

Marcia Andrea Bühring
Rosane Barcellos Terra
Alexandre Zamberlan

(Orgs.)

DIÁLOGOS DE

DIREITO

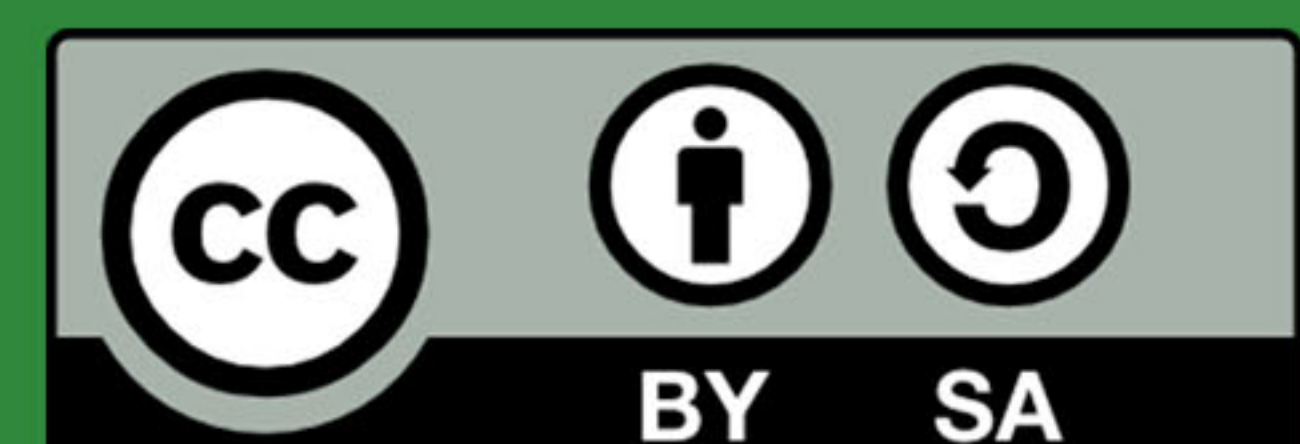
CONSTITUCIONAL

APLICADO

VOL. 2



Os artigos que compõem este livro são resultado da Linha de Pesquisa Direito Constitucional Aplicado, do curso de Direito da Universidade Franciscana, que reúne a preocupação dos professores com temas atuais, nos quais se aplica o Direito Constitucional e que sofrem demandas e desafios decorrentes da inovação tecnológica. Assim, num conjunto de esforços foram reunidos 13 textos, pareceres e notas técnicas, a fim de divulgar a pesquisa. E dessa forma, apresenta-se os textos.



**DIÁLOGOS DE
DIREITO CONSTITUCIONAL APLICADO**



COMITÊ EDITORIAL

Prof.^a Dr.^a Liane Tabarelli

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS)

Prof.^a Dr.^a Marcia Andrea Bühring

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS)

Prof. Dr. Orci Paulino Bretanha Teixeira

Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Voltaire de Lima Moraes

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS)

Prof. Dr. Thadeu Weber

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS)

Prof.^a Dr.^a Fernanda Medeiros

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS)

Prof. Dr. Leandro Cordioli

Universidade Luterana do Brasil (ULBRA)



DIÁLOGOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL APLICADO

VOLUME 2

Organizadores

Marcia Andrea Bühring

Rosane Beatris Mariano da Rocha Barcellos Terra

Alexandre Zamberlan



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Lucas Margoni



A Editora Fi segue orientação da política de distribuição e compartilhamento da Creative Commons Atribuição-Compartilhável 4.0 Internacional https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

BÜHRING, Marcia Andrea; TERRA, Rosane Beatris Mariano da Rocha Barcellos; ZAMBERLAN, Alexandre (Orgs.)

Diálogos de direito constitucional aplicado – UFN: volume 2 [recurso eletrônico] / Marcia Andrea Bühring; Rosane Beatris Mariano da Rocha Barcellos Terra; Alexandre Zamberlan (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2022.

357 p.

ISBN: 978-65-5917-621-2

DOI: 10.22350/9786559176212

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direto Constitucional; 2. Tecnologia; 3. UFN; 4. Estado; 5. Brasil; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

9

Marcia Andrea Bühring

1

14

DIREITO AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: ADECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUA REPERCUSSÃO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Bianca Aires

Liège Alendes de Souza

2

37

LA DEFENSA LEGAL DE LOS DERECHOS LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA EN TIEMPOS DE PANDEMIA

Claudia P. Sanabria Moudelle

Isaac Ravetllat Ballesté

3

63

A ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES PÓS REFORMA DA LEI 11.101/2005: DAS ANGULAÇÕES PRÁTICAS AOS ENTRAVES JURISPRUDENCIAIS

Cristiane Penning Pauli de Menezes

Cristian Reginato Amador

4

93

O AVANÇO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO EM FACE DAS GARANTIAS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS

Cristiano Becker Isaia

Iguatemi Canabarro Rocha Junior

5

133

GNOSIOLOGIA DOS FATOS NOTÓRIOS, CONFESSADOS E INCONTROVERSOS E SUAS APLICABILIDADES

Darci Guimarães Ribeiro

6

153

O DIREITO DE ACESSO À ÁGUA DECORRENTE DO DIREITO FUNDAMENTAL AO AMBIENTE

João Hélio Ferreira Pes

7

178

“NEM TUDO QUE CAI NA REDE É PEIXE”: ANÁLISE DO CASO “JOÃO NUNES FRANCO” ACERCA DO USO INDEVIDO DA IMAGEM (MEMES) NAS REDES SOCIAIS

Karine Maria Rossato

Francielle Benini Agne Tybusch

8

210

PANORAMA DAS PESQUISAS CIENTÍFICAS SOBRE GESTÃO DA DIVERSIDADE NO AMBIENTE ORGANIZACIONAL NO PERÍODO DE 2015 À 2020

Larisse Gomes Bueno

Patrinês Aparecida França Zonatto

9

233

NA BORDA: DADOS PESSOAIS E NÃO PESSOAIS NOS DOIS REGULAMENTOS DA UNIÃO EUROPEIA -

Manuel David Masseno

10

252

O DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA: O USO DE PLATAFORMAS EDUCATIVAS E OS RISCOS AOS DADOS PESSOAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Rosane Leal da Silva

11

280

AS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES PORTADORES DE DEFICIÊNCIA NA PANDEMIA

Rosane Beatris Mariano da Rocha Barcellos Terra

12

299

ELEMENTOS PARA UMA TEORIA GERAL DA VULNERABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO DIGITAL

Vitor Hugo do Amaral Ferreira

**PARECER 003/2021/CG-GAA
DE 30 DE NOVEMBRO DE 2021**

324

Jaci Rene Costa Garcia

NOTA TÉCNICA Nº 3

332

ANÁLISE DOS SEGUROS OBRIGATÓRIOS E FUNDOS COMPENSATÓRIOS DA RESOLUÇÃO DO PARLAMENTO EUROPEU Nº 2014 DE 2.020 SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Marcia Andrea Bühring

APRESENTAÇÃO

Marcia Andrea Bühning

Com grande alegria, publicamos o Vol. II. Novamente vale a menção de que os artigos que compõem este livro são resultado da Linha de Pesquisa Direito Constitucional Aplicado, do curso de Direito da Universidade Franciscana, que reúne a preocupação dos professores com temas atuais, nos quais se aplica o Direito Constitucional, tanto público como privado, e que sofrem demandas e desafios decorrentes desse novo momento histórico.

Assim, num conjunto de esforços foram reunidos 14 textos, entre artigos, pareceres e notas técnicas, a fim de divulgar a excelência da pesquisa. E dessa forma, apresenta-se os textos que integram a coletânea:

O 1º Artigo “DIREITO AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUA REPERCUSSÃO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE” de Bianca Aires e Liége Alendes de Souza, traz tema que aborda os direitos de personalidade na sociedade da informação e comunicação, os precedentes, e a legislação da União Europeia a par da sua importância para proteção dos direitos da personalidade no ciberespaço, apresentam decisão do Supremo Tribunal Federal e os fatos que fragilizam o direito à intimidade.

Já o 2º Artigo “LA DEFENSA LEGAL DE LOS DERECHOS LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA EN TIEMPOS DE PANDEMIA” de Claudia P. Sana-bria Moudelle e Isaac Ravetllat Ballesté, transita por “LOS PRINCIPIOS RECTORES”, “EL REGRESO” e “DERECHO A LA IMAGEN, IDENTIDAD Y PRIVACIDAD COMO DERECHOS PERSONALÍSIMOS”, para mostrar ao final, “LA ACTIVIDAD DE LA JUSTICIA ESPECIALIZADA EN TIEMPOS DE PANDEMIA”.

O 3º artigo, refere-se “A ASSEMBLEIA GERAL DE CREDITORES PÓS REFORMA DA LEI 11.101/2005: DAS ANGULAÇÕES PRÁTICAS AOS ENTRAVES JURISPRUDENCIAIS” de Cristiane Penning Pauli de Menezes e Cristian Reginato Amador, no qual apresentam os Aspectos Legais do Instituto da “ASSEMBLEIA GERAL DE CREDITORES”, e questionam sobre a segurança, ou insegurança jurídica, com o sub-título: “ASSEMBLEIA GERAL DE CREDITORES: HÁ INSEGURANÇA JURÍDICA NO DIREITO FALIMENTAR?”.

Dessa forma, o 4º artigo, intitulado: “O AVANÇO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO EM FACE DAS GARANTIAS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS” de Cristiano Becker Isaia e Iguatemi Canabarro Rocha Junior, refere a “INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS E SUA UTILIZAÇÃO PELO JUDICIÁRIO BRASILEIRO”, assim como “O USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PELO JUDICIÁRIO FRENTE ÀS GARANTIAS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS”.

Assim, o 5º artigo explicita a “GNOSIOLOGIA DOS FATOS NOTÓRIOS, CONFESSADOS E INCONTROVERSOS E SUAS APLICABILIDADES” de Darci Guimarães Ribeiro, no qual traz um dos maiores problemas da definição do que seja fato notório, e sua prova, refere ademais, “A MÁXIMA IUDEX IUDICARE DEBET SECUNDUM

ALLEGATA ET PROBATA, NON SECUNDUM CONSCIENTIZAM”. E a importância da “CONFISSÃO” e, ao final os “FATOS INCONTROVERSOS”.

Vale menção ao 6º artigo sobre o “DIREITO DE ACESSO À ÁGUA DECORRENTE DO DIREITO FUNDAMENTAL AO AMBIENTE” de João Hélio Ferreira Pes; no qual traz a “JUSTIFICAÇÃO DO RECONHECIMENTO DO DIREITO DE ACESSO À ÁGUA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL IMPLÍCITO” e também “O DIREITO DE ACESSO À ÁGUA NO CONTEÚDO DO DIREITO AO AMBIENTE”, no contexto atual.

Também o 7º artigo intitulado: “NEM TUDO QUE CAI NA REDE É PEIXE”: ANÁLISE DO CASO “JOÃO NUNES FRANCO” ACERCA DO USO INDEVIDO DA IMAGEM (MEMES) NAS REDES SOCIAIS” de Karine Maria Rossato e Francielle Benini Agne Tybusch, no qual trazem “A DINÂMICA COMUNICACIONAL DAS REDES SOCIAIS NA INTERNET: OS MEMES COMO FORMA DE INTERAÇÃO ONLINE”, assim como a expressão: “MEMETIZOU”, para ao final, contextualizar a importante decisão no caso concreto, para servir de modelo.

Já o 8º artigo trata do “PANORAMA DAS PESQUISAS CIENTÍFICAS SOBRE GESTÃO DA DIVERSIDADE NO AMBIENTE ORGANIZACIONAL NO PERÍODO DE 2015 À 2020” de Larisse Gomes Bueno e Patrinhês Aparecida França Zonatto, no qual trazem a “DIVERSIDADE ORGANIZACIONAL”, sua definição e Gestão. Além dos casos concretos sobre “A QUESTÃO DE GÊNERO COMO DIVERSIDADE CULTURAL NAS EMPRESAS” e o repensar sobre a diversidade, e a inclusão.

O 9º artigo contextualiza a questão dos dados: “NA BORDA: DADOS PESSOAIS E NÃO PESSOAIS NOS DOIS REGULAMENTOS DA UNIÃO EUROPEIA” de Manuel David Masseno, a partir da RGPD, e o tratamento de dados pessoais, pois “AFINAL, NADA É PARA SEMPRE”, adverte o

autor sobre o que é possível fazer, “ANTES DO TRATAMENTO DE DADOS, PESSOAIS E NÃO PESSOAIS” e ao final refere a dificuldade da questão da responsabilidade “E PARA PREVENIR RESPONSABILIDADES, PELO MENOS EM PARTE”.

Nesse contexto dos dados, o 10º artigo: “O DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA: O USO DE PLATAFORMAS EDUCATIVAS E OS RISCOS AOS DADOS PESSOAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES” de Rosane Leal da Silva, no qual traz “O PROCESSO EDUCACIONAL EM CENÁRIO DE EMERGÊNCIA SANITÁRIA: DESAFIOS IMPOSTOS PELA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS”, para ao final alertar para os riscos. “A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DOS ESTUDANTES EM PLATAFORMAS EDUCATIVAS: RISCOS INVISÍVEIS, MAS REAIS!”.

Dessa forma, o 11º artigo menciona “AS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES PORTADORES DE DEFICIÊNCIA NA PANDEMIA” de Rosane Beatris Mariano da Rocha Barcellos Terra, no qual refere os aspectos conceituais das Políticas Públicas no País, e refere a questão da deficiência “CRIANÇA E ADOLESCENTE PORTADORES DE DEFICIÊNCIA: ANÁLISE GERAL”, para ao final trazer importantes “POLÍTICAS PÚBLICAS PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES PORTADORES DE DEFICIÊNCIA NA PANDEMIA”.

Ainda no contexto de vulnerabilidade, o 12º artigo que revela os “ELEMENTOS PARA UMA TEORIA GERAL DA VULNERABILIDADE NAS RELAÇÕES DECONSUMO DIGITAL” de Vitor Hugo do Amaral Ferreira, aponta o autor, “A PLURALIDADE SIGNIFICATIVA DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE”, para sugerir ao final, a questão da “VULNERABILIDADE EM (NOVAS) ESPÉCIES E AS BASES CONSTITUCIONAIS PARA APLICABILIDADE).

E para compor a presente obra, O PARECER 003/2021/CG-GAA DE 30 DE NOVENBRO DE 2021, de Jaci Rene Costa Garcia, cujo assunto refere-se a: “Consulta sobre o dever legal de devolução de valores recebidos no âmbito administrativo, sem decisão judicial expressa a respeito e, ainda, considerando a existência de demanda ajuizada sem sentença proferida (exame de mérito). Interessado: Oficial da Aeronáutica. Ementa: Administrativo. Militar. Ajuda de custo. Matéria judicializada. Princípio da congruência. Vinculação a estrita legalidade. Irrepetibilidade da verba no âmbito administrativo. Ausência de decisão legal a respeito. Ausência de previsão legal e regulamentar”.

Por fim, a NOTA TÉCNICA Nº 3 que traz uma “ANÁLISE DOS SEGUROS OBRIGATÓRIOS E FUNDOS COMPENSATÓRIOS DA RESOLUÇÃO DO PARLAMENTO EUROPEU Nº 2014 DE 2.020 SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL”, de Marcia Andrea Bühring. Vale destacar que a Resolução europeia serve de orientação, de parâmetro para aplicação.

1

DIREITO AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: ADECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUA REPERCUSSÃO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

*Bianca Aires*¹

*Liége Alendes de Souza*²

INTRODUÇÃO

Na formação do ordenamento jurídico brasileiro o direito ao esquecimento foi introduzido, por meio do Enunciado 531, do Conselho de Justiça Federal, e desta forma, tal direito tem como conceito a garantia de conservação de dados de uma pessoa na busca da internet, tendo como objetivo que os fatos passados não o atormentam por toda a vida.

Em uma sociedade profundamente impactada com as novas tecnologias, as violações à privacidade e intimidade têm crescido gradativamente, desta forma os direitos da personalidade estão sendo cada vez mais infringidos. Assim como está mais difícil filtrar o que deve ou não ser disponibilizado e mantido na rede. Desse modo, analisar este painel é de suma importância, pois o direito ao esquecimento faz com que se garanta o sigilo e a proteção da intimidade sobre a pessoa lesada, além de configurar em um respeito aos direitos da personalidade. Os direitos de personalidade podem ser conceituados como

¹ Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Franciscana (UFN). E-mail: biancaaires555@gmail.com

² Orientadora. Doutora em Direito pela UNISC. Mestre em Direito e em Desenvolvimento Regional pela UNISC. Coordenadora do Laboratório de Extensão do Direito e Professora do Curso de Direito da Universidade Franciscana (UFN). Advogada. E-mail: liegealendes@gmail.com.

direitos subjetivos que surgem com o intuito de proteger a dignidade e integridade.

No Brasil, tal direito foi assegurado pela primeira vez no Código Civil de 2002, mais expressamente nos artigos 11 ao 21. Nesses onze artigos, estão regulados o direito ao próprio corpo, o direito ao nome, o direito à honra, o direito à imagem e o direito à privacidade. Como visto acima, vários direitos estão elencados ao que se refere o direito de personalidade, mas o direito ao esquecimento não é citado em tais artigos. Este é um objeto de amplos debates jurisprudenciais e doutrinários, tanto no Brasil como no exterior.

As questões que versam sobre o direito ao esquecimento na Europa trazem uma visão nova de casos semelhantes, mas que obtiveram êxito na decisão. Assim como a corte europeia busca manter um meio termo entre o direito de informação e privacidade.

Uma recente decisão trouxe novamente para discussão o direito ao esquecimento, uma vez que o Supremo Tribunal Federal decidiu que este direito é incompatível com a ordem constitucional. No julgamento do caso Aída Curi, a qual foi vítima de homicídio precedido de violência sexual, e que, na época foi muito debatido nas mídias, foi revisitado quando do ajuizamento de ação pelos seus familiares que entendiam que, ao ser o caso revivido em um programa de tv aberta, haveria a violação ao direito ao esquecimento. Tal decisão trouxe à tona discussões de direito de imprensa, liberdade de expressão, intimidade e principalmente, sobre o direito à privacidade.

A presente pesquisa está adequada à linha de pesquisa do curso de direito da Universidade Franciscana, qual seja, Teoria jurídica, cidadania e globalização. Este artigo foi dividido em três capítulos, sendo abordado na primeira parte os direitos de personalidade na sociedade

da informação e comunicação. A segunda parte deu ênfase ao direito ao esquecimento e seus precedentes, assim como a legislação da União Europeia e a importância para proteção de direitos da personalidade no ciberespaço. Por fim, no último capítulo, analisa-se a decisão do Supremo Tribunal Federal, e a sua afirmação que o direito ao esquecimento é inconstitucional, além de ser abordada as teses que os Ministros levantaram, buscando compreender como fica a proteção dos direitos de personalidade após esta decisão do Supremo.

1 DIREITOS DE PERSONALIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO

Um dos maiores desafios da sociedade contemporânea é buscar alternativas para solucionar o constante conflito entre liberdades constitucionais e a proteção de direitos da personalidade. Em virtude de um grande avanço tecnológico, que ocorreu nos últimos anos, a propagação de informações e de dados foi instantânea, devido a ampliação do uso e acesso da internet.

No entanto, da mesma forma que tal tecnologia facilita a interação entre pessoas, tal ato faz com que as informações divulgadas possam sair do controle do emissor, gerando um grande problema social no que concerne à proteção da privacidade, violando, muitas vezes, os direitos de personalidade.

Os direitos de personalidade, podem ser conceituados como direitos subjetivos que surgem com o intuito de proteger a dignidade e integridade do indivíduo. É fato que as demandas que versam sobre lesão aos direitos de personalidade, têm sido cada vez mais comuns, especialmente aquelas relacionadas à disponibilização de dados e informações na internet. Ao analisar a sociedade contemporânea, pode-se

perceber a informação como o elemento central de toda a atividade humana. Assim, tanto no trabalho, quanto em casa em momentos de lazer, o ser humano utiliza de todas as vantagens das tecnologias da informação e da comunicação.

Além disso, há o fortalecimento da atuação das mídias, principalmente ao que se refere a internet, fazendo com que o armazenamento de informações ocorra de forma permanente e ilimitada, imputa aos indivíduos uma eterna possibilidade de ter um fato passado revivido.

Um exemplo a ser trazido é a “cultura do cancelamento”, que é um movimento que surgiu como forma de criticar e dar visibilidade para questões como atitudes e posicionamentos, que não “devem” ser aceitas na sociedade, mas tal ato possui um lado negativo, quando os ataques extrapolam o limite virtual e alcançam a vida real das pessoas.

Tal exemplo, fere um dos direitos fundamentais que é o direito da privacidade, pois o mesmo abrange muito mais do que a vida íntima de alguém, mas também garante a proteção e o controle de seus dados pessoais. É notável que a Sociedade da Informação trouxe grandes avanços tecnológicos, para a democratização do direito à informação, mas ao mesmo tempo, o ambiente virtual acabou se tornando um meio vantajoso para violações aos direitos de personalidade, especialmente no que diz respeito a veiculação de dados expostos abusivamente. A utilização dos meios digitais, acaba por ser a responsável em retardar o processo natural do esquecimento, e reacender o protótipo da lembrança.

Na era da informação digital, e com a facilidade de armazenamento, “esquecer tornou-se mais caro e difícil, enquanto lembrar é barato e fácil” (MAYER-SCHONBERGER, 2009, p. 59). A discussão envolvendo a possibilidade de indisponibilizar a veiculação de informações

inseridas na rede, culminou na formulação do chamado “direito ao esquecimento” no âmbito digital.

Como refere Caixeta (2016):

Hodiernamente, percebe-se um fluxo descontrolado da informação, em que o indivíduo, na tentativa de se adaptar aos anseios de um tempo de democracia digital, acaba por se entregar a uma exposição exacerbada. Nessa realidade, marcada pela ampla liberdade de informação, constantes violações de garantias e princípios constitucionais, bem como de alguns direitos da personalidade são verificadas

O estudo desse tema reveste-se de valiosa importância, principalmente porque visa a garantir a manutenção de uma vida sem exposições. Ao estudar o direito ao esquecimento, busca-se uma clareza para a sua aplicação que requer a ponderação de uma série de direitos, quais sejam: a tutela da livre expressão da atividade de comunicação e informação e os direitos à vida privada, a intimidade, a honra e a imagem.

Se toda pessoa tem direito de controlar a coleta e uso dos seus dados pessoais, devesse admitir que tem também o direito de impedir que dados de outrora sejam revividos na atualidade, de modo descontextualizado, gerando-lhe risco considerável. (SCHEREIBER, 2011, p. 172).

A relação com as redes sociais, se inicia desde muito cedo, pois o compartilhamento entre indivíduos se torna uma satisfação pessoal. Não parece ser mais preciso manter a privacidade, pois viver online tem se tornado uma necessidade. Ter cada segundo compartilhado em uma rede social é algo normalizado atualmente, o que gera uma preocupação, pois a pessoa se expõe voluntariamente sem ter receio das consequências que tais atos podem trazer. Segundo refere Martinez:

A memória virtual é um aspecto fundamental e essencial que integra a condição de ser humano, merecendo proteção jurídica, tanto quanto a memória coletiva. Assim, o pleno desenvolvimento pessoal é condicionado e implementado pela possibilidade de um indivíduo controlar as suas próprias memórias (MARTINEZ, 2014, p. 203).

A ausência de limites na propagação de informações, faz com que os internautas, muitos deles na fase juvenil, tenham um livre acesso às redes, e desta forma exponham informações que mais tarde podem vir a prejudicá-los. De forma que, o que se dizia ou mesmo se fazia no privado, agora pode ser concretizado em público, correndo-se o risco disto ficar disponível para ser consumido indeterminadamente, já que a internet nunca esquece.

2 DIREITO AO ESQUECIMENTO: PRECEDENTES, LEGISLAÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA E SUA IMPORTÂNCIA PARA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO CIBERESPAÇO

Com o direito ao esquecimento, busca-se a possibilidade de que determinados fatos da vida de um indivíduo não venham a se tornar de conhecimento público, prezando assim, pela intimidade e privacidade da pessoa. Todavia, essa proteção, na prática, é mais difícil de ser implementada e verificada. Vários são os casos de vulnerabilização deste direito, não sendo um fenômeno contemporâneo, mas, no entanto, com a popularização da comunicação em rede, tais violações ficaram sem controle, ensejando indenizações por danos morais e materiais e, em situações específicas, causaram até mesmo a morte de pessoas expostas.

No Brasil, alguns casos tiveram grande notoriedade em relação ao direito ao esquecimento, como por exemplo, o caso Xuxa Meneghel. Neste caso específico, a apresentadora ajuizou ação contra a empresa

Google Brasil, e tinha como intuito a retirada da plataforma de resultados de pesquisa online (Google) baseadas em palavras-chaves que vinculavam sua imagem com a prática de pedofilia.

A decisão do juiz de primeira instância foi favorável a apresentadora e determinou que o Google não apresentasse mais os resultados que vinculavam Xuxa a prática delitiva referida. No entanto, a decisão foi reformada pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ, o qual argumentou que “os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico” (STJ. REsp. nº 1.316.921 - RJ, 2012, p.1). Foi entendido pelo STJ que a demanda de Xuxa não possuía motivação suficiente, e que o direito ao acesso à informação estaria sendo violado, não sendo aplicado então, o direito ao esquecimento.

Um outro caso com repercussão foi a chacina de Candelária, o qual ocorreu na noite de 23 de julho de 1993, nas proximidades da igreja da Candelária, no Rio de Janeiro. O crime culminou no assassinato de oito jovens. Um dos acusados respondeu a ação penal e foi absolvido. Anos após o ocorrido, o caso voltou à tona quando uma rede de televisão por meio de um programa de alcance nacional, reproduziu os acontecimentos e apontou o nome do acusado como um dos envolvidos que havia sido absolvido. Diante dessa situação, o indivíduo ajuizou uma ação contra a emissora de TV exigindo uma indenização pela exposição que havia sofrido. O STJ condenou a emissora ao pagamento da indenização e entendeu que o caso acima engloba o direito ao esquecimento.

O direito ao esquecimento no Brasil não possui uma legislação própria, diferente da Europa que em alguns de seus países, já existem legislações que versam sobre o tema. Como por exemplo a Diretiva

96/46/EC, que foi aprovada em 24 de Outubro de 1995, e com entrada em vigor 3 anos após sua aprovação. Com um amplo texto em matéria de proteção de dados pessoais, possui como exigência que cada país membro da União Europeia tenha uma agência ou comissário de proteção de dados. O comissário em especial é um agente estatal que supervisiona a aplicação dos princípios e leis de proteção individual. A diretiva estabeleceu um prazo de 3 anos após a data de sua vigência para que os países membros da União Europeia adotassem as medidas legislativas e regulamentares necessárias para incorporar suas regras no direito interno deles.

Um outro ponto importante foi a entrada em vigor do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia. O novo regulamento substitui a Diretiva 96/46/EC, tendo como principal objetivo a proteção de dados pessoais frente às novas tecnologias, assegurando uma livre circulação de dados, assim como protege a privacidade das pessoas que se encontram no território da União Europeia.

Um dos casos mais emblemáticos do direito ao esquecimento na Europa foi em 2010 na Espanha, onde um cidadão protocolou um pedido junto à Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD), com o objetivo de que fosse suprimido dos mecanismos de busca uma notícia publicada em 1998 no jornal *La Vanguardia*, na qual constava o fato de que o requerente tivera seus bens levados a hasta pública por não ter quitado dívidas com a seguridade social. A questão é que a mais de dez anos a dívida tinha sido quitada, porém, o seu nome continuava associado às buscas, gerando uma grave violação à sua imagem. A Agência de Proteção de Dados da Espanha pediu para que o Google apagasse as informações disponibilizadas pelo operador de pesquisa, mas com a recusa do mesmo o caso foi enviado à Corte de Justiça da União Europeia

que determinou que em alguns casos os operadores de mecanismos de busca na internet podem ser obrigados a apagar links que enviam a páginas com informações relativas a uma pessoa sem a autorização dela. Esse caso trouxe a possibilidade da chamada desindexação, onde o provedor de buscas deve, aos invés de apagar conteúdos de terceiros (que seria muito difícil na prática) apenas não reportar os resultados com os links que levem às notícias violadoras dos direitos de personalidade.

Na ocasião, a Vice-Presidente da Comissão Europeia externou, ainda, sua preocupação com a capacidade da memória digital e seu impacto sobre a privacidade dos indivíduos, propondo, em contraponto, uma maior autodeterminação dos usuários da rede quanto a seus dados pessoais:

A Internet tem capacidade de busca e memória quase ilimitada. Portanto, mesmo pequenos fragmentos de informações pessoais podem ter um grande impacto, mesmo anos depois de serem compartilhados ou tornados públicos. O direito de ser esquecido terá como base as regras já existentes para lidar melhor com os riscos de privacidade online. É o indivíduo que deve estar em melhor posição para proteger a privacidade de seus dados, optando por fornecê-los ou não. Por conseguinte, é importante capacitar os cidadãos da UE, especialmente os adolescentes, para estarem no controle da sua própria identidade online. A propósito, 81% dos cidadãos alemães estão preocupados por não terem mais controle sobre seus dados pessoais! Se um indivíduo não quiser mais que seus dados pessoais sejam processados ou armazenados por um controlador de dados e não houver motivo legítimo para mantê-los, os dados devem ser removidos de seu sistema.

Propunha, então, a Vice-Presidente da Comissão Europeia que ao cidadão se desse a liberdade de “proteger a privacidade de seus dados, optando por fornecê-los ou não” e de se manter no controle do uso desses dados, optando por removê-los dos sistemas. Dessa forma, foi

encontrado um meio termo coerente entre o interesse público e o desejo de um indivíduo de deixar erros ou informações do passado para trás. Assim, a solução encontrada foi a desindexação dos resultados de ferramentas de pesquisa, tornando desta forma possível requerer a remoção do link de uma notícia que infrinja o direito à imagem, pois dessa forma é possível que o criador do conteúdo continue com a posse do produto, mas o mesmo não se torna visível para buscas objetivas que contenham o nome do sujeito como a palavra-chave.

Como se vê, em síntese, há diferentes direitos (ou figuras jurídicas) que se reconduzem a nomenclaturas mais ou menos genéricas como (a) direito ao esquecimento; (b) direito a ser esquecido; (c) direito à desindexação; (d) direito a apagar dados; e (e) direito a ser deixado em paz. A Constituição da República, em seu art. 5º, inciso X, traz que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assim como é assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação destes direitos.

Mas, apesar de a constituição deixar muito ampla a proteção ao direito de expressar-se, informar-se e ser informado, é importante perceber que há um limite à expressão e à informação. Esse mesmo limite também se aplica ao critério temporal de uma informação. Diante da análise dos casos envolvendo a efetivação do direito ao esquecimento, na jurisprudência pátria e estrangeira, evidenciou-se que a construção dos parâmetros de aplicação desse direito passa pela utilização de critérios de princípios constitucionais no plano interno, especialmente diante do confronto entre a liberdade de informação e a proteção da memória individual.

Dessa forma, percebe-se que os direitos fundamentais colidentes devem guiar-se por determinados filtros, dentre os quais se destacam:

a análise da relevância da veiculação da informação para o domínio público; a preservação do contexto original da informação pretérita; a preservação dos direitos de personalidade na rememoração; a utilidade da informação e a atualidade da informação (MARTINEZ, 2014, p. 207-208).

Assim, devem-se extrair as hipóteses de precedência do direito ao esquecimento sem que se legitime qualquer forma de censura, mas concretize-se a proteção da dignidade da pessoa humana.

3 A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS FATOS QUE FRAGILIZAM O DIREITO À INTIMIDADE

Em fevereiro de 2021, o Supremo Tribunal Federal decidiu sobre o caso Aída Curi que se tornou um grande marco doutrinário e jurisprudencial ao ter como principal objeto da ação o direito ao esquecimento. Em 1958 a jovem foi vítima de violência seguida de morte, a qual foi praticada por três jovens que a jogaram do alto de um prédio no Rio de Janeiro. Anos mais tarde, os irmãos da vítima ingressaram com uma ação de reparação de danos materiais e morais, em face da empresa Globo Comunicação e Participações S/A, que em um dos seus programas exibiu o caso de Aida, o qual efetuou a reconstituição do crime, tratando da vida, da morte e dos pós morte dos personagens envolvidos no crime, além de serem divulgadas fotos e cenas do evento delituoso.

Os irmãos da vítima alegaram que não havia razão para o programa reviver uma história tão triste após o transcurso de 50 anos do caso, e alegaram que o fato fora esquecido no tempo, sendo que a divulgação do programa fizera com que as antigas feridas fossem reabertas, expondo indevidamente a vítima e familiares, com um objetivo comercial e econômico.

Assim como os condenados que cumpriram a pena e os absolvidos que se envolveram em processo-crime (REsp. n. 1.334/097/RJ), às vítimas de crimes e seus familiares têm direito ao esquecimento se assim desejarem, direito esse consistente em não se submeterem à desnecessárias lembranças de fatos passados que lhes causaram recordações. Em primeira instância o pedido foi julgado improcedente sendo mantido pelo tribunal de justiça do Rio de Janeiro, foi então interposto Recurso Especial, o qual foi analisado pela 4ª turma do Superior Tribunal de Justiça, que com a maioria dos integrantes, e nos termos do voto do relator, foi negado o provimento do recurso, com a seguinte fundamentação:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. HOMICÍDIO DE REPERCUSSÃO NACIONAL OCORRIDO NO ANO DE 1958. CASO "AÍDA CURTI". VEICULAÇÃO, MEIO SÉCULO DEPOIS DO FATO, DO NOME E IMAGEM DA VÍTIMA. NÃO CONSENTIMENTO DOS FAMILIARES. DIREITO AO ESQUECIMENTO. ACOLHIMENTO. NÃO APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO. RECONHECIMENTO DA HISTORICIDADE DO FATO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE DESVINCULAÇÃO DO NOME DA VÍTIMA. ADEMAIS, INEXISTÊNCIA, NO CASO CONCRETO, DE DANO MORAL INDENIZÁVEL. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE IMAGEM. SÚMULA N. 403/STJ.
NÃO INCIDÊNCIA.

Diante da negativa do STJ, foi ajuizado pelos irmãos da vítima, um Recurso Extraordinário com Agravo perante o Supremo Tribunal Federal em dezembro de 2014, e tinha também, como objetivo principal, a aplicabilidade do direito ao esquecimento. Os recorrentes afirmam que

o fato de algo ser de conhecimento público e notório não extingue os direitos personalíssimos dos envolvidos.

Além disso, eventual interesse público o qual, *in casu*, seria inexistente, não justificaria a exploração comercial do patrimônio personalíssimo. Por último, os recorrentes teceram considerações acerca da alegada ilegalidade do programa televisivo e do conseqüente direito à indenização por danos materiais. Afirmam que o uso indevido de imagem gera o direito à indenização de seu titular e que, sendo incontroversa a utilização ilegal da imagem de Aída Curi, é de rigor se concluir pelo direito de sua família a ser indenizada pelos lucros obtidos.

Em contrarrazões, a recorrida, Globo Comunicação e Participações S/A, suscita preliminarmente a ausência de repercussão geral; a impossibilidade de revisão de fatos e provas e conseqüente incidência da Súmula nº 279 do STF; a ausência de prequestionamento dos artigos 1º, inciso III; e 5º, caput e inciso III, da Carta Maior; a não ocorrência de violação frontal de dispositivo da Constituição da República no que concerne ao direito ao esquecimento; a deficiência de fundamentação no tocante à suposta violação do artigo 5º, caput e inciso III, do texto constitucional; e a aplicabilidade, *in casu*, da Súmula nº 284/STF.

Quanto ao direito ao esquecimento, a recorrida alega que este não encontra respaldo constitucional, nem mesmo como reflexo do genérico princípio da dignidade humana, sendo, ademais, completamente incompatível com a plena liberdade de informação assegurada pela Constituição da República. No que toca ao dano material, a recorrida aponta ser inexistente. Isso porque os recorrentes, em sua visão, não perderam ou deixaram de ganhar algo com a exibição do programa – e mesmo que tivessem sofrido o alegado dano, esse não ostentaria

qualquer relação com o eventual lucro auferido pela TV Globo, razão pela qual tal critério afigura-se descabido para o arbitramento de hipotética indenização.

O assunto foi inscrito como Tema nº 786 da Gestão da Repercussão Geral do portal do Supremo Tribunal Federal, com a seguinte descrição: aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares. Ante a confirmação da transcendência do assunto por parte do Tribunal Pleno, o agravo foi provido para admitir o recurso extraordinário e determinado a abertura de vista ao Ministério Público. A Procuradoria-Geral da República (PGR) manifestou-se pelo não provimento do recurso extraordinário, conforme mostra a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TEMA 786. DIREITO A ESQUECIMENTO. APLICABILIDADE NA ESFERA CIVIL QUANDO INVOCADO PELA VÍTIMA OU POR SEUS FAMILIARES. DANOS MATERIAIS E MORAIS. PROGRAMA TELEVISIVO.VEICULAÇÃO DE FATOS RELACIONADOS À MORTE DA IRMÃ DOS RECORRENTES NOS ANOS 1950.

Tese de Repercussão Geral – Tema 786:

Não é possível, com base no denominado direito a esquecimento, ainda não reconhecido ou demarcado no âmbito civil por norma alguma do ordenamento jurídico brasileiro, limitar o direito fundamental à liberdade de expressão por censura ou exigência de autorização prévia. Tampouco existe direito subjetivo à indenização pela lembrança de fatos pretéritos. 2. Há vasta gama variáveis envolvidas com a aplicabilidade do direito ao esquecimento, a demonstrar que dificilmente caberia disciplina jurisprudencial desse tema. É próprio de litígios individuais envolver peculiaridades do caso, e, para reconhecimento desse direito, cada situação precisa ser examinada especificamente, com pouco espaço para transcendência dos efeitos da coisa julgada, mesmo em processo de repercussão geral. 3. Consectário

do direito a esquecimento é a vedação de acesso à informação não só por parte da sociedade em geral, mas também de estudiosos como sociólogos, historiadores e cientistas políticos. Impedir circulação e divulgação de informações elimina a possibilidade de que esses atores sociais tenham acesso a fatos que permitam à sociedade conhecer seu passado, visitá-lo e refletir sobre ele. 4. É cabível acolher pretensão indenizatória quando divulgação de informação de terceiro resulte em violação à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (art. 5º, X, da Constituição da República), sendo dispensável para tal finalidade reconhecimento de suposto direito a esquecimento. 5. É inviável acolher pretensão indenizatória, quando o acórdão recorrido concluiu, com base no conjunto fático probatório, por inocorrência de violação a direitos fundamentais devido a veiculação, por emissora de televisão, de fatos relacionados à morte da irmã dos recorrentes, nos anos 1950. 6. Parecer pelo não provimento do recurso extraordinário.

Após cinco anos, em fevereiro de 2021, o STF proferiu a decisão do recurso como sendo incompatível com a Constituição da República, e conseqüentemente, o direito ao esquecimento se tornou inconstitucional, pois o Supremo entendeu que deve prevalecer a liberdade de imprensa e expressão, uma vez que o programa apresentava fatos verídicos e de repercussão nacional. Foi negado o provimento com a seguinte fundamentação do voto do Relator o Ministro Dias Toffoli:

Cuida-se, como relatado, de recurso extraordinário interposto em face de acórdão mediante o qual a Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro manteve, por maioria, a decisão de indeferimento da ação indenizatória voltada à compensação pecuniária e à reparação material pelo uso não autorizado da imagem da falecida irmã dos autores no programa Linha Direta: Justiça. A pretensão se ampara, dentre outras alegações, no que se convencionou chamar direito ao esquecimento. Antes de adentrar na proposta de solução para o caso, compreendo pertinente, dado o ineditismo do tema na Suprema Corte e mesmo do grau de

amplitude que se tem atribuído à expressão, delimitar conceitualmente a pretensão.

Apesar do direito de liberdade de imprensa ser uma das principais liberdades públicas tuteladas na Constituição, a liberdade de expressão não se constituiu em um direito absoluto ou ilimitado. Os princípios éticos que informam a liberdade de imprensa impõem limites à publicação ou a divulgação de fotos, vídeos ou imagens. No caso da matéria jornalística que foi realizada sem a autorização da família, a ética jornalística invadiu a intimidade dos familiares e constituiu em uma violação ao direito de personalidade.

Como já foi referido anteriormente, o direito ao esquecimento tem como objetivo a proteção da dignidade humana. E desta forma, a intimidade se mostra dentro da seara de ferramentas que protegem esse direito, pois a dignidade é a composição do interesse individual e social, assim, o direito ao esquecimento é um instituto de concretização dessa dignidade.

3.1 A TESE FIRMADA PELO STF E A VULNERABILIZAÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

É importante salientar que o direito ao esquecimento consiste em um direito de personalidade que se vincula a honra, a imagem, a privacidade, e que visa preservar a dignidade da pessoa humana. No dia 11 de fevereiro de 2021, o Supremo Tribunal Federal negou por nove votos a um o reconhecimento ao direito ao esquecimento no país.

Na discussão entre a necessidade de ponderação entre os direitos de liberdade de expressão e informação, de um lado, com os direitos da personalidade que garantem a proteção da privacidade, intimidade,

imagem e honra do indivíduo, de outro, a tese aprovada pelo plenário foi de que (STF, Recurso Extraordinário nº 1.010.606 - Rio de Janeiro 2021):

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

Mantendo a linha de pensamentos de acordo com a tese, o Supremo afirma que todos os crimes são de interesse da sociedade, mas há aqueles em que, por seu contexto de brutalidade, tornam-se objeto de documentação social e jornalística, sendo sua descrição e seus contornos alvo de farto registro. Assim como tais registros (em fotos, livros, reportagens da época e testemunhos) não são, em princípio, violadores da honra ou da imagem dos envolvidos, mesmo no que toca à vítima. Um eventual lucro, ademais, na divulgação dos fatos não deve ser entendido, por si, como violador dos direitos de personalidade. Essa é a atividade comercial precípua da recorrida, e a obtenção de recursos por meio dela não é, em si, condenável, nem lhe impõe ordem de indenização, pois, nos termos do artigo 188, I, do CC/02, “não constituem atos ilícitos os praticados (...) no exercício regular de um direito reconhecido”.

Mas a questão que o Supremo não discutiu foi em relação a vulnerabilização dos direitos de personalidade, pois mesmo que este esteja

elencado no Código Civil, o direito de esquecer é importante e imprescindível para que o indivíduo que cometeu um erro no passado, possa ter o direito de esquecer, além do que, os direitos de imagem e de privacidade devem ser protegidos em consonância com as leis promulgadas pelo Estado.

3.2 E AGORA JOSÉ? COMO FICA A PROTEÇÃO AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE APÓS A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL?

O tema do direito ao esquecimento já esteve presente em diversos debates no decorrer dos anos, mas com a recente afirmação da tese do Supremo Tribunal Federal, o acórdão causou um grande debate na comunidade jurídica brasileira, pois tendo em vista que essa decisão representa, ao menos em tese, a supressão do direito ao esquecimento no direito brasileiro, a consequência será uma grave limitação à tutela dos direitos de personalidade no Brasil.

A tutela dos direitos de personalidade está vinculada ao respeito à dignidade da pessoa humana, sendo que tais direitos são considerados imprescindíveis para o livre desenvolvimento do indivíduo, bem como para a existência de uma sociedade relativamente ordenada. Como foi relatado no capítulo dois do presente artigo, o Tribunal Europeu reconheceu o direito de desindexação a Mario Costeja, ao permitir a desindexação de informações passadas e não mais relevantes.

Tudo isso, conduz a ideia de que, hodiernamente, as pessoas buscam ser notadas, sem que se deem conta de que tudo que é compartilhado em rede não mais pode ser desfeito. Como referem Peixoto e Junior (2016):

A tecnologia da informação fortaleceu sobretudo a vigilância, anestesiando os indivíduos com um velho stratagema panóptico de que nunca se sabe quando se é espionado, mas que não se pode pensar que não se está sendo espionado. Além disso, o velho pesadelo panóptico do “nunca estou sozinho” foi transformado em uma esperança de “nunca mais ficarei sozinho”. O medo de ser exposto foi esquecido e agora o que reina é a alegria de ser notado.

Desse modo, a privacidade, muitas vezes tão celebrada, encontra-se fragilizada diante da sociedade da informação, sendo essencial que todas as esferas dessa superexposição sejam analisadas pelo direito. Assim, impensável aceitar uma sociedade em que nada (e nunca) é esquecido.

Portanto, é importante salientar que este novo direito trouxe (a desindexação) uma forma de execução, onde os dados relacionados ao autor, mesmo que mantidos na internet, estão protegidos da publicação, pois tornou proibido que o buscador do Google apontasse o link quando fosse inserido o seu nome do campo de busca, assim como ele não reconheceu o direito a exclusão do conteúdo indesejado pelo autor, mas sim que ele não fosse lembrado pelo buscador Google. A empresa também passou a disponibilizar um formulário para pedidos de supressão de resultados de busca.

O caso de Mario Costeja, consagrou-se como um marco de desenvolvimento do direito ao esquecimento, por meio do direito à desindexação, pois este novo direito não tem como objetivo que o conteúdo seja esquecido, mas sim que ele não seja lembrado.

Voltando à decisão do caso de Aída Curi, é possível observar que a legislação brasileira ainda se limita em decisões que versam sobre a tentativa de identificação específica em eliminação do conteúdo da rede.

Desta forma, tem-se a observar a importância da desindexação como uma estratégia prática para uma maior segurança do direito fundamental à honra e a imagem, tentando superar as deficiências encontradas após a inconstitucionalidade do direito ao esquecimento.

Portanto, o direito de desindexação evidencia uma mudança positiva em relação a privacidade dos dados no ciberespaço, assim como oportuniza um amadurecimento nas questões de direitos fundamentais que buscam sempre se manter ativos e presentes em questões que versam sobre direitos de personalidade. A questão que fica é se o Supremo Tribunal Federal irá deferir o direito de desindexação para que possa ser invocado em ações jurídicas que buscam a proteção da intimidade, privacidade, e principalmente personalidade.

E agora? Não há resposta pronta. A jurisprudência, talvez a lei e por que não, a doutrina, buscarão a saída legal para esse grave problema da vulnerabilização dos direitos de personalidade no ciberespaço. Fato é que estes direitos sofreram um revés com a decisão do Supremo, impondo uma penalização perpétua para aqueles que tiveram informações ou fatos personalíssimos expostos em rede. Esperar é a solução que ninguém deseja, mas a única alternativa.

CONCLUSÃO

Os direitos de personalidade no decorrer dos anos passaram por diversos conflitos em relação à proteção e avanços tecnológicos. Um dos problemas enfrentados é a disponibilização de informações sem que haja um controle sobre o que é ou não verdadeiro ou que é ou não de interesse público. A sociedade contemporânea como um todo, se mantém sempre conectada e disponibilizando/expondo informações, que no

decorrer do tempo podem vir a ser prejudiciais. Pensando em uma forma de proteção, a ser utilizada quando não se deseja mais ver o conteúdo compartilhado em rede disponível, é nasceu o direito de esquecer, o qual também é conhecido como direito ao esquecimento.

O direito ao esquecimento tem como principal ideia e objetivo a proteção do indivíduo que não quer ser lembrado sobre determinados fatos pessoais contra a sua própria vontade. Embora não possua uma legislação específica, pode-se dizer que sua proteção é decorrência da interpretação constitucional, especialmente do que dispõe o artigo 1º da Constituição da República – fundamentos do Estado, que traz em seu inciso III o macroprincípio da dignidade da pessoa humana, bem como no artigo 5º, inciso X da Constituição, e no artigo 21 do Código Civil, que possuem como objetivo proteger o direito à intimidade, à privacidade e à imagem.

A análise dos casos que foram discutidos ao longo da pesquisa, trouxeram um entendimento do que significa a expressão “esquecer”, principalmente levando em conta as decisões dos tribunais que reconheceram a existência deste direito. Não apenas os tribunais brasileiros, mas também o Europeu, tendo como paradigma o caso *Mario Costeja*, reforçaram a necessidade de se reconhecer o direito ao esquecimento, que teve como desdobramento o chamado direito à desindexação.

Levando em consideração toda a bagagem histórica do direito ao esquecimento, assim como a importância de manter os direitos de personalidade protegidos, a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a incompatibilidade do direito ao esquecimento com a Constituição da República, fragiliza os direitos de personalidade no ciberespaço e dessa forma fere também a dignidade da pessoa humana. A decisão do

Supremo priorizou a liberdade de imprensa, informação e expressão, sendo deixado de lado os direitos à honra, à imagem, à intimidade e à privacidade, o que fez soar, na comunidade jurídica, um alerta sobre as violações a estes direitos que serão perpetradas no ciberespaço.

O caso Aída Curi, responsável pela manifestação do Supremo na temática do direito ao esquecimento, representou um sério revés na proteção dos direitos de personalidade no ciberespaço, deixando um vácuo ainda maior, pois sem legislação e sem decisão favorável da corte mais importante do país, a proteção a tais direitos se mostrou incipiente. Com diversas ferramentas disponíveis para chegar a uma decisão justa, o Supremo decidiu pela invalidação do direito ao esquecimento.

Todavia, mesmo com a decisão do STF, acredita-se que uma nova possibilidade se abre com a tese do direito à desindexação, que não se resume apenas a permitir que um dado seja desindexado da plataforma de busca, mas efetivamente permite que uma pessoa possa fazer uso desse direito para não ser, perpetuamente, prejudicada por um conteúdo vinculado em rede que não o represente mais e cuja repercussão seja exclusiva na seara dos seus direitos de personalidade. Informações e fatos públicos não podem ser desindexados ou esquecidos, sob pena de apagamento da memória coletiva, mas quando se trata de informações pessoais, não é possível afastar esta proteção.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Recurso Extraordinário 1010606 /RJ. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346473757&ext=.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 12 mai. 2022.

BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 11 abril 2022.

COLAÇO, Hian Silva. *Dimensão internacional do direito humano ao esquecimento digital: Diálogo entre a experiência brasileira e estrangeira*. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/3/2016_03_0707_0734.pdf. Acesso em: 07 nov. 2021.

FILHO, Demócrito Reinaldo. *A Diretiva Europeia sobre proteção de dados pessoais*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3507, 6 fev. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23669>. Acesso em: 30 set. 2021.

MAYER SCHONBERGER, Viktor. *Delete: the virtue of forgetting in the digital age*. New jersey: Princeton University, 2009.

MARTINEZ, Pablo Dominguez. *Direito ao Esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2014.

PEIXOTO, Erick Lucena Campos; EHRHARDT JUNIOR, Marcos. *O direito à privacidade na sociedade da informação*. V Encontro de pesquisas judiciárias da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas, [S.l.], set. 2016. Disponível em: <http://enpejud.tjal.jus.br/index.php/exmpteste01/article/view/63>. Acesso em: 10 nov. 2021.

SCHEREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 95/46-CE, de 24 de outubro de 1995*. Jornal Oficial das Comunidades Europeias L 281/31, 23 nov. 1995. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT>. Acesso em: 02 jun. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho. Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados da União Europeia*. 27 abr. 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN>. Acesso em: 02 jun. 2022.

2

LA DEFENSA LEGAL DE LOS DERECHOS LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA EN TIEMPOS DE PANDEMIA

*Claudia P. Sanabria Moudelle*¹

*Isaac Ravetllat Ballesté*²

1 INTRODUCCIÓN

En Paraguay, al igual que en otros países de la Región de las Américas, la declarada pandemia del Coronavirus (COVID 19)³ llega justo en un momento en el que los derechos de la niñez y la adolescencia siguen en pleno proceso de consolidación, tanto en su consideración como una disciplina jurídica autónoma, como en su consecuente reconocimiento y triple autonomía –legislativa, institucional y académica–, todo ello a pesar de llevar más de dos décadas desde la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 –en adelante CDN–.

¹ Master en Derecho de Familia e Infancia por la Universidad de Barcelona (España). Master en Globalización, Desarrollo y Cooperación por la Universidad de Barcelona (España). Experta en Políticas Sociales de Infancia por la Universidad Complutense de Madrid (España). Encargada de la Dirección de Género, Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social de Paraguay. Coordinadora de la Maestría en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia de la Universidad Iberoamericana. Docente de pregrado y postgrado. E-mail: sanabriamoudelle@hotmail.com

² Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona. Profesor Asociado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca. Director del Centro de Estudios sobre los Derechos de la Infancia y la Adolescencia (CEDIA) de la Universidad de Talca. Vocal del Observatorio de la Infancia de la Generalitat de Cataluña. Secretario General de la Asociación para la Defensa de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia (ADDIA). Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Talca. Avenida Lircay s/n. Talca. E-mail: iravetllat@utalca.cl

³ Según las declaraciones del Director General de la Organización Mundial de la Salud, luego de una evaluación del brote y estudiando los niveles de propagación y gravedad, se concluyó que el COVID -19 fuera declarado como Pandemia. Un virus que inicio su expansión en la Provincia de Wuhan, China llegó para cambiar definitivamente el curso de la historia global impactando en todos los ámbitos de la vida: económico, político, cultural, social, y por supuesto, en uno de los más sensibles para la forma de vida del ser humano, el familiar. Ver más en <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020> (Consulta realizada el 4 de mayo de 2020)

Reconocer el punto en el que se encuentran el reconocimiento y la protección de los derechos de la niñez resulta relevante para el presente artículo, en el que se pretende analizar cuál es el estado en el que se hayan los derechos de la niñez y la adolescencia que se vieron afectados con la declaración de pandemia por parte de la Organización Mundial de la Salud en marzo pasado.

Está demostrado que en situaciones de emergencia sanitaria la garantía de los derechos -en especial de aquellos derechos fundamentales de la persona- pueden verse flexibilizados, afectados y en otros casos, desplazados por una catástrofe, como por ejemplo la que se está viviendo durante este periodo de tiempo.

La regulación de los derechos de familia, de la niñez y de la adolescencia, se ha visto impactada por esta pandemia, que por su forma de manifestarse requiere de medidas singulares para adaptarse a ella mientras la ciencia hace su parte y llega la tan ansiada cura, y aun así, cuando eso ocurra, la forma de vida habrá cambiado para siempre.

El impacto en ciertas cuestiones del Derecho de Familia o de las Familias, como refieren algunos autores, así como sobre las disposiciones legales que regulan el estatuto especial por el que se rigen las personas menores de edad, son asuntos que interesan no solo por la respuesta inmediata que pueda darse durante el desarrollo de la actual pandemia, sino también por la alta probabilidad que las cosas y las relaciones interpersonales entre los sujetos de derecho ya nunca vuelvan a ser las mismas. Tal circunstancia nos lleva a pensar que el ordenamiento jurídico debiera adaptar, más pronto que tarde, sus respuestas al nuevo contexto social que de bien seguro emergerá una vez la vida vuelva a una presunta normalidad.

Así, a un panorama nacional ya atiborrado de regulaciones, leyes especiales y protocolos que debían aún ser puestos en vigencia, vino a sumarse la pandemia, que en un periodo corto de tiempo, menos de un mes, dio lugar a regulaciones específicas para contener todo aquello que se vio necesario disponer para sostener la convivencia en este nuevo escenario.

Efectivamente, el Decreto No. 3.442⁴, que dispone la implementación de medidas preventivas para mitigar la expansión del virus, tuvo repercusiones en el ámbito de la familia, ya que agravó la tradicional situación de invisibilidad social de niños, niñas, adolescentes, mujeres y adultos mayores. En este sentido, pauperizó a las personas más desprotegidas, suspendió el relacionamiento de niños, niñas y adolescentes con sus progenitores y familiares no convivientes, dio paso a un aumento de la violencia en los hogares, impuso nuevas tensiones en el escenario familiar y dejó sin trabajo a miles de personas; y todo ello ante un cierto manto de silencio y desidia por parte de las autoridades públicas.

La justificación de la nueva mirada que pretende ofrecer este estudio, busca poner al niño, la niña y al adolescente en el centro de las reflexiones y análisis. En otras palabras, colocar el Derecho de la Persona en esta etapa de la vida en primer lugar, para, de este modo, llevar a cabo una relectura de los acontecimientos que afectan a la efectividad de otros derechos, a la regulación de los mismos y a futuro, al impacto que toda esta situación tendrá sobre la mentada realidad.

El objetivo es obtener aprendizajes y buenas prácticas que permitan identificar soluciones ante coyunturas similares en el futuro el

⁴ El Decreto N° 3442, del 9 de marzo de 2020, Por el cual se dispone la implementación de acciones preventivas ante el riesgo de expansión del Coronavirus (COVID-19) al territorio Nacional.

derecho. Igualmente se pretenden señalar algunas recomendaciones importantes basadas en evidencias que permitan tomar decisiones respecto a la garantía de los derechos, aun en tiempos de pandemia.

Se requiere visibilizar algunos derechos que podrían quedar desprotegidos o no considerados en tiempos de pandemia, así podrían ser afectados el derecho del niño/a a relacionarse con sus progenitores o familiares no convivientes, el derecho del niño/a a ser escuchado en todas aquellas cuestiones que le afecten, el derecho a la salud, el derecho a la educación, a la protección efectiva incluso en el ámbito familiar, el derecho al juego, y el derecho a la privacidad, entre otros.

2 UNA CONSIDERACIÓN PRELIMINAR. LOS PRINCIPIOS RECTORES EN MATERIA DE DERECHOS DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA

En tiempos de pandemia, al igual que en tiempos sin dicha afección, un requisito fundamental es dotar de contenido y poner en vigencia los principios rectores en materia de derechos de la niñez y la adolescencia.

El interés superior del niño/a, la participación, la no discriminación, y la supervivencia y desarrollo deben ser las consideraciones fundamentales y transversales a las actuaciones de los Estados, sociedades y de las familias.

El principio del interés superior tendría como objetivo poner al niño/a en el centro de cualquier consideración y ante la necesidad de optar por la vigencia de un derecho optar por aquel que mejor responda a las necesidades de las personas menores de edad. Así, en el caso de que el niño/a requiera atención a la salud por una afección crónica, y dada la restricción a la libertad de circulación, debe optarse sin duda por la primera. Esta afirmación que parece lógica, se encuentra en

permanente conflicto cuando se preconiza evitar la circulación. Las campañas comunicacionales están centradas en la idea de "QuedateEn-Casa" sin poner el mismo énfasis en los mecanismos para buscar atención o apoyo en caso de necesidad.

El principio de no discriminación, además de la acepción que venimos utilizando y que está dada por la definición que da la CDN⁵; implicaría tener en cuenta a los distintos grupos más expuestos a sufrir vulneración de derechos en periodos de pandemia como son la infancia en calle, los hijos/as de padres migrantes, los niños/as de familias empobrecidas, los niños/as en situación de discapacidad, los niños/as con dificultad escolar o problemas de aprendizaje. En este sentido las medidas que los Estados adopten deben atender a las particularidades de los distintos grupos⁶.

El principio de participación es primordial y debe aplicarse en todos los ámbitos, en la familia para todas las cuestiones que afecten a los niños/as, en suma, todo lo que pasa en el hogar es de incumbencia de todos sus miembros, incluidos los más pequeños y los adolescentes. Por su parte en la sociedad y en las decisiones gubernamentales, el tomarlos en cuenta tiene un carácter de reconocimiento de ciudadanía que trasciende lo privado. Por poner un ejemplo, es posible indagar como los Estados no han solicitado la opinión de los niños, niñas y adolescentes para trabajar en un programa educativo para este año atípico y que requerirá de la colaboración de todos los actores involucrados. En el caso de Paraguay, no hubo un proceso participativo con los chicos, en cambio sí se llamó a la asociación de padres y madres.

⁵ El Art. 2 de la Convención dispone que los derechos deben garantizarse, sin distinción alguna.

⁶ Es importante aquí citar la Resolución No. 01/2020 Pandemia y Derechos Humanos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El principio de supervivencia y desarrollo, que en este momento debe orientar las medidas de los Estados para crear estrategias que permitan resguardar a los niños/as frente a los efectos de la pandemia. En términos generales debe ser utilizado para revisar todas las acciones dirigidas a los niños, niñas y adolescentes. Así al revisar los presupuestos, por ejemplo es necesario posicionar sus necesidades y derechos, y destinar partidas específicas para asegurar que recibirán atención. Las acciones dirigidas a los adultos, no siempre llegan a los niños, niñas y adolescentes.

3 EL REGRESO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA A LA INVISIBILIDAD DEL HOGAR

El efecto inmediato de la medida adoptada a nivel global, ordenando el confinamiento en los hogares como medida de protección para la salud, fue sin duda que las niñas, niños y adolescentes quedaran de alguna manera nuevamente invisibilizados en el ámbito privado.

Dicho efecto, agudiza una realidad que algunos autores, como Ravetllat, venían señalando ya en tiempos sin pandemia: "...la infancia y la adolescencia continúan siendo, en gran medida, completamente invisibles a los ojos de nuestra sociedad"⁷.

Fuera de la pandemia, la escuela, el colegio, los espacios de socialización en la comunidad, la plaza, la llegada de agentes de programas sociales en las visitas domiciliarias, las actividades comunitarias, los centros de día, y todos los espacios que quedaron suspendidos de un día para otro con la declaración de emergencia sanitaria, suelen ser

⁷ Cfr. RAVETLLAT BALLESTÉ, I., *Aproximación histórica a la construcción sociojurídica de la categoría infancia*, Universidad Politécnica de Valencia, Valencia, 2015, p. 1-12.

espacios protectores y cumplen a la vez una función de garante de derechos para la infancia y la adolescencia.

Históricamente la infancia estuvo supeditada a la invisibilidad del ámbito privado. Con el cambio de paradigma, y especialmente al reconocer la vertiente pública de la familia, la garantía de los derechos humanos no puede ser dejada al azar. Como es sabido, hace tan solo dos décadas que la infancia cobra especial relevancia y sus derechos son considerados.

[...] la aprobación y casi unánime ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño constituyó un hito trascendental importancia en el proceso de "civilización", en el sentido de ser considerados como verdaderos ciudadanos, de niños, niñas y adolescentes⁸.

Uno de los mayores avances que se pueden apuntar ha sido establecer la garantía por parte de los Estados que deben protegerlos. Esta obligación implica que el Estado al tomar cualquier medida, lleve adelante todo el esfuerzo a fin de velar por que esa garantía no se vea afectada.

El rol de los progenitores también dio un giro importante y en la actualidad, se constituyen en los principales garantes de los derechos y en este sentido toman aún más protagonismo en casos de desastres. Deben velar por los derechos fundamentales de sus hijos/as dado que son los facilitadores de su vigencia.

Es posible que a medida que avanza este periodo, nuevo y desafiante, se deban combinar las medidas de protección a la salud, con las

⁸ Cfr. RAVETLLAT BALLESTÉ, I.,(2018), «Marco jurídico internacional de los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes: génesis y caracteres de la Convención sobre los Derechos del Niño», en SANABRIA MOUELLE, Claudia y RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (Coord.), *Lecciones para la defensa de los derechos humanos de la infancia y la adolescencia*, Corte Suprema de Justicia del Paraguay, Asunción.

medidas de protección a los derechos del niño/a. Es decir, se tendrá que explorar sobre la posibilidad de tomar medidas a la vez que se encuentran estrategias de contacto y acompañamiento a las niñas, niños y adolescentes en sus hogares. Son acciones necesarias la llegada en las visitas domiciliarias que en Paraguay están instaladas, cumpliendo esta función los agentes comunitarios, la maestra mochilera, los promotores de salud, consejeras municipales por los derechos del niño⁹. No es posible dejarlos escondidos, sin voz.

4 DERECHO A LA IMAGEN, IDENTIDAD Y PRIVACIDAD COMO DERECHOS PERSONALÍSIMOS

En otro ámbito donde se comprueba que la mirada hacia la niñez y la adolescencia sigue siendo la paternalista, adultocéntrica y de autoridad sobre los mismos, es en el ámbito de los derechos personalísimos, en algunos con especial énfasis como el derecho a la imagen, a la identidad y a la privacidad.

Durante este periodo se han visto no pocas situaciones que vulneran los derechos de la niñez y la adolescencia en este sentido. En medio de la pandemia se han difundido imágenes de niños y adolescentes ingresando a servicios de salud, víctimas de algún hecho punible y en otros casos, son los mismos centros educativos los que solicitan como tarea o actividad escolar, a los adultos que envíen filmaciones o fotografías de las niñas, niños y adolescentes realizando una serie de ejercicios físicos, lecturas o cumpliendo otras tareas encomendadas por los docentes.

⁹ La Consejería Municipal por los Derechos del Niño, Niña y Adolescente tiene la función de prestar servicio de prevención, promoción y defensa de los derechos conforme al Art. 48 del Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley No. 1680 del año 2001.

En el caso del envío de videos e imágenes cumpliendo la tarea, surge la interrogante de si esos elementos se solicitan al solo efecto de corroborar el cumplimiento de la tarea o si tiene algún fin realmente pedagógico y en tal caso, cual sería, para quien sería el beneficio. Se debe mirar en estas situaciones precisamente el derecho del niño/a a su imagen e intimidad, teniendo en cuenta que no es posible garantizar el uso de aquellas, como así también debe hablarse de la proporcionalidad. Es decir, si solo se quiere corroborar que la tarea sea realizada, se debería pensar en medios más dignos y acordes a los derechos.

Estos derechos que entendemos pueden ser únicamente ejercidos por su titular, reconociendo que las niñas, niños y adolescentes son los titulares de los mismos. El medio utilizado es como mínimo inapropiado y desproporcionado.

La exposición de niñas, niños y adolescentes en los medios digitales debe ser mínima, se desaconseja el uso de estos medios ya que se estaría vulnerando su derecho a ejercer por sí mismos la decisión de disponer de ellos.

Es sabido que los mismos gozan del derecho a la intimidad conforme lo establece la Norma Constitucional¹⁰, está fuera de discusión que son titulares, al igual que los adultos de este derecho, y así también a no deben ser objeto de injerencias de ningún tipo, así lo dispone la Convención sobre los Derechos del Niño en el Art. 16: "1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación."

¹⁰ El Art. 33 de la Constitución Nacional de Paraguay establece que la intimidad personal y familiar, así como el respecto a la vida privada, son inviolables... Se garantiza el derecho a la protección de la intimidad, de la dignidad y de la imagen privada de las personas.

Según afirma Ravetllat, incluso los derechos a la vida y a la integridad física pueden ser ejercidos por parte de las personas menores de edad, hablando del ámbito sanitario, con lo cual queda claro que el reconocimiento de los derechos fundamentales son prerrogativas que las niñas, niños y adolescentes deben tener reconocidas.

Asimismo, los derechos al honor, intimidad y propia imagen son, ante todo, derechos de la personalidad. La definición de esta última categoría jurídica no resulta particularmente sencilla, si bien, comúnmente se suele asociar a la propia esencia del ser humano, en el sentido de que toda persona, por el simple hecho de serlo, tiene una serie de prerrogativas que le son innatas y que pertenecen a su esfera más íntima¹¹.

En el caso de que sean los progenitores o representantes legales quienes tomen la decisión sobre estos derechos personalísimos, debería ser en contadas ocasiones, como una excepción y no como regla general.

Es responsabilidad del Estado a través de la política educativa, contar con un plan de acción en tiempos de pandemia que provea los mecanismos para orientar a las familias a fin de que puedan acompañar de manera apropiada a sus hijos/as y sobre todo que vele por el desarrollo integral de su personalidad¹².

5 EL DERECHO DEL NIÑO/A A VIVIR EN FAMILIA

En este apartado serían objeto de análisis por un lado, la situación de los niños que se encuentran en albergues o entidades del Estado, y

¹¹ GARCÍA PRESAS, I., (Coord.), (2017) *Honor, Intimidad y Propia Imagen*. Jurúa Editorial, Madrid.

¹² Art. 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

por otro lado, la suspensión del relacionamiento entre el niño o adolescente y el progenitor, progenitora o familia ampliada no conviviente.

En cualquiera de los casos para iniciar el análisis es necesario mencionar que en este periodo con más razón debe cobrar vigencia la flexibilidad y transitoriedad de las medidas. A propósito de esta afirmación, el Comité de los Derechos del Niño, en su reciente recomendación a los Estados, mencionó que las medidas deben ser establecidas como: *Restricciones proporcionales, mínimas y limitadas en el tiempo.*

Tanto en el mantenimiento del vínculo entre los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en albergues o entidades del Estado, así como también en el caso de la suspensión del relacionamiento, se debe atender a que las medidas responden a un criterio sanitario y en ningún momento se piensa en vulnerar el derecho del adulto.

En el caso de la suspensión del relacionamiento como medida transitoria, el progenitor conviviente debe poner a disposición todos los medios para que el mismo no se vea afectado. Ambas partes deben atender al interés del niño y actuar bajo el principio de buena fe.

La medida se centra en una evidencia objetiva planteada por la medida sanitaria, la prohibición de circulación excepto para cuestiones vitales como la provisión de alimentos o para acudir al médico.

En estos casos, la jurisdicción especializada deberá abstenerse de tomar la falta de comunicación como incumplimiento dada la emergencia sanitaria, salvo aquellos casos en los que existan antecedentes de incumplimiento. Cada caso debe ser valorado conforme a las particularidades, sin que sea posible generalizar.

Se debe atender igualmente a las cuestiones de género recordando que en Latinoamérica mayoritariamente las mujeres son jefas de hogar, y en muchos casos ello implica hacerse responsable de la crianza de los

hijos. Por tanto las medidas equitativas tendrían más que ver con distribuir efectivamente las responsabilidades de cuidado y no imponer castigos, menos aún en tiempos de catástrofe.

