimento arbitral, para que a questão fosse decidida por órgão jurisdicional estatal (o que poderia ser utilizado como expediente dilatório). Isso não significa, todavia, que os árbitros tenham a “palavra final” a

esse respeito: o controle externo da decisão não é necessariamente excluído pela aplicação do princípio. O princípio também não implica um efeito negativo, ou seja, não implica que as cortes, se provocadas a respeito, não possam decidir antes do árbitro. Esse efeito negativo pode, não obstante, ser adotado por determinado ordenamento. Isso ocorrerá conforme o país seja mais ou menos aberto à arbitragem, nesse caso, cortes exercerão controle preventivo; naquele, posterior (PAULSSON, 2013, p. 54-60).

No que toca à vinculação do tribunal arbitral ao direito positivo, Monteiro e outros assinalam uma distinção entre “lei substantiva e lei processual”. Quanto à lei substantiva, afirmam que a LAV portuguesa estabelece que os árbitros devem julgar “segundo o ‘direito constituído’ [...] a menos que as partes determinem o julgamento pela equidade” (art. 39º, 1, LAV) (MONTEIRO; MIRANTE, 2019, p. 77-79). Note-se que as sentenças arbitrais são, em regra – ainda de acordo com a LAV –, insuscetíveis de recurso para tribunal estadual, podendo haver esse recurso se as partes tiverem previsto essa possibilidade, e desde que não tenha havido decisão por equidade ou por composição amigável (art. 39º, 4). A lei brasileira de arbitragem (Lei 9.307/96) também estabelece que a arbitragem será “de direito ou de equidade, a critério das partes”, podendo as partes escolher livremente as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação “aos bons costumes e à ordem pública”, podendo também “convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio” (art. 2º, *caput* e §§ 1º a 3º).

No que diz respeito à lei processual, Monteiro e outros ressaltam (referindo inclusive lições de Cândido Dinamarco) que o processo arbitral não é “obrigatória e exclusivamente regido pelas leis processuais do país”. As partes ou, na sua omissão, os árbitros, podem “ajustar o processo arbitral às características e circunstâncias concretas do caso (MONTEIRO; MIRANTE, 2019, p. 79-80). Isso foi acolhido no art. 30º da LAV portuguesa, e está no art. 19º da Lei-modelo da UNCITRAL⁵. Norma semelhante consta da lei brasileira de arbitragem⁶. Quanto aos limites

⁵ Artigo 19.º Determinação das regras de processo 1 – Sem prejuízo das disposições da presente Lei, as partes podem, por acordo, escolher livremente o processo a seguir pelo tribunal arbitral. 2 – Na falta de tal acordo, o tribunal arbitral pode, sem prejuízo das disposições da presente Lei, conduzir a arbitragem do modo que julgar apropriado. Os poderes conferidos ao tribunal arbitral compreendem o de determinar a admissibilidade, a pertinência, a relevância e o peso de qualquer prova produzida.

⁶ Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento. § 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

desse procedimento, Monteiro e outros assinalam que os tribunais arbitrais não podem “aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados”, aí abrangido o princípio da igualdade, sendo possível o recurso ao Tribunal Constitucional português se isso ocorrer (MONTEIRO; MIRANTE, 2019, p. 79-80). As legislações também estabelecem a vinculação aos princípios do contraditório, da igualdade de partes e da oportunidade de defesa.

Paulsson assinala, a respeito, que, (a) embora as decisões dos árbitros a respeito de sua própria jurisdição sejam passíveis de controle judicial, (b) apesar de não poderem desconsiderar os princípios do devido processo legal, ou ainda (c) ignorar o que dizem as normas de ordem pública, as normas que atualmente regem a arbitragem pelo mundo estabelecem, como regra geral, que o mérito da decisão – “não só as descobertas a respeito de fatos, mas também conclusões sobre a lei” – são irrecorríveis e vinculantes. Isso significa que, sob vários aspectos (embora não tenham *ius imperii*) (MONTEIRO; MIRANTE, 2019, p.65) – menos procedimento, menos recursos, menos controle –, o poder decisório do árbitro é ainda maior que o do juiz: “tão final como o julgamento da suprema corte de uma nação – e até mais efetivo, internacionalmente”, em razão do alcance dado a ela pela Convenção de Nova York (PAULSSON, 2013, p. 13-17).

Lord Denning certa vez sugeriu que ‘sempre que um tribunal erra a respeito da aplicação da lei, ele vai além da jurisdição que lhe foi conferida sobre o tema, e sua decisão é vazia’[...], e pode-se crer que queria abranger, com esse raciocínio, a arbitragem. Se isso for verdade, é fundamental que se perceba o quão radicalmente errado seria: significaria o fim da arbitragem como a conhecemos (PAULSSON, 2013, p. 93)⁷.

Paulsson afirma que a decisão absolutamente correta é inatingível, e que atribuir a possibilidade de amplo controle do mérito da decisão arbitral a outra instância significaria unicamente assinalar outra autoridade, que não a que as partes indicaram, para ser a prolatora da última decisão (PAULSSON, 2013, p. 93-98).

Esses temas suscitam interessantes discussões de cunho epistemológico, que serão trazidas no próximo tópico.

Traçado esse panorama, podem-se enumerar as vantagens e desvantagens da arbitragem voluntária, conforme aquilo que tem sido apontado em estudos sobre o

⁷ “Lord Denning once suggested that ‘whenever a tribunal goes wrong in law it goes outside the jurisdiction conferred on it and its decision is void’ [...] Yet the reasoning might be thought to apply to arbitration. If so, it is essential to see how radically wrong this would be: the end of arbitration as we know it” (PAULSSON. *The idea of...*, p. 93) Tradução livre.

tema. Quanto às vantagens, assinala-se: (a) a celeridade, podendo ser estabelecidos prazos mais curtos, limitação ao direito de recurso, adequação procedimental, com aglutinamento de fases; observe-se que, sendo o procedimento fixado pelas partes, essa celeridade é potencial – pode o convencionado, ao invés, resultar em procedimento mais moroso (TARUFFO, 2009, p. 132-133); (b) especialização dos árbitros (o que dependerá também da escolha das partes, havendo efetivamente centros de arbitragem superespecializados – Elsa Oliveira dá o exemplo do centro de arbitragem do *Grain and Fee Trade Association*, especializado no comércio de cereais e produtos alimentares); (c) confidencialidade, podendo ser restringido o acesso de pessoas estranhas ao processo a documentos, peças e decisões proferidas nos autos; (d) neutralidade em relação aos Estados conflitantes, no que toca à arbitragem internacional; (e) flexibilidade e adaptabilidade do procedimento (OLIVEIRA, 2020, p. 19-22).

As desvantagens que costumam ser enumeradas incluem: (a) custos elevados (incluindo remuneração dos árbitros e custas do processo), embora Elsa Oliveira esclareça que eles podem acabar sendo reduzidos pela celeridade da tramitação, e assinale que adesão a arbitragem para tratar de litígios de baixo valor econômico tem crescido; (b) falta de poder coercivo, o que leva a que se tenha de recorrer a cortes estatais para implementar decisões dos tribunais arbitrais; (c) possibilidade de decretação, pelo judiciário estatal, de medidas que impeçam ou paralizem a tramitação da arbitragem (*anti-suit injunctions*) (OLIVEIRA, 2020, p. 22-23).

Tendo sido apresentadas, assim, em linhas gerais, as características da arbitragem e os principais elementos que a diferenciam do processo judicial – e tendo-se já tratado dos problemas que a assimetria entre as partes enseja nesta última modalidade de resolução de conflitos – pode-se conjecturar que os riscos esperados com a adoção da arbitragem, quando uma das partes está em posição proeminente, são, entre outros, os seguintes:

1. A escolha do árbitro ou da instituição arbitral poderá recair naquele ou naquela que seja mais favorável à parte mais forte. Com efeito, podem as partes, diferentemente do que ocorre no processo judicial, escolher o julgador. Se uma das partes, em razão de sua organização, ou de ser um *repeat-player*, tiver informações a respeito do histórico de decisões de determinados árbitros, poderá conduzir a escolha para que recaia sobre aquele que seja mais favorável às teses que lhe beneficiem. Isso ganha particular relevo nos contratos de adesão, em que não há sequer uma negociação a respeito.

2. Escolha da legislação mais favorável: pode ocorrer que uma das partes tenha maior capacidade de avaliar e, portanto, de orientar as negociações, ou de redigir as cláusulas de contrato de adesão, de modo a escolher legislação de regência que lhe beneficie.
3. Pela introdução de fases desnecessárias ou pela dilação de prazos processuais, uma parte, sempre que tiver maior conhecimento sobre o tema, ou quando puder impor sua vontade, pode tornar mais moroso o procedimento.
4. A escolha da arbitragem e de seu procedimento pode ser efetuada para que fique obstado o acesso da parte mais fraca a procedimentos de tutela antecipada (tutelas de urgência ou de evidência, como aquelas de que tratam os arts. 294 e seguintes do CPC brasileiro), ou a procedimentos monitórios ou de execução (arts. 700 e seguintes e 771 e seguintes do CPC brasileiro, por exemplo)⁸;
5. A escolha da arbitragem pode tornar o procedimento mais caro para a outra parte (quicá tornando inacessível o acesso à justiça, se a parte for economicamente hipossuficiente ou se o custo do procedimento superar o valor da causa)⁹;
6. No que diz respeito à prova, a convenção de arbitragem pode ser usada para, em detrimento da parte mais fraca, (I) ampliar a admissibilidade de meios de prova, seja expandindo o leque, especialmente regulado pelo legislador, de meios admitidos para prova de determinado fato, seja criando presunção que deva ser invocada quando do julgamento (SILVA, 2015, p. 266-269); (II) restringir (SILVA, 2015, p. 390-404) a utilização de meios de prova, por exemplo, inadmitindo prova extrínseca ao instrumento contratual – de adesão – ou limitando-a, de modo que não possa ser utilizada para acrescentar, subtrair, variar ou contradizer o documento¹⁰; (III) valorizar (dar precedência a) determinados meios de

⁸ Para uma discussão sobre a introdução de “*early disposition procedures*” no procedimento da arbitragem internacional, o que mitigaria esse problema, ver WALLACH, David. The emergence of early disposition procedures in international arbitration. *Arbitration International*, v. 37, n. 4, p. 835-850, dez. 2021.

⁹ A esse respeito, interessantes as discussões presentes em MESHEL, Tamar. International commercial arbitration in Canada after Uber Technologies Inc v Heller. *Arbitration International*, v. 37, n. 1, p. 361-386, mar. 2021.

¹⁰ Ver discussões a respeito dessa limitação em CHAN, Darius; HANG, Louis Lau Yi. Proper Characterization of the parol evidence rule and its applicability in international arbitration. *Arbitration International*, v. 37, n. 4, p. 805-833, dez. 2021.

prova, como laudos técnicos unilateralmente elaborados; (IV) modificar o sistema de distribuição do ônus probatório.

Essas hipóteses, que são meramente exemplificativas, revelam as consequências de se admitir, de forma irrestrita, as convenções de arbitragem entre partes em situação de assimetria. Elas podem levar a que o legislador busque, nas palavras de Paulsson, “proteger as pessoas de si mesmas” (PAULSSON, 2013, p. 2), o que equivale a restringir a autonomia contratual para evitar que uma pessoa, em razão de qualquer dos aspectos assinalados no primeiro tópico deste trabalho (desconhecimento, despreparo, desorganização, necessidade, falta de alternativa), ponha-se à mercê do outro contratante, pactuando regras que lhe serão desfavoráveis, quando o conflito emergir. Note-se que todos esses riscos são acentuados no momento em que há o acordo de vontades em relação ao bem da vida que está sendo contratado, ou seja, antes de o litígio emergir. Por isso, como já se disse, a preocupação é maior com a cláusula compromissória que com o compromisso arbitral.

Paulsson assinala que “[f]avorecer a arbitragem é fazê-la funcionar para partes que tenham com ela consentido. Impô-la a qualquer custo iria, em última análise, minar sua legitimidade” (PAULSSON, 2013, p. 52).

3. A arbitragem à luz das teorias do processo e do procedimento

Algumas das características que o processo arbitral pode vir a ter, enumeradas no tópico anterior, parecem entrar em conflito com recentes avanços teórico-epistemológicos do processo e do procedimento. Com efeito, a possibilidade de julgamento por equidade, a possibilidade de o árbitro estabelecer as normas que regerão sua própria atuação, e de se colocar, ora fora, ora dentro do sistema jurídico que regula a pretensão merital, parecem, com efeito, ignorar esses avanços. Por outro lado, apesar de as normas internas e internacionais admitirem o controle das decisões arbitrais em caso de violação de princípios constitucionais regentes do devido processo, não há um esclarecimento teórico-normativo do conteúdo desses princípios. Não há, por exemplo, uma demarcação do princípio do contraditório, de modo que seja possível prever se a violação do princípio da influência (dever do decisor de se manifestar a respeito de todos os argumentos das partes) e da não surpresa (dever de ouvir as partes sobre qualquer elemento

que seja relevante para a tomada de decisões), indicados, por exemplo, no CPC brasileiro como corolários do contraditório, poderá ensejar a declaração de nulidade da sentença arbitral.

Os termos “processo”, “procedimento”, “contraditório”, “ampla defesa”, “isonomia” não são uníssonos; não se referem a essências. Seu sentido dependerá da teoria subjacente, adotada já no plano instituinte do direito.

Em outra oportunidade (SILVA; FRANCO JR., 2016, p. 61-78), disse-se que as conjecturas, os problemas e as discussões suscitadas após a denominada “reviravolta linguística”, em suas diversas matrizes, impactaram os estudos jurídicos e ocasionaram a reformulação teórica de instituições. Passou-se a considerar que o solipsismo decisório conduzia ao autoritarismo e impedia o exercício público da autonomia, isto é, impedia que as normas jurídicas fossem criadas por seus próprios destinatários. A democracia passa a ser, então, o paradigma jurídico de possibilidade do exercício de uma racionalidade compartilhada.

Nesse ponto, quando a democracia adquire o status (conjecturado) de condição de possibilidade de racionalização da elaboração e da interpretação de normas, o Processo passa a desempenhar papel central no sistema jurídico. Para entender esse novo papel, é preciso ter em conta que as velhas teorias processuais, adotadas tanto em sistemas liberais quanto em sistemas sociais-republicanistas (NUNES, 2012), mostravam-se insuficientes para livrar o direito do jugo arbitrário das autoridades estatais, bem como da imposição da ideologia das classes dominantes (os *civis*) às dominadas (o *potus*) (LEAL, 2022). A longeva teoria do processo como relação jurídica, que tem origem na obra de Bülow (GOLDSCHMIDT, 1936)¹¹ e que alcança a escola italiana de processo com Chiovenda, Carnelutti, Liebman, etc., indo desta ao instrumentalismo ainda em voga no Brasil (por obra de Cândido Dinamarco, Ada Grinover, Antônio Carlos Cintra e outros), passou a ser objeto de críticas ferrenhas, eis que, por defender a possibilidade de atuação, por obra do decisor, de um direito material prévio, propicia a atuação de escopos metajurídicos extraídos de uma realidade social pressuposta, ou seja, de uma realidade que não foi democraticamente construída.

¹¹ BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais*. 2. ed. Campinas: LZN Editora, 2005. Relação jurídica, em Bülow, é contrato de direito público em que o Estado-juiz assume o dever de decidir e as partes o dever de cooperar e acatar a decisão (num aparente retorno ao período formular). Há a vedação do *non liquet*, a partir da *litis contestatio*. Goldschmidt já criticava a teoria bülowiana, dizendo que: aquilo que apontava como pressupostos processuais não eram pressupostos para desenvolvimento do processo, mas para a prolação da sentença de mérito; que Bülow não esclarece o conteúdo das relações entre juiz, autor e réu – o juiz não tem obrigação de decidir porque o autor tem ou não determinado direito, mas porque esse é um dever estatal –; que as partes não têm somente deveres, mas ônus (GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Barcelona: Labor, 1936).

Considerar o processo como instrumento da jurisdição, permitindo ao juízo que o adeque ao caso, é, para André Leal, o “paradoxo de Bülow”. O processo é “ao mesmo tempo, instrumento do poder (de criação e do dizer o direito pelo juiz) e sua limitação eficaz – eis o paradoxo” (LEAL, 2008, p. 65).

A teoria estruturalista do processo, de Elio Fazzalari (2012, p. 27), é um dos mais importantes marcos de superação do instrumentalismo e da teoria da relação jurídica. Considerando o provimento não mais, simplesmente, como o ato emanado de um sujeito investido de autoridade, vê-o como o ato final decorrente de uma sequência normativamente estruturada de atos; nessa sequência, cada ato anterior é requisito lógico-jurídico (sistemático) do ato posterior (LEAL, 2012, p. 96).

Almeida reporta que Fazzalari atribui ao termo estrutura o sentido de sistema, “com o objetivo de retirar a construção do provimento da subjetividade” (ALMEIDA, 2012, p. 28). O impulso procedimental passa a ocorrer, ainda de acordo com Almeida, em razão dos conteúdos do ordenamento jurídico, e não dos impulsos judiciais. A relação intersubjetiva entre “Autor e Réu” é substituída por uma relação entre normas, e as partes, destinatárias do provimento, passam a assumir posições subjetivas em face da norma. As normas, atos processuais e posições jurídicas subjetivas assumem a condição de elementos de composição (estruturais) do sistema-procedimento, e, entre eles, estabelecem-se relações cujo sentido se identifica pelo papel exercido por cada elemento na série procedimental (FAZZALARI, 2006, p. 76-85; 109-117).

Observe-se que, para Fazzalari, a posição jurídica subjetiva é estabelecida pela norma, que confere a um sujeito uma faculdade, ou um poder, ou um dever. Se a norma assegura a determinado sujeito uma posição de proeminência sobre determinado objeto – correspondente a um dever de um outro sujeito – há então um direito subjetivo relativo (que Fazzalari diz corresponder à “velha e gloriosa figura da ‘relação jurídica’”) (FAZZALARI, 2006, p. 83-85).

Aroldo Plínio Gonçalves, a esse respeito, diz o seguinte:

[...] a expressão ‘posição subjetiva’ contém um sentido muito específico. Não se refere à posição de sujeitos em uma relação com outro sujeito ou à posição de sujeitos em um quadro qualquer de liames. Posição subjetiva é a posição de sujeitos perante a norma (GONÇALVES, 2008, p. 98).

De acordo com André Del Negri, essa situação dos sujeitos em posição simétrica em relação à norma legitima o princípio do discurso “com a presença de garantias fundamentais do Devido Processo Legal” (DEL NEGRI, 2008, p. 98).

Almeida assinala outra contribuição de Fazzalari para os estudos jurídicos:

Além de definir o procedimento como estrutura normativa progressiva de preclusões, Fazzalari ainda desloca os estudos posteriores do processo para a linguística ao demarcá-lo pelo contraditório. A partir de então, processualistas se voltam para o estudo da linguagem, do discurso e da argumentação (ALMEIDA, 2012, p. 29).

Vê-se, portanto, que só pode haver efetivos contraditório, ampla defesa e isonomia em uma estrutura procedimental estabelecida *ex ante*¹² e vinculante para as partes e para o julgador.

Por outro lado, a *ampla* possibilidade de conjecturas e refutações não pode ser exercitada em estrutura normativa procedimental inadequada. Demanda-se, assim, clara demarcação lógica (embora se admita a concentração) das fases “postulatória-defensória, instrutória e decisória”, que caracterizam aquilo que Leal denomina *ordinariedade* (CRUZ, 2016, p. 167-172). A instituição de direitos e faculdades procedimentais para as partes depende, por sua vez, de um prévio acertamento no nível instituinte do direito quanto à possibilidade de se operar, por meio dessa instituição, a correção de assimetrias. Em outras palavras, é com o ingresso no sistema jurídico pelo processo legislativo que as afirmativas de igualdade e desigualdade, equilíbrio e desequilíbrio, deixam a subjetividade de quem as conjectura e passam a ser *interenunciativamente* compartilhadas e criticáveis, podendo vir a formar, com a publicação da lei, o *devido processo legal*.

De acordo com Rosemiro Pereira Leal, a processualização enseja legitimidade decisória, ao possibilitar “o nivelamento de todos os componentes da comunidade jurídica”, que passam a ser aptos a instaurar “procedimentos processualizados à correição [...] e atuação do direito positivado como modo de autoinclusão do legislador-político-originário (o cidadão legitimado ao devido processo legal) na dinâmica testificadora de validade, eficácia, criação e recriação do ordenamento jurídico” (LEAL, 2002, p. 150).

¹² Nesse sentido, SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da. *Fabienne Quilleré-Majzoub, La défense du droit à un procès équitable: [recensão]*. In: Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra-ISSN 0303-9773-Vol. 77 (2001), p. 1011-1020, assinala-se que constitui o direito a um processo equitativo o direito a um tribunal, este entendido como um órgão com função jurisdicional que deva observar, para proferir suas decisões, “um conjunto de fases previamente determinadas”.

No que diz respeito à possibilidade de decisão por equidade, veja-se que Aristóteles fala (ARISTÓTELES, 2005, p. 144-147) de duas espécies de justo e injusto, sendo uma relacionada às leis escritas (é certo aquilo que é adequado à lei e errado o que não é) e outra às não escritas, sendo que esta última espécie compreende: (i) virtudes e vícios em excesso, punidos ou recompensados de modo extralegal; (ii) equidade, que se aplica a casos para os quais há lei escrita, mas em relação aos quais ela é insuficiente, justamente por não poder antecipar a infinidade de particularidades dos casos (a equidade atua como suplemento da lei) (GUTHRIE, 1971, p. 101-123)¹³.

Aristóteles assinala, portanto, a importância da lei escrita, chegando a dizer que a soberania deve ser exercida pelas leis fundadas na razão, e que o magistrado, sendo um ou vários, só deve ser soberano naqueles pontos em que a lei não tenha estabelecido nada, por impossibilidade de precisar em minúcias todos os casos a que a lei se aplica (ARISTÓTELES, 1988, p. 184)¹⁴. Afirmava ainda que, apesar de ser

[...] evidente que algumas leis devessem, em certos casos, ser alteradas [...] exige-se muita precaução. Quando a melhoria a ser alcançada [com a alteração] seja pequena diante das más consequências que a rotineira revogação das leis enseja, é evidente que se devem permitir alguns erros dos legisladores e governantes. Pois a mudança não trará benefícios maiores que o dano de se gerar o costume de serem desobedecidos os governantes (ARISTÓTELES, 1988, p. 122)¹⁵.

¹³ GUTHRIE, W. K. C. *A history of greek philosophy, vol. III, part 1: The Sophists*, Cambridge: Cambridge University Press, 1971, p. 101-123. Em Aristóteles: “Ora esta omissão umas vezes acontece contra a vontade dos legisladores, quando o caso lhes passa despercebido; e por sua vontade, quando o não podem definir a rigor, mas se veem na necessidade de empregar uma fórmula geral que, não sendo universal, é válida para a maioria dos casos. Também os casos em que não é fácil dar uma definição devido à sua indeterminação (...) Se, pois, não é possível uma definição exata, mas a legislação é necessária, a lei deve ser expressa em termos gerais (...) É igualmente próprio da equidade perdoar as falhas humanas. Também olhar, não para a lei, mas para o legislador; não para a palavra, mas para a intenção do legislador; não para a ação em si, mas para a intenção; não para a parte, mas para o todo; não para o que uma pessoa agora é, mas para o que ela sempre foi, ou o tem geralmente sido” (ARISTÓTELES, *Retórica*, p. 146-47).

¹⁴ “La primera dificultad de que hemos hablado ninguna otra cosa pone de manifiesto sino que las leyes bien establecidas son las que deben ejercer la soberanía, y que el magistrado, ya sea uno o varios, debe ejercerla sólo en aquellas materias en que las leyes no pueden expresarse con exactitud, por no ser fácil dar definiciones generales para todos los casos” (ARISTÓTELES. *Política*. Tradução para o espanhol de Manuela García Valdés. Madri: Gredos, 1988, p. 184).

¹⁵ “manifiesto que algunas leyes, y en ciertas ocasiones, se deben cambiar; pero para los que examinan el tema de manera diferente puede parecerles que exige mucha precaución. Cuando la mejora sea pequeña y, en cambio, sea malo el acostumbrar a abrogar con facilidad las leyes, es evidente que hay que permitir algunos errores de los legisladores y de los gobernantes. Pues el cambio no beneficiará tanto como dañará la costumbre de desobedecer a los gobernantes” (ARISTÓTELES, *Política*, p. 122).

As teorias de Aristóteles seguem tendo espaço nos ordenamentos jurídicos de nosso tempo, o que fica claro pela exposição que faz Leal (LEAL, 2013, p. 14) daquilo que denomina “vandalismos na gestação normativa”, que se reportam a uma *extralegalidade* contida na própria lei, e “vontade legíфона”, que se mantém no Judiciário pela crença na “inadequação da matéria a julgar, quanto à forma da própria lei, dado que a primeira [i. é, matéria a julgar] é necessariamente concreta e singular, ao passo que a segunda é abstrata e universal” (STRECK, 2013, p. 154).

O *vandalismo na gestação normativa* ocorre, segundo Leal (LEAL, 2013, p. 19), no momento em que, por consentimento da própria lei, a interpretação passa a só adquirir inteligibilidade fora do discurso normativo, no “lugar extrareceptivo (estado textual de exceção) em que a *auctoritas* interdita o sentido da lei”. A *vontade legíфона* do julgador se mantém, por outro lado, pela crença de que a passagem da norma-abstrata (objeto de intelecção) ao caso-concreto suscita a questão fundamental da equidade em seu sentido *estritamente lógico*: dada a impossibilidade lógica de se preverem todos os elementos do caso na norma, esta permanecerá inadequada, até que essa inadequação seja resolvida “pelo trabalho criativo do juiz, que se coloca ‘no lugar do legislador’” (STRECK, 2013, p. 154-155). Como diz Rosemiro Pereira Leal, a ciência dogmática do direito reconhece que os ordenamentos são incompletos, pois não podem regular todas as hipóteses fáticas ou subjetivantes que possam surgir (não é possível “dizer tudo do todo mundano antes mesmo dos acontecimentos”), mas entrega o suprimento dessa impossibilidade ao saber racional do decisor, revelando uma “crença numa racionalidade provedora das ausências normativas” (LEAL, 2017, p. 205).

Eis a constatação de Galanter, a respeito dos meios alternativos de resolução de conflitos – e especificamente sobre a arbitragem:

Os empresários abraçaram as ADR para tratar de alguns litígios com os seus pares, mas ainda mais avidamente para criar fóruns internos para os litígios com empregados e clientes [...] Como indicado pela feroz disputa sobre a legitimidade e os efeitos da arbitragem obrigatória e pelas preocupações sobre a mediação imposta pelos tribunais, as ADR já não gozam da presunção de facilitar o acesso à Justiça. Pelo contrário, tornaram-se objeto de suspeita e, em alguns casos, rivais diretos dos programas de acesso à justiça (GALANTER, 2010, p. 121).

Esses são, em síntese, os problemas epistemológicos de que trata a teoria do processo – que, é verdade, afetam também o procedimento judicial, mas que são

amplificados no caso da arbitragem voluntária, notadamente se uma das partes recebeu a convenção de forma impositiva, no âmbito de uma contratação qualquer.

4. Situações de assimetria e formas de restabelecimento de equilíbrio

A identificação das situações de assimetria perpassa por aquilo que se disse até aqui, notadamente pelas circunstâncias apontadas na primeira parte deste trabalho. Daniela Mirante sistematiza essas situações, apontando que se pode operar por meio de dois critérios para identificação dessas hipóteses: (a) desigualdades relacionadas ao tipo de contrato ou à forma de sua celebração, o que inclui o recurso a cláusulas contratuais gerais ou a contratos de adesão; (b) desigualdades relacionadas à categoria de pessoas ou grupo de pessoas, o que inclui os consumidores e os empregados, por exemplo. Como possíveis características das situações assimétricas (a que dá o nome “relações de desigualdade estrutural”), aponta: (a) “existência de um poder de um dos contratantes que perturba o equilíbrio negocial”; (b) “impossibilidade de negociação e inexistência de alternativas”; (c) “desigualdade no plano substancial”, como “assimetria informativa, inexperiência e debilidade econômica” (MIRANTE, 2021, p. 85-113).

As legislações que regem a arbitragem costumam preconizar que ela deve atender ao princípio da igualdade. Costumam prever, inclusive, a possibilidade de anulação da decisão arbitral em caso de violação desse princípio (por exemplo, art. 30º, n. 1, alínea b, 1ª parte, e art. 46º, n. 3, alínea ii, da LAV portuguesa). Todavia, ainda que compreendida essa igualdade como “igualdade material”, que autorize o tratamento desigual dos desiguais (MONTEIRO, 2018, p. 121-124), o restabelecimento do equilíbrio entre as partes e a proteção contra imposição de cláusulas contratuais desvantajosas suscitará profundos problemas se for legada ao julgador (seja ao próprio árbitro, seja ao órgão judicial que efetua o controle sobre a decisão arbitral) a aferição dessa desigualdade no caso concreto.

Popper já argumentava, em sua *Sociedade Aberta e seus Inimigos*, que o *concreto*, o *individual*, é incognoscível (daí a afirmativa de Leal de que “a sistemática processual brasileira cuida de pedidos, não de casos”):

[...] o que não pode ser abordado por métodos racionais é o indivíduo particular, isolado, concreto, e não o universal abstrato. A ciência pode descrever tipos gerais de paisagem, por exemplo, ou de homens, mas nunca pode exaurir uma

só paisagem individual ou um só indivíduo humano. O universal, o típico, não só é do domínio da razão, como em grande parte o produto da razão, enquanto produto da abstração científica. Mas o indivíduo isolado e suas isoladas ações, experiências e relações em face dos outros indivíduos, nunca podem ser racionalizados plenamente (POPPER, 1998, p. 253).

A decisão jurídica deve estar delimitada, num ordenamento que se pretenda racional-democrático (nos termos propugnados acima), pelas normas e os argumentos das partes. Essa demarcação, por sua vez, será tão mais efetiva quanto mais explicitados estejam os critérios de diferenciação (sem que, com isso, se pretenda ressuscitar o mito da completude do sistema, que poderá ser sempre aprimorado, reformado). Assim, para que o tema não seja decidido de modo tópico-retórico, casuístico, conduzindo a uma imprevisibilidade decisória radical, é necessário que o legislador assinale os critérios de distinção entre partes fortes e fracas, e estipule, se pretender mitigar as consequências dessa diferença, as medidas de correção.

Eis aqui a proposta de um breve elenco exemplificativo de medidas de proteção.

1. (i) Vedação de celebração de convenção de arbitragem em determinados tipos de contrato (como contratos de adesão, ou, especificamente, naqueles contratos de adesão celebrados para aquisição de bens ou serviços necessários, ou celebrados em situação de monopólio legal ou natural), ou em relação a determinadas pessoas (em contratos de emprego, ou de consumo) – inarbitrabilidade, como destaca Daniela Mirante, como “mecanismo de proteção em caso de desigualdade estrutural das partes” (MIRANTE, 2021, p. 286-300). Uma versão mitigada dessa posição seria a (ii) vedação da cláusula compromissória, mas a permissão do compromisso arbitral, eis que, quando da celebração deste, não estarão presentes algumas das circunstâncias de assimetria. Uma terceira mitigação seria a (iii) vedação de cláusula que imponha a arbitragem ao aderente, possibilitando-se a introdução de cláusula que faculte a opção do aderente pela arbitragem – ou condicione sua eficácia à concordância expressa com a instituição da arbitragem após o surgimento do conflito¹⁶.

¹⁶ A esse respeito, art. 4º, § 2º, da lei de arbitragem brasileira. Também o art. 51, VII, do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, que diz ser nula de pleno direito a cláusula que determine a utilização compulsória da arbitragem. Tema interessante é também a declaração unilateral de adesão prévia, pela qual uma das partes (ex., o fornecedor de produto ou

2. Medidas relacionadas ao suprimento de assimetrias de informação e experiência: a lei pode exigir, em determinadas hipóteses – notadamente nos contratos de adesão ou celebrados por meio de cláusulas gerais – que as cláusulas referentes ao compromisso arbitral venham em destaque, recebam assinatura em separado do restante do instrumento contratual, que deve haver comunicação dos custos do procedimento, em caso de futura instauração, que venham em destaque as alterações procedimentais... Daniela Mirante propõe medidas de “comunicação e informação da convenção de arbitragem com natureza da cláusula contratual geral e a validade da mesma”; diz que “comunicação” e “informação” são dois deveres diferentes – o primeiro significa que deve ser informada a existência das cláusulas, o segundo, que a parte aderente deve ser esclarecida do significado de seu conteúdo (MIRANTE, 2021, p. 272-286).
3. Limitação da possibilidade de pactuação de normas do processo arbitral, nas hipóteses normativamente previstas, em relação a determinado tipo de contrato ou a determinadas partes: vedação de que conste, já no instrumento contratual (em cláusula compromissória), a instituição de arbitragem que decidirá o conflito; vedação ao alargamento ou à limitação dos meios de prova elencados na lei; vedação de criação de presunções contra o aderente; vedação de inversão de ônus contra o aderente; vedação de decisão por equidade, quando estiver em julgamento situação assimétrica, etc.

5. Conclusão

Pôde-se expor neste trabalho, embora de maneira muito breve, o motivo pelo qual a autonomia conferida às partes leva a que, na arbitragem, problemas relacionados à assimetria das partes exsurjam de maneira mais acentuada. Pôde-se questionar, igualmente, se um estímulo muito acentuado à arbitragem não implicaria ir na contramão de alguns avanços da ciência do processo.

serviço no mercado de consumo) assume a obrigação de se submeter à arbitragem, caso a outra parte assim prefira. Ver, também sobre limitações à instituição de arbitragem como meio obrigatório de resolução de litígios, OLIVEIRA, Elsa Dias. *Algumas considerações sobre a proteção do consumidor no mercado digital no âmbito do Direito da União Europeia*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano LXII (2021), n. 1, tomo 1, p. 209-230.

Finalmente, foram conjecturadas algumas medidas normativas passíveis de serem implementadas pelo legislador de modo a mitigar os efeitos problemáticos da assimetria das partes.

6. Referências

ALMEIDA, Andréa Alves de. *Espaço Jurídico Processual na discursividade metalinguística*. Curitiba: CRV, 2012.

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução para o espanhol de Manuela García Valdés. Madri: Gredos, 1988.

ARISTÓTELES. *Retórica*. Tradução de Manuel Alexandre Jr., Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. 2. ed. [rev.] Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2005.

BARROCAS, Manuel Pereira, *Manual de arbitragem*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. 2. ed. Campinas: LZN Editora, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Access to Justice: the newest wave in the worldwide movement to make rights effective*, v. 27, n. 2. Buffalo Law Review, 1978.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Ellen Gracie Northfleet (trad. e rev.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988 (Reimpresso em 2002).

CARAMELO, António Sampaio. *O reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras: perante a Convenção de Nova Iorque e a Lei de Arbitragem Voluntária*. Coimbra: Almedina, 2016.

CHAN, Darius; HANG, Louis Lau Yi. Proper characterization of the parol evidence rule and its applicability in international arbitration. *Arbitration International*, v. 37, n. 4, p. 805-833, dez. 2021.

CRUZ, Clenderson. *A ampla defesa na processualidade democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática*. 2. ed. [rev. e ampl.] Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

GALANTER, Marc. Access to Justice in a world of expanding social capability. *Fordham Urban Law Journal*, v. 37, n. 1, 2010.

GALANTER, Marc. Afterword: explaining litigation, *Law & Society Review*. *Litigation and Dispute Processing: Part Two*, v. 9, n. 2, p. 347-368, winter, 1975.

GALANTER, Marc. Pourquoi les mêmes gardent l'avantage? Introduction à la traduction française. *Revue Droit et Société*, v. 3, n. 85, p. 559-574, 2013.

GALANTER, Marc. Why the 'haves' come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law & Society Review*, v. 9, n. 1, p. 95-160, 1974. DOI: <https://doi.org/10.2307/3053023>

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Barcelona: Labor, 1936.

- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- GOUVEIA, Mariana França. *Curso de resolução alternativa de litígios*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2018.
- GUTHRIE, W. K. C. *A history of Greek philosophy*, v. III, part 1: The Sophists, Cambridge: Cambridge University Press, 1971.
- HALPÉRIN, Jean-Louis. La protection du contractant vulnérable em droit français du Code Napoléon à aujourd'hui. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. LXII, n. 1, t. 1, p. 375-404, 2021.
- KALDERIMIS, Daniel. International arbitration in a brave new world. *Arbitration International*, v. 34, n. 4, p. 533-555, dez. 2018.
- LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdades de Ciências Humanas/FUMEC, 2008.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo civil e sociedade civil*. Disponível em: <https://silو.tips/download/3526629-629-5rvhplur3huhlud-hdo>. Acesso em: 4 jan. 2022.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da Lei Democrática*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2002.
- MARKY, Thomas. *Curso elementar de Direito Romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MARTINS, Alisson Silva. *As convenções processuais no Estado Democrático de Direito*. 407 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://web.sistemas.pucminas.br/BDP/PUC%20Minas?_ga=2.83473750.1757104865.1642986817-1919540907.1606744144 Acesso em: 16 jan. 2022.
- MESHEL, Tamar. International commercial arbitration in Canada after Uber Technologies Inc v Heller. *Arbitration International*, v. 37, n. 1, p. 361-386, mar. 2021.
- MIRANTE, Daniela. *O consentimento na arbitragem e a desigualdade estrutural das partes*. Coimbra: Almedina, 2021.
- MONTEIRO, Antônio Pedro Pinto. *O princípio da igualdade e a pluralidade de partes na arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2018 (reimpressão).
- MONTEIRO, Antônio Pedro Pinto; SILVA, Artur F.; MIRANTE, Daniela. *Manual de arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2019.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. 1. ed. [4. reimpr.]. Curitiba: Juruá, 2012.
- OLIVEIRA, Elsa Dias. Algumas considerações sobre a proteção do consumidor no mercado digital no âmbito do Direito da União Europeia. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, ano LXII, n. 1, t. 1, p. 209-230, 2021.

OLIVEIRA, Elsa Dias. *Arbitragem voluntária: uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2020.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. Contratos de adesão nas relações entre empresas: anotação ao acórdão do tribunal da relação de Guimarães, de 19 de Fevereiro de 2005 (Processo n. 1575/05, 1ª seção). *Revista Jurídica*, n. 15, p. 239-254, 2012.

PAULSSON, Jan. *The Idea of arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

PINHEIRO, Luís de Lima. *Arbitragem transnacional: a determinação do estatuto da arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2005.

POPPER, Karl Raimund. *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*, Tomo I. 3. ed. Milton Amado [trad.]. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998.

POPPER, Karl Raimund. *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*, Tomo II., 3. ed. Milton Amado [trad.]. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998.

POPPER, Karl Raimund. *Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária*. Milton Amado [trad.]. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.

SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da. *Convenções em prova em processo civil*. 668 f. Tese (Doutoramento em Ciências Jurídico-Processuais) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015.

SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da. Fabienne Quilleré-Majzoub, La défense du droit à un procès équitable: [recensão]. *Boletim da Faculdade de Direito*, v. 77, p. 1011-1020. Coimbra: 2001. ISSN 0303-9773.

SILVA, N. L. S.; FRANCO JR., M. M. Direito e conhecimento objetivo: uma abordagem epistemológica. In: FREITAS, André Vicente Leite de; DINIZ, Fernanda Paula; PEREIRA, Henrique Viana (org.). *Direito na Atualidade: Uma Análise Multidisciplinar*, Rio de Janeiro, v.3, p. 61-78. Lumen Juris, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

TARUFFO, Michele. *Páginas sobre justicia civil*. Madri: Marcial Pons, 2009.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Tradução de Kelly Susane Alflen da Silva. 5. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

WALLACH, David. *The emergence of early disposition procedures in international arbitration*. *Arbitration International*, v. 37, n. 4, p. 835-850, dez. 2021.

Decidindo por não decidir? A atuação do Tribunal Superior Eleitoral no campo do constitucionalismo digital*

Deciding not to decide? The role of the Electoral Superior Court in the digital constitutionalism field

EMILIO PELUSO NEDER MEYER

Pesquisador em Produtividade PQ no CNPQ, Nível 2 (304158/2018-6). Foi professor residente no Instituto de Estudos Avançados Transdisciplinares (IEAT) da UFMG no período 2018-2019. Pesquisador mineiro Fapemig PPM XI (00272-17). Fellow no King's College Transnational Law Summer Institute (2016). Desenvolveu pesquisa em nível pós-doutoral perante o King's College Brazil Institute, em Londres, sob supervisão do professor Anthony Pereira (2014-2015). Atualmente é professor associado I de Teoria da Constituição, Teoria do Estado e Direito Constitucional no Curso de Graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFMG (Mestrado e Doutorado). É coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG (2021-2023). Recebeu o Prêmio CAPES de Tese em Direito, o Grande Prêmio UFMG de Teses e o Prêmio UFMG de Teses em Direito em 2013. É doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFMG (2012). Possui Mestrado em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFMG (2006). Foi bolsista do CNPQ em ambos os cursos de pós-graduação stricto sensu. Foi professor adjunto I da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Foi membro do Núcleo Docente Estruturante do Curso de Direito da UFOP. Possui Graduação em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas (2002). É membro do Grupo de Estudos sobre Internacionalização do Direito e Justiça de Transição (IDEJUST). É coordenador do Centro de Estudos sobre Justiça de Transição da UFMG. Foi coordenador da Secretaria Executiva da Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (2016-2017). Membro da Critical Transitional Justice Network. Membro da International Law and Politics Collaborative Research Network. É membro fundador da ICON-S Seção Brasil.

FABRÍCIO BERTINI PASQUOT POLIDO

Professor associado de Direito Internacional, Direito Comparado e Tecnologias da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor do corpo permanente do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Professor do corpo permanente do Programa de Pós-Graduação em Inovação Tecnológica da UFMG. Doutor em Direito Internacional ('magna cum laude') pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Realizou estudos de Graduação em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com período de intercâmbio internacional na Eberhard-Karls-Universität Tübingen, Alemanha. Master in Laws (LL.M.) pela Università degli Studi di Torino, Itália. Foi Pesquisador Visitante – nível Pós-Doutorado – do Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburgo, Alemanha; Kent Law School, Weizenbaum Institute for Connected Society and Humboldt University of Berlin. Membro do Comitê de Direito Internacional Privado e Propriedade Intelectual da International Law Association (ILA). Membro Vogal do

* Publicado originalmente na Revista Justiça do Direito, v. 36, n. 2, p. 129-163, mai./ago. 2022

Conselho Executivo da Associação Americana de Direito Internacional Privado (ASADIP) e da Rede Transnacional de Pesquisa em Estudos Críticos de Direito e Política Internacional. Fundador do Instituto de Referência em Internet & Sociedade (IRIS). Membro da Delegação brasileira para a Comissão Especial do Projeto de Sentenças Estrangeiras entre 2016-2019 e atualmente para o Projeto de Jurisdição da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado.