Cuando la situación se plantee controvertida, la CDN como así también las 100 Reglas de Brasilia invitan a pensar en la posibilidad de acceso a la justicia por parte de los niños, niñas y adolescentes. Estando confinados, cuales son los mecanismos... Existen vías de acceso a los defensores del niño. Existen líneas habilitadas para recibir las denuncias... Serían solo algunas cuestiones a plantear y garantizar¹³.

Afecto también a este derecho en algunos casos la situación de niños que se encontraban en albergues de manera transitoria al momento de la llegada de la pandemia. Se deben en este caso redoblar los esfuerzos para que esos niños regresen en la medida de lo posible a sus familias –siempre que existan condiciones- o buscar alternativas con familias acogedoras.

Se ve como buena práctica la intervención realizada por la Jueza de Niñez y Adolescencia de la ciudad de Luque que se constituyó y tomó medidas in situ de doce adolescentes que se encontraban cumpliendo la cuarentena obligatoria en un albergue establecido por el Estado. Las adolescentes llegaron del exterior del país y fueron llevadas al albergue dispuesto por el Gobierno para cumplir la cuarentena. Al finalizar la cuarentena se procedió a contactar con las familias por medios telemáticos y con el fin de la reinserción familiar.

¹³ En Paraguay se encuentra disponible la línea 147 Fono Ayuda, disponible para orientar y recibir denuncias. Esta vía es utilizada por niñas, niños y adolescentes. También existen instancias, como el Defensor de la Niñez y la Adolescencia, que conforme a la norma legal vigente, debe atender las peticiones de los niños, niñas y adolescentes conforme al Art. 26 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

Por otro lado, en este periodo el Gobierno dispuso a su vez el cierre de ciertos centros abiertos y comedores. En este caso, se debe analizar su reanudación para garantizar la protección a los grupos desfavorecidos. En casos de catástrofe, la presencia del Estado es clave para la garantía de derechos de los grupos más desfavorecidos.

6 EL DERECHO A LA SALUD

Otro aspecto que se debe abordar es el acceso al derecho a la salud de las niñas, niños y adolescentes. El aislamiento preventivo, sumado a la disposición reiterada de no acudir a los servicios de salud como mensaje clave de la lucha contra el COVID 19, podría haber producido un efecto no deseado.

Las familias dejaron de acudir para llevar a sus hijos a los servicios en consultas por otras afecciones en un primer momento. La disposición también tuvo un efecto en las mujeres gestantes, muchas futuras madres no estaban seguras sobre cuando ir al servicio de salud aunque estuvieran en fecha de realizar los controles prenatales.

El mismo efecto pudo haber tenido en relación a las víctimas de distintas formas de violencia entre ellas el maltrato infantil y el abuso sexual.

Todo ello motivo que en un segundo momento, los actores de salud promovieran la llegada al servicio de salud en ciertos casos como los controles prenatales, enfermedades crónicas, violencia.

Es necesario, en este estado de cosas, analizar cuáles son las prestaciones que quedaron suspendidas de manera indirecta. Es necesario igualmente reanudar las visitas domiciliarias.

Es propicio aumentar la promoción de las pautas saludables incluido el uso de pantallas estableciendo con un criterio técnico la cantidad de horas recomendadas desde la autoridad sanitaria. Es igualmente importante proporcionar recomendaciones técnicas al Ministerio de Educación a fin de que planifique las clases virtuales a partir de una mirada de salud, y así también opte por la llegada domiciliaria para aquellos casos que así lo requieran.

Se ha visto que el aislamiento físico está en proceso de flexibilización, en este sentido el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, optó por permitir que a partir del lunes 04 de mayo, los niños mayores de 10 años salgan a pasear acompañados de un adulto. Es un avance, sin embargo es posible pensar en el criterio para establecer esta edad.

Organismos Internacionales como la Organización Mundial de la Salud y Unicef, alertaron sobre las consecuencias en la salud física y mental de las niñas, niños y adolescentes. En este sentido los Estados deben buscar estrategias para que tengan contacto con espacios verdes, parques y lugares abiertos cuidando las medidas en todos los casos.

Luego de este periodo, se podrían ver enfermedades crónicas que se han dejado desatendidas, y por supuesto se resentirán los determinantes de la salud. Ello puede tener un alto impacto en el desarrollo integral de la infancia de esta generación a mediano y largo plazo.

7 EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

Ante la Emergencia Sanitaria, lo primero que se han cerrado son las escuelas. Se suspendieron las clases en las universidades y otros institutos de educación, no obstante se reanudaron de manera virtual y programada de manera más expeditiva que el caso de las escuelas. Es un

tiempo para reinventar la escuela, la educación y el acompañamiento que cada familia da al niño en el proceso de aprendizaje.

En este apartado, se pone atención a la situación de la educación formal, primaria, secundaria privada y pública. Los primero en cerrar fueron los centros educativos, algunos autores señalan que esta medida ha sido efectiva en crisis sanitarias similares donde lo que se promovía era el aislamiento.

Se afirma que, la escuela es un lugar de potencial expansión de virus dado que no solo existe aglomeración en las aulas, sino que además, la hora de entrada y salida constituyen espacios propicios para el contacto cercano de familiares y responsables de los pequeños.

Los niños, niñas y adolescentes se quedaron entonces en las casas. Esta situación los devolvió a un espacio privado, sin contacto con las instancias que podrían propiciar su visibilidad o su protección ante cualquier vulneración.

Si bien es cierto que no fueron los únicos en quedarse en casa, es sabido que, dado aún escaso reconocimiento como Sujeto de Derecho merecedor de reconocimiento para actuar en la defensa y ejercicio de muchos de sus derechos, constituyen uno de los grupos más afectados por la medida de aislamiento social. Conforme lo ha expresado el reconocido pedagogo italiano Francesco Tonucci: *Quedarse en casa es una condición nueva, no ser autónomo no lo es. Espero que los niños puedan mostrarnos con la fuerza de este encierro cuánto necesitan más autonomía y libertad. Es muy interesante cómo están reaccionando ellos*¹⁴.

Reinventar la escuela desde casa. Sin deberes, sino acompañando y aprendiendo desde las propias potencialidades del niño. El Derecho a la

¹⁴ <https://elpais.com/sociedad/2020-04-11/francesco-tonucci-no-perdamos-este-tiempo-precioso-dando-deberes.html> (Consultado el 3 de mayo de 2020)

Educación no se suspende. Es posible que de esta forma desarrollemos lo que hoy se llama inclusión. Los progenitores tienen el derecho y el deber de educar a sus hijos.

En este sentido, sigue diciendo Tonucci: *Los niños sienten mucho la falta de la escuela, es decir, no de los profesores y los pupitres sino la falta de los compañeros. La escuela era el lugar donde los niños podían encontrarse con otros niños.*

Surge la pregunta sobre cuál sería la vía cierta para dar efectividad al Derecho a la Educación. En este sentido cabe hacer las siguientes consideraciones. En primer lugar, para los niños, niñas y adolescentes que pertenecen a grupos sociales más favorecidos y cuyos ingresos no se han visto afectados en esta etapa preliminar de la crisis, o que aun viéndose afectados de manera coyuntural, no afectan a su bienestar y calidad de vida, la respuesta parece clara en el sentido de buscar que la escuela se adapte a los tiempos y llegue a casa igualmente a través de las tecnologías.

En segundo lugar, para los niños, niñas y adolescentes que pertenecen a familias trabajadoras que se han visto afectadas por la crisis siendo afectados con la falta de empleo o disminución de sus ingresos, y que igualmente ya tenían una condición complicada, es lógico pensar que la escuela deba buscar recursos no formales o comunitarios que permitan llegar a los mismos con recursos que permitan el acompañamiento. Uno de los sectores que deberían contar con permiso para circular y llegar a visitas domiciliarias podrían ser las maestras mochila o los agentes comunitarios. Sin dudar, con todas las medidas sanitarias que se disponen para otros grupos que tienen permitido circular. En la llegada domiciliaria los agentes no tomarían contacto con los niños y adolescentes, sino con la distancia debida, tendrían que verificar la

situación del hogar, identificar a un adulto de referencia y entregar los recursos necesarios para acompañar la situación.

El derecho a la educación debe ser vinculado de manera directa con el derecho al juego, es un tiempo para promover el acceso a este derecho y pueden combinarse planteando actividades que se adapten mejor a la etapa evolutiva que atraviesa el niño, niña y adolescente.

En suma, cuando el maestro mira a cada niño desde sus potencialidades, se tiene un presente de oportunidades y un futuro próspero. Cada niño es distinto y ese es el mayor tesoro de la humanidad.

8 ADOLESCENCIAS Y PROTAGONISMO

Ante la urgencia, los organismos del estado se vieron urgidos por tomar medidas y establecer los mecanismos para dar continuidad a los programas y servicios.

El país cuenta con instancias que se han conformado a lo largo del periodo de vigencia del Código de la Niñez y la Adolescencia, como los Consejos Departamentales de Niñez y Adolescencia que estaban sesionando en muchos casos con representación infantil. No se ha registrado alguna consulta o participación de los chicos en cuanto a las respuestas gubernamentales.

En este sentido, precisamente la tecnología facilita la interacción con ellos y podría ser un mecanismo rápido y eficiente para relevar su opinión respecto a los asuntos que les afectan. Es el caso claro de la educación. Podrían opinar sobre cómo querrían seguir sus estudios desde casa, conocer sus necesidades y de qué manera lo llevarían mejor.

La otra cara de la moneda es el propio derecho a estar informados. Esta información debe ser veraz, objetiva y acorde a su grado de

madurez. Los representantes y sociedad adulta en su conjunto debería ser facilitadora, no obstante, no hay evidencias.

9 LA ATENCIÓN INTEGRAL A LA VÍCTIMA DE ABUSO SEXUAL Y VIOLENCIA: LA NO REVICTIMIZACIÓN

La imprescindible medida que se ha tomado al decretar el Estado de Emergencia Sanitaria, y aislamiento social, como medida clave para evitar la propagación del Coronavirus (COVID 19) a su vez, sin ser un efecto deseado, propicia situaciones que dan como resultado el aumento de la violencia dentro de los hogares.

Es así como se ve a los distintos grupos más afectados, y entre ellos a los niños, niñas, adolescentes y a las mujeres¹⁵.

En Paraguay, las estadísticas que están proporcionando Organismos del Estado, como el Ministerio Público y el Poder Judicial, dan cuenta hasta del aumento de los casos de violencia contra la infancia y contra la mujer en sus distintas formas. El Ministerio Público reporta un promedio de 80 casos nuevos de violencia familiar por día, y así también el Poder Judicial informó que se dieron 118 casos de violencia familiar como hecho punible más cometido desde el 12 al 27 de marzo del año en curso. El Ministerio de la Mujer por su parte, recibió 558 llamadas sobre violencia contra las mujeres en el periodo del 1 al 29 de marzo.

En cuanto a datos globales y conforme ha informado las Naciones Unidas: "... desde el inicio de la pandemia y en comparación con el año pasado, se ha duplicado el número de llamadas a las líneas de ayuda en

¹⁵ En palabras de representantes de las Naciones Unidas: "El coronavirus golpea tres veces a la mujeres: por la salud, por la violencia doméstica y por cuidar de los otros", estas tres vertientes requieren de una estrategia para hacer frente a la situación.

el Líbano y Malasia; en China se han triplicado; y en Australia, los motores de búsqueda como Google experimentaron el mayor volumen de consultas de ayuda por violencia doméstica de los últimos cinco años”.

Las distintas formas de violencia doméstica e intrafamiliar, sexual y de género tienen efectos para la salud pudiéndose dar algunos de ellos como: ansiedad, depresión, suicidio, embarazo no deseado, infecciones de transmisión sexual, VIH, abuso de bebidas alcohólicas, entre otras.

El país cuenta con un marco legal adecuado para dar respuesta a estas situaciones atendiendo a las disposiciones establecidas en la Constitución Nacional, el Código de la Niñez y la Adolescencia y otras leyes especiales, recordando especialmente la plena vigencia de la Ley N° 6202/2018 Que adopta normas para la prevención del abuso sexual y la atención integral a niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual¹⁶, que define el abuso sexual en los siguientes términos, y la Ley N° 5777/2016 De Protección Integral a la Mujer contra toda forma de violencia¹⁷.

En tiempos sin pandemia se ha demostrado que el acceso a la justicia por parte de las víctimas de violencia, con énfasis en aquellas que son víctimas de abuso sexual presenta barreras como la disponibilidad de los servicios, la coordinación y la re victimización que sufren en el proceso, la falta de respuesta y articulación entre los actores, como así también, la debilidad en la aplicación de los principios rectores para el

¹⁶ La Ley No. 6202 de protección, clarifica y define el abuso sexual ampliando el concepto que se tenía hasta entonces. No obstante es una ley de carácter tuitivo, es decir busca la protección de la víctima y enfatiza los roles de las instituciones responsables de brindarla, pero como muchas otras es aplicada de manera aislada y no en forma articulada con otras normas ya vigentes lo que podría producir un desorden jurídico en lugar de brindar mayor celeridad al procedimiento o instalar una ruta de intervención en la cual el centro sea la víctima.

¹⁷ La Ley No. 5777 por su parte ha significado un avance en la protección de derechos de las mujeres y en la caracterización de un fenómeno silenciado culturalmente y dejado de lado por los juristas, de hecho su aprobación tuvo grandes desafíos dado que se tenía sobre su entrada en vigor.

acceso a la justicia. La respuesta, en tiempos de pandemia, se ve afectada y podría ser mucho más lenta.

Si la víctima está en casa, con el agresor, los canales de contacto con un referente de apoyo pueden debilitarse. La posibilidad de llegar al servicio de salud u otra entidad para realizar la denuncia podría ser casi nula.

Luego, si llega a uno de los dispositivos, la respuesta podría verse fragmentada y limitada teniendo en cuenta que por un lado se realizaría la atención en salud, seguida de la realización de pruebas periciales – examen físico y psicológico– como así también la declaración de la misma. Todo ello en distintas sedes, lo cual en tiempos de COVID, podría no ser efectivo.

En los últimos años se aprobaron leyes de protección ante la violencia contra niños niñas y adolescentes y contra la mujer, que dieron paso a una mayor conciencia sobre la necesidad de actuar de manera inmediata ante casos de esta naturaleza.

Las definiciones de las distintas formas de violencia permitieron iniciar un proceso para trabajar las políticas públicas de manera integral. Es un camino largo y difícil ya que se centra en el cambio de conductas y de toda una cultura.

En este sentido el trabajo con los hombres en tiempos de pandemia es determinante, por un lado, para encontrar una estrategia de abordaje a los agresores que ya cometieron un hecho de agresión – se debe tener en cuenta todo el espectro, desde las formas más leves hasta las más severas – y por otro lado, con el conjunto de la población para la construcción de nuevas masculinidades, concepto este que se refiere a cambiar las normas patriarcales dominantes en la sociedad y los roles pre establecidos en torno a la supremacía del hombre sobre la mujer.

Se siguen viendo algunas de las barreras de acceso a la justicia como la construcción cultural adulto céntrica, los niños, niñas y adolescentes siguen inmersos e invisibles en sus familias, y son considerados como objetos que pertenecen a ellas y que se someten a la patria potestad.

La voz del niño no tiene valor, no son escuchados ni tenidos en cuenta. Si un niño refiere una situación, los adultos en general consideran que mienten. Así también la ausencia de respuestas transitorias, entre tanto la víctima está en un proceso judicial.

En este periodo con el aumento de tiempo frente a las pantallas, se ve también un aumento de formas de violencia online. Imágenes no consentidas. Relaciones violentas. Amenaza.

10 LA ACTIVIDAD DE LA JUSTICIA ESPECIALIZADA EN TIEMPOS DE PANDEMIA

Se ve afectada por las medidas dispuestas por la Corte Suprema de Justicia, así por medio de acordada se limita la actividad judicial quedando habilitados los juzgados especializados de turno para entender las causas.

Surgen preguntas como la continuidad de los procesos generales que se llevaban adelante si bien se autorizó el funcionamiento por medios telemáticos y por turnos, ello parece limitado ante la naturaleza de los juicios en el fuero especializado ya que la totalidad de las causas deben guiarse por el principio de celeridad e interés superior.

Plantea también la necesidad de garantizar la inmediatez del magistrado en las causas que atiende. Las videoconferencias tienen una ventaja aunque por otro lado requiere corroborar la situación real en la

que se encuentra la niña, niño o adolescente que se encuentra en el proceso.

Las causas que fueron habilitadas para atención son las medidas cautelares, relacionamiento, maltrato. Así también, es de reciente data una decisión de la Corte Suprema de Justicia respecto a la Asistencia Alimenticia. Vista la necesidad de proseguir con asuntos relativos a los alimentos, la Corte Suprema de Justicia comunico a través de la Circular No. 20/2020 comunicó la decisión del Consejo de Superintendencia aprobada por Resolución No. 220 de fecha 28 de abril de 2020, en el Art.1º Establecer que todos los Jueces de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia de Turno en la Emergencia Sanitaria podrán tramitar los juicios de Asistencia Alimentaria, a efectos de dictar la medida cautelar y si se encuentran reunidos los presupuestos, ordenar la retención del salario del alimentante.

Una cuestión de análisis sería también difundir entre la población las pautas para reconocer las causas que deben ser judicializadas y las que no.

Por su parte, más que nunca, en esta etapa la justicia especializada debería estar alerta para actuar de oficio ante la vulneración de derechos en caso de darse por la misma implementación de medidas preventivas entorno a la pandemia, finalmente el control entre poderes del Estado debe ser efectivo a fin de velar por el Estado de Derecho y finalmente por los Derechos de la Niñez y la Adolescencia.

CONCLUSIONES

Durante la Pandemia, no pueden estar ausentes los principios rectores en materia de derechos de la niñez y la adolescencia. Se debe hacer

visible al niño y al adolescente, sacarlo del ámbito privado a través del acompañamiento a las familias y del contacto directo con ellos por medio de las visitas domiciliarias y llegada de los programas sociales, tomando todas las medidas sanitarias.

El relacionamiento del niño y adolescente con el progenitor no conviviente así como con los demás miembros de su familia ampliada debe ser resuelta en beneficio del derecho a la salud del niño. En el caso de menores de edad que viven en instituciones del Estado, se debe procurar que vuelvan lo antes posible a convivir con sus familias y en caso de que no sea posible que mantengan el vínculo con ellos.

El Derecho a la Salud Integral debe ser priorizado, no solo la eventualidad de contagio del COVID 19 o ver a los niños como vehículos o vectores de contagio, sino poner su salud en primer lugar y promover el acceso a los servicios de salud entorno a este derecho. Se debe igualmente hacer recomendaciones técnicas de salud para facilitar los demás derechos que están en suspenso: el derecho a la educación, el derecho al juego, el derecho a la participación, entre otros.

El Derecho a la Educación debe ser facilitado por el Estado, para sostener este derecho es preciso la creación de mecanismos adaptados a este periodo. No será únicamente la educación virtual, sino que, se tendrá que pensar en estrategias comunitarias y de visitas domiciliarias para adecuarse a la realidad de las familias. El Derecho al juego y a la participación debe estar en la agenda pública orientando a las familias para guiar este proceso.

El niño, niña y adolescente deben ejercer su derecho a la identidad y privacidad y por tanto las actividades deben tener en cuenta la vigencia de este derecho del cual son ellos mismos titulares con capacidad de ejercicio autónomo.

La participación de la infancia y la adolescencia en las soluciones que se plantean desde todas las instancias del Estado, ya no pueden estar ausentes, como dicen los documentos y directrices, desde la planificación.

Se deben crear mecanismos para reforzar el acceso a la justicia por parte de la víctima y en la medida de lo posible, reanudar las visitas domiciliarias contribuyendo a sacar de la invisibilidad de los niños, niñas y adolescentes.

Finalmente se requiere una justicia especializada activa y pro activa que en este periodo esté alerta para vigilar y actuar en caso de que las medias preventivas vulneren algún derecho.

REFERENCIAS

Cardona Llorens, J. *La Convención sobre los Derechos del Niño: significado, alcance y nuevos retos*, *Educatio Siglo XXI*, 2012, Vol. 30, N°. 2.

Cillero Bruñol, M. *La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: introducción a su origen, estructura y contenido normativo*, en Martínez García, C. (Coord.), *Tratado del Menor. La protección jurídica de la infancia y la adolescencia*, Thomson Reuters: 2016, Cizur Menor, pp. 85-121.

García Presas, I., (Coord). *Honor, Intimidad y Propia Imagen*. Madrid: Jurúa Editorial, 2017.

Ravetllat Ballesté, I. Marco jurídico internacional de los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes: génesis y caracteres de la Convención sobre los Derechos del Niño. In: Sanabria Moudelle, Claudia; Ravetllat Ballesté, Isaac (Coord.), *Lecciones para la defensa de los derechos humanos de la infancia y la adolescencia*. Paraguay: Corte Suprema de Justicia del Paraguay, 2018.

Ravetllat Ballesté, I. *Aproximación histórica a la construcción sociojurídica de la categoría infancia*. Valencia: Universidad Politécnica de Valencia, 2015.

Ravetllat Ballesté, I. *El Ejercicio de los Derechos a la Vida y la Integridad Física por parte de las personas menores de edad en ámbito sanitario*. Barcelona: Huygens Editorial, 2013.

DOCUMENTOS OFICIALES

Comité de los Derechos del Niño, Observación general N°. 14, (2013), Derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, CRC/C/GC/14, de 29 de mayo.

Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales. Examen del informe periódico tercero presentado por el Estado paraguay, febrero de 2010, CRC/C/PRY/CO/3.

Comité de los Derechos del Niño, Observación general N°. 1 (2001), Propósitos de la educación, CCR/GC/2001/1, de 12 de abril.

CIDH: Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección. Doc. OEA/Ser.L/V/II.166. Doc. 206/17. 30 noviembre 2017.

Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24). Doc. N.U. CCR/C/GC/15, de fecha 17 d abril de 2013.

Comité de Derechos del Niño, (2020), Declaración sobre COVP-19 e Infancia, https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC/Shared%20Documents/1_Global/INT_CRC_STA_9095_E.pdf

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2020), Resolución N°.1, Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. Organización de los Estados Americanos.

Ministerio de Salud Pública y bienestar social del Paraguay, (2016), *Guía de los derechos de la niñez y la adolescencia en los servicios de salud*, Departamento de Promoción de Derechos de la Niñez y la Adolescencia del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, Asunción.

Ministerio de Salud Pública y bienestar social del Paraguay, (2012), *Manual de Atención Integral a Víctimas de Violencia Intrafamiliar y de Género*, Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, Asunción.

LEGISLACIÓN

Constitución Nacional, 1992.

Convención sobre los Derechos del Niño, 1989. Ley N° 57/90.

Código de la niñez y la adolescencia. Ley N° 1680/2001.

Ley N° 6202/2018 De prevención y atención integral a niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual.

3

A ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES PÓS REFORMA DA LEI 11.101/2005: DAS ANGULAÇÕES PRÁTICAS AOS ENTRADES JURISPRUDENCIAIS

*Cristiane Penning Pauli de Menezes*¹

*Cristian Reginato Amador*²

INTRODUÇÃO

Sabe-se que a Lei 11.101 de 2005 (LRF) surgiu no cenário falimentar e recuperacional com o objetivo de aumentar a eficiência dos institutos da Recuperação Judicial, da Falência e da Recuperação Extrajudicial, definindo atribuições específicas que serão direcionadas, por exemplo, ao administrador judicial e ao comitê de credor – quando houver.

Dentre as previsões específicas da legislação falimentar, também se observou a organização de um sistema deliberativo que fosse apto a permitir a formação da vontade dos credores, possibilitando a manifestação realizada mediante um voto, que corresponderá ao interesse de cada qual.

A necessidade de os credores se reunirem através de um conclave decorre de uma determinação expressa da LRF como forma de verificar quóruns específicos para instalação do ato e também para votação de

¹Doutora; Mestra em Direito; Especialista em Direito Empresarial; Graduada no Programa Especial de Graduação de Formação de Professores para a Educação Profissional; Administradora Judicial; Advogada; Conselheira da OAB; Professora de Direito Empresarial FADISMA, UFN e CEISC. Autora da "Nova Redação da Lei de Falência e Recuperação: Comentários Práticos pelo viés do Administrador Judicial" e de outros livros jurídicos pela Juspodivm e pela Rideel.

²Bacharel em Direito, Mestrando em Direito e acadêmico do Curso Superior de Tecnologia em Segurança Pública Municipal. Mediador, facilitador e integrante do Programa de Pesquisa em Justiça Restaurativa da Faculdade de Direito de Santa Maria. Membro do Centro de Pesquisa, Extensão e Transversalidade.

determinadas matérias, como é o caso da aprovação do plano de recuperação judicial, da constituição do comitê de credores, de formas diversas de alienação de ativos na falência ou mesmo no caso de nomeação de um gestor judicial.

Apesar de ser possível a observância de uma certa soberania do conclave, há entendimentos no sentido de que a autonomia da assembleia geral de credores encontra limitação na atuação do administrador judicial, motivo pelo qual, inclusive, houve o veto do dispositivo que permitia a nomeação e/ou substituição deste durante um ato assemblear (Art. 35, I, c, da LRF).³

Assim como as demais questões em destaque na LRF, a assembleia geral de credores foi alvo de atualização a partir da controvertida Lei 14.112 de 2020, de modo que, atualmente, é permitida a realização do ato assemblear de forma virtual ou a sua substituição através da apresentação de termos de adesão, também sendo possibilitados outros meios que possibilitem a deliberação, eis que pode ser utilizado "outro mecanismo reputado suficientemente seguro pelo juiz"⁴.

Mesmo com a reforma havida, que teve como objetivo consolidar os diversos precedentes relativos aos procedimentos falimentares, o que se extrai dos entendimentos jurisprudenciais mais recentes é que o julgador optou, mais uma vez, por não ficar adstrito à redação legal. É por estes e outros motivos, por exemplo, que o Superior Tribunal de Justiça permite que uma associação civil sem fins lucrativos possa

³ Apesar disso, sabe-se que, remotamente, a destituição/substituição poderá entrar na hipótese prevista na alínea "f", bem como na (desatualizada) previsão do §1º do Art. 37.

⁴ BRASIL. Lei n. 14.112, de 24 de dezembro de 2020. Altera as Leis n os 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L14112.htm. Acesso em 31 de março de 2022.

ajuizar um pedido de Recuperação Judicial, mesmo com a LRF indicando que apenas o empresário e a sociedade empresária se submetem aos seus efeitos (Art. 1º, da LRF).

No caso da assembleia geral de credores, a divergência ganha maior destaque a partir do que prevê o Art. 58 e o Art. 39, §6º, ambos da LRF, especialmente quando se está diante do reconhecimento de eventual abusividade no exercício de voto de determinado credor ou no caso de ser aplicado o instituto do *cram down*. O que se tem, na prática, é a existência de distorções jurídicas que, em menor ou maior grau, geram insegurança jurídica e torna necessário um debate qualificado a respeito de tais aspectos.

Tendo isso em mente, estas considerações possuem como escopo, nas linhas que seguem, expor aspectos legais e práticos acerca da assembleia geral de credores e o modo como tal assunto vem sendo tratado pelos tribunais, especialmente considerando aqueles precedentes exarados após a reforma da Lei 11.101 de 2005 e tendo como ponto de partida um viés prático na visão do Administrador Judicial.

1 ASSEMBLEIA GERAL DE CREDITORES: ASPECTOS LEGAIS

O instituto da Assembleia Geral de Credores possui previsões específicas na Lei 11.101 de 2005 a partir de Seção IV, sendo que suas atribuições serão definidas a partir do procedimento em questão. Se o procedimento for o da Recuperação Judicial, as atribuições do conclave estão previstas no Art. 35, I, da LRF, podendo o ato ser utilizado para aprovação, rejeição ou modificação do Plano de Recuperação Judicial, constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros ou a sua substituição, pedido de desistência pelo Devedor, nomeação do Gestor

Judicial ou outras questões que se façam pertinentes aos interesses dos credores (alínea “f”)⁵.

Além disso, a Lei 14.112 de 2020 introduziu na redação legal a possibilidade de a Assembleia Geral de Credores deliberar acerca da alienação de bens ou direitos do ativo não circulante do devedor, não prevista no plano de recuperação judicial. Em se tratando de bens ou direitos do ativo não circulante cuja alienação consta no Plano de Recuperação Judicial, tem-se que sua deliberação enquadra-se na própria deliberação acerca do Plano⁶.

De outro turno, na falência as possibilidades se dão de forma mais ampla, eis que, para além da possibilidade de o ato ser utilizado para a constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição e a adoção de outras modalidades de realização do ativo, na forma do art. 145 da LRF, também é possível que o ato seja convocado para deliberação de qualquer outra matéria que eventualmente possa afetar os interesses dos credores⁷.

A Assembleia será presidida pelo Administrador Judicial (exceto quando a matéria for incompatível com sua atuação⁸) e deverá ser convocada pelo juiz através de edital publicado em órgão oficial⁹, com uma

⁵ BRASIL. **Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em 31 de março de 2022.

⁶ BRASIL. **Lei n. 14.112, de 24 de dezembro de 2020**. Altera as Leis n os 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm. Acesso em 31 de março de 2022.

⁷ BRASIL. **Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em 31 de março de 2022.

⁸ Neste caso, o ato será presidido por um credor, nos termos do Art. 37, §1º, da LRF.

⁹ A Lei 14.112 de 2020 também introduziu a necessidade de o edital ser disponibilizado junto ao sítio eletrônico do Administrador Judicial, ampliando as atribuições direcionadas ao auxiliar nomeado. Além

antecedência mínima de quinze dias do ato. O referido edital deverá fornecer aos credores informações essenciais para a sua participação, tais com: 1) local, data e hora da assembléia em primeira e em segunda convocação; 2) a ordem do dia; 3) local onde os credores poderão, se for o caso, obter cópia do plano de recuperação judicial a ser submetido à deliberação da assembléia.

Além de tais aspectos, e considerando a possibilidade de o ato ser realizado na modalidade virtual, tornou-se praxe a ideia de que o edital poderá conter informações extras e que terão como escopo auxiliar os credores na participação. A exemplo disso, tem-se a possibilidade de serem realizadas “assembleias testes” para averiguação do acesso e eventuais dificuldades no uso da plataforma a ser utilizada – devendo o edital frisar que tal não será utilizada para fins de instalação, cômputo de voto ou habilitação no conclave oficial.

Na realidade fática, trata-se de uma prática que gera resultados positivos, tendo em mente que muitos credores - e até mesmo advogados - desconhecem o uso das plataformas que são comumente utilizadas pelos Administradores Judiciais ou empresas especializadas na realização do conclave. Com isso, o credor que quiser garantir que sua participação ocorra sem intempéries, poderá cercar-se de forma prévia dos cuidados necessários para o ato.

Além de outros casos previstos em lei, a exemplo do Administrador Judicial e do Comitê de Credores, credores que representem no mínimo vinte e cinco por cento do valor total dos créditos de uma determinada classe poderão requerer ao juiz a convocação de assembléia-geral, sendo que as despesas correrão por conta do Devedor ou da Massa Falida

disso, cópia do aviso de convocação da assembleia deverá ser afixada de forma ostensiva na sede e filiais do devedor (Art. 36, §1º, da LRF).

(exceto se convocada em razão de pedido feito pelo Comitê de Credores ou por credores).¹⁰

O conclave será composto por credores na medida em que serve como ferramenta para manifestação de seus interesses, sendo que tal questão deverá ser levada em conta a partir da origem do crédito habilitado no processo. Assim, as classes participantes serão compostas por credores titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho, titulares de créditos com garantia real, titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados e também credores titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte (Art. 41, da LRF).

O procedimento é relativamente célere e de fácil compreensão, sendo que o ato será instalado em primeira convocação, se observada a presença de credores titulares de mais da metade dos créditos de cada classe, ou em segunda convocação – com qualquer número. Para participar, cada credor irá assinar uma lista de presença a ser encerrada quando da instalação, podendo ser representado por mandatário ou representante legal, desde que entregue ao administrador judicial, até vinte e quatro horas antes da data prevista no aviso de convocação, documento que seja apto a comprovar seus poderes ou a indicação do local em que o respectivo documento consta no processo¹¹.

¹⁰ BRASIL. **Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em 31 de março de 2022.

¹¹ No caso dos sindicatos dos trabalhadores, deverão ser observados os aspectos do Art. 37, §5º e §6º, da LRF: “§ 5º Os sindicatos de trabalhadores poderão representar seus associados titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho que não comparecerem, pessoalmente ou por procurador, à assembléia. § 6º Para exercer a prerrogativa prevista no § 5º deste artigo, o sindicato deverá: I – apresentar ao administrador judicial, até 10 (dez) dias antes da assembléia, a relação dos associados que pretende representar, e o trabalhador que conste da relação de mais de

Toda a deliberação será narrada em uma ata confeccionada pelo Presidente determinado, contendo o nome dos presentes e as assinaturas do presidente, do devedor e de dois membros de cada uma das classes votantes. O documento assinado será entregue ao juiz, juntamente com a lista de presença, no prazo de quarenta e oito horas, contendo, no caso da Assembleia Geral de Credores virtual e por cautela, a gravação do ato, em mídia que possa ser acessada por eventuais interessados.

Como regra geral, todo o credor concursal¹² e que tenha apresentado os documentos para habilitação terá direito de voto durante o conclave, o qual deverá ser proporcional ao valor de seu crédito¹³, com a ressalva de que, no caso da deliberação acerca do plano, deverá ser observado o disposto no § 2º¹⁴ do art. 45 da LRF. Além disso, na Recuperação Judicial, “o crédito em moeda estrangeira será convertido para

um sindicato deverá esclarecer, até 24 (vinte e quatro) horas antes da assembléia, qual sindicato o representa, sob pena de não ser representado em assembléia por nenhum deles;”

¹² A teor do que determina o Art. 39, da LRF, “terão direito a voto na assembléia-geral as pessoas arroladas no quadro-geral de credores ou, na sua falta, na relação de credores apresentada pelo administrador judicial na forma do art. 7º, § 2º, desta Lei, ou, ainda, na falta desta, na relação apresentada pelo próprio devedor nos termos dos arts. 51, incisos III e IV do caput, 99, inciso III do caput, ou 105, inciso II do caput, desta Lei, acrescidas, em qualquer caso, das que estejam habilitadas na data da realização da assembléia ou que tenham créditos admitidos ou alterados por decisão judicial, inclusive as que tenham obtido reserva de importâncias, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 10 desta Lei.”

¹³ Sabe-se que o valor do crédito, a classificação e a natureza pode sofrer alteração durante o curso dos procedimentos falimentares até que se forme o quadro geral de credores, mas as deliberações do ato assemblear “não serão invalidadas em razão de posterior decisão judicial acerca da existência, quantificação ou classificação de créditos” (BRASIL, 2011). Além disso, e no caso de invalidação da deliberação realizada, conforme aponta o Art. 39, §3º, os direitos de terceiros de boa-fé serão resguardados, e os credores que aprovarem a deliberação responderão por dolo ou culpa.

¹⁴ “§ 2º Nas classes previstas nos incisos I e IV do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)”.

moeda nacional pelo câmbio da véspera da data de realização da assembleia”¹⁵.

Assim como em qualquer regra, há exceções trazidas pela legislação falimentar no sentido de limitar o direito de voto, como é o caso daqueles credores indicados nos §§ 3º e 4º do Art. 49¹⁶, da LRF (créditos não sujeitos ao procedimento). Esses, por serem credores detentores de créditos não sujeitos à Recuperação Judicial, não terão direito de voto e sequer serão considerados para fins de verificação do quórum de instalação e de deliberação.

Em alguns situações, serão observados contextos em que o procedimento estará diante de conflitos entre o interesse da coletividade e o interesse de um credor específico, e por esse motivo é que a legislação falimentar elencou credores que estarão impedidos de voto em razão da sua relação para com o empresário ou a sociedade empresária. É nesse sentido o disposto no Art. 43, da LRF:

Art. 43. Os sócios do devedor, bem como as sociedades coligadas, controladoras, controladas ou as que tenham sócio ou acionista com participação superior a 10% (dez por cento) do capital social do devedor ou em que o devedor ou algum de seus sócios detenham participação superior a 10% (dez por cento) do capital social, poderão participar da assembléia-geral de

¹⁵ BRASIL. **Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em 31 de março de 2022.

¹⁶ “§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretroatividade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial. § 4º Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei.”

credores, sem ter direito a voto e não serão considerados para fins de verificação do quorum de instalação e de deliberação.

Parágrafo único. O disposto neste artigo também se aplica ao cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, colateral até o 2º (segundo) grau, ascendente ou descendente do devedor, de administrador, do sócio controlador, de membro dos conselhos consultivo, fiscal ou semelhantes da sociedade devedora e à sociedade em que quaisquer dessas pessoas exerçam essas funções¹⁷.

Para Marcelo Barbosa Sacramone, a supressão do direito de voto não impede que o credor compareça ao ato ou que tenha direito de voz, apenas não irá integrar o quórum de deliberação necessário, sendo que “o rol de impedidos deve ser considerado taxativamente. Como norma restritiva ao exercício do direito geral de voto, a norma exige interpretação estrita”¹⁸.

Conforme referido pelo autor, nada impede que o conflito de interesses seja observado em outras situações durante o ato, mas isso não pode resultar em um impedimento para voto. Nesses casos, o que será observado é uma invalidação do voto no caso de ser proferido em contrariedade ao interesse da coletividade.

Também não terão direito de voto os credores das classes diversas daquela em que está sendo realizada a escolha do seu representante no caso de constituição do Comitê de Credores, o que quer dizer que apenas credores trabalhistas poderão votar na deliberação acerca da nomeação do representante da classe trabalhista, assim como não terá direito de

¹⁷ BRASIL. **Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em 31 de março de 2022.

¹⁸ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. ed. 2. São Paulo: Educação Saraiva, 2021, s.p.

voto aquele credor que seja titular de crédito que manteve as condições originais de pagamento no plano apresentado (Art. 45, §3º, da LRF).

A Lei n. 14.112 de 2020 trouxe uma série de alterações na redação da legislação, conforme já mencionado. Isso inclui os aspectos atinentes à Assembleia Geral de Credores, visto que, por se tratar de o principal mecanismo de manifestação dos credores, deve acompanhar a evolução social e legal vivenciada diariamente.

Atualmente, e acompanhando disposições de outras legislações – a exemplo do próprio Código Civil e da Lei das Sociedades Cooperativas – , qualquer deliberação prevista na LRF e que deva ser realizada por meio de um conclave poderá ser substituída por termo de adesão firmado por credores que satisfaçam o quórum de aprovação específico (Art. 45-A¹⁹, da LRF), votação realizada por meio de sistema *online* ou outro mecanismo reputado suficientemente seguro pelo juiz²⁰.

¹⁹ “Art. 45-A. As deliberações da assembleia-geral de credores previstas nesta Lei poderão ser substituídas pela comprovação da adesão de credores que representem mais da metade do valor dos créditos sujeitos à recuperação judicial, observadas as exceções previstas nesta Lei. § 1º Nos termos do art. 56-A desta Lei, as deliberações sobre o plano de recuperação judicial poderão ser substituídas por documento que comprove o cumprimento do disposto no art. 45 desta Lei. § 2º As deliberações sobre a constituição do Comitê de Credores poderão ser substituídas por documento que comprove a adesão da maioria dos créditos de cada conjunto de credores previsto no art. 26 desta Lei. § 3º As deliberações sobre forma alternativa de realização do ativo na falência, nos termos do art. 145 desta Lei, poderão ser substituídas por documento que comprove a adesão de credores que representem 2/3 (dois terços) dos créditos. § 4º As deliberações no formato previsto neste artigo serão fiscalizadas pelo administrador judicial, que emitirá parecer sobre sua regularidade, com oitiva do Ministério Público, previamente à sua homologação judicial, independentemente da concessão ou não da recuperação judicial.”

²⁰ Ainda pouco usual no âmbito da Recuperação Judicial, tal dispositivo dá margem para que diversas outras formas de deliberação sejam realizadas. A exemplo disso, tem-se que é possível a realização de Assembleia Geral de Credores Híbrida e de forma *online*: o ato é realizado na modalidade virtual e com a presença de alguns credores, sendo que outros credores terão sua vontade externalizada e computada através da apresentação de termos de adesão. Nesse sentido, veja-se o seguinte julgado que segue a mesma linha de raciocínio: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES. TERMOS DE ADESÃO. ASSEMBLEIA VIRTUAL. UTILIZAÇÃO COMBINADA. POSSIBILIDADE. 1. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO COMBINADA DAS ALTERNATIVAS DISPOSTAS NO §4º DO ART. 39 DA LEI 11.101/2005 EM SUBSTITUIÇÃO À ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO NA LEI, QUE INCLUSIVE POSSIBILITA A SUBSTITUIÇÃO POR “OUTRO MECANISMO REPUTADO SUFICIENTEMENTE SEGURO PELO JUIZ”, O QUAL DEVERÁ SER FISCALIZADO PELO ADMINISTRADOR JUDICIAL, QUE EMITIRÁ PARECER SOBRE SUA REGULARIDADE, PREVIAMENTE À SUA HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL, INDEPENDENTEMENTE DA CONCESSÃO OU NÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL, NOS TERMOS DO §5º DO

As deliberações a serem realizadas através de tais meios produzirão efeitos idênticos aos da Assembleia Geral de Credores realizada na modalidade presencial, e serão fiscalizadas pelo Administrador Judicial, “que emitirá parecer sobre sua regularidade, previamente à sua homologação judicial, independentemente da concessão ou não da recuperação judicial”²¹.

Ainda pouco usual no âmbito da Recuperação Judicial, tal dispositivo dá margem para que diversas outras formas de deliberação sejam realizadas. A exemplo disso, tem-se que é possível a realização de Assembleia Geral de Credores Híbrida e de forma online: o ato é realizado na modalidade virtual e com a presença de alguns credores, sendo que outros credores terão sua vontade externalizada e computada através da apresentação de termos de adesão.²²

Para fins de aprovação da proposta apresentada e deliberada, deverão ser atingidos votos favoráveis de credores que representem mais

ART. 39 DA LEI N. 11.101/2005. 2. NÃO SE VERIFICA IRREGULARIDADE NA UTILIZAÇÃO DO TERMO DE ADESÃO CONJUNTAMENTE A ASSEMBLEIA VIRTUAL, UMA VEZ QUE FACULTADO AOS CREDORES O EXERCÍCIO PELO PROCEDIMENTO QUE LHE FOSSE MAIS FAVORÁVEL. RECURSO DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento, Nº 50624894620218217000, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em: 25-08-2021)*.

²¹ BRASIL. **Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.** Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em 31 de março de 2022.

²² Nesse sentido, veja-se o seguinte julgado que segue a mesma linha de raciocínio: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES. TERMOS DE ADESÃO. ASSEMBLEIA VIRTUAL. UTILIZAÇÃO COMBINADA. POSSIBILIDADE. 1. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO COMBINADA DAS ALTERNATIVAS DISPOSTAS NO §4º DO ART. 39 DA LEI 11.101/2005 EM SUBSTITUIÇÃO À ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO NA LEI, QUE INCLUSIVE POSSIBILITA A SUBSTITUIÇÃO POR “OUTRO MECANISMO REPUTADO SUFICIENTEMENTE SEGURO PELO JUIZ”, O QUAL DEVERÁ SER FISCALIZADO PELO ADMINISTRADOR JUDICIAL, QUE EMITIRÁ PARECER SOBRE SUA REGULARIDADE, PREVIAMENTE À SUA HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL, INDEPENDENTEMENTE DA CONCESSÃO OU NÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL, NOS TERMOS DO §5º DO ART. 39 DA LEI N. 11.101/2005. 2. NÃO SE VERIFICA IRREGULARIDADE NA UTILIZAÇÃO DO TERMO DE ADESÃO CONJUNTAMENTE A ASSEMBLEIA VIRTUAL, UMA VEZ QUE FACULTADO AOS CREDORES O EXERCÍCIO PELO PROCEDIMENTO QUE LHE FOSSE MAIS FAVORÁVEL. RECURSO DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento, Nº 50624894620218217000, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em: 25-08-2021).

da metade do valor total dos créditos presentes no ato, com exceção das deliberações relativas ao plano de recuperação judicial (inciso I do caput do Art. 35, da LRF), à composição do Comitê de Credores ou forma alternativa de realização do ativo²³ nos termos do art. 145 da LRF.

Nas deliberações que são adstritas ao plano apresentado pelo Devedor, todas as classes de credores deverão aprovar a proposta. Na classe dos credores detentores de garantia real ou na classe dos credores quirografários a proposta deverá ser aprovada por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembleia e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes.

De outro lado, nas classes dos credores trabalhistas e dos credores com privilégio de ME e EPP a aprovação deve se dar pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito. O tratamento diferenciado já era dado aos credores trabalhistas na redação original da LRF, o que se dava justamente ao considerar a vulnerabilidade observada na maioria dos casos, sendo que tal tratamento foi estendido aos credores com privilégio de ME e EPP após a Lei Complementar n. 147, de 2014²⁴.

Conforme se vê, o procedimento adotado é célere e objetivo, de modo que possam ser observadas deliberações seguras e que o interesse da coletividade seja resguardado frente aos interesses particulares. Contudo, reitera-se que a autonomia da Assembleia Geral de Credores não é absoluta, encontrando barreiras na própria atuação do

²³ Neste caso, a aprovação dependerá do voto favorável de credores que representem 2/3 (dois terços) dos créditos presentes à assembleia.

²⁴ BRASIL. **Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em 31 de março de 2022.

Administrador Judicial. Assim, também se observam aspectos que visam relativizar o deliberado durante o conclave.

A análise sistemática da redação legal do Art. 39 permite perceber que o direito de voto é uma das principais ferramentas à disposição do credor como forma de tutelar o seu crédito, sendo que a motivação do credor deve ir além da satisfação financeira que dele advém. O credor deve, acima de tudo, observar diretrizes mínimas neste contexto. Com isso, e em se observando eventual abusividade do credor quando do exercício do direito de voto, “o magistrado pode desconsiderar o voto de credores ou a manifestação de vontade do devedor, em razão de abuso de direito”²⁵.

A redação da Lei 11.101 de 2005 aponta que a nulidade de um voto abusivo ocorrerá “somente quando manifestamente exercido para obter vantagem ilícita para si ou para outrem” e esse é um claro exemplo da forma como a autonomia do conclave pode ser relativizado, sendo esta a interpretação dada pelo doutrinador Marcelo Barbosa Sacramone:

O direito de voto não significa que os credores devem votar sempre conforme a aprovação do plano de recuperação judicial, sob pena de abusarem de seu direito. Os credores têm todo o direito de votar e de fazê-lo, evidentemente, contra o plano, se este for contrário a seus legítimos interesses. O que caracteriza o abuso é seu anormal exercício. [...] A satisfação do próprio crédito, conforme entenda mais conveniente o procedimento de recuperação judicial ou de falência, não é vantagem ilícita, mas exercício regular de um direito próprio. Por vantagem ilícita para si ou para outrem deve ser interpretada a obtenção de vantagens que extrapolam sua condição de credor. Nas ocasiões em que o voto proferido pelo credor é feito não em consideração ao seu interesse como credor, mas manifestamente à proteção

²⁵ Enunciado 45 da 1ª Jornada de Direito Comercial.

de seus interesses exclusivamente particulares, o voto deve, assim, ser considerado abusivo.²⁶

Outro aspecto prático que denota uma relativização/limitação da autonomia do conclave está relacionado ao disposto no Art. 58, §1º, da LRF. Em suma, o juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação, mas, para tanto, os seguintes critérios deverão ser observados: a) o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes; b) a aprovação de duas das classes de credores nos termos do Art. da LRF ou, caso haja somente duas classes com credores votantes, a aprovação de ao menos uma delas; c) a aprovação de três das classes de credores ou, caso haja somente três classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos duas das classes ou, caso haja somente duas classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos uma delas; e d) na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de um terço dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 da LRF.²⁷

Em que pese, na prática e na doutrina, tal disposição seja intitulada “*cram down*”, para alguns autores trata-se de um quórum alternativo e que não deve ser confundido com o instituto americano do *cram down*. Veja-se o apontado por Marcelo Barbosa Sacramone:

O *cram down* americano, traduzido como “goela abaixo” dos credores, assegura ao juiz o poder de concessão da recuperação judicial ainda que

²⁶ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. ed. 2. São Paulo: Educação Saraiva, 2021, s.p.

²⁷ BRASIL. **Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em 31 de março de 2022.

alguma ou algumas classes de credores tenham deliberado pela rejeição do plano de recuperação judicial. Desde que não haja discriminação injusta (unfair discrimination) entre classes de credores cujos créditos tenham condições semelhantes e que o plano seja justo (fair and equitable), de modo que não poderia prever pagamento com preferência a uma classe de credores menos privilegiada na classificação dos créditos (absolute priority rule), o juiz poderá conceder a recuperação judicial e superar a rejeição da referida classe de credores.²⁸

Não parece, em uma análise sistemática, que tal situação se enquadre no previsto pela legislação brasileira, eis que, na legislação falimentar, a “consideração quanto à prioridade absoluta de satisfação das classes preferenciais não é requisito imprescindível”²⁹. Para a aprovação do plano não aprovado na forma do Art. 45, da LRF, e sim com base no quórum alternativo, basta o preenchimento dos requisitos legais previstos no Art. 58, §§1º e 2º, da LRF.

De qualquer forma, o que se vê é uma relativização da soberania dada à Assembleia Geral de Credores, seja pela impossibilidade de o conclave substituir o Administrador Judicial, seja possibilidade de determinado voto ser considerado nulo e toda a deliberação ser alterada, seja pela possibilidade de o plano ser aprovado mesmo que a coletividade tenha votado pela sua rejeição.

Não suficiente tais previsões, a jurisprudência atual, controvertida ou não, tem ampliado essa relativização, estabelecendo novos parâmetros para que um voto seja considerado abusivo, ou relativizando um quórum de aprovação que já é relativizado pela legislação falimentar. Se

²⁸ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. ed. 2. São Paulo: Educação Saraiva, 2021, s.p.

²⁹ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. ed. 2. São Paulo: Educação Saraiva, 2021, s.p.

é em prol da preservação ou não da empresa, o que se tem, efetivamente, é que está sendo traçado um caminho que, provavelmente, levará à novas reformas de modo que não subsista uma insegurança jurídica no cenário falimentar, subsistindo o seguinte questionamento: há insegurança jurídica no direito falimentar? É o que se passa a tratar.

2 ASSEMBLEIA GERAL DE CREDITORES: HÁ INSEGURANÇA JURÍDICA NO DIREITO FALIMENTAR?

Conforme visto até o momento, a Assembleia Geral de Credores é um dos principais institutos dentro de um processo de Recuperação Judicial, ganhando relevância também nos processos da falência. Em processos em que o objetivo é a recuperação da empresa, as deliberações ganham destaque mais significativo quando se está diante da necessidade de aprovação de um Plano de Recuperação Judicial.

Também foi visto que o procedimento a ser adotado é relativamente simples e célere, de modo que possa ser garantida segurança ao resultado de cada deliberação, assim como foi possível perceber que a autonomia do conclave é limitada na atuação do Administrador Judicial, motivo pelo qual não é possível pensar em nomeação ou destituição do auxiliar através de uma deliberação entre credores.

Não obstante, foi possível perceber que subsiste uma relativização da soberania dada à Assembleia Geral de Credores também em razão da possibilidade de determinado voto ser considerado nulo e pela possibilidade de o plano ser aprovado mesmo que a coletividade tenha votado pela sua rejeição. Mas como isso vem sendo tratado pela jurisprudência? Em que medida tais aspectos denotam a presença de uma “insegurança jurídica” no cenário falimentar?

Por mais simples que possa ser o questionamento, e em que pese o leitor, neste momento, possa responder que “sim, em qualquer parte do ordenamento jurídico há insegurança jurídica”, a análise dessa dinâmica doutrinária e jurisprudencial ganha relevo na medida em que a Lei 11.1010 de 2005 passou por recente (e extensa) reforma que tinha como objetivo justamente consolidar entendimentos e fornecer segurança ao regramento falimentar. Nesse sentido, Daniel Cárnio Costa e Alexandre Correa Nasser de Melo apontam que a “lei 14.112/20 traz maior segurança jurídica e previsibilidade decisória para o sistema de insolvência brasileiro, uniformizando a atuação dos magistrados e reduzindo a discricionariedade”³⁰, mas até que ponto?

Pega-se como exemplo a situação prática relacionada ao prazo de suspensão previsto no Art. 6º da Lei 11.101 de 2005, que assim indica:

Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial implica: (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

[...]

II - suspensão das execuções ajuizadas contra o devedor, inclusive daquelas dos credores particulares do sócio solidário, relativas a créditos ou obrigações sujeitos à recuperação judicial ou à falência; (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

§ 4º Na recuperação judicial, as suspensões e a proibição de que tratam os incisos I, II e III do caput deste artigo perdurarão pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado do deferimento do processamento da recuperação, prorrogável por igual período, uma única vez, em caráter excepcional,

³⁰ CARNIO, Daniel. NASSER DE MELO, Alexandre Correa. **Recuperação judicial de grupos econômicos conforme as novas regras estabelecidas pela lei 14.112/20**. Migalhas em Peso. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/341927/recuperacao-judicial-de-grupos-economicos--lei-14-112-20>>. Acesso em 31 de março de 2022.

desde que o devedor não haja concorrido com a superação do lapso temporal.³¹

A redação do parágrafo quarto do Art. 6º foi alterada com a entrada em vigor da Lei 14.112 de 2020, eis que, até o ano de 2020, o período de suspensão, em hipótese alguma, poderia exceder o prazo de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da Recuperação Judicial. Assim, com o decurso do prazo (improrrogável, frisa-se), o direito dos credores de continuar com suas ações e/ou execuções seria restabelecido mesmo sem pronunciamento do juiz.

A nova redação da Lei possibilita a prorrogação por igual período e apenas uma vez, o que é positivo na medida em que diversas são as peculiaridades que poderão ser observadas em um contexto recuperacional. Assim, prorrogar o prazo de suspensão, com base na necessária preservação da empresa e tendo em mente o objetivo de soerguimento, torna-se algo relevante e que encontra respaldo na base principiológica da legislação falimentar.

Contudo, e mesmo diante de uma alteração da lei que visa a dar “um respiro econômico”, já em 2021 surgiram julgados como o seguinte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. SUSPENSÃO DAS AÇÕES E EXECUÇÕES POR 180 DIAS. PRORROGAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. I. No caso, o presente agravo de instrumento foi interposto contra duas decisões proferidas pelo juízo de origem. A primeira diz respeito à análise do crédito do Banco Sicredi pela Assembleia Geral de Credores, a qual foi objeto de embargos de declaração. De outro lado, a segunda decisão agravada se refere à prorrogação do stay period, proferida no mesmo despacho em que houve a rejeição aos

³¹ BRASIL. **Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em 31 de março de 2022.

embargos de declaração acima mencionados. II. No que concerne à decisão da análise do crédito do Banco Sicredi, cabe destacar a intempestividade do presente agravo, tendo em vista que deve ser interposto no prazo impreterível de quinze dias, nos termos do art. 1.003, § 5º, do CPC. Inclusive, é certo que o cadastramento dos advogados de todos os credores do devedor para fins de intimação acabaria tumultuando o andamento do processo de recuperação judicial. III. De outro lado, após a rejeição dos embargos de declaração, o juízo de origem, na mesma decisão, prorrogou o *stay period*, ainda que tal matéria não tivesse sido alegada nos mencionados embargos. IV. E, mitigada a regra do art. 6º, § 4º, da Lei nº 11.101/2005, resta possibilitada a prorrogação do prazo de suspensão das ações e execuções contra a recuperanda. Ademais, no caso concreto, a inércia no andamento da recuperação judicial não se deu por culpa da empresa recuperanda, sendo que o não deferimento dessa prorrogação poderá acarretar sérios prejuízos aos próprios credores. AGRAVO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA, DESPROVIDO.³²

No relatório do voto, o Relator destacou que a necessidade da prorrogação do *stay period* se dá ao considerar que o “o instituto da recuperação judicial foi criado com o intuito de propiciar ao devedor a superação de dificuldades econômico-financeiras, visando à preservação da empresa e evitando os negativos reflexos sociais e econômicos que o encerramento das atividades poderia causar”³³, o que, de fato, não se ignora – especialmente considerando indicado anteriormente quanto à própria base principiológica da legislação.

Frisa-se, outrossim, que não se ignora a realidade vivenciada na maioria das comarcas, que, na maioria das vezes, não possuem varas especializadas em matéria empresarial. Essa realidade denota uma

³² Agravo de Instrumento, Nº 70084476506, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge André Pereira Gailhard, Julgado em: 28-04-2021.

³³ Agravo de Instrumento, Nº 70084476506, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge André Pereira Gailhard, Julgado em: 28-04-2021.

importância maior de determinadas relativizações, a exemplo da própria prorrogação do prazo de suspensão previsto pela LRF – sobretudo em respeito aos objetivos estabelecidos pela legislação falimentar.

Tais aspectos também são observados quando se fala em soberania ou autonomia da assembleia geral de credores. Soberania em que medida, se tanto a lei como a jurisprudência mitigam tal pressuposto de forma constante? Existe autonomia para votar livremente um plano de recuperação judicial ou a autonomia esbarra na devedora alegando abusividade de voto ou no plano sendo aprovado com base em *cram down*?

Parte-se, por exemplo, da previsão de que um voto poderá ser considerado abusivo quando manifestamente exercido com o objetivo de obter vantagem ilícita para si ou para outrem, e que, em regra, o voto deverá ser exercido no interesse do credor e de acordo com o juízo de conveniência desse. Apesar de o legislador ter feito a inclusão de tal disposição com o objetivo de adequar algo já praticado pela jurisprudência, a redação manteve uma incerteza quanto aos pressupostos que deverão ser observados para reconhecimento da abusividade de um voto.

Assim como qualquer outro negócio jurídico, o voto deve se submeter aos pressupostos previstos pela legislação em vigor, submetendo-se aos requisitos de validade e também aos indicativos de nulidade por eventuais vícios no consentimento³⁴, ressaltando a ideia de que o voto, assim como qualquer outro direito, não é absoluto – e nem deveria. O exercício do direito de voto, no bojo da legislação falimentar, não significa, contudo, que o credor deverá votar sempre em conformidade com o escopo almejado pela empresa devedora, motivo pelo o qual

³⁴ BRASIL. **Lei 10.406, de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em 31 de março de 2022.

poderia, mesmo sem justificativa, votar contra um plano de recuperação judicial proposto se ele for contrário aos seus interesses.

O que caracteriza o abuso no voto é o seu exercício anormal, sendo que cada qual “deverá apreciar a viabilidade econômica do plano para propiciar maiores resultados para si ou menores perdas em relação à liquidação dos ativos do devedor, conforme sua própria discricionariedade, seu juízo de conveniência”³⁵. Com isso, não há que se falar em reconhecimento de voto abusivo no caso de não ser observada má-fé no seu exercício, sendo assim exemplificado por Marcelo Barbosa Sacramone tal questão:

É justamente essa redação do art. 39, § 6º, que exige que o voto somente poderá ser considerado abusivo quando exercido para obter vantagem ilícita para si ou para outrem. A satisfação do próprio crédito, conforme entenda mais conveniente o procedimento de recuperação judicial ou de falência, não é vantagem ilícita, mas exercício regular de um direito próprio. Por vantagem ilícita para si ou para outrem deve ser interpretada a obtenção de vantagens que extrapolam sua condição de credor. As hipóteses de abuso devem ser aferidas no caso concreto. São exemplos de voto proferido de má-fé, pois extrapolam a posição de credor, o voto para retirar concorrente do credor do mercado, o fabricante que pretende rescindir o contrato de distribuição para a realização de suas vendas diretamente aos consumidores etc.³⁶

Com base nisso, é possível dizer que a expressividade de um crédito quirografário (que interfere no cômputo do voto) não é argumento sólido para fundamentar uma abusividade no voto, haja vista não ser

³⁵ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. ed. 2. São Paulo: Educação Saraiva, 2021, s.p.

³⁶ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. ed. 2. São Paulo: Educação Saraiva, 2021, s.p.

possível desconsiderar o voto de tal credor ao considerar direitos que são a ele inerentes: de ser credor, independente do valor, e de votar contra um plano que não atinja seus interesses.

O voto, para ser considerado abusivo, deverá considerar diversos elementos observados no ato assemblear, de forma conjunta e considerando o entendimento definido pela legislação falimentar, sendo que, “entre as situações que podem indicar que o voto extrapolou o poder conferido ao credor e que exigirão avaliação mais cuidadosa podem-se apontar: a indisponibilidade de negociar as condições de pagamento e a irracionalidade econômica”³⁷. Assim, a recusa, mesmo injustificada, em negociar, não possui o condão de caracterizar um voto abusivo – não isoladamente.

Apesar disso, observe-se o julgado a seguir, proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – Decisão que homologou o plano apreciado pela Assembleia geral de Credores, concedendo a recuperação à agravada – Alegação de impossibilidade de aprovação pelo quórum alternativo previsto no art. 58 da Lei 11.101/05 – Relativização da regra constante no inciso III do indigitado artigo admissível em casos como o dos autos – Hipótese em que o banco agravante é o único a discordar da aprovação do plano na única classe que não se consolidou maioria (Classe II) – Casa bancária que detém mais de 4/5 (quatro quintos) dos créditos da indigitada classe – Abuso do direito configurado – Concessão da recuperação mantida- Recurso nesta parte improvido. PLANO DE RECUPERAÇÃO – Alegação de iliquidez e questionamento sobre a viabilidade do plano – Soberania da Assembleia Geral de Credores para decidir sobre estas questões – Precedentes do E. STJ – Fim do período de fiscalização antes do prazo de

³⁷ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**, ed. 2. São Paulo: Educação Saraiva, 2021, s.p.

carência que não representa prejuízo ao credor - Recurso nesta parte improvido. RECUPERAÇÃO JUDICIAL – Plano de soerguimento – Previsão de atualização dos créditos com base exclusivamente na taxa Selic – Inaplicabilidade – Índice utilizado para remuneração dos títulos emitidos pelo Tesouro Nacional e regulação do crédito que não reflete a depreciação monetária em face do fenômeno inflacionário – Substituição do índice pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça, mais adequada para este fim – Recurso nesta parte provido.³⁸

Durante o relatório do voto, o Relator apontou que “deixar ao livre alvedrio da instituição financeira a aprovação do plano de recuperação judicial e, por conseguinte, do destino da empresa recorrida, representaria verdadeiro abuso do direito da instituição credora, única voz dissonante à aprovação ao plano em sua classe”, argumentando que, por ser a instituição bancária detentora de grande parte do crédito da classe, sua postura se mostrou incompatível com o regramento falimentar.

Contudo, na prática, não é raro presenciar casos em que determinada classe é composta por apenas um credor (que representa 100% dos créditos e dos credores, portanto). Neste caso, seu voto contrário ao plano importaria em abusividade, haja vista que dele também dependerá a aprovação? Ou o critério adotado pelo Tribunal é mais maleável do que justificável?

Neste ponto, a atuação diligente do Administrador Judicial é essencial para que se chegue a uma eventual abusividade de voto, eis que poderá caber a ele, em dado momento, realizar questionamentos ao credor diante de aspectos negociais (no sentido de ofertar novas

³⁸ Agravo de Instrumento 2199888-81.2021.8.26.0000; Relator (a): J. B. Franco de Godoi; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Suzano - 2ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 25/03/2022; Data de Registro: 25/03/2022.

possibilidades ao devedor), fazendo constar em ata a conduta empregada – se ativa e em prol do interesse da coletividade ou se apenas em um sentido restrito ao seu interesse individual.

Partindo dessa lógica, o argumento de que a insurgência do credor contra o plano, por si só, representa uma conduta abusiva, contraria a própria dinâmica da atividade empresarial – que é de risco – e das negociações que integram esse ramo, não subsistindo “qualquer obrigação de [os credores] votarem no sentido de se preservar a atividade na condução do devedor”.³⁹ Sobre a temática, observe-se o precedente do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONTEÚDO ECONÔMICO. JULGADOR. CONTROLE. IMPOSSIBILIDADE. REVISÃO. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. É vedado ao julgador adentrar nas particularidades do conteúdo econômico do plano de recuperação judicial aprovado com obediência ao art. 45 da Lei nº 11.101/2005, pois este possui índole predominantemente contratual. 3. A concessão de prazos e de descontos para o adimplemento dos débitos não configura abuso do direito de voto por estar inserida nas tratativas negociais ajustáveis pelas partes envolvidas nas respectivas discussões. 4. Na hipótese, alterar o entendimento das instâncias ordinárias para concluir pela invalidade das cláusulas aprovadas pela Assembleia Geral de Credores demandaria a análise dos fatos e das provas dos autos, procedimento inviável em recurso especial em virtude da incidência da Súmula nº 7/STJ. 5. Agravo interno não provido.⁴⁰

³⁹ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. ed. 2. São Paulo: Educação Saraiva, 2021.

⁴⁰ AgInt no AREsp 1666635/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/04/2021, DJe 16/04/2021.

Na qualidade de agentes econômicos, a própria legislação falimentar conferiu ao credores autonomia e liberalidade acerca das decisões travadas durante o ato assemblear, eis que a LRF “não apenas permitiu como estabeleceu como pressuposto que cada qual buscaria, conforme a sua própria racionalidade, tutelar seu melhor interesse pessoal enquanto credor”.⁴¹

O Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgar o Agravo de Instrumento n. 2059653-35.2019.8.26.0000, já apontou que “não se pode considerar abusivo o voto do credor que rejeita o plano de recuperação judicial proposto, com o único fundamento de que, ao votar, priorizou seus próprios interesses”, indicando, por outro lado, que

nos casos em que o credor tenha crédito cujo vulto e/ou classe seja suficiente a lhe dar verdadeiro poder de veto quanto à aprovação do plano de recuperação judicial, é razoável exigir [...] que este credor demonstre que a decretação da falência como resultado da rejeição do plano proposto por força de seu voto será, para si, mais útil ou benéfica do que a recuperação judicial, nos moldes do plano proposto.

É um entendimento que vai em sentido contrário ao que determina a LRF, eis que 1) limita o exercício de voto em razão do valor do crédito e a forma de constituição da classe; 2) obriga o credor a apresentar justificativas que vão além do que uma deliberação pode exigir; e 3) corrompe a ideia de soberania e autonomia de uma deliberação assemblear. Apesar de o julgado ser ainda do ano de 2019, tal reflete, em iguais condições, o entendimento atual – vide julgados mencionados anteriormente.

⁴¹ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. ed. 2. São Paulo: Educação Saraiva, 2021.

Mesmo no caso de não ser reconhecida a abusividade de um voto, subsiste a possibilidade de ser concedida a recuperação judicial com base no quórum alternativo (para muitos, o *cram down*) previsto pelo Art. 58, §1º, o que, em que pese já consistir em uma relativização da soberania do conclave, também é alvo de mitigações pela jurisprudência, a exemplo do seguinte julgado:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Pedido de convalidação em falência, em virtude da rejeição do plano de recuperação pela maioria qualitativa dos credores quirografários, única classe de credores quirografários a deliberar. Cinco credores financeiros que se opuseram ao plano, em detrimento de outros quinze credores que o aprovaram. Descumprimento do quórum supletivo (*cram down*) previsto no art. 58, §1º, da Lei nº 11.101/2005. Moderno entendimento dos tribunais no sentido de que cabe ao juiz intervir em situações excepcionais, quer para anular, quer para deferir planos de recuperação judicial. Ausente qualquer justificativa objetiva para rejeição do plano de recuperação, com a ressalva de que os créditos financeiros são dotados de garantias pessoais dos sócios, que se encontram executados em vias próprias. Concordância do Administrador Judicial e dos representantes do Ministério Público em ambas as instancias com a homologação do plano. Constatação de que os credores que rejeitaram o plano agiram em abuso de direito, na forma do artigo 187 do Código Civil. Rejeição de caráter ilícito, devendo prevalecer o princípio da preservação da empresa. Decisão mantida. Recurso não provido.⁴²

São entendimentos que, em maior ou menor grau, geram insegurança jurídica mesmo após uma reforma realizada com o objetivo de evitar tal aspecto, e definem precedentes que gerarão cada vez mais mitigações que vão em sentido contrário ao objetivo da Lei 14.112 de 2020.

⁴² Agravo de Instrumento 0106661-86.2012.8.26.0000; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Jundiá - 1ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 03/07/2014; Data de Registro: 17/07/2014

Para além das relativizações apontadas no âmbito das assembleias gerais de credores (com ênfase no procedimento recuperacional), tais aspectos também são observados quando se está diante de outros temas alocados no direito falimentar.

Há discussões acerca das pessoas jurídicas sujeitas à LRF, reconhecimento de voto abusivo, atribuições do Administrador Judicial e tantas outras matérias que são mitigadas em prol da preservação da empresa, o que demanda uma cautela por parte do julgador, dos devedores e do próprio Administrador Judicial.

Nesse sentido, cabe dar destaque ao apontado pelo Desembargador Serly Marcos Alves, nos autos do Agravo de Instrumento. 1000028-41.2018.8.11.0000, do Tribunal de Justiça de Mato Grosso: “ainda que tenha por corolário a preservação da empresa, a recuperação judicial não pode chegar ao extremo de desprestigiar a segurança jurídica das relações, nem de atentar contra a saúde patrimonial de outrem, máxime dos próprios credores”, até porque “jamais a recuperação de um pode resultar na derrocada do outro”.