Resumo: O objetivo do artigo é problematizar a atuação de cortes em contextos de erosão democrática aprofundados por novas tecnologias. Sob a abordagem metodológica de estudo de caso, o artigo analisa a decisão do Tribunal Superior Eleitoral nas ações de investigação judicial eleitoral da chapa Bolsonaro/Mourão envolvendo o disparo em massa de mensagens por meio do WhatsApp nas eleições presidenciais de 2018. Utiliza como referencial teórico tanto o conceito normativo de constitucionalismo digital quanto modalidades decisórias adotadas por tribunais em temas de alto impacto político nos sistemas jurídicos comparados. Conclui-se que, apesar dos sinais relevantes de uma decisão expansiva na fundamentação, porém restrita em seu dispositivo, o tribunal adotou uma posição arriscada e que confunde suas diversas funções no sistema constitucional brasileiro, não atentando para o cenário de forte deterioração institucional..

Palavras-chave: Tribunal Superior Eleitoral; Eleições; Erosão da democracia; Constitucionalismo digital; Estratégias judiciais.

Abstract: *The article's objective is to question the role of courts in contexts of democratic erosion deepened by new technologies. Using the case study methodology, the article analyses the Brazilian Electoral Superior Court ruling on the judicial electoral investigation procedures of the slate Bolsonaro/Mourão, involving the mass messaging through WhatsApp in the presidential elections of 2018. It uses as a theoretical reference the normative concept of digital constitutionalism and the types of remedies adopted by tribunals in themes of high political impact within comparative legal systems. The conclusion is that, notwithstanding the relevant features of a decision that is expansive in its reasoning, but restricted in its holding, the tribunal adopted a risky position that also bewilder its diverse functions in the Brazilian constitutional system, not paying attention to the scenario of strong institutional deterioration.*

Keywords: *Electoral Superior Court; Elections; Democratic erosion; Digital constitutionalism; Judicial strategies.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. As AIJE's da chapa Bolsonaro/Mourão: *fake news*, WhatsApp e eleições de 2018. 3. A Justiça Eleitoral brasileira e suas funções: um poder disciplinador digital? 4. Em direção à construção de um constitucionalismo digital. 5. Constitucionalismo digital no Brasil. 6. Judicialização da mega-política na erosão da democracia. 7. Conclusões. 8. Referências.

1. Introdução

Em 13 de fevereiro de 2022, o Ministro Luís Roberto Barroso, então presidente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), em entrevista ao jornal *O Globo*, afirmou que “O Brasil não é casa da sogra para ter aplicativos que façam apologia ao nazismo, ao terrorismo, que vendam armas ou que sejam sede de ataques à democracia que a nossa geração lutou tanto para construir”¹. Na sequência, ele esclareceu que cabe ao Congresso Nacional definir que plataformas digitais tenham representante no Brasil e se submetam à legislação doméstica, mas que, se provocado, o TSE precisa dar uma resposta, ainda que na ausência de lei específica, disciplinando a matéria.

A entrevista foi dada em um contexto de amplos ataques ao sistema eleitoral e à confiabilidade das urnas eleitorais, propagandeados, principalmente, pelo Presidente da República Jair Bolsonaro, seus apoiadores políticos e extremistas online. A metodologia de suspeição em relação ao processo eleitoral adotada pelo presidente não é nova. Ela repete o roteiro de Donald Trump nos Estados Unidos, já delimitado em literatura sobre a crise da democracia no mundo contemporâneo².

O manejo de plataformas digitais, um domínio ainda precariamente desregulado ou apenas conformado por uma lógica neoliberal em favor das grandes companhias ou *big techs*³, é mais um fator de desestabilização da democracia constitucional. Se, em um primeiro momento deterioração democrática, as instituições brasileiras pareceram não ter clareza quanto ao problema, a realidade é distinta em 2022. Pode-se perceber, nesse momento, que tanto o Congresso Nacional, quanto o TSE, e mesmo o Supremo Tribunal Federal (STF), tomaram consciência a respeito da gravidade da questão a ser enfrentada pelo sistema jurídico doméstico. A mudança decorre tanto da atuação de tais instâncias em temas tecnológicos e digitais quanto do fato de que também elas foram digitalmente atacadas, como indica o debatido Inquérito 4.781, apelidado de “inquérito das *fake news*” e conduzido pelo STF⁴, Resta saber, contudo, se as respostas propostas

¹ O GLOBO. Entrevista: ‘Bolsonaro facilitou a vida das milícias digitais’, diz Barroso. *O Globo*, 13 de fevereiro de 2022, Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/entrevista-bolsonaro-facilitou-vida-das-milicias-digitais-diz-barroso-25392162>. Acesso em: 14 fev. 2022.

² LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. São Paulo: Zahar, 2018, p. 151; GINSBURG, Tom. HUQ, Aziz. *How to save a Constitutional Democracy*. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 2018.

³ ZUBOFF, Shoshana. Big other: surveillance capitalism and the prospects of an information civilization. *Journal of Information Technology*, v. 30, n. 1, p. 75-89, 2015.

⁴ Dado que confunde os papéis de investigador e julgador, a condução do Inquérito 4.781 foi desafiada, em sua constitucionalidade, no STF, na ADPF 572, julgada improcedente pela corte: “Ante o exposto, nos limites desses processos, diante

pelas instituições e poderes constituídos se orientam para a construção e proteção dos instrumentos de um denominado constitucionalismo digital.

Ao enfrentar os cenários presente e futuro, este artigo tem como objetivo geral analisar, por meio de abordagem metodológica de estudo de caso, o julgamento pelo TSE das ações de investigação judicial eleitoral (AIJE's) por abuso do poder econômico e dos meios de comunicação social que discutiram o papel da chapa presidencial eleita em 2018 – aqui referidas como AIJE's da chapa Bolsonaro/Mourão⁵. Em termos de objetivos específicos, o que se busca é verificar quais são as consequências da referida decisão, principalmente no que respeita ao papel de órgãos do Poder Judiciário em decisões de alto impacto político no curso de processos de erosão da democracia constitucional⁶. É objetivo específico também a análise das respostas normativas formuladas a partir do pano de fundo do constitucionalismo digital.

Igualmente, a análise aqui feita inclui a variável referente às diferentes funções administrativa, consultiva e jurisdicional do TSE. É oportuno verificar a decisão à luz de outras políticas públicas de regulação de conteúdo dos meios digitais debatidas no Brasil, como, por exemplo, o Projeto de Lei 2.630/2020 (Lei que institui Liberdade, Transparência e Responsabilidade na Internet)⁷. Ainda, a partir desse panorama, é possível colocar em discussão o papel do que se tem chamado de constitucionalismo digital: se instituições constitucionais devem e, em que medida, podem tratar da estabilização de expectativas com alta velocidade de alteração decorrentes de inovações tecnológicas relevantes para processos políticos.

O artigo se estrutura nas seguintes seções. Na primeira seção, são apresentados os argumentos dos representantes, a decisão e os principais fundamentos que aparecem nas AIJE's da chapa Bolsonaro/Mourão. Na sequência, a segunda seção

de incitamento ao fechamento do STF, de ameaça de morte ou de prisão de seus membros, de apreço a desobediência a decisões judiciais, julgo totalmente improcedente o pedido nos termos expressos em que foi formulado ao final da petição inicial, para declarar a constitucionalidade da portaria GP 69/2019, enquanto constitucional o artigo 43 do regimento interno, do STF, nas específicas e próprias circunstâncias de fato, com esse ato exclusivamente envolvidas" (VALENTE, Fernanda. Supremo valida inquérito das *fake news*, que investiga ameaças a ministros. *Conjur*, 18 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-18/supremo-valida-inquerito-fake-news-ameacas-ministros>. Acesso em: 14 fev. 2022.; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 572*. Julgamento de 18 de junho de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346358281&ext=.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2022).

⁵ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. 2021a. *Ações de investigação judicial eleitoral 0601968- 80.2018.6.00.0000 e 0601771-28.2018.6.00.0000*. Julgamento em 28 de outubro de 2021. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2021/10/2021.10.25-REVISADO-COM-EMENTA-AIJE-060196880-e-060177128.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2022.

⁶ GINSBURG, Tom. HUQ, Aziz. *How to Save a Constitutional Democracy*. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 2018.

⁷ BRASIL. *PL 2.630/2020*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2256735>. Acesso em: 9 jun. 2022.

indica quais são as principais funções da Justiça Eleitoral no Brasil: a partir dela, é possível verificar uma certa ambiguidade na decisão tomada nas AIJE's da chapa Bolsonaro/Mourão, em que funções diversas da corte eleitoral se misturam na fundamentação e no dispositivo do acórdão.

A terceira seção procede a uma reconstrução, à luz, principalmente, do caso europeu, do que seria um conceito de constitucionalismo digital. A quarta seção, por sua vez, procura mapear os fundamentos para reivindicar a concepção de um constitucionalismo digital no âmbito do sistema constitucional brasileiro. O quinto tópico do artigo recupera a literatura mais atualizada sobre as modalidades decisórias utilizadas por órgãos jurisdicionais comparados para lidar com decisões de alto impacto político, principalmente em situações de perda de qualidade democrática. Na conclusão, a decisão do TSE nas AIJE's da chapa Bolsonaro/Mourão é compreendida como *maxi-minimalista*, mas, ainda assim, como uma decisão arriscada considerando-se o contexto de generalizados ataques à democracia.

2. As AIJE's da chapa Bolsonaro/Mourão: *fake news*, WhatsApp e eleições de 2018

Ainda em 2018, a Coligação “O Povo Feliz de Novo” (PT/PCDOB/PROS) ajuizou duas ações de investigação judicial eleitoral contra a chapa presidencial eleita (Jair Bolsonaro e Hamilton Mourão e terceiros) no TSE. Na visão dos autores, teria havido disparo em massa de mensagens de WhatsApp durante o período de campanha eleitoral de 2018, o que trouxe prejuízos severos ao candidato representante da coligação autora da demanda. A base das denúncias foi encontrada em reportagens do jornal Folha de S. Paulo intituladas “Fraude com CPF viabilizou disparo de mensagens de WhatsApp nas eleições” e “Empresários bancam campanha contra o PT pelo WhatsApp”⁸.

A ementa do acórdão proferido no bojo das AIJE's da chapa Bolsonaro/Mourão indica ostensivamente não haver margem para dúvidas de que restou

⁸ As duas reportagens contaram com a participação da jornalista Patrícia Campos Mello que, inclusive, publicaria livro a respeito da temática (MELLO, Patrícia Campos. *A máquina do ódio*: notas de uma repórter sobre *fake news* e violência digital. São Paulo: Companhia das Letras, 2020). Cf. RODRIGUES, Artur. MELLO, Patrícia Campos. Fraude com CPF viabilizou disparo de mensagens de WhatsApp na eleição. *Folha de S. Paulo*, 2 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/12/fraude-com-cpf-viabilizou-disparo-de-mensagens-de-whatsapp-na-eleicao.shtml>. Acesso em: 14 fev. 2022; MELLO, Patrícia Campos. Empresários bancam campanha contra o PT pelo WhatsApp. *Folha de S. Paulo*, 18 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/empresarios-bancam-campanha-contra-o-pt-pelo-whatsapp.shtml>. Acesso em: 14 fev. 2022.

provado que os representados (o Presidente da República e outros) optaram por realizar a campanha eleitoral para a presidência, ao longo do pleito de 2018, predominantemente por meio digital e via aplicativos de mensagens, no caso o WhatsApp⁹. Ela também menciona que havia um entorno estruturado e organizado de pessoas próximas ao presidente para apoiar a disseminação de informações relativas às eleições.

A WhatsApp Inc. informou nos autos que quatro empresas disponibilizavam serviços de disparos em massa violadores dos termos de serviços da companhia de mensageria interpessoal, sendo que duas delas efetivamente realizaram disparos. Pessoas trabalhavam nas empresas em três turnos e realizavam cerca de 75 mil disparos. Os inquéritos 4.781 e 4.828, conhecidos como “inquéritos dos atos antidemocráticos”¹⁰, que tramitam no STF, tiveram suas provas compartilhadas nas AIJE’s e indicavam um padrão comportamental do entorno presidencial que remontava a 2017, atacando-se adversários políticos, candidatos e instituições.

As ações foram relatadas pelo Ministro Luis Felipe Salomão. Seu voto rejeitou a ilegitimidade passiva dos então candidatos Jair Bolsonaro e Hamilton Mourão. Segundo Salomão, ainda que o candidato não tenha participado de forma direta do ilícito contra a normalidade e a legitimidade do processo eleitoral, esses seriam cânones do Estado Democrático de Direito¹¹. A delimitação normativa promovida pelo tribunal é essencial para qualificar a gravidade dos atos em relação ao processo eleitoral à qualidade da democracia constitucional brasileira, já deteriorada a partir de diversos outros fatores¹².

É importante assinalar uma prejudicial de mérito trazida pelo Ministro Salomão: ela diz respeito à extensão do acatamento do pedido de produção de provas feito pelos requerentes. Nos autos, havia requerimento de oitiva de testemunhas que envolviam a família do presidente, assim como pedido para compartilhamento em toda a extensão das provas produzidas nos inquéritos

⁹ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Ações de investigação judicial eleitoral 0601968- 80.2018.6.00.0000 e 0601771-28.2018.6.00.0000*. 2021a, p. 4.

¹⁰ O inquérito 4.828 foi arquivado pelo Ministro Alexandre de Moraes, em 1º de julho de 2021, a pedido do Procurador-Geral da República Augusto Aras. Ocorre que, no mesmo ato, o Ministro Relator determinou a instauração, em apenso ao inquérito das *fake news* (4.781), de investigações a respeito de uma organização criminoso de atuação digital que atuaria em grande semelhança com o grupo investigado no inquérito principal, com a finalidade e atentar contra a democracia e o Estado de Direito (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Inquérito 4.828*. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento em 1º de julho de 2021. 2021a. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/7/811B73C-F292CC7_Inq4828-MinutaFinal-assinada.pdf Acesso em: 14 fev. 2022).

¹¹ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Ações de investigação judicial eleitoral 0601968-80.2018.6.00.0000 e 0601771-28.2018.6.00.0000*. 2021a, p. 10.

¹² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em Crise no Brasil: Valores Constitucionais, Antagonismo Político e Dinâmica Institucional*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

das *fake news* e dos atos antidemocráticos, ainda pendentes no STF. Um dos argumentos utilizados pelo relator para indeferir tais pedidos é o de que teria havido longo trâmite processual, considerando-se os parâmetros da Justiça Eleitoral. Assim, tendo sido as ações ajuizadas em outubro e dezembro de 2018 e só julgadas em fins de outubro de 2021, entendeu-se ser o prazo de tramitação excessivo. Seria de se considerar o art. 97-A da Lei 9.504/1997¹³, que estipula como duração razoável do processo (nos termos do art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição de 1988) o prazo de um ano de tramitação para ações que possam resultar em perda do mandato eletivo. A pergunta principal, contudo, seria em que medida tal ampliação do conteúdo probatório “efetivamente” atingiria o resultado da demanda.

Destacou o voto do relator que a utilização de ferramentas digitais, por si só, não seria problemática. A ilicitude, contudo, surgiria na medida em que há compromisso de candidaturas adversárias. Note-se, a esse respeito, que o próprio WhatsApp Inc. havia, previamente, notificado extrajudicialmente as empresas réis pela oferta de serviços que violavam os termos de serviço da plataforma de mensagens. Esse é um dado importante, já que a delimitação normativa, aqui, nasce a partir de uma verificação da empresa privada para, ao fim, ser confirmada institucional e judicialmente pelo TSE. Banimentos de contas também foram realizados pela empresa.

Além disso, os inquéritos das *fake news* e dos atos antidemocráticos permitiram a introdução de provas documentais e testemunhais nas AIJE's que demonstraram que o entorno presidencial, de fato, mobilizou digitalmente eleitores para atacar adversários políticos, durante e após a campanha, além de mirar instituições democráticas. A atuação nesse sentido fora, inclusive, corroborada por parlamentares que outrora compuseram a base legislativa do Chefe do Poder Executivo, por meio de declarações que fortaleciam a tese da existência de um “gabinete do ódio”.

Na ótica do voto do relator, a normalidade e a legitimidade dos pleitos eleitorais foram protegidos constitucional (art. 14, § 9º, da Constituição de 1988) e legalmente (arts. 19 e 22 da Lei Complementar – LC – 64/1990)¹⁴. Busca-se, com esses dispositivos, evitar o abuso do poder econômico e dos meios de comunicação

¹³ BRASIL. *Lei 9.504, de 30 de setembro 1997*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm. Acesso em: 9 jun. 2022.

¹⁴ BRASIL. *Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm. Acesso em: 9 jun. 2022.

social pelos candidatos, algo que levaria à violação de iguais oportunidades no pleito. Note-se que, desde 2018, tem-se desenvolvido estudos no Brasil aptos a comprovar a lesividade da propagação de desinformação por meio do WhatsApp e que, também, a própria empresa poderia tomar medidas para frear tais danos¹⁵. Assim, o manejo de aplicativos de mensagens instantâneas para promoção de disparos em massa objetivando atacar adversários políticos configuraria ato abusivo. O candidato beneficiado por tais tecnologias deve, segundo o voto do relator, ser apenado pela Justiça Eleitoral. Por fim, aplicativos de mensagens instantâneas são facilmente reconhecidos como meios de comunicação social.

Aspecto importante que constou do voto do relator diz respeito à proteção da autodeterminação informativa, que é assegurada também pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei 13.709/2018¹⁶. A esse respeito, o próprio TSE expediu normativa própria com a Resolução 23.610/2019¹⁷, especialmente os arts. 29, 31 e 41. Diante do exposto, foi possível para o TSE fixar uma tese jurídica no julgamento:

[...] o caso convida a Corte a fixar a tese jurídica no sentido de que a exacerbação do uso de aplicativos de mensagens instantâneas para realizar disparos em massa, promovendo desinformação, diretamente por candidato ou em seu benefício e em prejuízo de adversários políticos, pode configurar abuso do poder econômico e uso indevido dos meios de comunicação social, nos termos do art. 22 da LC 64/90, a depender da gravidade da conduta, que será examinada em cada caso concreto.¹⁸

O aporte consequentialista do voto passa, então, a ser dominante: fixar o que seria a gravidade da conduta. Nesse ponto, alguns marcos seriam úteis, como o teor das mensagens, como elas repercutiram perante o eleitorado, seu alcance, a participação dos candidatos e se houve financiamento com vistas a atingir a equidade do pleito. A gravidade das circunstâncias não se confundiria com a potencialidade de alterar o resultado eleitoral. Tal gravidade, contudo, não teria

¹⁵ RESENDE, Gustavo *et al.* Analyzing textual (Mis)information shared in WhatsApp groups. *WebSci 2019 - Proceedings of the 11th ACM Conference on Web Science*, p. 225-234, 2019; MELO, Philippe de Freitas *et al.* *Can WhatsApp Counter Misinformation by Limiting Message Forwarding?* 2019. <http://arxiv.org/abs/1909.08740>. Acesso em: 16 fev. 2022.

¹⁶ BRASIL. *Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 9 jun. 2022.

¹⁷ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Resolução 23.610, de 18 de dezembro de 2019*. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-610-de-18-de-dezembro-de-2019>. Acesso em: 9 jun. 2022.

¹⁸ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Ações de investigação judicial eleitoral 0601968-80.2018.6.00.0000 e 0601771-28.2018.6.00.0000*. 2021a, p. 41.

sido provada pelos autores das AIJE's. Vários dos requisitos para a gravidade do fato apontados pelo voto do relator, e, de fato, de difícil prova, restaram não evidenciados no trâmite da ação. Nem mesmo o financiamento teria sido provado.

Os demais Ministros do TSE acompanharam o relator. O Ministro Luís Roberto Barroso destacou que a decisão seria para o futuro, buscando demarcar novos eventos para o pleito de 2022. Ele chegou a ser ainda mais pontual ao destacar o problema de “bolhas” e “câmaras de eco” na difusão da desinformação e a importância de se atingir o financiamento de redes¹⁹. O Ministro Alexandre de Moraes foi mais enfático, salientando que a repetição dos fatos de 2018 levaria à cassação de registro e eventual prisão daqueles envolvidos com as chamadas “milícias digitais”. O Ministro Carlos Horbach foi o único vencido quanto a fixação da tese almejada pelo relator.

É possível perceber, portanto, que a decisão não teve um efeito imediato considerando-se o material colhido no curso do procedimento. Ainda que se defenda a ausência de comprovação da gravidade, um argumento que não é de todo vazio, deve-se considerar que a decisão é muito mais um aviso ou uma advertência, como será discutido nos próximos tópicos. Para compreendê-la adequadamente, contudo, é preciso situar o poder disciplinador do TSE e da Justiça Eleitoral nas eleições brasileiras.

3. A Justiça Eleitoral brasileira e suas funções: um poder disciplinador digital?

A decisão nas AIJE's sobre abuso do poder econômico e dos meios de comunicação social foram uma dentre diversas iniciativas levadas adiante pelo TSE depois do que se sucedeu nos meios digitais nas eleições de 2018. A corte, à época presidida pela Ministra Rosa Weber (2018-2020), não escondeu mostrar-se despreparada para enfrentar, com a velocidade necessária, a perturbação da normalidade do pleito – ainda que um Conselho Consultivo sobre Internet e Eleições tivesse sido criado em 2017²⁰.

¹⁹ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. TSE julga improcedentes ações contra Jair Bolsonaro e Hamilton Mourão. *Tribunal Superior Eleitoral*, 28 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2021/Octubro/tse-julga-improcedentes-acoes-contra-jair-bolsonaro-e-hamilton-mourao>. Acesso em: 14 fev. 2022.

²⁰ VENAGLIA, Guilherme. Rosa Weber: *fake news* são problema mundial contra o qual não há ‘milagre’. *Veja*, 21 de outubro de 2018. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/rosa-weber-fake-news-sao-problema-mundial-contra-o-qual-nao-ha-milagre/>. Acesso em: 14 fev. 2022.

Já sob a presidência do Ministro Luís Roberto Barroso (2020-2022), uma série de medidas foram concretizadas visando controlar a difusão de desinformação e a influência do abuso de poder econômico e de comunicação social no meio digital. Houve a realização de um Programa de Combate à Desinformação, com principal objetivo de atuar sobre as eleições de 2020. O programa compreendeu: uma coalizão para checagem de informações falsas; uma página de aferição sobre fatos e boatos; um *chatbot* (ou seja, um simulador de um ser humano para atendimento virtual) no WhatsApp; uma rede de difusores de conteúdo; uma campanha midiática contra desinformação, um comitê de *cyber-intelligence*, entre outras medidas²¹.

O TSE também estabeleceu parcerias com várias instituições públicas e privadas para o desenvolvimento de ações de combate à desinformação. Os acordos envolveram agências de checagem (Lupa, Aos Fatos, entre outras), empresas de telefonia, órgãos de pesquisa, órgãos públicos, associações de mídia e mesmo plataformas digitais como Facebook, Instagram, WhatsApp, Google/YouTube, Twitter e TikTok²². Congressos foram realizados e especialistas foram ouvidos em audiências²³. Na transição para presidência do Ministro Edson Fachin (de fevereiro a agosto de 2020, já que ele completará quatro anos na corte), a ênfase na segurança cibernética para combate do que ele chamou de populismo autoritário também foi dada. O Ministro Barroso, ao deixar o cargo, apresentou um acordo com as plataformas digitais Twitter, Tik Tok, Facebook, WhatsApp, Google, Instagram, YouTube e Kwai, para combate à desinformação no âmbito eleitoral²⁴.

Um ponto de questionamento parte da relação do TSE com militares. Havia tratativas no sentido que o ex-Ministro da Defesa, Fernando Azevedo, assumiria o cargo de Diretor-Geral da instituição. Azevedo já havia assessorado o Ministro Dias Toffoli na presidência do STF. Ele desistiu, contudo, sob

²¹ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Programa de enfrentamento à desinformação com foco nas eleições 2020*: relatório de ações e resultados. Brasília: TSE, 2021. Disponível em: https://www.justicaeleitoral.jus.br/desinformacao/arquivos/Programa_de_enfrentamento_resultados.pdf. Acesso em: 15 fev. 2022.

²² TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. TSE fortalece ações conjuntas contra a desinformação e pela democracia. Disponível em: *Tribunal Superior Eleitoral*, 17 de novembro de 2021. <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2021/Novembro/tse-fortalece-acoes-conjuntas-contr-a-desinformacao-e-pela-democracia>. Acesso em: 15 fev. 2022.

²³ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Confira as ações contra a desinformação efetivadas pelo TSE nos últimos anos. *Tribunal Superior Eleitoral*, 10 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2022/Janeiro/confira-as-acoes-contr-a-desinformacao-efetivadas-pelo-tse-nos-ultimos-anos>. Acesso em: 15 de fev. 2022.

²⁴ MARQUES, José. Fachin reage a Bolsonaro e diz que TSE irá combater ameaças do populismo autoritário. *Folha de S. Paulo*, 15 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/02/fachin-reage-a-bolsonaro-e-diz-que-tse-ira-combater-ameacas-do-populismo-autoritario.shtml>. Acesso em: 15 fev. 2022.

alegações de saúde²⁵. Adicionalmente, o Ministro Barroso já havia solicitado ao Ministro da Defesa Braga Netto a indicação de nomes para composição da Comissão de Transparência Eleitoral que, inclusive, havia recebido, em sigilo, uma série de quesitos das Forças Armadas sobre a segurança das urnas eletrônicas contra ataques cibernéticos. Sob o apoio dos três sucessivos presidentes do TSE, decidiu-se pela divulgação do relatório²⁶. Tais complexas relações entre militares e membros do Poder Judiciário demonstram o quadro já instalado de militarização da política que só é agravado em meio ao papel de milícias digitais. Além disso, levanta questionamentos sobre a função administrativa do próprio tribunal.

Todas as ações no campo informacional são relevantes e figuram dentro das funções de ordem administrativa que a Justiça Eleitoral desempenha no Brasil para gerir o próprio processo eleitoral. Quando se trata, contudo, do campo informacional que interessa ao capitalismo de vigilância, aqui entendido como uma lógica econômica que atua sobre comportamentos e que é apto a romper com a soberania popular²⁷, tal função administrativa deve, sim, encampar o debate informacional, mas não deve se cingir a ele.

É claro que a função administrativa da Justiça Eleitoral comporta um poder de polícia que pode ir desde a expedição e cancelamento de títulos eleitorais até a suspensão de plataformas que se omitam em relação à fiscalização que cabe aos tribunais²⁸. Assim, pode ser necessário que o TSE não somente regule meios digitais por intermédio de seu poder normativo como, tal similarmente às AIJE's aqui analisadas, desempenhe sua mais corriqueira função, qual seja, a jurisdicional. Não se esqueça, também, que a função consultiva pode ser demandada a fim de preparar o processo eleitoral com antecedência para as mudanças radicais e velozes da era digital. Por fim, saliente-se que a função normativa do TSE foi cumprida, em parte, com a edição da já mencionada Resolução 23.610/2019 e seus arts. 29, 31 e 41.

A compreensão devida dos espaços de atuação de uma corte eleitoral diante de suas diversas funções ante plataformas e outros meios digitais deve ser feita,

²⁵ ROCHA, Marcelo. 2021a. General Fernando Azevedo, ex-ministro de Bolsonaro, desiste de direção do TSE. *Folha de S. Paulo*, 16 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/02/general-fernando-azevedo-ex-ministro-de-bolsonaro-desiste-de-direcao-do-tse.shtml>. Acesso em: 17 fev. 2022.

²⁶ ROCHA, Marcelo. 2021b. TSE torna pública resposta aos militares sobre urna eletrônica após insinuações de Bolsonaro. *Folha de S. Paulo*, 16 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/02/tse-torna-publica-resposta-aos-militares-sobre-urna-eletronica-apos-insinuacoes-de-bolsonaro.shtml>. Acesso em: 17 fev. 2022.

²⁷ ZUBOFF, Shoshana. *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*. New York: Public Affairs, 2019, p. 2.

²⁸ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 161.

contudo, respondendo-se à pergunta antecedente sobre o impacto da regulação daqueles mesmos meios. Esse percurso permite observar de que maneira o estado da arte do desenvolvimento das tecnologias, a autocontenção dos poderes de conglomerados transnacionais e as possíveis injunções de políticas estatais levarão a novos experimentos do constitucionalismo digital. Esse é o objeto do próximo tópico.

4. Em direção à construção de um constitucionalismo digital

A explosão da inovação tecnológica das últimas décadas fez com que poucas companhias concentrassem uma enorme quantidade de renda e, por consequência, poder econômico em nível global, sobretudo em vista da natureza transnacional das tecnologias e trânsito dos dados. Shoshana Zuboff descreve esse fenômeno como o advento do capitalismo de vigilância: uma nova estrutura econômica na qual práticas de extração e predição de dados permitem uma lógica algorítmica que altera comportamentos visando possibilitar mais lucros para aquelas grandes companhias, as *big techs*²⁹. Cuida-se de transformar a experiência humana em dados. A partir daí, novos produtos, serviços e soluções digitais são criados e regenerados pelas plataformas, dentro de segmentos específicos da indústria, como aqueles de monitoramento de dados, motores de busca, agregadores de notícias, anúncios online, serviços de mensagens e novas soluções de recomendações de preferências online³⁰.

As alterações comportamentais dependem não apenas de poucas escolhas feitas por usuários, mas principalmente da determinação exterior da oferta feita por empresas que se utilizam da tecnologia das plataformas digitais. Objetivos econômicos ditam a forma de utilização por tais companhias de um poder instrumental que modifica e monetiza comportamentos humanos baseado em uma *radical indiferença*, ou seja, computadores não são necessariamente sensíveis em relação ao conteúdo da informação difundida³¹. Poder instrumental e radical indiferença são duas chaves conceituais centrais para o debate de como

²⁹ ZUBOFF, Shoshana. *The Age of Surveillance Capitalism*, p. 20.

³⁰ Sistemas de recomendação online – Online Recommendation Systems (ORSs) – são baseados em pesquisa ativa em mineração de dados e aprendizado de máquina, com métodos de filtragem colaborativa fundados na coleta e análise de uma quantidade enorme de dados relativos aos comportamentos, atividades ou preferências dos usuários e na predição de tudo quanto os usuários possam gostar com base em sua semelhança com outros usuários (ZHOU, Xujuan *et al.* The state-of-the-art in personalized recommender systems for social networking. *Artificial Intelligence Review*, v. 37, n. 2, 2012, p. 119).

³¹ ZUBOFF, Shoshana. *The Age of Surveillance Capitalism*, p. 363.

constituições, leis e códigos desempenharão papéis de aprendizagem e predição no confronto com inovações tecnológicas.

A difusão tecnológica não coincide acidentalmente com a queda de qualidade das democracias constitucionais que se vislumbrou nas duas últimas décadas. Para além do campo econômico e consumerista, há relevância também das novas tecnologias para o campo político. O que será, ou não, consenso na esfera pública depende de câmaras de eco, grandes quantidades de dados (*big data*) e sua manipulação, assim como de inteligência artificial³². Esses fatores não atuam isoladamente no campo da propaganda política e devem ser associados a outras formas de impulsionamento de posições políticas polarizadas. Mas as novas tecnologias têm, sim, um papel essencial que não pode ser ignorado, sobretudo por suas funções intrusivas na esfera social³³.

Com essa gama de aspectos da vida social atingidas pelas novas tecnologias, é impossível que o direito fique imune a elas. Pelo contrário, o que se supõe é que, por intermédio dos meios digitais, o direito venha ser manipulado em favor de interesses econômicos e políticos não necessariamente legais ou constitucionais. Celeste, por exemplo, sustenta que tecnologias digitais agem sobre o constitucionalismo atuando tanto na expansão de direitos, como a liberdade de expressão, como também promovendo riscos para os direitos fundamentais e para o equilíbrio entre poderes, principalmente comparando-se poderes públicos e privados³⁴.

A possibilidade de que as companhias digitais violem direitos fundamentais aumentou com as novas tecnologias. Daí que o constitucionalismo digital englobaria as reações normativas à alteração de equilíbrio ocasionada por tecnologias digitais, fornecendo, também, os princípios que guiam tais reações³⁵. Deve-se refutar, contudo, e a partir do conceito de Edoardo Celeste, que o constitucionalismo digital seja uma ideologia. O constitucionalismo é estruturado por instituições, direitos e formas de regulação de poder que vão muito além de formas de consciência social, ainda que o autor procure rechaçar tal confusão.

³² SUNSTEIN, Cass. *Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media*. New Jersey: Princeton University Press, 2017; TUFEKCI, Zeynep. *Engineering the public: big data, surveillance and computational politics*. *First Monday*, v. 19, n. 7, p. 1-39, 2014.

³³ BENKLER, Yochai. FARIS, Robert. ROBERTS, Hal. *Network propaganda: manipulation, disinformation, and radicalization in American Politics*. New York: Oxford University Press, 2018, p. 4.

³⁴ CELESTE, Edoardo. Digital constitutionalism: a new systematic theorisation. *International Review of Law, Computers and Technology*, v. 33, n. 1, 2019, p. 3.

³⁵ CELESTE, Edoardo. Digital constitutionalism: a new systematic theorisation, p. 7.

Mais do que um novo paradigma do constitucionalismo, o constitucionalismo digital refere-se à regulação dos meios digitais. O constitucionalismo digital não se limita a atuar apenas, por um lado, sobre poderes públicos e nem, por outro lado, sobre poderes privados. Até por seus efeitos transnacionais, não é de se esperar mais uma dimensão exclusivamente estatista do constitucionalismo³⁶. É aqui que decisões do ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*) e regulações de entidades privadas, códigos de conduta, recomendações e diretrizes ganham relevo para a regulação pretendida pelo constitucionalismo digital. Nesse sentido, parece ser forçoso reconhecer que processos transnacionais e multissetoriais influenciarão a modelagem do constitucionalismo digital.

Ressalte-se que este campo de desenvolvimento doutrinário e regulatório conta ainda com importante influência da concepção de constitucionalismo societal de Günther Teubner³⁷. As constituições passam a desempenhar funções de ordens autônomas e, ao mesmo tempo, de autocontenção. Além disso, as constituições, mesmo em ordens privadas, estimulam processos de decisão equivalentes aos modelos estatais (daí a necessidade de democratização de estruturas e funções das plataformas privadas), buscando legitimidade por formas políticas, determinando esferas de ação com equivalentes nos direitos fundamentais e tomando decisões de interesse público que não são mais privilégios de agentes do Estado.

Giovanni de Gregorio visualiza o mesmo movimento de reação normativa no âmbito da União Europeia contra os excessos de violação de direitos fundamentais, mas principalmente no exercício de funções quase públicas por companhias que operam em escala transnacional. Seu argumento, contudo, é o de que uma nova fase do constitucionalismo, qualificada como digital, estaria em jogo³⁸. Teria havido, de fato, uma mudança paradigmática.

A afirmação é, todavia, controversa, uma vez que o constitucionalismo, seja em nível doméstico, seja em nível transnacional, já há muito havia direcionado seus dispositivos para poderes privados. Mencione-se a perspectiva de horizontalização germânica dos direitos fundamentais (a chamada “eficácia horizontal”) e, ainda, o já relatado ponto de vista de um constitucionalismo societal. Essa crítica não impede perceber uma sucessão de fases em relação, pelo menos, a o que se deu na União Europeia: de um liberalismo econômico em

³⁶ CELESTE, Edoardo. Digital constitutionalism: a new systematic theorisation, p. 16.

³⁷ TEUBNER, Günther. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

³⁸ GREGORIO, Giovanni de. The rise of digital constitutionalism in the European Union. *International Journal of Constitutional Law*, v. 19, n. 1, 2021, p. 42.

relação às plataformas digitais para um reconhecimento do papel constitucional de disciplina da sociedade algorítmica.

No caso da União Europeia, o que se observa é uma duradoura omissão na definição de normas jurídicas com força doméstica para governar um movimento algorítmico cada vez mais forte. A *Data Protection Directive* (95/46/EC), de 1995, só é retomada e revisada em 2012 para ser substituída em 2018, com a *General Data Protection Regulation* (GDPR) (2016/679). A ausência de ação teria demandado, conseqüentemente, uma maior intervenção judicial propiciada pela nova regulação.

O que se observa é que a fundamentação judicial de vários casos perante a Corte de Justiça da União Europeia está delineada por valores caros ao constitucionalismo, como Estado de Direito e direitos fundamentais³⁹. E esses valores vieram a inspirar novos experimentos para regulação de serviços digitais no domínio comunitário, como a discussão e aprovação pelo Parlamento Europeu das propostas do Regulamento Europeu de Serviços Digitais e Mercados Digitais⁴⁰. Os instrumentos acumulam as expectativas de contestação do poder corporativo das plataformas sediadas nos Estados Unidos e a crença de que a regulação europeia pode servir de base para transferência de normas digitais em escala global⁴¹.

Novas tecnologias impulsionaram o espaço de atuação de plataformas digitais que, em uma lógica algorítmica, se pautaram por menos transparência e mais opacidade. As reações normativas desenham um caminho para o constitucionalismo que se propõe a regular ganhos da era digital. É aqui que a moderação de conteúdo desempenha um papel primordial, já que plataformas não têm apenas uma perspectiva passiva e podem promover a violação de direitos fundamentais e do próprio procedimento democrático. A questão, que será retomada adiante, é que o constitucionalismo digital deve ser aberto a formas de *accountability* híbridas, que permitam tanto controle como autonomia⁴², uma

³⁹ GREGORIO, Giovanni de. *The rise of digital constitutionalism in the European Union*, p. 53.

⁴⁰ Ver, por exemplo, Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um mercado único de serviços digitais (Regulamento Serviços Digitais) e que altera a Diretiva 2000/31/CE (doc COM/2020/825 final - "Digital Services Act"); e Proposta de Parlamento Europeu e do Conselho relativo à disputabilidade e equidade dos mercados no setor digital (Digital Markets Act). Bruxelas, 15.12.2020 (doc. COM (2020) 842 final).

⁴¹ COMISSÃO EUROPEIA. Uma nova abordagem para garantir a liderança mundial das normas da UE promovendo os valores e um mercado único resiliente, verde e digital. *Press Release*. 2 de fevereiro de 2022. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/ip_22_661. Acesso em: 3 mai. 2022.

⁴² SUZOR, Nicolas. *Lawless: the secret rules that govern our digital lives*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019, p. 165.

vez que o predomínio desenfreado do Estado apenas nesse campo pode ir de encontro justamente às pretensões democráticas sobre ações responsáveis nos meios digitais.

Contudo, seria possível falar de constitucionalismo digital no Brasil? Responder a essa pergunta é a temática da próxima seção.

5. Constitucionalismo digital no Brasil

Diante da discussão sobre a prevalência de um constitucionalismo digital, é preciso situar o caso brasileiro, e esse exercício pode ser estabelecido a partir de sistemas jurídicos comparados. Note-se que o avanço da internet no Brasil não se distancia temporalmente em muito das mudanças experimentadas no continente europeu. A incidência de uma leitura excessivamente liberal em termos econômicos também foi a tônica aqui em boa parte dos anos 1990 e 2000, como representada em parte pelos instrumentos comunitários europeus, por exemplo, a Diretiva Europeia de Comércio Eletrônico de 2000⁴³. O debate sobre regulação na Europa, contudo, teve efeitos rápidos para países emergentes como Brasil e Índia⁴⁴. Dessa forma, uma regulação que contasse tanto com elementos de governança de conteúdo internos às plataformas (ainda que criticáveis) quanto com ações de índole estatal começou a se descortinar na década de 2010.

Relembre-se, portanto, que a aprovação do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) teve um papel fundamental e pioneiro na garantia de direitos de usuários⁴⁵. O advento da já mencionada LGPD também tem importantes efeitos para a regulação doméstica das atividades relativas a tratamento de dados pessoais, cada vez mais intensificadas pelo uso de ferramentas de tecnologias digitais e processos de digitalização. No que interessa mais especificamente ao objeto deste artigo, a reação reguladora aos efeitos deletérios da manipulação de plataformas nas eleições de 2018, deve-se registrar o papel central desempenhado pela CPI das *Fake News*, com funcionamento suspenso ante a pandemia de Covid-19 no momento de fechamento deste texto.

⁴³ Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrônico, no mercado interno.

⁴⁴ ANJOS, Lucas. *Can law ever be code? Beyond Google's Algorithmic Black Box and towards a right to explanation*. Tese de Doutorado (UFMG e Université Libre de Bruxelles). Belo Horizonte e Bruxelas: 2021, p. 22.

⁴⁵ BRASIL. *Lei 12.965, de 23 de abril de 2014*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 9 jun. 2022.

Os desdobramentos da CPI da pandemia foram fundamentais para alargar a delimitação do funcionamento de organizações de difusão de desinformação que foram centrais para a política deliberada de imunidade de rebanho sustentada pelo governo federal. O relatório final apresenta não somente o papel claro das milícias digitais, mas a necessidade de que seja regulado o combate à desinformação nos meios digitais⁴⁶. No âmbito do próprio processo eleitoral, a aprovação da Lei n. 14.192/2021 alterou o art. 323 do Código Eleitoral para criminalizar a difusão de desinformação em relação a partidos e candidatos durante o período eleitoral⁴⁷.

Art. 323. 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:

[...]

Parágrafo único. Revogado.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem produz, oferece ou vende vídeo com conteúdo inverídico acerca de partidos ou candidatos.

§ 2º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) até metade se o crime:

I - é cometido por meio da imprensa, rádio ou televisão, ou por meio da internet ou de rede social, ou é transmitido em tempo real;

II - envolve menosprezo ou discriminação à condição de mulher ou à sua cor, raça ou etnia. (NR).

Destaque-se, também, o projeto de lei que visa combate a difusão de *fake news*, PL 2.630/2020⁴⁸, originalmente proposto pelo Senador Alessandro Vieira e que conta com um substitutivo, na Câmara dos Deputados, do Deputado Federal Orlando Silva.

A tramitação dos inquéritos das *fake news* e dos atos antidemocráticos, ainda que o primeiro possa ser questionado, pôde descortinar institucionalmente o modo de funcionamento das chamadas milícias digitais. Elas atuam de modo a formalizar organizações digitais tipicamente atuantes em redes sociais, aplicativos de mensagens e grupos de discussão na internet com objetivo deliberado de manipulação e influência de resultados políticos, comunicativos e interpretativos,

⁴⁶ CPI DA PANDEMIA. *Relatório Final*. p. 882. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/fc73ab53-3220-4779-850c-f53408ecd592>. Acesso em: 3 mai. 2022.

⁴⁷ BRASIL. *Lei 14.192, de 4 de agosto de 2021*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14192.htm. Acesso em: 9 jun. 2022.

⁴⁸ BRASIL. *PL 2.360/2020*.

mediante ataques, linchamentos, assédio e intimidação por meios digitais⁴⁹. O próprio ataque ao sistema de urnas eletrônicas no Brasil efetuado pelo Presidente da República resultou na instauração de investigação eleitoral para apurar sua responsabilidade – que, no limite, poderia levar à sua inelegibilidade – e que estaria associada à utilização de serviços de internet para disseminar desinformação, manipular impressões e opiniões a respeito da realização do pleito eleitoral⁵⁰. Em janeiro de 2022, um relatório da Polícia Federal apontou que o presidente teve atuação direta na disseminação de desinformação sobre as urnas eletrônicas⁵¹.