O debate trazido pela Lei 11.101 de 2005 é rico em questionamentos e é um tema contagiante, que desperta os olhares de estudiosos de áreas diversas, de modo que sejam defendidos os direitos dos devedores, dos credores e da coletividade como um todo. Independente da direção que se siga, o bojo de qualquer procedimento deve atender ao princípio da segurança jurídica – o que, por vezes, passa despercebido.

CONCLUSÃO

O presente artigo, em que pese seja a prática da academia, não possui o condão de apresentar conclusões exatas acerca da temática

abordada, mas sim reflexões acerca da realidade brasileira em um cenário falimentar no atual recorte temporal, ou seja, até o primeiro quadrimestre de 2022.

A reflexão maior diz respeito às mitigações realizadas pela doutrina e pela jurisprudência quando se está diante do instituto da assembleia geral de credores, especialmente quando se fala em concessão da recuperação judicial em casos em que não é atingido o quórum necessário ou no caso de ser reconhecido um voto abusivo sem que sejam analisados parâmetros objetivos.

Como bem destacado pelo Desembargador Serly Marcos Alves, os procedimentos falimentares devem, também, fomentar uma segurança jurídica que é conferida não apenas aos credores, mas também ao próprio devedor. Especificamente no caso da recuperação judicial, em que pese seu objetivo seja o de preservar e recuperar uma empresa e na medida em que sua saúde patrimonial não deve ser alvo de atentados injustificados, todos os *players* devem ter a segurança de que o procedimento será perseguido de forma a se garantir uma estabilidade jurisdicional, mesmo que não estanque (por óbvio).

Quando se está diante de um voto que poderá ser considerado abusivo, por exemplo, devem ser adotados critérios objetivos e que denotem uma conduta bélica do credor em prol de seus próprios interesses, assim como deve ser observada a conduta dos *players* durante o ato assemblear – o que ficará a cargo do Administrador Judicial ao se considerar a sua atuação fiscalizatória durante o processo.

É nesse sentido, outrossim, que Erasmo Valladão Azevedo *et al* indica que dois elementos são indispensáveis ao reconhecimento de um voto abusivo: além de evidência *concreta*, o caráter manifestamente abusivo; e a evidência de se obter a vantagem ilícita para si ou para

outrem. Não se trata de critérios subjetivos e que poderão ser relativizados, mas sim critérios objetivos e que deverão passar por análises cautelosas, sob pena de subsistir uma supressão injusta do direito exercido pelo credor.

É o mesmo raciocínio quando se está diante do instituto do *cram down*, na medida em que são critérios objetivos elencados pela LRF e que deverão ser observados de maneira cautelosa e eficaz. Não obstante, sabe-se, por exemplo, que outras relativizações ganham justificativa relevante quando se está diante de contextos peculiares. A exemplo disso, a prorrogação do prazo de suspensão previsto pela LRF (*stay period*).

Apesar da nova previsão legal, o que se observa é a existência de precedentes relativizando a determinação legal, o que se torna algo justificável na medida em que o contexto brasileiro ainda encontra-se em desenvolvimento no cenário falimentar e isso gera reflexos nos procedimentos, que são dinâmicos. As recomendações do CNJ, considerando tais aspectos, vão no sentido de recomendar a criação de varas especializadas em direito empresarial, sendo que a Resolução 56, de 2019, dá um norte da matéria que será atraída justamente considerando a necessidade de especialização e a forma como tais aspectos geram reflexos no regular andamento do processo de recuperação judicial – não ignorando a sobrecarga das atividades cartorárias.

Não se pode ignorar que existem deficiências procedimentais nas varas não especializadas e isso acarreta na morosidade do feito e não pode a recuperanda ter aleijado o direito, por exemplo, da prorrogação do *stay period* em prazo superior ao previsto no parágrafo quarto do artigo sexta da LRF. Frisa-se isso, já que atualmente abriria-se o espaço para discussão sobre a apresentação de um Plano Alternativo pelos

credores, o que indubitavelmente não seria a melhor solução em um caso como esse.

De qualquer forma, e apesar do contexto vivenciado, das peculiaridades observadas e a própria base principiológica da legislação falimentar, deve-se sempre estar atento à uma atuação cautelosa frente às constantes mitigações realizadas, de modo que credores, devedor, administrador judicial e o próprio juízo possa observar celeridade, segurança e eficiência nos processo de recuperação judicial e falências.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n. 14.112, de 24 de dezembro de 2020.** Altera as Leis nos 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm. Acesso em 31 de março de 2022.

BRASIL. **Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.** Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em 31 de março de 2022.

CARNIO, Daniel. NASSER DE MELO, Alexandre Correa. **Recuperação judicial de grupos econômicos conforme as novas regras estabelecidas pela lei 14.112/20.** Migalhas em Peso. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/341927/recuperacao-judicial-de-grupos-economicos--lei-14-112-20>>. Acesso em 31 de março de 2022.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência.** ed. 2. São Paulo: Educação Saraiva, 2021, s.p.

AZEVEDO, E, V; FRANÇA, N; ADAMEX, M, V. **Assembleia Geral de Credores.** São Paulo: Quartier Latin.2022.

4

O AVANÇO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO EM FACE DAS GARANTIAS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS

*Cristiano Becker Isaia*¹

*Iguatemi Canabarro Rocha Junior*²

INTRODUÇÃO

Com o recente avanço da informatização do Poder Judiciário brasileiro, acelerada em virtude da crise quantitativa dos processos e a pandemia da Covid-19, tornou-se cada vez mais comum o uso da tecnologia da Inteligência Artificial (IA) nos tribunais para auxiliar os magistrados na gestão dos processos, e inclusive na tomada de decisões. A utilização dessa ferramenta, principalmente no âmbito jurídico, é tida como um tema de grandes controvérsias.

Existem, portanto, duas visões predominantes: de um lado, apresenta-se o escapismo quanto à utilização dessa tecnologia e, de outro, o entusiasmo em relação às perspectivas para o futuro, passando tanto por aqueles que valorizam a justiça clássica, humanizada e artesanal, quanto por aqueles que, diante de um ceticismo, a julgam como obsoleta, prezando pela celeridade, eficiência e padronização promovidas pela tecnologia. Nesse contexto, apresenta-se a seguinte problemática:

¹ Doutor e pós-Doutor em Direito Público. Professor Adjunto lotado no Programa de Pós-Graduação em Direito e no Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Professor Adjunto do Curso de Direito da Universidade Franciscana. Professor da Antonio Meneghetti Faculdade. Coordenador do Núcleo de Estudos Avançados em Processo Civil, da Universidade Federal de Santa Maria (www.ufsm.br/neapro). Advogado. E-mail: cbisaia@gmail.com

² Aluno do 9º semestre do Curso de Direito da Universidade Franciscana. E-mail: iguatemicrjunior@gmail.com

o uso da inteligência artificial pelo Poder Judiciário brasileiro fere as garantias processuais constitucionais?

Para responder a esse questionamento, o presente estudo tem por objetivo debater determinados aspectos da prestação jurisdicional a partir do avanço do uso da inteligência artificial pelo Poder Judiciário, citando alguns exemplos do emprego dessa tecnologia nos tribunais brasileiros, bem como os resultados práticos dessa inovação. Objetiva, ainda, analisar a utilização dessa tecnologia em face de certas garantias processuais, tais como o princípio do devido processo legal e do juiz natural, a fim de expor como essa circunstância contemporânea pode contribuir para a Justiça sem prejuízo das garantias constitucionais processuais, sendo realizada uma reflexão sobre as afinidades e problemáticas do uso dessa tecnologia pelo judiciário.

Essa temática se relaciona com a linha de pesquisa do curso de Direito da Universidade Franciscana (UFN) – Novas tecnologias, direitos humanos e fundamentais, no que tange à reflexão acerca dos direitos constitucionais atrelados ao processo, em face da utilização da tecnologia relativamente nova da inteligência artificial pelo judiciário. O texto se segmenta da seguinte forma:

Inicialmente, se faz um esforço didático na tentativa de apresentar breves definições sobre a inteligência artificial, bem como outros conceitos técnicos que envolvem o aprendizado de máquina no contexto da Quarta Revolução Industrial. Destaca-se não tratar de conceitos com aprofundamento técnico no sentido de programação, mas sim, com referências de contribuições para a compreensão do seu uso no Direito. Ainda nesta primeira parte, tratou-se de descrever *o panorama geral do uso da IA pelo Poder Judiciário*, que tem se mostrado promissor em termos de eficiência, padronização, previsibilidade, razoável duração do

processo, eficácia da atividade executiva, redução de custos e disponibilização de informação jurídica.

Já na segunda parte, articula-se o debate sobre os limites da atuação da inteligência artificial no processo judicial a partir do garantismo constitucional, especialmente frente ao princípio do devido processo legal. Cumprindo objetivos estruturais, descrevem-se aspectos desse princípio, seguindo-se então a discussão sobre o seu papel no balizamento da informatização do Poder Judiciário.

Com isso, verifica-se que as principais justificativas para o uso da IA no Judiciário brasileiro são a promessa da celeridade processual e a padronização das decisões. Entretanto, aprofunda-se o debate para defender que a celeridade não pode ser o único objetivo, ou ser alcançada a qualquer custo, assim como a padronização das decisões não deve ferir a garantia do Juiz Natural, da ampla defesa e contraditório. Posteriormente, busca-se no arcabouço doutrinário que envolve o princípio do devido processo legal, refletir sobre o processo decisório, bem como sobre quais pontos o uso da IA se mostra benéfico, e quais pontos se fazem necessário ter cuidado, dando destaque ao chamado viés algorítmico.

Quanto à metodologia utilizada, foi adotado, na ocasião, a pesquisa bibliográfica como técnica de pesquisa, que compreende a pesquisa documental de fontes primárias que podem ser encontradas em: arquivos públicos e particulares; fontes estatísticas e fontes não escritas, assim como a pesquisa bibliográfica de fontes secundárias, que podem ser encontradas em: publicações avulsas; boletins; jornais; revistas; livros; pesquisas; monografias, dissertações, teses, entre outros (LAKATOS; MARCONI, 1993). Esse manancial de fontes servirá tanto para a fundamentação do trabalho, como para a diversificação de sua abordagem.

Para a análise da produção bibliográfica, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, que "É o que parte do geral e, a seguir desce ao particular. O raciocínio dedutivo parte de princípios considerados verdadeiros e indiscutíveis para chegar a conclusões de maneira formal" (GIL, 1987, p. 29). Em linhas gerais, o texto estabelece um diálogo com elementos da área da Computação, do Direito Constitucional, do Direito Processual Civil e da Hermenêutica Jurídica, na tentativa de contribuir, ainda que abreviadamente, para uma melhor compreensão do tema que ora se propõe.

O método de procedimento adotado será o analítico³, e o histórico-crítico⁴, que, após realizar uma contextualização histórica sobre a inteligência artificial e sua relação com a quarta revolução industrial, pretende analisar os impactos dessa transformação na rotina do Poder Judiciário, propondo uma reflexão sobre o uso da tecnologia em face das garantias constitucionais processuais.

Por fim, incumbe salientar que este artigo não pretende esgotar o tema em questão, mas sim, expor um olhar crítico-reflexivo perante a natureza dúplex da computação cognitiva para fins de moldar o teor decisório, de modo a contribuir com o estudo desta abordagem tecnológica relativamente recente no âmbito jurídico.

³ O método analítico consiste em "construir e aprofundar análises, tecendo argumentações críticas e criativas, diante de uma hipótese de trabalho". (DEMO, 1996. p. 49)

⁴ Entendido aqui como sendo "um método de procedimento que busca perscrutar os acontecimentos, processos e instituições do passado, com o intento de verificar a sua influência atualmente". (ANDRADE, 1996. p. 21.)

1. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS E SUA UTILIZAÇÃO PELO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Seres artificiais inteligentes são objeto de idealização humana desde a antiguidade. Porém, essa tecnologia tornou-se real somente com o advento do primeiro computador digital programável na década de 1940, no contexto da segunda revolução industrial. Naquele tempo, o ser humano já explorava os recursos naturais em larga escala, e o seu ciclo de vida era sociobiológico: o tempo cronológico dominava o espaço e a sociedade, que se organizou em centros urbanos (cidades) que facilitavam a comunicação, visando maior convivência e produtividade (MOMMOLI, 2020).

As novas tecnologias de informação e comunicação desenvolvidas especialmente desde a década de 1970 e principalmente nos anos de 1990 ensejaram a terceira revolução industrial e acabaram por resultar na sociedade em rede, onde o espaço não é apenas de lugares, mas de fluxos, e o tempo, relativo. Sobre o tema, brilhantemente assevera Klaus Schwab (2016):

A primeira revolução industrial ocorreu aproximadamente entre 1760 e 1840. Provocada pela construção das ferrovias e pela invenção da máquina a vapor, ela deu início à produção mecânica. A segunda revolução industrial, iniciada no final do século XIX, entrou no século XX e, pelo advento da eletricidade e da linha de montagem, possibilitou a produção em massa. A terceira revolução industrial começou na década de 1960. Ela costuma ser chamada de revolução digital ou do computador, pois foi impulsionada pelo desenvolvimento dos semicondutores, da computação em mainframe (década de 1960), da computação pessoal (década de 1970 e 1980) e da internet (década de 1990) (SCHWAB, 2016, p. 19).

Nesse contexto, afirma que estamos vivendo a Quarta Revolução Industrial, caracterizada por uma “Internet mais ubíqua e móvel, sensores menores e mais poderosos que se tornaram mais baratos, Inteligência Artificial (IA) e aprendizagem de máquina” (SCHWAB, 2016, p. 20), sendo apenas a IA objeto de estudo do presente trabalho.

Portanto, em uma abordagem preliminar, é possível afirmar que a inteligência artificial é um “sistema computacional criado para simular racionalmente as tomadas de decisão dos seres humanos, tentando traduzir em algoritmos o funcionamento do cérebro humano” (CHELIGA, 2020). O termo foi pela primeira vez citado num artigo científico em 1956, por John McCarthy, na conferência de verão no Dartmouth College, Estados Unidos, e foi utilizado para batizar a ciência ou engenharia de fazer máquinas inteligentes (LAGE, 2021).

Nesse contexto, para verificar se as máquinas são capazes de pensar, o notável cientista da computação Alan Turing (1950), formulou um teste para descobrir se determinado algoritmo é consciente baseado em um jogo de imitação, onde considera-se uma máquina inteligente aquela que é capaz de mimetizar ou imitar o comportamento humano em dada tarefa, de forma que a diferença entre homem e máquina não seja perceptível por um espectador inadvertido. Trata-se, então, de uma tecnologia multidisciplinar destinada a tornar a ingerência humana prescindível em certas atividades (SALLES, 2021). Sendo assim, cumpre realizar uma breve apresentação sobre os mecanismos pelos quais a IA trabalha.

A inteligência artificial opera através de algoritmos, eles traduzem as rotinas, passos e instruções que a máquina é responsável por executar, escrevendo uma sequência de programas lógicos que resolvem um problema ou fornecem uma resposta. Trata-se de “uma fórmula que

divide determinada tarefa complexa em tarefas menores passadas através de um computador” (FERRARI; BECKER, 2020). Ou, ainda, segundo Paolinelli e Aziz Antônio (2020), consiste em “um conjunto de regras predefinidas a partir de um entendimento lógico com o cuja finalidade é transformar as informações inseridas no dispositivo eletrônico em dados que produzirão resposta úteis”.

Máquinas recebem os dados (*input*), processam, reconhecem padrões, fazem inferências e fornecem resultados (*output*), que são processados por meio de algoritmos, os quais podem ser classificados como programados ou não programados (FERRARI; BECKER, 2020). Programados são aqueles algoritmos que seguem o curso estabelecido pelo programador em todas as etapas.

Já os não programados, de maior importância no campo jurídico, trabalham de forma diferente. De acordo com Wolkart e Becker (2020), após receber os dados a serem processados, eles ficam mais livres para seguir o caminho até o resultado sem ficarem presos a uma programação prévia e expressa, escrevendo sua própria rota e se aprimorando com base nas respostas fornecidas. Por essa razão, os algoritmos não-programados são denominados *learners*.

Algoritmos capazes de aprender (*learners*) podem ser divididos em supervisionados e não supervisionados. Nos primeiros, os dados lançados na máquina são previamente tratados pelo ser humano (*input*), no intuito de que ocorra a entrega de um resultado (*output*) esperado como resposta correta. Portanto, o algoritmo é treinado em dados já classificados, sabendo que “para o problema B a resposta é C, e por isso pode identificar que todas as vezes que a situação B se apresentar, a solução será C” (PAOLINELLI; AZIZ ANTÔNIO, 2020).

Já nos não supervisionados, os dados inseridos no computador (*input*) não são previamente classificados, tornando a entrega dos resultados mais complicada (*output*). Aqui, uma maior capacidade de reconhecer padrões de entrada é necessária para o agrupamento de dados posteriormente. Ao fornecerem a resposta correta, esses algoritmos *learners* recebem um comando de reforço, que atribui um maior peso ao caminho percorrido, prática que promove uma melhoria paulatina. Para Salles (2021, p. 8), dá-se uma espécie de “calibração progressiva para operações futuras”.

Nesse sentido, a pesquisa em inteligência artificial também envolve ferramentas como *big data*, *analytics* e jurimetria, que estão diretamente relacionadas aos conceitos mencionados acima. *Big data* representa a enorme quantidade de dados que circulam no mundo virtual, sejam eles estruturados ou não estruturados, capturados de navegação, redes sociais, aplicativos, sites de compras e inúmeros locais da rede mundial de computadores, sendo marcado pelo volume, variedade, velocidade, veracidade e valor (5 V's).

No campo do direito, podemos citar exemplos dessas fontes de dados legais, como constituições, tratados, normas internacionais, leis, estatutos e outros atos normativos internos, jurisprudência de vários tribunais nacionais e internacionais, produções doutrinárias, informações processuais, entre outros. Esses dados possuem conteúdos variados e, após serem acessados por computadores inteligentes, são processados em velocidade e volume que ultrapassam as capacidades humanas para ajudar na formulação de respostas e tomada de decisões, sejam elas jurisdicionais, de políticas judiciárias ou administrativas.

Já a *analytics*, um setor da *business intelligence* (BI), se traduz em um conjunto de estratégias mais específicas do que *big data*. Trata-se de

“um campo abrangente que usa técnicas matemáticas, estatísticas, de modelagem preditiva e aprendizado de máquina para localizar padrões e informações importantes em dados” (ROSA; GUASQUE, 2020). Através desse campo, os dados são submetidos a análises sistemáticas, sejam elas do tipo estatístico, preditivas, estratégicas ou não, fornecendo informações que tornam o processo de tomada de decisão mais eficiente.

Segundo a ABJ (Associação Brasileira de Jurimetria), Jurimetria é a “disciplina resultante da aplicação de modelos estatísticos na compreensão dos processos e fatos jurídicos” (2022). Trabalha com a coleta, edição e interpretação de dados jurídicos, possuindo inúmeras potencialidades. Pode ser utilizada para fins descritivos, como, por exemplo, uma simples apresentação de relatório estatístico. Outros tipos de utilização ajudam a gerir as estruturas judiciais ou a apoiar os mecanismos de tomada de decisão, incluindo as políticas de organização judiciária.

Também é possível usá-la para fins de análise preditiva, o que se dá através de ajuda da inteligência artificial, por meio de algoritmos capazes de coletar jurisprudências sobre determinado tema, prevendo a probabilidade de decisões a serem tomadas e as chances de sucesso de certos pedidos. Todavia, a utilização da Jurimetria para fins de justiça preditiva trata-se de assunto muito controverso, tanto que, recentemente, restou proscria na França (WOLKART; BECKER, 2020).

A razão para isso é que a ferramenta deve ser evitada visando impedir que os dados coletados sejam utilizados para obrigar os juízes a decidir em determinado sentido ou em outro, ou ainda para embasar estratégias prejudiciais ao Judiciário e aos demais pleiteantes. Por outro lado, destacam-se, em algumas situações, os aspectos positivos dessa prática, que, ao permitir a prospecção, fornece bases mais sólidas para auxiliar as partes e advogados em negociações, inclusive em pleitos

extrajudiciais e virtuais, promovendo a resolução alternativa de disputas e o desafogamento do Judiciário (NUNES; DUARTE, 2020).

Imperioso ressaltar que, se por um lado há incentivo para a integração definitiva entre IA e prática jurídica visando a modernização judicial, por outro lado, esse avanço não pode desdenhar os possíveis riscos e desafios impostos por uma nova tecnologia, sobretudo no uso da inteligência artificial pelo Poder Judiciário. Abordou-se, portanto, algumas características da inteligência artificial e sua estrutura de funcionamento a partir dos algoritmos. Viu-se também que existem desafios conceituais quanto à definição do que é inteligência artificial e alguns exemplos de utilização dessa tecnologia, como em *big data*, *analytics* e Jurimetria.

Desde tarefas automatizadas rotineiras, até sofisticadas pesquisas de suporte à tomada de decisões, produção em massa de atos e análises preditivas, as mais diversas atividades, tecnologias e, principalmente, sistemas de inteligência artificial racionalizam as atividades judiciais. Além disso, tendem a “otimizar o tempo e o custo do processo, além de aumentar a eficiência e possibilitar maior segurança jurídica” (ROSA; GUASQUE, 2020)

Por sua vez, o Poder Judiciário brasileiro já vem se adequando à sociedade em rede, criando algoritmos capazes de prever decisões judiciais, organizar dados e elaborar estatísticas, os quais serão exemplificados em momento oportuno. Numa primeira acepção, pode-se dizer que o potencial de utilização da IA é amplo e multifacetado. Sendo empregada pelo Poder Judiciário, a inteligência artificial realiza inúmeros tipos de tarefas, dentre as quais se listam:

(...) as seguintes atuações: (a) auxiliando o Magistrado na realização de atos de constrição (penhora on line, Renajud e outros); (b) auxiliando o Magistrado a identificar os casos de suspensão por decisões em recursos repetitivos, IRDR, Reclamações e etc., possibilitando que o processo seja identificado e suspenso sem esforço humano maior do que aquele baseado em confirmar o que a máquina apontou; (c) auxiliar o Magistrado na degravação de audiências, poupando enorme tempo; (d) auxiliar na classificação adequada dos processos, gerando dados estatísticos mais consistentes; (e) auxiliar o Magistrado na elaboração do relatório dos processos, filtrando as etapas relevantes do processos e sintetizando o mesmo; (f) auxiliar na identificação de fraudes; (g) auxiliar na identificação de litigante contumaz; (h) auxiliar na identificação de demandas de massa; (i) auxiliar na avaliação de risco (probabilidade/impacto de algo acontecer no futuro); (j) auxiliar na gestão relativa à antecipação de conflitos a partir de dados não estruturados; (k) auxiliar o Magistrado na avaliação da jurisprudência aplicada ao caso; (l) possibilitar uma melhor experiência de atendimento ao usuário: sistemas conversacionais, “chat bot” (atendimento para ouvidoria e Correedoria); (m) identificar votos divergentes na pauta eletrônica; (n) auxiliar na gestão cartorária, identificando pontos de gargalos, processos paralisados, servidores com menor/maior carga de trabalho; (o) identificar e reunir processos para movimentação em lote, e (p) auxiliar o Magistrado na elaboração de minutas de despachos, decisões e sentenças (PORTO. 2019, p. 180-181).

Desenvolvida em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), o programa Justiça 4.0 é uma iniciativa do Poder Judiciário para transformar o sistema de justiça brasileiro por meio de tecnologia e inteligência artificial, aproximando a justiça digital da sociedade. Além disso, visa facilitar a transformação digital do direito e garantir serviços jurídicos mais céleres e acessíveis para o público.

Nesse sentido, atualmente o Judiciário possui 65 projetos de IA em execução ou em desenvolvimento – a maioria baseada em trabalhos realizados por equipes internas em metade dos tribunais, com exceção do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Esses dados foram fornecidos pelo relatório da pesquisa “Tecnologia Aplicada à Gestão dos Conflitos no Âmbito do Poder Judiciário Brasileiro”, produzido pelo Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da Fundação Getúlio Vargas (CIAPJ/FGV), sob a coordenação do ministro do STJ Luis Felipe Salomão.

De acordo com esse relatório, além da plataforma operada pelo Conselho Nacional de Justiça, existem nesse momento 64 projetos de inteligência artificial em 47 dos 91 tribunais brasileiros. O levantamento constatou que os programas de inteligência artificial operantes no Judiciário possuem diversas aplicações, que vão desde a realização do juízo de admissibilidade de recursos, transcrição de audiências e elaboração de minutas até o cálculo da chance de reversão de decisões.

Portanto, passa-se a mencionar agora, sem pretensão de esgotamento no âmbito do presente trabalho, algumas dessas ferramentas de inteligência artificial presentes no Poder Judiciário brasileiro, a fim de analisar seus efeitos práticos na rotina dos magistrados e servidores públicos.

O Supremo Tribunal Federal (STF) faz uso de um programa de IA para automatização de tarefas relacionadas ao processo eletrônico, denominado Projeto Victor em homenagem ao falecido ministro do STF Victor Nunes Leal, o principal responsável pela sistematização da jurisprudência do tribunal em súmulas, iniciativa que facilitou a aplicação dos precedentes judiciais aos recursos. Essa solução, desenvolvida pela Universidade de Brasília (UnB), desempenha quatro funções essenciais,

quais sendo: I – Conversão de imagens em textos; II – Separação do começo e fim dos documentos de acervo; III – Classificação das peças processuais mais utilizadas e; IV – Identificação de temas de grande repercussão (BRASIL, 2018a).

Já o Superior Tribunal de Justiça, adotou o sistema Sócrates, que possui aptidão para automatizar a etapa da classificação processual, anterior à distribuição. Esse programa também é utilizado para descrever o teor dos processos e apontar o tema com alta precisão, sendo que a totalidade dos processos que atualmente chegam à Corte são filtrados por esse algoritmo, que reduz o trabalho repetitivo e oportuniza melhor gestão de tempo dos processos ao Judiciário (BRASIL, 2018-2019).

A ferramenta Radar, desenvolvida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG), é destinada a solucionar demandas reincidentes por meio da leitura de peças, busca de palavras-chave, triagem e conferências de acórdãos conjuntos, especialmente em questões que já foram decididas pelo Superior Tribunal de Justiça, ou ainda, em Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), pelo próprio TJMG (BRASIL, 2018b). O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), também faz uso de um *software* de inteligência artificial, só que para o cumprimento de decisões em processos de execução fiscal (BRASIL, 2019a).

Tal funcionalidade também é aproveitada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), que, através do sistema Victoria, automatiza os procedimentos de execução fiscal, intimações, atualização de valores de débitos, além da emissão de ordens de bloqueio e desbloqueio por meio do BacenJud (BRASIL, 2018c). Não obstante, se o bloqueio for bem-sucedido, o algoritmo ainda elabora a sentença de extinção, ou,

caso a busca seja inexitosa, o *software* irá proceder na busca de valores em outros sistemas, tais como InfoJud e RenaJud.

Outro tribunal que faz uso de inteligência artificial para facilitar a penhora de bens via Bacenjud, assim como outras soluções, é o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN), por meio das plataformas Clara, Poti e Jerimum. O responsável pela retenção de ativos e emissão de ordens de bloqueio, caso a restrição não tenha sucesso, é o sistema Poti, enquanto o programa Clara procede à leitura de petições e sugere o conteúdo de algumas decisões judiciais, como os casos de extinção do processo devido ao pagamento do débito. Por fim, a plataforma Jerimum possui a capacidade de ler, rotular e classificar ações, categorizando-as de acordo com os assuntos de maior reincidência em demandas bancárias, execuções fiscais, pedidos de dano moral entre outros, realizando essa triagem de maneira eficiente (PACHECO, 2019).

Seguindo no contexto dos Tribunais brasileiros, estão operantes no Tribunal de Justiça do Estado de Roraima (TJRR), diversas soluções tecnológicas produzidas a partir de algoritmos de inteligência artificial, tais sendo o Chatbot, o Scriba, o Mandamus e o SIJA (BRASIL, 2019b).

Começando pelo SIJA, este tem a função de possibilitar a propositura de ações do Juizado Especial Cível (JEC) a partir de um aplicativo para celular, enquanto o Scriba, realiza a transcrição automática de sessões e audiências. Já o Chatbot consiste em uma inteligência artificial que responde mensagens enviadas ao tribunal, realizando o atendimento dos usuários em processos burocráticos, o que economiza o tempo dos funcionários para a realização de outras tarefas mais complexas.

O Mandamus, por sua vez, realiza a automação na gestão, emissão e distribuição de mandados judiciais, selecionando os Oficiais de Justiça

a partir de critérios como localização e zona onde se encontram. Além disso, a tecnologia pode, em tempo real e de modo totalmente eletrônico, efetuar citações e intimações, bem como atualizar os endereços das partes, e pode ser desfrutada através de celulares ou tablets junto à uma pequena impressora portátil, podendo ser publicado o resultado da diligência instantaneamente no sistema, assim sendo dispensada a obrigatoriedade de comparecimento na Central de Mandados (BRASIL, 2019c). Já em um segundo momento, o Mandamus pode identificar o risco presente na área de cumprimento dos mandados em virtude do local da diligência, e de outros aspectos, otimizando o trabalho dos Oficiais de Justiça e auxiliando na avaliação de necessidade de reforço policial na localidade.

Os resultados quantitativos e principalmente qualitativos da informatização do Judiciário, como nos exemplos mencionados acima, são verificáveis. É o que se observa nos índices de desempenho determinados pelo CNJ, onde ocorreu um avanço histórico na agilidade das citações, aumento da quantidade de despachos e sentenças, diminuição no tempo de tramitação das demandas e redução das despesas totais do Judiciário.

Tais dados constam no Relatório Justiça em Números 2021, elaborado pelo CNJ, o qual verificou que além de o Poder Judiciário ter conseguido desenvolver medidas satisfatórias em garantir o direito de acesso à justiça no período pandêmico, foi capaz também, de “planejar e estruturar prospectivamente através de uma atuação estratégica as iniciativas digitais encadeadas no Programa Justiça 4.0.” (BRASIL, 2021, p. 13). Ocorreu, nesse sentido, tanto uma mitigação dos efeitos da pandemia, quanto um planejamento para o futuro da Justiça 4.0.

A corroborar com o exposto, o Relatório ainda coloca que:

O “Programa Justiça 4.0 – Inovação e efetividade na realização da Justiça para todos” foi uma das principais inovações para o Poder Judiciário brasileiro nesse período de pandemia, uma vez que propiciou a transformação digital na Justiça e ampliou o acesso à justiça através da criação do Juízo 100% Digital, do Balcão Virtual, da Plataforma Digital do Poder Judiciário (PDPJ), do aumento da qualidade dos dados do Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário – Datajud, e do sistema Codex. Essas inovações contribuíram de forma inédita para aumentar a celeridade à prestação jurisdicional e promover a redução de despesas orçamentárias decorrentes desse serviço público em um curto espaço de tempo e durante a pandemia do novo coronavírus. (BRASIL. 2021, p. 306)

Ainda, são apresentados resultados relevantes de uma perspectiva financeira no capítulo 4 do relatório. O gasto do judiciário em 2020 foi 4,5% inferior ao de 2019, levando em consideração os números corrigidos pela inflação de anos anteriores, com base na série histórica de gastos totais para permitir uma comparação completa. O custo dos serviços de justiça *per capita* também diminuiu 5,1 pontos percentuais de 2019 a 2020. Além disso, os custos com pessoal caíram acentuadamente, 3,3% em relação a 2020. A maior queda foi nas despesas de capital, que caíram 38,8%, embora o custo de outras despesas recorrentes também tenha caído 9,1%.

O quinto capítulo do relatório mede diversos indicadores relacionados ao desempenho das atividades judiciais, incluindo medição de litígios, política de prioridade da jurisdição de primeiro grau e fase de execução judicial. Em uma nota positiva, 2020 viu a maior queda nas coleções de casos pendentes na série histórica de 12 anos (2009-2020) que aguardam uma decisão final. Em relação a 2019, foram cerca de 2 milhões de casos a menos, vindo a confirmar a tendência de queda constatada a partir de 2016. Apesar da dramática redução do número

absoluto de arquivo, a quantidade total de processos baixados é menor do que em 2019, dado que seguiu com uma redução do número de novos processos entrando no Judiciário.

Por sua vez, um dos grandes desdobramentos em 2020 é o rápido aumento na informatização do judiciário no Brasil, mostrando um nível considerável de evolução nesse sentido. Ressalte-se que apenas 3,1% de demandas e conflitos ingressaram fisicamente para análise da Justiça nesse período. No total, foram ajuizados 21,8 milhões de processos na via eletrônica. Esse valor equivale a um aumento de 6,6% em relação ao ano de 2019, resultando que 96,9% dos processos novos tramitaram de maneira exclusivamente digital em 2020. A título de exemplificação, processos de 65 dos 90 tribunais já são ajuizados de maneira 100% eletrônica.

Através dos dados analisados, fica evidente que, com o emprego de inteligência artificial em diversas atividades repetitivas e casos padronizados, os magistrados e os demais servidores públicos dispõem de mais tempo para focar em tarefas complexas e podem disfrutar de mais qualidade de vida e de pensamento. As muitas possibilidades de aplicação da IA também constituem uma área promissora em termos de previsibilidade, eficiência, rapidez, aumento da segurança jurídica pela aplicação das leis e entendimentos jurisprudenciais, otimização da atividade judiciária e diminuição de gastos.

Em que pesem as características positivas dessa tecnologia, existem aspectos fundamentais por trás dela que são dotados de diversos contrapontos a serem analisados com cautela. Por exemplo, em alguns casos, a IA é passível de produzir decisões injustas, incorretas ou excessivamente restritivas em larga escala, e muitas vezes sem a necessária reserva de *accountability* (ou responsabilidade) por parte dos

operadores. Não obstante, pode haver dificuldades na consistência jurídica da análise de precedentes por *softwares*, assim como uma reedição irreverente desses precedentes pode tornar difícil a intenção legítima de modernizar o Direito e a busca pela justiça.

Expostos alguns conceitos introdutórios da IA, bem como exemplos de emprego dessa tecnologia no Poder Judiciário brasileiro, e os resultados preliminares dessa aplicação de acordo com o CNJ, no próximo capítulo, traçar-se-á um paralelo entre essa ferramenta e as garantias processuais, de modo a verificar seus benefícios e perigos para a sociedade, como um todo.

2. O USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PELO JUDICIÁRIO FRENTE ÀS GARANTIAS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS

Viu-se, a partir do capítulo anterior, que a inteligência artificial deixou de ser uma idealização humana, para se tornar uma realidade presente em muitos setores. A utilização de algoritmos programados para desempenhar atividades que eram exclusivamente realizadas por humanos, fez com que essa ferramenta tivesse uma aplicação prática fora dos limites da área da computação, para auxiliar diversos setores da sociedade, como nesse caso, o Direito.

À vista disso, foram abordadas algumas possibilidades de emprego da IA dentro do Poder Judiciário, com os programas Poti, Jerimum, Radar, Victor, Sócrates, Mandamus, entre outros, a fim de analisar o panorama geral do uso dessa tecnologia pelos tribunais brasileiros no presente momento e seus resultados práticos. Neste capítulo, portanto, será discutido, sob a ótica do garantismo constitucional, institutos que são afetados pela tecnologia da inteligência artificial, visando demonstrar suas afinidades e divergências.

Nessa seara, se mostra necessário explicar o que são as garantias constitucionais, esses princípios consagrados constitucionalmente e que são indispensáveis ao razoável desenvolvimento do processo. Sobre o tema, enuncia Bonavides (2000, p. 493):

As garantias constitucionais, em um conceito amplo, podem ser postas como os pressupostos e bases do exercício e tutela dos direitos fundamentais, ao mesmo passo que rege, com proteção adequada, nos limites da constituição, o funcionamento de todas as instituições existentes no Estado. Ou seja, servem como pressupostos de validade dos atos estatais, tendo como o seu objeto a proteção dos direitos individuais e estruturas do Estado.

Sendo assim, as garantias constitucionais, no sentido amplo da palavra, são pilares essenciais para tutelar o exercício de todo e qualquer direito do cidadão, tanto na seara judicial quanto na extrajudicial. É o meio pelo qual os atos do Estado são validados, de forma a proteger os seus próprios direitos fundamentais. Dessa maneira, o procedimento pelo qual esses direitos são resguardados ou reparados, possui um rito que deve ser respeitado, sem prejuízo de qualquer tipo de circunstância, para garantir a efetivação dos direitos do indivíduo da forma mais correta possível.

As garantias processuais, a seu turno, também estão consagradas na Carta Magna, porém, foi necessário a promulgação do Novo Código de Processo Civil, para que se efetivasse um processo que respeitasse tais garantias. Hodiernamente, percebe-se que o mesmo ocorre em relação a IA, no sentido de tal tecnologia existir há décadas e somente nos últimos anos tem sido notada pelo direito pátrio, e isso se deu pois foi necessária a implementação dessa ferramenta para que houvesse mais

rapidez na tramitação processual e o desafogamento do judiciário em um primeiro momento.

Nesse aspecto, se mostra importante explicar alguns pontos que envolvem o cruzamento entre IA e Justiça. O Direito possui diversas peculiaridades, sobretudo no que diz respeito ao processo, no âmbito das garantias processuais, de modo que a inteligência artificial não tem se mostrado exatamente em sincronia com todos esses institutos.

O julgamento que vem a ser auxiliado ou realizado por meio de um *software*, dever ser mitigado e muito bem planejado em sua execução. Todavia, ocorre que os robôs já fazem parte do cotidiano no Direito, e a justificativa para isso é que a tecnologia, especialmente a IA, possui capacidade de fazer instantaneamente tarefas que um ser humano pode levar meses para completar.

O problema que reside nessa questão, é a preservação das garantias processuais, tendo em vista que no âmbito de um Estado Democrático de Direito esses institutos devem ser inatingíveis, o que deu origem ao surgimento do termo garantismo processual. Mas o que vem a ser o garantismo processual?

O Garantismo é uma forma de pensar o Processo em suas dimensões analítico-legal, semântico-conceitual e pragmático-jurisprudencial como efetiva GARANTIA do indivíduo e da sociedade perante o poder estatal de exercer a Jurisdição. Se processo é garantia, jurisdição é poder, e este só será legitimamente exercido quando concatenar as regras de garantia estabelecidas no plano constitucional, como o devido processo, o contraditório (= direito das partes, não do juiz), a ampla defesa, a imparcialidade, a imparcialidade, a acusatoriedade, a liberdade, a dispositividade, a igualdade, a segurança jurídica, a separação dos poderes, a presunção de inocência etcetera. O Garantismo Processual, ainda, respeita e leva a sério o papel contra majoritário da Constituição e das garantias por ela estabelecidas,

além de racionalmente empreender, em caráter pedagógico, na dissuasão de posturas dogmático-discursivas que, contraditórias à Liberdade constitucionalmente garantida, contemplam proposições e soluções jurisdicionais *ex parte* principais reveladoras de arbítrio. O Garantismo Processual também implica um tipo de concentricidade que remete o seu discurso à cláusula do *due process of Law*, que por resplandecer no núcleo fundante dos direitos e garantias fundamentais de nossa Constituição da República faz do Processo uma instituição de garantia, e não um ambiente político estatal para que o Judiciário atue para conflagrar a macrocós mica visão de mundo dos agentes públicos que o integram. (EM DEFESA..., 2017, n.p.).

Nesse contexto, surgem os referidos institutos que serão analisados a seguir conjuntamente com a tecnologia da IA – como o devido processo legal, juiz natural, razoável duração do processo, transparência entre outros, tendo por objetivo verificar seus entraves e compatibilidades diante da crescente informatização do judiciário verificada no capítulo anterior.

Pois bem, o Devido Processo Legal, ou *due process of law*, está inserido na CF/88 no inciso LIV do art. 5º, e deve ser entendido não como um meio de limitação do procedimento, mas sim o meio pelo qual se atinge a proteção dos direitos fundamentais (BRASIL, 1988). Esse instituto contempla os demais princípios, visto que dentro do devido processo legal se encontram diversas garantias processuais, como por exemplo: a ampla defesa e o contraditório; a duração razoável do processo; a efetividade processual; a exigência de fundamentação das decisões judiciais; a inafastabilidade jurisdicional; a isonomia e; a publicidade dos atos processuais. Nesse trabalho, apenas as garantias processuais mais afetadas pela inteligência artificial serão abordadas, de modo a limitar os princípios citados acima.

Faz-se menção, ainda, sobre a existência do devido processo legal formal e substancial. O primeiro trata dos princípios mencionados acima, como contraditório, juiz natural, celeridade processual, entre outros; enquanto o segundo verifica o conteúdo dos processos, como por exemplo a existência de um impulso inicial até uma sentença final ou acórdão. Ou seja, analisa a existência ou não de supressão de fases no procedimento.

O princípio do juiz natural está disposto na Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, e determina que ninguém será submetido à tribunal, ou juízo de exceção (BRASIL, 1988). Existe a necessidade do juiz competente, sendo inadmitido um juízo previamente selecionado para o caso. De outra banda, o instituto do juiz natural também tem por objetivo resguardar a imparcialidade das decisões, assegurando que não haja nenhum tipo de juízo preestabelecido.

Dessa forma, o uso da tecnologia deve ser submetido a uma análise mais profunda no que tange ao princípio mencionado, uma vez que existem dois tipos principais de uso dessa tecnologia pelo judiciário: o primeiro tipo diz respeito à realização de tarefas repetitivas ou rotineiras, como em alguns dos exemplos mencionados no primeiro capítulo, trazendo maior eficiência e celeridade ao processo judicial.

O problema, diga-se de passagem, se dá na segunda possibilidade, qual sendo a atribuição à máquina para realizar julgamentos, que pode ser denominada de “juiz-*software*”. A esse respeito, o uso de algoritmos pode contribuir para a concretização de alguns riscos, como o enviesamento algorítmico por parte do programa, ou ainda a violação de garantias processuais – como o contraditório e a ampla defesa – em virtude desses vieses, o que prejudicaria diretamente a imparcialidade assegurada pelo juízo natural.

In casu, a utilização de um juiz-*software*, pode comprometer de maneira inequívoca essa imparcialidade, tendo em vista que quem programou e quem alimenta a máquina é um ser humano, dotado de experiências pessoais que podem refletir na maneira com a qual a máquina irá decidir. Por outro lado, o mesmo poderia ser arguido em face do juiz humano, que também estaria do mesmo modo influenciando suas decisões com base em suas experiências. Contudo, o magistrado humano não é previamente definido, não apresenta uma decisão a partir de uma predição do direito, minimamente analisa a situação fática, e se comunica com as partes organicamente. Nesse sentido, existe um verdadeiro comprometimento de ambos, tanto no algoritmo quanto no ser humano.

Nunes e Marques (2018), recentemente publicaram um estudo demonstrando como a inteligência artificial pode – nos casos em que existem erros na programação ou verificam-se pontos cegos (*blindspots*) no algoritmo –, se basear em padrões prejudiciais na hora de sugerir decisões ou externar resultados. Sobre isso, ressaltaram que:

[...] os mecanismos de inteligência artificial dependem de modelos, os quais consistem em representações abstratas de determinado processo, sendo, em sua própria natureza, simplificações de nosso mundo real e complexo. Ao criar um modelo, os programadores devem selecionar as informações que serão fornecidas ao sistema de IA e que serão utilizadas para prever soluções e/ou resultados futuros. Essas escolhas, portanto, fazem com que sempre haja pontos cegos nos algoritmos, os quais refletem os objetivos, prioridades e concepções de seu criador, de modo que os modelos são, a todo tempo, permeados pela subjetividade do sujeito que os desenvolve. Esses *blindspots* podem ser irrelevantes para os resultados pretendidos pelos modelos. Por outro lado, podem ser ignoradas informações importantes

para correta análise da situação, influenciando negativamente nas respostas dadas pelo sistema.

[...]

Após a elaboração do modelo, são fornecidos dados para o sistema, de modo a possibilitar o *machine learning* (aprendizado de máquina), pelo qual a máquina analisará as informações fornecidas, seguindo as instruções estabelecidas pelo algoritmo, para encontrar padrões e, então, conseguir prever resultados.

A qualidade dos dados fornecidos aos sistemas de inteligência artificial também impactará os resultados, pois os dados são coletados da sociedade que é permeada por desigualdades, exclusões e discriminações. Conforme estudo realizado por pesquisadores da Universidade de Oxford:

[...] o aprendizado de máquina pode confirmar padrões discriminatórios – se eles forem encontrados no banco de dados, então, por conseguinte, um sistema de classificação exato irá reproduzi-los. (NUNES; MARQUES, 2018, p. 424-425)

Uma vez que os padrões dependem da qualidade dos dados fornecidos ao sistema, que são oriundos da própria internet ou construídos exclusivamente para o uso do *software*, é inato que eles estejam sujeitos a entendimentos pessoais pré-estabelecidos, ficando assim demonstrado um viés cognitivo. Sobre os vieses cognitivos, Pinho (2018) assevera que eles se referem a certos padrões de equívocos que acontecem dentro do cérebro humano, constatados justamente quando o raciocínio é utilizado de maneira leviana ou não é bem estruturado.

Seguindo o pressuposto de que a incidência de vieses cognitivos está diretamente ligada às concepções prévias desenvolvidas pela mente humana devido a experiências de vida anteriores, é notório que o programa desenvolvido por um ser humano dotado desses vieses irá apresentar as mesmas opiniões do programador em certo nível, tendo em vista que o algoritmo é alimentado pelos pré-conceitos presentes no

sistema informacional advindos de sua *database*, ou base de dados. Dessa forma, segundo o entendimento de Nunes e Marques (2018) “surtem os denominados vieses algorítmicos, que são evidenciados quando os programas se comportam de maneiras que exprimem os valores humanos por trás da programação”.

O problema relacionado a esse fato reside na falta de transparência com que esses algoritmos são programados. Uma vez que o sistema da IA possui uma complexidade que o torna muitas vezes difícil de ser analisado por profissionais de outras áreas, não é possível analisar com clareza os fundamentos utilizados pelo algoritmo para produzir a decisão, de forma que esse julgamento pode passar a ser tratado com um caráter de impermeabilidade e turvação, uma espécie de “caixa preta”, corroborando para a perpetuação de desigualdades e preconceitos.

Deve-se notar que, na ótica do processualismo constitucional democrático, é inaceitável a ocultação dos vieses que embasam a tomada de decisão da máquina. Assumir o contrário equivale a admitir uma violação das garantias processuais constitucionais – como por exemplo o devido processo legal e o juiz natural –, além de aceitar o que pode ser denominado de decisionismo tecnológico. (FLORES; SANTOS, 2021)

Citando-se Foucault (1979), existe uma tendência a tornar o ser humano apenas números, quantificá-lo para controlar seu corpo e suas ações, removendo a essência do estado democrático de direito, o que se tornou ainda mais evidente com o avanço da tecnologia e da computação cognitiva nos últimos tempos. Atualmente, o foco é dar vazão a fórmulas matemáticas incontestáveis, ou seja, o momento é numérico, quantitativo, não dá margem a interpretações.

Tais consequências tem impacto direto nos direitos fundamentais, pois todos os direitos advindos da liberdade e da igualdade entre os sujeitos se perdem ou se relativizam. A atual crise do estado de direito decorrente da *mathematical turn* sugere que o conhecimento algoritmo numérico, funcional e utilitarista gerencial é mais correto, menos sujeito a erros e mais eficiente. Essa sugestão decorre da dificuldade natural de outras ciências e da própria sociedade de entender e compreender os algoritmos, e da falsa alegoria de infalibilidade dos números ou da falta de educação da sociedade para a revolução tecnológica. É preciso mergulhar nesse conhecimento para que tanto as demais ciências, a filosofia e o senso comum compreendam os limites da mineração de dados e seus riscos, permitindo uma atuação e o uso da tecnologia com a alteridade necessária para que a vida humana e a inteligência natural ainda seja um propósito da humanidade compartilhada universalmente (MORAIS; BARROS, 2020, p. 267).

Portanto, esse fatores tornam mais difícil a operacionalização de certos institutos do direito em bases contemporâneas, como o livre convencimento do juiz, conceitos argumentativos, discursivos, e a utilização de técnicas de ponderação, por exemplo. Ademais, a inteligência artificial tende a atribuir peso excessivo à sintaxe ou a teorias positivistas, estando limitada a padrões de linguagem para analisar as proposições jurídicas. Assim, o juiz-*software*, é, em diversos níveis, rico em dados e pobre de conteúdo, onde sua aplicação, por esses motivos, deve ser restringida a determinadas espécies de casos ou apenas desempenhar função de auxílio no processo decisório, sobretudo em demandas com alta reincidência e padronizadas, sendo mitigado o seu uso em *hard cases* para funções meramente acessórias.

Por outro lado, a dificuldade de compreensão do algoritmo, além de prejudicar o juízo natural, pode afetar também o direito a ampla defesa e o contraditório. Tal princípio está estampado na CF/88 no artigo 5º, inciso LV, e serve como um garantia processual (BRASIL, 1988). No

desenrolar do processo, as partes possuem o direito de defesa, bem como os atos devem ser públicos, transparentes, e a elas comunicados para que efetivem seus direitos a resposta.

É correto afirmar que para a existência da ampla defesa, deve ser exigido o contraditório, uma vez que é necessário oportunizar a manifestação da outra parte para garantir a amplitude do procedimento. A partir dessa premissa, sendo compreendidas as características da inteligência artificial, é possível desenvolver totalmente a ampla defesa em uma decisão proferida pela IA?

Como resposta a essa indagação, Oliveira e Costa (2018) sustentam que no Estado Democrático de Direito, é importante lembrar que uma decisão judicial não pode decorrer do subjetivismo, seja ela realizada por um algoritmo ou por um ser humano. Logo, se é vedado a um juiz natural apresentar uma sentença ou decisão sem demonstrar os fundamentos racionais que o conduziram àquela decisão, não se mostra aceitável a atribuição dessa possibilidade a um programa.

Dessa maneira, é obrigatório que uma decisão explique com clareza os motivos que levaram àquela conclusão. Logo, sendo determinado algoritmo opaco, não será capaz de cumprir tal exigência. A fundamentação da sentença é um princípio constitucional, intangível, e na ausência dessa ou mal estruturada, considera-se a decisão ilegal. Ademais, também carrega em seu âmago outras garantias constitucionais, se trata da garantia real da cidadania, é a explicação das razões do Estado para o indivíduo, uma vez que ninguém é obrigado a nada sem previsão legal que determine tal obrigação.

Como já visto, o problema do uso da IA na tomada de decisão reside em poluir a fundamentação do raciocínio, vez que o algoritmo opera sintaticamente durante o trabalho, portanto, não tem poder

interpretativo. A linguagem jurídica exige interpretação, ou semântica, pois existem verbetes técnicos que somente profissionais da área podem utilizar com precisão.

Sendo assim, a sentença advinda de um juiz-*software*, fere tanto a Constituição Federal, quanto o Código de Processo Civil, uma vez que não fica claro a exposição de seus motivos. Se trata de uma decisão incapaz de entregar a síntese de maneira satisfatória, tendo em vista que dentro da base de dados, o referido juiz-*software* não reconhece o que são tese e antítese, visualizando apenas o silogismo. A inteligência artificial é uma ferramenta tecnológica fundamental e importante para o paradigma da sociedade em rede, e no setor jurídico isso não é diferente, porém, a utilização dessa tecnologia deve ser realizada com a maior cautela possível. Com isso, a busca pelo avanço é válida sim, porém, jamais deve olvidar direitos e garantias fundamentais.

Vislumbra-se, então, que esses problemas podem ser evitados através dos princípios da transparência e ética na programação desses algoritmos. Tais princípios encontram fundamento legal na Carta Europeia sobre ética no uso da inteligência artificial, onde é proposto uma lista de princípios que podem auxiliar os legisladores e profissionais da justiça nas questões relativas ao desenvolvimento da IA nos processos judiciais, com o objetivo de que a tecnologia continue servindo ao interesse geral e que sua aplicação esteja dentro das garantias fundamentais. São eles:

1. **Princípio do respeito aos direitos fundamentais:** Esse princípio visa garantir que o projeto e a implementação de ferramentas de IA e serviços estejam de acordo com os direitos fundamentais.

2. **Princípio da não discriminação:** Tem por objetivo impedir o desenvolvimento ou a intensificação de qualquer preconceito entre indivíduos ou grupos de indivíduos por meio da IA.
3. **Princípio da qualidade e segurança:** Devem ser utilizadas fontes certificadas e dados intangíveis com modelos concebidos de maneira multidisciplinar, em um ambiente tecnológico seguro, no que tange ao processamento de dados e decisões judiciais.
4. **Princípio da transparência, imparcialidade e justiça:** Determina que os métodos de processamento de dados sejam acessíveis e compreensíveis, sujeitos a auditorias externas.
5. **Princípio “sob controle do usuário”:** Assegura que os usuários sejam autores informados e controlem suas escolhas.

Os princípios dispostos na referida Carta expõem valores fundamentais, bem como precauções a serem tomadas no desenvolvimento e criação dos algoritmos. A carta dispõe especificamente sobre o processamento de dados e decisões judiciais por inteligência artificial, como por exemplo as ferramentas de “justiça preditiva”, que são aquelas que visam ajudar os operadores do direito na realização de pesquisas jurídicas ou na antecipação do possível resultado de um caso submetido à apreciação de tribunal.

O primeiro princípio, do respeito aos direitos fundamentais, garante que as ferramentas de inteligência artificial sejam compatíveis com os direitos fundamentais, como é o caso do direito de acesso a um juiz, independente e imparcial, que assegure a igualdade e o respeito pelo contraditório. No que concerne o princípio da não discriminação, pode-se dizer que tem por objetivo, assim como o nome enuncia, de prevenir qualquer tipo de discriminação ou preconceito contra pessoas ou grupos de pessoas.

Quanto ao terceiro princípio, da qualidade e segurança, determina que as decisões e dados judiciais devem ser obtidos de fontes certificadas e os modelos elaborados a partir de uma equipe multidisciplinar, em um ambiente tecnologicamente seguro. Isso serve para garantir que as decisões não sofram alterações, voluntárias ou involuntárias, que prejudiquem o conteúdo ou o significado das mesmas.

Já no que tange ao princípio da transparência, imparcialidade e justiça, esse visa assegurar que os modelos sejam construídos de modo a não serem verdadeiras “caixas pretas”, bem como que os dados sejam acessíveis e compreensíveis, sendo fundamental o acesso de auditorias externas. Se faz necessário garantir a propriedade intelectual do algoritmo, para que os interesses da justiça não sejam prejudicados.

Por sua vez, o quinto princípio, doravante denominado “sob controle do usuário”, se destaca devido ao fato de que tem como principal objetivo evitar o processo de desumanização do sistema judicial, impedindo que ocorra uma abordagem prescritiva do uso da tecnologia e preservando a autonomia dos usuários, além de garantir a devida informação e o controle das escolhas realizadas. De acordo com esse instituto, os próprios magistrados devem ser informados acerca das decisões tomadas pela IA para que possam aceitar ou não as soluções propostas, enquanto cabe aos litigantes os mesmos direitos para contestar as decisões e, se desejarem, interpor recurso aos tribunais superiores.

No contexto brasileiro, o Conselho Nacional de Justiça, publicou em agosto de 2020, a Resolução nº 332 de 2020, que dispõe sobre a ética, a governança e a transparência na produção e no uso da IA pelo Poder Judiciário. Em seu conteúdo, estabelece que no desenvolvimento, na implantação e no uso da Inteligência Artificial, os tribunais deverão

observar sua compatibilidade com Direitos Fundamentais, como aqueles previstos na Constituição ou em tratados que o Brasil faça parte.

Importante salientar que, ainda no preâmbulo dessa Resolução, há menção expressa a referida Carta Europeia sobre uso da IA no poder judiciário. Como se observa, a resolução do CNJ ressalta critérios éticos (pluralidade, não discriminação, igualdade e julgamento justo) no preâmbulo e no *caput* do artigo 7º, que devem orientar os sistemas de IA que ofereçam soluções nessas áreas (BRASIL, 2020).

De igual forma, mister ressaltar as determinações de supervisão humana e explicabilidade (art. 19, *caput* e parágrafo único) e o desencorajamento da análise preditiva em matéria penal, limitando-se a automação de elementos relacionados ao cálculo das penas, triagem dos autos, mapeamentos, prescrição e demais (art. 23, *caput* e § 1º).

Além disso, se destacam nesse contexto, a utilização de um conjunto de dados suficientemente amplo (art. 6º); possibilidade de auditoria (art. 8º, V e VI); dever de informação aos usuários externos e o caráter não vinculante da proposta da solução fornecida pelo sistema de IA, que sempre será submetida à análise da autoridade competente (art. 18); a preponderância à autonomia dos usuários internos (art. 17) e; transparência quanto à divulgação dos sistemas de IA usados pelo Poder Judiciário no Brasil, presente no art. 11 da Resolução (BRASIL, 2020).

Portanto, a regulação ética e a promulgação de normas para embasar o uso da inteligência artificial pelo Poder Judiciário são medidas que devem ser providenciadas com extrema urgência, a fim de mitigar os efeitos do chamado viés algorítmico e garantir transparência para que a população e os operadores do direito compreendam os fundamentos utilizados pela máquina para compor a decisão e evitar a perpetuação em massa de injustiças e preconceitos através de um *juiz-software*.

Paralelamente, essa regulação deve possibilitar aos tribunais um controle mais eficiente sobre os processos de aprendizado de máquina, a ponto de o magistrado poder intervir caso a decisão produzida por um algoritmo venha a violar prerrogativas, direitos fundamentais, ou ainda as próprias bases do Estado Democrático de Direito.

Finalmente, restou demonstrado no presente estudo que o uso da inteligência artificial pelo Poder Judiciário possui um caráter duplice: por um lado, constitui um campo promissor em termos de eficiência, celeridade, previsibilidade, padronização das decisões, eficácia da prestação jurisdicional e redução de custos. Porém, a maior controvérsia reside na automatização de decisões por meio de algoritmos programáveis, que podem ser chamados de *juiz-software*.

Essa forma de emprego da IA é que se mostra mais prejudicial as garantias constitucionais processuais, por tornarem extremamente difícil a efetivação de princípios como o juiz natural, o contraditório e a ampla defesa, pois são dotadas de uma complexidade que não permite a análise satisfatória dos fundamentos dessas decisões, uma vez que a linguagem dos algoritmos é em sua essência, sintática, e não semântica, podendo dar vazão a uma série de problemas como produção de decisões injustas ou dotadas de vieses algorítmicos que se mostram prejudiciais ao Devido Processo Legal.

Para que essas garantias sejam respeitadas, é fundamental que a automatização de decisões seja baseada em princípios de transparência, legalidade, imparcialidade e não-discriminação, como exposto na Carta Europeia e na Resolução nº 332/2020 do CNJ, sem substituir o juiz humano ou expor o cidadão a riscos. Assim, cogita-se o desenvolvimento de uma teoria decisória judicial que garanta a possibilidade de o magistrado corrigir eventuais erros ou excessos na decisão proferida por

algoritmos, além de prevenir outros tipos de decisionismos tecnológicos.

CONCLUSÃO

A implementação de novas tecnologias no poder judiciário já é uma realidade. Ainda que de forma paulatina e passando por certos desafios, a transformação do judiciário é inevitável, pois, com essas novas ferramentas, especialmente a da inteligência artificial, é possível promover a celeridade processual e a concretização do direito em tempo hábil, além da padronização de decisões em bloco.

Foi visto que a tecnologia da inteligência artificial pode ser caracterizada como a possibilidade de mimetizar as habilidades humanas, de maneira mais ou menos intensa. Logo após, foi analisado a maneira como a IA opera, que se dá por meio dos algoritmos programados, não programados, e *learners*. Também foram abordados alguns exemplos de utilização dessa tecnologia, como em *big data*, *analytics* e Jurimetria. Os algoritmos, por sua vez, trabalham de maneira turva, são difíceis de serem analisados, e muitas vezes não coadunam com a logística da prestação jurisdicional, já que é necessária a exposição dos motivos que fundamentam a decisão, configurando uma espécie de “caixa preta”.

Todavia, o abarrotamento do judiciário pela sobrecarga de processos, cumulado com a pandemia da Covid-19, fez com que a informatização do judiciário, e conseqüentemente a utilização da inteligência artificial fossem acelerados, em um movimento que visa, entre outras coisas, assegurar a efetividade, a celeridade e a padronização das decisões.

Realizando tanto tarefas repetitivas de forma automatizada, quanto pesquisas de auxílio a tomada de decisão, análises preditivas e separação dos processos por assunto, a inteligência artificial proporciona otimização do tempo e eficiência na prestação judiciária. Os magistrados e suas equipes passam a dispor de mais tempo e qualidade de pensamento para focar em questões mais complexas e temas relevantes com a ajuda dos algoritmos, direcionando a atenção para aquelas demandas que necessitam de uma resposta humana individual, reforçando a ideia da prestação jurisdicional clássica. Porém, a maior controvérsia reside na automatização de decisões por meio de algoritmos programáveis, que podem ser chamados de *juiz-software*.

Nessa modalidade de uso da inteligência artificial, por exemplo, decisões injustas ou dotadas de preconceito podem ser produzidas em massa, assim como existem obstáculos na avaliação de precedentes com a devida segurança jurídica, e na própria reutilização irrefletida desses precedentes, tornando difícil a missão legítima de modernização do Direito e a busca por justiça. Acrescentado a isto, a importância da transparência dos algoritmos como um ponto que assegura a imparcialidade e fundamentação das decisões judiciais foi destacada.

Logo após, ao serem analisados os chamados vieses algorítmicos, apresentaram-se algumas estratégias capazes de mitigar os efeitos da computação cognitiva para fins de produção de decisões, no intuito de serem evitadas possíveis violações a garantias processuais constitucionais, como a ampla defesa, o contraditório e o juízo natural. Tratando-se de um Estado Democrático de Direito, a construção das decisões, pautadas pela presença dessas garantias constitucionais, constituem fator que legitima e fiscaliza a decisão final. Nessa perspectiva, quanto mais

abrangente e clara a participação dos interessados na fundamentação da decisão, maior será a sua efetividade e legitimidade.

Dessa forma, mesmo que a tecnologia traga inúmeros benefícios, não devem ser olvidadas as dificuldades que se apresentam na utilização da inteligência artificial para fins de moldar o teor decisório. Portanto, é necessário que antes de implementar essa ferramenta em todos os tribunais brasileiros, consiga-se organizar e efetivar os sistemas que já estão em voga no Brasil. Ademais, no decorrer do estudo foi demonstrado que a logística da IA enquanto *juiz-software* é incapaz de suprir, por hora, a legalidade necessária para o processo jurisdicional, assegurando as garantias processuais.

Nesse escopo, a utilização da inteligência artificial no âmbito do Poder Judiciário, deve ser limitada ao “robô” analista, ao classificador, e outros que não possuam em suas atividades expressão valorativa e ou de interpretação. Isso se dá porque o direito opera por meio da semântica, ou seja, é subjetivo, sendo certo que o emprego da tecnologia da inteligência artificial (que age através da sintaxe), para questões objetivas, informativas e de pesquisa, possui eficiência incontestável, como demonstrado.

Isso significa dizer que, aquelas tarefas que demandam expressões valorativas, ponderações sobre direitos constitucionais, e a devida exposição de motivos por trás de uma decisão, devem ser reservadas ao magistrado pessoa física, sob pena de infringir diversas garantias processuais constitucionais. Portanto, a inteligência artificial deve ser aprimorada para acomodar essas garantias e, pelo menos neste momento do desenvolvimento da tecnologia, deve ser utilizada para tipos de demandas compatíveis com sua natureza.

Portanto, a utilização da IA e dos algoritmos no Poder Judiciário brasileiro deve estar atrelada a um procedimento que possibilite o amplo entendimento das partes interessadas acerca dos elementos que compõem seus mecanismos. Importante também destacar que o ambiente de discussão das questões que perpassam a computação cognitiva será democrático apenas se os critérios desse debate sejam fundamentados na transparência e na racionalidade crítica decorrente dos institutos presentes no texto da Constituição Federal. Ou seja, é necessário que se evite o deslumbre quanto as possibilidades oferecidas pela tecnologia, analisando sempre os prós e contras de sua utilização, pautando-se nos princípios da transparência e do devido processo legal.

Por fim, assevera-se que, como diretriz geral, o uso da inteligência artificial pelo Poder Judiciário deve respeitar a legalidade, ética e confiabilidade no campo jurídico, com as leis e regulamentos aplicáveis, e com os valores éticos na convivência com o ser humano, não os substituindo, pondo em risco ou discriminando-os, bem como provar ser segura do ponto de vista técnico. Trata-se, portanto, de utilizá-la moderadamente, como uma ferramenta meramente auxiliar na tomada de decisões judiciais, automatizando determinadas ações, mas não substituindo a atividade humana inerente à jurisdição ou implicando qualquer forma de desacato ao julgamento humano.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Maria Margarida de. **Como preparar trabalhos para cursos de pós-graduação**. São Paulo: Atlas, 1996. p. 21.
- BRASIL, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2020. **Resolução nº 332 de 21/08/2020**: dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3496>>. Acesso em 22 de maio de 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2021. **Justiça em Números 2021**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>>. Acesso em 24 de maio de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Relatório do 1º ano de gestão**, Ministro João Otávio Noronha, 2018-2019. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/porta/p/SiteAssets/documentos/noticias/Relat%C3%B3rio%20de%20gest%C3%A3o.pdf>>. Acesso em 20 de maio de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ministra Cármen Lúcia anuncia início de funcionamento do Projeto Victor, de inteligência artificial**. 2018a. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/620175789/ministra-carmen-lucia-anuncia-inicio-de-funcionamento-do-projeto-victor-de-inteligencia-artificial>. Acesso em 22 de abril de 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Imprensa**. 2018b Disponível em: <<https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/plataforma-radar-aprimora-a-prestacao-jurisprudencial.htm#.XyHLPRCWyM8>>. Acesso em 20 de maio de 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, 2019b. **Imprensa**. Disponível em: <<https://www.tjrr.jus.br/index.php/noticias/noticias/3899-justica-4-0-solucoes-tecnologicas-do-tjrr-facilitam-atendimento-promovem-qualidade-de-vida-e-inclusao-social>>. Acesso em 23 de maio de 2022

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, 2019c. **Imprensa**. Disponível em: <<http://www.tjrr.jus.br/index.php/noticias/noticias/4338-mandamus-automacao-de-processos-e-distribuicao-eletronica-de-mandados-comeca-a-funcionar-no-tjrr>>. Acesso em 23 de maio de 2022

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2019a. **Imprensa**. Disponível em: <<https://tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=58118>>. Acesso em 20 de maio de 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 2018c. **Imprensa**. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5771753>>. Acesso em 20 de maio de 2022.

CARTA EUROPEIA SOBRE USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NOS TRIBUNAIS. Disponível em <https://rm.coe.int/carta-etica-traduzida-para-portugues-revista/168093b7e0>. Acesso em 22 de maio de 2022

CERVO, Amado Luiz; BERVIAN, Pedro Alcino. **Metodologia Científica**. 5.ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

CHELIGA, Tarcisio Teixeira Vinicius. **Inteligência artificial: aspectos jurídicos**. 2ª ed. Ver. E atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

CIAPJ/FGV. Tecnologia Aplicada à Gestão dos Conflitos no Âmbito do Poder Judiciário Brasileiro. Disponível em <https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/relatorio_ia_2fase.pdf> Acesso em 20 de abril de 2022

DEMO, Pedro. **Pesquisa e construção do conhecimento**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1996. P. 49:

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JURIMETRIA. Disponível em: <<https://abj.org.br/conteudo/jurimetria/>> Acesso em 15 de abril de 2022.

Em defesa do garantismo, juristas fazem manifesto contra ativismo judicial. **Conjur**. São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-29/defesa-garantismo-juristas-fazem-carta-ativismo-judicial>>. Acesso em 25 de maio de 2022.

FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel. **Direito à explicação e decisões automatizadas: reflexões sobre o princípio do contraditório**. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs.). *Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: Jusdivm, 2020.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. São Paulo: Atlas, 1987.

LAGE, Fernanda de Carvalho. **Manual de Inteligência Artificial no Direito brasileiro**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Maria de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 3ª Ed. Ver. E ampl. São Paulo: Atlas, 1993.

MOMOLLI, Andreia. **Hermenêutica jurídica e inteligência artificial no processo jurisdicional da sociedade em rede**. 2020. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Disponível em: <https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/23071/DIS_PPGDIREITO_2020_MOMOLLI_ANDR%3%89IA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 20 de abril de 2022.

MORAIS, José Luis Bolzan de; BARROS, Flaviane de Magalhães. Compartilhamento de dados e devido processo: como o uso da inteligência artificial pode implicar em uma verdade aleatória. In: WOLKART, Erik Navarro; NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 261-286.

NUNES, Dierle José Coelho; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. **Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas**. Revista de Processo: Revista dos Tribunais Online, São Paulo, SP, n. 285, p.421-447, nov. 2018. Disponível em: <https://www.academia.edu/37764508/INTELIGÊNCIA_ARTIFICIAL_E_DIREITO_PROCESSUAL_VIESES_ALGORÍTMICOS_E_OS_RISCOS_DE_ATRIBUIÇÃO_DE_FUNÇÃO_DECISÓRIA_ÀS_MÁQUINAS_-_Artificial_intelligence_and_procedural_law_algorithmic_bias_and_the_risks_of_assignment_of_decision-making_function_to_machines>. Acesso em: 25 de maio de 2022

NUNES, Dierle; DUARTE, Fernanda Amaral. **Jurimetria, tecnologia e direito processual**. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs). *Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: Jusdivm, 2020.