Desse modo, o constitucionalismo digital demanda ação estatal e regulatória sobre vários aspectos do funcionamento dos meios digitais. E, no caso brasileiro, pode-se perceber que o manejo indevido das funcionalidades de plataformas digitais já trouxe efeitos perniciosos para o Estado Democrático de Direito. Dessa forma, vê-se que há reação normativa e de governança de conteúdo contra vários desses ataques. O que não significa dizer que todos os aspectos de governança do funcionamento de mídias digitais devam ser “estatalizados”. Como indica a própria ideia de constitucionalismo societal, há formas importantes de governança privada. A tônica que deve imperar em sistemas como o do Facebook Oversight Board, por exemplo, é o de espelhamento no constitucionalismo para usufruto de suas ferramentas de democratização e legitimidade, em vários casos subexploradas. As bases do constitucionalismo digital, como visto, reclamam premissas não apenas de revisão de princípios de um constitucionalismo analógico⁵², porém de adaptação da sociedade digital às demandas do constitucionalismo.

A constatação da incidência de um experimento de constitucionalismo digital no Brasil é coroada com a aprovação da Emenda Constitucional 115/2022⁵³. Ela incluiu a proteção de dados pessoais, inclusive por meios digitais, no rol de direitos fundamentais do art. 5º (por adição do inciso LXXIX, da Constituição da

⁴⁹ BENTES, Ivana. As milícias digitais de Bolsonaro e o colapso da democracia. *Cult.* v. 12, 2018. Disponível em: <https://revistacult.uol.com.br/home/nao-matem-a-democracia/>. Acesso em: 20 abr. 2022; SILVEIRA, Pedro Telles da. Lembrar e esquecer na internet: memória, mídias digitais e a temporalidade do perdão na esfera pública contemporânea. *Varia Historia*, v. 37, n.73, p. 287-321, 2021.

⁵⁰ VITAL, Danilo. TSE instaura inquérito e pede investigação contra Bolsonaro por ataque eleitoral. *Conjur*, 2 de agosto de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-02/tse-instaura-inquerito-envia-noticia-crime-stf-bolsonaro>. Acesso em: 16 fev. 2022.

⁵¹ HIRABARAHASI, Gabriel. PF diz que Bolsonaro teve atuação direta em *fake news* sobre urnas eletrônicas”. *CNN Brasil*, 16 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/pf-diz-que-bolsonaro-teve-atuacao-direta-em-fake-news-sobre-urnas-eletronicas/>. Acesso em: 17 fev. 2022.

⁵² CELESTE, Edoardo. Constitutionalism in the Digital Age. In: VVAA. *Liber Amicorum for Ingolf Pernice*. HIG: Berlin. 2020. p. 22-33. Disponível em: <https://www.hiig.de/en/liber-amicorum-for-ingolf-pernice/> Acesso em: 20 abr. 2022.

⁵³ BRASIL. *Emenda Constitucional n. 115, de 10 de fevereiro de 2022*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm. Acesso em: 9 jun. 2022.

República)⁵⁴, além de estabelecer que é da competência administrativa da União organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais (art. 21, inc. XXVI) e de sua competência legislativa a regulação da proteção e tratamento de dados pessoais (art. 22, inc. XXX). Trata-se também de um movimento de reação normativa, a propósito de uma das bases do constitucionalismo digital, razoavelmente apta a estabelecer freios e contrapesos sobre poderes de atores estatais e não estatais⁵⁵.

É preciso saber, diante do exposto, em que medida o constitucionalismo contemporâneo coopera na solução da demanda que foi posta perante o TSE nas AIJE's da chapa Bolsonaro/Mourão. Não é preciso dissertar sobre o impacto político que tais ações gerariam. Na próxima seção, este artigo enfrentará a quadra atual da discussão sobre o papel de cortes perante a política, especialmente em situações de fragilidade democrática.

6. Judicialização da megapolítica na erosão da democracia

O art. 22, inc. XIV, da LC 64/1990 estabelece que a representação nela prevista, concernente à chamada ação de investigação judicial eleitoral⁵⁶, se tiver seu pedido provido, resultará em inelegibilidade dos representados e cassação do registro ou diploma do candidato beneficiado pelo abuso do poder econômico ou dos meios de comunicação social. Adicionalmente, o art. 222 do Código Eleitoral prevê que haverá anulação da votação, assim reconhecida como viciada⁵⁷. Tais seriam os efeitos jurídicos normais advindos de um julgamento de procedência das AIJE's contra chapa Bolsonaro/Mourão no TSE. Com o afastamento dessa consequência antes a suposta não demonstração da gravidade dos atos, a decisão, pois, cinge-se muito mais a advertir candidatos e partidos de que o uso de meios digitais de forma abusiva não será tolerado nas eleições que ocorram no futuro.

Antes, porém, de uma análise mais pormenorizada do provimento, é preciso discutir a dimensão da atuação jurisdicional em casos de megapolítica, ou seja, daquilo que Hirschl (2008) definiu como questões de alto impacto político e

⁵⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 9 jun. 2022.

⁵⁵ CELESTE, Edoardo. *Constitutionalism in the Digital Age*, p. 10.

⁵⁶ BRASIL. *Lei Complementar n. 64*, de 18 de maio de 1990.

⁵⁷ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*, p. 1.219; BRASIL. *Lei n. 4.737*, de 15 de julho de 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737compilado.htm. Acesso em: 9 jun. 2022.

geradoras de dissensos amplos⁵⁸. A questão passa a ganhar contornos diversos diante do processo de gradual perda da qualidade da democracia que tem acompanhado diversos países no mundo todo⁵⁹.

Observe-se que o Brasil, no quesito sobre “democracia liberal” do V-DEM, desceu de uma pontuação de 0.8, em 2013, para 0.53, em 2020, uma qualificação próxima a da transição constitucional de 1988. De acordo com a Freedom House, o Brasil recebeu a nota 79/100 no *ranking* de liberdade global, em 2016, caindo para 74/100 em 2021. A The Economist Intelligence Unit classificou o Brasil, em 2020, como uma democracia falha, qualificativo recebido também pela Hungria⁶⁰.

Mesmo aceitando uma definição mais formal e ligada à uma concepção liberal de democracia constitucional, o conceito de Ginsburg e Huq de erosão democrática, como um processo que fulmina gradualmente os padrões de Estado de Direito, liberdades civis e eleições livres e periódicas pode ser útil para os propósitos desse artigo⁶¹. Afinal, de um lado, mesmo considerando que o Brasil tem outros fatores em perigo na definição mais substancial de uma democracia social que a Constituição de 1988 promoveu, não é de se desprezar o amplo ataque desferido contra as instituições eleitorais pela Presidência de Jair Bolsonaro e, mais especificamente, com a manipulação da soberania popular por meios digitais em 2018.

Em sua visão específica sobre a relação entre cortes e democracia, Ginsburg define a jurisprudência antierosão como sendo aquela voltada para controlar ameaças que visam reduzir a competição democrática⁶². Sua preocupação seria com um “mínimo” de qualidade de democracia – o que pode se distanciar sobre o que, de fato, afeta a democracia brasileira – mas que, nas circunstâncias de preservação do processo eleitoral, pode se mostrar útil para direcionar como uma corte deve decidir. Igualmente, com vistas a cumprir funções de coordenação contra um governante iliberal ou autoritário, decisões de uma corte podem

⁵⁸ LIMA, Jairo. BEÇAK, Rubens. Judicialização da “megapolítica”: um estudo de caso a partir do alcance normativo da consulta eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral. *Revista Brasileira de Teoria Constitucional*, v. 2, n. 2, 2016, p. 1.130-1.146.

⁵⁹ V-DEM INSTITUTE. *Autocratization turns viral*. Gotemburgo: V-DEM Institute, 2021. Disponível em: https://www.v-dem.net/static/website/files/dr/dr_2021.pdf. Acesso em: 16 fev. 2022; FREEDOM HOUSE. *Freedom in the world 2021: democracy under siege*. Washington: Freedom House, 2021. Disponível em: https://freedomhouse.org/sites/default/files/2021-02/FIW2021_World_02252021_FINAL-web-upload.pdf. Acesso em: 16 fev. 2022.

⁶⁰ THE ECONOMIST. Global democracy has a very bad year. *The Economist*, 2 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.economist.com/graphic-detail/2021/02/02/global-democracy-has-a-very-bad-year>. Acesso em: 17 fev. 2022.

⁶¹ GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz. *How to Save a Constitutional Democracy*, p. 9.

⁶² GINSBURG, Tom. The Jurisprudence of Anti-Erosion. *Drake Law Review*, v. 66, p. 823-853, 2018. p. 837.

indicar aos cidadãos que aquele governo violou normas jurídicas, que ele não está unificado e que oponentes políticos podem expandir sua causa.

Para além das delimitações em termos substantivos a respeito do que pode ser feito quanto ao processo eleitoral, deve-se também verificar quais modalidades decisórias e procedimentais estariam abertas para as cortes em casos de megapolítica.

Dixon e Issacharoff (2016) procuraram separar formas diversas pelas quais tribunais evitam o próprio confronto político usando diferentes tipos de decisões de diferimento (*deferral*)⁶³. *Diferimentos de primeira ordem* suspendem ou adiam, de fato, anulações de leis ou atos que possam redundar em conflitos diretos entre os poderes. *Diferimentos de segunda ordem* exploram a fundamentação do julgado para trazer advertências para outros poderes, sem que, no dispositivo, apareça uma clara e definida resolução sobre, por exemplo, a inconstitucionalidade de um ato ou norma.

Yvonne Tew trata os casos como sendo de uma atuação judicial estratégica⁶⁴. Cuida-se também, da ótica judicial, de adotar uma posição consequencialista não apenas em termos jurídicos, mas de fortalecimento institucional. Assim, seria possível classificar as posições das cortes em relação às políticas de outros poderes de quatro formas.

Na estratégia *maxi-minimalista*, tribunais adotam uma longa fundamentação, porém um curto dispositivo (*holding*) que evita o confronto político. Essa seria a tônica de *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803), em que a Suprema Corte dos Estados Unidos se autointitula do poder de controle jurisdicional de constitucionalidade, mas deixa de reconhecer, de modo vinculante, o cargo de juiz de paz pleiteado por William Marbury⁶⁵. Já a estratégia *mini-maximalista* parte do princípio de restringir as razões de decidir e adotar um dispositivo com amplas consequências políticas, como ocorrera com a Suprema Corte do Reino Unido ao invalidar, em 2019, a prorrogação da sessão legislativa do Parlamento estabelecida pelo Executivo, fazendo prevalecer séculos de soberania parlamentar⁶⁶.

⁶³ DIXON, Rosalind; ISSACHAROFF, Samuel. Living to fight another day: judicial deferral in defense of democracy. *Wisconsin Law Review*, p. 683-731, 2016.

⁶⁴ TEW, Yvonne. Strategic judicial empowerment. *American Journal of Comparative Law* (no prelo), 2022.

⁶⁵ SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. 1803. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137>. Acesso em: 16 fev. 2022.

⁶⁶ SUPREMA CORTE DO REINO UNIDO. 2019. *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent), Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)*. Disponível em: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2019-0192-judgment.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2022.

Uma estratégia de *construção de coalizão* também é derivada do caso britânico, uma vez que a Suprema Corte do Reino Unido sai da questão fortalecida em conjunto com o Parlamento. Na estratégia *retórica*, uma corte pode buscar um maior apoio público para sua decisão: a Suprema Corte do Malauí, ao invalidar o resultado das eleições presidenciais de 2019 por adulteração de votos, precisou, em boa parte do julgado, recorrer à narrativa da prevalência da soberania popular e daquilo que seria a expressão “concreta” da democracia⁶⁷. Por fim, uma estratégia de *decisão unânime* pode esconder o dissenso individual e fortalecer, ainda mais, a posição institucional.

Mais especificamente no contexto de erosão democrática, Roznai aponta qual seria o papel de reação de cortes que são atacadas em tais circunstâncias ou que, nas suas palavras, é objeto de *bullying*⁶⁸. Não se desconsidere o caso brasileiro, em que tanto o STF quanto o TSE foram duramente questionados pelo presidente e seus apoiadores, principalmente durante o período de pandemia de Covid-19. Em uma posição de *confronto*, uma suprema corte ou corte constitucional pode partir para um revide direto – o pior exemplo comparado é o da Corte Constitucional Russa, suspensa por Yeltsin na década de 1990⁶⁹. Posições contrárias, de pura *deferência*, podem resultar no enfraquecimento institucional da corte no médio ou longo prazo. Já a posição de “negócios como sempre” (*business-as-usual*) pressupõe que a corte continue trabalhando como se estivesse em um período de normalidade – o que se assemelha, de fato, a uma atitude *antibullying* mais promissora.

Diante dessa breve revisão de literatura, pode-se colocar sob enfoque a decisão do TSE nas AIJE's da chapa Bolsonaro/Mourão. A decisão tem aspectos de um diferimento de segunda ordem: ao trabalhar a ausência de comprovação da gravidade dos autos, mas, ao mesmo tempo, reconhecendo o amplo manejo de meios digitais de forma a comprometer o processo eleitoral, ela deixa de reconhecer a cassação dos diplomas das chapas no terceiro ano do mandato e a anulação dos votos – com todas as consequências políticas que poderiam advir de uma decisão desse tipo no momento de uma já delongada crise política no país.

É também uma decisão *maxi-minimalista*, já que a longa fundamentação traz elementos muito concretos sobre uso de empresas para disparos em massa que

⁶⁷ TEW, Yvonne. Strategic judicial empowerment. *American Journal of Comparative Law* (no prelo), 2022; SUPREMA CORTE DO MALAUÍ. *Mutharika & Anor. v Chilima & Anor. (MSCA Constitutional Appeal 1 of 2020) MWSC 1 (08 May 2020)*. Disponível em: <https://malawilii.org/mw/judgment/supreme-court-appeal/2020/1>. Acesso em: 16 fev. 2022.

⁶⁸ ROZNAI, Yaniv. Who will save the redheads? Towards an anti-bully theory of judicial review and protection of democracy. *William & Mary Bill of Rights Journal*, v. 29, n. 2, p. 327-366, 2020.

⁶⁹ ROZNAI, Yaniv. Who will save the redheads? p. 359.

influenciaram o poder de decisão dos eleitores, além de trazer claras advertências dos Ministros do TSE de que tais condutas, de fato, vão configurar, no futuro, abuso de poder econômico ou dos meios de comunicação social. Esse é o aspecto mais saliente da decisão: evitar, no dispositivo, uma consequência política de difícil gestão, mas, na fundamentação, se estender circunstanciando normativamente as condutas. Ou, nos termos do constitucionalismo digital, reagindo, ainda que tardia e retoricamente, a abusos cometidos em 2018 e reforçando instrumentos de participação e comprometimento de atores não estatais, como as grandes plataformas, na tarefa de aplicação das leis eleitorais e observância de direitos fundamentais online.

O TSE, ao fixar a tese de que o uso de meios digitais, com disparos em massa, pode configurar abuso de poder econômico ou dos meios de comunicação social também quase se aproximou da estratégia de decisão unânime, não fosse o voto vencido do Ministro Horbach. Não se deve descurar, também, que a corte adotou uma posição de “negócios como sempre” (*business-as-usual*), já que não se curvou aos reiterados ataques à Justiça Eleitoral promovidos pelo governo federal – a pergunta que fica, contudo, é de se sua resposta *maxi-minimalista* terá efeitos persuasivos contra as milícias digitais e se ela se desdobrará em ações mais concretas no futuro.

No curto prazo, houve indicação positiva, já que a corte cassou o mandato parlamentar do ex-Deputado Federal Fernando Francischini que, em 2018, divulgou falsas notícias sobre a legitimidade das urnas eletrônicas. Nas palavras do Ministro Alexandre de Moraes, “ficou caracterizada a utilização indevida de veículo de comunicação social para a disseminação de gravíssimas notícias fraudulentas, com repercussão de gravidade no pleito eleitoral e com claro abuso de poder político”⁷⁰. A decisão foi, posteriormente, confirmada pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal⁷¹.

⁷⁰ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Deputado Francischini é cassado por propagar desinformação contra a urna eletrônica. *Tribunal Superior Eleitoral*, 28 de outubro de 2021 [2021e]. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2021/Octubro/plenario-cassa-deputado-francischini-por-propagar-desinformacao-contra-o-sistema-eletronico-de-votacao>. Acesso em: 16 fev. 2022.

⁷¹ D'AGOSTINO, Rosângela. 2ª Turma no STF derruba decisão de Nunes Marques e restaura cassação de deputado bolsonarista. *G1*. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/06/07/2a-turma-do-stf-derruba-decisao-de-nunes-marques-que-devolveu-mandato-a-deputado-bolsonarista.ghtml>. Acesso em: 9 jun. 2022.

7. Conclusões

A posição de cortes ante questões de alto impacto político (megapolítica) é objeto de discussão de uma variada literatura do Direito Constitucional Comparado. A decisão do TSE nas AIJE's da chapa Bolsonaro/Mourão figura adequadamente naquilo que se classificou como uma estratégia *maxi-minimalista*: é detalhista e promove forte advertência no campo da sua fundamentação, mas é restritiva ao adotar a tese de ausência de gravidade para evitar a cassação da chapa presidencial eleita. Há considerações de ordem política, como o período avançado do mandato, que não passam despercebidas da corte, mas que aparecem sob uma designação normativa de duração razoável do processo. É impossível, assim, afirmar que argumentos políticos tenham sido ignorados.

Pelo contrário, o TSE, objeto ele mesmo de um *bullying* institucional praticado pelo Presidente Bolsonaro e seus apoiadores, considerou as circunstâncias de um avançado processo de erosão democrática no Brasil e partiu para uma posição conciliatória com um dos fatores do processo de deterioração, as próprias Forças Armadas. A tática não parece ter surtido efeito, já que militares bateram em retirada sinalizando a ausência de total apoio para a condução do processo eleitoral de 2022. Além disso, há o risco de um consequencialismo excessivo gerar futura seletividade que, a depender de uma mudança da posição do TSE, acabe projetando efeitos para o próprio resultado eleitoral.

A decisão nas AIJE's da chapa Bolsonaro/Mourão é relevante no ponto em que fixa uma tese jurídica sobre a possibilidade de abuso de poder econômico ou dos meios de comunicação social por meio de disparos em massa em serviços de mensageria eletrônica. Ocorre que, ao promover tal enquadramento não em uma resolução, no âmbito de sua função normativa, mas em um caso concreto, ao exercer função jurisdicional, o TSE arrisca sua própria autonomia institucional, e mesmo o processo democrático brasileiro, ao confundir as competências já consolidadas da Justiça Eleitoral. De mais a mais, ela evidencia uma posição tímida quando se considera a dimensão dos ataques à própria corte e ao sistema eleitoral.

A guinada promovida pelo TSE com a adoção do Programa de Combate à Desinformação assimilou elementos característicos dos modelos de constitucionalismo digital, já que mescla poderes típicos estatais com aqueles de atores não estatais. Entre eles estão o uso de tecnologias para interferir no fluxo informacional e conter os efeitos nocivos da desinformação; a adoção de padrões de interação com *chatbots* para fins de atendimento a cidadãos eleitores, entre outros.

De qualquer maneira, ainda que o constitucionalismo digital tenha sedimentado importantes raízes no Brasil, há uma série de demandas a serem cumpridas, principalmente por parte do órgão encarregado de fiscalizar as eleições. Essas demandas são muito mais prementes em situações de erosão democrática e podem ser frustradas por posições meramente estratégicas ou excessivamente consequencialistas apenas do ponto de vista político.

8. Referências

ANJOS, Lucas. *Can law ever be code? Beyond Google's algorithmic black box and towards a right to explanation*. Tese de Doutorado. Belo Horizonte e Bruxelas: UFMG e Université Libre de Bruxelles, 2021.

BENKLER, Yochai; FARIS, Robert; ROBERTS, Hal. *Network Propaganda: manipulation, disinformation, and radicalization in American Politics*. New York: Oxford University Press, 2018.

BENTES, Ivana. As milícias digitais de Bolsonaro e o colapso da democracia. *Cult.* v. 12, 2018. Disponível em: <https://revistacult.uol.com.br/home/nao-matem-a-democracia/> Acesso em: 20 abr. 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 9 jun. 2022.

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 115, de 10 de fevereiro de 2022*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm. Acesso em: 9 jun. 2022.

BRASIL. *Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm. Acesso em: 9 jun. 2022.

BRASIL. *Lei 12.965, de 23 de abril de 2014*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 9 jun. 2022.

BRASIL. *Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 9 jun. 2022.

BRASIL. *Lei 14.192, de 4 de agosto de 2021*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14192.htm. Acesso em: 9 jun. 2022.

BRASIL. *Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737compilado.htm. Acesso em: 9 jun. 2022.

BRASIL. *Lei 9.504, de 30 de setembro 1997*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm. Acesso em: 9 jun. 2022.

BRASIL. *PL 2.630/2020*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2256735>. Acesso em: 9 jun. 2022.

CELESTE, Edoardo. Constitutionalism in the Digital Age. In: VVAA. *Liber Amicorum for Ingolf Pernice*. HIG: Berlin. 2020. p. 22-33. Disponível em: <https://www.hiig.de/en/liber-amicorum-for-ingolf-pernice/> Acesso em: 20 abr. 2022.

CELESTE, Edoardo. Digital constitutionalism: a new systematic theorization. *International Review of Law, Computers and Technology*, v. 33, n. 1, p. 76-99, 2019.

COMISSÃO EUROPEIA. Uma nova abordagem para garantir a liderança mundial das normas da UE promovendo os valores e um mercado único resiliente, verde e digital. *Press Release*. 2 de fevereiro de 2022. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/ip_22_661. Acesso em: 3 mai. 2022.

CONJUR, 18 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-18/supremo-valida-inquerito-fake-news-ameacas-ministros>. Acesso em: 14 fev. 2022.

CPI DA PANDEMIA. *Relatório Final*. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/fc73ab53-3220-4779-850c-f53408ecd592>. Acesso em: 3 mai. 2022.

D'AGOSTINO, Rosângela. 2ª Turma no STF derruba decisão de Nunes Marques e restaura cassação de deputado bolsonarista. *G1*. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/06/07/2a-turma-do-stf-derruba-decisao-de-nunes-marques-que-devolveu-mandato-a-deputado-bolsonarista.ghtml>. Acesso em: 9 jun. 2022.

DE GREGORIO, Giovanni; CELESTE, Edoardo. Digital Humanism: the constitutional message of the GDPR. *Global Privacy Law Review*, v. 3, n. 1, p. 4-18, 2022.

DE GREGORIO, Giovanni; RADU, Roxana. Digital constitutionalism in the new era of internet governance. *International Journal of Law and Information Technology*, 2022, p. 1-20.

DIXON, Rosalind; ISSACHAROFF, Samuel. Living to fight another day: Judicial Deferral in defense of democracy. *Wisconsin Law Review*, p. 683- 731, 2016.

FOLHA DE S. PAULO, 18 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/empresarios-bancam-campanha-contra-o-pt-pelo-whatsapp.shtml>. Acesso em: 14 fev. 2022.

FREEDOM HOUSE. Freedom in the world 2021: democracy under siege. *Freedom House*, Washington: 2021. Disponível em: https://freedomhouse.org/sites/default/files/2021-02/FIW2021_World_02252021_FINAL-web-upload.pdf. Acesso em: 16 fev. 2022.

GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz. *How to save a constitutional democracy*. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 2018.

GINSBURG, Tom. The jurisprudence of anti-erosion. *Drake Law Review*, v. 66, p. 823-853, 2018.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

GREGORIO, Giovanni de. The rise of digital constitutionalism in the European Union. *International Journal of Constitutional Law*, v. 19, n. 1, p. 41-70, 2021.

HIRABARAHASI, Gabriel. PF diz que Bolsonaro teve atuação direta em fake news sobre urnas eletrônicas. *CNN Brasil*, 16 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/pf-diz-que-bolsonaro-teve-atuacao-direta-em-fake-news-sobre-urnas-eletronicas/> Acesso em: 17 fev. 2022.

HIRSCHL, Ran. The judicialization of mega-politics and the rise of political courts. *Annual Review of Political Science*, v. 11, p. 93-118, 2008.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. São Paulo: Zahar, 2018.

LIMA, Jairo; BEÇAK, Rubens. Judicialização da “mega-política”: um estudo de caso a partir do alcance normativo da consulta eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral. *Revista Brasileira de Teoria Constitucional*, v. 2, n. 2, 2016, p. 1.130-1.146.

MARQUES, José. Fachin reage a Bolsonaro e diz que TSE irá combater ameaças do populismo autoritário. *Folha de S. Paulo*, 15 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/02/fachin-reage-a-bolsonaro-e-diz-que-tse-ira-combater-ameacas-do-populismo-autoritario.shtml>. Acesso em: 15 fev. 2022.

MELLO, Patrícia Campos. *A máquina do ódio*: notas de uma repórter sobre fake news e violência digital. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

MELLO, Patrícia Campos. Empresários bancam campanha contra o PT pelo WhatsApp. *Folha de S. Paulo*, 18 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/empresarios-bancam-campanha-contra-o-pt-pelo-whatsapp.shtml>. Acesso em: 14 fev. 2022.

MELO, Philipe de Freitas et al. *Can WhatsApp counter misinformation by limiting message forwarding?* 2019. Disponível em: <http://arxiv.org/abs/1909.08740> Acesso em: 16 fev. 2022.

O GLOBO. Entrevista: “Bolsonaro facilitou a vida das milícias digitais”, diz Barroso. *O Globo*, 13 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/entrevista-bolsonaro-facilitou-vida-das-milicias-digitais-diz-barroso-25392162>. Acesso em: 14 fev. 2022.

POLLICINO, Oreste. *Judicial Protection of Fundamental Rights on the internet: a road towards Digital Constitutionalism?* London: Bloomsbury, 2021.

RESENDE, Gustavo et al. Analyzing textual (mis)information shared in WhatsApp groups. *WebSci 2019: Proceedings of the 11th ACM Conference on Web Science*, p. 225-234, 2019.

ROCHA, Marcelo. General Fernando Azevedo, ex-ministro de Bolsonaro, desiste de direção do TSE. *Folha de S. Paulo*, 16 de fevereiro de 2022 [2021^a]. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/02/general-fernando-azevedo-ex-ministro-de-bolsonaro-desiste-de-direcao-do-tse.shtml>. Acesso em: 17 fev. 2022.

ROCHA, Marcelo. TSE torna pública resposta aos militares sobre urna eletrônica após insinuações de Bolsonaro. *Folha de S. Paulo*, 16 de fevereiro de 2022 [2021^b]. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/02/tse-torna-publica-resposta-aos-militares-sobre-urna-eletronica-apos-insinuacoes-de-bolsonaro.shtml>. Acesso em: 17 fev. 2022.

RODRIGUES, Artur; MELLO, Patrícia Campos. Fraude com CPF viabilizou disparo de mensagens de WhatsApp na eleição. *Folha de S. Paulo*, 2 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/12/fraude-com-cpf-viabilizou-disparo-de-mensagens-de-whatsapp-na-eleicao.shtml>. Acesso em: 14 fev. 2022.

ROZNAI, Yaniv. Who will save the redheads? Towards an Anti-Bully Theory of Judicial Review and protection of democracy. *William & Mary Bill of Rights Journal*, v. 29, n. 2, p. 327-366, 2020.

SILVEIRA, Pedro Telles da. Lembrar e esquecer na internet: memória, mídias digitais e a temporalidade do perdão na esfera pública contemporânea. *Varia Historia*, v. 37, n. 73, p. 287-321, 2021.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

SUNSTEIN, Cass. *#Republic: divided democracy in the age of social media*. New Jersey: Princeton University Press, 2017.

SUPREMA CORTE DO MALAUÍ. Mutharika & Anor. v Chilima & Anor. (MSCA Constitutional Appeal 1 of 2020) MWSC 1 (08 May 2020). Disponível em: <https://malawilii.org/mw/judgment/supreme-court-appeal/2020/1>. Acesso em: 16 fev. 2022.

SUPREMA CORTE DO REINO UNIDO. R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent), Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland). 2019. Disponível em: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2019-0192-judgment.pdf> Acesso em: 16 fev. 2022.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137> Acesso em: 16 fev. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 572*. Julgamento de 18 de junho de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346358281&ext=.pdf> Acesso em: 16 fev. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Inquérito 4.828*. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento em 1º de julho de 2021. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/7/811B73CF292CC7_Inq4828-MinutaFinal-assinada.pdf. Acesso em: 14 fev. 2022.

SUZOR, Nicolas. *Lawless: the secret rules that govern our digital lives*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

TEUBNER, Günther. *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

TEW, Yvonne. Strategic judicial empowerment. *American Journal of Comparative Law*, no prelo, 2022.

THE ECONOMIST. Global democracy has a very bad year. *The Economist*, 2 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.economist.com/graphic-detail/2021/02/02/global-democracy-has-a-very-bad-year>. Acesso em: 17 fev. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Ações de investigação judicial eleitoral 0601968-80.2018.6.00.0000 e 0601771-28.2018.6.00.0000*. Julgamento em 28 de outubro de 2021. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2021/10/2021.10.25-REVISADO-COM-EMENTA-AJJE-060196880-e-060177128.pdf> Acesso em: 14 fev. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Resolução 23.610, de 18 de dezembro de 2019*. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-610-de-18-de-dezembro-de-2019>. Acesso em: 9 jun. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. TSE julga improcedentes ações contra Jair Bolsonaro e Hamilton Mourão. *Tribunal Superior Eleitoral*, 28 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/>

noticias-tse/2021/Outubro/tse-julga-improcedentes-acoes-contra-jair-bolsonaro-e-hamilton-mourao. Acesso em: 14 fev. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Programa de enfrentamento à desinformação com foco nas eleições 2020*: relatório de ações e resultados. Brasília: TSE, 2021. Disponível em: https://www.justicaeleitoral.jus.br/desinformacao/arquivos/Programa_de_enfrentamento_resultados.pdf Acesso em: 15 fev. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. TSE fortalece ações conjuntas contra a desinformação e pela democracia. *Tribunal Superior Eleitoral*, 17 de novembro de 2021. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2021/Novembro/tse-fortalece-acoes-conjuntas-contra-a-desinformacao-e-pela-democracia>. Acesso em: 15 fev. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Deputado Francischini é cassado por propagar desinformação contra a urna eletrônica. *Tribunal Superior Eleitoral*, 28 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2021/Outubro/plenario-cassa-deputado-francischini-por-propagar-desinformacao-contra-o-sistema-eletronico-de-votacao>. Acesso em: 16 fev. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Confira as ações contra a desinformação efetivadas pelo TSE nos últimos anos. *Tribunal Superior Eleitoral*, 10 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2022/Janeiro/confira-as-acoes-contra-a-desinformacao-efetivadas-pelo-tse-nos-ultimos-anos>. Acesso em: 15 fev. 2022.

TUFEKCI, Zeynep. Engineering the public: big data, surveillance and computational politics. *FirstMonday*, v. 19, n. 7, p. 1-39, 2014.

VALENTE, Fernanda. Supremo valida inquérito das fake news, que investiga ameaças a ministros. *Conjur*, 18 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-18/supremo-valida-inquerito-fake-news-ameacas-ministros>. Acesso em: 14 fev. 2022.

V-DEM INSTITUTE. *Autocratizationturns viral*. Gotemburgo: V-DEM Institute, 2021. Disponível em: https://www.v-dem.net/static/website/files/dr/dr_2021.pdf Acesso em: 16 fev. 2022.

VENAGLIA, Guilherme. Rosa Weber: fake news são problema mundial contra o qual não há ‘milagre’. *Veja*, 21 de outubro de 2018. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/rosa-weber-fake-news-sao-problema-mundial-contra-o-qual-nao-ha-milagre/> Acesso em: 14 fev. 2022.

VITAL, Danilo. TSE instaura inquérito e pede investigação contra Bolsonaro por ataque eleitoral. *Conjur*, 2 de agosto de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-02/tse-instaura-inquerito-envia-noticia-crime-stf-bolsonaro>. Acesso em: 16 fev. 2022.

ZHOU, Xujian et al. The state-of-the-art in personalized recommender systems for social networking. *Artificial Intelligence Review*, v. 37, n. 2, p. 119-132, 2012.

ZUBOFF, Shoshana. Big other: surveillance capitalism and the prospects of an information civilization. *Journal of Information Technology*, v. 30, n. 1, p. 75-89, 2015.

ZUBOFF, Shoshana. *The Age of Surveillance Capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power*. New York: Public Affairs, 2019.

Petição inicial – Ação condenatória – *Revenge Porn*



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Excelentíssimo Juiz de Direito da Vara Cível
Comarca de Belo Horizonte - MG

-- SIGILO --

Conteúdo sexual, privado e íntimo
Art. 189, III, CPC

***, vem, por meio da DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, esta representada pelo seu órgão de execução *infra*, propor a presente

AÇÃO PELO PROCEDIMENTO COMUM

nos termos dos arts. 318 e ss. do CPC/2015, em face de ***; conforme fatos e fundamentos que seguem;

☞ DOS FATOS À LUZ DO DIREITO☞

A requerente estabeleceu com o requerido o relacionamento afetivo socialmente conhecido como namoro. Tal relacionamento se estendeu ao longo do mês de *** de ***. No entanto, nos primeiros dias de *** do mesmo ano, o requerido passou a manifestar um comportamento consideravelmente agressivo em relação à Sra. ***.

A requerente confrontou o então namorado sobre o ocorrido, momento em que ele alegou ter descoberto a “verdadeira personalidade” de ***. *** afirmou que a requerente era uma “garota de programa” e que poderia comprovar o fato.

Em seguida, o requerido lançou uma campanha de ataques contra a imagem e a honra da autora, por meio da divulgação, em grupo familiar de *WhatsApp*, de “prints” de telas que aduziam profissionais do sexo que se assemelhavam vagamente à Sra. ***, mas que eram, nitidamente, outras pessoas. Foram consignadas pelo réu declarações de que se tratariam de fotos da autora no ofício de prostituição (documentos em anexo).

O requerido realizou, pois, uma campanha difamatória através do grupo familiar de *WhatsApp* do qual participam os pais e as irmãs da requerente, digitando ofensas como “prostituta” e “promíscua”. Finalmente, em *** o requerido enviou no mesmo grupo um vídeo íntimo, que a requerente lhe havia transferido em caráter privado (“sexting”), divulgação essa que caracteriza o “revenge porn”.

Segue, abaixo, a imagem com trecho do citado vídeo íntimo:

1



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(***)

O referido vídeo foi acessado e efetivamente visualizado por todos os mencionados parentes de ***. Este ato agressivo provocou um impacto devastador na vida da requerente.

A autora providenciou o Boletim de Ocorrência em anexo.

Por meio dos autos ***, sobrevieram medidas protetivas em favor da requerente.

Os registros de mensagens estão disponíveis para avaliação do juízo na fase apropriada, mas devem ser mantidos em sigilo absoluto, dadas as circunstâncias sensíveis do caso.

Em face deste quadro, não restou à requerente outra opção senão recorrer à presente ação judicial.

Essas e outras questões jurídicas de relevo serão detidamente avaliadas nos tópicos que seguem.

DA ANÁLISE JURÍDICA PORMENORIZADA

-- Preambularmente: da competência

O ilícito causador de danos à autora configura, ao mesmo tempo, violência psicológica (art. 7º, II, da Lei 11.340-2006), violência sexual (art. 7º, III, da Lei 11.340-2006) e violência moral (art. 7º, V, da Lei 11.340-2006).

Considerando-se as normas essencialmente cíveis encartadas na Lei Maria da Penha, que por isso apresentam natureza heterotópica¹, deve prevalecer a competência tutelar definida pelo foro da mulher vitimada, nos termos do art. 15, II, da Lei 11.340-2006.

Lembre-se que o STJ admite a aplicação da Lei Maria da Penha em ação de natureza cível:

¹ Assim compreendida a norma presente em Diplomas que não se restringem à área geral de que tratam. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O novo Código Civil e as regras heterotópicas de natureza processual*. <https://revista.direito.ufmg.br>. Acesso em 03.02.2022.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL.
STJ VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI N. 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA). INCIDÊNCIA NO ÂMBITO CÍVEL. NATUREZA JURÍDICA. DESNECESSIDADE DE INQUÉRITO POLICIAL, PROCESSO PENAL OU CIVIL EM CURSO.

1. As medidas protetivas previstas na Lei n. 11.340/2006, observados os requisitos específicos para a concessão de cada uma, podem ser pleiteadas de forma autônoma para fins de cessação ou de acautelamento de violência doméstica contra a mulher, independentemente da existência, presente ou potencial, de processo-crime ou ação principal contra o suposto agressor.

2. Nessa hipótese, as medidas de urgência pleiteadas terão natureza de cautelar cível satisfativa, não se exigindo instrumentalidade a outro processo cível ou criminal, haja vista que não se busca necessariamente garantir a eficácia prática da tutela principal. “O fim das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem. Não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Não visam processos, mas pessoas” (DIAS. Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na justiça. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012).

3. Recurso especial não provido.” (STJ, REsp 1419421/GO, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 07/04/2014)

-- Do sexting

Verificou-se, no caso em apreço, o denominado “sexting”. De acordo com o Dicionário Oxford da Língua Inglesa, o termo exprime a atividade de enviar um “sex” para alguém. “Sext”, por sua vez, é neologismo formado pela combinação das palavras “sex” (sexo) e “text” (texto) e, segundo o mesmo dicionário, diz respeito a uma mensagem, foto ou vídeo de conteúdo sexual e que se envia por “smartphones” (= telefones celulares). Em que pese o sentido literal, o ato de transmitir textos - “to text” - diz respeito ao uso de aparelhos para o envio de qualquer espécie de dados, entre caracteres, sons e imagens.

O termo “sexting”, assim, refere-se à prática de enviar, receber ou compartilhar imagens, vídeos ou mensagens de conteúdo sexual explícito ou sugestivo, geralmente através de dispositivos eletrônicos como *smartphones*, *tablets* ou computadores. Essa prática pode envolver indivíduos de todas as idades, embora seja mais comum

3

Rua Araguari, 210, Barro Preto, BH-MG

Núcleo de Iniciais Cíveis – Obrigações – Contratos – Direito Empresarial – Entes despersonalizados – Pessoas jurídicas civis – Responsabilidade Civil – Direito de Vizinhança - Condomínio



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

entre adolescentes e adultos jovens. Em síntese, o “sexting” deve ser considerado como uma forma de comunicação eletrônica/telegráfica que envolve a troca de informações com conteúdo sexual explícito ou sugestivo. Dentre essas informações se incluem imagens, vídeos ou mensagens de texto.

Está-se diante de uma prática verificada na vida privada, realizada no âmbito da intimidade dos implicados e que gira em torno do âmbito sexual dos interlocutores. Pode ser considerado como uma outra manifestação do fenômeno da sedução entre parceiros. Para alguns, trata-se de uma forma de manter a chama do relacionamento acesa, fortalecer o vínculo e proporcionar felicidade recíproca.

A referida prática não é, de fato, uma novidade. No passado, esculturas e pinturas foram produzidas sobre a nudez da pessoa amada. Com o advento da fotografia, os registros potencializaram-se. Deparar-se com a nudez do parceiro é um pressuposto para o ato sexual e para a reprodução humana. Nem mesmo o acesso de tais dados à distância consiste em fenômeno recente, uma vez que há muito é possível o envio pela via analógica, a exemplo da remessa de fotos.

O emissor do “sexting” via de regra transfere dados em caráter estritamente privado, tendo por destinatário uma pessoa, especialmente o parceiro. Fia-se, portanto, na confiança que decorre do relacionamento. É sobre a base dessa confiança que se transfere o conteúdo sexual ao outro, na pressuposição de que de forma alguma poderá ser transferido ou divulgado para terceiros. A intimidade, nesses casos, é presumida por costume social geral, assim como é notório que as pessoas não optam por se apresentar nuas em suas atividades cotidianas, não escolhem por manter o ato sexual em público e não escancaram suas práticas sexuais para a família.

Dessa maneira, o depositário dos dados recebidos com tais conteúdos deve observar espartano sigilo e invariável respeito à intimidade, tanto do casal quanto do emissor.

-- Dos deveres violados pelo réu

Os deveres de imperativa observância pelo destinatário e depositário do “sexting” podem ser compreendidos a partir dos atributos intrínsecos dessa espécie de dados, conforme a seguinte síntese:

- São dados pessoais, porquanto relacionados a pessoa natural identificada (art. 5º, I; art. 17, da Lei 13.709-2018);
- Versam sobre a dignidade humana (art. 1º, III, art. 5º, CF-88; art. 2º, VII, da Lei 13.709-2018);



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- Integram os direitos da personalidade (art. 11, CC);
- Versam sobre a vida privada (art. 5º, X, CF-88; art. 21, CC; art. 2º, I, da Lei 13.709-2018);
- Versam sobre a intimidade (art. 5º, X, CF-88);
- Versam sobre a imagem da pessoa (art. 5º, X, CF-88);
- Encontram-se diretamente vinculados à honra da pessoa (art. 5º, X, CF-88);
- Vinculam-se à integridade psíquica e ao desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X, CF-88; art. 2º, VII, da Lei 13.709-2018);
- Consistem em dados sensíveis (art. 5º, X, CF-88), uma vez que versam sobre a vida da pessoa natural (art. 5º, II, da Lei 13.709-2018);
- Consistem em dados reservados e sigilosos (art. 5º, X, CF-88 c/c art. 5º, LX, CF-88);
- São sigilosos enquanto comunicações telegráficas de dados (art. 5º, XII, art. 136, §1º, I, “c”; art. 139, III, CF-88);
- São invioláveis enquanto direitos da personalidade (art. 5º, X, CF-88, art. 21, CC; art. 2º, IV, da Lei 13.709-2018);
- Não podem ser objeto de renúncia geral e permanente (art. 11, CC; Enunciado n. 4, I Jornada de Direito Civil – C/JF);
- Encontram-se sob a exclusiva ingerência (= operação de tratamento) do titular, conforme sua liberdade de comunicação e de autodeterminação informativa (art. 2º, II, III, da Lei 13.709-2018). Dessa forma, não podem, sem o consentimento específico expresso e por escrito do titular e sem a consignação de finalidade pontual, ser objeto de tratamento, assim entendida a “operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração” (art. 5º, X; art. 7º, I; art. 7º, X, §5º; art. 8º; art. 9º, I; art. 11, I, da Lei 13.709-2018). Por sua vez, o consentimento deve ser compreendido como a “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de

5

Rua Araguari, 210, Barro Preto, BH-MG

Núcleo de Iniciais Cíveis – Obrigações – Contratos – Direito Empresarial – Entes despersonalizados – Pessoas jurídicas civis – Responsabilidade Civil – Direito de Vizinhança - Condomínio



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

seus dados pessoais para uma finalidade determinada” (art. 5º, XII, da Lei 13.709-2018).

- Versam sobre a dignidade sexual (art. 218-C, CP);
- O seu tratamento (art. 5º, X, da Lei 13.709-2018) em regra gera dano ao titular (art. 11, §1º, da Lei 13.709-2018).

Considerando-se que as regras em tela também se vinculam a direitos do titular dos dados, calha recordar o brocardo latino *jus et obligatio sunt correlata*, segundo o qual “a todo direito corresponde uma obrigação”. No caso, para cada direito em destaque deriva um dever que caberia ao réu observar.

-- Do microsistema de tutela dos dados privados de conteúdo sexual • Incidência paramétrica e operacional da LGPD (Lei 13.709-2018)

O conjunto das normas constitucionais (arts. 1º, III; 5º, X; 5º, XII, 136, §1º, I, “c”; 139, III, CF-88), do Código Civil (arts. 11, 12), penais (art. 218-C, CP) e da Lei 13.709-2018 (LDPG) formam o microsistema de tutela dos dados íntimos com conteúdo sexual.