OLIVEIRA, Samuel Rodrigues de; COSTA, Ramon Silva. **Pode a máquina julgar?** considerações sobre o uso da inteligência artificial no processo de decisão judicial. Revista de Argumentação e Hermeneutica Jurídica, Porto Alegre, RS, v. 2, n. 4, p.21-39, jul./dez. 2018. Disponível em: < <https://www.indexlaw.org/index.php/HermeneuticaJuridica/article/>> Acesso em: 26 de maio de 2022.

PACHECO, Júlio César Barroso. **Possibilidades de utilização da inteligência artificial no judiciário**. 2019, 48f. Curso de Graduação em Direito. Departamento de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. p. 33. Disponível em: < https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/10212/1/PossibilidadesUtilizacaoInteligencia_Pacheco_2019 >. Acesso em 23 de maio de 2022

PAOLINELLI, Camilla Matos; e AZIZ ANTÔNIO, Nacle Safar. **Dilemas processuais do século XXI: entre os cérebros eletrônicos e a implementação de garantias –**

processuais – sobre como assegurar decisões legítimas. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs.). Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual. Salvador: Jusdivm, 2020.

PORTO, Fábio Ribeiro. **O impacto da utilização da inteligência artificial no executivo fiscal.** Estudo de caso do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Direito em Movimento. Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, 1º sem. 2019, p. 180-181.

ROSA, Alexandre Morais da; GUASQUE, Bárbara. **O avanço da disrupção nos tribunais brasileiros.** In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs.). Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual. Salvador: Jusdivm, 2020.

SALLES, Bruno Makowiecky. **Jurisdição e inteligência artificial.** Escola do Poder Judiciário do Acre. Revista Jurídica. Acre, ano 1, nº 0, 2021. Disponível em: <https://www.academia.edu/44739882/Jurisdicao_e_Inteligencia_Artificial>. Acesso em 30 de abril de 2022.

TURING, Alan M. **Computing machinery and intelligence.** Mind. New Series, v. 59, n. 236, p. 433-460. Oxford University Press, 1950. Disponível em: <https://www.csee.umbc.edu/courses/undergraduate/471/spring19/01/resources/turing_computing_machinery_and_intelligence.pdf>. Acesso em 28 de abril de 2022.

WOLKART, Erik Navarro; BECKER, Daniel. **Tecnologia e precedentes: do portão de Kafka ao panóptico digital pelas mãos da jurimetria.** In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs.). Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual. Salvador: Jusdivm, 2020.

5

GNOSIOLOGIA DOS FATOS NOTÓRIOS, CONFESSADOS E INCONTROVERSOS E SUAS APLICABILIDADES

*Darci Guimarães Ribeiro*¹

1. NOÇÕES GERAIS

O legislador, ao elaborar o CPC, previu determinadas provas que poderiam ser utilizadas em juízo para formar o convencimento do magistrado, tais como a ata notarial, o depoimento pessoal, a confissão, a exibição de documento ou coisa, o documento, a testemunha, a perícia e a inspeção judicial. Todavia, não vetou a possibilidade de o juiz se convencer através de outros meios, quando introduziu, sabiamente, o art. 369 do CPC, permitindo com isso que pudesse o magistrado se abeberar em outras fontes de convencimento para melhor atender aos reclames da justiça.

São esses meios, não definidos pelo legislador, que procuraremos desenvolver nesta exposição, uma vez que não se encontram delimitados por nenhuma lei, não apresentam requisitos, conseqüentemente, tornam-se obscuros, pouco utilizados, devido à insegurança trazida pela

¹ Advogado. Pós-Doutor em Direito Processual Constitucional pela *Università degli Studi di Firenze*. Doutor em Direito pela *Universitat de Barcelona*. Especialista e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Professor Titular de Direito Processual Civil da UNISINOS e PUC/RS. Professor Adjunto de Direito Processual Civil da UFN. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS (Mestrado, Doutorado e Pós-Doutorado). Membro da *International Association of Procedural Law*. Membro do Instituto Ibero-americano de Derecho Procesal. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual. Membro representante do Brasil no Projeto Internacional de Investigação sobre *Nuevos retos tecnológicos del derecho probatorio*, (PID2020-115304GB-C21) financiado pelo Ministério de Ciência e Inovação – MEC – da Espanha.

falta de seu conhecimento, quando deveria ser exatamente o oposto, uma vez que a realidade não se limita àquelas hipóteses legais previstas pelo legislador, que só têm o condão de fazer com que fique limitada a capacidade de percepção do juiz, o qual não consegue enxergar além da previsão legal.

2. FATOS NOTÓRIOS

2.1. CONCEITO

Um dos maiores problemas encontrados, ainda hoje, é o de definir o que seja fato notório², apesar da advertência do poeta francês STÉPHANE MALLARMÉ (1842-1898), para quem *definir é matar; sugerir é criar*, para, a partir daí, se extrair sérias consequências, tais como: *notoria non agent probatione?*, *secundum allegata et probata partium iudex judicare debet?*, *iura novit curia?*, *iudex judicare debet secundum suam conscientiam?* E, também, diferenciá-lo da *Erfahrungssätze* (ou máxima de experiência).

A primeira tentativa legislativa de definição do fato notório encontramos-la no art. 297 do Progetto di Codice di Procedura Civile, de CARNELUTTI, que diz: “Si reputano pubblicamente notori quei fatti la cui esistenza è nota alla generalità dei cittadini nel tempo e nel luogo in cui avviene la decisione”. Essa conceituação foi, em termos, criticada por CALAMANDREI, que cresceu, ao aludido artigo, a expressão “di media cultura”, resultando na seguinte redação: “Si reputano pubblicamente notori quei fatti, la cui esistenza è nota alla generalità

² Mesmo para BENTHAM (1748-1832), o conceito de fato notório “requiere grandes precauciones. ¿Qué es la notoriedad? Cuestión difícil de resolver”. *Tratado de las pruebas judiciales*. Trad. Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: EJEA, 1971, v. I, p. 97.

dei cittadini di media cultura nel tempo e nel luogo in cui avviene la decisione”³.

Esse acréscimo feito por CALAMANDREI, num dos melhores artigos sobre o tema, constitui a sua ideia fundamental e caracterizadora da notoriedade, tanto que ele próprio definiu, o notório como “*quei fatti la cui conoscenza fa parte della cultura normale propria di una determinata cerchia sociale nel tempo in cui avviene la decisione*”⁴.

Em outro artigo, também brilhante, encontramos o posicionamento de ALLORIO, que tenta definir a notoriedade do ponto de vista substancial, pois, do ponto de vista formal, isto é, “*el efecto de la notoriedad*”⁵ resulta que eles estão isentos de prova e tal definição analisa a notoriedade, levando em conta somente o caráter extrínseco do instituto, não definindo a sua natureza íntima. Somente no aspecto substancial, segundo ALLORIO, é que podemos encontrar o que seja verdadeiramente a notoriedade, que a define como: “*todo hecho que el juez conoce, y que a todo juez, en funciones análogas, le sería o pudiera serle conocido, ya por la divulgación de la noción de tal hecho, va porque (según se agrega, con precisión oportuna) tal noción constituye ‘presupuesto’, o sea, elemento constitutivo de la cultura ordinaria del magistrado*”⁶. O que se conclui a partir dos conceitos expressados é que a notoriedade não é um elemento essencial do fato, senão uma circunstância acessória.

³ *Per la definizione del fatto notorio*. In: Rivista di Diritto Processuale Civile, 1925, v. II, p. 275.

⁴ Ob. cit., p. 298.

⁵ *Observaciones sobre el hecho notorio*. In: Problemas de Derecho Procesal. Buenos Aires: EJE, 1963, t. II, p. 392.

⁶ Ob. cit., p. 405 e 406.

2.2. A PROVA DA NOTORIEDADE

Cumpra esclarecer, a partir das conceituações expostas, se vigora o princípio canônico⁷ “*notoria non egent probatione*”, ou seja, os fatos notórios não dependem de prova.

Insurgiram-se contra esse princípio BENTHAM, LESSONA e FLORIAN. Para o primeiro: “La palabra notoriedad, en materia judicial, resulta precisamente muy sospecha. Es un pretexto muchas veces utilizado cuando no hay asomo de prueba o cuando la prueba se hace demasiado difícil”⁸. Mas a qualidade do jurista não o cegou, diante da realidade de que “hay casos en que los hechos son tan notorios que ni la parte adversa se atrevería a negarlos sin exponerse a una imputación de mala fe”⁹. Já para LESSONA, o maior contendor da máxima em apreço, “lo verdadero no necesita ser notorio. Probar la notoriedad no equivale a probar la verdad, a menos de decir que es notorio lo que, no sólo es verdadero sino también conocido, como tal, a todos. Y entonces la notoriedad es un requisito superfluo, porque la ley se contenta con la verdad”¹⁰. Porém, o próprio autor admite que existem fatos que o juiz deve ter por verdadeiros, sem necessidade de prova. São os fatos evidentes, e que traduzem “las verdades axiomáticas propias de las varias ciências”¹¹. Para CALAMANDREI, tal distinção serve apenas “per Lessona

⁷ Segundo CALAMANDREI, o princípio “*notoria non egent probatione*” tem origem no direito canônico, mais precisamente no *Codex juris canonici*, cânone 1747, e nos foi passado pelo direito comum, ob. cit., p. 273.

⁸ Ob. cit., p. 97. Essa desconfiança de Bentham era originária do próprio processo criminal antigo, como bem demonstrou.

⁹ Ob. cit., p. 97.

¹⁰ *Teoria general de la prueba en el derecho civil*. Trad. Enrique Aguilera de Paz. Madrid: Reus, 1957, t. I, nº 170, p. 213.

¹¹ Ob. cit., nº 175, p. 217.

sfuggire alla contraddizione”¹², já que, para LESSONA, o que não necessita de prova são os fatos evidentes. E, para FLORIAN, “la notorietà, di per sè, non esonera dalla prova i fatti, a cui essa s’accompagna; bensì essa potrà esimerli dalla prova in quanto, posta, come oggetto di contraddittorio, la questione sulla loro sussistenza, non sorgano contestazioni”¹³.

Atualmente, é pacífico, na doutrina¹⁴ e na jurisprudência¹⁵, que o fato, sendo notório, está dispensado da prova, máxime na nossa legislação que sempre previu legalmente tal dispensa, conforme inc. I, do art. 374 do CPC, e também encontra previsão expressa no nº 1 do art. 514, do CPC, de Portugal; no § 291 da ZPO alemã, já de forma não tão precisa¹⁶, e no art. 115, *comma* 2º do CPC Italiano.

¹² Ob. cit., p. 279.

¹³ *Delle Prove Penali*, Ed. Francesco Vallardi, Milano, 1924, v. I, nº 43, p. 90. Para este autor, como para Bentham, era necessário o consentimento, expresso ou tácito, das partes sobre o fato cuja notoriedade se alega, para que não requeressem prova.

¹⁴ Nesse sentido, encontramos CALAMANDREI, ob. cit., p. 273; ALLORIO, ob. cit., p. 392; ZANZUCCHI, *Diritto Processuale Civile*. Milano: Giuffrè, 1947, vol. I, p. 328; ALSINA, *Tratado teórico practico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediar, 1958, v. III, p. 247s; COUTURE, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1988, nº 150, p. 233; DEVIS ECHANDIA, *Teoría General de la Prueba Judicial*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalá, 1974, v. I, p. 219; CHIOVENDA, *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, v. II, nº 262, p. 352 e 353; MICHELLI, *La carga de la prueba*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Bogotá: Temis, 1989, nº 17, p. 105; ANTUNES VARELA, *Manual de Processo Civil*. Coimbra: Coimbra, 1985, p. 420; LOPES DA COSTA, *Direito Processual Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: José Konfino, v. II, nº 284, p. 294; UGO ROCCO, *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Depalma, 1983, v. II, p. 191; CARNELUTTI, *La Prueba Civil*. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Arayú, 1955, nº 4, nota 19, p. 15; MOACYR A. SANTOS, *Prova Judiciária no Civil e Comercial*. São Paulo: Max Lomonad, 1970, 4ª ed., v. I, nº 98, p. 158 e *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, 7ª ed., v. IV, nº 27, p. 35; PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, t. IV, p. 351; CESAR A. SILVA, *Ônus e Qualidade da Prova Cível*, AIDE, 1991, p. 97.

¹⁵ “A circunstância de o fato encontrar certa publicidade na imprensa não basta para tê-lo como notório, de maneira a dispensar a prova. Necessário que seu conhecimento integre o comumente sabido, ao menos em determinado estrato social por parcela da população a que interesse” (STJ, 3ª T. Resp. nº 7.555/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 30.04.91, DJU 03.06.91, p. 7.425).

¹⁶ Segundo MICHELLI, ob. cit., p.108 e N. TROCKER, *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 530.

2.3. A MÁXIMA IUDEX IUDICARE DEBET SECUNDUM ALLEGATA ET PROBATA, NON SECUNDUM CONSCIENTIZAM

Resta saber se entre nós vige o princípio “*secundum allegata et probata, non secundum conscientizam*”. Inicialmente cumpre esclarecer que de acordo com JOAN PICÓ o brocardo correto é *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientizam* e não o tradicionalmente conhecido *secundum allegata et probata partium debet iudex iudicare*.¹⁷

O CPC, no seu art. 371, estabelece que “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”. É o princípio do convencimento motivado, que permite ao juiz soberanamente analisar as provas produzidas nos autos, “independentemente do sujeito que a tiver promovido”, ou seja, afasta-se legalmente a necessidade de o fato ser “*secundum allegata partium*”¹⁸, o que não significa dizer, segundo CALAMANDREI, que é “*dovere del giudice di conoscere d’ufficio i fatti notori*”, criando,

¹⁷ Sobre o princípio segundo o qual *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientizam* e sua repercussão atual, encontramos a clássica obra de JOAN PICÓ I JUNOY, que, de forma original e magistral, esclarece e aponta a origem do equívoco segundo o qual atualmente limitamos os poderes instrutórios do juiz no processo, seja ele civil ou penal, *El juez y la prueba*, Barcelona: Bosch, 2007 (Existe tradução desta obra para o português, O juiz e a prova. Trad. Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2ª ed., 2017).

¹⁸ Nesse sentido, encontramos WACH, *Conferências sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1958, p. 232; mas a doutrina alemã sobre essa questão é controvertida, segundo nos informa N. TROCKER, pois Rosenberg-Schwab são contra a máxima; já Lent-Jauerning são favoráveis à máxima, ob. cit., p. 531, nota 32. Também no Direito português encontramos o afastamento da máxima “*secundum allegata partium*”, no nº 1, do art. 514 do seu diploma processual, o qual prescreve que os fatos notórios *não carecem de prova, nem sequer de alegação*. Neste sentido ANTUNES VARELA, ob. cit., p. 420; FERNANDO LUSO SOARES, *Processo Civil de Declaração*, Coimbra: Almedina, 1985, p. 748. Em sentido contrário, encontramos ALLORIO, referindo-se à liberdade do juiz que “*no es ilimitada: encuentra un límite en la necesidad de que sean formulados por la parte, aunque sean notorios, por lo menos los hechos indispensables para la identificación de la razón sostenida en juicio*”, ob. cit., p. 403. Também MICHELLI limita a possibilidade de o juiz agir de ofício, ob. cit., nº 17, p. 108.

consequentemente, uma máxima paralela “notoria novit curia”¹⁹, mas uma faculdade que lhe é reconhecida²⁰.

E como fica o restante da máxima, onde o juiz “*secundum probata decidere debet*”, tendo em vista que a lei dispensa somente a alegação feita pelas partes, e não a possibilidade de o fato estar fora dos autos, porque, dessa forma, o juiz estaria julgando com base em sua ciência privada, isto é, “*secundum conscientiam suam*”, o que é proibido, pois vige, entre nós, ainda a máxima “*quod non est in actis non est in mundo*”²¹. Aqui, como também nas regras de experiência, se nos apresenta uma exceção ao princípio “*secundum allegata et probata partium iudex judicare debet*”, ou seja, o fato notório representa uma exceção a esse princípio, na medida em que o juiz pode julgar, baseado nesse fato, sem necessidade de as partes terem alegado, nem feito qualquer tipo de prova, vale

¹⁹ Ob. cit., p. 281.

²⁰ Nesse sentido, CHIOVENDA quando nos diz que “*pode o juiz tomar esses fatos em consideração independentemente da afirmação que dêles faça ou da prova que delês apresente a parte interessada*”, *Instituições de Direito Processual Civil*, ob. cit. v. II, nº 262, p. 352; Também MICHELLI quando assevera “*el juez puede, no debe, tener en cuenta tal hecho que el interesado no ha afirmado*”, ob. cit., nº 17, p. 105. Em sentido contrário, ALLORIO, quando assevera: “*Nos parece fuera de duda que el juez tiene, cabalmente, no sólo la facultad, sino el deber de denunciar los hechos notorios sin necesidad de prueba*”, ob. cit., p. 398.

²¹ Essa impossibilidade de o juiz julgar “*secundum conscientiam suam*” encontra o seu limite no princípio que obriga o magistrado “*secundum allegata et probata partium iudex judicare debet*”, pois, como justifica STEIN, são duas as proibições: **1) “proibisce al giudice di allargare di sua iniziativa il campo della lite oltre i fatti che le parti abbiano dedotto nel processo (secundum allegata decidere debet); 2) gli proibisce di servirsi, per accertare la verità dei fatti allegati dalle parti, di mezzi diversi dalle prove raccolte nel processo (secundum probata decidere debet)”**, apud CALAMANDREI, ob. cit., p. 282. Mas, conforme CALAMANDREI, a razão mais persuasiva é “*quella desunta dalla incompatibilità psicologica tra la funzione del giudice e quella del testimone*”, ob. cit., p. 283; pois, “*se fosse permesso al giudice di utilizzare nel processo le sue infirmità stragiudiziali e di attingere liberamente alle torbide riserve della memoria per trar fuori dai residui delle osservazioni occasionali tutto quello che per avventura si riferisce ai fatti della causa, egli, sotto veste di giudice, compirebbe in realtà funzione di testimone: e i pericoli di inesatta o incompleta percezione, di arbitraria rappresentazione, di inconsapevole parzialità che sono inerenti ad ogni testimonianza, resterebbero in questo caso senza correttivo alcuno, perchè non interverrebbe a rimuoverli o ad attenuarli la valutazione obiettiva di persona diversa dal testimone*”, ob. cit., p. 284. Tal justificativa se dá, como visto, pela incompatibilidade psicológica entre a função de juiz e a função de testemunha, o que significa dizer que, uma vez afastada tal incompatibilidade, também estaria afastada tal justificativa, permitindo, por conseguinte, ao juiz julgar “*secundum conscientiam suam*”; resta saber o que significa isso em matéria de fato notório.

dizer, não há o ônus da alegação nem da prova, conseqüentemente o juiz julga “*secundum conscientiam suam*”. Isso nada tem a ver com o seu conhecimento privado, pois ali o fato é conhecido, não só pelo juiz do processo, senão por todos os juizes, procuradores e pessoas de determinada cultura média, enquanto aqui o conhecimento seria somente do juiz julgador do processo, *e.g.*, se o magistrado tivesse presenciado um acidente. Também o tribunal poderá julgar independentemente da alegação das partes e do juiz, isto é, pode o tribunal, no julgamento do recurso, reformar ou manter a decisão *a quo* baseada num fato notório²².

Essa possibilidade de o juiz julgar “*secundum conscientiam suam*” encontra justificativa nas palavras de CALAMANDREI:

“In conclusione, se il divieto al giudice di utilizzare nel processo la sua scienza privata trova la sua ragione determinante nella incompatibilità tra la funzione di giudice e quella di testimone, è evidente che questo divieto non può sussistere per quelle nozioni (massime di esperienza o giudizi su singoli fatti) che il giudice trova già acquisite al patrimonio culturale di una determinata cerchia sociale; perché, non essendovi bisogno di esercitar sulle medesime quella valutazione critica alla quale deve sempre esser sottoposta la deposizione individuale del testimone, il giudice può tranquillamente utilizzarle senza trovarsi nella pericolosa situazione di dover giudicare sé stesso, mentre le parti sono sempre in grado di controllarne l’esattezza, essendo tali nozioni comune patrimonio di una collettività”²³.(grifo nosso).

Todavia, a possibilidade de o fato notório ser utilizado de ofício pelo juiz, não implica necessariamente que o mesmo possa dele valer-se sem assegurar as partes o direito ao contraditório, como assim prevê

²² Nesse sentido, PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao código de processo civil*, ob. cit., t. IV, p. 353; e ALLORIO, ob. cit., p. 403.

²³ Ob. cit., p. 295.

o art. 10 c/c o § 1º do art. 927, ambos do CPC²⁴. Esta é a razão pela qual o CPC prevê em seu art. 357, inc. IV, que inclusive “as questões de direito relevantes para a decisão de mérito” devam ser fixadas no saneamento. E a razão é simples, permitir que as partes possam contraditá-la e assim poder influenciar o juiz.

2.4. REQUISITOS DA NOTORIEDADE

A notoriedade é um conceito relativo, não existindo para todos os homens, sem limitação de tempo e de espaço²⁵. Quem aquilata se o fato é ou não notório é o juiz ou o tribunal, posto que ele mesmo avalia a prova contida nos autos, segundo o art. 317 do CPC. Mas deverá tê-lo fixado, como vimos anteriormente, no saneamento, a fim de garantir às partes a possibilidade de contraditá-lo.

²⁴ De igual forma encontramos a doutrina alemã da *Bundesverfassungsgericht*, segundo a qual também o notório deve passar pelo crivo da controvérsia “*trattazione*” (*Gegenstand der Verhandlung werden*), TROCKER, ob. cit., p. 530s, podendo, inclusive, a parte produzir prova em contrário, pois “*È opinione comune nella dottrina e giurisprudenza tedesche che la prova contraria sia sempre ammissibile*”, nota 34, apud TROCKER, ob. cit., p. 532. Também FLORIAN, para quem “*non possono diventare giuridicamente rilevanti agli effetti della sentenza se non siano enunciate dal giudice nel contraddittorio offrendo così alle parti la possibilità di controllarle od impugnarle*”, ob. cit., p. 91. E também UGO ROCCO, para quem “*este conocimiento no puede ser utilizado por él si no le llega dentro del proceso y a consecuencia del despliegue de actividades procesales*”, Tratado de Derecho Procesal Civil, ob. cit., v. II, p. 192. Para JUAN MONTERO AROCA “*el problema procesal del hecho notorio es que el juez tendrá que declarar la notoriedad y la no necesidad de prueba en la sentencia*”, *La Prueba en el Proceso Civil*, Madrid: Civitas, 1996, p. 52. Para esse autor, a fixação da notoriedade deve ser feita na sentença, o que inviabilizaria, salvo melhor juízo, a parte de fazer prova em sentido contrário, limitando, em consequência, a abrangência do art. 693.2º da LEC espanhola, que prevê a fixação dos pontos controvertidos, somente ao “*juicio de menor cuantía*”. É interessante notar o posicionamento de ALLORIO, que exclui o fato notório da ciência privada do juiz, dizendo: “*La verdad es que, si los hechos notorios escapan a la regla que prohíbe al juez hacer uso de su ciencia privada, ello ocurre porque los mismos no forman parte de dicha ciencia: sino, más bien, porque entran en la ciencia oficial del juez: en la misma ciencia en que entra su conocimiento del derecho*”, ob. cit., p. 397 e 398. E essa ciência oficial do juiz traz como consequência, segundo ele, o fato de que: 1) “*el juez tiene, cabalmente, no sólo la facultad, sino el deber de denunciar los hechos notorios sin necesidad de prueba*”, ob. cit., p. 398; e 2) “*continúa siendo procesalmente viciada la decisión que se haya emitido sin tomar en cuenta tales hechos*”, ob. cit., p. 399.

²⁵ STEIN, *El conocimiento privado del juez*. Trad. Andrés de la Oliva Santos. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, p. 136.

O fato, para ser notório, não necessita ser conhecido, *v.g.*, em que ano Rui Barbosa foi Ministro da Fazenda? mas *cognoscível*. Porém, a cognoscibilidade do fato não adianta para que seja notório, é necessário que também seja *compreensível*, isto é, seja apreensível por qualquer homem. Todavia, a compreensibilidade exige um limite dentro do qual possa ser percebido que é a *cultura média*, e significa, segundo CALAMANDREI, “*non soltanto le nozioni che si apprendono a scuola e che rappresentano il risultato di uno studio scientifico più o meno approfondito, ma altresì tutto quel complesso di conoscenze empiriche, tratte dalla esperienza o dalla tradizione, che ciascun uomo vivente in società possiede in conseguenza della sua appartenenza a una determinada cerchia di persone, aventi con lui*”²⁶.

O fato, quando reconhecido como notório, é muito influente e embora haja confissão, ela é ineficaz diante da notoriedade do fato²⁷.

Conclui-se, portanto, que fato notório é o fato conhecível e compreensível por um homem de cultura média no momento da decisão.

3. CONFISSÃO

3.1. CONCEITO

Estabelece o art. 374, inc. II do CPC: “*Não dependem de prova os fatos:(...) II- afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária*”, pois estes são tidos como verdadeiros, na medida em que há confissão, e esta, segundo art. 389 do CPC, existe, “*quando a parte admite a verdade de um fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário*”. Total

²⁶ Ob. cit., p. 293.

²⁷ Cf. PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao código de processo civil*, ob. cit., t. IV, p. 354.

razão assiste a PONTES DE MIRANDA, quando assevera: “Somente é confissão o que se refere à afirmação da parte quanto ao que a outra tinha de afirmar e provar”²⁸; a contrário senso, se a outra parte não tinha o ônus de afirmar e provar, não pode ser confissão; não obstante o “confitente” afirme um fato desfavorável ao adversário, tal fato será favorável a si mesmo.

O conceito de confissão, explicitado no referido art. 389, é equivocado, visto que a lei considera confesso aquele que *admite* a verdade de um fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário. A mesma lei diferencia *admissão* de *confissão*, quando distingue o inc. II do inc. III no art. 374 do diploma processual. Admissão e confissão são conceitos distintos, que não podem ser confundidos²⁹. A confissão exige, segundo MOACYR A. SANTOS, “uma declaração, não mera admissão”³⁰; é um *plus* a admissão, isto é, exige uma exteriorização do pensamento que pode ser oral ou escrita, e tem como natureza jurídica ser uma declaração de ciência ou conhecimento, constituindo um meio de prova³¹.

²⁸ Comentários ao código de processo civil, ob. cit., p. 424.

²⁹ A diferença entre *admissão* e *confissão* foi notada por CARNELUTTI, ao dizer: “La afirmación de un hecho ya afirmado por la contraparte se llama admisión, cuya noción, por tanto, se puntualiza en estos términos: posición como presupuesto de la demanda, de un hecho ya presupuesto en la demanda contraria”, La Prueba Civil, ob. cit., p. 08, ou seja, “quando a parte não impugna a verdade de uma afirmação contrária, sem dizer nem fazer compreender que conhece o fato, se tem simplesmente admissão”, Sistema del Diritto Processuale Civile, Padova: Cedam, 1936, 1º v., nº 311. Aceitando parcialmente a distinção proposta por Carnelutti, encontramos DEVIS ECHANDIA, que apresenta quatro diferenças: “1) en la admisión el hecho debe haber sido alegado previamente por la contraparte, lo cual no ocurre en la confesión; 2) la admisión debe ser siempre espontánea, mientras que la confesión puede ser también provocada mediante un interrogatorio del juez o de la parte contraria; 3) las consecuencias de la admisión pueden ser favorables o desfavorables al admitente, mientras que en la confesión esa consecuencia es siempre adversa al confesante en cuanto favorece a su contra-parte; 4) la admisión sólo puede ocurrir en el proceso, y la confesión puede ser también extraprocesal”, Teoría General de la Prueba Judicial, ob. cit., vol. 1, p. 644 e 655.

³⁰ Comentários ao código de processo civil, ob. cit., p. 102.

³¹ No sentido de identificar a natureza jurídica da confissão com uma declaração de ciência ou conhecimento, constituindo meio de prova, encontramos DEVIS ECHANDIA, *Teoría General de la Prueba Judicial*, ob. cit., p. 667; CARNELUTTI, *Teoría General del Derecho*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955, nº 138, p. 370; PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao código de processo civil*, ob. cit., p. 408. Sobre a natureza jurídica da confissão, consultar obrigatoriamente DEVIS ECHANDIA, *Teoría General de la*

3.2. NATUREZA JURÍDICA

É a confissão um ato jurídico *stricto sensu* e não um negócio jurídico³², pois, segundo MARCOS BERNARDES, “no ato jurídico *stricto sensu*, como se conclui, a vontade não tem escolha da categoria jurídica, razão pela qual a sua manifestação apenas produz efeitos necessários, ou seja, preestabelecidos pelas normas jurídicas respectivas, e invariáveis”³³, isto é, no momento em que à parte confessa é-lhe proibido preestabelecer efeitos, condições ou termo. Tal é o sentido da lei, art. 395 do CPC, quando diz: “A confissão é, em regra, indivisível, não podendo a parte que a quiser invocar como prova aceitá-la no tópico que a beneficiar e rejeitá-la no que lhe for desfavorável, (...)”. É a consagração do princípio da indivisibilidade da confissão, quer dizer que a confissão não pode ser aceita em parte e rejeitada em parte, salvo na hipótese única, legalmente prevista, de fatos novos, art. 395 do mesmo diploma.

Prueba Judicial, ob. cit., nº 157, no qual o autor expõe de forma esplêndida as nove teses sobre o tema. No Brasil encontramos MOACYR A. SANTOS que, ao conceituar confissão, identifica-a como “o reconhecimento da verdade, integral ou parcial, dos fatos alegados pelo adversário”, *Comentários ao código de processo civil*, ob. cit., nº 83, p. 98; e, mais adiante, quando se refere à natureza jurídica, identifica-a como “um testemunho qualificado pelo sujeito, que será sempre a parte, mas testemunho, em que se contém uma declaração de ciência dos fatos da causa”, *Comentários ao código de processo civil*, ob. cit., nº 84, p. 99. Se a confissão é declaração de verdade, negado está que seja um ato de vontade que persiga necessariamente produzir determinado efeito jurídico; nesse sentido, D. ECHANDIA, *Teoría General de la Prueba Judicial*, ob. cit., p. 661.

³² Originariamente CARNELUTTI entendia a confissão como sendo um negócio jurídico processual, *La Prueba Civil*, nº 08, p. 32s; porém mais tarde mudou de opinião dizendo ser ela um ato jurídico, não mais um negócio jurídico, *Teoría General del Derecho*, nº 138, p. 370 e no Sistema de Derecho Procesal Civil. Trad. Niceto A. Zamora y Castillo e Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Uteha, 1959, t. II, nº 311.

³³ *Teoria do Fato Jurídico*, São Paulo: Saraiva, 1985, p. 162. Nesse sentido, PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, São Paulo: RT, 1983, t. I, § 26, nº 3, p. 83s; e principalmente nos *Comentários ao código de processo civil*, ob. cit., p. 408s. Em sentido contrário encontramos NELSON NERY JÚNIOR, afirmando ser a confissão “negócio jurídico unilateral, não receptício, processual ou não, conforme seja realizado fora do processo ou não”, *Código de processo civil comentado*, São Paulo: RT, 2014, art. 348.1, p. 769. O autor continua com este ponto de vista inclusive nos comentários ao NCPC, 2015, art. 389.2, p. 1022.

3.3. CONFISSÃO E RECONHECIMENTO JURÍDICO DO PEDIDO

Diverge da confissão o reconhecimento jurídico do pedido, apesar disso para CARNELUTTI, “*la confesión no es ‘especie’ distinta del reconocimiento, sino ‘género’ del cual el reconocimiento constituye una especie*”³⁴. Enquanto a confissão é ato jurídico *stricto sensu*, o reconhecimento é negócio jurídico processual, ou seja, a parte, além de aceitar os efeitos contidos na lei, pode escolher outros, desde que haja anuência do autor. A confissão pode emanar tanto do autor quanto do réu; já o reconhecimento é ato privativo do réu, segundo se depreende da letra ‘a’, do inc. III, do art. 487 do CPC. A confissão versa exclusivamente sobre fatos, enquanto o reconhecimento versa sobre “*consequências jurídicas pretendidas pelo autor*”³⁵. Havendo confissão, o processo continua, enquanto que, havendo o reconhecimento total, o processo extingue-se com resolução do mérito, art. 487, inc. III letra ‘a’ do CPC (sentença homologatória); e, se for parcial o reconhecimento, poderá haver o julgamento antecipado parcial do mérito, conforme art. 356, inc. I do CPC. Na confissão, o juiz não está obrigado a julgar contra o confitente³⁶, segundo se depreende do art. 371 do CPC, ao passo que, no reconhecimento, o juiz, de regra (tendo em vista que só cabe reconhecimento quando se tratar de direitos disponíveis), deve julgar procedente

³⁴ *La Prueba Civil*, ob. cit., nº 27, p. 136. E acrescenta o prestigiado autor: “*Se puede reconocer un hecho sin reconocer el derecho que de él derive; pero no cabe reconocer un derecho, que derive de un hecho, sin reconocer el hecho mismo*”, ob. cit., nº 27, p. 136.

³⁵ CLITO FORNACIARI JÚNIOR, *Reconhecimento jurídico do pedido*, RT, 1977, nº 6, p. 10.

³⁶ Nesse sentido, MONIS DE ARAGÃO, *Comentários ao código de processo civil*, São Paulo: Forense, 1987, nº 550, p. 563; em sentido contrário FREDERICO MARQUES, *Manual de direito processual civil*, São Paulo: Saraiva, 1990, v. II, § 69, nº 469.

a ação³⁷. A confissão é meio de prova, enquanto o reconhecimento não o é.

3.4. CONFISSÃO E RENÚNCIA

A confissão também se diferencia da renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação, pois a renúncia é, segundo CHIOVENDA, “a declaração do autor de que sua ação é infundada”³⁸; enquanto, na confissão, a parte declara a verdade de um fato contrário ao seu interesse, na renúncia, o autor não declara nenhum fato afirmado pelo réu e contrário ao seu interesse, mas somente a inconsistência jurídica da sua pretensão processual. A confissão pode emanar, tanto do autor quanto do réu; já a renúncia é ato privativo do autor, segundo se depreende da letra ‘c’, do inc. III, do art. 487 do CPC. Enquanto a confissão é ato jurídico *stricto sensu*, a renúncia é negócio jurídico processual, ou seja, a parte, além de aceitar os efeitos contidos na lei, pode escolher outros, desde que haja anuência do réu. Na confissão, o juiz não está obrigado a julgar contra o confitente, segundo se depreende do art. 331 do CPC, enquanto na renúncia o juiz deve julgar improcedente a pretensão processual. A confissão é meio de prova, a renúncia, não.

3.5. CONFISSÃO E FATOS INCONTROVERSOS

Resta, ainda, a distinção entre confissão e fatos incontroversos, já que a própria lei faz a distinção entre ambos, nos incisos II e III, do art.

³⁷ Nesse sentido, CLITO FORNACIARI JÚNIOR, *Reconhecimento jurídico do pedido*, ob. cit., nº 6, p. 11 e nº 30, p. 73; em sentido contrário, CHIOVENDA, quando diz: “O simples fato do reconhecimento, porém, não confere ao autor o direito de obter sentença *favorável*”, *Instituições de Direito Processual Civil*, ob. cit., 2º v., nº 263, p. 356.

³⁸ *Instituições de Direito Processual Civil*, ob. cit., 2º v., nº 263, p. 355.

374 do CPC. Na confissão, existe uma maior vinculação do juiz com os fatos confessados, devendo, inclusive, o juiz, dispensar a produção da prova oral sobre o fato confessado, segundo inc. I do art. 443 do CPC, enquanto nos fatos incontroversos, mesmo que a prova dos autos seja em sentido contrário o juiz não está legitimado a dispensar nenhum tipo de prova.

3.6 DIREITOS INDISPONÍVEIS

A confissão não poderá dar-se em cima de fatos indisponíveis, art. 392 do CPC; nem poderá prejudicar os litisconsortes, art. 391 do CPC, pois eles são considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos, exceto no litisconsórcio unitário, art. 117 do CPC. Porém, o que a parte disse pode ser apreciado como comunicação de conhecimento, ou seja, apesar de não poder o magistrado utilizar essa comunicação de conhecimento como elemento objetivo da sentença para condenar os demais litisconsortes, certamente ela influenciará subjetivamente o magistrado, que poderá interpretar os fatos, conforme o conjunto probatório, segundo o art. 371 do CPC.

4. FATOS INCONTROVERSOS

4.1 CONCEITO

Os fatos incontroversos fazem parte do objeto da prova³⁹, não obstante estarem dispensados de prova, segundo o art. 374, inc. III do CPC, pois são capazes de levar ao espírito do juiz a convicção de certeza da

³⁹ Darci Guimarães Ribeiro, *Provas Atípicas*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, nº 2.5, p. 74 a 78.

existência ou inexistência de um fato⁴⁰. Considera-se fato incontroverso sempre que uma das partes emitir uma declaração de vontade consistente na criação, impedimento, modificação ou extinção de um direito, e, comunicada a parte contrária, esta não se manifestar ou manifestar-se tardiamente, desde que dos autos não resulte o contrário. Vale lembrar aqui que a incontrovérsia refere-se tanto ao autor, que tem o ônus de se manifestar em sentido contrário à afirmação do réu, quanto ao réu, que tem o ônus de se manifestar em sentido contrário à afirmação do autor⁴¹.

O fato só pode ser considerado incontroverso, quando a parte, a quem incumbia se manifestar silenciosa, ou seja, é o *silêncio de quem tinha o ônus de não silenciar que torna o fato incontroverso*. Tanto é isso verdade que, segundo PRIETO CASTRO, “cuando el demandante renuncia a la réplica, estima la jurisprudencia que tal actitud no significa admisión de los hechos de la contestación”⁴². Resta saber se o silêncio pode ser considerado como elemento de manifestação da vontade; a divergência é grande, mas vem predominando o entendimento que permite ao silêncio compor uma forma de manifestação da vontade⁴³. A partir daí, se

⁴⁰ Em sentido contrário, entre outros, encontramos MOACYR A. SANTOS, para quem os fatos incontroversos não fazem parte do objeto da prova, pois, segundo ele, “os fatos que constituem objeto de prova são aqueles em que se controvertem as partes”, *Comentários ao código de processo civil*, ob. cit., p. 39.

⁴¹ Posicionamento diverso adota ERNANE FIDÉLIS, afirmando: “O autor não impugna a alegação do réu de que houve pagamento da dívida, mas sua própria posição no processo já é manifestação contrária ao fato que se alega”, *Manual de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, 1996, v. 1, nº 607, p. 394. Conclui-se que, para o prestigiado autor, somente haveria fatos incontroversos, quando o réu silenciasse sobre as afirmações do autor, e não contrariamente, pois o autor sempre se oporia, em virtude da petição inicial, às afirmações do réu. Esse entendimento é, *data venia*, equivocado, pois refere-se somente àqueles fatos extintivos, não considerando que o réu pode opor um fato impeditivo ou modificativo à afirmação do autor. *v. g.*, se o réu alegar fundamentadamente a existência de uma novação e o autor silenciar, pergunta-se: quanto à existência dessa novação e ante a ausência de manifestação contrária do autor, presumir-se-á ou não incontroversa a existência desta?. Certamente que sim.

⁴² *Cuestiones de derecho procesal*, Madrid: Reus, 1947, p. 124.

⁴³ Nesse sentido, EMILIO BETTI diz: “quem, tendo a concreta possibilidade, o interesse e o dever de falar, e, em particular, de contradizer, omite, conscientemente, fazê-lo perante aqueles a quem deveria declarar a sua posição, faz uma declaração silenciosa de consentimento, ou manifesta, indiretamente, o seu assentimento

constata que o silêncio é considerado um meio de prova⁴⁴, apesar de não constar no art. 212 do CC e em nenhum dispositivo do NCPC⁴⁵, pois é capaz de influenciar o magistrado tanto quanto qualquer outro meio de prova; e a prova tem por fim precípua levar a convicção ao espírito do julgador, é a preponderância do critério subjetivo na conceituação da prova⁴⁶, como ficou evidenciado através da redação do art. 369 do CPC que identifica a prova como sendo tudo aquilo que pode, lícitamente, “*influir eficazmente na convicção do juiz*”.

O silêncio de quem não deveria silenciar gera uma presunção *iusuris tantum*, se: 1) dos autos, não restar provado em contrário, já que o juiz possui liberdade para apreciar a prova, segundo o art. 371 do CPC, podendo, inclusive, solicitá-la *ex officio*, art. 370 do CPC; e 2) não incidir nas hipóteses previstas nos incisos I, II e III do art. 341 do CPC.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com este artigo buscamos esclarecer o leitor sobre algumas controvérsias no direito probatório extremamente complexas tanto no campo teórico quanto no pragmático, pois são pouco trabalhadas pela

à *iniciativa alheia, quanto aos seus próprios interesses*”, Teoria Geral do Negócio Jurídico. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969, t. I, p. 273 a 275; Também encontramos PONTES DE MIRANDA quando assevera: “*O ‘silêncio’, o calar-se, pode compor manifestação de vontade*”, Tratado de Direito Privado, ob. cit., t. XXXVIII, § 4.188, p. 24; e SERPA LOPES, quando esclarece que “*entendemos inexistir qualquer obstáculo a reconhecer-se o silêncio como um meio apto de manifestação da vontade. Todavia, sustentamos a necessidade do fundamento da boa-fé bilateral*”, Curso de Direito Civil, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988, v. I, nº 262, p. 377, entre outros.

⁴⁴ Nesse sentido, PEDRO BATISTA MARTINS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1941, v. II, nº 265, p. 427s. Para PESCATORE, “*Il silenzio è l’effetto, la coscienza del vero é la causa determinante il silenzio*”, La logica del diritto, Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1883, 2ª ed., p. 82.

⁴⁵ Contrariamente ao CPC de 1973 e ao NCPC, o CPC de 1939 dispunha de um artigo para definir o fato incontroverso. Era o art. 209, que dizia: “*O fato alegado por uma das partes, quando a outra o não contestar, será admitido como verdadeiro, se o contrário não resultar do conjunto das provas*”.

⁴⁶ Darci Guimarães Ribeiro, *Provas Atípicas*, ob. cit., nº 2.3, p. 63 a 69.

doutrina, apesar de representarem meios de provas altamente eficazes quando bem manuseado. Foi analisada a prova da notoriedade a partir da clássica distinção de ALLORIO entre o ponto de vista formal e substancial, para, adequadamente, conceituar e estabelecer os limites de atuação do juiz sobre o fato notório levando-se em consideração seus essenciais requisitos. Também a confissão foi investigada para distingui-la de vários institutos afins, já que cada um deles ostentam consequências pragmáticas diversas dentro de um processo e nem sempre são percebidas pela doutrina. O fato incontroverso também foi desnudado para delimitar as diversas consequências que o silêncio provoca dentro do processo.

REFERÊNCIAS

- ALLORIO, Enrico. Observaciones sobre el hecho notorio. In: *Problemas de Derecho Procesal*. Buenos Aires: EJE, 1963. t. II.
- ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediar, 1958. v. III.
- ANTUNES VARELA, João de Matos. *Manual de Processo Civil*. Coimbra: Coimbra, 1985.
- AROCA, Juan Montero. *La Prueba en el Proceso Civil*. Madrid: Civitas, 1996.
- BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Trad. Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: EJE, 1971. v. I.
- BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969, t. I.
- CALAMANDREI, Piero. Per la definizione del fatto notorio. In: *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1925, v. II.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del Diritto Processuale Civile*. Padova: Cedam, 1936. v. I.

- _____. *La Prueba Civil*. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Arayú, 1955.
- _____. *Teoría General del Derecho*. Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955.
- CASTRO, Leonardo Prieto. *Cuestiones de derecho procesal*. Madrid: Reus, 1947.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, v. II.
- COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1988.
- DEVIS ENCHANDIA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 1974, v. I.
- FLORIAN, Eugenio. *Delle Prove Penali*, Ed. Francesco Vallardi, Milano, 1924. v. I.
- FORNACIRI JÚNIOR, Clito. *Reconhecimento jurídico do pedido*. RT, 1977.
- LESSONA, Carlos. *Teoria general de la prueba en el derecho civil*. Trad. Enrique Aguilera de Paz. Madrid: Reus, 1957. t. I.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988, v. I.
- LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: José Konfino, v. II.
- MARQUES, Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1990, v. II.
- MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio e janeiro: Forense, 1941, v. II.
- MICHELLI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Bogotá: Temis, 1989.
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Forense, 1987.

NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: RT, 2014.

PESCATORE, Matteo. *La logica del diritto*. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1883.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, t. IV.

_____. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: RT, 1983, t. I.

PICÓ I JUNOY, Joan. *El juez y la prueba*. Barcelona: Bosch, 2007.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas Atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

ROCCO, Ugo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Depalma, 1983, v. II.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, v. 1.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Civil e Comercial*. São Paulo: Max Lomonad, 1970, 4ª ed., v. I.

_____. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, 7ª ed., v. IV.

SILVA, Cesar Antônio da. *Ônus e Qualidade da Prova Cível*. Rio de Janeiro: AIDE, 1991.

SOARES, Fernando Luso. *Processo Civil de Declaração*. Coimbra: Almedina, 1985.

STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Trad. Andrés de la Oliva Santos. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.

WACH, Adolf. *Conferências sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1958.

ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto Processuale Civile*. Milano: Giuffrè, 1947, vol. I.

6

O DIREITO DE ACESSO À ÁGUA DECORRENTE DO DIREITO FUNDAMENTAL AO AMBIENTE

João Hélio Ferreira Pes¹

INTRODUÇÃO

O direito de acesso à água potável não está expresso no texto Constitucional da República Federativa do Brasil, portanto, é necessário analisar os fundamentos utilizados para reconhecer o acesso à água como um direito fundamental.

Assim, para caracterizar o acesso à água como um direito fundamental é preciso verificar, por meio de um processo metodológico dedutivo simples, se esse direito, com todas as suas peculiaridades, corresponde ao que foi definido como direito fundamental. Além disso, por meio de um processo metodológico mais complexo, é necessário justificar a fundamentalidade do direito de acesso à água potável.

O reconhecimento do direito de acesso à água como um direito fundamental que decorre do conteúdo do direito fundamental ao meio ambiente é o objeto analisado neste trabalho.

Os fundamentos da definição do direito de acesso à água como direito fundamental podem ser os mais variados. Entre as várias possibilidades, a cláusula de abertura constitucional, prevista no artigo

¹ Pós-Doutorado PPGD/UFSC; Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal; Professor do Curso de Direito da Universidade Franciscana, Santa Maria, RS, Brasil; E-mail: joaohelio@ufn.edu.br

5º, § 2º, da Constituição brasileira, reconhece a fundamentalidade dos direitos como decorrência dos princípios constitucionais; do regime democrático adotado pelo Estado brasileiro; das normas de direitos humanos constantes em tratados do qual o Brasil seja parte e em decorrência do conteúdo de outros direitos fundamentais. A análise da caracterização do direito de acesso à água como direito fundamental é delimitada, neste trabalho, de forma proposital, a alternativa decorrente do conteúdo de outros direitos fundamentais, notadamente, do direito fundamental ao meio ambiente, portanto, não sendo abordadas as demais possibilidades.

Assim, o problema de pesquisa pode ser sintetizado da seguinte forma: é possível reconhecer como fundamental o direito de acesso à água, por meio da cláusula de abertura constitucional, em decorrência do conteúdo do direito fundamental ao meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado?

Para desenvolver o tema e apresentar uma resposta, minimamente adequada, foi utilizado o método dedutivo a partir de elementos da Teoria dos Direitos Fundamentais e de consulta bibliográfica à produção doutrinária reconhecida academicamente.

O artigo está dividido em duas partes, sendo que a primeira analisa a justificação do reconhecimento do direito de acesso à água como um direito fundamental implícito. A segunda parte trata da fundamentalidade do direito de acesso à água que decorre do conteúdo do direito ao meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, com base da teoria dos direitos fundamentais.

A conclusão é de que o conteúdo do direito fundamental ao meio ambiente fundamenta a caracterização do direito de acesso à água como

direito fundamental, justificada pela exigência do próprio sistema de direitos fundamentais.

1 A JUSTIFICAÇÃO DO RECONHECIMENTO DO DIREITO DE ACESSO À ÁGUA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL IMPLÍCITO

O direito de acesso à água potável, para ser identificado como um direito fundamental derivado do conteúdo de outros direitos fundamentais necessita de uma justificação plausível. Esse processo de justificação se dá, juridicamente, por meio do reconhecimento de um direito fundamental implícito em sentido estrito.

Os Direitos fundamentais implícitos em sentido estrito são aqueles definidos como direitos outorgados por normas que podem ser deduzidas daquelas normas diretamente estatuídas no rol dos direitos fundamentais ou em outras partes do texto constitucional.

O direito de acesso à água potável pode ser deduzido da norma que garante o direito ao meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, expresso no *caput* do artigo 225 da Constituição Brasileira, norma essa de direito fundamental.

Como o direito de acesso à água potável não se encontra expressamente enumerado no catálogo constitucional, sua identificação somente pode ser feita mediante uma fundamentação correta de sua existência. Uma norma implícita de direito fundamental é plenamente justificada quando se demonstra que ela é uma exigência do próprio sistema de direitos fundamentais e identificável a partir do conteúdo de outro direito fundamental já expresso, como o direito ao ambiente previsto no artigo 225 da Constituição Brasileira.

A Constituição Brasileira estabelece no Título II (Artigo 5º ao 17) os direitos e garantias fundamentais, no qual estão contidas, dentre

outras, as cláusulas gerais da liberdade e da igualdade, imprescindíveis, na concepção de Dworkin (1999), para a constituição de uma sociedade de livres e iguais. Estabelece, também, no Título I, artigo 1º ao 4º, os princípios fundamentais do Estado brasileiro, neles constando, dentre outros, os princípios da cidadania; da dignidade da pessoa humana; do pluralismo político; da soberania popular; o ideal político de uma sociedade livre, justa e solidária; de erradicação da pobreza e da marginalização; de promoção do bem de todos, sem quaisquer preconceitos; de prevalência dos direitos humanos e de cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. Esse conjunto de princípios e regras é que possibilita uma interpretação construtiva que resulta na identificação de direitos fundamentais implícitos.

O reconhecimento de um direito como fundamental, quando não há norma constitucional expressa, requer o estabelecimento prévio dos critérios dessa fundamentalidade. Em outras palavras, é necessário estabelecer quais características materiais constituem o citado direito e a sua conformidade com o ordenamento jurídico estabelecido para que a definição do que representa a fundamentalidade não fique apenas ao arbítrio do intérprete.

O constituinte brasileiro, ao elaborar uma extensa e detalhada lista de direitos fundamentais, prevista no capítulo próprio ou esparsa no texto constitucional, objetivou concretizar as prerrogativas inerentes à liberdade e à igualdade. Todos esses direitos, outorgados por normas expressas, têm como finalidade última efetivar o respeito à dignidade humana. Nada impede que se reconheça a existência de direitos implícitos decorrentes de normas expressas, que tenham também como finalidade a observância da mesma dignidade, imprescindível para

constituir uma sociedade solidária na qual prepondera a liberdade e a igualdade.

Convém lembrar que a primeira referência a direitos implícitos foi a instituição da cláusula aberta na Constituição dos Estados Unidos da América, que ao receber o aditamento IX (9ª Emenda Constitucional), em 1791, fixou que a enumeração de certos direitos na Constituição não deve ser interpretada como denegação ou diminuição de outros direitos reservados ao povo (PES, 2010, p. 50).

Para Ronald Dworkin (1999, p. 202) os direitos implícitos se encontram entre os direitos explícitos, identificáveis pela interpretação construtiva da prática jurídica, em que o Estado deve agir segundo um conjunto único e coerente de princípios. Essa interpretação é própria da ‘teoria do direito como integridade’, na qual o ideal político da integridade se agrega aos princípios de justiça, equidade e devido processo, para a consolidação de uma sociedade de livres e iguais.

No direito brasileiro, o reconhecimento de que há direitos fundamentais implícitos aparece pela primeira vez na Constituição de 1891, com o art. 78, que assim previa: “A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna.” (BRASIL, 1891). Portanto, o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos por meio da cláusula de abertura constitucional sempre esteve presente nas Constituições Brasileiras, com exceção da primeira: a de 1824. Nas constituições democráticas a cláusula de abertura esteve presente da seguinte forma: na Constituição de 1934, no art. 114: “a especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros, resultantes do regime e dos princípios que ela adota” (BRASIL, 1934); na Constituição

de 1946, no artigo 144: “a especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”. (BRASIL, 1946); na constituição de 1988, no artigo 5º, § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988).

Assim, desde a Constituição de 1891, sempre foi reconhecido o caráter aberto das normas que enunciam os direitos fundamentais. No entanto, vários doutrinadores brasileiros, sem procurar identificar os elementos que justificariam o reconhecimento de novos direitos, sempre se posicionaram refratários à natureza material dos direitos fundamentais (CUNHA JUNIOR, 2004, p. 612).

A jurisprudência brasileira, notadamente a do Supremo Tribunal Federal, tem adotado, ainda que de forma tímida, uma concepção material dos direitos fundamentais. Como no caso da ADIn nº 939-7-DF (BRASIL, 1994), relator Ministro Sydney Sanches, decisão de 15 de dezembro de 1993, publicada em 1994, em que O STF decidiu que a Emenda Constitucional n.º 3/93, ao instituir o Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira - IPMF, incidiu em vício de inconstitucionalidade, reconhecendo, assim, um direito fundamental implícito decorrente da garantia constitucional prevista no Art. 150, III, 'b' e VI, que veda a cobrança de tributos no mesmo exercício financeiro em que tenha sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou. Portanto, a partir de um dispositivo expresso na Constituição Brasileira, localizado de forma dispersa no texto constitucional, fora do rol dos direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal reconhece um direito fundamental implícito.

A identificação do direito de acesso à água potável como um direito fundamental implícito é algo que apenas, de forma muito tímida, tem sido referido em decisões dos tribunais brasileiros, conforme pode ser visto em casos que se analisa a interrupção do serviço público de abastecimento (PES, 2019).

Nesse sentido o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao depa-
rar-se com situações de interrupção do serviço público de abastecimento, tem sustentado que o corte no fornecimento de água potável é lícito, desde que antecedido por aviso prévio e que o débito seja relativo ao mês de consumo atual. Esse entendimento tem sido ratificado há alguns anos, no entanto, há jurisprudências que são no sentido de não admitir a interrupção do fornecimento de água potável, como pode ser verificado no caso julgado em 2013, fundamentado no princípio da dignidade humana.

Nesse Acórdão de 2013 convém ser referido que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconhece o fornecimento de água como serviço público essencial e decide pela procedência de Agravo de Instrumento contra decisão que havia negado o pedido liminar de abastecimento de água, sob o fundamento de que a residência da autora está localizada em loteamento irregular. A decisão foi de garantir o acesso à água potável por se tratar de um caso urgente e relevante, a partir da constatação de que a vida sem água é insubsistente, mormente porque o seu fornecimento está a condicionar a própria saúde e a vida com dignidade. Portanto, nesse caso ocorreu o reconhecimento do direito de acesso à água potável e a conexão desse direito com o direito à saúde, com o direito à vida e com o princípio da dignidade da pessoa humana (ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2013).

Já em outra oportunidade, caso envolvendo débito pretérito, julgado em março de 2010, que continha como embargante o Departamento Municipal de Águas e Esgotos, o TJ/RS acordou, por maioria, em desacolher os embargos infringentes (ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2010).

Nesse caso, o Sr. Enio José de Andrade César impetrou ação cautelar inominada contra o Departamento Municipal de Águas e Esgotos – DMAE - por ter sido suspenso o serviço de fornecimento de água sem aviso prévio. Portanto, a falta de aviso prévio foi o aspecto determinante para a decisão favorável ao autor.

O posicionamento do TJ/RS sobre o corte desse serviço público essencial foi no sentido de definir que, sendo a água um bem essencialíssimo para a sobrevivência humana, é inviável permitir que a empresa estatal, concessionária desse serviço e organizada para cumprir o papel do Estado, a quem cabe prover aos serviços essenciais, possa cortar o abastecimento, por conta do inadimplemento.

Merece destaque o voto da Des.^a Rejane Maria Dias de Castro Bins (Relatora), que, ao votar pelo não acolhimento dos embargos infringentes, reportou-se ao Preâmbulo da Constituição de 1988, esclarecendo que o constituinte assentou no mesmo a busca de um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, o bem-estar das pessoas, como valores supremos, entre outros, de uma sociedade fraterna. Deixando claro que o Preâmbulo deve auxiliar o intérprete a compreender o pensamento do constituinte e, embora não faça parte da própria Lei Fundamental, pode definir seu sentido e finalidade.

Ainda no voto da Des.^a Rejane Maria Dias de Castro Bins encontra-se a referência ao art. 1º da Constituição sobre o princípio da dignidade

da pessoa humana, e ao art. 5º, que assegura o direito à vida. A relatora destacou no seu voto que ao se tratar do direito à vida, e sendo a água bem essencial para a sobrevivência humana, inviável permitir que o DMAE, autarquia prestadora desse serviço, possa cortar o abastecimento, por conta de inadimplemento.

Nesse contexto, verifica-se que no TJ/RS prepondera o entendimento de que, tratando-se de consumidor **INADIMPLENTE QUE NÃO DISPONHA DE CONDIÇÕES FINANCEIRAS PARA EFETUAR O PAGAMENTO DAS DÍVIDAS ATRASADAS**, por ser a água um bem essencial e indispensável ao cidadão, *o serviço não pode ser suspenso, cabendo à empresa concessionária apenas cobrar do usuário as prestações devidas, através das vias judiciais cabíveis.*

Portanto, a natureza material dos direitos fundamentais é reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência, mesmo que o direito de acesso à água como um direito fundamental implícito ainda não seja utilizado como justificativa para garantir o direito de acesso a todos. Assim, é necessário que a justificativa para o reconhecimento da fundamentalidade do direito de acesso à água potável seja a mais ampla possível, nesse sentido, na próxima seção, efetua-se o aprofundamento necessário para reconhecer o direito de acesso à água como um direito fundamental implícito, deduzido de uma norma diretamente estatuída no texto constitucional, ou seja, o direito ao ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, encontrado no artigo 225 da Constituição brasileira (BRASIL, 1988).

2 O DIREITO DE ACESSO À ÁGUA NO CONTEÚDO DO DIREITO AO AMBIENTE

Indubitavelmente, é possível identificar no conteúdo do direito fundamental ao ambiente, previsto no art. 225, da Constituição Brasileira, o direito de acesso à água potável. Se a análise for feita a partir da sua dimensão ou perspectiva subjetiva, inquestionavelmente, o direito subjetivo a um ambiente ecologicamente equilibrado, para ser exercido na sua plenitude, pressupõe determinadas garantias que possibilitem o acesso aos bens de uso comum do povo, incluindo-se a água potável. Por outro lado, o direito ao ambiente, ao se configurar como estruturas objetivas da comunidade, conforme ressalta Vasco Pereira da Silva (2002, p. 90-91), compreende também uma dimensão positiva, como conjunto de valores e princípios conformadores de toda a ordem jurídica que estabelece deveres de atuação e tarefas de concretização para os poderes públicos. Nesse sentido, é possível identificar a tarefa ou a obrigação do Estado em garantir o acesso à água potável como decorrência do dever de manter o ambiente saudável e ecologicamente equilibrado.

O direito ao meio ambiente, para Dirley da Cunha Junior, é um direito individual e ao mesmo tempo social:

Cuida-se, pois, de um direito simultaneamente considerado social e individual, uma vez que a realização individual deste direito fundamental está intrinsecamente ligada à sua realização social, por isso mesmo considerado transindividual (CUNHA JÚNIOR, 2013, p.738).

Por outro lado, o direito ao meio ambiente diferencia-se de um direito individual ou de um direito social tradicional pelo simples fato de a obrigação correspondente ao direito ao ambiente não ser apenas dever jurídico do Estado, mas também do próprio indivíduo que é seu titular.

É necessário lembrar, também, Robert Alexy (2008, p. 443), ao afirmar que o direito ao meio ambiente é um exemplo de direito fundamental como um todo, ou seja, um direito fundamental completo, pois corresponde tanto a direito de defesa como a direito a prestações. O direito ao ambiente, além de estar associado a outros direitos fundamentais, pode corresponder a diversificadas situações, dentre elas: como ‘direito de defesa’, com a abstenção do Estado no tocante a determinadas intervenções no meio ambiente; como ‘direito de proteção’, com o Estado protegendo o titular do direito contra intervenções lesivas ao meio ambiente; como ‘direito a procedimentos’, com o Estado incluindo o titular do direito nos procedimentos relevantes para o ambiente e como ‘direito a prestações’, com o Estado adotando medidas que sejam benéficas ao meio ambiente.

Como se pode notar, também em relação ao direito fundamental ao meio ambiente emergem para o Estado as obrigações de respeitar, proteger e realizar, deveres esses que são características da vinculação do Estado aos direitos fundamentais.

É preciso ressaltar que há teses que definem o direito ao ambiente natural e o conseqüente direito de acesso a bens ambientais vitais como sendo meios de proteção ao direito fundamental à vida, na sua ampla dimensão (PINTO, 2003). Essas ideias partem da demonstração de que a inter-relação e interdependência fundamentam a concepção de o direito à vida digna depender da proteção dos direitos ao meio ambiente. No mesmo sentido, porém, sem deixar dúvidas quanto à fundamentalidade do direito ao meio ambiente, Ingo Sarlet (2013, p. 770-771) leciona que: “não se pode mais conceber uma existência humana digna sem a garantia de um ambiente ecologicamente equilibrado e saudável”.

O direito à vida e outros direitos fundamentais como os direitos à saúde, à moradia e à alimentação, dentre tantos, estão estreitamente relacionados ao direito ao meio ambiente, principalmente, ao que José Afonso da Silva (2007, p. 59) denomina de “Direito fundamental à qualidade do meio ambiente”. Não há qualquer espécie de dúvida de que a proteção da qualidade do meio ambiente é extremamente importante, senão imprescindível, para que os demais direitos fundamentais possam ser exercidos, inclusive o próprio direito fundamental de acesso à água potável.

Essa relação estreita entre o direito ao ambiente e alguns direitos fundamentais ocorre com enorme intensidade, sendo facilmente visível, em relação ao direito fundamental à vida. A Constituição brasileira define o direito à vida como um direito fundamental que tem como conteúdo várias possibilidades de posições jurídicas, tanto de direito de defesa como de direito a prestações, como o direito à manutenção da vida ou o direito à vida com dignidade. Dessa forma, é inegável a relevância que tem o direito fundamental ao ambiente saudável e ecologicamente equilibrado para a manutenção da vida ou da sua imprescindibilidade para a garantia de uma vida digna.

Outra constatação incontestável é a de que os direitos sociais estão estreitamente relacionados ao direito à vida. Nesse sentido, é com razão que Jorge Miranda e Rui Medeiros (2005, p. 264) citam Canotilho e Vital Moreira para afirmar que o direito à vida se revela: “como matriz originária dos principais direitos sociais”, implicando, assim, “o dever do Estado contribuir para a realização das prestações existenciais indispensáveis a uma vida minimamente digna” (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 451).

De acordo com André Ramos Tavares (TAVARES, 2019, p. 387), “O direito à vida é o mais básico de todos os direitos, no sentido de que surge como verdadeiro pré-requisito da exigência dos demais direitos consagrados constitucionalmente”. O direito à vida, para Jorge Miranda e Rui Medeiros (2005, p. 223), “mais do que um direito, liberdade e garantia, ele constitui o pressuposto fundante de todos os demais direitos fundamentais”. Essa posição reforça a ideia de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do Homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente e de outros direitos fundamentais como o direito de acesso à água potável.

Por outro lado, sem a satisfação das necessidades vitais, dentre elas o acesso à água potável, não há como considerar garantidos alguns direitos que são também fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à saúde, à moradia, dentre outros. Assim, não basta que a população tenha acesso à água potável permitindo-lhe apenas a continuidade da vida. “É necessário mais que o mínimo: que a água seja potável e fornecida em quantidade suficiente para garantir às pessoas uma vida compatível com a dignidade humana” (VIEGAS, 2005, p. 25), possibilitando o efetivo exercício de outros tantos direitos.

Dessa forma, o reconhecimento da tutela do direito de acesso à água potável pode ser visto, também, como um verdadeiro instrumento de proteção a um valor maior: o direito à vida. A relação entre o direito à vida e o acesso à água potável é uma realidade em diferentes locais do planeta. O direito à água é reconhecido como conteúdo do direito à vida na Índia. A Suprema Corte decidiu que tanto a **água quanto o saneamento** fazem parte do direito constitucional à vida previsto no artigo 21. Na Índia o direito à água não é considerado expressamente um

direito fundamental pela sua Constituição nacional. Os tribunais têm interpretado o artigo 21 da Constituição, sobre o direito à vida, como abrangendo o direito à água segura e suficiente. Em 1990, na Índia, o Tribunal Kerala, no caso *Attakoya Thangal versus União*, reconheceu a importância fundamental do direito à água ao declarar que o direito à água doce e o direito ao ar livre são atributos do direito à vida, pois esses são os elementos básicos que sustentam a própria vida (LOHSE; POTO, 2017).

O direito de acesso à água também está abarcado no direito à vida na sua dimensão positiva, de obrigação a prestações do poder público. Para Jorge Miranda e Rui Medeiros (2005, p. 261), o direito à vida possui uma fortíssima dimensão positiva, nas palavras dos autores: “o direito à vida exige de uma forma muito clara um amplo conjunto de prestações por parte do poder público: prestações (estritamente) jurídicas e prestações fácticas (juridicamente alicerçadas).” Nesse sentido, cabe ao Estado garantir, no tocante à água potável, um mínimo existencial, para que todos, indistintamente, tenham assegurada a quantidade de água suficiente para a manutenção da vida com dignidade.

Assim, é importante frisar que nesse contexto “o direito ao mínimo existencial não é reducionista, no sentido de que só lhe caberia garantir um mínimo dos mínimos” (TORRES, 2009, nota prévia). No mesmo sentido, afirma Ingo Sarlet (2010, p. 320) que o mínimo existencial “abrange não apenas a garantia da sobrevivência física (o que significaria a redução do mínimo existencial a um mínimo vital) quanto abarca o que se convencionou designar de um mínimo existencial sociocultural”.

O núcleo do que são direitos mínimos deve ser observado de acordo com o contexto social da época, que a partir da evolução das demandas sociais não é estranho que sejam reclamados também novos direitos, ou,

velhos direitos ainda não efetivados apesar de muitas vezes assegurados constitucionalmente. Nesse sentido:

a teoria do mínimo existencial tem a pretensão de oferecer a *rationale* que conduz à distribuição igual dos bens sociais, mediante a adoção de políticas públicas focalizadas e de escolhas orçamentárias racionais em um ambiente de escassez de recursos financeiros (TORRES, 2009, nota prévia).

Para Ana Paula Barcelos (2008, p. 278), “o chamado *mínimo existencial*, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica”. Contextualizando a realidade brasileira a partir da Constituição de 1988, verifica-se que a “dignidade da pessoa humana tornou-se o princípio fundante da ordem jurídica e a finalidade principal do Estado, com todas as consequências hermenêuticas que esse *status* jurídico confere ao princípio” (BARCELLOS, 2008, p. 279).

Nesse mesmo sentido, Ingo Sarlet ensina que:

no âmbito do direito brasileiro, assim como se verifica no caso lusitano, verifica-se, em termos gerais, uma adesão – ressalvadas peculiaridades importantes – à tradição alemã de fundar o direito ao mínimo existencial tanto no direito à vida, quanto, em especial, na dignidade da pessoa humana (SARLET, 2010, p. 319).

Ricardo Lobo Torres (2009, nota prévia) assevera que “após a reserva do mínimo existencial, que garante a igualdade de chances, é que se iniciam a ação da cidadania reivindicatória e o exercício da democracia deliberativa, aptos a assegurar os direitos sociais (...)”. Nessa mesma linha de pensamento há quem sustente que os direitos sociais são, no

âmbito do mínimo existencial, condições fundamentais para a democracia (SOUZA NETO, 2006, p. 225).

Ingo Sarlet (2010, p. 322) considera a dignidade humana como fundamento da garantia de uma existência digna de todos os indivíduos, utilizando a expressão “direito à garantia a uma existência digna” como significado de “mínimo existencial”, assim, caracterizando-o como um “direito-garantia”.

Ricardo Lobo Torres (2009, p. 37-38) enfatiza que o mínimo existencial é direito de dupla face que aparece como direito subjetivo e também como norma objetiva. Como direito subjetivo faculta ao seu titular acionar as garantias processuais e institucionais na defesa dos direitos mínimos. Já a face objetiva aparece como norma da declaração de direitos fundamentais que deve atender da forma mais ampla as pretensões da cidadania.

O princípio da dignidade da pessoa humana comporta no seu conteúdo várias dimensões, algumas largamente reconhecidas, como a dimensão social e a dimensão cultural, outras que passam a ser citadas sem qualquer contestação, pelo contrário, com manifestação de concordância, como a dimensão ecológica (FENTERSEIFER, 2009, p. 283-302).

Nessa lógica é que surge a ideia de “mínimo existencial ecológico”. É possível falar em um mínimo existencial ecológico a partir da identificação de pontos de contato entre os direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao ambiente. Para tanto é necessário acrescentar ao conteúdo do mínimo existencial o direito fundamental à qualidade ambiental, ou seja, somar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado àqueles direitos fundamentais já reconhecidos como o direito à saúde, à moradia, à alimentação, à educação, à renda mínima,

acesso à justiça e assistência social, dentre outros. Para Tiago Fenterseifer:

O mínimo existencial ecológico visa a uma existência humana digna e saudável ajustada aos novos valores e direitos constitucionais de matriz ecológica. Trata-se, nesse sentido, de construir a ideia de um bem-estar existencial que tome em conta também a qualidade ambiental” (FENTERSEIFER, 2009, p. 284).

Portanto, essa conexão dos direitos sociais com o direito ao meio ambiente equilibrado fornece a resposta referente ao objeto que deve ser tutelado para que se reconheça o direito-garantia do mínimo existencial social e ecológico, “precisamente pelo fato de tal direito abarcar o desenvolvimento de todo o potencial da vida humana até a sua própria sobrevivência como espécie, no sentido de uma proteção do homem contra a sua própria ação predatória” (SARLET, 2010, p. 106).

O reconhecimento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental, reforça a compreensão de que o conteúdo do mínimo existencial comporta a aceitação da presença de um direito ao mínimo existencial ecológico (ou ambiental). Como se observa, a posição jurídica subjetiva decorrente da necessidade ou dever de proteção ao meio ambiente (direito fundamental ambiental) surgiu como consequência da evolução histórica dos direitos humanos, que sempre apresentou uma tendência de ampliar, cada vez mais, a tutela dos direitos do homem. Dessa forma, o conteúdo do mínimo existencial, acompanhando essa evolução histórica, passa a compreender, além da dimensão social e cultural, também uma dimensão ambiental, ou seja, o reconhecimento de um mínimo de qualidade ambiental, conseqüentemente, de um direito ao mínimo existencial ecológico.

O mínimo existencial ecológico ou ‘mínimo existencial ambiental’, expressão mais adequada, configura-se, também, no dever do Estado em garantir prestações materiais mínimas relacionadas ao direito de acesso à água potável. Portanto, compreende a garantia de um ambiente com qualidade, saudável e ecologicamente equilibrado e a garantia de acesso aos bens ambientais imprescindíveis para uma vida digna, bem como, o acesso aos serviços públicos de abastecimento de água.

Uma interpretação adequada da norma constitucional que expressa o direito ao meio ambiente, no artigo 225 da Constituição Brasileira, inclui uma norma de direito fundamental que assegura o direito de acesso à água potável e o reconhecimento do dever do Estado e da própria sociedade com o mínimo existencial ambiental.

A autonomia do direito de acesso à água potável, direito fundamental implícito, que decorre do conteúdo de outra norma de direito fundamental, é plenamente justificada pelo conjunto de regras e princípios do ordenamento jurídico brasileiro, além de ser uma exigência do próprio sistema de direitos fundamentais que reconhece a relevância do princípio da dignidade humana, a importância do mínimo existencial e a fundamentalidade do direito ao ambiente.

A fundamentalidade do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, conforme opinião de Paulo Bonavides (2004, p. 523), expressa-se na garantia de sua qualidade como condição imprescindível ao desenvolvimento das potencialidades individuais, sendo necessário acrescentar, no nosso entendimento, que esse direito fundamental, além de imprescindível para o desenvolvimento das potencialidades individuais, é condição essencial para uma adequada convivência social. Essa fundamentalidade guarda relação direta com a quantidade mínima necessária e a qualidade da água como elementos essenciais para que o

homem desenvolva todas as suas potencialidades e consiga viver num ambiente social e ecologicamente equilibrado.

No conteúdo do direito fundamental ao meio ambiente é possível identificar, além do direito à água potável, uma série de posições jurídicas, dentre outras, o direito a um ar respirável, a uma paisagem bela, o direito à preservação do ambiente natural, à conservação dos bens ambientais, à manutenção do ambiente cultural e histórico, o direito a um saudável ambiente do trabalho, a um saudável ambiente urbano, a um saudável e seguro ambiente virtual (ambiente em que se desenvolvem as contemporâneas formas de comunicação em rede). Com isso, fica evidente que a Constituição, no artigo 225, ao fazer referências à sadia qualidade de vida, demonstra que a proteção não é apenas à vida natural, biológica, mas a um conjunto de variáveis necessárias à vida saudável.

Portanto, pelo que se pode verificar, o direito ao meio ambiente está relacionado com o resguardo e com a promoção da dignidade humana e, ainda, “é um direito individual de conteúdo supra-individual” (SILVA, 2007, p. 548). Vale ratificar que o direito fundamental ao meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado tem a característica de ser um direito fundamental que comporta a identificação no seu conteúdo do direito de acesso à água potável.

Convém ressaltar que outros direitos fundamentais assegurados pela Constituição Brasileira giram em torno do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, fazendo com que alguns desses direitos, para serem exercidos, exijam necessariamente que o indivíduo esteja inserido em um meio ecologicamente sadio e equilibrado. Nesse sentido, pela relação entre o direito ao meio ambiente e o direito de

acesso à água potável, infere-se que o não acesso à água põe em xeque a efetivação de diversos outros direitos fundamentais.

Não resta dúvida de que, enquanto direito fundamental, o direito à água é um direito de eficácia plena e aplicabilidade imediata, portanto aplica-se o disposto no artigo 5º, § 1º da Constituição Brasileira: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988). “A água é a fonte da vida, e ter acesso à água potável e em quantidade suficiente não é uma questão de escolha, mas uma necessidade” (IRIGARAY, 2003, p. 384). A satisfação das necessidades vitais não pode, de maneira alguma, ser o conteúdo de direitos fundamentais que fiquem situados numa dimensão meramente programática.

Em síntese, a norma que outorga o direito de acesso à água potável pode ser deduzida da norma que garante o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado. Com efeito, trata-se de um direito fundamental implícito, identificável a partir do conteúdo de outro direito fundamental já expresso e que tem a sua fundamentalidade justificada pela exigência do próprio sistema de direitos fundamentais.

Cumprindo observar, por fim, a ponderação que faz Antônio Augusto Cançado Trindade (1993, 162) de que o reconhecimento de novos direitos humanos não pode ter o efeito de rebaixar o grau de proteção estendida aos direitos existentes. Nesse aspecto, é de verificar-se que o reconhecimento de um direito fundamental implícito, em sentido estrito, outorgado por norma que pode ser deduzida daquelas normas diretamente estatuídas no rol dos direitos fundamentais ou em outras partes do texto constitucional, não altera o grau de proteção dos direitos fundamentais já formalmente expressos no texto constitucional, inclusive do próprio direito ao meio ambiente.

CONCLUSÃO

Um direito pode ser reconhecido como materialmente fundamental por meio da ‘cláusula de abertura constitucional’, nos termos artigo 5º, §2º, da atual Constituição Brasileira. Essa cláusula deixa claro que a enumeração dos direitos fundamentais é aberta, meramente exemplificativa, podendo ser complementada a qualquer momento por outros direitos, por meio de outras fontes, considerando direitos fundamentais aqueles que decorrem do conteúdo de outros direitos fundamentais expressos no texto constitucional.

Nesse sentido, verificou-se que o direito de acesso à água potável pode ser reconhecido como um direito fundamental derivado do conteúdo de outro direito fundamental, notadamente, do direito fundamental ao meio ambiente. O direito ao ambiente, previsto no artigo 225 da Constituição Brasileira, enseja o reconhecimento do direito de acesso à água potável como um direito fundamental implícito que decorre do conteúdo desse direito. Essa convicção é derivada da constatação de que o direito ao meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado é o direito fundamental que abarca na dimensão objetiva um amplo leque de tarefas e obrigações para o Estado, notadamente as obrigações de respeitar, proteger e realizar. Já na dimensão subjetiva compreende inúmeras posições jurídicas subjetivas que necessitam ser garantidas para que a dignidade humana seja respeitada, incluindo-se o acesso à água potável.

A análise da caracterização do direito de acesso à água como direito fundamental foi delimitada a uma das alternativas possíveis, ou seja, o reconhecimento da fundamentalidade do direito de acesso à água por

decorrência do conteúdo do direito fundamental ao ambiente, sem abordar, nesse trabalho, as demais possibilidades.

O direito de acesso à água potável pode ser reconhecido como um direito fundamental implícito que decorre do direito ao meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado. Nesse sentido, o direito de acesso à água potável pode ser identificado como um direito materialmente fundamental a partir da estrutura normativa básica do Estado Democrático de Direito, especialmente dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade.

Portanto, para responder a problemática, inicialmente proposta, sobre a possibilidade de reconhecer como fundamental o direito de acesso à água, por decorrer do conteúdo do direito ao ambiente, a partir da cláusula de abertura constitucional, a conclusão é de o conteúdo do direito fundamental ao meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado fundamenta a caracterização do direito de acesso à água como direito fundamental, tendo a sua fundamentalidade justificada pela exigência do próprio sistema de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Melhoramentos, 2008.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – princípio da dignidade da pessoa humana**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15º ed. São Paulo: Malheiros editores, 2004.
- BRASIL. Constituição Brasileira de 1891. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm. Acesso em 31 maio 2021.

- BRASIL. Constituição Brasileira de 1934. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em 31 jul. 2021.
- BRASIL. Constituição Brasileira de 1946. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em 31 jul. 2021.
- BRASIL. Constituição brasileira de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 04 ago. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 939-7/DF, rel. Min. Sidney Sanches, RTJ 150/68 ou DJ de 18.03.94, p. 5165). Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590>. Acesso em 24 out. 2021.
- CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa – anotada**. Vol. 1, art. 1º a 107º. 4. ed. Rev. Coimbra: Coimbra editora, 2007.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 7. Ed. Salvador: Ed. Podivm, 2013.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes desacolhidos. Embargos Infringentes n. 70033845900. Embargante: Departamento Municipal de Água e Esgoto - DMAE. Embargado: Enio Jose de Andrade Cesar. Relator: Rejane Maria Dias de Castro Bins. Rio Grande do Sul, mar. 2010. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 03 abr. 2021.
- ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento provido. Agravo de Instrumento n. 70055531024. Agravante: Carina Barcarol. Agravado: CORSAN – Companhia Riograndense de Saneamento. Relator: João Barcelos de Souza Júnior. Rio Grande do Sul, set. 2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 02 out. 2021.
- FENTERSEIFER, Tiago. Mínimo existencial ecológico (ou socioambiental): o direito fundamental às prestações materiais mínimas em termos de qualidade ambiental para o desfrute de uma vida humana digna e saudável (das presentes e futuras gerações). in CAPPELLI, Silvia; BENJAMIN, Antonio Herman; LECEY, Eladio (coords).

13º Congresso Internacional de Direito Ambiental: Direito ambiental, mudanças climáticas e desastres: impactos nas cidades e no patrimônio cultural. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2009.

IRIGARAY, Carlos Teodoro José Hugueneu. Água: um direito fundamental ou uma mercadoria? In: Congresso Internacional de Direito Ambiental, 2003, São Paulo. Direito Água e Vida. São Paulo: Imprensa Oficial, v. 1, p. 308-400, 2003.

LOHSE, Eva Julia e POTO, Margherita Paola (eds.). **Best Practices for the protection of water by law**. Berlin: BWV, 2017.

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PES, João Hélio Ferreira. **Água Potável: Direito fundamental de acesso, dever fundamental de fornecimento**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

PES, João Hélio Ferreira. **A constitucionalização de direitos humanos elencados em tratados**. Ijuí: Editora Unijuí, 2010.

PINTO, Fabrício José da Fonseca. Os direitos sociais como direitos fundamentais : unidade, indivisibilidade, inter-relação e interdependência dos direitos fundamentais. Relatório de mestrado para a cadeira de Direito Constitucional apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. - Orientador: Prof. Doutor Marcelo Rebelo de Sousa. Lisboa : [s.n.], 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais (Sociais) e a Assim Chamada Proibição de Retrocesso: Contributo para uma Discussão. In Revista do Instituto do Direito Brasileiro - RIDB, Ano 2 (2013), nº 1, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2013, p. 769-820. Disponível em <http://www.idb-fdul.com>. Acesso em 18 jan. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10ª edição, revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de direito: lições de direito do ambiente**. Coimbra: Almedina, 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa.**

Um estudo sobre o papel do Direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TAVARES, Andre Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos humanos e meio ambiente.** Paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

VIEGAS, Eduardo Coral. **Visão jurídica da água.** Porto Alegre: Ed. livraria do Advogado, 2005.

7

“NEM TUDO QUE CAI NA REDE É PEIXE”: ANÁLISE DO CASO “JOÃO NUNES FRANCO” ACERCA DO USO INDEVIDO DA IMAGEM (MEMES) NAS REDES SOCIAIS

*Karine Maria Rossato*¹

*Francielle Benini Agne Tybusch*²

INTRODUÇÃO

João Nunes Franco é um idoso, nascido em 1927. Ele traz consigo costumes e tradições de um homem sertanejo, nascido no interior de Goiás. Certa vez, autorizou a exposição de sua imagem no Blog “Gente de Campo Alegre”, com a finalidade de contar histórias das pessoas antigas do município. Ocorre que tempos depois, foi surpreendido com a divulgação de memes³ com a sua imagem na internet, acompanhada com frases de cunho depreciativo e preconceituoso, a exemplo: “te sento a vara moleque baitola”.

Indignado com tal situação, o idoso ajuizou uma ação na Comarca de Cristalina/GO com o objetivo de proibir a transmissão de sua imagem, de modo a encerrar o perfil “Te sento a Vara” nas redes sociais *Instagram*, *Facebook* e *Twitter*, bem como, reparação por danos morais.

¹ Graduada em Direito pela Universidade Franciscana. Integrante do Grupo de Estudos em Direito dos Desastres e Covid-19 vinculado a Universidade Franciscana – UFN. E-mail: karine_rossato@hotmail.com

² Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Professora do Curso de Direito da Universidade Franciscana – UFN. Coordenadora do Laboratório de extensão da Universidade Franciscana – UFN. E-mail: francielleagne@gmail.com

³ Os memes foram escolhidos para serem trabalhados na presente pesquisa, em razão da sua intensa utilização como forma de comunicação nas redes sociais e em razão de serem constituídos, basicamente, por imagens e textos. A palavra meme foi cunhada pelo evolucionista Richard Dawkins, no livro o “Gene egoísta”, sendo considerado o gene da cultura, funcionando como um transmissor ou imitador de informações.

Nasce aqui, um emblemático caso brasileiro envolvendo o uso indevido de imagem em memes nas redes sociais, o que, desde já, salienta-se que é objeto de estudo da presente pesquisa.

Diante do cenário apresentado, tem-se como problema o seguinte questionamento: será que a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do estado de Goiás, no caso “João Nunes Franco”, pode ser utilizada como referência para os novos conflitos envolvendo o uso de imagens em memes na sociedade informacional? Para responder ao questionamento em tela, adota-se o método de abordagem indutivo, pois este trabalho parte de uma análise de um caso particular, chegando a uma conclusão do todo, buscando verificar a violação do direito de imagem na fabricação de memes disseminados nas redes sociais. Essa violação será evidenciada com base nas informações obtidas através de um estudo sobre a produção de memes envolvendo o caso do idoso João Nunes Franco. O método de procedimento utilizado é o bibliográfico, uma vez que o desenvolvimento dos argumentos que defendem a tese é feito a partir de referenciais teóricos baseados em outros textos e publicações.

A aplicação desse quadro metodológico restou na divisão da pesquisa em três capítulos. O primeiro capítulo faz uma contextualização sobre o mundo das redes sociais, para, posteriormente, abordar os memes como forma de interação neste ambiente. O segundo capítulo, examina a tutela do direito da imagem, como um direito autônomo e como um direito de personalidade, de forma a apresentar como se dá a violação deste direito com a disseminação dos memes, por meio da apresentação dos notórios casos brasileiros envolvendo o uso indevido da imagem em memes.

Já o terceiro capítulo, analisa os memes criados a partir da imagem não autorizada do Sr. João Nunes Franco, para, por fim, verificar se

decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do estado de Goiás, pode ser utilizada como referência para os novos conflitos envolvendo o uso de imagens em memes nas redes sociais (internet).

1 A DINÂMICA COMUNICACIONAL DAS REDES SOCIAIS NA INTERNET: OS MEMES COMO FORMA DE INTERAÇÃO ONLINE

1.1 A DINÂMICA COMUNICACIONAL DAS REDES SOCIAIS NA INTERNET

Curtir, reagir, compartilhar, comentar, efetuar chamada de vídeo, postar fotos, inserir filtros, realizar uma transmissão ao vivo (*live*). São tantas as possibilidades. Como é fantástico o mundo das redes sociais na internet. É sobrenatural a forma veloz como circulam informações nas redes, e ao mesmo tempo, o quanto é árduo o seu monitoramento, retirada e correção. Por isso, ela vem acarretando grandes repercussões nas relações humanas, e por via de consequência, nas relações jurídicas.

De imediato, é de suma importância esclarecer que “entre as variações ou especificidades de redes sociais, estão as denominadas ‘redes sociais na internet’ ou ‘redes sociais virtuais’, que se referem aos formatos de sociabilidade e de relações sociais virtuais, que se diferenciam das relações reais em termos de objetivos e dinâmicas” (TAVARES; PAULA, 2015, p. 219). Para tanto, Raquel Recuero (2010) explica que, o termo rede é uma metáfora estrutural utilizada para entender os grupos presentes na internet, para assim, observar seus padrões de conexões, partindo das conexões estabelecidas entre os atores.

Desse modo, somos uma sociedade em rede diretamente influenciada pela era da informação, segundo os ensinamentos de Manuel Castells (1999). Para o referido autor “as redes constituem a nova morfologia social de nossas sociedades e a difusão da lógica de redes

modifica de forma substancial a operação e os resultados dos processos produtivos e de experiência, poder e cultura” (CASTELLS, 1999, p. 565).

É nesta sociedade em rede que está inserido o ciberespaço⁴, lugar onde se desenvolve a cibercultura⁵. Tais termos são advogados pelo escritor Pierre Lévy (1999), o qual afirma que a universalidade do ciberespaço modifica as condições da vida social, uma vez que a interconexão traz imensas repercussões na economia, política e cultura. Além disso, ele declara que trata-se de um universo indeterminado que a tendência é a permanência da indeterminação, tendo em vista que “cada novo nó da rede de redes em expansão constante pode torna-se produtor ou emissor de novas informações, imprevisíveis, e reorganizar uma parte da conectividade global por sua própria conta” (LÉVY, 1999, p. 111).

Diante disso, a cibercultura é a nova dinâmica oriunda das novas tecnologias da informação e comunicação que, por sua vez, propiciam o surgimento de novas práticas sociais que se desenvolvem dentro do ciberespaço. Assim, “longe de ser compreendida como a cultura do ciberespaço, a cibercultura permite a rica troca na internet, principalmente a partir dos sites de redes sociais digitais” (COUTO JUNIOR, 2015, p. 38).

É neste prisma que sinaliza-se a inserção das redes sociais na internet, as quais proporcionaram a passagem dos indivíduos de meros receptores para geradores de conteúdo, divulgadores de informações,

⁴ Para maiores esclarecimentos, Lévy conceitua da seguinte forma: “ciberespaço (que também chamarei de rede) é o novo meio de comunicação digital, mas também o universo oceânico de informações que ela abriga, assim como os seres humanos que navegam e alimentam esse universo (LÉVY, 1999, p.17).

⁵ No tocante a cibercultura, Lévy, define como o “conjunto de técnicas (materiais e intelectuais), de práticas, de atitudes, de modos de pensamento e de valores que se desenvolvem juntamente com o crescimento do ciberespaço” (LÉVY, 1999, p. 17).

influenciadores de opiniões. Segundo Raquel Recuero (2010), as redes sociais são compostas pelos atores e suas conexões. Os atores podem ser pessoas, organizações ou grupos (os nós da rede), enquanto as conexões são constituídas por laços sociais que, por sua vez, são formados pelas interações sociais dos atores (RECUERO, 2010). Além disso, a autora salienta outro importante elemento constituinte das redes sociais:

Outro elemento característico das redes sociais na Internet é sua capacidade de difundir informações através das conexões existentes entre os atores. Essa capacidade alterou de forma significativa os fluxos de informação dentro da própria rede. O surgimento da Internet proporcionou que as pessoas pudessem difundir informações de forma mais interativa (RECUERO, 2010, p. 116).

Ainda, aponta-se que as redes sociais na internet “transformam os processos comunicacionais, sociais e informacionais e a prática fotográfica não ficará fora dessa tendência” (LEMONS; DE SENA, 2018, p. 09). Não é por nada que as mensagens visuais ou visuais-verbais estão cada vez mais sendo utilizadas como forma de interação, podendo ser consideradas como uma das grandes evoluções no modo de comunicação entre os usuários nas redes sociais virtuais.

A principal característica das redes sociais é colocar a fotografia em fluxo de troca permanente, seja em uma galeria pessoal, seja em áreas de armazenamento temporário cuja imagem desaparece depois de um determinado tempo. Diferente da imagem guardada em álbuns pessoais para sempre, exibidos em momentos solenes, temos, com a foto digital e as redes sociais, um novo regime fotográfico, mais popular, massivo e personalizado. As redes sociais de fotografia possibilitam a ampliação da comunicação pela disseminação de imagens com circulação planetária e imediata. Elas oferecem ainda formas de edição com filtros pré-configurados e stickers,

podendo ser acompanhadas por legendas, #hashtags e comentários diversos (LEMOS; DE SENA, 2018, p. 09).

Conforme dados retirados do relatório “Digital 2020: Brasil” (DATAREPORTAL, 2020), feito pela *We Are Social* em parceria com a *Hootsuite*, cerca de 66% da população brasileira é usuária das redes sociais, o que corresponde a 140 milhões de usuários ativos. Também, esta mesma pesquisa aponta como as redes sociais mais utilizadas pelos brasileiros, em ordem crescente, as seguintes: *Youtube*, *Facebook*, *Whatsapp*, *Instagram* e *Twitter*.

Assim, o objetivo de toda esta discussão sobre as redes sociais mais utilizadas pelos brasileiros é contextualizar os memes, já que elas são fontes de circulação destes. Dessa maneira, o próximo tópico aborda aspectos da dinâmica comunicacional dos memes e sua propagação nas redes sociais na internet.

1.2 MEMES E SUA PROPAGAÇÃO NAS REDES SOCIAIS NA INTERNET

Para fins inaugurais, o conceito de meme “vem do grego *mimeme* (que significa imitação) e foi reduzido justamente para ser semelhante à palavra *gene*” (CALIXTO, 2017, p. 45). Sua origem se deu antes do surgimento da internet, pelo evolucionista Richard Dawkins, no livro “O gene egoísta”, em meados de 1970. Por isso, de acordo com Recuero (2010, p. 122) “Dawkins compara a evolução cultural com a evolução genética, onde o meme é o “gene” da cultura, que se perpetua através de seus replicadores, as pessoas”. Nesse sentido, o meme está para a cultura assim como o gene está para a genética, funcionando, desta forma, como um transmissor ou imitador que se expressa na forma de ideia, textos e práticas.

Para Cássio M. Rodrigues e Diego B. de Souza André (2018), com o surgimento da internet o conceito dos memes alterou-se profundamente, sendo ressignificado, haja vista que passaram a ser observados a partir de uma visão holística, como um acervo ou coletivo orgânico de conteúdo, aderindo sentido somente quando examinados em conjunto por meio de suas variações e retrospecto. Diante desta perspectiva, sinaliza-se o seguinte:

Dawkins constatou que essa unidade mínima de informação que se réplica de mente em mente vem a ser um elemento essencial à evolução cultural por sua capacidade de autopropagação. E essa concepção ajuda-nos a compreender o fenômeno no campo das mídias digitais e das redes sociais. Afinal, este é o ambiente mais propício à difusão rápida e eficiente de anedotas, boatos, notícias, imagens, sons e qualquer coisa de interesse humano (NICOLAU, 2012, p. 08).

Ao encontro desta afirmação, para André Lemos (2005) a cibercultura é regida pela “re-mixagem”, cuja sua definição encontra-se em um conjunto de práticas sociais e comunicacionais de combinações e colagens advindas das tecnologias digitais. Ele declara que esse processo de “re-mixagem”, marcado pelo apogeu das novas mídias modificam os processos de comunicação, de produção, de criação e de circulação de bens e serviços, possibilitando uma nova configuração cultural, o qual chama de “ciber-cultura-remix”.

Caminhando nesta lógica, “quando um fato, imagem, vídeo, música ou ideia atrai a atenção de um grande número de atores que decidem participar através de remixagens, replicações e recombinações diversas, estamos diante de um meme” (PAIVA; NICOLAU, 2013, p. 05). Nesta visão, as redes sociais propiciaram a sua propagação, especialmente pela capacidade de potencializar qualquer pessoa a se tornar um

gerador e difusor de conteúdo, tendo em vista que é um ambiente rico para possibilitar sua criação e edição.

Estudar os memes para Recuero (2014) está intimamente relacionado com o estudo da difusão da informação, de que tipo de ideia persiste e quais são deixadas de lado, o que para ela é considerada uma forma de aprendizagem social que se dá através da imitação. Isto significa dizer que os memes se espalham como um comportamento imitado, podendo ser reinventado a cada edição, por isso, são adaptáveis e modificáveis, além de alguns serem mais permanentes que outros.

A partir dessa perspectiva, Dawkins (1979) e Blackmore (1999) apontam como características essenciais dos memes para a sua sobrevivência: a longevidade, a fecundidade e a fidelidade das cópias. A longevidade é a capacidade do meme de permanecer no tempo. A fecundidade é sua capacidade de gerar cópias. Por fim, a fidelidade é a capacidade de gerar cópias com maior semelhança ao meme original. Ressalta-se que a propagação dos memes é cíclica e nem sempre implica a reprodução fiel da ideia original. Ao contrário, as mudanças e transformações são frequentes e comparadas, em sua abordagem, às mutações genéticas: essências para a sobrevivência dos memes (RECUERO, 2010, p. 124).

No tocante a propagação dos memes, é importante comentar sobre o posicionamento de Recuero (2011), o qual explica que para entender tal fenômeno faz-se necessário compreender as percepções das pessoas, pois as informações nas redes sociais online são difundidas de acordo com o valor que elas carregam consigo, denominado capital social. Desse modo, a autora explica que um meme pode ser transmitido porque é engraçado, relevante para a sociedade, porque é interessante para um grupo, etc. Logo, propaga-se um meme com o objetivo de alcançar

reputação, visibilidade, popularidade. Ela ainda acrescenta que, a complexidade das redes também induz a essa propagação.

Contudo, a forma, o conteúdo e o posicionamento adotado pelos memes, todos conjugados com sua rápida disseminação nas redes sociais, podem trazer diversas reflexões, principalmente no que diz respeito aos direitos de personalidade, essencialmente, o direito à imagem. Fala-se isto, justamente porque o objeto de estudo deste trabalho, o meme “te sento a vara”, ultrapassou os limites do humor e da brincadeira no momento em que utilizou a imagem do senhor João Nunes Franco sem seu consentimento, associada com frases depreciativas. No capítulo três será comentado mais profundamente sobre este caso.

Diante do exposto, afirma-se que juntamente da enorme aderência às redes sociais, como já mencionado no tópico anterior, tem-se os memes como intensa forma de propagação e interação neste meio. Estes, na maioria das vezes, são criados a partir de imagens dispostas nas redes sociais, sendo utilizadas de maneira não autorizadas, produzindo conteúdo de cunho pejorativo e indelicado, causando forte constrangimento ao titular do direito de personalidade.

2 “MEMETIZOU”, TEM QUE RESPEITAR: A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO DE IMAGEM E OS MEME

2.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A TUTELA DO DIREITO À IMAGEM

De imediato, ressalto as palavras de Antônio Chaves (1972, p.45) “dentre todos os direitos da personalidade, não existe outro tão humano, profundo e apaixonante como o direito à própria imagem”. Ele é compreendido como aquele que protege os interesses existenciais da pessoa, estando conectado ao indivíduo na condição de ser, ecoando a

expressão de sua existência (ligado a aspectos físicos, moral e psíquico do ser humano) (TEFFÉ, 2017).

Foi com a Constituição Federal de 1988, que o direito de imagem ganhou status de direito autônomo, isto é, o legislador constituinte originário detectou a importância do direito à imagem e concebeu proteção legal de forma independente dos demais direitos de personalidade (NETTO, 2004). Por isso é essencial perceber que o direito à imagem é um direito autossuficiente, “protegido por si, não se confundindo com figuras afins, como a honra, a intimidade, a identidade pessoal, embora muitas vezes mais de um direito seja lesado juntamente com a violação do direito à imagem” (NETO; DEMOLINER, 2018, p. 211).

Desse modo, o direito de imagem está presente no tópico dos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal, constante no artigo 5º, incisos V⁶ e X⁷. Segundo Chiara Spadaccini de Teffé (2018), seria possível identificar dois perfis para o direito à imagem igualmente garantidos pela Carta Magna, qual seja, a imagem-retrato e a imagem-atributo⁸. Ela esclarece que a primeira refere-se a fisionomia e representação (art. 5º, X, CF/88) e a imagem-atributo representaria as características e atributos da pessoa perante a sociedade, isto é, as características pelo quais sua personalidade é conhecida pela comunidade, no sentido do conceito social que de que goza (art. 5º, V, CF/88).

⁶ Art. 5º, V, CF - “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

⁷ Art. 5º, X, CF - “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

⁸ Existe quem defenda a concepção restritiva do direito à imagem, compreendida apenas pela imagem física: “outras manifestações da personalidade, como a voz e a imagem social ou moral, podem e devem ser protegidas pela tutela do direito geral de personalidade, ou eventualmente podem submeter-se na proteção que se concede ao chamado direito à identidade pessoal” (NETO; DEMOLINER, 2018, p. 215).

Assim, o ser humano possui como garantia legal a possibilidade de contestar à reprodução, publicação ou exposição de sua imagem física e, de igual forma, teria amparo as qualificações de que ela representa para a sociedade, não podendo ser usadas de maneira distorcida ou modificada materialmente e intelectualmente (TEFFÉ, 2018).

Também abraça o direito à imagem o artigo 20 do Código Civil⁹. O referido texto legal sofre intensas críticas por parte dos doutrinadores. A mestra em direito Constitucional, Vera Lúcia T. P. G. Campos (2004, p. 101) diz que “as disposições do novo Código Civil com relação à imagem dão margens para que se questione a autonomia desse direito que, há muito tempo, vem tentando ser firmada”. Nesse sentido, Teffé (2018, p. 102) também opina:

Caso seja realizada uma interpretação literal do artigo 20, em determinados casos, a tutela da imagem humana poderá restar desamparada. Se alguém utilizar imagem de terceiro como sua, sem depreciá-la e sem fins comerciais, seu verdadeiro titular não terá instrumentos para impedir tal uso, em razão da ausência de lesão a honra. Nesse caso, mesmo existindo violação à imagem-retrato, seu titular não poderá ingressar em juízo pleiteando a proibição do uso e eventual compensação, visto que ausente lesão à honra.

Ainda, o doutrinador Anderson Schreiber (2011) reforça que direito à violação à honra e o uso não autorizado da imagem são direitos autônomos, embora na maioria das vezes, venham acompanhados. Ele continua dizendo que o uso não autorizado da imagem pode vir isolado, sem ferimento à honra, assim como, esta pode vir sem o uso da imagem.

⁹ Art. 20, CC - Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Este posicionamento vem consubstanciado ao Enunciado 587 da VII da Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, o qual declara que basta a violação à exteriorização da personalidade da vítima, independente de concomitante lesão a outro direito de personalidade, sendo desnecessário prova concreta do prejuízo ou do lucro do ofensor¹⁰.

Sinaliza-se a necessidade de expressar a vontade humana, por meio do seu consentimento de forma expressa ou tácita¹¹, cuja violação se efetiva com o uso não autorizado ou não consentido. Por esta razão, o consentimento do titular não caracteriza em cessão do direito, pois o direito à imagem permanece com o titular, o que acontece é uma licença do seu uso, para determinado fim e nos limites em que foi autorizado (BATISTA, 2017).

Dessa forma, Anderson Shreiber (2011, p. 17) afirma que lesão a qualquer um dos direitos da personalidade configura dano moral, sendo que este não depende “do sofrimento, dor ou qualquer outra repercussão sentimental do fato sobre a vítima”, mas sim deve estar centralizada sobre o objeto atingido (interesse lesado), ou seja, não sobre as consequências subjetivas do ofendido. Se restar comprovado algum prejuízo financeiro advindos da utilização da imagem, será devido o dano material a vítima também.

Logo, ao encontro do exposto, uma vez violado um direito de personalidade, como a imagem, o titular do bem poderá impugnar a

¹⁰ Enunciado 587: O dano à imagem restará configurado quando presente a utilização indevida desse bem jurídico, independentemente da concomitante lesão a outro direito da personalidade, sendo dispensável a prova do prejuízo do lesado ou do lucro do ofensor para a caracterização do referido dano, por se tratar de modalidade de dano *in re ipsa*.

¹¹ Em regra, a autorização para uso da imagem deve ser expressa; no entanto, a depender das circunstâncias, especialmente quando se trata de imagem de multidão de pessoa famosa ou ocupante de cargo público, há julgados do STJ em que se admite o consentimento presumível, o qual deve ser analisado com extrema cautela e interpretado de forma restrita e excepcional” (REsp 1772593/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2020, DJe 19/06/2020).

utilização não autorizada através da via judicial, requerendo tanto a tutela preventiva, inibitória como a ressarcitória/reparatória (dano moral e material)¹². Como a temática deste ensaio está centralizada no direito de imagem na internet, é necessário ressaltar sobre a tutela inibitória, a saber:

Atualmente, a utilização da imagem sem a concordância do indivíduo é contemplada por medidas destinadas a coibir a este comportamento, a fim de cessar a ilicitude e minimizar ou evitar danos maiores. Isto porque, diante das peculiaridades do direito à imagem nas redes sociais, uma tutela meramente ressarcitória seria insuficiente para garantir a efetividade do direito (BATISTA, 2017, p. 121).

Acrescenta-se, ainda, que a tutela inibitória possui duas finalidades: “a preventiva, pois reflete a necessária proteção ao direito ameaçado do autor contra atos ainda não praticados, e satisfativa, uma vez que tem por finalidade a garantia do exercício completo do direito” (BATISTA, 2017, p. 123). Ao encontro disso, Teffé (2017) também explana que em virtude de se tratar do âmbito da internet, a tutela preventiva do ilícito é primordial, justamente porque uma vez colocado conteúdo lesivo nas redes, é necessário a adoção de uma medida rápida e enérgica, para fins de retirar ou indisponibilizar referido conteúdo.

No contexto do espaço virtual, o direito à imagem, surge como um assunto contemporâneo, principalmente quando ligado ao armazenamento de dados em meio digital. Aqui, é essencial mencionar sobre a Lei

¹² Para melhor compreender o significado de cada tutela, faz-se necessário apontar que “a tutela jurídica pode ser classificada em preventiva, aplicável na iminência da violação de um direito; inibitória, quando já ocorreu a violação de um direito e por fim, a tutela ressarcitória, quando já efetivou-se o dano e a vítima busca a devida reparação” (BATISTA, 2017, p. 120).

Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018), a qual entrou em vigência recentemente, em setembro de 2020.

Partindo da premissa de que um dado pessoal está interligado com qualquer dado relacionado a uma pessoa identificada ou identificável, tem-se que a imagem de um indivíduo é um dado pessoal, desde que seja possível identificá-la (LOPES, 2019). Por isso, de acordo com a nova lei, o tratamento (art. 5º, inciso X) de imagens que retratarem pessoas identificadas ou identificáveis, deve estar em consonância com os princípios e regras da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LOPES, 2019).

Ademais, sinaliza-se que, a partir de uma imagem, é possível retirar outras informações relevantes de uma pessoa, as quais chamamos de dados pessoais sensíveis (art. 5º). A corroborar com o exposto o art. 11, §1º da referida lei, refere que a proteção dos dados pessoais sensíveis recai a “qualquer tratamento de dados pessoais que revele dados pessoais sensíveis e que possa causar dano ao titular”. Isto significa dizer que é necessário seguir parâmetros mais restritivos em relação ao tratamento de imagem capaz de relevar dados pessoais da pessoa retratada, ou seja, o consentimento deve ser de maneira específica e destacada, para finalidades específicas (art. 11, inciso I) (LOPES, 2019).

Diante disso, no que tange aos memes, o problema se encontra quando os internautas os produzem utilizando retratos de terceiros, independentemente de consentimento, atingindo o direito de imagem do titular. Acontece que as variabilidades de customização das redes sociais garantem aos usuários diversas possibilidades do uso das imagens, tais como, comentar, compartilhar, inclusão de frases, descrições etc. Seguindo a logística deste estudo, a seguir, será apresentado os notórios casos brasileiros envolvendo o uso indevido da imagem em memes.

2.2 MEMES COMO VIOLAÇÃO AO DIREITO DE IMAGEM: NOTÓRIOS CASOS BRASILEIROS ENVOLVENDO O USO INDEVIDO DA IMAGEM EM MEMES

Neste tópico serão analisados dois casos brasileiros que geraram repercussão em relação ao uso da imagem sem o consentimento do titular do retrato. Inicialmente, um dos casos famosos a ser relatado é sobre os memes envolvendo o artista Chico Buarque. O portal de notícias da Globo no dia 03 de fevereiro de 2015, entra em cena com a seguinte manchete “Chico Buarque processa shopping do Piauí por uso indevido de imagem” (ROMERO, 2015). O referido site informa que Chico Buarque processou Terezina Shopping, em razão de publicação, no perfil da rede social *Facebook*, de montagem realizada com a capa do seu primeiro álbum, lançado em 1966. A capa do disco é composta por duas fotos do artista, na qual uma delas Chico aparece sorridente e na outra com feição séria (ROMERO, 2015).

O grande dilema foi no sentido de que o shopping utilizou a imagem do cantor para realizar publicidade sem sua autorização. A postagem tinha como objetivo utilizar o retrato de Chico Buarque para realizar a comparação com as altas temperaturas da cidade e o clima agradável no interior do centro de compras. Descontente, Chico Buarque ajuizou ação em face de Teresina Shopping, a qual terminou em acordo, com a publicação de nota de retratação em jornal de grande circulação (NETO; GARCIA; FORTES, 2019).

O segundo caso bastante emblemático é o do menino Nissim Ourfali, que ficou nacionalmente conhecido em 2012, mediante um vídeo postado no *Youtube* por seu pai, no qual mostrava o jovem cantando uma paródia da música “*What Makes You Beautiful*”, do grupo *One Direction*, contendo efeitos especiais, montagens e participações da família. O

vídeo foi produzido com a intenção de exibir a vida do garoto até os 13 anos, para fins de apresentar em comemoração no Bar Mitzvah (cerimônia que marcava o aniversário de 13 anos de homens judeus). O plano era apenas expor a gravação para alguns familiares que não compareceram na festividade, contudo, como a página estava no modo público, o que era para ser privado, foi visto e compartilhado por mais de 3 milhões de seguidores (LUCHETE, 2014).

Diante deste cenário, a partir do enredo narrado no vídeo, várias sátiras começaram a surgir. A exemplo disso, durante a filmagem Nissim aparece em cima de uma baleia dizendo a seguinte frase: “Mas o melhor é quando vamos pra baleia”, oportunidade em que foi disseminado vários memes sobre esta cena.

Em virtude do surgimento de diversas sátiras e paródias do vídeo, a família entendeu que seus direitos personalíssimos haviam sido violados, ocasião em que entrou com uma ação, pugnando que o Google retirasse os vídeos que continha o nome, voz e/ou imagem do menino e que estivessem disponíveis no *Youtube*, no *Orkut* e no *Blogger*. A empresa, por sua vez, alegou ser impossível cumprir com o pedido, em razão de ser genérico e não indicar URLs em que os conteúdos ofensivos estavam inseridos (LUCHETE, 2014).

Em 2012, o juiz Arthus Fucci Wady, da 1ª Vara Cível de São Paulo, chegou a conceder liminar favorável para a exclusão de algumas páginas. Posteriormente, em 2014, quando da prolação da sentença, o juiz rejeitou o pedido de exclusão, alegando ser impossível excluir os conteúdos já existentes na internet. Afirmou que o vídeo foi copiado e transformado por muitas vezes em outros produtos, sendo exposto em diversos meios de comunicação, o que gerou um efeito cadeia incontrollável. Também declarou que a retirada dos materiais ocasionaria forte

censura e violação ao princípio da liberdade e, por via de consequência se a ação fosse julgada procedente, vários outros vídeos e mídias seriam retirados sem ter nenhuma relação ao autor. Ainda, o magistrado em questão, referiu que o pai do menino agiu de forma imprudente, pois não optou pelo compartilhamento privado, evitando, dessa maneira, o constrangimento público (LUCHETE, 2014).

Em 15 de março de 2016, o Tribunal de Justiça de São Paulo, determinou que o Google Brasil excluísse da internet os vídeos em que o jovem Nissim Ourfali expõe sua trajetória de vida. O entendimento da 9ª Câmara de Direito Privado é de que os criadores de conteúdo são obrigados a apagar os conteúdos prejudiciais à imagem de menores, até mesmo quando não indicado o endereço eletrônico das páginas (VASCONCELLOS; LUCHETE, 2016).

Nesse sentido, fica em evidência que a decisão não foi suficiente para eliminar o vídeo da rede, pois apesar de algumas páginas terem sido retiradas da internet, a montagem do Bar Mitzvah de Nissim Ourfali foi republicada e atingiu milhares de visualizações, o que comprova que vencer uma demanda judicial está distante de ser sinônimo de vencer a internet (CARVALHO, 2019).

Após tecer sobre os dois casos notórios brasileiros envolvendo o uso indevido da imagem em memes, parte-se, neste momento, para o terceiro capítulo, o qual analisa-se o meme envolvendo o idoso goiano João Nunes Franco e a forma como se deu a violação ao direito de sua imagem.

3 “NEM TUDO QUE CAI NA REDE É PEIXE”: UMA ANÁLISE SOBRE O USO INDEVIDO DE IMAGEM (MEMES) NO CASO DO IDOSO “JOÃO NUNES FRANCO”

3.1 UM RELATO ACERCA DO MEME “TE SENTO A VARA” E O USO INDEVIDO DA IMAGEM DO IDOSO “JOÃO NUNES FRANCO”

João Nunes Franco é um idoso sertanejo de 92 anos de idade, nascido no ano de 1927, no interior de Goiás, motivo pelo qual carrega consigo valores morais conservadores. No ano de 2012 autorizou que sua imagem fosse usada pelo Blog “Gente de Campo Alegre”, que relata histórias das pessoas antigas do município goiano. Passados alguns anos, o idoso se deparou-se com sua imagem circulando na internet com frases depreciativas e preconceituosas, tal como “te sento a vara moleque baitola” e “quando a gente gosta é claro que a gente enche a cara para esquecer” (GOIÁS, 2019, p. 01).

Seu retrato acompanhado por diversas frases depreciativas estava estampado no perfil “Te sento a vara” na rede social, *Instagram*, que contava com mais de 6 milhões de seguidores. Aliás, o proprietário do referido perfil havia registrado junto ao Instituto Nacional da Propriedade a marca “te sento a vara”. Inclusive, comercializava diversos produtos com a caricatura da referida imagem.

O conceito de memes, trazido pelo biólogo Richard Dawkins, está relacionada, analogicamente, com a ideia de gene cultural que se reproduz por meio de imitação, podendo ser modificado em cada nova emissão, conforme trabalho no capítulo 1. Quando associado este conceito aos memes abrangendo o Sr. João Nunes Franco é possível perceber que “talvez Dawkins não pudesse prever a cultura de memes na atualidade, bem como a mutação deste conceito atrelado às imagens

com viés jocoso, sobretudo a magnitude de sua repercussão efêmera” (NETO; GARCIA; FORTES, 2019).

A noção de que os memes são majoritariamente de cunho humorístico, pode ser um tanto perigosa, ainda mais, quando o riso provocado se dá através da utilização da fotografia de um terceiro, que sequer tinha conhecimento ou consentiu com a utilização da imagem. Como bem já falado em tópico anterior, o direito a imagem é um direito autônomo e quem a utiliza, sem autorização, mesmo que de forma elogiosa, está violando o direito do titular do retratado.

Em matéria jornalística realizada pelo portal de notícias G1 Goiás (IDOSO, 2019), no qual foi entrevistado o Sr. João, seu filho e sua advogada, ficou realçado a indignação de toda a família com a disseminação do meme. O filho disse que “virou uma piada, cada vez que apresentava a foto dele tinha um palavrão, tinha uma piada de mau gosto”, ainda acrescentou, “fiquei muito revoltado na época”, pois, “não tinha maneira de parar, foi a maneira mais fácil entrar na justiça mesmo”. Também o idoso declarou que não sabia de nada e que ninguém havia solicitado autorização para ele. Ademais, a advogada ao se pronunciar, reafirmou as palavras do próprio Sr. João, as quais retratam o seguinte: “eu não faço graça com a cara de ninguém, porque que é que estão fazendo com a minha” (IDOSO, 2019).

Quando o filho do Sr. João disse “não tinha maneira de parar”, ele conseguiu expressar, em poucas palavras, a forma veloz da propagação das informações que acontecem através das conexões entre os atores dispostos nas redes sociais. Além disso, quando disse “eu não faço graça com a cara de ninguém, porque que é que estão fazendo com a minha”, extrai-se também a ideia de parte do título deste ensaio que “nem tudo

que cai na rede é peixe”, reiterando a perspectiva de que nem toda imagem divulgada na internet é de domínio público.

A atitude do Sr. João, em proteger seu direito a imagem é exemplar, pois a forma como foi exposto publicamente, ultrapassou os limites do humor. Aponta-se que tal conduta, sem dúvidas, vai servir de exemplo para outras pessoas que estejam passando pela mesma situação, haja vista que pelo fato de todos considerarem mera brincadeira, muitas devem pensar que seria errado se indignar com tal situação.

Salienta-se que, da mesma forma que um meme pode ter cunho comunicativo, informativo e educativo, também se tem o outro lado, os quais podem trazer diversos aborrecimentos a vida das pessoas, como é o caso do Chico Buarque, do Nissim Ourfali e do Sr. João Nunes Franco. Tais acontecimentos trazem à tona o quanto o conhecimento das pessoas é frágil em relação ao significado do que é estar online e sobre as consequências das condutas proferidas no ambiente virtual. Aliás, não é demais repetir, “a imagem é um atributo da personalidade humana, cuja titularidade recai sempre sobre o retratado” (SCHREIDER, 2011, p. 117).

Não é por nada que a mestrandia em comunicação e cultura, Jane C. S. Maciel (2012, p. 692-693), analisa a fotografia em rede da seguinte forma:

A maneira como circulamos as fotografias tem relação direta com as intenções de produção, os anseios estéticos, os afetos que podem ser gerados etc. Enquanto objetos, as fotos jamais poderiam circular como fazem hoje, “imaterialmente”. Tal nível de abstração, próprio das novas mídias, incentiva outras práticas ou atos fotográficos, marcados pela visibilidade que a imagem captada pode assumir, para além de dimensões apenas privadas (no sentido de álbum de família). Em rede, a fotografia, além de múltipla e

heterogênea, como citamos, torna-se potencialmente onipresente, podendo ser consumida na medida das conexões produzidas pelo “observador-operador”.

Diante do exposto, a dinâmica das redes proporciona uma visibilidade das imagens que ultrapassa a seara da privacidade e a partir, das nossas conexões, elas podem cair nas mãos do observador-operador, o qual deixam de ser meros receptores para adotarem uma postura de geradores de conteúdo.

Em relação ao caso do meme envolvendo a imagem idoso de Goiás, percebeu-se que “uma vez divulgada na Internet, a imagem assume uma extraordinária repercussão, podendo marcar negativamente e por tempo indeterminado a trajetória de uma pessoa, o que deve ser ponderado pelo intérprete no caso concreto” (TEFFÉ, 2017, p. 190). É a partir desta declaração que passa-se a analisar a decisão envolvendo o meme e a imagem de João Nunes Franco.

3.2 A DECISÃO NO CASO “JOÃO NUNES FRANCO” COMO POSSIBILIDADE DE MODELO PARA NOVOS CONFLITOS ENVOLVENDO O DIREITO DE IMAGEM EM MEMES

Diante de toda a situação acima apresentada, o idoso entrou com ação judicial em face do proprietário da página, Henrique Soares da Rocha Miranda, requerendo indenização pelo uso indevido de sua imagem. Além disso, em caráter liminar, pugnou pela ruptura das vendas dos produtos e o encerramento do perfil “te sento a vara” nas redes sociais do *Instagram*, *Facebook* e *Twitter*.

O juiz, Thiago Inácio de Oliveira, da 2ª Vara da comarca de Cristalina/GO, proferiu sentença condenando o proprietário do perfil “Te Sento a Vara”. Fundamentou no sentido de que “uma imagem

encontrada na internet, ainda que publicada por um terceiro, não a torna de domínio público, sendo imprescindível a prévia autorização do detentor do direito de imagem” (GOIÁS, 2019, p. 10). Ainda, o magistrado acrescentou afirmando o seguinte:

Revela-se inquestionável que um idoso prestes a completar 92 anos de idade, nascido nos idos de 1927 no interior de Goiás, sertanejo, que guarda consigo tradições e costumes divorciados da desvairada era da internet mal usada, abala-se psicologicamente ao deparar-se com sua imagem vinculada a situações extremamente vexatórias, sem contar que difundidamundo afora” (GOIÁS, 2019, p. 11).

Sabidamente, o juiz referiu que os memes “não podem ser considerados como brincadeiras ou simples anedotas no imaginário mundo sem regras da internet” (GOIÁS, 2019, p. 12). Nas plataformas em que o rosto do senhor João Nunes Franco permeava, este estava associado as frases como: “Hoje é o dia da independência...Mas é mais tarde que vou te mostrar o que é gigante pela própria natureza” e “Desculpa, eu curti uma foto sua sem querer... É que eu tava lambendo ela”. Tais frases inseridas sobre “a séria e respeitável imagem do requerente visualizada por milhares de pessoas, ultrapassa, e muito, as raias do mero aborrecimento” e “robustecem a convicção do dano moral verificado nos autos” (GOIÁS, 2019, p. 12).

Nesse sentido, ficou caracterizado o cometimento do ato ilícito disposto do art. 186 do Código Civil, uma vez que publicou inúmeras vezes e comercializou a imagem do idoso, sem autorização, acarretando, dessa maneira, a responsabilidade civil. Somado a isto, restou declarado que o Sr. João Nunes Franco “teve sua honra aviltada em decorrência de ato ilícito do requerido” (GOIÁS, 2019, p. 8). A imagem do idoso foi usada em

diversos perfis do *Facebook*, *Twitter*, *Instagram*, o que agrava demasiadamente “o contexto ofensivo da honra do requerente, já que as afamadas contas estão intimamente ligada à sua imagem” (GOIÁS, 2019, p. 8).

Quanto a alegação do requerido de que a fotografia do idoso não foi retirada do Blog “Gente de Campo Alegre”, de nada importa, pois o que deve ser levado em conta é “o fato da ilícita e ampla divulgação sem autorização, nada implicando se antes divulgada por outrem, tampouco de onde se extraiu a imagem, que, friso, não é de domínio público” (GOIÁS, 2019, p. 10). Em outra parte da sentença, o magistrado também apontou, oportunamente, sobre o uso das redes sociais ser facilitado, de modo que basta fazer um simples cadastro para se ter acesso aos mais diversos conteúdos, sendo certo que a imagem do Senhor João Nunes Franco foi visualizada por pelos milhões de seguidores da plataforma *Instagram*, *Facebook*, *Twitter*, etc. (GOIÁS, 2019).

Além disso, o magistrado mencionou o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal e artigo 20, do Código Civil, para fins de alicerçar sua argumentação, no que tange a proteção ao direito de imagem. Inclusive, ressaltou que o direito de imagem encontra-se no rol dos direitos da personalidade, sendo intransmissíveis e irrenunciáveis. Outrossim, também destacou o artigo 10 do Estatuto do Idoso, que abrange o direito de imagem de pessoa com prioridade especial.

Assim, “as publicações e manutenção da imagem, somadas à venda de produtos contendo a imagem ou caricatura do requerente geraram o constatado dano moral” (GOIÁS, 2019, p. 17) restando o proprietário da página condenado a pagar 100.000,000 (cem mil reais) por danos morais, acrescido de 1% ao mês de juros moratórios, a contar da data a primeira

publicação indevida, bem como, cessar imediatamente o comércio e postagens contendo a imagem de João Nunes Franco (GOIÁS, 2019).

Em que pese a decisão ser exemplar e proporcionar reflexões essenciais sobre o direito à imagem, denota-se em alguns trechos a tendência de apontar a exposição da imagem João Nunes Franco com a ofensa à honra do idoso, principalmente, quando refere que: as frases depreciativas apontadas nas imagens do idoso robustecem a convicção do dano moral, bem como a publicação em diversas redes sociais agravam o contexto ofensivo da honra do requerente, tendo em vista que as contas fazem ligação com a imagem.

É verdade que ocorreu ofensa à honra, porém a decisão ficaria mais coerente se individualizasse cada um dos bens e dos danos, o que não ficou claro. Observa-se o que diz Teffé (2017, p. 190).

A dinâmica da internet tende a ampliar consideravelmente a extensão do dano e em um reduzidíssimo espaço de tempo, de forma que, para que se tutele integralmente a pessoa humana e se garantam as funções preventiva e compensatória da responsabilidade civil, as referidas considerações deverão ser observadas no momento da quantificação do dano moral. Parece adequado que o intérprete analise também, no caso concreto, quais direitos da personalidade foram violados, realizando a identificação dos danos e a individualização dos bens, de modo a dimensionar adequadamente a proporção do dano à integridade do lesado. Na internet, é comum que o fato lesivo cause danos a mais de um direito da personalidade, sendo relevante, até mesmo para a melhor compreensão do caso concreto, que o magistrado identifique e qualifique os bens lesados para, só então, arbitrar o dano moral.

A partir do exposto acima, faz-se essencial, principalmente, quando a ofensa ocorre no âmbito da internet, discriminar cada direito de personalidade violado, para, após, qualificar o dano moral de forma

individualizada. Pois, assim será possível identificar e dimensionar de forma mais precisa qual a proporção do dano à integridade do lesado. Diga-se isso, pois devido a intensa conexão das pessoas na internet, resta aos profissionais do direito se adaptar e aprimorar as aplicações das regras jurídicas, permitindo maior clareza e proporcionando ao titular do direito violado proteção integral.

Assim, após a análise da sentença, nota-se que a imagem utilizada, sem consentimento na produção de memes possui limites. As dimensões de proteção legal devem ser ampliadas quando inseridas no território da internet, principalmente, por ser um meio de rápida propagação. A imagem que cai na rede não deve ser considerada de domínio público.

Portanto, apesar dos percalços acima apontados, a decisão no caso João Nunes Franco deve ser levada como um modelo para novos conflitos que eventualmente vierem a surgir, pois soube apontar diversos aspectos essenciais envolvendo o uso indevido à imagem em memes.

CONCLUSÃO

Na presente pesquisa buscou-se, inicialmente, contextualizar as redes sociais, oportunidade em que constatou-se que as redes constituem a nova morfologia social da nossa sociedade. Ficou evidenciado que é neste ambiente que está inserido o ciberespaço que, por sua vez, possui como característica dominante a universalidade, sendo esta uma das razões modificadoras das condições da vida social, através da interconexão dos nós das redes.

É neste espaço que se fortalece a tendência da permanência da indeterminação que vitaliza a cada novo nó a possibilidade de tornar-se

produtor ou emissor de novas informações. Também, se pode vislumbrar que todo este cenário permite o surgimento de novas práticas sociais, de forma a desenvolver a cibercultura e sua rica possibilidade de troca na internet e, essencialmente nas redes sociais virtuais.

Explicou-se que a inserção das redes sociais proporcionou a passagem dos internautas de meros receptores para geradores de conteúdo, divulgadores de informações e influenciadores de opiniões. Percebeu-se claramente o quanto as redes sociais transformaram os processos comunicacionais, principalmente no tocante a intensa utilização de mensagens visuais ou visuais-verbais como forma de interação neste ambiente.

Esta atual logística permite a permeabilidade e difusão dos memes, os quais circulam conteúdos rapidamente, difundindo-se basicamente por imitação. A sua circulação se dá, principalmente, por intermédio das redes sociais, as quais são fontes para a criação de remixagens, replicações e combinações de imagens, textos e sons. Pode-se verificar que o conteúdo e o comportamento adotado por alguns memes ferem diretamente direitos da personalidade, principalmente o direito à imagem.

Em seguida, traçou-se considerações sobre a tutela do direito à imagem. Neste tópico defendeu-se a autonomia do direito à imagem assegurada pela Constituição Federal e, de imediato, fez-se crítica ao art. 20 do Código Civil. Este dispositivo dá margens para que se questione a autossuficiência deste direito, pois vincula o direito à imagem à lesão da honra e a utilização com fins econômicos. Neste sentido, devido a incongruência do dispositivo civil, há necessidade de urgência mudança, de forma a entrar em consonância com o que é assegurado na Carta Magna.

Falou-se sobre a importância do consentimento do titular da imagem do retrato, de modo que este não caracteriza como cessão do direito, pois deve seguir os fins e limites do que foi autorizado. Em caso de violação deste direito o titular da imagem deve buscar através da via judicial, requerendo tanto pela tutela preventiva, inibitória como a ressarcitória. Aliás, restou sinalizado a importância da tutela preventiva e inibitória, uma vez que em se tratando das peculiaridades do direito à imagem nas redes sociais, uma tutela ressarcitória não garantiria a proteção deste direito na sua magnitude.

Em seguida, buscou-se entrelaçar o uso indevido da imagem em memes com aspectos práticos, momento em que foram abordados os notórios casos brasileiros. Percebeu-se, a partir dos casos abordados, do Chico Buarque e do Nissim Ourfali o quanto o direito à imagem sofre violações na internet, de forma a demonstrar sobre a necessidade de ferramentas mais eficazes para a retirada das imagens não autorizadas inseridas neste ambiente, já que com uma simples pesquisa no Google já foi possível detectar os memes com as imagens dos titulares dos casos mencionados.

Adentrando no cerne do trabalho, qual seja, o meme envolvendo o idoso “João Nunes Franco” e a relação com o uso indevido da imagem, cuidou-se em analisar a decisão proferida pela Tribunal de Justiça do estado de Goiás, de maneira a responder a problemática da pesquisa. Ficou cristalino que, embora o teor predominantemente humorístico dos memes, este não ameniza, tampouco retira a garantia do direito à imagem, sinalizando o quanto a utilização dos memes pode ser perigosa e o quanto as pessoas desconhecem o significado do que é estar online.

Evidenciou-se a importância da atitude do idoso João Nunes Franco, em buscar pela proteção de sua imagem, sendo exemplar e

servindo de incentivo para que outras pessoas que estejam passando por esta mesma situação busquem por seus direitos. Apontou-se que, a sentença foi inteligentemente fundamentada, pois ficou claramente destacado que uma imagem encontrada na internet não a torna de domínio público, sendo indispensável o consentimento do detentor do direito.

Aliado a isto, ficou demonstrado que os memes não podem ser considerados como meras brincadeiras no imaginário mundo sem regras da internet. Em pese a decisão ser exemplar, chamou-se atenção para alguns trechos da decisão em que não ficou claramente distinto o direito à imagem do direito à honra. Mostrou-se a importância de discriminar cada direito de personalidade, pois, dessa forma, é possível identificar e dimensionar qual proporção do dano ao lesado.

Frente a todo exposto ao longo deste estudo conclui-se que, a decisão envolvendo o caso “João Nunes Franco” deve servir como referência para os novos conflitos envolvendo o uso de imagens em memes nas redes sociais, já que se demonstrou, sem quaisquer resquícios de dúvidas que a imagem, sem consentimento do seu titular, utilizada na produção de memes fere o direito à imagem. Por isso, o direito deve incidir sobre as relações cibernéticas, pois cada vez mais estas fazem parte do nosso cotidiano, gerando litígios que devem ser resguardados e dos quais o poder judiciário não pode atuar como mero expectador.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Mirian Gomes Canavarro. **O direito à imagem nas redes sociais**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/20570>. Acesso em: 22 nov. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988).**

Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 mar. 2022.

BRASIL. [Código Civil (2002)]. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código

Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 25 mar. 2022.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 587**. VII Jornada de Direito Civil.

Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/841>. Acesso em: 31 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº. 13.709**, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a Lei Geral de Proteção de

Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 31 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 1772593/RS**. Ação de

Compensação por danos morais. Recorrente: Fernando Karst de Oliveira. Recorrido: Toyota do Brasil Ltda. Min. Nancy Andrighi, 16 de junho de 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802642690&dt_publicacao=19/06/2020. Acesso em: 22 nov. 2022.

CHAVES, Antônio. Direito à própria imagem. Revista de informação legislativa, v. 9, n.

34 abr./jun. 1972. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/180562>. Acesso em: 25 mar. 2022.

CALIXTO, Douglas de Oliveira. **Memes na internet: Entrelaçamentos entre**

Educomunicação, cibercultura e a ‘Zoeira’ de estudantes nas redes sociais. Dissertação (mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências da Comunicação – Escola de Comunicação e Artes, São Paulo: 2017. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/27/27154/tde-01112017-102256/pt-br.php>. Acesso em: 18 out. 2022.

CAMPOS, Vera Lúcia Toledo Pereira de Gois. Previsão legal do direito à imagem. **Revista**

do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v. 41, p. 95-118, set./dez. 2004. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/42258>. Acesso em: 09 abr. 2022.

CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. **Os memes e o direito de imagem**. Jota opinião & análise, 11 ago. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/os-memes-e-o-direito-de-imagem-11082019>. Acesso em: 08 abr. 2022.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 6ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

COUTO JUNIOR, Dilton Ribeiro do. Educação e Cibercultura: ensinar e aprender com as imagens digitais nos processos comunicacionais na/da internet. **Informática na Educação: teoria & prática**, Porto Alegre, v. 18, n. 1, p. 37-50, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.22456/1982-1654.46344>. Acesso em: 14 out. 2022.

DATAREPORTAL. **Digital 2020**: Brazil. Janeiro 2020. Disponível em: <https://datareportal.com/reports/digital-2020-brazil>. Acesso em: 14 out. 2022.

GOIÁS. Tribunal de Justiça. **Sentença n. 201702654170**. Indenização pelo uso indevido de imagem. Requerente: João Nunes Franco. Requerido: Henrique Soares da Rocha Miranda. Juiz de direito: Thiago Inácio de Oliveira, 17 de julho de 2019. Disponível em: <https://www.tjgo.jus.br/images/docs/CCS/usoindevidoiimagem.pdf>. Acesso em: 02 de abril de 2022.

IDOSO que teve foto usada sem autorização em memes diz que ficou ‘revoltado’ com exposição. Goiás: G1, 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/go/goias/noticia/2019/08/18/idoso-que-teve-foto-usada-sem-autorizacao-em-memes-diz-que-ficou-revoltado-com-exposicao.ghtml>. Acesso em: 31 out. 2022.

LEMOS, André. Ciber-cultura-remix. In: **Seminário “Sentidos e Processos”** dentro da mostra “Cinético Digital”, Mesa “Redes: criação e reconfiguração”, São Paulo, Itaú Cultural, agosto de 2005. Disponível em: <https://facom.ufba.br/ciberpesquisa/andrelemos/remix.pdf>. Acesso em: 18 out. 2022.

LEMOS, André; DE SENA, Catarina. Mais livre para publicar: efemeridade da imagem nos modos “galeria” e “stories” do *Instagram*. **Revista Mídia e Cotidiano**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 06-26, agosto de 2018. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/midiaecotidiano/article/view/10035/8493>. Acesso em: 14 out. 2022.

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

LOPES, Marcelo Frullani. **A lei geral de proteção de dados pessoais o direito de imagem**. JOTA Opinião & Análise, 17 ago. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais-e-o-direito-de-imagem-17082019>. Acesso em: 31 out. 2022.

LUCHETE, Felipe. **Google não é obrigado a excluir vídeos sobre Nissim Ourfali na internet**. Consultor jurídico, 21 jul. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jul-21/google-nao-obrigado-excluir-videos-nissim-ourfali>. Acesso em: 08 abr. 2022.

MACIEL, Jane C. S. Flickr e o rizoma da fotografia em rede. In: RIBEIRO, José Carlos; FALCÃO, Thiago; SILVA, Tarcizio (orgs.). **Mídias Sociais: saberes e representações** (online). Salvador: EDUFBA, 2012. p. 569 -765.

NETO, Eugênio Fachini; DEMOLINER, Karine Silva. Como os Tribunais Superiores vêm honrando a Constituição cidadã. **Revista de informação legislativa**, v. 55, n. 219, p. 209-235, jul./set. 2018. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/552764/001134696.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 09 abr. 2022.

NETO, Luiz Cassio dos Santos Werneck; GARCIA, Talita Sabatini; FORTES, Thaís Gonçalves. **A era dos memes e os seus reflexos jurídicos**. Migalhas, 04 out. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/312254/a-era-dos-memes-e-os-seus-reflexos-juridicos>. Acesso em: 09 abr. 2022.

NETTO, Domingos Franciulli. A proteção ao direito à imagem e a Constituição Federal. **Informativo jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, Brasília, DF, v. 16, n. 1, jan./jul. 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/informativo/article/view/442/400>. Acesso em: 09 abr. 2022.

NICOLAU, Marcos. “Menos Luiza que está no Canadá” e o fator humanológico da midiáticação. **Culturas Midiática (online)**, Paraíba, v. 5, n. 1, p. 1-12, 14 jun. 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/cm/article/view/12793/7350>. Acesso: 18 out. 2022.

PAIVA, Fernanda; NICOLAU, Marcos. "...e o Marco Feliciano Não me Representa": As Múltiplas Formas de um Meme no *Instagram*. In: **XV Congresso de Ciências da Comunicação na Região Nordeste**, 2013, Mossoró. Anais do XV Congresso de Ciências da Comunicação na Região Nordeste. Mossoró: Intercom, 2013. Disponível em: <https://www.portalintercom.org.br/anais/nordeste2013/resumos/R37-0207-1.pdf>. Acesso em: 14 out. 2022.

RECUERO, Raquel. Curtir, compartilhar, comentar: trabalho de face, conversação e redes sociais no *Facebook*. **Verso e Reverso (online)**, v. 28, n. 68, p. 117-127, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.4013/ver.2014.28.68.06>. Acesso em: 18 out. 2022.

RECUERO, Raquel. **Redes sociais na internet**. Porto Alegre: Sulina, 2010.

- RECUERO, Raquel. **Sobre memes e redes sociais**. Social Media, 2011. Disponível em: http://www.raquelrecuero.com/arquivos/sobre_memes_e_redes_sociais.html. Acesso em: 18 out. 2022.
- RODRIGUES, Cássio Monteiro; ANDRÉ, Diego Brainer de Souza. “Memes imagéticos e ‘pessoas públicas’: um exame funcional e de merecimento de tutela”. In: **I Seminário de Direito Civil: A Privacidade Hoje - PUC-Rio**, 2018. Anais I Seminário de Direito Civil: A Privacidade Hoje - PUC-Rio. Disponível em: https://www.academia.edu/38592072/Memes_imag%C3%A9ticos_e_pessoas_p%C3%BAblicas_um_exame_funcional_e_de_merecimento_de_tutela. Acesso em: 18 out. 2022.
- ROMERO, Maria. Chico Buarque processa shopping do Piauí por uso indevido de imagem. **Piauí: G1**, 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2015/02/chico-buarque-processa-shopping-do-piaui-por-uso-indevido-de-imagem.html>. Acesso em: 25 mar. 2020.
- SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.
- TAVARES, Wellington; PAULA, Ana Paula Paes de. Movimentos Sociais em Redes sociais virtuais: possibilidades de organização de ações coletivas no ciberespaço. **RIGS - Revista Interdisciplinar de Gestão Social**, Bahia, v.4, n.1, p. 213-234, jan. /mar. 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.9771/23172428rigs.v4i1.9822>. Acesso em: 14 out. 2022.
- TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. **Direito à imagem na internet: estudo sobre o tratamento do Marco Civil da Internet para os casos de divulgação não autorizada de imagens íntimas**. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**: RDCC, São Paulo, v. 5, n. 15, p. 93-127, abr./jun. 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/37288221/Direito_%C3%A0_imagem_na_Internet_estudo_sobre_o_tratamento_do_Marco_Civil_da_Internet_para_os_casos_de_divulga%C3%A7%C3%A3o_n%C3%A3o_autorizada_de_imagens_%C3%ADntimas. Acesso em: 22 nov. 2022.
- TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Considerações sobre a proteção do direito à imagem na internet. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, v. 54, n.213, p. 173-198, jan./mar. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p173.pdf. Acesso em 31 out. 2022.
- VASCONCELLOS, Marcos; LUCHETE, Felipe. Google é obrigado a excluir todos os vídeos de Nissim Ourfali do YOUTUBE. **Consultor jurídico**, 15 mar. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-15/google-obrigado-excluir-videos-nissim-ourfali-YOUTUBE>. Acesso em: 08 abr. 2022.

8

PANORAMA DAS PESQUISAS CIENTÍFICAS SOBRE GESTÃO DA DIVERSIDADE NO AMBIENTE ORGANIZACIONAL NO PERÍODO DE 2015 À 2020

*Larisse Gomes Bueno*¹

*Patrinês Aparecida França Zonatto*²

1. INTRODUÇÃO

A diversidade está presente no Brasil, desde a formação miscigenada de nosso povo, mas atualmente este assunto têm-se sido muito mais debatido, busca-se por meio deste que as diferenças sejam reconhecidas, respeitadas e aceitas da mesma forma e nos mais variados espaços da sociedade (CAMILO; FORTIM; AGUERRE, 2020).

Nos últimos tempos, têm-se sido muito debatido sobre a diversidade, e nas organizações este assunto tem sido tratado como aspecto de responsabilidade social, como prática de apoiar e viabilizar a inserção profissional de indivíduos pertencentes a grupos minoritários (BITENCOURT, 2010).