Dessa forma, não obstante o disposto no art. 4º, I, da Lei 13.709-2018, seus dispositivos devem ser aplicados, ainda que parametricamente, para balizar as diretrizes gerais relacionadas ao tratamento de dados privados de conteúdo sexual na relação entre particulares.

Em verdade, as normas que a LGPD bem organiza também decorrem dos preceitos constitucionais e das regras tutelares previstas no Código Civil, no Código Penal e no Código de Processo Civil.

Quanto ao CPC, o disposto em seu art. 139, IV consiste em cláusula geral processual com abertura suficiente para construir todas as medidas processuais necessárias e efetivas para contornar o tratamento ilícito de dados íntimos de conteúdo sexual, em tutela aos direitos fundamentais da intimidade, da imagem, da honra, da liberdade sexual e da integridade psíquica.

-- Do revenge porn

As operações de tratamento (art. 5º, X, da Lei 13.709-2018) encetadas pelo réu configuram o denominado “revenge porn”, que consiste no ato de divulgar para terceiros dados íntimos de teor sexual sem o consentimento do titular.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A prática ilícita pode ser bem compreendida pelo seguinte trecho do Relatório ao Projeto de Lei número 5.555/2013, que pretende promover alterações na Lei Maria da Penha:

“As proposições em tela pretendem punir os autores e defender as vítimas da ‘pornografia de revanche’ ou ‘pornografia de vingança’, modalidade de crime eletrônico que consiste em expor para grupos ou de forma massiva, sem autorização da vítima, imagens ou demais informações íntimas, tomadas em confiança, em geral durante fase em que o autor do crime e a vítima mantinham relação afetiva; ou, de forma ainda mais violenta, expor imagens de atos perpetrados contra a vítima (...)”.²

A advogada graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Vitória de Macedo Buzzi, em sua monografia intitulada “Pornografia de vingança: contexto histórico-social e abordagem no direito brasileiro”, obteve informações e sistematizou dados de pesquisas de ONGs que auxiliam no combate a violência pornográfica. Os dados colhidos atestam que 90% das vítimas da pornografia de vingança são mulheres, dentre as quais 57% alegaram que os materiais íntimos foram disponibilizados por ex-parceiros.³

O “revenge porn” usualmente se verifica como forma de retaliação praticada pelo parceiro que não aceita o rompimento do relacionamento. É o que constatou, em trabalho específico, a equipe de Caroline Machado de Oliveira Azeredo:

“Interessa, ao presente trabalho, a violência psicológica, pois **muitos homens reagem à separação ou às brigas com a prática do *revenge porn* ou ‘pornografia por vingança’, ou seja, expondo a intimidade/privacidade da mulher com a divulgação de fotos e vídeos íntimos na internet, com o propósito de causar a humilhação da vítima.**

Essa violência é praticada, na maioria dos casos, por ex-maridos, ex-companheiros e/ou ex-namorados que querem se vingar da mulher, uma vez que não aceitam o fim

² Comissão de Seguridade Social e Família. Projeto de lei 5.555, de 2013. Disponível em: <www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=98732164749FD57172DFBE74119ED9D8.proposicoesWebExterno?codteor=1249381&filename=Tramitacao-PL-5555/2013> Acesso em: 02-03-2023.

³ BUZZI, Vitória De Macedo. *Pornografia de vingança: contexto histórico-social e abordagem no direito brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/133841/TCC%20Vit%C3%B3ria%20Buzzi%20Versa%20Repositorio.pdf>>. Acesso em: 02-03-2023.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

do relacionamento. O homem reforça, portanto, o modelo social de submissão do gênero feminino.”⁴

Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas e outros coautores explicam que a sociedade brasileira despertou para o combate à “pornografia de vingança” a partir de 2013, quando foram verificados casos dramáticos de jovens vítimas da exposição indevida, que deliberaram pelo suicídio.⁵

A piauiense Júlia Rebeca dos Santos, de 17 anos, teve vídeos íntimos publicados nas redes sociais. Após a divulgação, a jovem enviou uma mensagem para a mãe através do *Twitter*, em tom de despedida.

Quatro dias após o suicídio de Júlia, a gaúcha Giana Laura Fabi igualmente decidiu por eliminar a própria vida. No dia 14 de novembro de 2013, a adolescente praticou o autoextermínio. Giana mostrou seus seios para um enamorado da escola, via *Skype*. O rapaz guardou as imagens em seu computador. Quando Giana resolveu relacionar-se com outra pessoa, o depositário, como forma de vingança, divulgou o conteúdo íntimo pela Internet, que rapidamente “viralizou” nas mídias sociais.

Lembre-se, ainda, do vazamento de conteúdo íntimo da atriz Carolina Dieckmann, que redundou na Lei 12.737-12, a qual tipificou a conduta de invadir aparelhos com o fim de obter dados e informações pessoais (art. 154-A, CP).

Não se descure, igualmente, do tipo positivado no art. 218-C, *in fine*, do Código Penal, conforme a redação atribuída pela Lei 13.718-2018 (= divulgação de cena de nudez). Sobre o dispositivo, Cézar Roberto Bitencourt, apontando que o bem jurídico tutelado pela norma é a dignidade sexual, tece os seguintes comentários:

“Protege-se, genericamente, a **dignidade sexual** individual, de homem e mulher, indistintamente, consubstanciada na liberdade sexual e direito de escolha, **especialmente da mulher, que é, com mais frequência, exposta nas redes sociais** por ex-companheiros, namorados ou cônjuges, **inclusive por vingança ou apenas para humilhar**. Em outros termos, o presente tipo penal insere-se na finalidade abrangente de garantir a todo ser humano que tenha **capacidade de autodeterminar-se sexualmente que o faça com liberdade de escolha e vontade**

⁴ AZEREDO, Caroline Machado de Oliveira; CARLOS, Paula Pinhal de; WENDT, Emerson. *A internet e a violência contra a mulher: uma análise sobre a aplicação da lei maria da penha aos casos de violência psicológica no contexto virtual*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 119/2016, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 305 – 326.

⁵ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; RIBEIRO, Jordana Sabino Mafra; VILAÇA, Wagner Felipe Macedo. *Pornografia de vingança: a necessidade de criação de novos mecanismos repressivos e preventivos*. Revista dos Tribunais, vol. 1029/2021. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2021, p. 103 – 122.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

consciente, mas, principalmente, preservando a sua privacidade, que é assegurada, inclusive, constitucionalmente.⁶

Como é evidente, a divulgação do conteúdo íntimo causa severas consequências para a vítima. Não é por outro motivo que o expediente é empregado a título de vingança, exatamente porque fere com intensidade.

O “revenge porn” não necessariamente se encontra vinculado ao “sexting”. Ele pode ser realizado com imagens capturadas presencialmente. Também é possível – como se verificou no caso concreto – que seja praticado com dados obtidos via “sexting”.

Os objetivos do agente são variados. Podem ser apontados os de causar constrangimento, humilhação, vingança ou qualquer outra forma de violência moral ou psicológica. De se destacar, por outro lado, a irrelevância do móvel subjetivo, uma vez que o ilícito se configura pelo fato da divulgação.

O réu deverá ser condenado em danos morais pela prática de “revenge porn” e divulgação de dados íntimos da autora.

-- Da responsabilidade civil

A prática de “revenge porn” concretizada pelo réu configura ilícito, a atrair a incidência do art. 186 do Código Civil:

Art. 186, CC

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

Constata-se, no caso, a violação da regra básica do *neminem laedere*. Este trecho do brocardo *juris praecepta haec sunt honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere* é tido como uma obrigação geral de cuidado (*general duty of care*) ou como um princípio geral do Direito.⁷ Cuida-se de dever jurídico, como elucidam Rui Stoco⁸ e Pontes de Miranda⁹, segundo o qual **toda pessoa deve cuidar para não causar dano a outrem.**

⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2019, p. 1046.

⁷ “(...) *obligación de carácter general o principio general del Derecho* (...)”, conforme ensinamentos de Carlos Lasarte (ALVAREZ, Carlos Lasarte. *Principios de Derecho Civil - Derecho de Obligaciones*. Tomo II. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 324).



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O *neminem laedere* encontra fundamento positivo nos arts. 186 e 927 do Código Civil. Estes não são apenas a sede legal da responsabilidade civil, mas também a fonte normativa do dever geral de não causar danos a outras pessoas. Basta lembrar que não faria sentido falar em responsabilidade sem que existisse, antes, o dever de cuidado (preceito primário).

Encontram-se presentes os elementos etiológicos que ensejam a reparação. Segundo lições de Caio Mário da Silva Pereira,

“Para a configuração da obrigação de indenizar por ato ilícito exige-se a presença de três elementos indispensáveis:

a) em primeiro lugar, a verificação de uma conduta antijurídica, que abrange comportamento contrário a direito, por comissão ou por omissão, sem necessidade de indagar se houve ou não o propósito de malfez;

b) em segundo lugar, a existência de um dano, tomada a expressão no sentido de lesão a um bem jurídico, seja este de ordem material ou imaterial, de natureza patrimonial ou não patrimonial;

c) e em terceiro lugar, o estabelecimento de um nexo de causalidade entre um e outro, de forma a precisar-se que o dano decorre da conduta antijurídica, ou, em termos negativos, que sem a verificação do comportamento contrário a direito não teria havido o atentado ao bem jurídico.”¹⁰

No caso, o dano está identificado pelas repercussões da divulgação de dados de conteúdo sexual e privado sobre a esfera da vítima.

O nexo causal decorre do próprio ato de divulgação, encetado pelo réu.

⁸ “Não se pode negar que no fundamental campo da responsabilidade civil o Código francês de 1804 foi suporte e modelo para o nosso estatuto civil revogado, sendo certo que a regra moral e paradigmática do *neminem laedere*, segundo a qual a ninguém é permitido causar lesão a outrem, foi consagrada no seu art. 1.382 ao dispor: *‘Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer’* (Qualquer fato oriundo daquele que provoca um dano a outrem obriga aquele que foi a causa do que ocorreu a reparar este dano).” (STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil no Código Civil Francês e no Código Civil Brasileiro - Estudos Em Homenagem ao Bicentenário do Código Civil Francês*. In Revista dos Tribunais, vol. 831, Jan. 2005. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 13.)

⁹ “Se o princípio jurídico é o do art. 159, não se precisa discutir, porque o fundamento é o do princípio geral, necessariamente. Se esse fundamento é só moral, então o *neminem laedere* seria somente regra ética e não regra jurídica, o que seria fazer-se tábua rasa dos princípios gerais de direito.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 1999, § 2.097.)

¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, v. I, Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense. 2004. p.661.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Quanto ao elemento culpa, ele deve ser tido em sentido normativo, figura jurídica que prescinde de qualquer apuração de índole subjetiva. Todos os deveres acima elencados foram descumpridos pelo réu.

O Supremo Tribunal de Justiça de Portugal elucida no que consiste a denominada culpa normativa, citando no julgado em destaque autores como Pessoa Jorge, Rui de Alarcão, Galvão Telles, Antunes Varela, Menezes Cordeiro e Menezes Leitão:

“Tradicionalmente, a culpa era definida em sentido psicológico como o nexó de imputação do *acto* ao agente, que se considerava existir sempre que o *acto* resultasse da sua vontade, ou seja, lhe fosse psicologicamente atribuível.

Essa concepção tem vindo a ser **substituída por uma definição de culpa em sentido normativo** como um juízo de censura ao comportamento do agente.

A culpa pode assim ser definida como o juízo de censura ao agente **por ter adoptado a conduta que adoptou, quando de acordo com o comando legal estaria obrigado a adoptar conduta diferente. Deve, por isso, ser entendida em sentido normativo, como a omissão de diligência que seria exigível ao agente de acordo com o padrão de conduta que a lei impõe.** Nestes termos, o juízo de culpa representa um desvalor atribuído pela ordem jurídica ao facto voluntário do agente, que é visto como axiologicamente reprovável.

Agir com culpa significa, pois, actuar em termos de a conduta do agente merecer a censura ou a reprovação do direito: o lesante, pela sua capacidade e em face das circunstâncias concretas da situação, podia e devia ter agido de outro modo.” (Superior Tribunal de Justiça. Processo: 136/07.7TBTMC.P1.S1; Rel. Granja da Fonseca, 27-03-2014)

Ensina Gustavo Tepedino que na hipótese de culpa normativa:

“(…) a valoração do ato ilícito verifica-se não a partir de elementos intencionais do agente, e sim com base em padrões de comportamento considerados razoáveis para o fato concreto - *standards* de conduta. Nessa perspectiva, consideram-se culpados os agentes causadores de danos em razão da desconformidade de



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

sua atuação com padrões de comportamento exigíveis na situação concreta.”¹¹

Em sentido semelhante, destaca Luiz Edson Fachin:

“O novo desenho da culpa a eleva ao patamar de culpa normativa, 'associadas à objetiva desconformidade com o padrão de conduta esperado para a hipótese concreta'. Isto se dá de tal como que o juízo de responsabilidade mira uma 'objetivação do fato'.”¹²

O sistema da culpa normativa altera a forma de apuração judicial de casos da espécie, conforme ensina Anderson Schreiber:

“(…) tomada assim em sentido objetivo, como desconformidade a um padrão geral e abstrato de comportamento, a culpa tem sua prova enormemente facilitada. Afigura-se, como já mencionado, tormentoso para o juiz decifrar se o sujeito deixou de empregar o cuidado que poderia ter empregado, se agiu negligentemente, se poderia ter previsto os resultados de sua conduta e não o fez por indiferença ao próximo, se atuou de forma reprovável sob o ponto de vista moral. Muito menos árdua – embora não imune a dificuldades – é a tarefa de comparar, em um exame meramente normativo, a conduta empregada no caso concreto com a conduta esperada, nas mesmas circunstâncias, do homem diligente, verificando se coincidem ou se, ao contrário, aquela se mantém aquém desta.”¹³

Vertendo tais considerações ao caso concreto, cumpre assinalar que ao réu caberia o dever de estrito sigilo a respeito dos dados sensíveis que lhe foram depositados. Assim, está caracterizada a culpa em sentido normativo para consequente aplicação do preceito que determina a responsabilização civil.

Considere-se, ainda, os ataques verbais diretos praticados pelo réu, conforme será abordado no tópico subsequente.

Conclui-se, pois, pela responsabilidade do réu.

¹¹ TEPEDINO, Gustavo. *Nexo de causalidade: conceito, teorias e aplicação na jurisprudência brasileira*. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (coord.). *Responsabilidade Civil Contemporânea*. São Paulo: Ed. Atlas, 2011, p. 107.

¹² FACHIN, Luiz Edson. *Contratos e Responsabilidade Civil: duas funcionalizações e seus traços*. In: *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, vol. 2, Jan / 2011. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 296.

¹³ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*. 2ª Edição, São Paulo : Atlas, 2009, p. 31.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

-- Dos danos morais

Os fatos em análise causaram à parte autora danos morais.

É de se presumir que a pessoa arredada a tal situação seja naturalmente tomada por sentimentos de dor, pavor, impotência, revolta, esgotamento, tristeza e depressão, a denotar o evidente dano moral.

A equipe de Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas destaca que:

“O abalo psíquico sofrido pela vítima de ‘revenge porn’ é uma consequência direta da exposição de sua intimidade para o público. É comum que a vítima sinta vergonha, culpa, humilhação e traumas, e esses sentimentos podem persistir por anos após a divulgação das imagens. Ainda que a vítima consiga apagar as imagens, o dano psicológico pode ser irreparável.

O dano moral também é um efeito direto da prática da ‘revenge porn’. A exposição pública da intimidade da vítima pode prejudicar sua reputação, sua carreira e sua vida pessoal. A vítima pode ser estigmatizada e discriminada por causa das imagens, e isso pode afetar sua autoestima e sua capacidade de confiar em outras pessoas.

Além disso, a ‘revenge porn’ pode ser considerada uma forma de violência de gênero, uma vez que as vítimas são em sua maioria mulheres e a prática é geralmente perpetuada por homens em busca de vingança ou poder sobre as mulheres. Isso pode levar a uma sensação de impotência e medo nas vítimas, que podem se sentir ameaçadas e vulneráveis a outras formas de violência.”¹⁴

Tenha-se, igualmente, a repercussão sobre a vida social e familiar:

“Outra situação comum é o comprometimento da moral e, com isso, o convívio social se torna difícil, devido à culpabilização que a sociedade impõe sobre a vítima

¹⁴ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; RIBEIRO, Jordana Sabino Mafra; VILAÇA, Wagner Felipe Macedo. *Pornografia de vingança: a necessidade de criação de novos mecanismos repressivos e preventivos*. Revista dos Tribunais, vol. 1029/2021. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2021, p. 103 – 122.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

tornando-as, assim, aniquiladas socialmente. Dentro desse contexto, a jornalista também descreve que **o convívio familiar se transforma em um transtorno**, devido ao sofrimento enfrentado pelos membros familiares.”¹⁵

César Roberto Bitencourt tece considerações que permitem concluir que o “revenge porn” decorrem danos morais pela modalidade *in re ipsa*:

“Não se ignoram **as consequências devastadoras da invasão da privacidade divulgando fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha** cena de estupro ou estupro de vulnerável, **cena de sexo, nudez ou pornografia, sem o consentimento da vítima**. Os danos morais à vítima, homem ou mulher, mas principalmente a esta, são absolutamente irreparáveis, pois **a destruição moral que referidas condutas produzem com tal exposição social nunca mais poderá ser consertada ou recuperada**, por isso talvez fosse recomendável uma sanção ainda mais grave. De qualquer sorte, além das sanções criminais aqui cominadas, a vítima, homem ou mulher, ainda tem a seu dispor a possibilidade **de buscar no plano cível uma justa e merecida reparação dos danos sofridos em consequência dessa infração penal**.”¹⁶

Conforme o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, da boa-fé objetiva (arts. 113, 187, 422, CC) “(...) **decorrem os deveres anexos** de informação, de **cooperação e de cuidado**.” (TJMG, Apelação Cível 1.0672.11.013349-9/001, 0133499-84.2011.8.13.0672 1; Rel. Des. Luciano Pinto, 03-04-2012; TJMG, Apelação Cível 1.0145.07.410916-9/003, 4109169-23.2007.8.13.0145 1, Rel. Des. Selma Marques, 17-09-2012).

É relevante, para o caso em foco, o dever anexo de cuidado, que pode ser definido como o dever de preservar, zelar pela integridade patrimonial e pela esfera de direitos da contraparte. Chamado pelos franceses de obrigação acessória de segurança (*securité*) e pelos portugueses de dever de proteção¹⁷, o dever anexo de cuidado objetiva o respeito à incolumidade física, moral e patrimonial¹⁸ da contraparte.

¹⁵ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; RIBEIRO, Jordana Sabino Mafra; VILAÇA, Wagner Felipe Macedo. *Pornografia de vingança: a necessidade de criação de novos mecanismos repressivos e preventivos*. Revista dos Tribunais, vol. 1029/2021. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2021, p. 103 – 122.

¹⁶ BITENCOURT, César Roberto. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2019, p. 1046.

¹⁷ MARQUES, Cláudia. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 240.

¹⁸ MARQUES, Cláudia. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 1265, 1472.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Cláudia Lima Marques corrobora que a violação ao dever anexo de cuidado, designadamente o desprezo à esfera da incolumidade físico-psíquica e patrimonial de outrem enseja a indenização por danos morais:

“Igualmente, podemos destacar o dever anexo de cuidado (*Schutzpflicht*). A imposição desta obrigação acessória no cumprimento do contrato tem pro fim preservar o co-contratante de danos à sua integridade a) pessoal (moral ou física) e b) de seu patrimônio. A violação destes deveres geralmente resulta em dano não só material, mas moral ao consumidor.”¹⁹

Uma vez que a parte autora foi tratada com severo despreito, está configurado o dano moral *in re ipsa*, que deve ser indenizado, nos termos da jurisprudência do TJMG:

“(…)

-A ofensa aos deveres anexos oriundos da boa fé objetiva, que importa na quebra da confiabilidade e no descaso com o outro, tem a potencialidade necessária para lesionar a subjetividade da pessoa humana e configurar o dano moral.” (TJMG, Apelação Cível 1.0629.10.001587-0/001, 0015870-58.2010.8.13.0629 (1), Rel. Des. Selma Marques, 17-09-2012)

Sobre a aplicação da cláusula geral da boa-fé objetiva, cabem as seguintes palavras de Cláudia Lima Marques:

“Boa-fé é cooperação **e respeito**, é conduta esperada e **leal, tutelada em todas as relações sociais.**”²⁰

“Como ensinam os doutrinadores europeus, *fides* significa o hábito de firmeza e de coerência de quem sabe honrar os compromissos assumidos; significa, mais, além do compromisso expresso, a ‘fidelidade’ e coerência no cumprimento da expectativa alheia, independentemente da palavra que haja sido dada, ou do acordo que tenha sido concluído, representando, sob este aspecto, **a atitude de lealdade, de fidelidade e de cuidado** que se costuma observar e que é **legitimamente esperada nas**

¹⁹ MARQUES, Cláudia. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 241. Os comentários da citada consumerista também se aplicam à regra geral da boa-fé objetiva prevista no Código Civil.

²⁰ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 234.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

relações entre homens honrados, no respeito ao cumprimento das expectativas reciprocamente confiadas.”²¹

Ou seja, “a boa-fé é a ‘visão’ do outro, a proteção ‘dos interesses do outro’”.²²

Considere-se, ainda, como outro fator caracterizador dos danos morais, o fato de que a divulgação do vídeo íntimo da autora foi realizada em grupo familiar de *WhatsApp*, permitindo a visualização pelos genitores e pelas irmãs da parte autora.

Decorre do próprio evento que o réu se prestou a atacar por escrito a dignidade da autora, chamando-a de prostituta e de adjetivos congêneres no mesmo grupo familiar mantido em rede social. Este ataque moral e verbal também representa fator autônomo que enseja, *de per se*, a indenização por danos morais.