As grandes empresas, em especial multinacionais, costumam a divulgar em seus *websites* a aceitação da diversidade como uma política de gestão de recursos humanos, sendo habitualmente utilizadas imagens de latinos, mulheres, negros e orientais (BITENCOURT (2010).

Nas organizações a diversidade atinge todos os fatores sociais como idade, nacionalidade, posição social e orientação social, e devido a

¹ Acadêmica do Curso de Tecnólogo em Gestão de Recursos Humanos – Universidade Franciscana

² Professora do curso de Administração da Universidade Franciscana.

globalização as organizações não buscam somente que haja o respeito e a aceitação das diferenças, também procuram por ter uma equipe com diversidade de perfis contribuindo para o crescimento da empresa, e por isso que muitas organizações utilizam-se da gestão da diversidade. Fleury (2000, p. 25) “afirma que políticas de gestão da diversidade podem somar novas competências à organização e tornar-se um valor para a empresa”.

Conforme Duarte (2015) a gestão da diversidade é o processo de criação e manutenção de um ambiente que possibilite naturalmente a todos os participantes organizacionais alcançar seu potencial em busca dos objetivos da empresa.

Tendo em vista o tema relacionado a gestão da diversidade nas organizações, o presente estudo teve como objetivo analisar as mudanças ocorridas nas organizações em relação a Gestão da Diversidade no período de 2015 a 2020.

Este estudo se torna de grande relevância para verificar o quanto as organizações estão utilizando-se da gestão da diversidade, bem como verificar os desafios enfrentados pelos gestores e proporcionar conhecimentos as equipes de gestão de pessoas, pois estes devem auxiliar os líderes a implantar e coordenar programas que permitam a organização se tornar mais inclusiva, contribuindo para que a sociedade se torna mais justa, solidária e efetiva no alcance de metas e objetivos.

2.DIVERSIDADE ORGANIZACIONAL

A definição de diversidade está ligado à qualidade daquilo que é diverso, diferente, variado, variedade ou multiplicidade. Também trás a ideia de pluralidade, pois apresenta múltiplos aspectos e que possui

diferença entre si. Pode ser classificada como diversidade cultural, biológica e étnica (NETO, 2020). Conforme o Garcia (2008), o conceito de diversidade se associa com a aceitação das diferenças e, portanto, assume-se que essas diferenças não violam o direito de igualdade no trato, oportunidades e acesso a bens e recursos, as desigualdades refletem as características que socialmente se transformam em desvantagens para determinadas pessoas em relação a outras.

Para Saji (2005, p.13) “o tema diversidade é bastante amplo. Sua abordagem vai desde definições restritas às questões de raça, etnia e gênero, até as mais abrangentes que consideram como diversidade qualquer diferença individual entre as pessoas”.

A diversidade pode ser abrangente ao considerar todas as particularidades de um indivíduo, dependendo da capacidade de separar os grupos dentro de uma sociedade, como também pode ser bastante restrita considerando um grupo formado por maioria e outro formado por minoria (SAJI, 2005). De acordo com Neto (2020), menciona que a diversidade é uma riqueza do ser humano, para ele a existência de indivíduos com suas diferenças culturais, étnicas e de gerações, em diferentes locais e regiões fazem com que o mundo se torne mais completo.

2.1 SURGIMENTO DA GESTÃO DA DIVERSIDADE

A gestão da diversidade têm-se sua origem nos movimentos políticos e sociais da década de 1960 nos Estados Unidos, os quais mudaram a sociedade norte americana e trouxe desdobramentos no mundo todo. Tendo como líder Martin Luther King na chamada Primavera de 1960, no qual levou muitos negros e negras a se pronunciarem contra o racismo

que os distanciavam dos demais no país (CAMILO, FORTIM, AGUERRE, 2020).

No Brasil, com a Constituição Federal de 1988, foi constituído os objetivos fundamentais os quais mencionam: I - Construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - Garantir o desenvolvimento nacional; III - Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Com a Constituição Federal de 1988 foi reconhecido a necessidade de ações afirmativas em relação a determinadas minorias, mas mesmo assim os direitos destas estavam restritos somente no papel, não sendo exercidos em sua plenitude. Então a partir de 2003, foi criada a Secretaria da Igualdade Racial e de Direitos Humanos, tendo caráter de Ministério, na qual institucionalizou burocraticamente a gestão da diversidade, visando a igualdade entre as minorias de cor, etnia, gênero e orientação sexual (CAMILO, FORTIM, AGUERRE, 2020). Fleury (2000) a respeito da diversidade no Brasil menciona que, embora o povo brasileiro valorize sua origem diversificada, e goste de se imaginar como uma sociedade sem preconceitos de raça ou de cor, ele reflete na realidade uma sociedade estratificada, em que o acesso às oportunidades educacionais e às posições de prestígio no mercado de trabalho é definido pelas suas origens econômicas e raciais (FLEURY, 2000).

A gestão da diversidade no Brasil deu-se a partir do movimento de aspirações e reivindicações sociais por políticas públicas de igualdade, e também com base na expansão da sociedade civil para o conjunto de empresas, incorporando tanto as organizações nacionais como as multinacionais que operam no país (CAMILO, FORTIM, AGUERRE, 2020).

Maia (2018) explica que a diversidade brasileira, em suas variadas formas, apresenta-se naturalmente nas organizações. Esse assunto vêm sendo cada vez mais abordado e discutido na prática dentro das organizações e da área acadêmica, devido ao fato que o trabalho em equipe formada por uma equipe heterogênea pode trazer inúmeros benefícios aos envolvidos.

2.2 GESTÃO DA DIVERSIDADE NAS ORGANIZAÇÕES

Conforme Maia (2018), as organizações brasileiras vêm tentando incorporar gradativamente o tema gestão da diversidade à sua pauta, desenvolvendo, através da área de Gestão de Pessoas, novas políticas para atender a tal demanda. Segundo Saji (2005, p. 22) “a maneira encontrada pelas empresas de promover essa diversidade tem sido a inclusão em seus programas de gestão corporativos, os programas de diversidade”.

Ainda segundo o Instituto Ethos (2000), alguns exemplos de ações para incentivar a diversidade nas organizações incluem, de forma resumida, as seguintes práticas: Obter informações sobre os colaboradores já presentes na empresa; Recrutar pessoas com diferentes perspectivas, incentivando a diversidade desde o momento da contratação e integração de novos colaboradores; Adotar a diversidade como referência para questões de desenvolvimento e remuneração; Realizar ações e treinamentos sobre diversidade com o conjunto de empregados; Criar métricas na avaliação de desempenho que vise à diversidade; Buscar uma consultoria externa, se necessário; Criar canais de multiplicação para a prática da diversidade, interna e externamente.

Neste contexto, é importante que as empresas criem programas que não promovam somente a inclusão, mas que auxiliem também a gerir e administrar a diversidade, evitando conflitos no ambiente interno, como também visando proporcionar ganhos financeiros, estratégicos e de visibilidade a organização como um todo (CAMILO, FORTIM, AGUERRE, 2020).

De acordo com Meyrs (2003), ao promover a diversidade a organização contribui para formar uma equipe heterogênea, ou seja, composta por diferentes gêneros, raças, religiões, idades, orientação sexual, por conseguinte, adquire uma equipe com ideias novas, o que remete a inovação e a criatividade, sendo um dos benefícios adquiridos pela prática da gestão da diversidade.

Conforme Torres (2017, p. 22) “a gestão da diversidade deve ser realizada de forma estratégica, incentivando o respeito às diferenças e ao mesmo tempo impulsionando a geração de criatividade e inovação diante da combinação de perfis dos colaboradores”.

Maia (2018) ainda menciona que para as organizações “a diversidade auxilia no alcance de metas e objetivos complexos que dificilmente seriam atingidos se estas fossem cultural e etnicamente homogêneas”. A gestão da diversidade implica na aplicação de normas e políticas, que visam a minoria e a grupos sociais distintos, a garantia de ter direitos e obrigações dentro das organizações igualmente aos demais grupos (SAJI, 2005).

Dentro das organizações a atuação da área de Gestão de Pessoas passa a ser uma peça importante no desenvolvimento e na sustentação da liderança, contribuindo para a criação de um ambiente favorável a inclusão mantendo o respeito às diferenças individuais, permitindo

assim para o crescimento e aprendizado das pessoas bem como o sucesso organizacional (MAIA, 2018).

A atuação dos profissionais de gestão de pessoas, junto à liderança da empresa, é fundamental para que as práticas adotadas nesse sentido se propaguem aos diferentes níveis da organização, envolvendo todos os colaboradores (CAMILO, FORTIM, AGUERRE, 2020).

A gestão de pessoas dentro da organização deve atuar para que a diversidade seja algo positivo, pois como a diversidade entre as pessoas, ocorre pelas experiências, etnia, crença, gênero, e até mesmo pela faixa etária, isso podendo gerar conflitos e problemas de convivência dentro do ambiente de trabalho (TORRES, 2017).

A gestão da diversidade é uma ferramenta administrativa que quando bem empregada traz benefícios para a organização, por meio da boa integração dos colaboradores, possibilita que cada um colabore com seu talento para o alcance dos objetivos da organização, além de promover o crescimento profissional e pessoal, ao permitir que cada colaborador possa expressar sua personalidade e que seja respeitado dentro do ambiente corporativo (SICHEROLLI et. al., 2011).

3.METODOLOGIA

A metodologia consiste em estudar, compreender, examinar, descrever e avaliar métodos e técnicas a serem utilizados na realização de uma pesquisa acadêmica, por meio do qual será coletado e processado as informações, visando a solução dos problemas e/ou questões de investigação. Portanto, a metodologia utiliza-se de procedimentos e técnicas que colaboram para a construção do conhecimento, tendo

como objetivo comprovar sua validade e utilidade no âmbito da sociedade (PRODANOV E FREITAS, 2013).

Quanto à natureza, esta pesquisa caracteriza-se como uma pesquisa qualitativa, que de acordo com Gerhardt e Silveira (2009, p. 31) “não se preocupa com representatividade numérica, mas, sim, com o aprofundamento da compreensão de um grupo social, de uma organização, etc.”.

Quanto aos objetivos de estudo, a pesquisa se classifica como descritiva, que segundo Prodanov e Freitas (2013, p. 52) esta pesquisa observa, registra, analisa e ordena dados, sem manipulá-los, ou seja, sem interferência do pesquisador. Busca-se descobrir a frequência com que determinado fato ocorre, as causas, as características, as relações e sua natureza com outros fatos.

No que se refere aos procedimentos técnicos a pesquisa se refere ao estado do conhecimento, que conforme Morosini e Fernandes (2014), é a identificação, registro, categorização que levem à reflexão e síntese sobre a produção científica de uma determinada área, em um determinado espaço de tempo, congregando periódicos, teses, dissertações e livros sobre uma temática específica.

A coleta de dados, foi realizada através de busca de artigos que tratam especificamente sobre o tema gestão da diversidade, por meio da Base de Dados da Capes, num período de 2015 a 2020. Ao utilizar como palavra-chave gestão da diversidade, obteve-se um total de 1.424 artigos, e deste foram selecionados apenas 6 artigos como amostragem, dentro do período pesquisado, e que correspondam com os objetivos da pesquisa.

Os artigos selecionados serão analisados para verificar quais mudanças e/ou alterações foram feitas a respeito do assunto dentro das

organizações, bem como verificar quais foram os pontos positivos e negativos durante este período pesquisado.

4. ANÁLISE DOS RESULTADOS

Esse estudo teve como objetivo geral analisar as mudanças ocorridas nas organizações em relação ao tema Gestão da Diversidade no período de 2015 a 2020.

Para este trabalho foi selecionado 6 artigos aprovados em revistas no período compreendido entre 2015 a 2020, a seleção foi por meio da busca na Base de Dados Capes, utilizando-se do tema gestão da diversidade. A seguir, apresenta-se as principais contribuições dos artigos pesquisados sobre o tema.

MERCADO COLORIDO: PERCEPÇÕES DE GAYS SOBRE O MERCADO DE TRABALHO DE TERESINA-PI

O primeiro artigo a ser apresentado sobre o tema gestão da diversidade é de autoria de Breno de Oliveira Ferreira, Ana Beatriz Laurindo Souza e Liliane Leite Moreira, publicado no ano de 2015 na Revista Eletrônica Gestão & Saúde vol. 06, nº 02, p. 1564-84.

O objetivo geral apresentado no artigo é analisar as percepções de homossexuais sobre o ser gay nas organizações de trabalho, o estudo foi realizado na cidade de Teresina-PI, com exclusividade os homossexuais do sexo masculino. A principal discussão sobre o tema gestão da diversidade no artigo se refere a revelação ou omissão da orientação sexual no trabalho e busca-se apresentar os principaris entraves e/ou facilitadores da inserção dos gays no mercado de trabalho.

No artigo o conceito de diversidade é apresentado como um “mix” de pessoas com identidades diferentes que interagindo no mesmo sistema social onde, nesses sistemas, coexistem grupos de maioria e de minoria. Mencionam também que a diversidade relaciona-se ao respeito, individualidade e reconhecimento, de maneira a obter dos empregados aquilo que as organizações têm direito de esperar, bem como aproveitar tudo aquilo que eles têm a oferecer.

Para realizar a análise dos resultados foram entrevistados 10 homossexuais com idade entre 18 e 45 anos, que atuam em diversas profissões e em sua maioria em empresas privadas. Primeiramente foi elaborado um quadro onde consta a idade, escolaridade/profissão, tipo de empresa em que trabalha, no nome foi atribuído de cores aos entrevistados para manter a preservação da identidade. Após foi separado em três categorias: a primeira se refere a assédio moral no trabalho, a segunda remete a homofobia no trabalho e as suas implicações e na terceira, menciona a dificuldade a mais no mercado de trabalho: ser gay afeminado.

Cada entrevistado fez seu relato de experiências pelas quais viveram nas categorias mencionadas, e percebeu-se que o preconceito se faz presente na história de vida de cada um. E por sofrerem com esta discriminação, possuem mais dificuldade no ingresso e permanência do gay nas organizações. Ainda, que esteja ocorrendo mudanças quanto a multiplicidade e plenitude dos indivíduos no trabalho, ainda se enfrenta forte resistência neste ambiente.

GESTÃO DA DIVERSIDADE: QUESTÃO SOCIAL EMERGENTE OU DIGNIDADE HUMANA?

O segundo artigo a ser apresentado sobre o tema gestão da diversidade é de autoria de Shaian Caroline Kochhann e Glauco Oliveira Rodrigues, publicado na Revista Espaço Acadêmico nº 182, no ano de 2016.

Este estudo teve como objetivo geral descrever como fundamentar-se as relações pessoais e de trabalho em uma organização que apoia questões envolvendo a diversidade social, buscando levantar as atitudes tomadas pela organização, tendo em vista as ações apoiadas e repudiadas pela empresa. Foi realizado a pesquisa em uma empresa agroindustrial de pequeno porte no interior do Rio Grande do Sul. A principal discussão é sobre como esta empresa conseguiu relacionar-se com questões que envolvem a diversidade, analisando o ambiente laboral, mapeando as ações e atitudes apoiadas/condenadas em relação a inclusão de pessoas especiais na organização.

Os autores trazem a gestão da diversidade como uma necessidade de justiça social, com finalidade de tentar reduzir o preconceito que tem em torno de ações/atitudes preconceituosas. Relatam que a gestão da diversidade surgiu como uma necessidade emergente que visa homogeneizar, oportunizar e igualar grupos marginalizados e excluídos pela sociedade, buscando agregar um mundo mais saudável e igualitário.

Para se chegar nos resultados, foi realizado uma entrevista direta com os colaboradores da empresa por meio de perguntas abertas, foi dividido as análises da seguinte forma: tempo de atuação dos funcionários com a empresa, neste quesito verificou-se que a mesma apresenta baixo índice de rotatividade; reconhecimento da empresa por seus

funcionários/ações sociais e seu conhecimento prático, apontou-se que a empresa reconhece os funcionários e se preocupa em poder ajudar tanto em questões pessoais como profissionais, possui entrosamento na equipe, no que tange o apoio a diversidade, a grande maioria mencionou que a empresa adota atitudes responsáveis; ações sociais aplicadas sobre a sociedade, além de adotar a diversidade em seu meio organizacional, a empresa mobiliza-se por meio de promoções de eventos, doações de mantimentos a entidades carentes e o respeito ao meio ambiente; grau de satisfação das ações sociais, mostra-se por meio da pesquisa que as ações implantadas são relevantes; percepção e modificação das ações, os funcionários apontaram a necessidade de a empresa promover cada vez mais eventos de integração entre funcionários e com a sociedade, buscando um ambiente saudável, levando em consideração a humanização e a retenção de funcionários por meio de práticas positivas.

Por fim, o artigo menciona que ainda há exclusão social sobre a capacidade laboral das pessoas portadoras de necessidades especiais, e que a responsabilidade das empresas está em ações que sejam objetivas e efetivas em demonstrar a atenção social da organização para a inserção de pessoas discriminadas e marginalizadas.

DIVERSIDADE DE GÊNERO NA INFÂNCIA E EDUCAÇÃO: CONTRIBUTOS PARA UMA ESCOLA SENSÍVEL AO (TRANS) GÊNERO

No terceiro artigo que retrata sobre o tema gestão da diversidade é de autoria de Sandra Palma Saleiro, publicado na revista *Ex Aequo*, nº 36, pp. 149-165 de 2017. Apresenta como objetivo o de identificar os problemas que se colocam às crianças e jovens diversas em termos de gênero no sistema educativo em Portugal, bem como refletir sobre as

consequências da sua invisibilização. O artigo está dividido em três partes, apresentando como discussão o processo de visibilidade e reconhecimento da diversidade de gênero na infância, os progressos que se têm verificado no reconhecimento ao nível de políticas públicas com destaque na educação e por último trazer as experiências de pessoas trans no decurso do seu percurso escolar.

No artigo relatam que a diversidade de gênero tem vindo a impor-se como termo descritivo deste fenómeno, numa tentativa de posicionar as identidades e expressões de gênero minoritárias como parte das possibilidades da humanidade de ser e parecer em termos de gênero, contribuindo para diluir fronteiras rígidas entre o cis e o transgênero.

A autora menciona que a diversidade de gênero na infância e juventude vai-se tornando cada vez mais visível e reconhecida e interpelando as políticas públicas, incluindo as educativas, à medida que as mães e os pais destas crianças e jovens vão ficando conscientes deste fenómeno e com maior disponibilidade para apoiar os seus filhos e filhas na sua vivência de gênero, e se vão encontrando e criando formas de mobilização e reivindicação coletiva.

Foi utilizado entrevistas com 37 pessoas de diversas identidades e expressões de (trans)gênero maiores de idade para reconstituir as experiências de diversidade de gênero na escola, sendo escolhida as mais novas.

Por meio das entrevistas verificou-se que é necessário atuar transversalmente para transformar os espaços e as estruturas escolares numa direção mais igualitária e menos segregadora, e que também é necessário formar docentes, bem como auxiliares das escolas, em igualdade e diversidade de gênero, no sentido de os/as dotar de ferramentas

para lidar adequadamente com a variedade de expressões de gênero de crianças e jovens.

Outra análise verificada foi que por meio do bullying evidenciou-se as mudanças de escola constantes, a suspensão do percurso escolar e o abandono escolar precoce, os efeitos causados pelo bullying não se limitam ao imediato e podem afetar todo o percurso de vida destas pessoas. Também constatou a importância das escolas estarem adotadas de profissionais na área da psicologia com formação nestas questões.

A conclusão aponta a pertinência, justeza e adequação de incluir as questões da diversidade de gênero e de transgênero nas políticas de promoção da igualdade de gênero no sistema educativo, bem como procedimentos que possibilitam que as crianças e jovens se apresentem e sejam reconhecidas com o nome e gênero gramatical com se identificam, quer no trato pessoal, quer nos documentos administrativos, ou o livre acesso a espaços e atividades, independentemente do sexo do registro.

A QUESTÃO DE GÊNERO COMO DIVERSIDADE CULTURAL NAS EMPRESAS: IMPACTOS DAS MULHERES E LGBT'S NA GESTÃO DO CONHECIMENTO

O quarto artigo a ser exposto que trata sobre o tema gestão da diversidade é de autoria de B. R. P. dos Santos; S. L. C. Ottonicar; L. P. P. de Souza e I. P. M. Damian, publicado em 2018 na Revista Relações Sociais vol. 01 nº 03, tem como objetivo geral refletir sobre a diversidade na cultura organizacional como fator crítico de sucesso na implantação do processo de gestão do conhecimento nas organizações contemporâneas. A principal discussão do artigo sobre o tema gestão da diversidade é em

relação as questões de gênero no contexto do trabalho e envolve mulheres e os grupos LGBT.

Os autores conceituam a diversidade cultural mencionando que está atrelado à formação, composição e interrelação do mundo, que atualmente é o espelho e a própria identidade da diversidade cultural. Retratam que além da diversidade regional, possui a questão do gênero que está ganhando bastante destaque, em relação a mulher no âmbito empresarial, denota a disparidade salarial. Já no que tange aos LGBT retrata a elaboração de políticas específicas para integrar colaboradores homossexuais, o qual têm sido um importante passo dado pelas empresas em relação à aceitação da diversidade.

A pesquisa foi realizada em base de dados nacionais e internacionais, utilizando-se um período de dez anos, e na análise dos resultados verificou-se que a gestão da diversidade cultural surge para aumentar a eficácia e capacidade organizacional, atribuindo valor à diversidade dos funcionários que atuam nas organizações. Apontou-se que a gestão da diversidade cultural pode contribuir para a eficácia organizacional, pois: reduz o custo com rotatividade e absenteísmo; retém funcionários criativos e flexíveis à organização; incentiva a luta contra a discriminação; aumenta a capacidade de resolução de problemas e diminui a rigidez do sistema administrativo.

Os autores revelam que é preciso compreender as particularidades e os desafios enfrentados por indivíduos das distintas culturas, para que haja uma inclusão efetiva destes na organização. Aproveitando as perspectivas culturais e transformando-as em valor para a organização.

A conclusão da pesquisa considerou que sujeitos organizacionais com características distintas dentro de um ambiente organizacional pode ser fator potencial para o fomento de criação do conhecimento

organizacional, no sentido em que diferentes culturas e perspectivas de vida formam diferentes tipos de conhecimento.

A SALA DE AULA COMO AMBIENTE DA DIVERSIDADE CULTURAL: PERCEPÇÃO DOS ESTUDANTES UNIVERSITÁRIOS

No quinto artigo a ser apontado sobre o tema gestão da diversidade é de autoria de Sidnei Grippa, Júlio Cesar Lopes de Souza e Giancarlo Gomes, publicado em 2019 na Revista Gestão Universitária na América Latina, vol. 12 nº 1. Apresenta como objetivo principal: identificar o perfil do estudante universitário em relação à sua compreensão a respeito da diversidade, identificando suas principais demandas e aspectos que julgam positivos. A principal discussão é a respeito da percepção dos estudantes a respeito da diversidade em sala de aula, ambiente da mediação cultural entre os envolvidos.

Os autores aludem que a diversidade ainda que seja reconhecida como relevante na formação educacional e gerencial, as visões multiculturais têm apresentado grandes tensões e questionamentos. Retratam que a os benefícios da diversidade para as instituições são grande e indiscutíveis, mas se não forem geridos adequadamente, as diferenças culturais entre, os estudantes e os professores, podem ter efeitos adversos nas discussões em sala de aula e na dinâmica dos trabalhos em equipe.

Citam que a gestão eficaz da diversidade na academia é vital e deve ser abordada em, diferentes níveis: individual, onde os professores devem encontrar maneiras de facilitar as discussões em sala de aula e dar apoio às equipes multiculturais; e organizacional, a administração da universidade deve identificar os elos fracos na gestão da diversidade e

implementar programas que visem a redução dos efeitos negativos da diversidade.

A pesquisa foi realizada entre os estudantes matriculados no curso de administração de duas universidades do Vale do Itajaí no semestre de 2017, a amostra foi de 357 acadêmicos e utilizou-se de questionário estruturado. Verificou-se na análise que pelas características sócio demográficas que os participantes apresentam pouca diversidade, mas em contrapartida possui equilíbrio em relação ao sexos dos entrevistados, por fim, chegou-se a conclusão que a sala de aula é território dos solteiros, de raça branca, faixa etária de 17 a 21 anos e pertencentes a classe C.

PILARES DA DIVERSIDADE E INCLUSÃO EM UM MULTINACIONAL

No último artigo a ser estudado sobre a gestão da diversidade é de autoria de Juliana Tavares Silva, Ivete Rodrigues, Gleriani Torres Carbone Ferreira e Maurício Jucá de Queiroz, publicado em 2020 na Revista de Carreiras & Pessoas – Recape, vol. 10, nº 1, pág. 43-62. O estudo tem como objetivo principal o de entender o programa no qual uma empresa multinacional desenvolveu e implementou para a diversidade e inclusão, procurando atender os objetivos específicos deste programa.

A principal discussão abordada no artigo é a inclusão da diversidade no ambiente organizacional, verificando as fases do programa e sua efetivação, bem como a opinião dos colaboradores sobre o programa e as ações desenvolvidas pela empresa, qual a contribuição do programa para o alcance do desenvolvimento sustentável relacionado a inclusão e a diversidade, visando a disseminação de boas práticas e incentivar programas similares em outras empresas.

Os autores trazem o conceito de diversidade baseado no modo como as pessoas se diferem entre si, tanto no aspecto pessoal como nos elementos conectados com a instituição que a pessoa atua. Trazendo um conceito multi-dimensional, no qual possui características visíveis ou não visíveis como: geração, capacidades físicas e mentais, orientação sexual, religião, étnico-racial, classe social, gênero, família, política, regional, profissional, entre outras.

E sobre a gestão da diversidade mencionam que é uma ferramenta que eleva a competitividade das companhias, potencializando os negócios. E para realizar sua efetivação é preciso ocorrer um alinhamento das políticas de gestão de pessoas, com enfoque no recrutamento e seleção, treinamento, remuneração, sensibilização e cultura da empresa, ou seja, a diversidade deve ser uma filosofia partilhada pelos colaboradores.

Para verificar os resultados foi utilizado dois questionários e dois roteiros semiestruturados, foram entrevistados 11 indivíduos-chave, separados em dois grupos um composto pela coordenadora do programa e cinco líderes e no outro cinco beneficiados.

Em 2013 foi criado o Conselho de Diversidade, composto por executivos responsáveis pela estratégia do programa, foram realizados treinamentos que fossem capazes de o participante descobrir seus próprios preconceitos, e após foi realizado a Semana de Diversidade e Inclusão, estimulando todas as áreas a desenvolverem suas próprias estratégias e ações voltadas para as boas práticas da diversidade e inclusão. E em 2015 e 2017 foram criados os pilares que sustentam as diversas faces da diversidade e inclusão na empresa.

Quanto a análise do questionário aplicado os autores relatam em relação as estratégias e iniciativas do programa, que este possui

presença constante da liderança, sendo os pilares de diversidade a principal ação, além da comunicação e conscientização essenciais; os desafios do programa, a representatividade das diversidades nas lideranças, mudança de pensamento, empoderamento feminino; a análise e recomendações, colocar a diversidade como prioridade para empresa, conscientizar e educar os colaboradores, identificar desafios, comunicação aberta; a percepção a respeito do programa, as ações do programa realizadas são vistas como positivas entre os entrevistados, porém muitos pedem por ações; e por último as sugestões para aprimoramento do programa, representatividade de colaboradores e dos líderes dos pilares de acordo com o tipo de diversidade abordada, aplicação prática do conteúdo presente nos eventos.

Os autores concluem o artigo identificando que o programa tem tido avanços na conscientização e educação, e que devem ser implantado novas ações para superar a falta de representatividade e desenvolvimento de infraestrutura para comportar outros tipos de diversidade, e que por meio deste programa possa incentivar outras empresas a realizarem a diversidade e inclusão.

5. CONCLUSÃO E APRECIÇÃO CRÍTICA

Para finalizar o presente estudo, mencionamos novamente o objetivo de pesquisa, que é de analisar as mudanças ocorridas nas organizações em relação a gestão da diversidade no período de 2015 a 2020, o objetivo proposto foi atingido e verificou-se que houve poucas alterações no decorrer do tempo.

Pode-se verificar que através da análise dos artigos, mesmo com o passar dos anos, ainda ocorre muito preconceito, desvalorização e

desrespeito as diversidades dentro das organizações. Ainda que muitas medidas foram implantadas nestes ambientes, a inclusão ainda não é plena, mas já se constatou que por meio desta inclusão a organização pode adquirir benefícios que abrangem à todos.

Por meio deste estudo, verificou-se a importância da gestão da diversidade dentro das organizações, tanto nas empresas de pequeno e grande porte, como nas escolas e universidades. A implantação da gestão da diversidade contribui para que as pessoas com diferenças culturais, gêneros, raças, necessidades especiais e demais diversidades, possam se desenvolver e contribuir para seu crescimento pessoal e profissional, e também da organização.

Aponta-se também a necessidade de ter gestores e/ou profissionais capacitados e treinados, e que consigam criar ações e estratégias para que a inclusão da diversidade seja aceita, respeitada e praticada por todos os envolvidos dentro da instituição.

Para estudos futuros, recomenda-se realizar a aplicação da análise utilizando-se de mais artigos, podendo assim aprofundar-se mais sobre o tema, bem como também pode ser aplicado questionários e/ou entrevistas com uma amostragem de cada ambiente, como empresas, escolas e universidades, e identificar que melhorias se obteve com a implantação da gestão da diversidade nestes locais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 01 nov 2020.

- BITENCOURT, Claudia e colaboradores. **Gestão Contemporânea de Pessoas – Novas Práticas, Conceitos Tradicionais – Dados eletrônicos**. 2.ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- CAMILO, Juliana; FORTIM Ivelise; AGUERRE, Pedro. **Gestão de pessoas: práticas de gestão da diversidade nas organizações**. São Paulo: Editora Senac, fev de 2020.
- DUARTE, Geraldo. **Dicionário de Administração e Negócios**. Editora KBR, 2015.
- FERREIRA, Breno de Oliveira; SOUZA, Ana Beatriz Laurindo; MOREIRA, Liliane Leite. “Mercado Colorido”: Percepções de Gays sobre o Mercado de Trabalho de Teresina-PI. **Revista Eletrônica Gestão & Saúde**, ISSN: 1982-4785.
- FLEURY, M. T. Gerenciando a diversidade cultural: experiências de empresas brasileiras. **Revista de Administração de Empresas**, v. 40, n. 3, p. 18-25, 2000.
- GARCIA, Carla Cristina. **Sociologia da Acessibilidade**. Curitiba: IESDE Brasil S.A., 2008.
- GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo. **Métodos de Pesquisa**. Coordenado pela Universidade Aberta do Brasil – UAB/UFRGS e pelo Curso de Graduação Tecnológica – Planejamento e Gestão para o Desenvolvimento Rural da SEAD/UFRGS. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.
- GRIPA, Sidnei; SOUZA, Júlio Cesar Lopes de; GOMES, Giancarlo. A Sala de Aula como Ambiente da Diversidade Cultural: Percepção dos Estudantes Universitários. **Revista Gestão Universitária na América Latina** - GUAL, vol. 12, núm. 1, 2019, Janeiro-Abril, pp. 138-161 Universidade Federal de Santa Catarina Santa Catarina, Brasil DOI: <https://doi.org/10.5007/1983-4535.2019v12n1p138>
- INSTITUTO ETHOS. **Como as empresas podem (e devem) valorizar a diversidade**. Coordenação Leno F. Silva. São Paulo: Instituto Ethos, 2002. Disponível em:< <https://www.ethos.org.br/wp-content/uploads/2012/12/30.pdf>>. Acesso em: 01 nov 2020.
- KOCHHANN, Shaiane Caroline; RODRIGUES, Glauco Oliveira. Getsão da diversidade: questão social emergente ou dignidade humana? **Revista Espaço Acadêmico** – n. 182 – Julho/2016 – Mensal. ANO XVI – ISSN 1519.6186.
- MAIA, Paula Lopes de Oliveira. Gestão da Diversidade no Contexto Organizacional Brasileiro: Um Enfoque sob a Revisão Sistemática da Literatura. **Revista Conbrad**, v. 3, nº 1, 2018.

- MEYERS, Aaron. **O valor da diversidade racial nas empresas**. Estudos afro-asiáticos. Rio de Janeiro: vol.25, n.3, p. 483-515, ISSN 1678-4650, 2003. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-546X2003000300005> . Acesso em: 08 de nov 2020.
- MOROSINI, Marília Costa; FERNANDES, Cleoni Maria Barboza. **Estado do Conhecimento: conceitos, finalidades e interlocuções**. Educação por Escrito – v.5, n. 2, p.154-164. Porto Alegre, 2014.
- NETO, Ernesto de Souza Ferraz. **Diversidade**. Disponível em: <<https://www.jornalodiario.com.br/primavera-do-leste/artigos/diversidade/211920#>>. Acesso em 01 nov 2020.
- PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. **Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico**. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.
- SAJI, Genilda Sandra Madeira. **Gestão da Diversidade no Brasil: Apresentação de um modelo Brasileiro. Dissertação (MPA) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, São Paulo, 2005.**
- SALEIRO, Sandra Palma. **Diversidade de Gênero na Infância e Educação: Contributos para uma Escola Sensível ao (Trans)Gênero**. ex æquo, n.º 36, 2017, pp. 149-165. DOI: <https://doi.org/10.22355/exaequo.2017.36.09>.
- SANTOS, B. R. P. dos; OTTONICAR, S. L. C.; SOUZA, L. P. P. de; DAMIAN, I. P. M. A Questão de Gênero como Diversidade Cultural nas Empresas: Impactos das Mulheres e LGBT'S na Gestão do Conhecimento. **REVES - Revista Relações Sociais**, vol. 01 n. 03 (2018) DOI: <https://doi.org/10.18540/revesv1iiss3pp0429-0445>. OPEN ACCESS – eISSN: 2595-4490.
- SICHEROLLI, Monique de Biaggio; MEDEIROS, Cintia Rodrigues de Oliveira; JÚNIOR, Valdir Machado Valadão. **Gestão da Diversidade nas Organizações: uma Análise das Práticas das Melhores Empresas para Trabalhar no Brasil**. III Encontro de Gestão de Pessoas e Relações de Trabalho. João Pessoa, 2011.
- SILVA, Juliana Tavares; RODRIGUES, Ivete; FERREIRA, Gleriani Torres Carbone; QUEIROZ, Maurício Jucá de. **Pilares da Diversidade e Inclusão em uma Multinacional. RECAPE – Revista de Carreiras & Pessoas**, vol. 10, nº 1, ano 2020 páginas 43-62. ISSN: 2237-1427. DOI: <http://dx.doi.org/10.20503/recape.v10i1.46101>.

TORRES, Larissa Salvador. **Relações Públicas e a Gestão da Diversidade nas Organizações**. João Pessoa, 2017.

9

NA BORDA: DADOS PESSOAIS E NÃO PESSOAIS NOS DOIS REGULAMENTOS DA UNIÃO EUROPEIA ¹⁻²

Manuel David Masseno ³

“Assistimos a uma nova revolução industrial induzida pelos dados digitais, a informática e a automatização. As atividades humanas, os processos industriais e a investigação conduzem, todos eles, à recolha e ao tratamento de dados numa escala sem precedentes, favorecendo o surgimento de novos produtos e serviços, assim como de novos processos empresariais e metodologias científicas [e] Desde que as regras relativas à proteção dos dados pessoais, quando aplicáveis, sejam cumpridas, os dados, uma vez registados, podem ser reutilizados muitas vezes sem perda de fidelidade. Esta geração de valor agregado está no cerne do conceito de cadeia de valor dos dados. [tendo sempre presente que] O direito fundamental à proteção dos dados pessoais aplica-se aos grandes volumes de dados no caso de se tratar de dados pessoais: o seu tratamento tem de respeitar todas as regras aplicáveis em matéria de proteção de dados.” (COM/2014/0442 final, de 2 de julho).

¹ Versão em Língua Portuguesa da Comunicação, exposta como “On the Waterfront: 'Personal' and 'Non-Personal' Data at Both EU Regulations”, na *Nordic Conference on Legal Informatics 2019 - Digital Rights, Digital Lawyers, Digital Courts*, realizada na *Lapin yliopisto* (Universidade da Lapónia, Finlândia) dia 14 de novembro de 2019, e já publicada na *Revista Eletrônica Disciplinarum Scientia - Ciências Sociais Aplicadas*, v. 16, n. 1 (2020), pp. 41-55 <<https://doi.org/10.37778/dscsa.v16n1-003>>.

² Atendendo à circunstância de se tratar de uma publicação em formato digital, sobretudo destinada à América Latina, apenas serão indicadas referências bibliográficas disponíveis na Internet e em Acesso Aberto, assumindo as consequência resultantes de não o fazer com outras, mais marcantes, apenas publicadas em papel ou sujeitas a pagamento.

³ Professor Adjunto do IPBeja - Instituto Politécnico de Beja, onde também integra as Coordenações do Laboratório UbiNET – Segurança Informática e Cibercrime e do MESI – Mestrado em Engenharia de Segurança Informática, sendo ainda o seu Encarregado da Proteção de Dados.

1 – AS REFERÊNCIAS

Antes de mais, é necessário ter presente que, uma vez operada a *constitucionalização* da Proteção de Dados operada em 2009 com a entrada em vigor do [Tratado de Lisboa](#), com a inclusão da mesma no [Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia](#) (Art.º 16.º) e com a receção da [Carta dos Direitos Fundamentais](#) (Art.º 8.º) no Direito Primário da União (*Ex vi*, Art.º 6.º do [Tratado da União Europeia](#)), o respetivo microssistema ficou consolidado, ainda que não completo, com a adoção do [Regulamento \(UE\) 2016/679](#) do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/C (*Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados*) – o RGPD⁴.

Ao mesmo tempo e enquanto ainda decorria o processo legislativo correspondente ao RGPD, a Comissão [presidida por Jean-Claude] Juncker avançou com a [“Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa”](#) (COM/2015/192 final, de 6 de maio), dando continuidade a orientações que vinham da Comissão [presidida por José Manuel Durão] Barroso e constavam da Comunicação [“Para uma economia dos dados próspera”](#) (COM/2014/0442 final, de 2 de julho)⁵.

⁴ Os estudos sobre o RGPD são hoje multidão. Mas, sempre podemos referir os estudos de Angelina TEIXEIRA (2016), de Alfonso ORTEGA JIMÉNEZ e Juan José Gonzalo DOMENECH (2018) e ainda de Chris HOOFNAGLE, Bart van der SLOOT e Fredrik ZUIDERVEEN BORGESIU (2019).

⁵ Aliás, na sua “Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa” a Comissão acentua que “As empresas e os consumidores continuam a não se sentirem suficientemente confiantes para adotar serviços de computação em nuvem transfronteiras para fins de armazenamento ou processamento de dados, devido a preocupações relacionadas com a segurança, o respeito dos direitos fundamentais e a proteção de dados em termos mais gerais. A adoção do Pacote Reforma da Proteção de Dados assegurará que o tratamento de dados pessoais seja regido por regras atualizadas e uniformes em toda a União. No entanto, frequentemente os contratos excluem, ou limitam de forma significativa, a responsabilidade contratual do prestador de serviços de computação em nuvem caso os dados deixem de estar disponíveis ou fiquem inutilizáveis, ou dificultam a rescisão do contrato. Isso significa que não

O que foi explicitado através de uma sua nova Comunicação, “[Construir uma Economia Europeia dos Dados](#)” (COM/2017/9 final, de 10 de janeiro), agora centrada na necessidade de avançar com disciplinas para os “dados em bruto”, com um especial ênfase na sua portabilidade em todo o Mercado Interno da União⁶. Daí que a Comissão tenha avançado com a [Proposta](#) (COM/2017/0495 final, de 13 de setembro) do que veio a ser o [Regulamento \(UE\) 2018/1807](#) do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de novembro de 2018 relativo a um regime para o livre fluxo de dados não pessoais na União Europeia – o *Regulamento LFD*⁷.

No entanto e entre outras, voltou a ser colocada questão a necessitar de respostas jurídicas tão robustas quanto possível, a de existir uma borda, mutável de acordo com a evolução das tecnologias, entre os âmbitos de aplicação material de ambos os Regulamentos, isto é, entre os dados pessoais e os dados não pessoais. A determinação dessa borda, e um breve esboço do que fazer, constitui o objeto desta intervenção.

2 – ATÉ MESMO NOS LIMITES

Para começar, temos que o *RGPD* “aplica-se ao tratamento de dados pessoais” (Art.º 2.º n.º 1), não só a uma “pessoa singular [física]

existe, de facto, uma portabilidade dos dados. No domínio da proteção de dados, tanto o atual como o futuro quadro legislativo impede as restrições à livre circulação de dados pessoais na União. As restrições à livre circulação de dados por outros motivos não são abordadas. [Pelo que] A Comissão irá propor em 2016 a Iniciativa Europeia «Livre Circulação de Dados» que aborda a questão das restrições à livre circulação de dados por motivos não relacionados com a proteção de dados pessoais na UE e das restrições injustificadas sobre a localização de dados para fins de armazenamento ou de tratamento. A iniciativa abordará as questões emergentes de propriedade, interoperabilidade, usabilidade e acesso aos dados nomeadamente em situações entre empresas, entre empresas e consumidores e dados gerados por máquinas e máquina-a-máquina. Incentivará o acesso aos dados públicos a fim de contribuir para dinamizar a inovação.”

⁶ Sobre estes Documentos e em termos gerais sobre o Mercado Único Digital e por todo, é de atender à exposição de Fernanda Ferreira DIAS (2016).

⁷ Para uma perspetiva geral do *Regulamento LFD*, embora tratando essencialmente de outras questões, Pedro DE MIGUEL ASENSIO (2019).

identificada”, mas também a uma que venha a ser “identificável”, em termos potenciais e através de meios técnicos, incluindo os indiretos⁸.

Consequentemente, do *RGPD* resulta que: “[...] Os princípios da proteção de dados não deverão, pois, aplicar-se às informações anónimas, ou seja, às informações que não digam respeito a uma pessoa singular identificada ou identificável nem a dados pessoais tornados de tal modo anónimos que o seu titular não seja ou já não possa ser identificado. O presente regulamento não diz, por isso, respeito ao tratamento dessas informações anónimas, inclusive para fins estatísticos ou de investigação.” (*Considerando 26 in fine*)

Por sua vez, o *Regulamento LFD* veio esclarecer que o mesmo “aplica-se ao tratamento de dados eletrónicos que não sejam dados

⁸ Ou seja “[...] que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular;” (Art.º 4.º 1). O que inclui os quase-identificadores e os metadados, ao ser certo que, “As pessoas singulares podem ser associadas a identificadores por via eletrónica [...] tais como endereços IP (protocolo internet) ou testemunhos de conexão (*cookie*) ou outros identificadores como as etiquetas de identificação por radiofrequência.” (*Considerando 30*). Diversamente, a propósito da reidentificação de dados pseudonimizados, o *RGPD* acrescenta que “[...] importa considerar todos os meios suscetíveis de ser razoavelmente utilizados, tais como a seleção, quer pelo responsável pelo tratamento quer por outra pessoa, para identificar direta ou indiretamente a pessoa singular. Para determinar se há uma probabilidade razoável de os meios serem utilizados para identificar a pessoa singular, importa considerar todos os fatores objetivos, como os custos e o tempo necessário para a identificação, tendo em conta a tecnologia disponível à data do tratamento dos dados e a evolução tecnológica.” (*Considerando 26*).

⁹ Neste particular, há ainda que atender ao conteúdo do [Parecer 4/2007 sobre o conceito de dados pessoais](#), de 20 de junho de 2007, do *Grupo de Trabalho do 29.º* [o qual antecedeu o CEPD – Comitê Europeu para a Proteção de Dados], assim como à Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, a qual culminou no Acórdão proferido no [Processo C-582/14, Patrick Breyer](#), de 19 de outubro de 2016. Quanto a estas referências, são de atender os estudos, complementares entre si, de Rossana DUCATO (2016), de Nadezhda PURTOVA (2018), de A. Barreto MENEZES CORDEIRO (2018) e ainda de Lorenzo dalla CORTE (2019), inclusive quanto a referências bibliográficas adicionais.

personais” (Art.º 2.º n.º 1), entendendo estes “na aceção do artigo 4.º, ponto 1, do Regulamento (UE) 2016/679 [o RGPD]” (Art.º 3.º n.º 1)¹⁰.

Assim, ao *Regulamento Geral sobre Proteção de Dados* é conferida uma *vis atractiva*, sempre que não seja possível identificar os dados em presença como, exclusivamente, não pessoais. Pelo que, “No caso de um conjunto de dados compostos por dados pessoais e não pessoais, o presente regulamento aplica-se aos dados não pessoais do conjunto de dados. Caso os dados pessoais e não pessoais de um conjunto de dados estejam indissociavelmente ligados, o presente regulamento não prejudica a aplicação do Regulamento (UE) 2016/679” (Art.º 2.º n.º 2 do *Regulamento LFD*).

3 – MAS, AFINAL, NADA É PARA SEMPRE

No que concerne a distinção que nos ocupa, temos que a [Diretiva 95/46/CE](#), que precedeu o *Regulamento sobre Proteção de Dados*, assentara numa *fictio iuris*, ao abstrair-se da evolução da técnica, ainda que previsível. Daí, na mesma constar que “[...] os princípios da proteção não se aplicam a dados tornados anónimos de modo tal que a pessoa já não possa ser identificável [os quais são, também] conservados sob uma forma que já não permita a identificação da pessoa em causa.” (*Considerando* 26).

O que já não ocorre com o RGPD, ao ser assumido que “As pessoas singulares podem ser associadas a identificadores por via eletrónica,

¹⁰ Isto, porque “A internet das coisas, a inteligência artificial e a aprendizagem automática, que estão em expansão, representam grandes fontes de dados não pessoais, por exemplo, em consequência da sua utilização em processos automatizados de produção industrial. Exemplos concretos de dados não pessoais incluem conjuntos de dados agregados e anonimizados utilizados para a análise de grandes volumes de dados, os dados relativos à agricultura de precisão que podem ajudar a controlar e a otimizar a utilização de pesticidas e de água ou ainda dados sobre as necessidades de manutenção de máquinas industriais.” (*Considerando* 9).

fornecidos pelos respetivos aparelhos, aplicações, ferramentas e protocolos [e também que] Estes identificadores podem deixar vestígios que, em especial quando combinados com identificadores únicos e outras informações recebidas pelos servidores, podem ser utilizados para a definição de perfis e a identificação das pessoas singulares.” (*Considerando 30*).

Por sua vez, o *Regulamento LFD* é transparente, ao explicitar que “Se os progressos tecnológicos permitirem transformar dados anonimizados em dados pessoais, esses dados devem ser tratados como dados pessoais, e o Regulamento (UE) 2016/679 deve ser aplicado em conformidade” (*Considerando 9 in fine*), o mesmo valendo para os dados originariamente anónimos, por identidade de razão.

Porém, é necessário ter presente que não estamos face a algo verdadeiramente novo. Aliás, as Instituições da União Europeia foram ficando cientes desta realidade, como mostram os Pareceres do *Grupo de Trabalho do Art.º 29.º*.

Assim e num primeiro momento, tal ocorreu a propósito dos riscos para a proteção dos dados dos administrados que poderiam advir da transposição da [Diretiva 2003/98/CE](#) do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Novembro de 2003, relativa à reutilização de informações do sector público, designadamente, o [Parecer n.º 7/2003 sobre a reutilização de informações do setor público e a proteção dos dados pessoais](#), de 12 de dezembro. A que se seguiu o [Parecer n.º 6/2013 sobre dados abertos e reutilização de informações do setor público \(ISP\)](#), de 5 de junho, suscitado pela adoção da [Diretiva 2013/37/UE](#) do Parlamento

Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, que altera a Diretiva 2003/98/CE relativa à reutilização de informações do setor público¹¹.

Mas, uma análise detalhada desta questões, tanto desde o ponto de vista técnico quanto numa perspetiva jurídica, constituiu o objeto do [Parecer n.º 5/2014 sobre técnicas de anonimização](#), de 10 de abril¹².

Por isso mesmo, algumas autoridades nacionais avançaram com orientações destinadas a mostrar padrões aos respetivos responsáveis pelo tratamento de dados, como no Reino Unido com a ICO - *Information Commissioner's Office*, que aprovou o [Anonymisation: managing data protection risk code of practice](#), em novembro de 2012, ou com a Agência Española de Protección de Datos, com as suas [Orientaciones y garantías en los procedimientos de anonimización de datos personales](#), de outubro de 2016.

Entretanto e a propósito da entrada em vigor do *Reglamento LFD*, a Comissão Europeia publicou as suas “[Orientações sobre o regulamento relativo a um quadro para o livre fluxo de dados não pessoais na União Europeia](#)” (COM/2019/250 final, de 29 de maio), com referências específicas e desenvolvidas quanto a esta questão¹³, concluindo que “[...] se

¹¹ Sobre esta tensão entre as políticas de dados abertos e a proteção de dados, criticamente, temos também o artigo de Katleen JANSSEN e Sara HUGELIER (2013).

¹² No qual é afirmado, precisamente, que “A anonimização de dados pessoais pode ser uma boa estratégia para manter os benefícios e atenuar os riscos. Quando um conjunto de dados se encontra verdadeiramente anonimizado e as pessoas deixam de ser identificáveis, a legislação europeia de proteção de dados deixa de ser aplicável.

No entanto, estudos de casos e publicações de investigação evidenciam que criar um conjunto de dados verdadeiramente anónimo a partir de um conjunto substancial de dados pessoais mantendo, simultaneamente, as informações subjacentes exigidas para a tarefa não é um desafio simples. Por exemplo, um conjunto de dados considerado anónimo pode ser combinado com outro conjunto de dados de modo a que uma ou mais pessoas sejam passíveis de ser identificadas.”

¹³ “Todos os dados que não sejam «dados pessoais», na aceção do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, são dados não pessoais. Os dados não pessoais podem ser classificados segundo a origem:

- Desde o início - dados originalmente não relacionados com uma pessoa singular identificada ou identificável, tais como dados sobre as condições meteorológicas gerados por sensores instalados em turbinas eólicas ou dados sobre as necessidades de manutenção de máquinas industriais.

determinados dados não pessoais puderem ser associados a uma pessoa de qualquer forma, tornando-os direta ou indiretamente identificáveis, devem ser considerados dados pessoais. [e, do mesmo modo] Aplicam-se as mesmas regras [as relativas ao tratamento de dados pessoais] quando a evolução da tecnologia e da análise de dados torna possível a conversão de dados anonimizados em dados pessoais.”

Acrescente-se que preocupações idênticas, em especial motivadas pela disponibilização de informações do Setor Público destinadas à sua reutilização por privados num contexto tecnológico de acesso generalizado às análíticas de *Big Data*, enformaram o Anexo II do [Relatório de 24 de novembro de 2016 \(A/HRC/31/64\)](#) do Relator Especial para a Privacidade do Conselho dos Direitos Humanos das Nações Unidas, Joseph A. Cannataci.

Adicionalmente e como resulta também dos Documentos antes referidos, diversos estudos académicos foram mostrando as dificuldades de manter distinções claras, consistentes e, mais ainda, irreversíveis entre dados pessoais e dados não pessoais. O que se concretiza na explicitação dos limites das técnicas de anonimização disponíveis em cada momento, assim como nas possibilidades de personalização de dados anónimos ou anonimizados.

· Em segunda fase - dados inicialmente pessoais, mas posteriormente anonimizados. A «anonimização» de dados pessoais é diferente da pseudonimização (ver supra), uma vez que os dados devidamente anonimizados não podem ser atribuídos a uma determinada pessoa, nem sequer pela utilização de dados adicionais, pelo que se tratam de dados não pessoais.

Aferir da correta anonimização dos dados depende de circunstâncias específicas e únicas de cada caso. Os vários exemplos detetados de reidentificação de conjuntos de dados supostamente anonimizados demonstraram que essa avaliação pode ser exigente. Para determinar se uma pessoa é identificável, é necessário ter em conta todos os meios suscetíveis de serem razoavelmente utilizados por um responsável pelo tratamento ou qualquer outra pessoa para identificar uma pessoa direta ou indiretamente.

No entanto, se determinados dados não pessoais puderem ser associados a uma pessoa de qualquer forma, tornando-os direta ou indiretamente identificáveis, devem ser considerados dados pessoais.”

A título exemplificativo, logo em 2010 e desde uma perspectiva jurídica, Paul OHM expôs as insuficiências das técnicas então disponíveis. Entretanto, em julho último, seguindo uma metodologia de natureza matemática, Luc ROCHER, Julien M. HENDRICKX e Yves-Alexandre de MONTJOYE demonstraram como a reidentificação de dados anónimos ou anonimizados pode ser alcançada, com níveis muito altos de eficácia e uma relativa facilidade técnica¹⁴⁻¹⁵.

4 – E “QUE FAZER?” ...ANTES DO TRATAMENTO DE DADOS, PESSOAIS E NÃO PESSOAIS

Atendendo a este contexto técnico e regulatório, também resultante do Princípio da responsabilidade proativa (*Accountability*)¹⁶ e por força da aplicação dos Princípios e regras constantes do *RGPD*, o Responsável pelo Tratamento deverá promover a realização de análises de

¹⁴ Depois das conclusões de Paul OHM, a questão continuou a ser debatida na Doutrina de ambas margens do Atlântico, procurando uma compatibilização, porventura impossível, entre uma tecnologia crescentemente mais poderosa no sentido de viabilizar a repersonalização de dados anonimizados e as regras pressupondo a correspondente irreversibilidade, sobretudo durante o processo legislativo que culminou na adoção do *Regulamento Geral sobre Proteção de Dados*, ou logo após, como ocorreu com Paul SCHWARTZ e Daniel SOLOVE (2011) e (2014), Samson Y. ESAYAS (2015) ou ainda com Sophie STALLA-BOURDILLON e Alison KNIGHT (2017).

¹⁵ Quanto à utilização de analíticas de *Big Data* para a “definição de perfis” (isto é, uma “qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais que consista em utilizar esses dados pessoais para avaliar certos aspetos pessoais de uma pessoa singular, nomeadamente para analisar ou prever aspetos relacionados com o seu desempenho profissional, a sua situação económica, saúde, preferências pessoais, interesses, fiabilidade, comportamento, localização ou deslocações”, Art.º 4.º 4) do *RGPD*) e para a personalização, também a partir de dados anónimos ou anonimizados, são de referir os estudos de Benjamin HABEGGER *et al.* (2014), de Alessandro MANTELERO (2016) e de Elena GIL (2016, *maxime* pp. 86-110) ou, desde uma perspectiva técnica de, Nils GRUSCHKA *et al.* (2018) e ainda o meu trabalho e de Cristiana Teixeira SANTOS (2019), tal como as reflexões críticas de Lorenzo COTINO HUESO (2017).

¹⁶ Havendo sido objeto do [Parecer 3/2010 sobre o princípio da responsabilidade](#), adotado em 13 de julho de 2010 pelo *Grupo de Trabalho do Art.º 29*, o mesmo ficou explicitado n.º 2 do Art.º 5.º do *RGPD*, em cujos termos, “O responsável pelo tratamento é responsável pelo cumprimento do disposto no n.º 1 [isto é, pelo cumprimento dos “Princípios relativos ao tratamento de dados pessoais] e tem de poder comprová-lo”, sobre o mesmo, além das considerações de Teresa Vale LOPES (2018) e de Emanuele LUCCHINI GUASTALLA (2018), tem muito interesse o recente estudo de Lachlan URQUHART, Tom LODGE e Andy CRABTREE (2019).

risco, previamente à anonimização de dados pessoais ou aos tratamento de dados não pessoais¹⁷. O que o afastará de incorrer em qualquer uma das responsabilidades previstas nas tipologias constantes do *RGPD* em resultado da personalização de dados, mesmo se apenas potencial ou realizada por terceiros¹⁸.

Aliás, embora se nos afigure evidente, deve ficar claro que a anonimização de dados pessoais pressupõe a presença dos inerentes requisitos no que respeita à “Licitude do tratamento” (Art.ºs 6.º a 11.º), assim como a observância dos “Princípios relativos ao tratamento de dados pessoais” (Art.º 5.º). O mesmo valendo para a personalização, ou a repersonalização, de dados anónimos ou anonimizados.

Especificamente, deverão ser seguidos os critérios indicados no *RGPD* a propósito tanto da “Proteção de dados desde a conceção e por defeito [omissão...]” (Art.º 25), em particular no que se refere à “Segurança do tratamento” (Art.º 32.º), ou seja, “Tendo em conta as técnicas mais avançadas, os custos da sua aplicação, e a natureza, o âmbito, o contexto e as finalidades do tratamento dos dados, bem como os riscos decorrentes do tratamento para os direitos e liberdades das pessoas singulares, cuja probabilidade e gravidade podem ser variáveis, o responsável pelo tratamento aplica, tanto no momento de definição dos

¹⁷ Isto, porque “Para determinar se há uma probabilidade razoável de os meios serem utilizados para identificar a pessoa singular, importa considerar todos os fatores objetivos, como os custos e o tempo necessário para a identificação, tendo em conta a tecnologia disponível à data do tratamento dos dados e a evolução tecnológica.” (*Considerando 26 do RGPD*). A propósito das análises de risco neste contexto, em termos gerais, são de referir os estudos de Niels van DIJK, Raphaël GELLERT e Kjetil ROMMETVEIT (2016), de Alessandro MANTELERO (2017), assim como as considerações de Teresa Vale LOPES (2018).

¹⁸ Como ocorre com o “direito de indemnização e responsabilidade”, objetiva e solidária (Art.º 82.º), com as “coimas” [sanções administrativas], que podem atingir montantes muito elevados (Art.ºs 58.º n.º 1 i) e 83.º), e, sendo o caso, com outras “sanções”, designadamente de ordem penal (Art.º 84.º). Para uma melhor compreensão destes preceito e por todos, atente-se no estudo Brendan Van ALSENOY, (2017) e na síntese de Pedro Miguel FREITAS (2018).

meios de tratamento como no momento do próprio tratamento, as medidas técnicas e organizativas adequadas [...].”¹⁹.

E ainda, se isso resultar da análise de risco ou for necessário por a mesma ser obrigatória para tratamentos de dados pessoais análogos aos pretendidos (Art.º 35.º n.º 3)²⁰, deverá também ser efetuada uma “Avaliação de impacto sobre a proteção de dados”, com especial ênfase no acompanhamento da evolução das técnicas de personalização ou de re-personalização de dados anónimos ou anonimizados, isto é, “Quando um certo tipo de tratamento, em particular que utilize novas tecnologias e tendo em conta a sua natureza, âmbito, contexto e finalidades, for suscetível de implicar um elevado risco para os direitos e liberdades das pessoas singulares [...]” (Art.º 35.º n.º 1)²¹.

Por outras palavras, essas Avaliações devem realizar-se periodicamente ou sempre que se verifique a emergência de novas técnicas neste domínio, não apenas para a anonimização mas também para a personalização²².

¹⁹ Quanto ao conteúdo e ao sentido destas previsões, são sobretudo os estudos encomendados pela ENISA – agora, Agência da União Europeia para a Cibersegurança, antes da adopção do *RGPD*, a George DANESIS *et al.* (2014) e a Giuseppe D'ACQUISTO *et al.* (2015), e, depois, a Marit HANSEN e Konstantinos LIMNIOTIS (2018), sendo ainda de considerar os contributos de Simone CALZOLAIO (2017), de Lee A. BYGRAVE (2017), de Irene KAMARA (2017), este centrado na definição e aplicação de normas técnicas neste domínio, assim como de Teresa Vale LOPES (2018).

²⁰ Especificamente, “a) Avaliação sistemática e completa dos aspetos pessoais relacionados com pessoas singulares, baseada no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, sendo com base nela adotadas decisões que produzem efeitos jurídicos relativamente à pessoa singular ou que a afetem significativamente de forma similar; b) Operações de tratamento em grande escala de categorias especiais de dados a que se refere o artigo 9.º, n.º 1, ou de dados pessoais relacionados com condenações penais e infrações a que se refere o artigo 10.º; ou c) Controlo sistemático de zonas acessíveis ao público em grande escala.”

²¹ A este propósito e em geral, são de assinalar as referências breves de Luís PICA (2018) e as considerações de Teresa Vale LOPES (2018), bem como e sobretudo os estudos de Niels van DIJK, Raphaël GELLERT e Kjetil ROMMETVEIT (2016) e de Bruno PEREIRA e João ORVALHO (2019)

²² Para tanto, cumprirá seguir as [Orientações relativas à Avaliação de Impacto sobre a Proteção de Dados \(AIPD\) e que determinam se o tratamento é «susceptível de resultar num elevado risco» para efeitos do Regulamento \(UE\) 2016/679](#) (Revistas e adotadas pela última vez em 4 de outubro de 2017), do Comité Europeu para a Proteção de Dados.

Adicionalmente, o enquadramento de tais tratamentos de dados no âmbito de “um procedimento de certificação aprovado nos termos do artigo 42.º” (tal como referido no Art.º 25.º n.º 3 a propósito da “proteção de dados desde a conceção e por defeito” e no Art.º 32.º n.º 2 no que se refere à “segurança do tratamento”) poderá assumir uma grande importância para evitar males maiores no que se refere às várias responsabilidades nas quais os responsáveis pelos tratamentos podem incorrer, embora não as afastem, pelo menos por inteiro²³.

Neste mesmo sentido, a aprovação de “critérios de certificação”, contendo parâmetros objetivos e detalhados quanto às técnicas de anonimização mais robustas, pelo Comité Europeu para a Proteção de Dados, conduzindo a um “Selo Europeu de Proteção de Dados”, reveste-se da maior relevância (Art.ºs 42.º n.º 5 e 70.º n.º 1 p)²⁴.

Sempre a propósito da certificação das técnicas de anonimização e do tratamento de dados anónimos ou anonimizados, ferramentas complementares poderiam resultar do novel “sistema europeu de certificação da cibersegurança”, tal como previsto no [Regulamento \(UE\) 2019/881](#) do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 abril de 2019 relativo à ENISA (Agência da União Europeia para a Cibersegurança) e à certificação da cibersegurança das tecnologias da informação e comunicação e que revoga o Regulamento (UE) n.º 526/2013 (*Regulamento Cibersegurança*)²⁵. O que teria consequências, pelo menos no que se

²³ No que se refere a este regime, atente-se nos estudos de Giovanni Maria RICCIO e Federica PEZZA, (2018) e de Jorge A. VIGURI CORDERO (2018), assim como nos apontamentos de Luís PICA (2018) e de Teresa Vale LOPES (2018).

²⁴ Aliás, essa mesma preocupação já consta, ainda que como referências muito sintéticas, das [Orientações 1/2018 relativas à certificação e à definição de critérios de certificação de acordo com os artigos 42.º e 43.º do Regulamento](#) (Versão 3.0, de 4 de junho de 2019), adotadas pelo CEPD.

²⁵ A propósito destas questões, em termos gerais, é de atender aos estudos de Helena CARRAPIÇO e André BARRINHA (2017), na expectativa de uma próxima publicação de trabalhos específicos, embora estas questões não sejam novas, como mostra o estudo de Roksana MOORE (2013), por exemplo.

refere à segurança no tratamento dos dados, sobretudo perante uma “violação de dados pessoais”²⁶, com implicações quanto à presença e conteúdo do dever de notificação da mesma aos titulares dos dados (Art.º 34.º do *RGPD*).

Em especial, estaria em causa uma certificação facultando um ‘nível de garantia’ ‘substancial’²⁷ ou, até mesmo, um ‘alto’²⁸ (Art.º 52), relativamente a ameaças por parte de terceiros, no sentido de afastar no tempo os riscos resultantes da evolução das tecnologias e da redução dos respetivos custos, pelo menos.

5 – E PARA PREVENIR RESPONSABILIDADES, PELO MENOS EM PARTE.

Como acabámos de ver, a minimização dos riscos de incumprimento do *RGPD* resultantes de personalizações futura de dados

²⁶ Por “«Violação de dados pessoais», [entende-se] uma violação da segurança que provoque, de modo accidental ou ilícito, a destruição, a perda, a alteração, a divulgação ou o acesso, não autorizados, a dados pessoais transmitidos, conservados ou sujeitos a qualquer outro tipo de tratamento;” (Art.º 4.º 12) do *RGPD*). No que se refere a esta matéria, é de atender ao conteúdo do muito recente artigo de Stephanie von MALTZAN (2019).

²⁷ “6. Um certificado europeu de cibersegurança que ateste um nível de garantia «substancial» dá garantia de que os produtos, serviços e processos de TIC objeto desse certificado cumprem os requisitos de segurança correspondentes, incluindo as funcionalidades de segurança, e de que foram avaliados a um nível que visa a redução ao mínimo dos riscos conhecidos para a cibersegurança e do risco de incidentes e ciberataques levados a cabo por autores com competências e recursos limitados. As atividades de avaliação a realizar compreendem, pelo menos, o seguinte: uma análise para demonstrar a inexistência de vulnerabilidades que sejam do conhecimento público e a realização de ensaios para demonstrar que os produtos, serviços ou processos de TIC aplicam corretamente as funcionalidades de segurança necessárias.”

²⁸ “7. Um certificado europeu de cibersegurança que ateste um nível de garantia «elevado» dá garantia de que os produtos, serviços e processos de TIC objeto desse certificado cumprem os requisitos de segurança correspondentes, incluindo as funcionalidades de segurança, e de que foram avaliados a um nível que visa a redução ao mínimo dos riscos de ciberataques sofisticados levados a cabo por autores com competências e recursos significativos. As atividades de avaliação a realizar compreendem, pelo menos, o seguinte: uma análise para demonstrar a inexistência de vulnerabilidades que sejam do conhecimento público, a realização de ensaios para demonstrar que os produtos, serviços ou processos de TIC aplicam corretamente as funcionalidades de segurança necessárias, ao nível tecnológico mais avançado, e uma avaliação da sua resistência a atacantes competentes através de ensaios de penetração. [...]”

anônimos ou anonimizados, de forma a manter até aos limites do possível a liberdade de tratamento dos mesmo, incluindo a respetiva negociação, implica acompanhar de perto a evolução do estado da técnica, assim como da ações das autoridades, de proteção de dados ou de cibersegurança, no que se refere às certificações de ferramentas ou de procedimentos. Porém, os riscos de incumprimento estarão sempre presentes, apenas podendo ser contidos.

No entanto, o procedimento mais eficaz para afastar tais riscos, ainda que inviável em muitos casos, pela própria *natureza das coisas*, passaria pela aplicação da disciplina constante do *RGPD* a todos os tratamentos de dados, pessoais e não pessoais, pelo menos quando fossem empregues tecnologias como as inerentes à “internet das coisas, a inteligência artificial e a aprendizagem automática” (*Considerando 9 do Regulamento LFD*)²⁹. Designadamente e pelo menos, com a cifragem de tais massas de dados, de modo a prevenir as consequências e responsabilidades resultantes de eventuais “violações de dados”³⁰.

BIBLIOGRAFIA:

(Todas as hiperligações foram verificadas no dia 30 de novembro de 2019)

²⁹ Em síntese, trata-se de observar os “Princípios relativos ao tratamento de dados pessoais” - em especial no que se refere à “limitação das finalidades”, à “minimização dos dados” e à sua “integridade e confidencialidade” (Art.º 5.º n.º 1 b) e c) e n.º 2), de acatar os requisitos de licitude que couberem (Art.ºs 6.º a 11.º), de respeitar pelos “direitos dos titulares dos dados” (Art.ºs 12.º a 22.º), bem como cumprir as obrigações impostas aos responsáveis pelo tratamento (Art.ºs 24.º a 39.º), em especial formulando e seguindo políticas de privacidade (Art.º 24.º n.º 2), metodicamente. A este propósito, vejam-se as considerações breves de Lurdes Alves DIAS (2018), os artigos de Dag Wiese SCHATUM (2017) e de Filippo A. RASO (2018), os estudos temáticos realizados por mim e por Cristiana Teixeira SANTOS (2018) e (2019), e ainda as reflexões críticas de Miguel MORENO MÚNÓZ (2017).

³⁰ No que se refere à utilização desta técnica no âmbito do *RGPD*, é de referir o trabalho de Gerald SPINDLER e Philipp SCHMECHEL (2016), sendo ainda de muito interesse as reflexões contextuais de Samson Y. ESAYAS (2015).

- ALSENOY, Brendan Van (2017), "[Liability under EU Data Protection Law: From Directive 95/46 to the General Data Protection Regulation](#)", *JIPITEC - Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, Vol. n. 7;
- BYGRAVE, Lee A. (2017), "[Data Protection by Design and by Default : Deciphering the EU's Legislative Requirements](#)", *Oslo Law Review*, Vol 4. n. 2, pp. 105-120;
- CALZOLAIO, Simone (2017), "[Privacy by design. Principi, dinamiche, ambizioni del nuovo Reg. Ue 2016/679](#)", *Federalismi.it – Rivista di diritto pubblico italiano, comparator e europeo*, n. 24, pp. 2-21;
- CARRAPIÇO, Helena; BARRINHA, André (2018), "[European Union cyber security as an emerging research and policy field](#)", *European Politics and Society*, Vol. 19, n. 3, pp. 299-303;
- CORTE, Lorenzo dalla (2019), "[Scoping personal data: Towards a nuanced interpretation of the material scope of EU data protection law](#)", *European Journal of Law and Technology*, Vol. 10 n. 1;
- COTINO HUESO, Lorenzo (2017), "[Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales](#)", *Dilemata – Revista internacional de éticas aplicadas*, n. 24, pp. 131-150;
- DANESIS, George et al. (2014). [Privacy and Data Protection by Design – from policy to engineering](#), ENISA - Agência da União Europeia para a Cibersegurança;
- D'ACQUISTO, Giuseppe et al. (2015). [Privacy by design in big data - An overview of privacy enhancing technologies in the era of big data analytics](#), ENISA - Agência da União Europeia para a Cibersegurança;
- DE MIGUEL ASENSIO, Pedro A. (2019), "[Servicios de almacenamiento y tratamiento de datos: el Reglamento \(UE\) 2018/1807 sobre libre circulación de datos no personales](#)", *La Ley Unión Europea*, n. 66, pp. 1-6;
- DIAS, Lurdes Alves (2018), "[RPGD: Principais Dificuldades e Dúvidas das Organizações e dos Titulares de Dados Pessoais na Adaptação ao Atual Regime](#)", *Cyberlaw by CIJIC*, n. 6;
- DIAS, Fernanda Ferreira (2016), "[O Mercado Único Digital Europeu](#)", *Análise Europeia - Revista da Associação Portuguesa de Estudos Europeus*, n. 2, pp. 17-41;

- DIJK, Niels van; GELLERT, Raphaël; ROMMETVEIT, Kjetil (2016), “[A risk to a right? Beyond data protection risk assessments](#)”, *Computer Law & Security Review*, Vol. 32 n. 2, pp. 286-306;
- DUCATO, Rossana (2016), “[La crisi della definizione di dato personale nell’era del web 3.0](#)”, *Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Trento*, n. 26, pp. 143-178;
- ESAYAS, Samson Yoseph (2015), “[The role of anonymisation and pseudonymisation under the EU data privacy rules: beyond the 'all or nothing' approach](#)”, *European Journal of Law and Technology*, Vol. 6 n. 2;
- FREITAS, Pedro Miguel (2018), “[The General Data Protection Regulation: an overview of the penalties' provisions from a Portuguese standpoint](#)”. *UNIO - EU Law Review*, Vol. 4 n. 2;
- GIL, Elena (2016), [Big data, privacidad y protección de datos](#). Madrid: Agencia Española de Protección de Datos / Boletín Oficial del Estado;
- GRUSCHKA, Nils et al. (2018), “[Privacy Issues and Data Protection in Big Data: A Case Study Analysis under GDPR](#)”, *Proceedings of the 2018 IEEE International Conference on Big Data*, Seattle;
- HABEGGER, Benjamin et al. (2014), “[Personalization vs. Privacy in Big Data Analysis](#)”, *International Journal of Big Data*, n. 1, pp. 25-35;
- HANSEN, Marit; LIMNIOTIS, Konstantinos (2018), [Recommendations on shaping technology according to GDPR provisions - Exploring the notion of data protection by default](#), ENISA – Agência da União Europeia para a Cibersegurança;
- HOOFNAGLE, Chris J.; SLOOT, Bart van der; ZUIDERVEEN BORGESIU, Frederik (2019), “[The European Union general data protection regulation: what it is and what it means](#)”, *Information & Communications Technology Law*, Vol. 28 n. 1, pp. 65-98;
- JANSSEN, Katleen; HUGELIER, Sara (2013), “[Open data as the standard for Europe? A critical analysis of the European Commission's proposal to amend the PSI Directive](#)”, *European Journal of Law and Technology*, Vol. 4 n. 3;
- KAMARA, Irene (2017), “[Co-regulation in EU personal data protection: the case of technical standards and the privacy by design standardisation 'mandate'](#)”. *European Journal of Law and Technology*, Vol. 8 n. 1;

- LOPES, Teresa Vale (2018), “[Responsabilidade e governação das empresas no âmbito do novo Regulamento sobre a Proteção de Dados](#)”, *Anuário da Proteção de Dados 2018*, pp. 45-69;
- LUCCHINI GUASTALLA, Emanuele (2018), “[Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori](#)”, *Contratto e Impresa*, n. 1, pp. 106-125;
- MALTZAN, Stephanie von (2019), “[No Contradiction Between Cyber-Security and Data Protection? Designing a Data Protection Compliant Incident Response System](#)”, *European Journal of Law and Technology*, Vol. 10 n. 1;
- MANTELERO, Alessandro (2016), “[Personal data for decisional purposes in the age of analytics: From an individual to a collective dimension of data protection](#)”, *Computer Law & Security Review*, Vol. 22 n. 2, pp. 238-255;
- IDEM (2017), “[Responsabilità e rischio nel Reg. UE 2016/679](#)”, *Le nuove leggi civili commentate*, Vol. XL n. 1, pp. 144-164;
- MASSENSO, Manuel David; SANTOS, Cristiana Teixeira (2018), “[Assuring Privacy and Data Protection within the Framework of Smart Tourism Destinations](#)”, *MediaLaws* – *Rivista di diritto dei media*, n. 2, pp. 251-266;
- IDEM (2019), “[Personalization and profiling of tourists in smart tourism destinations - a data protection perspective](#)”, *International Journal of Information Systems and Tourism*, Vol. 4 n. 2, pp. 7-23;
- MENEZES CORDEIRO. A. Barreto (2018), “[Dados pessoais: conceito, extensão e limites](#)”, *Revista de Direito Civil*, A. 3 n. 2, pp. 297-321;
- MORENO MUÑOZ, Miguel (2017), “[Privacidad y procesado automático de datos personales mediante aplicaciones y bots](#)”, *Dilemata – Revista internacional de éticas aplicadas*, n. 24, pp. 1-23;
- MOORE, Roksana (2013), “[The Case for Regulating Quality within Computer Security Applications](#)”. *European Journal of Law and Technology*, Vol. 4 n. 3;
- ORTEGA JÍMENEZ, Alfonso; GONZALO DOMENECH, Juan José (2018), “[Nuevo marco jurídico en materia de protección de datos de carácter personal en la Unión Europea](#)”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República*, n. 44;

- PEREIRA, Bruno; ORVALHO, João (2019), “[Avaliação de Impacto sobre a Protecção de Dados](#)”, *Cyberlaw by CIJIC*, n.º 7;
- PICA, Luís (2018). “[As Avaliações de Impacto, o Encarregado de Dados Pessoais e a Certificação no Novo Regulamento Europeu de Protecção de Dados Pessoais](#)”, *Cyberlaw by CIJIC*, n.º 5;
- PURTOVA, Nadezhda (2018), “[The law of everything. Broad concept of personal data and future of EU data protection law](#)”, *Law, Innovation and Technology*, Vol. 10 n. 1, pp. 40-81;
- RASO, Filippo A. (2018), “[Innovating in Uncertainty: Effective Compliance and the GDPR](#)”, *Harvard Journal of Law & Technology Digest*;
- RICCIO, Giovanni Maria; PEZZA, Federica (2018), “[Certification Mechanism as a Tool for the Unification of the Data Protection European Law](#)”, *MediaLaws – Rivista di diritto dei media*, n.º 1, pp. 249-260;
- SCHARTUM, Dag Wiese (2017), “Intelligible Data Protection Legislation: A Procedural Approach”, *Oslo Law Review*, Vol 4. n. 1, pp. 48-59;
- SCHWARTZ, Paul; SOLOVE, Daniel (2011), “[The PII Problem: Privacy and a New Concept of Personally Identifiable Information](#)”, *New York University Law Review*, Vol. 86, pp. 1814-1894;
- IDEM (2014), “[Reconciling Personal Information in the United States and European Union](#)”, *California Law Review*, Vol. 102, pp. 877-916;
- SPINDLER, Gerald; SCHMECHEL, Philipp (2016), “[Personal Data and Encryption in the European General Data Protection Regulation](#)”, *JIPITEC - Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, Vol. 7;
- STALLA-BOURDILLON, Sophie; KNIGHT, Alison (2017), “[Anonymous Data v. Personal Data - A False Debate: An EU Perspective on Anonymization, Pseudonymization and Personal Data](#)”, *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 34 n. 2, pp. 285-322;
- TEIXEIRA, Angelina (2016), “[A Chave para a Regulamentação da Protecção de Dados \(Das pessoas singulares\)](#)”, *Data Venia - Revista Jurídica Digital*, n.º 6, pp. 6-32;

URQUHART, Lachlan; LODGE, Tom; CRABTREE, Andy (2019), "[Demonstrably doing accountability in the Internet of Things](#)", *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 27 n. 1, pp. 1-27;

VIGURI CORDERO, Jorge A. (2018), "[La Certificación en el Nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos y Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos](#)", *El Tiempo de los Derechos*, n. 11.

10

O DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA: O USO DE PLATAFORMAS EDUCATIVAS E OS RISCOS AOS DADOS PESSOAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES ¹

Rosane Leal da Silva ²

1 INTRODUÇÃO

O processo educativo desejável para o século XXI deve ser dinâmico, conectado com a realidade, adequado às transformações da sociedade e aberto ao uso das tecnologias da informação e comunicação. A fórmula parece simples e não se constitui em novidade, o que não a torna de fácil implementação.

Ainda que os docentes reconheçam os pontos positivos da incorporação de diferentes tecnologias nas atividades didáticas, inúmeras situações e variáveis acabam interferindo na sua adoção, desde ausência dos equipamentos nas escolas, passando pela falta de acesso à *internet* de qualidade, até chegar ao escasso letramento digital dos partícipes do processo de ensino-aprendizagem. Portanto, entre a fórmula e o fato há um abismo e apresentam-se dificuldades tanto de ordem estrutural,

¹ Este trabalho é produzido no âmbito do Projeto intitulado Direito à saúde e à educação de crianças e adolescentes em tempos de pandemia: a atuação dos entes públicos brasileiros na efetivação de direitos fundamentais, realizado na Universidade Franciscana, com apoio do CNPq, Chamada CNPq/MCTI/FNDCT Nº 18/2021 - Faixa A - Grupos Emergentes.

² Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Professora do Curso de Graduação e Mestrado em Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Professora do Curso de Direito da Universidade Franciscana (UFN), onde desenvolve a pesquisa. Líder do Grupo de Pesquisa Teoria Jurídica no Novo Milênio (UFN), com pesquisa em temas relacionados à constitucionalização das relações privadas. Advogada.

ligadas às condições das escolas brasileiras até situações relacionadas à ausência de formação docente e discente para o bom uso das tecnologias.

É sabido que o processo de formação e letramento digital, compreendido como uma formação que transcende à mera capacitação instrumental para o uso de tecnologias, estava em curso em muitas instituições de ensino, que já utilizavam as tecnologias e propunham atividades inovadoras. No entanto, tratava-se de um processo assimétrico, mais avançado nas instituições privadas e que não encontrava correspondência na grande maioria das instituições públicas brasileiras. A pandemia do novo Coronavírus, deflagrada em março de 2020, alterou esse cenário ao impor longo período de isolamento social, forçando a migração da sala de aula presencial para os ambientes digitais.

Tal situação determinou que os professores adequassem sua metodologia de maneira quase instantânea e confinou os estudantes de todos os níveis de ensino aos ambientes mediados por tecnologia, fato que aumentou ainda mais o abismo entre o ensino público e o privado e distanciou quem tinha acesso às tecnologias e sabia usá-las daqueles que, ao revés, estavam em condição de maior vulnerabilidade social e econômica.

O maior ou menor grau de familiarização com as tecnologias também contribuiu para o incremento dos níveis de exposição dos direitos fundamentais, dentre eles a privacidade e os dados pessoais dos envolvidos no processo ensino-aprendizagem, com ênfase neste estudo aos dados pessoais dos estudantes. A partir daí o tema da educação passou a incorporar uma nova pauta, ainda não adequadamente enfrentada, relacionada com o desafio de proteger os direitos dos infantes e adolescentes.

É sobre este pano de fundo que se propõe o presente trabalho, cujo objetivo é refletir sobre o direito constitucional à educação e os riscos derivados da utilização das plataformas educacionais. Sua utilização deve garantir a efetividade desse importante direito social, previsto no art. 6º e mais detidamente especificado nos artigos 205 a 214 da Constituição Federal de 1988, ao mesmo tempo que deve observar o disposto na Lei nº 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), conformidade que se mostra essencial para tutelar os dados pessoais dos estudantes, seres que se encontram em peculiar fase de desenvolvimento, conforme se debaterá ao longo do trabalho.

2 O PROCESSO EDUCACIONAL EM CENÁRIO DE EMERGÊNCIA SANITÁRIA: DESAFIOS IMPOSTOS PELA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS

Os últimos anos registraram mudanças comportamentais profundas nos modos de vida das pessoas, com impactos severos (e talvez irreversíveis) nos processos educacionais. Entre 31 de dezembro de 2019, ocasião em que foram informados os casos de “pneumonia” ocorridos na Cidade de Wuhan, na China, até 11 de março de 2020, quando o diretor-geral da Organização Mundial de Saúde (OMS), Tedros Adhanom, anunciou que o mundo estava diante de uma nova pandemia, vivia-se numa aparente normalidade. Ainda que houvesse rumores de uma doença grave as pessoas não imaginavam, naquele momento, o quadro incontrolável que se sucederia. O próprio Ministério da Saúde brasileiro informava, na mesma data do anúncio da OMS: a nova classificação “não muda as medidas no Brasil. O país continua monitorando as áreas atingidas e com iniciativas e protocolos já anunciados.” (BRASIL, 2020)

Não tardou para que o Ministério da Educação (MEC), em 17 de março de 2020, publicasse a Portaria nº 243/2020, a primeira de várias,

na qual autorizava a substituição, em caráter excepcional e por trinta dias, das aulas em andamento no modo presencial por “aulas que utilizem meios e tecnologias de informação e comunicação, nos limites estabelecidos na legislação em vigor, por instituições de educação superior integrante do sistema federal de ensino [...]”. (BRASIL, 2020 b). Tal ato normativo foi seguido de outras portarias, cujo escopo principal era prorrogar os prazos inicialmente previstos. A Medida Provisória nº 934, de 01 de abril de 2020 estabeleceu normas excepcionais sobre o ano letivo da educação básica e do ensino superior, flexibilizando a obrigatoriedade de cumprimento de 200 dias letivos, mas mantendo a carga horária mínima nos diferentes níveis educacionais (BRASIL, 2020c).

Na esteira desses documentos, em 28 de abril de 2020 o Conselho Nacional de Educação (CNE) aprovou diretrizes para orientar as escolas de educação básica e instituições de ensino superior. Conforme noticiado na ocasião, “As pautas mais importantes debatidas no encontro virtual foram o calendário escolar de 2020 e se as aulas e as atividades a distância contarão como horas letivas ou terão de ser integralmente repostas quando as aulas presenciais forem retomadas”, ou seja, discutia-se números de dias e horas letivas, mas não “como” as atividades mediadas por tecnologias seriam efetivamente desenvolvidas. Esse tema certamente teria que ser enfrentado, especialmente num país tão díspar quanto o Brasil, em que muitas famílias sequer têm acesso à internet. No documento,

O CNE listou uma série de atividades não presenciais que podem ser utilizadas pelas redes de ensino durante a pandemia. Meios digitais, videoaulas, plataformas virtuais, redes sociais, programas de televisão ou rádio,

material didático impresso e entregue aos pais ou responsáveis são algumas das alternativas sugeridas (BRASIL, 2020 d).

O que se percebe, olhando em retrospectiva, é que os órgãos gestores da educação brasileira ignoraram a realidade e a situação de muitas escolas públicas. Não se tratava apenas de uma questão econômica ou de falta de estrutura física e tecnológica, ainda que esses pontos sejam de alta relevância. Ocorre que muitos locais, em razão da localização geográfica, enfrentavam (e ainda enfrentam) dificuldades para acessar a internet, o que impossibilita (ou dificulta grandemente) que tais instruções sejam cumpridas.

Ademais, prover o acesso à educação é um dever dos entes estatais e deve ser provido em sistema de colaboração entre as esferas federais, estaduais e municipais. Como esperar que os municípios, em grande parte responsáveis pela oferta da educação básica dos anos iniciais, conseguiriam dar conta de tamanho desafio, em curto espaço de tempo e em meio a um verdadeiro caos na área da saúde? Os encaminhamentos dados nessa fase inicial, aqui sumarizados, evidenciam o descaso com a educação no Brasil, em claro desrespeito ao estabelecido na Constituição Federal, tanto no capítulo destinado à educação quanto no seu artigo 227, e em desconsideração ao disposto na Lei nº 8.069/1990 – Estatuto da Criança e Adolescente.

Como sustentar a prioridade absoluta de crianças e adolescentes, cujos direitos fundamentais precisam ser atendidos em sistema de cooperação e corresponsabilidade por famílias, sociedade e Estado (União, Estados e Municípios), se os estudantes ficaram afastados da escola e praticamente desassistidos durante quase dois anos?

Os documentos expedidos não tranquilizaram profissionais da área da educação, famílias e estudantes. Apenas autorizaram o cômputo das atividades e asseguraram o calendário escolar, como se isso fosse suficiente para garantir o aprendizado. A partir desse período a vida de muitas pessoas mudou radicalmente, não somente pelo aumento exponencial do número de infectados e crescentes registros de óbitos ao redor do mundo, o que por si só já era aterrador, mas também porque começava um longo período de isolamento social para muitos profissionais, a atingir os mais variados segmentos, dentre eles o educacional.

O que se imaginou que duraria duas semanas, como anunciado por muitos governantes no Brasil, foi se estendendo sem data definida para a volta presencial à escola. Numa corrida desigual contra o tempo, o vírus avançava sem controle aparente, transformava-se em novas e ainda mais resistentes cepas, tornando-se mais agressivo e letal. Em meio a todo o caos, assistia-se a uma batalha entre aqueles que defendiam medidas sanitárias de distanciamento social e, em lado oposto, os negacionistas que, contra todas as evidências científicas, sustentavam tratar-se apenas de “uma gripe”, cujos efeitos poderiam ser facilmente contornados com drogas sem comprovação científica, o que permitiria que todos voltassem aos seus postos de trabalho, estratégia necessária para minimizar os impactos econômicos da pandemia.

Em meio a essa verdadeira guerra, contra o vírus e contra o negacionismo, os profissionais deveriam seguir suas atividades desde suas casas, sem solução de continuidade, superando o medo, os traumas das mortes de familiares e amigos, a falta de adequação dos seus espaços de trabalho e a carência de equipamentos. Famílias, por outro lado, tentavam auxiliar suas crianças e adolescentes em idade escolar, o que nem sempre era possível diante de carências estruturais e também de falta

de escolarização adequada de muitos genitores. Nesse cenário, as previsões do art. 208, § 1º da Constituição Federal tornaram-se de difícil efetivação, pois ainda que o acesso à educação esteja previsto como direito público subjetivo, a pandemia evidenciou que para muitos brasileiros e brasileiras esse comando legal ainda não é cumprido a contento, o que ocorre com mais frequência junto aos grupos socialmente vulneráveis, em sua maioria constituído por estudantes das escolas públicas.

Quando o tema é analisado sob o ponto de vista das famílias, estudo realizado por entidades que integram o Comitê Diretivo da Campanha Nacional pelo Direito à Educação (CAMPANHA..., s.a, p. 15) foi categórico em afirmar que as estratégias das autoridades públicas, adotadas no período da pandemia deveriam considerar “[...] as escolaridades daqueles que estão nos domicílios em que os estudantes vivem, sem ignorar um conjunto de fatores na composição desses domicílios, inclusive as questões de gênero e a sobrecarga de trabalho que as mulheres já possuem no lar”. Isso porque de nada adianta estabelecer atividades para as quais as crianças e adolescentes não teriam o devido suporte (estrutural e de acompanhamento) para realizá-las. E o estudo vai além ao afirmar que

Segundo os dados da Pnad, há uma quantidade expressiva de domicílios monoparentais, sobretudo femininos - especialmente, nas faixas de média baixa renda e renda baixa. Também nessas faixas de renda, estão os domicílios com casais com três filhos ou mais. Assim, é preciso questionar as reais condições dessas mulheres solas e desses casais com mais de três filhos, acompanharem os estudos das crianças e adolescentes (CAMPANHA..., s.a., p. 16)

A realidade das famílias não era ignorada pelos profissionais da educação, tanto que a Confederação Nacional de Trabalhadores em

Educação expediu uma Mensagem à Sociedade Brasileira, em 09 de abril de 2020, na qual enfatizava a necessidade de estratégias que levassem em conta as assimetrias e a realidade de muitas famílias, cujos membros “[...] possuem baixa escolaridade, moram em cômodos únicos com uma televisão, sem computadores e por vezes com mais de um aparelho celular, mas sem acesso à internet banda larga” (CONFEDERAÇÃO..., 2020). Portanto, havia clara advertência de que muitas crianças e adolescentes não conseguiriam desenvolver as atividades escolares, em ofensa ao acesso universal de estudantes à educação.

Ao lançar um olhar para os educadores, constata-se que a situação foi até mais complexa, pois muitos profissionais não detinham o suficiente letramento digital para atuar com as tecnologias, além de terem sido “soterrados” por múltiplas demandas que se apresentavam, conforme mostram Senra e Silva (2020, p. 2):

Nesse contexto de suspensão das aulas presenciais, surgem cursos on-line, palestras ao vivo (lives), formações aligeiradas, aulas virtuais para que a educação escolar aconteça. Em algumas situações, ocorre a imposição do uso de tecnologias digitais, sem a devida orientação ou formação para os docentes. Além disso, aparecem diversos termos, tais como EaD, educação virtual, educação domiciliar (homeschooling), ensino remoto, educação mediada por TDICs, os quais deixam pais, professores e alunos confusos. Assim, nos estados brasileiros tanto as escolas privadas como as escolas públicas adaptaram o ensino presencial, enviando para os alunos atividades educacionais remotas (JOYE et al, 2020).

Em meio a tantos novos conceitos e incertezas, docentes e discentes percebiam, dia após dia, que os espaços outrora compartilhados, salas de aula e variados ambientes escolares não teriam data para voltar a fazer parte do cotidiano. Durante todo o ano de 2020 e parte de 2021,

muitas escolas fizeram uso das mais diversas estratégias, o que “[...] levou os professores a utilizar o método de gravação de vídeo aulas, atividades enviadas pelo WhatsApp, videoclipes, bem como a utilização de plataformas remotas de ensino digital, como Google Meet, Zoom, Skype e Google Classroom [...]” (TEIXEIRA; NASCIMENTO, 2021, p. 45).

Ao tratar da plataforma *Google Classroom*, Mike Okmawati (p. 441-442)³ destaca a variedade de possibilidades que oferece para as atividades educativas. Sumarizando-se suas contribuições pode-se dizer que esta plataforma permite que os estudantes desenvolvam habilidades, aprendam de maneira mais autônoma, pois o aplicativo permite que estudantes e professores possam interagir diretamente pelo *chat*, atividade que tanto pode envolver a turma toda ou um aluno individualmente, facilitando ao professor monitorar o desenvolvimento de competências dos estudantes e atender a eventuais questões ou problemas privados que o estudante precise expor. Ademais, na opinião do autor essa plataforma estimularia a comunicação e colaboração entre os membros do grupo. Outra facilidade destacada é o fato de os materiais preparados ou selecionados pelos professores, tais como textos, áudios,

³ O fragmento integral do autor: Google Classroom is very useful to improve the abilities and skills of each student. Students can learn by themselves and through guidance. There are three pages on the main menu of Google Classroom, 1) Stream, it is a notification page including announcement or chat from the teacher. The student can also replay the chat directly. Teacher and students can interact with each other through the chat facilities provided by Google Classroom. Interaction through these facilities can be carried out in groups or privately so that the teacher is able to monitor the development of competencies among their students. The teacher can directly interact with an individual when he/ she experiences problems or asks something personal. Chat facilities can basically improve students' ability to communicate and collaborate. 2) Classwork, the teachers must prepare the material and upload them in classwork so that students can access the material without any space and time constraint. The material uploaded can be in the form of articles or text, images, audio, videos, and several other teaching materials. In addition, students' submission of online assignments can also be monitored in an orderly manner. Along with supporting materials, teacher can also create a Quiz Assignment, progress about the work done by students can be seen by the teacher and scoring can display in this feature. 3) People, it shows the members of the class, the teacher knows the students whether they participate in the classroom or not (Harjanto & Sumarni, 2019).

vídeos, dentre outros, ficarem disponíveis para os estudantes acessarem livremente e quantas vezes sentissem necessidade, o que também facilitaria à solução de questionamentos e realização de tarefa de *quiz*, que podem ser feitos na mesma plataforma.

Segundo seus defensores, as potencialidades da plataforma permitem que se reproduza um ambiente de aprendizagem, incrementando-se novas opções de acesso facilitado a materiais didáticos variados. No entanto, é preciso que professores e estudantes tenham a formação adequada para tirar proveito de seus benefícios, minimizando os riscos que podem advir de seu uso.

Independentemente dos posicionamentos favoráveis e dos eventuais benefícios, certamente há aspectos a sopesar sobre a adesão às plataformas. Conforme destacado pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação, desde que o Ministério da Educação acenou com a autorização da educação à distância as grandes empresas do segmento já estavam assediando os gestores públicos para a realização de contratações. Com o posterior advento da pandemia “a disseminação de novos contratos de plataformas virtuais tem extrapolado o bom senso e colocado em risco o erário público e a qualidade da educação” (CONFEDERAÇÃO, 2020). Denunciavam os gastos excessivos, as contratações emergenciais que abririam espaço para dispensa de licitação, além de ocorrerem sem que os profissionais pudessem opinar sobre a sua pertinência para o processo ensino-aprendizagem. Consideraram que a “imposição de métodos e tecnologias em prol de determinado agente privado (ou mesmo público), sem levar em consideração as necessidades e anseios dos/as educadores/a e estudantes [...]”, constitua em graves riscos à igualdade de acesso à educação.

Muitas escolas brasileiras fizeram uso desses “pacotes tecnológicos”, em contratações feitas às pressas e certamente muito rentáveis para as empresas do segmento. Como aponta o estudo feito por instituições integrantes da Campanha Nacional pelo Direito à Educação, as secretarias de educação reativaram as parcerias com as *big techs* para o fornecimento de pacotes tecnológicos envolvendo produtos como “[...] Google for Education, que inclui o GSuite e o Google Sala de Aula) e também com ofertas de formação de profissionais da educação a partir de conteúdos pré-determinados”. (CAMPANHA, s.a., p. 11).

No mesmo sentido seguem Teixeira e Nascimento (2021, p. 53-54), para quem a pandemia forçou a aquisição de suporte tecnológico e de treinamento, tudo feito às pressas, pois “[...] o sistema educacional brasileiro não estava preparado para uma transição, surpreendendo governo, secretarias, escolas e docentes, que em curto prazo tiveram que se adaptar a uma nova modalidade [...]”.

Em meio a essa verdadeira “cruzada tecnológica” pouco se refletiu acerca da efetividade dessa estratégia, sobre o que realmente era aprendido pelos estudantes e, sobretudo, a respeito dos eventuais riscos de o capitalismo de vigilância ampliar-se de maneira incontrolável sobre a educação, tema a ser desenvolvido no próximo tópico.

3 A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DOS ESTUDANTES EM PLATAFORMAS EDUCATIVAS: RISCOS INVISÍVEIS, MAS REAIS!

Para suprir a ausência de uma política pública séria, organizada e estruturada de maneira colaborativa pelos entes públicos obrigados de prover o direito público subjetivo de acesso à educação, estados e municípios adotaram as mais variadas medidas, o que resultou na aquisição de pacotes tecnológicos ofertados pelas grandes empresas do segmento

da informação e comunicação. Ações articuladas poderiam ter barateado a aquisição, assim como poderiam ter sido aproveitados os conhecimentos emergentes dos cursos de Sistema de Informação e Ciência de Dados das Universidades, o que por certo ajudaria os entes públicos na construção de um sistema mais barato e voltado para as peculiaridades brasileiras.

O que se percebeu, no entanto, foi a desarticulação da educação no período da pandemia, com a inércia do Ministério da Educação, o que deixou milhões de estudantes desassistidos. Conforme Censo Escolar do ano de 2020, divulgado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP) em 31 de dezembro de 2020, naquele ano havia “47,3 milhões de matrículas nas 179,5 mil escolas de educação básica no Brasil, cerca de 579 mil matrículas a menos em comparação com o ano de 2019, o que corresponde a uma redução de 1,2% no período”. Dentre os matriculados, cerca de 48,4% são matriculados em escolas públicas municipais, contra 18,6% que estavam em escolas privadas (BRASIL, 2020e)

Este dado é bastante revelador, não só por espelhar a redução de crianças e adolescentes das escolas, o que é bastante preocupante, mas porque evidencia que do universo de matriculados na educação básica, quase metade enfrentaram severos problemas de acesso à educação, cujo provimento ficou a cargo, majoritariamente, pelos municípios. Quando a investigação avança para os dados por unidades da federação, percebe-se que no Rio Grande do Sul havia, naquele ano de 2020, 44% dos estudantes na rede municipal, 35% na rede estadual e 19% em instituições privadas. Em Santa Catarina⁴⁴, por sua vez, os dados apontaram

⁴⁴ Aborda-se de maneira destacada esses dois Estados pois foram delimitados para investigação no Projeto intitulado Direito à saúde e à educação de crianças e adolescentes em tempos de pandemia: a

49% dos estudantes em escolas municipais, 36% em escolas estaduais e 16% matriculados em instituições privadas, não havendo, em nenhum desses Estados, matriculados em instituições de ensino federal, posto que não há oferta (BRASIL, 2020e).

A prevalência dos estudantes de educação básica nos anos iniciais é na rede pública municipal, que em 2020 concentrava 10 milhões de estudantes, registrando 68,1% do total de matrículas dos anos iniciais e 81% dos alunos da rede pública. Nos anos finais do ensino fundamental essa configuração muda: em 2020 havia 4,9 milhões de alunos na rede estadual, concentrando-se nos estados a responsabilidade por prover a educação para 41,5% do total dos matriculados nos anos finais do ensino fundamental e os municípios responderam por 43%, com 5,1 milhões de matriculados. Outro dado de grande relevância é o número de alunos no ensino fundamental: 26,7 milhões de estudantes (BRASIL, 2020e)

Todos esses números e percentuais corroboram a tese que se defende neste trabalho, que aponta para o descumprimento, por parte do Estado, do dever constitucional de prover o acesso à educação a milhões de estudantes, muitos dos quais crianças e adolescentes. Também resta evidente, pelo número do Censo Escolar 2020, que a maioria das crianças e adolescentes estavam matriculadas em escolas públicas municipais, o que reflete a divisão das competências, prevista na Lei de Diretrizes e Bases e atende ao que está previsto no Estatuto da Criança e Adolescente, que prega a municipalização dos serviços.

A situação da pandemia, no entanto, demandava dos municípios atenção especial para a área da saúde da população e também exigia novas alternativas para prover a educação (além dos demais serviços

básicos que devem ser providos), o que encontrou obstáculos na falta de condições orçamentárias, de logística e recursos humanos. O resultado já se antecipava como uma “tragédia anunciada”: milhões de crianças privadas da educação, evadindo-se da escola por não conseguir acompanhar ou por não dispor de equipamentos e *expertise* para operar as plataformas. Isso quando as escolas conseguiram dispor de acesso às plataformas educacionais.

As preocupações no setor educacional não são abrandadas no caso dos estudantes que assistiram aulas online por meio de plataformas digitais. Isso porque ainda não se têm dados suficientes para aferir quanto efetivamente foi aprendido. Ademais, além dos resultados cognitivos preocupantes, estudos apontam para os riscos da coleta e utilização indiscriminada dos dados pessoais de educadores e educandos, em processo de controle social invisível, desenvolvido pelas gigantes da *internet*.

O Guia Covid-19 sobre educação à distância, iniciativa da Campanha Nacional pelo Direito à Educação, já advertia sobre a ação de empresas tais como *Google, Apple, Facebook, Amazon e Microsoft*, que se utilizavam dos dados pessoais de seus consumidores para formação de perfis capazes de gerar comportamento futuro. Tais empresas também atuaram no segmento educacional, muitas delas ofertando soluções tecnológicas “gratuitas” para o enfrentamento da crise. Com posicionamento bastante crítico, adverte que se formou uma poderosa rede de fornecedores desse segmento que estão redefinindo os rumos da educação, não somente no período crítico da pandemia, mas com efeitos para o futuro (CAMPANHA, s.a., p. 10). Por meio do que denominam de “contrapartida oculta”, as empresas obtêm dados pessoais dos usuários para gerar

lucro, em flagrante desrespeito ao direito dos titulares. (CAMPANHA, s.a., p. 11).

Esse risco também foi apontado por Marrafon e Fernandes (2020, p. 208-209) que, em estudo publicado no ano de 2020, chegaram a conclusões similares ao analisar as políticas de privacidade do *G Suite for Education*. Segundo explicam, trata-se de um pacote anteriormente denominado de *Google Apps for education*, idealizado em 2006 e que no ano 2020 já era utilizada por 80 milhões de educadores em todo o mundo, 40 milhões utilizariam o aplicativo Sala de Aula e outros 30 milhões usavam, à época, o *Chromebooks*.

Segundo reportado pelos autores, o início da utilização das tecnologias precedeu a pandemia e teve boa aceitação de professores e estudantes, pois permitia que parte das atividades de sala de aula migrassem para o ambiente digital, em complemento às aulas presenciais. Estimulava a interação, colaboração e compartilhamento de conteúdos e materiais entre estudantes e professores. Os impactos positivos preliminares foram sentidos, pois o aplicativo permitia otimizar várias tarefas.

Para além dos efeitos imediatos há, todavia, efeitos econômicos, sociais, jurídicos e políticos implicados, pois o tratamento indiscriminado dos dados pessoais pode produzir severas implicações sobre os titulares, conforme advertência feita pelo Comitê Diretivo da Campanha Nacional pelo Direito à Educação (CAMPANHA, s.a., p. 11):

Um dos motivos que leva a um grande potencial de violação da privacidade das pessoas que participam das comunidades escolares é que não há no Brasil legislação que proteja esse direito, o que justifica a emergência de uma incidência coletiva, considerando, inclusive a entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), prevista para agosto de 2020. Na

ausência de legislação em vigor que proteja usuários, particularmente neste momento no Brasil, em que diversas formas de educação à distância vem sendo propostas nas redes de ensino, e diante do poder econômico das empresas do setor, pesquisadores³ alertam: “o apetite por dados educacionais como recursos valiosos no mercado de dados hoje é enorme”.

Quanto ao tema dos dados pessoais convém lembrar que em 2020 o Brasil já contava com a Lei nº 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), porém esta legislação ainda não estava vigente. Não obstante a ausência de obrigatoriedade em seu cumprimento, não se pode desconsiderar a proteção constitucional à vida privada e intimidade (art. 5º, da Constituição Federal), proteção prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, no Código de Defesa do Consumidor e no Marco Civil da Internet. Portanto, havia marcos regulatórios para inibir a coleta indiscriminada de dados pessoais, especialmente considerando os usuários menores de idade.

A questão transcende a legislação e refere-se à ausência de cultura, no país, de proteção de dados pessoais, o que resulta do descaso dos governantes em estabelecer termos contratuais com as empresas nos quais sejam estabelecidos limites sobre o uso dos dados pessoais dos estudantes e docentes. Marrafon e Fernandes (2020, p. 211) analisaram a plataforma *Google G Suite for Education*, sua Política de Privacidade e o Aviso de Privacidade. Era possível visualizar os compromissos da plataforma com os dados pessoais: “i) “Mantemos seus dados protegidos”; ii) “Não há anúncios nos serviços principais do G Suite for Education”; iii) “O Google está em compliance com as normas e práticas recomendadas do setor”; e iv) “Você tem informações claras sobre as políticas de privacidade e segurança do Google”. A empresa afirma que não é proprietária dos dados (e não poderia ser, pois os dados pessoais

pertencem ao titular), bem como diz respeitar direitos derivados da criação intelectual.

A Empresa garante que seus serviços principais, tais como *Cloud Identity Management*, *Google +*, *Google Cloud Search*, *Google Jamboard*, *Google Keep*, *Google Tasks* e *Google Voice* são protegidos (MARRAFON; FERNANDES, 2020, p. 213). Os serviços adicionais, por sua vez, poderiam ter anúncios e usar outras informações dos titulares.

Ocorre que não é muito fácil ao titular descobrir quais serviços capturam e tratam seus dados pessoais e quais não o fazem, pois as informações estão em Língua Inglesa, idioma que não é do domínio geral da população brasileira.

As estratégias de vigilância das empresas do segmento, com destaque para as que ofertam plataformas educacionais não se resume à coleta de dados dos estudantes para fins de envio de *marketing* ou monitoramento da navegação a partir dos e-mails institucionais fornecidos pela plataforma, o que por si só já seria violador (MARRAFON; FERNANDES, 2020, p. 216). Trata-se de um projeto maior e mais ambicioso, bem ao gosto do que Zuboff (2019) denomina de “capitalismo de vigilância”, cujos efeitos transcendem os objetivos empresariais e se espriam para a colonização de corpos e mentes.

A partir de suas investigações, Zuboff (2019) sustenta que as empresas se utilizam de sofisticadas estratégias e empregam a engenharia exatamente para ocultar sua maneira de operar, cujas práticas contradizem os anúncios feitos nos avisos e políticas de privacidade. A suposta coleta de dados para prover uma melhor experiência para o usuário não passa de uma escusa, que não encontra eco na realidade. O recolhimento de dados ocorre nas mais variadas atividades: a partir da captura da voz com auxílio de microfones; a captura de imagens obtida tanto pela

disponibilização espontânea pelos próprios titulares em sites de redes sociais, passando por aquelas captadas em plataformas educativas (objeto de análise) até chegar nas situações nas quais o preenchimento de formulários e disponibilização de dados é obrigatória, exigida para cumprimento de obrigação legal.

Em seus argumentos, Zuboff (2019) afirma que o capitalismo de vigilância se manifesta de muitas formas na vida das pessoas, não somente no plano digital. No entanto, as pessoas não percebem esse monitoramento com facilidade porque o sistema é engendrado propositadamente para que os usuários não se sintam incomodados com o monitoramento, pensando que “nada têm a esconder” e que inclusive se trata de uma “prática útil de customização” das informações, para uma entrega mais personalizada. No entanto, como evidencia com suas investigações, a ignorância dos usuários é engenhosamente preparada pelos peritos que atuam nas *big techs*⁵, o que dissolve as resistências e cega o titular de dados. Uma vez recolhidas e tratadas, passa-se à modulação dos comportamentos, estratégia de consequências sérias e reais, pois as emoções, orientações políticas, as escolhas mais íntimas passam a ser orientadas e conduzidas pelos algoritmos. Ao tratar dos algoritmos convém destacar que sua capacidade de recolhimento, seleção e combinação de informações conduz a verdadeiro mapeamento da pessoa, seus hábitos e crenças, classificando-as e predizendo seus comportamentos futuros.

Quando as contribuições de Zuboff são aplicadas às plataformas educativas percebe-se o risco maior, pois nesses ambientes digitais são armazenados sons e imagens das aulas, bem como resultados dos testes,

⁵ Daí a expressão utilizada pela pesquisadora: “Nossa ignorância é a felicidade deles”. (ZUBOFF, 2019).

atividades, questionários, conversas no *chat*, dentre tantas outras informações relevantes relacionadas aos processos de aprendizagem de pessoas que estão em fase de desenvolvimento. Com efeito, o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes deve ser feito de maneira mais cuidadosa e inspirada pelo princípio do superior interesse da criança, como disposto no art. 14, da LGPD (BRASIL, 2018).

Sabe-se que o conceito de “superior interesse” é amplo e flexível e muitos poderiam pensar que a disponibilização das plataformas estava ocorrendo justamente para atender a esse comando legal. Existem, no entanto, alguns aspectos a ponderar para aferir se o interesse predominante é o das crianças e adolescentes, conforme se extrai da Orientação nº 14, do Comitê de especialistas em Direitos da Criança, da Organização das Nações Unidas (ORGANIZAÇÃO..., 2013). Para que se atenda efetivamente aos interesses dos infantes e adolescentes deve-se, em primeiro lugar, compreender a importância e alcance de seus direitos, que são especiais, indivisíveis, universais, interdependentes e inter-relacionados; deve-se reconhecer esses titulares como sujeitos de direitos, ou seja, seres humanos dotados de vontade e que não podem ser utilizados como objetos de intervenção (ou de experiências das *big techs*, feitas com auxílio de seus algoritmos); os Estados Partes da Convenção sobre os Direitos da Criança devem fazer todos os esforços para respeitar, proteger, cumprir e fazer cumprir os direitos expressos nos documentos internacionais, dentre eles assegurar o direito à educação, salvaguardando a privacidade, igualdade e dignidade das crianças e adolescentes. Logo, a contratação de plataformas educacionais deve ser feita de maneira cuidadosa, com responsabilidade por parte dos gestores e, sobretudo, compreensão da necessidade de proteção dos dados pessoais dos estudantes menores de idade.

Portanto, no momento da contratação já deveriam ser exigidas algumas salvaguardas para os estudantes, abrangendo todo e quaisquer serviços integrantes do pacote negociado. Todavia é utópico pensar que esses cuidados tenham sido adotados, assim como é pouco provável que as escolas que utilizaram as plataformas educativas tenham recebido a devida formação ou tenham feito reflexões críticas sobre a atuação e os verdadeiros propósitos das empresas⁶.

Ainda que de grande importância, percebe-se que o tema, no entanto, não figurou (e ainda não figura) nas pautas oficiais, nada constando sobre a proteção de dados pessoais dos estudantes e professores nos documentos produzidos pelo Ministério da Educação no período da pandemia. Quando comparado com outros Estados, a exemplo de Portugal e outros países europeus⁷, constata-se o atraso do Brasil, pois antes da pandemia aqueles países já discutiam os riscos com a exposição de dados pessoais dos estudantes nas escolas, conforme se constata a partir das contribuições de Frota (2020, p. 200):

Os dados pessoais detidos pelas escolas traduzem-se em elementos de uma dimensão e um volume assinaláveis. E reflectem aspectos íntimos da vida privada dos escolares como das famílias que integram ou em cujo seio se movem. Porque atinentes a um rol de peculiares domínios como, v.g., os de:

⁶ Segundo Marrafon e Fernandes (2020, p.219-220), várias secretarias municipais e estaduais contrataram os serviços da Empresa Google, tais como: “Secretaria da Educação dos Estados de São Paulo (Parceria, 2013), do Rio Grande do Sul (Secretaria, 2016), do Amazonas (Seduc, 2015), da Bahia (Governo, 2018) e do Espírito Santo (Novas, 2018), bem como as Secretarias da Educação dos Municípios de Jaraguá do Sul, em Santa Catarina; Cordeirópolis e São Caetano do Sul, em São Paulo; e Ipatinga, em Minas Gerais (Google, 2019a)”.

⁷ Dias da Fonseca e Torquato Rego (2021, p. 477) ao tratarem da aplicação do Regulamento Geral de Proteção de Dados às plataformas educativas, narram os cuidados adotados no Estado de Hesse, na Alemanha: “Um exemplo de sua aplicação ocorreu no estado de Hesse, Alemanha, no qual foi proibido o uso, pelas crianças, das ferramentas: MS Office 365, iWork da Apple e Google Docs, para a realização de trabalhos nas escolas. Isso ocorreu devido ao não atendimento das regras previstas quanto à coleta de dados dos menores, que acontecia sem o devido consentimento, essa decisão foi tomada pela Comissão Local para Proteção de Dados e Liberdade da Informação (HBDI).

processo de aprendizagem;
marcas comportamentais;
traços psicológicos;
percurso escolar;
agregado familiar e sua estrutura;
situação sócio-econômica do agregado;
eventuais opções religiosas;
herança cultural; e
quadros patológicos próprios e dos ascendentes evidenciados.

Como se percebe, as escolas tratam inúmeros dados pessoais dos estudantes e seus familiares. Algumas dessas informações, listadas acima, podem ficar evidenciadas no momento da aula ou da realização das tarefas. Cômicos desse risco, Frota (2020, p. 207) narra que a Comissão Nacional de Proteção de Dados Pessoais portuguesa lançou diretrizes para os estabelecimentos de ensino, de forma a evitar estigmatização dos estudantes em razão da divulgação de seu rendimento. Dentre elas, destaca “a disponibilização da avaliação de cada aluno ao seu encarregado de educação, em área reservada do sítio da Internet, sujeita a mecanismos rigorosos de autenticação de utilizadores devidamente autorizados [...]”, em medida para assegurar que o acesso ao rendimento ficasse disponível apenas ao responsável, encarregado de educação.

A orientação é bastante oportuna e deveria também ser objeto de reflexão no Brasil, pois se todos os resultados das avaliações dos estudantes forem lançados nas plataformas educativas operadas por grandes empresas estrangeiras, os dados de rendimento dos estudantes passam a terceiros alheios ao processo ensino-aprendizagem. Há o risco de que os algoritmos classifiquem aquela criança e adolescente com base nessas informações e, a partir disso, gerem scores que podem

interferir na sua futura inclusão no mercado de trabalho, em afronta ao princípio da igualdade. E assim, ao lado de um Currículo Lattes (ou até mesmo sobrepondo-se a ele) o profissional teria um “Currículo Google”. A diferença é que esse último não foi elaborado pelo titular, que sequer sabe quais informações a seu respeito foram utilizadas para a sua elaboração. Tudo isso sem direito ao esquecimento!

Ainda que para algumas pessoas esses riscos possam ser desconsiderados, minimizados ou até mesmo classificados como ficção científica, o fato é que o assunto foi levantado (sem, todavia, ter avançado) por pesquisadores e instituições comprometidas com a educação, como o Comitê Diretivo da Campanha Nacional pelo Direito à Educação (CAMPANHA, s.a., p. 12). Encontram-se apontamentos quanto ao risco da apropriação da pauta educacional por parte das empresas de tecnologia, que estariam se valendo da pandemia como justificativa para a expansão da lógica capitalista sobre a educação.

Logo, os riscos são reais e se a pandemia moldou, em regime de urgência, um novo desenho para a educação no Brasil, no qual o uso das plataformas será mais frequente, torna-se necessário que o debate, antes não realizado, seja agora entabulado. Para tanto, além dos argumentos já lançados ao longo deste texto pode ser somado o Comentário Geral n° 25 (2021) sobre os Direitos das Crianças em relação ao ambiente digital, publicado em abril de 2021 pelo Comitê de especialistas em Direitos da Criança, da Organização das Nações Unidas. Neste documento fica evidenciado que a larga utilização das tecnologias da Informação e Comunicação por parte de crianças e adolescentes revela novos desafios aos responsáveis pela promoção da proteção integral, os quais precisam, ao lado das demandas tradicionais da área, também prover o acesso seguro às tecnologias. (ORGANIZAÇÃO..., 2021).

Pautada em importantes princípios, tais como o da não discriminação, do melhor interesse da criança, do direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento, do respeito pela opinião da criança e desenvolvimento progressivo das capacidades, este documento é um verdadeiro tratado internacional para o cuidado de crianças e adolescentes no ambiente digital.

O documento, apropriando-se do conceito de proteção integral a ser promovida pela família, sociedade e Estado, atribui importantes deveres ao segmento empresarial ao dispor que “As empresas devem respeitar os direitos das crianças e prevenir e remediar o abuso de seus direitos em relação ao ambiente digital. Estados Partes têm a obrigação de assegurar que as empresas cumpram essas responsabilidades. (ORGANIZAÇÃO, 2021, p. 7)

Quanto aos dados pessoais e o direito à privacidade, o Comentário nº 25 estabelece que as interferências na privacidade de uma criança só podem ser permitidas se não forem arbitrárias ou ilegais, devendo estarem previstas em lei e destinadas a um propósito legítimo. Deve-se adotar a minimização dos dados como regra, o tratamento deve ser proporcional e sempre de acordo com o melhor interesse da criança. Para tanto, o documento insta os Estados a adotarem medidas legislativas e administrativas, incluindo salvaguardas nas suas legislações, primando pela transparência e comprometendo-se com a fiscalização. (ORGANIZAÇÃO, 2021, p. 14)

Portanto, há legislação, diretrizes internacionais e orientações doutrinárias que podem ser seguidas para que o uso de plataformas educativas não viole direitos fundamentais dos usuários, constituindo-se em aliado para promover o acesso à educação. É imperioso que os riscos até então invisibilizados e não tratados pelos gestores públicos e

pela maioria das instituições de ensino sejam discutidos, debate que está atrasado no Brasil, como visto ao longo do texto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do trabalho foram evidenciadas as dificuldades enfrentadas pelos estudantes brasileiros, em especial crianças e adolescentes que, em razão da pandemia do novo Coronavírus, ficaram privados de frequentar as escolas. O direito à educação foi fortemente prejudicado ao longo dos anos de 2020 e 2021, enfrentando-se problemas para a sua oferta tanto em instituições públicas, quanto privadas. Em grande medida os entraves derivaram de histórico descaso com a educação, refletindo-se em escolas que, em pleno Século XXI, não estavam devidamente aparelhadas para uso das tecnologias da informação e comunicação, carecendo da estrutura necessária e de formação adequada aos educadores.

Este cenário foi um pouco diverso nas instituições privadas o que, todavia, não teve impacto tão significativo em razão da esmagadora maioria dos estudantes dessa faixa etária estarem matriculados em escolas públicas, como evidenciado pelos dados do Censo Escolar do ano de 2020.

Em meio a todas as incertezas derivadas da rápida expansão do vírus, o Brasil careceu de orientações gerais emanadas do Ministério da Educação. Faltaram destinação orçamentária e estratégias específicas que pudessem ser adotadas pelos estados e municípios, pois muitos desses entes não dispunham de meios concretos para assegurar o acesso à educação das crianças e adolescentes. O quadro de descaso sistemático

estendeu-se por aproximadamente dois anos, o que por certo gerará efeitos negativos e de atraso educacional por mais de uma década.

Evidenciou-se, por outro lado, que o período da pandemia contribuiu para a expansão da “economia de plataformas educativas”, movimento que já havia se iniciado no Brasil desde a autorização da educação à distância e que ganhou intensidade com o isolamento social. As grandes empresas identificaram o momento como propício para que secretarias de educação dos estados e dos municípios firmassem parcerias e novos contratos, estendendo os seus tentáculos sobre o sistema educacional brasileiro.

Ao lado das inúmeras vantagens que podem ser oferecidas pelas plataformas e seus serviços também existem riscos, conforme apontado ao longo deste artigo. Dentre eles, destacou-se a vigilância das próprias empresas, que coletam e tratam dados pessoais dos estudantes e educadores sem a devida transparência. É imperioso que, superado o momento emergencial, o uso dessas plataformas educativas no âmbito das instituições de ensino seja discutido, seus eventuais riscos sejam identificados e sopesados, difundindo-se informações adequadas e corretas para que os professores e estudantes possam refletir criticamente sobre o tema, em esforço conjunto para minimizar os eventuais efeitos negativos sobre direitos fundamentais dos utilizadores. De igual forma, os gestores brasileiros precisam se manter mais atentos e dirigentes no momento das contratações, pois o Estado tem um importante papel na promoção, proteção e fiscalização dos atos, sobretudo quando eles causam impactos negativos sobre os direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

Não restam dúvidas, portanto, que o cuidado com os dados pessoais de crianças e adolescentes não é um mero “conselho” que as

empresas seguem “se” e quando “desejarem”. Trata-se de imposição legal, com supedâneo na Constituição Federal de 1988, que protege os direitos fundamentais, incluindo em seu rol os dados pessoais. A fonte da proteção integral, com prioridade absoluta para esses sujeitos, está no art. 227 da Constituição Federal e de lá irradia efeitos para todo o ordenamento jurídico, vinculando os particulares. Ademais, há farta legislação infraconstitucional, como o Estatuto da Criança e Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e, mais recentemente, a Lei nº 13.709/2018, específica para tutelar dados pessoais. Na seara internacional há diretrizes, como o Comentário Geral nº 25, da Organização das Nações Unidas. Portanto, não há argumentos plausíveis ou defensáveis para que as empresas não adotem políticas de privacidade transparentes e que respeitem aos direitos de crianças e adolescentes e não há escusas para mais omissão por parte do Estado brasileiro, cujo dever é prover a proteção integral e atuar no melhor interesse desses estudantes.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Organização Mundial de Saúde declara pandemia do novo Coronavírus. Mudança de classificação obriga países a tomarem atitudes preventivas. 2020 a. Disponível em: <https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>. Acesso em: 12 dez. 2021.
- BRASIL. Ministério da Educação. **Portaria nº 343, de 17 de março de 2020**. Dispõe sobre a substituição das aulas presenciais por aulas em meios digitais enquanto durar a situação de pandemia do Novo Coronavírus - COVID-19, 2020b. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-343-de-17-de-marco-de-2020-248564376>. Acesso em: 13. Dez. 2021.
- BRASIL. **Medida Provisória nº 934**, de 1º de abril de 2020. Estabelece normas excepcionais sobre o ano letivo da educação básica e do ensino superior decorrentes das medidas para enfrentamento da situação de emergência de saúde pública de que

trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. 2020c. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-934-de-1-de-abril-de-2020-250710591>. Acesso em: 23 dez. 2021.

BRASIL. **Ministério da Educação**. (2020 d). CNE aprova diretrizes para escolas durante a pandemia. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/busca-geral/12-noticias/acoes-programas-e-projetos637152388/89051-cne-aprova-diretrizes-para-escolas-durante-a-pandemia>. Acesso em: 04 ago.2022.

BRASIL. **Censo Escolar 2020. Divulgação dos resultados**. Disponível em: https://download.inep.gov.br/censo_escolar/resultados/2020/apresentacao_coletiva.pdf. Acesso em: 31 ago. 2022.

CAMPANHA NACIONAL PELO DIREITO À EDUCAÇÃO. Guia Covid- 19: Educação a Distância. v. 3, 2020. Disponível em: <https://campanha.org.br/acervo/guia-covid-19-educacao-distancia/>. Acesso em: 30 ago. 2021

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM EDUCAÇÃO. **Mensagem à sociedade brasileira o calendário escolar (inclusive do ENEM) e a aplicação de aulas não presenciais na educação básica**. Disponível em: https://www.cnte.org.br/images/stories/2020/2020_04_09_notas_publicas_ead_calendario.pdf. Acesso em: 22.jun. 2020.

DE OLIVEIRA MEDEIROS, A. B.; DE LOURDES LUNNA GESTEIRA DA SILVA, L. Brasil pandêmico e proteção de dados de crianças e adolescentes no meio digital: diagnósticos gerais. **Revista FIDES**, v. 11, n. 2, p. 295-312, 21 jan. 2021. Disponível em: <http://revistafides.ufrn.br/index.php/br/article/view/509> Acesso em: 30 ago. 2022

DIAS DA FONSECA, I.; TORQUATO REGO, M. B. A proteção de dados pessoais das crianças e adolescentes no âmbito da educação online. **Revista FIDES**, v. 11, n. 2, p. 469-488, 21 jan. 2021. Disponível em: <http://revistafides.ufrn.br/index.php/br/article/view/518>. Acesso em: 29 ago. 2022.

FROTA, Mário. Dados de crianças e sua indefectível tutela: começar em casa, prosseguir criteriosamente na escola. In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 183-224.

MARRAFON, M. A.; FERNANDES, E. R. A, B, C, Google: riscos ao direito fundamental à proteção de dados de crianças e adolescentes no g suite for education. **Direito Público**, [S. l.], v. 17, n. 95, 2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4094>. Acesso em: 30 ago. 2022.

- OKMAWATI, Mike. THE USE OF GOOGLE CLASSROOM DURING PANDEMIC. **Journal of English Language Teaching**. Volume 9, No. 2, pp. 438-443. Disponível em: <http://ejournal.unp.ac.id/index.php/jelt/article/view/109293/103809> Acesso em: 27 ago. 2022.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê dos Direitos da Criança. **Comentário Geral N° 14 (2013)**. Comentário geral n.o 14 (2013) do Comité dos Direitos da Criança sobre o direito da criança a que o seu interesse superior seja tido primordialmente em consideração. ONU, 2013. Disponível em https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/cdc_com_geral_14.pdf. Acesso em 17 set. 2021.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê dos Direitos da Criança. **Comentário Geral N° 25 (2021) sobre os Direitos das Crianças em relação ao ambiente digital**. ONU, 2021. Disponível em <https://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2021/04/comentario-geral-n-25-2021.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2021.
- SENRA, V. B. C.; SILVA, M. S. da. A educação frente à pandemia de COVID-19: atual conjuntura, limites e consequências / Education in front of the COVID-19 pandemic: current conjuncture, limits and consequences. **Brazilian Journal of Development**, [S. l.], v. 6, n. 12, p. 101771-101785, 2020. DOI: 10.34117/bjdv6n12-608. Disponível em: <https://brazilianjournals.com/ojs/index.php/BRJD/article/view/22114>. Acesso em: 30 aug. 2022.
- TEIXEIRA, D. A. de O.; NASCIMENTO, F. L. Ensino remoto: o uso do Google Meet na pandemia da COVID-19. **Boletim de Conjuntura (BOCA)**, Boa Vista, v. 7, n. 19, p. 44-61, 2021. DOI: 10.5281/zenodo.5028436. Disponível em: <https://revista.ioles.com.br/boca/index.php/revista/article/view/374>. Acesso em: 29 ago. 2022.
- ZUBOFF, Shoshana. **Shoshana Zuboff em Capitalismo de Vigilância** / VPRO Documentário. 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=hIXhnWUmMvw>. Acesso em: 3 nov. 2021.

11

AS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES PORTADORES DE DEFICIÊNCIA NA PANDEMIA

*Rosane Beatris Mariano da Rocha Barcellos Terra*¹

INTRODUÇÃO

O papel do Estado está assentado na necessidade de promoção de políticas para a unificação social. A implementação legal de mecanismos para o fortalecimento de políticas públicas, no intuito de inserir, na sociedade, pessoas em situação de exclusão, é medida necessária. Logo, o tema acerca de políticas públicas é inovador, devendo estar no rol de prioridades governamentais. Assim, cabe uma análise acerca da importância e o desenvolvimento das referidas políticas para o desenvolvimento social.

Objetiva-se, com esse trabalho, não só estudar as políticas públicas para inclusão de crianças e adolescentes portadoras de deficiência no período da pandemia, mas também demonstrar os impactos sociais para tal grupo em razão do período pandêmico.

Em termos metodológicos, está trabalhando com uma pesquisa qualitativa e quantitativa, eis que se faz uma compreensão dos dados estatísticos e se estabelece sua relação com os problemas enfrentados pelo grupo pesquisado durante a Covid-19. A pesquisa está amparada em método dedutivo, eis que apresenta assinalados, de forma bem

¹ Professora Doutora do curso de Direito da Universidade Franciscana – UFN – Santa Maria/RS – e-mail: rterra@ufn.edu.br e rosanebterra@yahoo.com.br

marcantes, argumentos que se fundem ou atribuem certa probabilidade ao que está sendo primeiramente coletado e analisado e, posteriormente, analisado e concluído.

Por sua vez, os métodos de procedimento serão o histórico e o estatístico, tendo em vista a preocupação com a adequação e respeito ao estudo das políticas públicas, ao direito fundamental de crianças e adolescentes e pessoas que portam alguma deficiência, bem como se as políticas públicas alcançaram tais pessoas.

Na análise empírica, dados estatísticos serão necessários, especificando os atributos quali-quantificáveis dos dados recolhidos para uma compreensão em consonância com a construção teórica. O projeto de pesquisa estará centrado em documentação indireta, com coleta de dados e informações secundárias, com o objetivo de viabilizar o estabelecimento de categorias analíticas, a exibição adequada dos dados e a apresentação dos seus significados, mas cabe referir que tais dados ainda são esparsos e escassos.

O trabalho está dividido em três partes. Inicialmente é feita uma análise das políticas públicas no País. Delimita-se alguns conceitos e as bases teóricas que serão usadas ao longo do trabalho. Ao depois, será feito um estudo acerca dos conceitos de criança e adolescente e sua proteção especial, dispositivos e legislações que trazem em seu bojo tal proteção, além do conceito de portador de deficiência que deve ser usado no trabalho. Por fim, a implementação ou necessidade de implementação de políticas públicas específicas para crianças e adolescentes com algum tipo de deficiência no período da pandemia, em especial em 2021, será tratado.

1 POLÍTICAS PÚBLICAS NO PAÍS E SEUS ASPECTOS CONCEITUAIS

Nos países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, a demanda pelo Estado é mais específica. Isto é, nesse caso, clama-se por um governo coeso que atenda às condições subjetivas de cada cidadão. Assim, superando as estruturas, já esgotadas, que reproduzem o atraso e a desigualdade (BUCCI, 2021a).

A jurista e pesquisadora Maria Paula Dallari Bucci (2021a) relaciona as demandas específicas dos países em desenvolvimento com o tema das políticas públicas. Para ela, as Políticas Públicas são uma “tecnologia jurídica governamental”. Desse modo, consistem em planejar estrategicamente, a longo prazo, a realização dos objetivos democráticos, contudo, num horizonte temporal breve (2021a, p. 20).

Essa “tecnologia jurídica governamental” é voltada a criar e replicar padrões jurídicos de organização de ações governamentais. Portanto, a abordagem das políticas públicas contribui para a criação de maneiras de organização e estruturação do Poder Público capazes de melhorar a sua intervenção. Assim, tornando-a mais efetiva, reduzindo a desigualdade e, principalmente, acelerando o processo de inclusão social (BUCCI, 2021a).

Nesse contexto, as políticas públicas servem como um importante instrumento de combate às desigualdades, no enfrentamento da exclusão social e efetivação da cidadania. Isso porque política pública, é “o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, “colocar o governo em ação” e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente)” (SOUZA, 2006, p. 26). Dessa maneira, a formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que os governos

democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças na vida das pessoas (SOUZA, 2006).

As políticas públicas, dessa forma, são a materialização do Estado por meio de diretrizes, programas, projetos e atividades que tenham por objetivo atender às demandas sociais. Por isso, são chamadas públicas, porque abrangem o estatal e o não-estatal (CAVALCANTE DA SILVA, 2010), ou seja, é “uma atividade estatal que engloba normas e atos específicos, instrumento de concretização de direitos fundamentais e de viabilização da justiça social” (REYMÃO; CAÇAPIETRA, 2018, p. 546).

De acordo com Bucci (2021b), as políticas públicas funcionam como instrumentos de aglutinação de interesses em torno de objetivos comuns que passam a estruturar uma coletividade de interesses e funcionam como um instrumento de planejamento, racionalização e participação popular.

Por esse motivo, o que apresentei como direitos e deveres (conteúdo do exercício de cidadania) é algo possível mas dependente de enfrentamento político adotado por quem tem pouco poder. Só existe cidadania se houver a prática de reivindicação da apropriação de espaços, da pugna para fazer valer os direitos do cidadão. Neste sentido, a prática da cidadania pode ser a estratégia, por excelência, para a construção de uma sociedade melhor. Mas o primeiro pressuposto dessa prática é que esteja assegurado o direito de reivindicar os direitos, e que o conhecimento deste se estenda cada vez mais a toda a população (MANZINE-COVRE, 2003, p. 10).

O que se percebe, é que as políticas públicas têm como principal destinatário a sociedade, devendo, dessa maneira, ouvir seus anseios e necessidades, ou seja, para que as demandas sociais sejam consideradas desde a etapa da percepção e definição dos problemas. Esses são

precedidos à formulação de uma política pública até a etapa em que é procedida a avaliação final dela (CAVALCANTE DA SILVA, 2010).

De modo geral, pode-se entender a efetividade a partir do sentido da existência de algo que se manifesta com efeito real. Já a eficácia, com o sentido de algo que produz o efeito desejado. Quanto à eficiência, ela tem associação direta com fatores econômicos, pois diz respeito à capacidade de realização com observância da relação custo-benefício (CAVALCANTE DA SILVA, 2010). Assim, com relação às políticas públicas, pode-se simplificar o entendimento a partir de algumas perguntas, tais como: “efetividade – a política formulada foi de fato implementada? eficácia – os resultados previstos foram alcançados? eficiência – quanto de recursos foi despendido para o alcance dos resultados?” (CAVALCANTE DA SILVA, 2010, p. 172).

Para (BUCCI, 2021b, p. 13), no campo do Direito, pode-se partir de uma definição de políticas públicas. Sendo, os programas de ação governamental voltados à concretização de direitos. Considerando-se, que hoje, a abrangência dos direitos fundamentais, que em sucessivos pactos internacionais, depois ratificados são internalizados nas ordens jurídicas nacionais, vêm sendo ampliados, a ponto de abranger hoje o direito síntese do desenvolvimento. Assim, a jurista rompe com a dualidade entre: políticas públicas e políticas sociais.

O termo política pública não serve para designar a política do Estado, mas a política do público, de todos e para todos, comprometendo-se a aprimorar os objetivos coletivos e a coesão social. Para Bucci (2021b), as políticas públicas são instrumentos de ação de governo que desenvolve e aprimora o *government by Law*, sendo que a função de governar é o núcleo da ideia de política pública, redirecionando o eixo de organização do governo da lei para as políticas.

A partir disso, mesmo as políticas públicas relacionadas apenas com a concretização de direitos, também carregam a finalidade que é assegurar o gozo da liberdade a todos os cidadãos. Portanto, toda política pública pode ser considerada, nesse sentido, ao mesmo tempo, uma política social.

Tal situação ainda deve ser vista num contexto de fragilidade social, como o vivido com a Covid-19. Já que o acesso restou dificultado para muitos grupos de pessoas. Crianças e adolescentes não foram considerados no grupo de risco, muito embora os portadores de deficiência o tenham. Cabe a reflexão se as políticas públicas para tal grupo, específico e nichado, existiram ou foram desenvolvidas.

2 CRIANÇA E ADOLESCENTE PORTADORES DE DEFICIÊNCIA: ANÁLISE GERAL

Nesse sentido, ao Estado, cabe a tarefa de regular as instituições privadas de proteção social, ou seja, em suas posturas, concepções, objetivos e métodos de provisão social de modo a atender às exigências das políticas sociais contidas no texto constitucional. Esse seria um dos principais objetivos em sede de inclusão social e redução da desigualdade que deve começar na infância a partir da educação.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, prevê no seu título II, “Dos direitos e garantias fundamentais”, “Dos direitos sociais” e no artigo 6º, o direito social à educação e à proteção à infância. Além disso, o Brasil ratificou a Convenção sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas, por meio do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990 (BRASIL, 1990). Dessa forma, iniciou-se a construção de um marco teórico

normativo que garante uma maior efetivação dos direitos de crianças e adolescentes e o seu acesso à educação.

Nos termos dessa Convenção, foi considerada “criança” toda pessoa com menos de dezoito anos de idade, o que abrangeu no Estado brasileiro tanto as crianças quanto os adolescentes. Essa norma estabelece princípios e regras inerentes aos direitos da criança e do adolescente, influenciando a inserção desses indivíduos no direito nacional. A Convenção sobre Direitos da Criança reconheceu os direitos humanos a toda criança, considerando:

estas com pessoas com até dezoito anos de idade, sem nenhuma distinção de: Raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiência física, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais (BRASIL, 1990).

Ficou assegurado, dessa forma, a garantia da proteção integral dos mais diversos direitos, dos quais passa a ser titular toda criança e adolescente, para que se possibilite o desenvolvimento integral, dentre eles o direito à educação, à liberdade, à igualdade, ao não trabalho, ao lazer, à cultura, entre outros. O direito à educação de crianças e adolescentes com deficiência também se encontra amparado nessa Convenção, que, com o intuito de garantir a inclusão social, prevê os mais diversos direitos fundamentais (BRASIL, 1990):

Art. 23 - 1. Os Estados-Partes reconhecem que a criança portadora de deficiências físicas ou mentais deverá desfrutar de uma vida plena e decente em condições que garantam sua dignidade, favoreçam sua autonomia e facilitem sua participação ativa na comunidade. [...] 3. Atendendo às necessidades especiais da criança deficiente, a assistência prestada, conforme disposto no parágrafo 2 do presente artigo, será gratuita sempre que

possível, levando-se em consideração a situação econômica dos pais ou das pessoas que cuidem da criança, e visará assegurar à criança deficiente o acesso efetivo à educação, à capacitação, aos serviços de saúde, aos serviços de reabilitação, à preparação para o emprego e às oportunidades de lazer, de maneira que a criança atinja a mais completa integração social possível e o maior desenvolvimento individual factível, inclusive seu desenvolvimento cultural e espiritual. [...].

Portanto, o direito à educação deve ser assegurado em condições de igualdade, independente de condições físicas ou mentais, classe social, gênero ou raça e no sentido de garantir a dignidade humana. Para isso, os Estados devem agir conforme previsto no artigo 28:

Artigo 28 a) tornar o ensino primário obrigatório e disponível gratuitamente para todos; b) estimular o desenvolvimento do ensino secundário em suas diferentes formas, inclusive o ensino geral e profissionalizante, tornando-o disponível e acessível a todas as crianças [...]; c) tornar o ensino superior acessível a todos com base na capacidade e por todos os meios adequados; d) tornar a informação e a orientação educacionais e profissionais disponíveis e acessíveis a todas as crianças; e) adotar medidas para estimular a frequência regular às escolas e a redução do índice de evasão escolar (BRASIL, 1990).

Por meio da Convenção, os Estados foram responsabilizados a oportunizar diversas formas de acesso à educação a todos, independentemente da cor, raça, gênero ou classe social, e em todos os níveis de ensino, com o intuito de promover a continuidade do seu desenvolvimento educacional. No âmbito internacional, em relação ao direito à educação, também vigora a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da Organização das Nações Unidas, que foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, que dispõe sobre a proteção dos direitos humanos de pessoas com

deficiência. A Convenção prevê tratamento especial às crianças com deficiência (BRASIL, 2009) que:

1. Os Estados-partes tomarão todas as medidas necessárias para assegurar às crianças com deficiência o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, em igualdade de oportunidades com as demais crianças.
2. Em todas as ações relativas às crianças com deficiência, o superior interesse da criança receberá consideração primordial.
3. Os Estados Partes assegurarão que as crianças com deficiência tenham o direito de expressar livremente sua opinião sobre todos os assuntos que lhes disserem respeito, tenham a sua opinião devidamente valorizada de acordo com sua idade e maturidade, em igualdade de oportunidades com as demais crianças, e recebam atendimento adequado à sua deficiência e idade, para que possam exercer tal direito.