Por fim, constitui fato gerador dos danos morais a “romaria” que a autora foi obrigada a enfrentar para buscar reparação dos danos causados pelo réu.

Percebe-se, pois, que a parte autora despendeu consideráveis horas de sua vida, comparecendo por diversas vezes em órgãos e departamentos estatais, tudo com o escopo de reparar as consequências danosas. Considere-se, ainda, que o tempo, na modernidade, é valioso recurso num mundo em que todos experimentam uma vida cronometrada e limitada pelas obrigações diárias. Não por outro motivo Marcos Dessaune defende a relevância jurídica do tempo como bem primordial e valioso da pessoa²³, cujo desvio enseja a reparação civil. Neste particular, deve-se lembrar da frase de Benjamin Franklin de que “tempo é dinheiro”, e ir além da ótica puramente monetária, para considerar que tempo é vital, é oportunidade de dedicação à vida privada. Quem dá causa ao desperdício de tempo alheio deve sofrer severa consequência, por meio da condenação em danos morais, o que tem sido observado por inúmeros julgados (*vide* TJRJ, Apelação Cível 0019108-85.2011.8.19.0208; TJRJ, Apelação Cível 0035092-08.2012.8.19.0004; TJRJ, Apelação Cível 2216384-69.2011.8.19.0021; TJRJ, Apelação Cível 0460569-74.2012.8.19.0001; TJSP, Processo 2013.0000712658; TJPR, Apelação Cível 1.094.389-0).²⁴ A teoria do desvio produtivo foi acolhida pelo STJ (REsp n. 1.929.288/TO, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22/2/2022, DJe de 24/2/2022).

²¹ MARQUES, Cláudia. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 222.

²² MARQUES, Cláudia. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 1247.

²³ DESSAUNE, Marcos. *Desvio produtivo do consumidor*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 56.

²⁴ Tais julgados podem ser analisados na matéria “Tempo gasto em problema de consumo deve ser indenizado”, publicado pelo *site* Consultor Jurídico. In: <http://www.conjur.com.br/2014-mar-26/tempo-gasto-problema-consumo-indenizado-apontam-decisoes>



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A respeito da seríssima prática do “revenge porn”, o Superior Tribunal de Justiça tem acenado com parâmetros para quantificação da indenização.

Com efeito, confira-se a Ementa e o trecho extraído do inteiro teor do julgado abaixo:

STJ “AGRAVO INTERNO EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. JULGAMENTO ULTRA PETITA. CRIAÇÃO DE PERFIL FALSO EM REDE SOCIAL. **VEICULAÇÃO DE FOTOS E VÍDEOS ÍNTIMOS.** USUÁRIO IDENTIFICADO. **DIREITO DE PERSONALIDADE. RESSARCIMENTO POR DANOS MORAIS. VALOR DA CONDENAÇÃO.** PROPORCIONALIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/15. NÃO OCORRÊNCIA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO PROBATÓRIO. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. Não há que falar em violação ao art. 1.022 Código de Processo Civil/15 quando a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão da parte recorrente.

2. O exame da pretensão recursal de reforma do v. acórdão recorrido exigiria a alteração das premissas fático-probatórias estabelecidas pelo acórdão, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos do enunciado da Súmula 7 do STJ.

3. Agravo interno desprovido.

(STJ, AgInt no AREsp n. 1.254.060/MG, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 9/4/2019, DJe de 16/4/2019.)

“Quanto à argumentação da ilegitimidade passiva do agravante, a questão invocada claramente se confunde com o mérito e as alegações de que o agravante não tem qualquer relação com o evento danoso, de ausência de provas **e de que houve excesso na fixação do valor de R\$ 50.000,00 a título de danos morais, todos esses elementos são aspectos relativos ao julgamento dos fatos e das provas e sua revisão é inadequada em sede de recurso especial.**”



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

5. Especificamente sobre o pedido de revisão do valor fixado a título de danos morais, registre-se que o Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido de que **somente é admissível o exame do valor fixado a título de danos morais em hipóteses excepcionais, quando for verificada a exorbitância ou o caráter irrisório da importância arbitrada, em flagrante ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.**” (STJ, AgInt no AREsp n. 1.254.060/MG, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 9/4/2019, DJe de 16/4/2019.)

Deflui do julgado acima o entendimento do STJ no sentido de que a indenização no patamar de R\$ 50.000,00 não se apresenta exorbitante para atender à vítima de divulgação de conteúdo sexual e privado.

Em sintonia com o STJ, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu por adequada a fixação em R\$ 60.000,00 a título de indenização à vítima de “revenge porn”. Confira-se a Ementa e, sobretudo, o trecho extraído do inteiro teor do julgado abaixo:

“EMENTA: APELAÇÃO - AÇÃO
TJMG INDENIZATÓRIA CUMULADA
COM PEDIDO COMINATÓRIO -
VÍDEO ÍNTIMO DO CASAL - DIVULGAÇÃO SEM
AUTORIZAÇÃO EM APLICATIVO WHATSAPP - ILÍCITO
MORAL - QUANTIFICAÇÃO DA CIFRA - AJUSTE
NECESSÁRIO SEM REPERCUSSÃO NA SUCUMBÊNCIA

Ilícito moral consubstanciado em divulgação de vídeo íntimo do casal por um dos sujeitos sem autorização do outro via WhatsApp desafia tutela indenizatória em justa medida. O valor deve ser arbitrado com razoabilidade e proporcionalidade, respeitadas circunstâncias fáticas do caso, condição econômica dos interessados, tudo de maneira a compensar a ofensa sem traduzir enriquecimento ilícito. Montante excessivo no contexto do arbitramento impõe ajuste a patamar que não gere locupletamento sem causa, mas guarde porte apto a preservar o caráter educativo-punitivo da medida. O ofensor deve sentir o peso, ainda que pecuniário, do seu mal agir. Na dicção da Súmula nº 326, do c. Superior Tribunal de Justiça, alteração no patamar indenizatório não gera reflexos na sucumbência. (TJMG - Apelação Cível 1.0000.22.199245-6/001, Relator(a): Des.(a) Marcelo Pereira da Silva , 11ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 14/12/2022, publicação da súmula em 14/12/2022)

18

Rua Araguari, 210, Barro Preto, BH-MG

Núcleo de Iniciais Cíveis – Obrigações – Contratos – Direito Empresarial – Entes despersonalizados – Pessoas jurídicas civis – Responsabilidade Civil – Direito de Vizinhança - Condomínio



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“Na espécie, apesar de ser manifesta e imensurável a dor sofrida pela apelada em decorrência da atitude deplorável do recorrente, verifica-se que a indenização quantificada em R\$100.000,00 (cem mil reais) tem conotação elevada. De outro lado, a redução postulada ao teto de R\$10.000,00 (dez mil reais) não pode ser tutelada, porquanto incapaz de recompor adequadamente o dano materializado.

Bem por isto, sem perder de vista o contexto litigioso em toda sua extensão subjetiva e objetiva, considerando ainda decisões proferidas por este Egrégio Tribunal em hipótese análogas (1.0261.17.014945-2/001; 1.0079.12.049425-1/001; 1.0000.18.111587-4/001) e também pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça (RECURSO ESPECIAL Nº 1.652.406 - MG; RE no AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.254.060 - MG; AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2035824 - PR (2021/0380252-3)), **sobressai adequado arbitrar a indenização ao patamar histórico de R\$60.000,00 (sessenta mil reais)**, com atualização monetária pelos índices da e. CGJ a contar da publicação deste acórdão e juros de mora já determinados na r. sentença que, quanto ao mais, fica mantida. Na dicção da Súmula nº 326, do c. Superior Tribunal de Justiça, alteração no patamar indenizatório não gera reflexos na sucumbência.

A cifra de que se cuida não tem condão de gerar enriquecimento ilícito da autora e, ao mesmo tempo, guarda porte apto a preservar o caráter educativo-punitivo que deve permear o arbitramento, notadamente à luz da atuação censurável do apelado que, em última análise, deve sentir o peso, ainda que pecuniário, do seu mal agir.

Com tais fundamentos, dou provimento à apelação para, em reforma, fixar a indenização moral a ser paga pelo réu à autora em R\$60.000,00 (sessenta mil reais), com atualização monetária pelos índices da Egrégia Corregedoria-Geral de Justiça desde a publicação deste acórdão e juros de mora já determinados na r. sentença que, quanto ao mais, subsiste integralmente.” . (TJMG - Apelação Cível 1.0000.22.199245-6/001, Relator(a): Des.(a) Marcelo Pereira da Silva , 11ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 14/12/2022, publicação da súmula em 14/12/2022)

A indenização deve ser fixada na mesma proporção da gravidade do ato perpetrado pelo réu (art. 944, CC), levando-se em especial consideração que sua ação



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

concreta recrudescer todas as mazelas ainda verificáveis na sociedade que oprimem as mulheres. Destaque-se os seguintes fatores sociais prejudiciais ao gênero feminino que foram aprofundados para a pessoa da autora em virtude da ação do réu:

- (i) Violência de gênero (psicológica, sexual, moral) – art. 3º da Lei 11.340-2006;
- (ii) Discriminação de gênero, ante a subjugação concreta da Sra. ***;
- (iii) Assédio sexual, ante a exposição da intimidade da Sra. ***;
- (iv) Objetificação e estereotipização, por tratar a Sra. *** como instrumento sexual;
- (v) Opressão de gênero, em virtude da diminuição lançada sobre a pessoa da autora em torno de sua intimidade e liberdade sexual;

No caso, entretanto, há um dado adicional de relevo que permite concluir pelo acréscimo no montante indenizatório. É que a parte autora foi exposta na sua intimidade perante seus pais (!!!) em virtude da postura agressiva do requerido.

Dessa forma, os danos morais devem ser fixados em R\$ 75.000,00.

Assim, cabe a condenação do réu no sentido de indenizar a parte autora pelos danos morais impingidos.

-- Da tutela dos dados da parte autora • Eliminação de dados e as consequentes medidas perante terceiros

É de conhecimento geral que o mundo moderno se estrutura pelo paradigma da sociedade da informação.

Nesse contexto, o ordenamento jurídico impõe cuidado extremo quanto aos dados particulares da pessoa natural, inclusive pelos meios digitais (arts 1º e 2º, Lei 13.709-2018 - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD).

Nos termos do art. 5º, X, da LGPD, entende-se por tratamento também a transmissão, a comunicação e a transferência de dados:

Art. 5º, X, LGPD

“Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção,



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;”

No contexto de divulgação não consentida de conteúdo íntimo e sexual, deverá ser determinado ao réu a eliminação dos dados relativos à parte autora. Não apenas face aos seus aparelhos (*smartphones, tablets, computadores*).

Essa é medida que também atende à autodeterminação informativa, desde já exigida pela parte autora (*e.g.*, arts. 1º; 2º, II; 8º, §5º; 9º, §2º, 11, I; 17; 18 da Lei 13.709-2018).

Sobre as medidas processuais efetivas para promover a tutela dos dados pessoais da parte autora, cumpre iniciar-se a análise pelo disposto no art. 22 da LGPD:

Art. 22, LGPD

“Art. 22. A defesa dos interesses e dos direitos dos titulares de dados poderá ser exercida em juízo, individual ou coletivamente, na forma do disposto na legislação pertinente, acerca dos instrumentos de tutela individual e coletiva.”

Assim, desponta a cláusula geral de atipicidade tutelar positivada no art. 139, IV, do CPC:

Art. 139, IV, CPC

“Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
(...)
IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;”

Detidamente quanto aos mecanismos processuais, cumpre assinalar a tutela específica dos deveres de fazer e não fazer, prevista no art. 497 do CPC:

Art. 497, CPC

“Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.”

Assim, deverão ser impostos ao réu deveres de fazer e não fazer consistentes em: (i) eliminar todos os dados da parte autora de seus aparelhos (= dever de fazer); (ii)



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(ii) abster-se de transferir para terceiros quaisquer dados relativos à parte autora (= dever de não fazer). Sob pena de pagamento de multa diária.

-- Da dispensa de audiência de mediação/conciliação

Segundo o art. 319, VII, do CPC, a petição inicial indicará “a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação”.

Em que pese o disposto no art. 334, §§4º e 5º do CPC, é faculdade que cabe à parte pleitear a dispensa da audiência de conciliação/mediação unilateralmente, ou seja, independentemente de oitiva da parte contrária. Esse é o melhor entendimento numa leitura conforme a Constituição e de acordo com o disposto no art. 166 do CPC (quanto à autonomia da vontade) e no art. 2º, §2º, da Lei de Mediação. Assim, “a manifestação prévia de qualquer das partes no sentido de não haver interesse na autocomposição frustra, desde logo, o desiderato da audiência.”²⁵

O que se pretende demonstrar, aqui, é a necessidade de leitura conjunta do art. 334, §4º com outros dispositivos do CPC e de outros Diplomas. Em linguagem moderna, seria possível afirmar pela necessidade de um “diálogo de fontes” (Erik Jayme, Cláudia Lima Marques).

Um fundamento claro sobre o equívoco em centrar-se foco apenas no art. 334, §4º, do CPC é o sistema da Lei de Mediação (Lei 13.1040/2015), frequentemente ignorado por estudos especializados, como se não estivesse em vigor. Talvez se cuide da “ab-rogação por comodismo”, tão comum em nosso país.

Em verdadeira concretização do direito fundamental de autodeterminação (art. 5º, *caput* e II, CF/88), reforçado no art. 166 do CPC, o art. 2º, V e §2º da Lei 13.140/2015 positivou o seguinte:

Art. 2º, V, §2º, da Lei de Mediação

princípios: “Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes

(...)

V - autonomia da vontade das partes;

(...)

§ 2º Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação.”

²⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 534.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Do direito de não permanecer em procedimento de mediação decorre, logicamente, o direito de sequer iniciar qualquer medida neste sentido.

No caso concreto, encontra-se presente um fator objetivo que repele a audiência preliminar de mediação/conciliação. Cuida-se da

“5) Existência de medida protetiva ou determinação judicial específica que indique sério conflito entre as partes – Se uma das partes possuir, em seu desfavor, medida protetiva, a exemplo daquela que determina a não aproximação da parte contrária por determinada distância (e.g., arts. 22, II, 23, II, III, da Lei 11.340/2006) ou qualquer outra ordem judicial análoga em sede de tutela específica (arts. 139, IV, 497, CPC), a audiência do art. 334 do CPC também deverá ser dispensada.

Além de representar a violação de uma ordem estabelecida em outro processo, a aproximação das partes simplesmente não convém, seja pelo histórico de violência doméstica ou por qualquer motivo diverso relacionado aos fundamentos que serviram de suporte à medida judicial, presuntivamente indicadores de um conflito extremo. Relações dessa natureza, que alcançam níveis drásticos de agressão recíproca, obviamente não renderão acordos nas centrais de conciliação/mediação.”²⁶

Conforme visto, há medidas protetivas vigentes entre as partes.

Nesse caso, a parte ré deverá ser citada não para comparecer em audiência de mediação ou conciliação, mas sim para apresentar contestação (arts. 335, III; 231, I, II, III, do CPC). É o entendimento de José Miguel Garcia Medina:

“Caso o autor tenha se manifestado nesse sentido com a petição inicial (art. 319, VII do CPC/2015), deverá o réu ser citado para apresentar contestação.”²⁷

Na oportunidade, a parte autora não apenas informa sua opção pela não realização da audiência em tela, como requer seja a mesma dispensada de plano, independentemente de qualquer manifestação da parte ré nesse sentido.

²⁶ DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. *Hipóteses objetivas de dispensa de audiência de conciliação e mediação*. Acessível em: < <https://emporiadodireito.com.br/leitura/hipoteses-objetivas-de-dispensa-da-audiencia-de-conciliacao-e-mediacao>>. Acesso em 25-07-2016.

²⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 535.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

De toda forma, fica informado de antemão que não haverá comparecimento de defensor público em eventual audiência de mediação/conciliação, em virtude da dispensa determinada pelo Plenário do CNJ.²⁸ Quanto ao particular, destaca Araken de Assis:

“A autocomposição dependerá unicamente da vontade convergente das partes, assegurada pela autonomia privada. Esse assunto já recebeu análise na transação (retro, 1.613). Logo, a presença do advogado não é imperiosa, incluindo a hipótese de figurar como parte vulnerável assistido pela Defensoria Pública. O juiz dará a palavra final quanto à viabilidade do ajuste.”²⁹

OS DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Ante o exposto, requer:

- a) Que seja dispensada a indicação, na inicial, do endereço eletrônico da parte autora, ante os motivos expostos e com suporte no art. 319, §3º, do CPC;
- b) Que seja dispensada audiência de mediação ou conciliação, independentemente de qualquer manifestação da parte ré nesse sentido;
- c) Que seja a parte ré citada para, querendo, apresentar resposta, sob pena de revelia, conforme fundamentos apresentados;
- d) A intimação pela via judicial e pessoal da autora, segundo as hipóteses referidas no art. 186, §2º, do CPC;
- e) Que seja a presente demanda julgada procedente para:
 - e.1)** condenar o réu a pagar à autora, a título de danos morais, R\$ 75.000,00. Sobre o montante deverão incidir juros de mora em 1% a.m., bem como correção monetária, calculados até o efetivo desembolso;

²⁸ <https://www.cnj.jus.br/plenario-decide-nao-obrigar-presenca-de-advogados-em-mediacao-ou-conciliacao/>

²⁹ ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro – Volume III*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 98.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

e.2) condenar o réu a **(i)** eliminar todos os dados da parte autora de seus bancos de dados e aparelhos, a abranger *smartphones, tablets, computadores, e-mails* e ambientes em nuvem (= dever de fazer); **(ii)** abster-se de realizar para terceiros transferência de quaisquer dados relativos à parte autora (= dever de não fazer); sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 1.000,00;

e.3) condenar o réu no pagamento de custas e honorários de sucumbência, nos termos do art. 4º, XXI da Lei Complementar 80/1994 e do art. 5º, XVIII, da Lei Complementar Estadual nº 65/03, destinado ao fundo de aparelhamento da Defensoria Pública;

- Requer, ainda:

- f) A aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova (art. 373, §3º, do CPC);
- g) A intimação pessoal do Defensor Público para todos os atos processuais, nos termos do art. 4º, V, da Lei Complementar 80/1994, do art. 74, I, da Lei Complementar Estadual nº 65/03, do art. 186, §1º, do CPC/2015, do art. 5º, § 5º da Lei nº 1.060/50, e de acordo com o **Aviso 29/CGJ/2008 da Corregedoria-Geral de Justiça do TJMG**, bem como a contagem em dobro dos prazos processuais (art. 128, I, da Lei Complementar 80/1994; art. 186, *caput*, CPC);
- h) A aplicação do Aviso nº 17/2005 da Corregedoria Geral de Justiça, publicado no Diário do Judiciário de 16 de abril de 2005, que determinou fossem os Defensores Públicos cadastrados no SISCOM pelo número da MADEP (Matrícula na Defensoria Pública), o único necessário para o cadastramento do Defensor Público nos termos do art. 4º, §§ 6º³⁰ e 9º da Lei Complementar 80/1994;
- i) A concessão dos benefícios da assistência judiciária integral e gratuita, nos termos do art. 4º, §5º e art. 106 da Lei Complementar 80/1994 e dos arts. 98 e ss. do CPC/2015, ante a hipossuficiência da parte assistida pela Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, rigorosamente aferida nos termos do art. 4º, §2º da Lei Complementar Estadual 65/2003;

Requer-se provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, incluindo, a depender do desdobramento do processo – *secundum eventum litis* –

³⁰ “Art. 4º (...)§ 6º A capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público. [\(Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009\).”](#)



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

e conforme a *res in judicium deducta*, perícia, produção de prova documental, testemunhal, inspeção judicial, depoimento pessoal, sob pena de confissão caso a parte ré não compareça, ou, comparecendo, negue-se a depor (art. 385, § 1º, CPC).

Dá-se à presente o valor de R\$ 75.000,00 para quaisquer fins de direito.

Pede deferimento.

Belo Horizonte, 02 de abril de 2023.

Marco Paulo Denucci Di Spirito
Defensor Público
MADEP 0599

Este livro foi editado eletronicamente, em fontes Vera Humana 95 e suas variações Italic e Bold no título principal, cabeçalho e rodapé de numeração das páginas, e Crimson Text e suas variações Italic e Bold nos textos.

Produção gráfica: Lumen Produções Audiovisuais | Carla Mello
na revisão, diagramação e editoração eletrônica.

JANEIRO 2024

A **Revista da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais** é um veículo de divulgação do conhecimento científico jurídico, de responsabilidade da Defensoria Pública-Geral, voltado para disseminar pesquisas relacionadas com os objetivos e funções institucionais da Defensoria Pública.

Sua missão consiste em fomentar e divulgar a produção em Direito no Brasil, contribuindo para a construção de uma esfera acadêmica de excelência, plural e democrática.

O foco temático da publicação é marcado pela análise crítica de questões de repercussão no meio social, político, econômico e jurídico e pela exposição de diferentes pontos de vista sobre temas que possam contribuir para atenuar a vulnerabilidade de grupos sociais.

Preferencialmente inéditos, os trabalhos submetidos à avaliação, por cujo teor os respectivos autores são exclusivamente responsáveis, serão aprovados de acordo com a adequação ao foco temático da **Revista da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais**, além de apresentar novidade e relevância social, política, econômica e jurídica.

A **Revista da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais** é uma publicação semestral, veiculada em versão eletrônica (PDF) por meio do site da Instituição:

www.defensoria.mg.def.br/defensoria-publica-geral/revista-dpmg/



Instagram: @defensoriamineira | **Facebook:** @defensoriamineira | **YouTube:** c/defensoriamineira



Twitter: @defensoriamg | **LinkedIn:** linkedin.com/company/defensoriamineira/



www.defensoria.mg.def.br