Já o artigo 24 (BRASIL, 2009) tratou do direito à educação em todos os níveis da pessoa com deficiência, e dentre eles está o direito à educação de crianças e adolescentes. Dessa forma, com esse arcabouço legislativo, garante-se que as crianças e adolescente com deficiência não sejam excluídas da rede escolar por sua condição, assegurando a existência de um sistema educacional inclusivo em todos os níveis, e preocupando-se também com a condição peculiar de cada pessoa e suas limitações, necessidades e possibilidades.

A proteção jurídica nacional e internacional, bem como as políticas públicas destinadas à garantia do direito à educação, que é titular toda a criança e adolescente, visam enfrentar os obstáculos à universalização do direito à educação, garantindo a inclusão social e o direito à cidadania. (MOREIRA; CUSTÓDIO, 2015).

É importante reforçar a articulação intersetorial das políticas públicas de atendimento, proteção, promoção de direitos e justiça, com a

finalidade de assegurar o direito à educação para crianças e adolescentes com necessidades especiais, de forma que se prime pela participação da comunidade no processo de elaboração e desenvolvimento da política pública educacional, a fim de aumentar a sua efetividade, eficácia e qualidade (MOREIRA; CUSTÓDIO, 2015). Contudo, todas essas articulações a partir das políticas públicas foram ainda mais necessárias durante o período de pandemia do COVID-19.

O enfrentamento aos impactos da globalização, por meio de políticas públicas desenvolvidas com a participação efetiva da comunidade, é de grande relevância para o combate a exclusão social e a efetivação da cidadania. A participação comunitária nos assuntos relacionados à própria realidade social, econômica e política é uma necessidade nas atuais gestões públicas. A solidariedade e o exercício da cidadania no espaço público local são de extrema importância para a articulação em rede de políticas públicas de proteção à infância em busca da inclusão social nas comunidades e a concretização da cidadania de crianças e adolescentes (MOREIRA; CUSTÓDIO, 2015, 240).

Segundo o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - Conanda, órgão do Sistema de Garantia dos Direitos e Garantias da Criança e do Adolescente, previsto na Lei 8.069/1990- Estatuto da Criança e do Adolescente- ECA. Trouxe importantes recomendações para a proteção da criança e do adolescente no retorno presencial às aulas durante a pandemia do COVID-19. Em suma, o Conanda expressa sua preocupação com a garantia dos direitos à educação, à saúde, e à vida de crianças e adolescentes estudantes da rede pública e privada de educação básica bem como com toda a comunidade escolar e acadêmica (BRASIL, 2021, p. 4). Portanto, o direito à educação das crianças e

adolescentes também está relacionado a sua proteção em todos os âmbitos para uma educação mais inclusiva.

Já em relação aos portadores de deficiência, destaca-se que a dificuldade de acesso à educação na pandemia foi ainda maior para elas. Isso porque, mesmo que elas possuam eletricidade e Internet, necessitam de metodologias de ensino acessíveis para terem seu direito à educação efetivado. Destarte, pensar em uma educação à distância que seja acessível a todos, mormente a esse público, vai muito além do mero acesso à rede mundial de computadores (VIEIRA, 2022, p. 105). Portanto, uma rede de apoio é ainda mais necessária, sendo imperiosa a participação da família e da comunidade.

Ainda, para que se concretize uma educação inclusiva é necessário o reconhecimento das necessidades especiais e específicas para possibilitar a igualdade. Assim, como evidenciou-se, no Brasil, ao longo do tempo, foram criadas diversas políticas públicas que buscam garantir o direito à educação às pessoas com deficiência. Entre elas destaca-se a Constituição de 1988, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, os Planos de Educação do Plano Nacional de Educação - PNE e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Dessa forma, a educação inclusiva constitui um paradigma educacional fundamentado na concepção de direitos humanos, que conjuga igualdade e diferença como valores indissociáveis.

Os dados apresentados a seguir são os mais recentes conseguidos até o momento, cabe lembrar que ainda estão sendo apurados os indicadores do período pandêmico. A Pesquisa Nacional de Saúde (PNS), feita em 2019, apurou que 17,3 milhões de pessoas com dois anos ou mais de idade (8,4% dessa população) possuíam algum tipo de deficiência. Em relação aos tipos, verificou-se que as 3,4% (ou 6,978 milhões) da

população, com 2 anos ou mais de idade, tinham deficiência visual; sendo que 1,1% (ou 2,3 milhões) tinham deficiência auditiva e 1,2% (ou 2,5 milhões) tinham deficiência mental.²

Um dos dados importantes demonstrados diz respeito a força de trabalho, já que apenas 28,3% das pessoas com deficiência em idade de trabalhar (14 anos ou mais de idade) estavam desempenhando alguma ocupação, ante 66,3% daquelas sem deficiência. E o mais preocupante, cerca de 67,6% da população com deficiência não tinham instrução ou tinham o ensino fundamental incompleto, percentual que era de 30,9% para as pessoas sem nenhuma das deficiências investigadas, ou seja, uma taxa quase dobrada.³

Além de tal análise, que demonstra um número considerável de pessoas portadores de alguma deficiência, cabe referenciar o conceito utilizado para pessoas com deficiência e que está no artigo 1º da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, recepcionado pelo Brasil e contido no Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Feitas tais considerações, cabe tecer considerações acerca do tema principal do presente trabalho, qual seja, tratar das Políticas Públicas

² Informações do site: <https://censos.ibge.gov.br/2013-agencia-de-noticias/releases/31445-pns-2019-pais-tem-17-3-milhoes-de-pessoas-com-algum-tipo-de-deficiencia.html>

³ Informações do site: <https://censos.ibge.gov.br/2013-agencia-de-noticias/releases/31445-pns-2019-pais-tem-17-3-milhoes-de-pessoas-com-algum-tipo-de-deficiencia.html>

para Crianças e Adolescentes portadores de deficiência na pandemia, eis que se compreende tal necessidade para uma efetiva inclusão social.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES PORTADORES DE DEFICIÊNCIA NA PANDEMIA

Antes de adentrar no cerne do trabalho, cabe refletir que pessoas com deficiência ou crianças e adolescentes não inerentemente vulneráveis a terem mais problemas com o Covid-19. O que torna essa vulnerabilidade percebida é o contexto social, ambiental e institucional.

Não só em razão das condições de saúde para contrair a doença, já que muitas vezes não podem determinar o local que estão ou as medidas a serem adotadas, mas em razão dos reflexos que causados pelo isolamento social.

Afinal, a vulnerabilidade de pessoas com deficiência e de crianças e adolescentes causado pelo distanciamento das estruturas sociais e estatais é um vetor a ser compreendido como grave, já que os diagnósticos de anormalidade ou patologia ficaram limitados aos espaços domésticos. Um dos graves problemas enfrentados pelas pessoas com deficiência e que as torna, em qualquer idade, vulneráveis aos longos afastamentos sociais, são as perdas econômicas e ausência de mecanismos de proteção social. Não bastasse isso, ainda podem ocorrer problemas como as medidas básicas de higiene, acesso a direitos básicos como água, moradia, alimentação ou serviços de saúde, além da dificuldade em manter o distanciamento social, já que em alguns casos necessitam de acompanhamento especializado.

Apesar de não haver consenso sobre sua maior vulnerabilidade ao vírus, somente por terem alguma deficiência, uma parte considerável desse grupo

de pessoas é reconhecida pelo risco relevante para o desenvolvimento da forma mais grave da COVID-19, seja pelas comorbidades presentes entre elas, seja pelas peculiaridades de sua rotina de vida, como a necessidade da presença de um cuidador e os impactos da doença sobre suas estruturas de apoio – família, amigos e serviços a que costumam recorrer. Além disso, pessoas com deficiência encontram-se, em média, na faixa etária de maior idade e, portanto, mais propensas a adquirir e desenvolver condições de saúde subjacentes, como doenças cardiovasculares, respiratórias, renais e metabólicas, fatores determinantes para integrarem o grupo de risco para a infecção (REICHENBERGER et al, 2020, p. 2).

A falta de renda representa uma dificuldade desproporcional para as pessoas com deficiência e suas famílias, conforme o dado acima já exposto, a força de trabalho é reduzida em menos da metade quando se trata de pessoas com deficiência em idade de trabalhar (14 anos ou mais de idade). Além disso, a escolaridade diminui e a conclusão da educação básica também, já que cerca de 67,6% da população com deficiência não possui instrução ou tinham o ensino fundamental incompleto.⁴

Algumas preocupações com a população que possui alguma deficiência devem ser ventiladas, condições crônicas subjacentes, obstáculos para acessar serviços de saúde básicos, algumas restrições na função respiratória ou do sistema imunológico, doenças cardíacas ou diabetes. Também são casos mais problemáticos, quando necessitam de atendimento de reclusão institucionalizados, como casas de suporte para medidas restritivas ou abrigos, quando não possuem outro local de acomodação.

Afinal, quando institucionalizados, tais pessoas aumentam a dependência de outras na vida comunitária e a necessidade de contato com

⁴ Informações do site: <https://censos.ibge.gov.br/2013-agencia-de-noticias/releases/31445-pns-2019-pais-tem-17-3-milhoes-de-pessoas-com-algum-tipo-de-deficiencia.html>

peessoas que vivem fora dessas instituições. E ao mesmo tempo, a falta de exposição e restrições de pessoas próximas pode gerar ainda mais sofrimento mental.

Outro fator a ser analisado, é o efeito precário da vida sedentária causados pelo isolamento, bem como as desigualdades no acesso aos ambientes de aprendizagem online. Logo, as medidas de saúde adotadas durante o período pandêmico para enfrentamento da pandemia podem ter gerado a intensificação na exclusão e na vulnerabilidade e que não levaram em conta, muitas vezes, as necessidades das pessoas com deficiência.

Dados de um estudo observacional apontaram que, em dez países da Europa, foi relatada a interrupção das internações para reabilitação, alta precoce e redução das atividades assistenciais, chegando à interrupção de 87% das atividades ambulatoriais na Itália, na Bélgica e no Reino Unido, com estimativa de milhões de pessoas com deficiência atingidos (SALDANHA et al, 2021, p. 12).

Além disso, o grupo de portadores de deficiência de crianças e adolescentes acabaram sofrendo com as dificuldades de acessar o serviço de saúde, por não serem grupo prioritário durante a pandemia (CORREIA; MAGNO, 2021). A falta de política pública voltada para tal grupo pode ter afetado sua estruturação, por isso com a diminuição da propagação do novo coronavírus, deve-se pensar num aumento da resposta às necessidades de saúde e apoio à cadeia de suprimentos, com insumos e serviços de saúde adequados e específicos.

Assim, mesmo que não se tenha dados acerca de quais políticas públicas foram realizadas ou se foi possível um atendimento especializado para tais grupos, faz-se fundamental que as necessidades das pessoas

com deficiência durante a pandemia, em especial crianças e adolescentes, sejam atendidas e implementados benefícios sociais capazes de atender suas demandas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As políticas públicas não se resumem ao assistencialismo, mas sim há uma gama de definições de instrumentos jurídicos e políticos de efetiva proteção garantias de toda e qualquer modalidade de direitos fundamentais destinadas ao público, ou seja, o principal objetivo de se criar uma política pública é a efetiva implementação do estatuído pelo Constituição Federal.

Ao construir a pesquisa, o que se tinha em mente era refletir como as crianças e adolescentes portadores de deficiências foram tratadas no período pandêmico e se políticas públicas foram capazes de atender tal grupo?

Nesse passo, deve-se construir um sentimento de bem social que permita fugir da atual cultura mercantilista, assentada em relações de custo e benefício, e vislumbrar, no bem comum, a forma mais salutar de ascensão do indivíduo no que tange à construção de uma sociedade fraterna e pluralista, por isso o trabalho analisa um grupo vulnerável no contexto social, eis que dependente, em sua maioria, de outras pessoas ou instituições.

O que se tem, atualmente sobre o tema, são dados esparsos e escassos e que não permitem identificar uma política pública voltado especificadamente ao grupo em estudo. Ademais, mesmo antes do período pandêmico, não há uma preocupação especial para crianças e adolescentes com deficiência.

Por isso, após o relato aqui traçado, seria interessante que Estado brasileiro implementasse uma estratégia para enfrentar a participação das pessoas com deficiência, em especial crianças e adolescentes, no planejamento e execução das estratégias de políticas públicas, torna-se possível a acessibilidade das medidas voltadas a indivíduos com diferentes tipos de deficiência, em seus diversos anos, garantisse uma coleta de dados abrangente e representativa, em que se pudesse fazer uma análise mais detida de tal grupo, por fim, medidas para reduzir o impacto do isolamento e distanciamento do grupo pesquisado.

O acompanhamento dos efeitos da crise instaurada na pandemia, em especial nas áreas sanitária, social, política e ética, em especial na proteção de populações mais vulneráveis é uma escolha que deve ser feita, já que ancorada em valores e interesses presentes na Constituição do País. Por isso, a sociedade e seus órgãos representativos devem primar para que se atuem no sentido melhorar com a realidade existente.

REFERÊNCIAS

- AMARI, Marina Luiza; GEDIEL, José Antônio Peres. Estatuto da Pessoa com Deficiência e a teoria das incapacidades. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo: Ed. RT, v. 23, ano 7, p. 31-63, abr.-jun.2020. Disponível em: <http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/748>. Acesso em: 26 fev. 2022.4
- BECHARA, Gabriela Natacha; RODRIGUES, Horácio Wanderlei; RIZZO, Marcelo Vitor Silva. Educação inclusiva para pessoas com deficiência: protagonismo docente e combate ao preconceito. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 18, n. 29, p. 198-220, 2020. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/3203>. Acesso em: 26 fev. 2022.
- BRASIL. Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. **Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm.
Acesso em: 05 set. 2022.

BRASIL. Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. **Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 06 set. 2022.

BRASIL. **Recomendações do Conanda para a proteção integral a crianças e adolescentes durante a pandemia do COVID-19**. 25 de março de 2020. Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/covid19/recomendacoes_conanda_covid19_25032020.pdf. Acesso em: 02 set. 2022.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos**. In: BUCCI, Maria Paula Dallari et al. *Direitos Humanos e políticas públicas*. São Paulo: Polis, 2001b. (Cadernos Polis 2). Disponível em: www.polis.org.br. Acesso em: setembro de 2022.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. Saraiva Educação SA, 2021a.

CAVALCANTE DA SILVA, Jacqueline Maria. **Políticas públicas como instrumento de inclusão social**. *Braz. J. Int'l L.*, v. 7, p. 161, 2010.

CORREIA, Ludmila Cerqueira; MAGNO, Patricia F. Carlos. **Direito à saúde mental e políticas públicas para as pessoas com deficiência psicossocial em conflito com a lei: uma análise das estratégias jurídico-políticas de resistência contra o retrocesso**. **Direito Público**, [S. l.], v. 18, n. 97, p. 205-231, 2021. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4918>. Acesso em: 26 ago. 2022.

MANZINE-COVRE, Maria de Lourdes. **O que é cidadania**. São Paulo: Brasiliense, 2003.

MEDEIROS, José Pinheiro Batista; NEVES, Eliane Tatsch; PITOMBEIRA, Mardênia Gomes Vasconcelos; FIGUREIREDO, Sarah Vieira; CAMPOS, Daniella Barbosa; GOMES, Ilvana Lima Verde. **Continuidade do cuidado às crianças com necessidades especiais de saúde durante a pandemia da COVID-19**. **Revista Brasileira de Enfermagem**. 2022;75(2): e20210150. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/reben/a/GRRJXxHJj4WJBq9XmhvQ9DQ/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 26 ago. 2022.

MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa; CUSTÓDIO, André Viana. **A garantia do direito à educação de crianças e adolescentes no contexto das políticas públicas brasileiras**.

Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, n. 1, p. 223-245, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3036>. Acesso em: 26 ago. 2022.

REICHENBERGER, Veronika; ALBUQUERQUE, Maria do Socorro Veloso de; DAVID, Renata Bernardes; RAMOS, Vinícius Delgado; LYRA, Tereza Maciel; BRITO, Christina May Moran de; KÖPTCKE, Luciana Sepúlveda; KUPER, Hannah. O desafio da inclusão de pessoas com deficiência na estratégia de enfrentamento à pandemia de COVID-19 no Brasil. **Epidemiol. Serv. Saude**, Brasília, 29(5):e2020770, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ress/a/PmtcgvxKKswpQTxbZVVyVpk/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 07 set. 2022.

REYMÃO, Ana Elizabeth Neirão; CAÇAPIETRA, Ricardo dos Santos. Políticas públicas e a concretização de direitos sociais: tomada de decisão, arquitetura de escolhas e efetividade. In: REYMÃO, Ana Elizabeth Neirão; CAÇAPIETRA, Ricardo dos Santos. Políticas públicas e a concretização de direitos sociais: tomada de decisão, arquitetura de escolhas e efetividade. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, n° 2, 2018 p.542-566. Disponível em: <https://www.rel.uniceub.br/article/download>. Acesso em: 07 set. 2022.

SALDANHA, Jorge Henrique Santos Saldanha; PEREIRA, Ana Paula Medeiros; SANTOS, Amanda Oliveira Costa dos; MIRANDA, Beatriz Santos; CARVALHO, Hercília Kayla Santos de; NASCIMENTO, Lilia Campos; AMARAL, Mariana Santos; MACEDO, Mariana Silva; CATRINI, Melissa; ALMEIDA, Milena Maria Cordeiro de. Pessoas com deficiência na pandemia da COVID-19: garantia de direitos fundamentais e equidade no cuidado. **Caderno Saúde Pública**, n. 37, 2021. Disponível em: <https://www.scielo.sp.org/article/csp/2021.v37n9/e00291720/>. Acesso em: 07 set. 2022.

SILVEIRA, Andressa da; VARGAS, Tainara Giovana Chaves de; SANTOS, Lairany Monteiro dos; HUPPES, Gabrielli Maria; HURTIG, Luana. CRIANÇAS E ADOLESCENTES COM DEFICIÊNCIA: ASSISTÊNCIA, CUIDADO E EDUCAÇÃO ESPECIAL EM TEMPOS DE PANDEMIA. **Revista Enfermagem Atual**. Disponível em: <https://revistaenfermagematual.com/index.php/revista/article/view/1230/1340>. Acesso em: 10 set. 2022.

SOUZA, Celina. **Políticas públicas**: uma revisão de literatura. *Revista Sociologias*, Porto Alegre, v. 8, n.16, p. 20-44, jul./dez. 2006.

VIEIRA, Ingra Etchepare et al. **O acesso à educação pelas crianças e adolescentes brasileiros com deficiência durante a pandemia da covid-19**. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2022.

12

ELEMENTOS PARA UMA TEORIA GERAL DA VULNERABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO DIGITAL ¹

Vitor Hugo do Amaral Ferreira ²

INTRODUÇÃO

A sociedade de consumo trouxe ao mundo uma relação não paritária, que se alicerça na assimetria entre os sujeitos que a protagonizam. A evolução dos meios e instrumentos tem aperfeiçoado as práticas de consumo, que não representam necessariamente a redução de desigualdades. Novas são as vulnerabilidades, em especial, as que se fundam no espaço digital em razão das novas tecnologias.

Antes de tratar a vulnerabilidade em delimitação exclusiva ao direito do consumidor, ou seu reconhecimento neste para fins de aplicabilidade de tutela específica, a partir e além do que a doutrina tem pontuado, o caráter interdisciplinar e plurissignificativo³ da vulnerabilidade exige descortinar os dogmas jurídicos e dialogar com outras áreas para indicar as bases da construção de um conceito possível. Na

¹ O texto apresentado neste artigo tem sua reflexão maior na obra Tutela de Efetividade no Direito do Consumidor Brasileiro: a tríade prevenção-proteção-tratamento revelada nas relações de crédito e consumo digital, publicado pela Thomson Reuters/Revista dos Tribunais. São Paulo, 2022.

² Doutor em Direito, pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, com ênfase em direito do consumidor e concorrencial. Docente do Curso de Direito da Universidade Franciscana (UFN).

³ “A vulnerabilidade é multiforme, conceito legal indeterminado, um estado de fraqueza sem definição precisa, mas com muitos efeitos na prática, em especial, pois presumida e alçada a princípio de proteção dos consumidores” em: MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 324.

definição de Susan L. Cutter⁴, a vulnerabilidade é objeto de estudo em áreas de risco, propensa a desastres naturais. A contribuição dos estudos geográficos, espaço em que a autora apresenta a “ciência da vulnerabilidade”, congrega a integração das ciências sociais, das ciências naturais e da engenharia, para, em síntese, compreender os indicativos que levam populações e locais a circunstâncias de risco, bem como os fatores que proporcionam a capacidade de resposta.

Ao contexto, é oportuno revisitar os conceitos de vulnerabilidade além do direito, construir bases que possam consolidar uma aplicabilidade da lei em razão da sua essência, ou seja, o reconhecimento da vulnerabilidade. Este é o propósito da reflexão que se propõe, tomar novos paradigmas para construir uma nova percepção sobre os conceitos fundamentais que norteiam o direito, de modo especial, o direito do consumidor.

1 A PLURALIDADE SIGNIFICATIVA DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE

No aspecto jurídico a vulnerabilidade também deve ser compreendida com a intersecção de ciências diversas. Ao correlacionar os principais autores⁵ que versam sobre a geovulnerabilidade, em analogia oportuna para o aspecto jurídico, toma-se emprestado o sentido de

⁴ Diretora do Instituto de Pesquisa de Riscos e Vulnerabilidades da Universidade da Carolina do Sul, sua especialidade versa sobre os fatores que condicionam pessoas e lugares suscetíveis a desastres ambientais.

⁵ Adger, Neil. *Vulnerability, Global Environmental Change*, 2006; Birkmann, Jörn. (org.). *Measuring Vulnerability to Natural Hazards: Towards disaster resilient societies*. Tóquio: United Nations University Press. 2006. Cutter, Susan, *Vulnerability in Environmental Hazards, Progress in Human Geography*. 2006; Turner, Billie; Kasperson, Roger; Matson, Pamela; McCarthy, James; Corell, Robert; Christensen, Lindsey; Eckley, Noelle; Kasperson, Jeanne; Luers, Amy; Martello, Marybeth; Polsky, Colin; Pulsipher, Alexander; Schiller, Andrew (2003). Disponível em <http://www.pnas.org/content/100/14/8074.full.pdf+html>. Acesso: 28 de abril, 2021. Para Susan L. Cutter, embora estes conceitos tenham sido já muito discutidos na literatura, as definições simples e genéricas apreendem a essência da vulnerabilidade.

“vulnerabilidade é o potencial para a perda”, que considera elementos de exposição ao risco e de expectativas para evitá-lo (identificar, responder e recuperar). Ao direito, em especial dos consumidores, o mercado de consumo promove o risco, com potencial para perda (dano), por isso é pertinente identificar instrumentos para impedi-lo. Identificar, responder e recuperação equivalem a prevenir, proteger e tratar (tutela de prevenção, tutela de proteção e tutela de tratamento).

Em outro ponto de vista, a vulnerabilidade no aspecto social é tema que vem sendo debatido a longo tempo por cientistas sociais em diferentes disciplinas. O conceito abarca, entre outras concepções, as econômicas, as ambientais, com dimensões na saúde e no direito. São múltiplas as condicionantes para vulnerabilidade social, “um conceito em construção, tendo em vista sua magnitude e complexidade”⁶. Da análise da vulnerabilidade social na Argentina e Uruguai, tem-se um importante recorte em que o entendimento sobre vulnerabilidade está no desajuste de acesso em três aspectos: recursos pessoais, recursos de direitos e recursos em relações sociais.⁷

⁶ MONTEIRO, Simone Rocha da Rocha Pires. O marco conceitual da vulnerabilidade social. Disponível em <file:///C:/Users/USER/Downloads/695-Texto%20do%20artigo-2583-1-10-20121210.pdf>. Acesso em 11 de abril de 2021. Assegura ainda que os primeiros estudos acerca do tema deram-se por meio da contribuição de Glewwe e Hall, que se restringiam à compreensão da vulnerabilidade a partir do viés econômico. Voltaram-se à capacidade de mobilidade social, uma vez que o fator econômico influencia na redução de oportunidades, interferindo diretamente nas possibilidades de acesso a bens e serviços. A noção de vulnerabilidade social foi trazida para o campo da saúde, principalmente, no que se refere à infecção por HIV, numa superação da noção de risco social como forma de ampliar a compreensão da suscetibilidade aos agravos de saúde. Essa contribuição se dá na medida em que passa a deslocar o foco do individual, considerando os aspectos do contexto social. Ao contexto da vulnerabilidade social, em especial ao recorte sobre saúde, registra-se que a Pandemia da Covid-19 trouxe uma perspectiva de vulnerabilidade global. Sem qualquer distinção, fez toda a população do planeta Terra sujeita ao risco, à condição de fragilidade.

⁷ KAZTMAN, Rubén; BECCARIA, Luis; FILGUEIRA, Fernando; GOLBERT, Laura; KESSLER, Gabriel. *Vulnerabilidad, ativos y exclusión social na Argentina e Uruguai*. Fundação Ford. 1999. Disponível em https://labordoc.ilo.org/discovery/fulldisplay?vid=411LO_INST:411LO_V1&tab=Everything&offset=0&docid=alma993374583402676&query=any,contains,kaztman%20vulnerabilidad%20activos%20y%20exclusion&context=L&adaptor=Local%20Search%20Engine&sortBy=rank&lang=es&search_scope=MyInst_and_CI. Acesso em 11 de abril de 2021.

A vulnerabilidade social vinculada à saúde tem ênfase a partir da infecção por HIV, no qual se deslocam as compreensões individuais da doença para os efeitos coletivos, em que o aumento do contágio⁸ intensifica políticas públicas de educação em prevenção e tratamento. É importante este recorte, ao se considerar que uma das pioneiras menções ao termo vulnerabilidade tem origem ao se referir a pacientes submetidos a pesquisas biomédicas e comportamental. Foi nos Estados Unidos da América, por meio da [Comissão Nacional para a Proteção de Sujeitos Humanos de Pesquisa Biomédica e Comportamental](#), no ano de 1978, a proposição do *Belmont Report* - Relatório Belmont: Princípios Éticos e Diretrizes para a Proteção de Sujeitos Humanos de Pesquisa, Relatório da Comissão Nacional para a Proteção de Sujeitos Humanos de Pesquisa Biomédica e Comportamental.⁹

O relatório funda os princípios básicos relevantes para pesquisa ética com seres humanos: (i) princípio do respeito pelas pessoas, (ii) princípio da beneficência e (iii) princípio da justiça.¹⁰ Traz também as

⁸ Aproximadamente 920 mil pessoas vivem no Brasil com HIV. Disponível em: <http://www.aids.gov.br>. Acesso em: 28 de abril, 2021.

⁹ The Belmont Report Ethical Principles and Guidelines for the Protection of Human Subjects of Research The National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research. Disponível em file:///C:/Users/USER/Desktop/ohrp_belmont_report.pdf; (versão em ingles); e El Informe Belmont Principios éticos y directrices para la protección de sujetos humanos de investigación La Comisión Nacional para la Protección de Sujetos Humanos de Investigación Biomédica y del Comportamiento. Disponível em https://www.fhi360.org/sites/default/files/webpages/po/RETC-CR/nr/rdonlyres/ena7zwmzpxffu44jh4evwz55t2cm3xeg7kxwld3hjae6np2vynxn3dy5hg7tsjtaglwkz57z_xrmho/belmontSP.pdf. (versão em espanho). Acesso: 15 de fevereiro, 2021.

¹⁰ Para [Leocir Pessini](#) e [Christian de Paul de Barchifontaine](#), o princípio do respeito pelas pessoas contempla que os indivíduos tenham sua autonomia respeitada; participem da pesquisa de forma voluntária e com informação adequada, além de respeito às pessoas com autonomia reduzida; enquanto a beneficência exige tratamento ético, considerando as decisões das pessoas voluntárias e proteção a danos; e a justiça é o princípio que rege a aplicação dos resultados a todos. PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas atuais da bioética*. São Paulo: Edições Loyola. 1991, p. 571-573.

diretrizes de consentimento informado, análise de riscos/ benefícios e procedimento para seleção de voluntários.¹¹

As menções à vulnerabilidade ao criar os princípios da bioética têm sua essência no livre consentimento de participação dos seres humanos em pesquisas que são voluntários. Especial atenção foi dada ao reconhecer a vulnerabilidade como condição de maior sensibilidade diante da influência indevida, da necessidade de esclarecimento e proteção. Neste cenário é também possível encontrar subsídios para definir a vulnerabilidade e os aspectos jurídicos que a envolvem, pois se é condição de sensibilidade às influências indevidas, e com isso há necessidade de esclarecimento e proteção, por certo, aos consumidores a vulnerabilidade os sensibiliza/fragiliza, torna-os impotentes diante das estratégias de ofertas em práticas desleais e abusivas, o que os fazem carentes de esclarecimento (educação para o consumo em sentido amplo) e proteção (políticas públicas de tutela efetiva).

¹¹ Na Declaração Universal sobre Genoma Humano e Direitos Humanos, a expressão vulnerável tem registro no art. 17 e art. 24 – Art. 17. Os Estados devem respeitar e promover a prática da solidariedade relativamente a indivíduos, famílias e grupos populacionais particularmente *vulneráveis* ou afetados por doença ou deficiência de caráter genético. Devem estimular, inter alia, pesquisa para a identificação, prevenção e tratamento de doenças causadas ou influenciadas por fatores genéticos, particularmente as doenças raras, bem como de doenças endêmicas que afetem parte expressiva da população mundial e Art. 24. O Comitê Internacional de Bioética da UNESCO deve contribuir para a disseminação dos princípios estabelecidos nesta Declaração e para a futura análise das questões decorrentes de sua aplicação e da evolução das tecnologias em questão. Deve organizar consultas a partes envolvidas, tais como grupos *vulneráveis*. Deve elaborar recomendações conforme os procedimentos estatutários da UNESCO, dirigidas à Conferência Geral e fornecer consultoria no que se refere ao acompanhamento da presente Declaração, particularmente na identificação das práticas que possam ser contrárias à dignidade humana, tais como intervenções em células germinais. Disponível em: <http://www.fiocruz.br/biosseguranca/Bis/manuais/qualidade/Genomdir.pdf>. Acesso: 28 de abril, 2021. Já na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, o art. 8º assim descreve: Respeito pela *vulnerabilidade* humana e integridade pessoal. Na aplicação e no avanço dos conhecimentos científicos, da prática médica e das tecnologias que lhes estão associadas, deve ser tomada em consideração a *vulnerabilidade* humana. Os indivíduos e grupos particularmente *vulneráveis* devem ser protegidos, e deve ser respeitada a integridade pessoal dos indivíduos em causa. Disponível em <http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=DiretrizesDeclaracoesIntegra&id=17>. Acesso: 28 de abril, 2021.

Ao contexto jurídico, Frédérique Fiechter-Boulvard¹² apresenta o conceito de vulnerabilidade e sua consagração normativa. Parte-se da premissa que todo o ser humano é vulnerável ao passo que todos são mortais. Viver conduz ao fim, à morte. O autor, contudo, não limita o significado de vulnerabilidade à mortalidade, não as identifica como sinônimos. No sentido literal/etimológico do termo “vulnerabilidade é adjetivo que significa quem pode ser ferido”¹³ seja no corpo¹⁴ (i),

¹² FIECHTER-BOULVARD, Frédérique. La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit. In: COHET-CORDEY, Frédérique (org.). *Vulnérabilité et droit: le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000, p. 14. Disponível em <file:///C:/Users/USER/Desktop/Evulnerabilite1.pdf>. Acesso: 12 de fevereiro, 2021.

¹³ Em mesmo texto, o autor, em Nota 5: “Sous Vulnérable, vulnerabilis, de vulnerare : «blesser», Dictionnaire étymologique du français. Habituels de Robert; Dictionnaire Littré, Dictionnaire Petit Robert auquel est ajouté «1er - frappé par une maladie physique; 2ème - la moralité, qui peut être facilement atteinte, se défend mal. Cette définition fait référence au terme Fragilité: facile à altérer, à détériorer, à détruire.” Em tradução livre: Sob Vulnerable, vulnerabilis, de vulnerare : “Wierer”, Dicionário Etimológico de Francês, Usuals of Robert; Littré Dictionary, Petit Robert Dictionary no qual é adicionado “1° - atingido por uma doença física; 2° - moral, que pode ser facilmente alcançado, se defende errado”. Esta definição refere-se ao termo Fragilidade: “fácil de ser alterada, deteriorada, destruída”

¹⁴ Ao contexto, há uma passagem narrada por Simone de Beauvoir com destaque à vulnerabilidade, em delimitação à velhice, que ressalta as alterações físicas e psicológicas de um processo biológico que vulnera a pessoa idosa, o que reforça a ausência de relação, a não ser com o próprio tempo e seus efeitos fisiológicos.

[...] Há uma diminuição marcada da capacidade de regeneração celular. O progresso do tecido intersticial sobre os tecidos nobres é principalmente surpreendente no nível das glândulas e do sistema nervoso. Ele acarreta uma involução dos principais órgãos e um enfraquecimento de certas funções que não cessam de declinar até a morte. [...] A aparência do indivíduo se transforma e permite que se possa atribuir-lhe uma idade, sem muita margem de erro. Os cabelos embranquecem e se tornam rarefeitos; não se sabe por quê: o mecanismo da despigmentação do bulbo capilar permanece desconhecido; os pêlos embranquecem também, enquanto em certos lugares – no queixo das mulheres velhas por exemplo – começam a proliferar. Por desidratação e em consequência da perda da elasticidade do tecido dérmico subjacente, a pele se enrugá. Os dentes caem.[...] A perda dos dentes acarreta um encolhimento da parte inferior do rosto, de tal maneira que o nariz – que se alonga verticalmente por causa da atrofia de seus tecidos elásticos – aproxima-se do queixo. [...] o lóbulo da orelha aumenta. Também o esqueleto se modifica. Os discos da coluna vertebral empilham-se e os corpos vertebrais vergam: entre 45 e 85 anos o busto diminui dez centímetros nos homens e quinze nas mulheres. A largura dos ombros se reduz e a bacia aumenta; o tórax tende a tornar uma forma sagital, sobretudo nas mulheres. A atrofia muscular e a esclerose das articulações acarretam problemas de locomoção. O esqueleto sofre de osteoporose: a substância compacta do osso torna-se esponjosa e frágil; é por este motivo que a ruptura do colo do fêmur, que suporta o peso do corpo, é um acidente frequente. O coração não muda muito, mas seu funcionamento se altera; perde progressivamente suas faculdades de adaptação; o sujeito deve reduzir suas atividades para poder poupá-lo. O sistema circulatório é atingido; a arteriosclerose não é a causa da velhice, mas é uma de suas características mais constantes. Não se sabe exatamente o que a provoca: desequilíbrios hormonais, dizem uns; uma tensão sangüínea excessiva, dizem outros; pensa-se em geral que a causa principal é uma perturbação do metabolismo

destinado à decadência; ou pelas interferências externas (ii); ou ainda pelo relacionamento com outros seres humanos (iii).

Para formular um conceito à vulnerabilidade são dois os sentidos a se considerar com a passagem de Frédérique Fiechter-Boulevard: a) mortalidade; e b) sofrimento.¹⁵ A conclusão preliminar construída neste estudo exige o entendimento que vulnerabilidade é condição humana, seja pela morte ou dor em sentido amplo (dano no aspecto jurídico), em situação necessária de risco presente ou futuro.

Na mesa linha de raciocínio, a vulnerabilidade não se confunde ao conceito de desigualdade. Em lição sobre o tema, Claudia Lima Marques e Bruno Miragem¹⁶ fundamentam-se em Frédérique Fiechter-Boulevard¹⁷

dos lípideos. As conseqüências são variáveis. [...] a circulação cerebral torna-se mais lenta. As veias perdem sua elasticidade, o débito cardíaco decresce, a rapidez da circulação diminui, a pressão sobe. É preciso observar, aliás, que a hipertensão, tão perigosa para o adulto, pode muito bem ser suportada pelo homem idoso. O consumo de oxigênio do cérebro reduz-se. [...] Os nervos motores transmitem com menor velocidade as excitações e as reações são menos rápidas. Há involução dos rins, das glândulas digestivas, do fígado. Os órgãos do sentido são atingidos. O poder de acomodação diminui. A presbiopia é um fenômeno quase universal entre os velhos, e a vista 'cansada' faz com que a capacidade de discriminação decline. Também diminui a audição, chegando frequentemente até a surdez. O tato, o paladar, o olfato têm menos acuidade que outrora. (DE BEAUVOIR, Simone. A velhice. Tradução de: MARTINS, Maria Helena Franco. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990, p. 33-35).

¹⁵ En ce sens, la vulnérabilité est un risque pour tous. Elle se présente à la fois comme un danger éventuel, plus ou moins prévisible, et une issue fatale, le premier prenant naissance dans les rapports qu'entretiennent les hommes entre eux, la seconde étant l'expression de la nature humaine. Tout individu est exposé à la souffrance. L'éventualité ne se perçoit ici qu'en tant qu'incertitude sur le moment, non sur l'état. Em tradução livre: Nesse sentido, a vulnerabilidade é um risco para todos. Ela se apresenta ao mesmo tempo como um perigo possível, mais ou menos previsível, e um desfecho fatal, o primeiro surgindo das relações que os homens mantêm entre eles, sendo o segundo a expressão da natureza humana. Cada indivíduo é exposto para o sofrimento. A eventualidade só é percebida aqui como uma incerteza sobre o momento, não o estado. FIECHTER-BOULVARD, Frédérique. La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit. In: COHET-CORDEY, Frédérique (org.). *Vulnérabilité et droit: le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000, p. 14. Disponível em file:///C:/Users/USER/Desktop/Evulnerabilite1.pdf. Acesso: 12 de fevereiro, 2021.

¹⁶ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, BRUNO. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 119-120.

¹⁷ Frédérique Fiechter-Boulevard distingue a aproximação de desigualdade e vulnerabilidade pelo fato de somente aquela exigir comparação. FIECHTER-BOULVARD, Frédérique. La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit. In: COHET-CORDEY, Frédérique (Org.). *Vulnérabilité et droit: le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000. p. 15.

ao afirmar que desigualdade exige comparação e o mesmo não é precedente à vulnerabilidade. A transcrição dos melhores conceitos doutrinários repassa pelo reconhecimento de uma condição humana em situação de risco.¹⁸

Constata-se o risco como peça essencial ao conceito, por patrocinar a fragilidade (a ferida, o *vulnus*); sendo, em uma proposta *lato sensu*, classificada como *vulnerabilidade personalíssima* quando é própria do sujeito (ser vulnerável), seja pela idade¹⁹, quando criança ou idoso; seja por deficiência, um sujeito cego, surdo-mudo, cadeirante. Também pode ter origem na assimetria da relação, *vulnerabilidade de relação*, diante de outras pessoas será *subjativa*; ou relação *objetiva*, quando o sujeito está em condição de vulnerabilidade (estar vulnerável) diante do espaço ou objeto²⁰, como a fragilidade de acesso às novas tecnologias, ou mesmo o consumidor turista. Pode ainda estar ligada ao tempo de ser ou estar vulnerável, em que se identifica uma *vulnerabilidade temporária* ou

¹⁸ Em citação a Cohet-Cordey, Claudia Lima Marques afirma que “vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco” em: MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 325, nota 119.

¹⁹ Vulnerabilidade etária, a partir dos aspectos biopsíquicos, como pontua Joseane Suzart Lopes da Silva, ver SILVA, Joseane Suzart Lopes da. *Direito do consumidor contemporâneo: análise crítica do CDC e de importantes leis especiais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 156.

²⁰ Oportuna a indicação da “vulnerabilidade conjuntural” como apresenta Bruno Miragem, que em tese pode até se confundir com a proposição de uma vulnerabilidade de relação objetiva, contudo a conjuntura nem sempre exigirá relação, como questões raciais, de gênero, de orientação sexual, em que a conjuntura discriminatória orienta a vulnerabilidade em um aspecto social. MIRAGEM, Bruno. Princípio da vulnerabilidade: perspectiva atual e funções no direito do consumidor contemporâneo. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; MAGALHAES, Lúcia Ancona Lopez de. *Direito do Consumidor: 30 anos do CDC: da consolidação como direito fundamental aos atuais desafios da sociedade*. Rio de Janeiro: Forense. 2021, p. 234. Neste sentido, nota-se a vulnerabilidade conjuntural mais ampla que a vulnerabilidade de relação, pois aquela pode ser orientada pelo cenário social em que o espaço (soma de circunstâncias e condições) oportuniza uma conjuntura de vulnerabilidade sem uma relação/comparação obrigatória. A vulnerabilidade de relação é sempre resultado de incongruência e contraste que gera uma polarização, coloca-se em sensibilidade ao risco uma das partes.

*vulnerabilidade permanente*²¹; que a este sentido poderá ser *vulnerabilidade adquirida* quando sobrevém em razão de circunstância qualquer, como o fato de um acidente que deixa sequelas graves, ou *vulnerabilidade inerente* por já ser presente na condição humana, como na circunstancia fática de ser consumidor, a partir da presunção absoluta que o direito brasileiro assim consagrou.²²

A contribuição que se propõe está em entender a vulnerabilidade como um desequilíbrio que indica potencialidade e risco para perda, por estado de fragilidade personalíssima ou de relação seja subjetiva ou objetiva, em condição temporária ou permanente, adquirida ou inerente, com caráter plurissignificativo e multidisciplinar, que quando delimitada às relações de consumo eleva-se a princípio fundamental para criação, compreensão e aplicação da defesa do consumidor. Ao passo que também assume a função de diferenciação aos casos em que o resultado da aplicação represente maior efetividade.²³

A doutrina aproxima vulnerabilidade de fragilidade, todavia, sugere-se o encontro do termo à sensibilidade, por ser o humano sujeito à qualidade de ser sensível. Reconhecida a condição humana de estar em situação de risco, é a sensibilidade a este que proporciona a situação de vulnerável, pois o humano não é insignificante ao risco, ou seja, não é

²¹ Menção à situação de vulnerabilidade permanente ou provisória, individual ou coletiva na obra: MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 325-326.

²² Ao tema, há a identificação de uma vulnerabilidade presente (atual) ou futura (potencial de), diante da indicação de uma vulnerabilidade estrutural (geral) ou conjuntural (especial), em LORENZETTI, Ricardo L. *Consumidores*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2003.

²³ Sobre a função da vulnerabilidade são três apontadas como essenciais: de aplicação do Código de Defesa do Consumidor; de interpretação; e de diferenciação. Sobre o tema funções da vulnerabilidade ver MIRAGEM, Bruno. Princípio da vulnerabilidade: perspectiva atual e funções no direito do consumidor contemporâneo. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; MAGALHAES, Lúcia Ancona Lopez de. *Direito do Consumidor: 30 anos do CDC: da consolidação como direito fundamental aos atuais desafios da sociedade*. Rio de Janeiro: Forense. 2021, p. 247-258; de modo especial ao texto aqui redigido sobre a *função diferenciadora*, na mesma obra e autor entre as páginas 255 e 258.

insensível, por isso ser ou estar vulnerável adota a premissa de ser ou estar sensível, uma vez que não há um estar humano, se é humano, conseqüentemente sujeitos a humanidades.

A vulnerabilidade funda-se na base dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana.²⁴ Nesta concepção, a incorporação, pela Constituição da República, de relações jurídicas antes determinadas pelo direito civil, faz com que os direitos de titularidade dos sujeitos destas relações jurídico-privadas também comportem uma alteração qualitativa de *status*, passando a se caracterizar como direitos subjetivos de matriz constitucional²⁵, ou seja “um novo sujeito pós-moderno de direitos.”²⁶

Eis a premissa que elenca o direito do consumidor como direito fundamental (art. 5º, XXXII, CF) e princípio da ordem econômica (art. 170, V, CF)²⁷. Ao tomar por base a teoria de Robert Alexy, o direito do

²⁴ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, BRUNO. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

²⁵ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 58.

²⁶ MARQUES, Claudia Lima. Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. *Revista de Direito do Consumidor*. nº 35. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 67.

²⁷ Dois são os aspectos essenciais da obra do Professor Bruno Miragem [*Curso de Direito do Consumidor*. 6ª Ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016] a se observar aqui – Fundamento Constitucional do Direito do Consumidor Brasileiro e Princípios Gerais do Direito do Consumidor – nos quais com a reconhecida maestria que rege os textos doutrinários de sua autoria, aborda os direitos humanos como possibilidade plena de vigor quando garantidos por normas de direito positivo. Seu texto de introdução repassa pela teoria econômica como origem do direito do consumidor, fazendo menção à clássica obra de Fábio Konder Comparato [*A proteção do consumidor*: importante capítulo do direito econômico. Revista da Consultoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, nº 14. Porto Alegre: PGR-RS, 1976], coteja um novo significado à Constituição Federal equalizado nos direitos humanos, por consequência nos direitos fundamentais, em especial a partir da base principiológica de igualdade (igualdade jurídica e igualdade de fato) preconizadas na lição de Robert Alexy [*Teoría de los derechos fundamentales*. Ernesto Galzón Valdés (tradução). Madrid: CEPC, 2002]. Assim, importante a previsão do CDC que equaliza a tutela do consumidor à ordem econômica - Art. 4º, III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica ([art. 170, da Constituição Federal](#)), sempre com base na boa-fé e equilíbrio

consumidor investe-se como um direito de proteção, “direito à proteção do Estado contra intervenções de terceiros” ou ainda “dever do Estado de promover este direito”²⁸

Os sempre lúcidos ensinamentos de Erik Jayme congregam o ideal em que a coerência e coesão do sistema jurídico brasileiro será dada por uma renovação da dogmática do direito privado guiada pela utilização dos direitos humanos.²⁹ A correlação da dignidade (da pessoa) humana e do dever de proteção³⁰ do Estado fica clara a partir das teses fundamentadas por Marcelo Schenk Duque³¹. Por certo, como assegura Antonio Junqueira de Azevedo, a dignidade como condição humana é tema perene e atual, como a própria existência humana. É qualidade

nas relações entre consumidores e fornecedores. Sobre o tema GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

²⁸ Bruno Miragem em Curso de Direito do Consumidor. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 59.

²⁹ Ver MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2ª Ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014; ver também MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. O direito fundamental de proteção do consumidor e os 20 anos da Constituição: fundamentos e desafios do direito do consumidor brasileiro contemporâneo. In: MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco. *Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 644 e ss.

³⁰ Ver a excelente obra resultado da tese de doutorado de Marcelo Schenk Duque sobre a proteção do consumidor como direito fundamental, baseada na teoria dos deveres de proteção do Estado. [DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito Privado e Constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais – construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013].

³¹ 1. O fato da proteção constitucional do consumidor não ser enquadrada na acepção de um típico direito de defesa, oponível contra o Estado, não lhe retira, por si só, o caráter jurídico-fundamental. 2. Os direitos fundamentais estão aptos a fundamentar restrições na autonomia da vontade das partes que integram o tráfico jurídico-privado, nomeadamente em relações de consumo, a partir do instante em que se preserva o livre desenvolvimento da personalidade do particular. Essa construção encontra fundamento em um modelo de eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas e, em particular, à luz de um modelo de deveres de proteção estatais. 3. A construção teórica que melhor fundamenta uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, inclusive à luz do exemplo dos contratos de consumo, é aquela que conduz a teoria do diálogo das fontes para dentro da teoria da constituição, o que é possível a partir do pensamento de convergência, focalizado em uma convergência na interpretação do direito civil para constituição. [MARQUES, Claudia Lima. Apresentação. In: DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito Privado e Constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais – construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013].

indissociável de todo ser humano – a destruição de um implica a destruição do outro – por isso, a proteção da dignidade da pessoa é meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito.³² Da mesma forma, a tutela do consumidor passa pela leitura afinada com as exigências do Estado constitucional em garantir um processo fundado na dignidade da pessoa humana – devido processo legal.³³

A singularidade humana é razão de distinção, ao mesmo tempo que promove o desejo por igualdade. Nesta perspectiva, clama-se por uma nova liberdade com autonomia dos mais fracos; uma nova igualdade com o direito de ser diferente; e uma (nova) fraternidade apta ao encontro de uma origem comum, para promover o diálogo das diferenças, que remonte a aplicação e interpretação jurídica a partir do que se torna igual absolutamente, ou seja, a condição de ser humano.³⁴ A dignidade da pessoa humana, declarada como direito e assegurada como garantia fundamental, tem no rol dos direitos fundamentais a sua proteção, que segue a mesma finalidade dos direitos humanos. Permite-se assim, pensar em um direito humano do consumidor.

2 A VULNERABILIDADE EM (NOVAS) ESPÉCIES E AS BASES CONSTITUCIONAIS PARA APLICABILIDADE

A Constituição Federal de 1988 trouxe valor constitucional à tutela da dignidade da pessoa humana, na perspectiva de se tratar de um

³² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 797. 2002, p. 11-26.

³³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. Sobre acesso à justiça a clássica obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth [*Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie. Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988].

³⁴ Sobre o tema, MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2ª Ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

direito fundamental (arts. 1º, III; 3º; e 5º, I, CF/88). Reconhece-se a vulnerabilidade dos novos sujeitos de direito no intuito de promover, diante do dever do Estado, a proteção à criança e ao adolescente (art. 227, CF), razão do Estatuto da Criança e Adolescente; ao idoso (art. 230, CF), fundamento constitucional para elaboração do Estatuto do Idoso; aos consumidores (art. 5º, XXXII, CF), ordem constitucional que funda o Código de Defesa do Consumidor; aos portadores de deficiência (arts. 7º, XXXI, 23, XIV, e 227, II, CF); às gerações futuras (art. 225, CF); aos trabalhadores, aos doentes, às mulheres quando considerada sua condição física e a histórica vitimização no âmbito doméstico, razões para tutela específica na Lei Maria da Penha; aos analfabetos; aos embriões e o pretenso Estatuto do Embrião.

Neste cenário, salutar a possibilidade de aferir a construção de indicadores para uma tutela de efetividade³⁵ (*tutela de prevenção, tutela de proteção, tutela de tratamento*) ao consumidor como sujeito vulnerável, revisitando o conceito da dignidade da pessoa humana e o dever de proteção³⁶ (ordem constitucional).

É correto afirmar que a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificados no mercado, que sensibiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. A vulnerabilidade é a explicação destas regras, o guia que ilumina a aplicação das normas protetivas a procura do fundamento de igualdade. Em especial, a tutela

³⁵ De excelência é a contribuição de Bruno Miragem, que se passa a ter como referência, ao tratar o princípio da efetividade [Curso de Direito do Consumidor. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 58.]

³⁶ O *dever de proteção* atribuído ao Estado na defesa do consumidor é termo a ser usado de forma reiterada neste texto e parte da referência de: DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito Privado e Constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais – construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

dos vulneráveis, a partir da delimitação aos consumidores, encontra amparo de forma específica no Código de Defesa do Consumidor, contudo não exclui o diálogo com outras normas de direito privado, que passam, diante do reconhecimento de um novo direito privado, a estabelecer uma nova prática jurídica consubstanciada no sujeito de direitos, na sua perspectiva humana.

A técnica legislativa do Código de Defesa do Consumidor remete a normas de naturezas distintas – civil, penal, administrativa, processual – razão pela qual a relação do direito do consumidor com tais normas é estabelecida para dar sentido e aplicabilidade.³⁷ Além disso, é salutar considerar que o Código fez com que o Código Civil deixasse de ter um caráter central nas relações privadas, ao passo que o sujeito humano é visto como indivíduo com suas especificidades.³⁸ O direito do consumidor e o direito civil estabelecem uma “coexistência como espécie de solução sistemática pós-moderna, da convivência de paradigmas” para um diálogo de subsidiariedade e complementaridade. Trata-se do caráter de especialidade (proteção do vulnerável) e potencial hierárquico superior (fundamento constitucional) do Código de Defesa do Consumidor diante do caráter subsidiário do Código Civil. Há um sentido de complementaridade conceitual – o Código Civil assume caráter de base conceitual geral, inclusive utilizando-se para aplicação do Código de Defesa do Consumidor, quando este não contar com uma definição específica – Eis o que se define como *diálogo sistemático de coerência*.³⁹

³⁷ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6ª Ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

³⁸ BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora dos Tribunais. 2009, p. 27-46.

³⁹ MARQUES, Claudia Lima. *Diálogo entre o CDC e o novo CC: do diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas*. RDC, n 45, p 70-99. São Paulo: RT. 2003

Ainda em correlação possível, o Código Civil permite a redefinição do campo de aplicação do Código de Defesa do Consumidor (norma de proteção do vulnerável) com exclusão das relações jurídicas interempresariais, o que se estabelece pelo *diálogo da coordenação e adaptação sistemática*. Neste sentido, a relação entre as duas normas se estabelece por uma *técnica de coordenação* das fontes diferentes que se funda por intermédio do diálogo das fontes.⁴⁰

O Código de Defesa do Consumidor invoca não apenas a proteção dos consumidores diante do que elencou como princípio da vulnerabilidade, mas também uma proteção efetiva ao que se constata como princípio da efetividade⁴¹. Sendo assim, qual o futuro da proteção dos vulneráveis? Fraternidade em que identidades e culturas sejam coordenadas pelos direitos humanos em um direito privado solidário, apto a construir uma origem comum e um diálogo das diferenças.⁴²

Adoção da vulnerabilidade como critério básico para definição de consumidor, e da aplicação das normas de proteção previstas no microsistema de proteção e defesa do consumidor é acompanhada da revisão e ampliação do próprio significado e alcance do princípio da

⁴⁰ Para o estudo do tema duas são as obras essenciais: MARQUES, Claudia Lima. *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012; e MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (coord.). *Diálogo das Fontes: novos estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

⁴⁰ Em sentido análogo sobre *interesses do consumidor* minuciosa a referência de Claudia Lima Marques em MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 260.

⁴¹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 8ª Ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 227.

⁴² MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2ª Ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

vulnerabilidade, que em condições pontuais é classificado em três espécies clássicas: fática - técnica - jurídica.⁴³

A vulnerabilidade fática, em uma sistematização proposta, pode ser considerada como gênero, comum a todos os consumidores. Cuida-se de uma vulnerabilidade residual, que acolhe uma diversidade de condições pontuais ao fato de ser consumidor, por isso fática. Assim, o *fato*, quando presente, do desequilíbrio patrimonial/financeiro entre consumidor e fornecedor, oportuniza a vulnerabilidade econômica⁴⁴ como subespécie; e quando o fato econômico estiver reduzido ao espaço processual, a vulnerabilidade fática processual é conhecida como hipossuficiência.⁴⁵

No mesmo sentido, pode-se reconhecer uma vulnerabilidade informacional⁴⁶, amplamente caracterizada seja pelo *fato* da ausência de informação ou pelo *fato* de excesso informacional capaz de vulnerar – apelos publicitários muitas vezes desleais, abusivos, omissos, enganosos, sem precisão e clareza – condiciona a uma outra subespécie. Ainda,

⁴³ É a posição inicial de Claudia Lima Marques em: MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1998, p. 147; que após a 5ª edição reconhece a vulnerabilidade informacional como espécie, e na edição mais recente, atualizada, revisada e ampliada, assim se manifesta: “Em resumo, em minha opinião existem quatro tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica, a fática e a vulnerabilidade básica dos consumidores, que podemos chamar de vulnerabilidade informacional.” [MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 326]. Na mesma obra, em nota nº 125, a vulnerabilidade fática é entendida como aspecto amplo que caracteriza o consumidor em situação de insuficiência econômica, física e psicológica.

⁴⁴ Aqui o desdobramento da vulnerabilidade fática ou *socioeconômica* como sustenta Claudia Lima Marques, “o limite desta vulnerabilidade (reversa e) de prova facilitada pelo poderio do outro parceiro contratual é a própria noção de consumo, pois nas relações com o Estado, privatizadas ou não, é a natureza desta que determina o próprio exame da referida vulnerabilidade técnica”. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 334.

⁴⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 335.

⁴⁶ Em um primeiro momento como espécie da fática e depois agrega situação de espécie. Sobre o tema: MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

o *fato* de haver uma vulnerabilidade anterior à relação (de consumo), já identificada neste estudo como vulnerabilidade personalíssima (ser vulnerável), aponta para um duplo grau de vulnerabilidade (ser + estar vulnerável), como se indica, trata-se da vulnerabilidade fática especial⁴⁷, seguindo as lições da doutrina sobre o tema, tem-se a vulnerabilidade agravada⁴⁸, potencializada, hipervulnerabilidade.⁴⁹ As subespécies estariam compreendidas em uma vulnerabilidade geral, salvo a condição agravada que identifica uma vulnerabilidade especial.⁵⁰

Antecede a abordagem das demais espécies de vulnerabilidade do consumidor, o reconhecimento da vulnerabilidade fática (i) diante do *fato* de ser consumidor, desdobrada em possíveis subespécies. O *fato* socioeconômico como origem da vulnerabilidade econômica (i.i), ainda

⁴⁷ Para Bruno Miragem “a vulnerabilidade fática é uma espécie ampla, que abrange, genericamente, diversas situações concretas de reconhecimento de debilidade do consumidor. A mais comum, neste caso, é a vulnerabilidade econômica (...). Por outro lado, a vulnerabilidade fática também abrange situações específicas relativas a alguns consumidores (crianças, idoso, analfabeto, doente). Neste sentido, depreende-se daí como subespécie, a vulnerabilidade informacional” em: MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 8ª Ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 200.

⁴⁸ Sobre a vulnerabilidade agravada do consumidor criança ver a lição em MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 8ª Ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 201-203; sobre vulnerabilidade agravada do consumidor idoso, mesma obra, p. 203-207; vulnerabilidade agravada do consumidor analfabeto, p.207-209; e vulnerabilidade agravada do consumidor deficiente, p. 209-212. Em modo especial a obra guia MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2ª Ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 131-190, cuida da proteção da criança e do adolescente, do idoso, analfabeto, deficientes, inclusive da proteção das futuras gerações. No mesmo sentido, sobre a proteção dos consumidores hipervulneráveis NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. 2ª ed.. São Paulo: Atlas, 2010, p. 229-238.

⁴⁹ O ponto de partida do CDC é a afirmação do Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, mecanismo que visa a garantir igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo, o que não quer dizer compactuar com exageros que, sem utilidade real, obstem o progresso tecnológico, a circulação dos bens de consumo e a própria lucratividade dos negócios. REsp. nº 586.316/MG. 17/04/2007, com relatoria do Min. Antonio Herman Benjamin. Sobre a qualificação da vulnerabilidade em hipervulnerabilidade leitura obrigatória em MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2ª Ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 197-208; no mesmo sentido MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 8ª Ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 201-212.

⁵⁰ Sobre vulnerabilidade geral e especial, há registro em MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 365; ao tema há contribuição oportuna também em DENSA, Roberta. *Direito do Consumidor*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

neste prisma, quando no processo judicial, hipossuficiência (i.i.i); o *fato* diante da informação para vulnerabilidade informacional (i.ii); o *fato* de uma vulnerabilidade preexistente à relação de consumo que, por associação a esta, amplifica a dimensão da vulnerabilidade e cria a vulnerabilidade agravada (i.iii).

Em uma segunda percepção, a vulnerabilidade técnica⁵¹, como espécie, contempla a fragilidade ou a sensibilidade, termo de preferência ao texto, diante do conhecimento especializado que o fornecedor possui frente ao consumidor.⁵² Parte-se do entendimento que, em regra, aquele que fabrica, constrói, produz, assim como as demais atividades que caracterizam o fornecedor ou a cadeia deste, possui informações/conhecimento/formação pontual e privilegiada pela lógica de ser quem dá origem ao produto/serviço, ou no mínimo quem disponibiliza ou patrocina a oferta no mercado de consumo.

A este contexto de vulnerabilidade, tendo como ponto de partida o sentido etimológico de *técnica*, que se encontra na *arte* ou *ofício de executar* atividade em atenção a um procedimento. Em outro ponto, *tecnologia* (*técnica+logos*), em sentido próximo, significa técnica associada à razão, conhecimento, inteligência, “o estudo de transformar”.⁵³ É permitido refletir no contexto das inovações tecnológicas, em especial das novas tecnologias de informação e seus desdobramentos diversos

⁵¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 326. Na mesma obra, a autora, que é acompanhada pela doutrina complementar, refere-se à presunção da vulnerabilidade técnica diante do sistema do CDC quando consumidor pessoa física, ao consumidor profissional a análise do caso concreto mostra-se necessária, como demonstrou na diversidade de julgados que percorrem o intervalo das notas 127 a 142.

⁵² MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 8ª Ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 199. No mesmo sentido do texto, assim expõe o autor: “ora, as técnicas de fabricação e as características do produto presumem-se ser do conhecimento do fornecedor”. Com isso, reforça-se a evidência de uma vulnerabilidade técnica.

⁵³ HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro, Ed. Objetiva, 2001.

em constante e crescente transformação, com reflexo significativo também nas relações de consumo. Assim, propõe-se uma subespécie da vulnerabilidade técnica (i), qual seja: a vulnerabilidade tecnológica (i.i)⁵⁴. Fortalece-se este entendimento a partir vulnerabilidade digital, da qual aqui se entende ser mais específica que a tecnológica.

O fato que corrobora com esta redação vê na vulnerabilidade digital, tendo por base as relações oriundas da internet, a causa de novos riscos, especialmente os estímulos sensoriais e os apelos emocionais que promovem a oferta como interferência na tomada de decisão do consumidor – nota-se as fraudes com desvio de recursos e a violação de dados⁵⁵, acrescenta-se ainda a publicidade subliminar⁵⁶ e a oferta-sedução patrocinada aos *digitais influencers*.⁵⁷ Condiciona-se assim, o reconhecimento de uma “vulnerabilidade por dependência”⁵⁸ que ainda, na função diferenciadora da vulnerabilidade, indica o reconhecimento de uma vulnerabilidade patrimonial e uma vulnerabilidade existencial. Sendo que a primeira é relativa diretamente aos interesses econômicos

⁵⁴ Ainda que com a mesma terminologia, mas em construção distinta (entendimento comum à informação), a professora Cíntia Rosa Pereira de Lima apresenta a ideia de uma vulnerabilidade tecnológica como sinônimo à vulnerabilidade informacional, considerando os aspectos das novas tecnologias na “contratação telemática”, em LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Contratos de adesão eletrônicos (shrik-wrao e clickpwrap) e termos e condições de uso (browse-wrap). *Revista de Direito do Consumidor*. v. 133. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2021, p. 121. Registro a contribuição ao tema e a discussão desta terminologia, em nota de agradecimento, ao professor Guilherme Martins.

⁵⁵ MIRAGEM, Bruno. Princípio da vulnerabilidade: perspectiva atual e funções no direito do consumidor contemporâneo. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; MAGALHAES, Lúcia Ancona Lopez de. *Direito do Consumidor: 30 anos do CDC: da consolidação como direito fundamental aos atuais desafios da sociedade*. Rio de Janeiro: Forense. 2021, p. 240.

⁵⁶ MŁODINOW, Leonard. *Subliminar: como o inconsciente influencia nossas vidas*. Claudio Carina (tradução). Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

⁵⁷ Ver HAN,Byug-Chul. *No exame: perspectivas digitais*. Lucas Machado (tradução). Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 2018.

⁵⁸ MIRAGEM, Bruno. Princípio da vulnerabilidade: perspectiva atual e funções no direito do consumidor contemporâneo. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; MAGALHAES, Lúcia Ancona Lopez de. *Direito do Consumidor: 30 anos do CDC: da consolidação como direito fundamental aos atuais desafios da sociedade*. Rio de Janeiro: Forense. 2021, p. 240-241.

do consumidor e a segunda envolve o caráter de necessidade de consumo e a exposição de riscos à saúde e segurança.⁵⁹

A vulnerabilidade tecnológica, por sua vez, antecede a digital, sendo mais ampla por contemplar também a sensibilidade ao risco dos consumidores que não dominam o uso das novas tecnologias ou que estão excluídos do consumo digital por insuficiência, deficiência ou inexistência de acesso à internet.⁶⁰ A distinção que se aponta tem no acesso o elemento essencial, pois a vulnerabilidade digital envolve consumidores ativos nas relações de consumo digitais e os efeitos que os submetem aos riscos (a internet dá causa a novos riscos); já a vulnerabilidade tecnológica reconhece os consumidores afastados do acesso digital⁶¹, que pode ser um desdobramento da soma de outras vulnerabilidades ao contexto das novas tecnologias – ao exemplo de uma vulnerabilidade informacional digital pela falta de conhecimento para uso e acesso; e a vulnerabilidade econômica digital em que o custo de acesso, considerando o consumo de produtos e serviços que possibilitem um uso eficaz da rede virtual, não está disponível a todos os consumidores.

⁵⁹ MIRAGEM, Bruno. Princípio da vulnerabilidade: perspectiva atual e funções no direito do consumidor contemporâneo. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; MAGALHAES, Lúcia Ancona Lopez de. *Direito do Consumidor: 30 anos do CDC: da consolidação como direito fundamental aos atuais desafios da sociedade*. Rio de Janeiro: Forense. 2021, p. 257.

⁶⁰ A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - Tecnologia da Informação e Comunicação (Pnad Contínua TIC) 2018, divulgou em 29 de março, de 2020, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), mostra que uma em cada quatro pessoas no Brasil não tem acesso à internet. A base de dados do ano de 2019, informou que 40 milhões de pessoas no Brasil não usam a rede. Disponível em <https://www.abranet.org.br/Noticias/IBGE>. Acesso em: 16, de maio, de 2021.

⁶¹ Para Gustavo Cardoso a rede de tecnologias não é o mero produto de uma convergência tecnológica, mas sim de uma forma de organização social criada por quem dela faz uso. CARDOSO, Gustavo. *A mídia na sociedade em rede: filtros, vitrines, notícias*. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2007, p. 32

CONCLUSÃO

A introdução deste ensaio trouxe de forma preliminar considerações sobre os avanços dos instrumentos que aperfeiçoam as práticas de consumo e potencializam desigualdades. Percebe-se que novas são as vulnerabilidades que se fundam no espaço digital em razão das novas tecnologias e afetam as relações de consumo. Ao contexto, foi pertinente revisitar os conceitos, pensar em elementos para uma teoria geral da vulnerabilidade e identificar novas espécies, condizentes aos novos tempos: a vulnerabilidade digital e a tecnológica.

A informação assume papel de extrema importância no contexto de ser ou estar vulnerável. Se a vulnerabilidade informacional em tempos passados estava no fato da ausência de informação ou não sendo esta clara, hoje permeia todo o campo das relações de consumo e se depara com o paradigma da informação-produto. O consumidor que outrora clamava em tutela por informação, configura, atualmente, na informação dele próprio (dados pessoais) a exigência de proteção. A vulnerabilidade informacional que lhe vulnerava pela falta passou a vulnerar pelo excesso, em que a capacidade de risco está também nas informações que ele mesmo produz. Eis o paradoxo da vulnerabilidade informacional.

Em sentido linear, a vulnerabilidade fática, técnica e jurídica tem na sua essência a vulnerabilidade de informação. Observa-se na vulnerabilidade fática o *fato* da ausência de informação ou o *fato* de excesso informacional. Na vulnerabilidade agravada há a falta de capacidade plena para compreensão da informação (ao caso de crianças). Já na vulnerabilidade técnica a informação é o elemento para entender o conhecimento especializado. A vulnerabilidade digital, ao enfrentar

estímulos sensoriais e apelos emocionais, tem na informação o motor para interferir na tomada de decisão. A informação também permeia a vulnerabilidade tecnológica quando vista na percepção de uma vulnerabilidade informacional digital.

Ao conceito possível que possa ser desenhado para vulnerabilidade do consumidor, é de extrema relevância não delimitar, sob pena de restringir o reconhecimento da tutela e a aplicabilidade da norma. Contudo, por mais diversos que sejam os aspectos de análise, o Código de Defesa do Consumidor ao reconhecer a vulnerabilidade no mercado de consumo, elevando-a a princípio, efetiva a previsão legal da *vulnerabilidade fática* absoluta e presumida, com desdobramento em uma *vulnerabilidade técnica*, *vulnerabilidade jurídica* e a *vulnerabilidade informacional lato sensu*, seja em escopo geral ou especial (*vulnerabilidade agravada*).

A contemporaneidade não pode ser vista de outra forma que não seja pela potencialização do desequilíbrio crescente e constante entre consumidor e fornecedor. Novos tempos apontam novas vulnerabilidades ou potencializam vulnerabilidades clássicas. O mundo fático desafia o mundo jurídico a atender as necessidades dos consumidores com respeito à sua dignidade. Para tanto, em padrões mínimos, reconhecer a vulnerabilidade é permitir relações de consumo seguras, com proteção aos interesses econômicos, assegurando qualidade de vida, transparência e equilíbrio às relações de consumo.

A vulnerabilidade mais do que fragilidade, deve ser entendida como sensibilidade, por ser o humano sujeito à qualidade de ser sensível. Reconhecida a condição humana de estar em situação de risco, é a sensibilidade a este que proporciona a situação de vulnerável, pois o humano não é insignificante ao risco, ou seja, não é insensível, por isso ser

ou estar vulnerável adota a premissa de ser ou estar sensível, uma vez que não há um estar humano, se é humano, conseqüentemente sujeitos a humanidades.

Assim, como referido no texto, a vulnerabilidade técnica, tendo como ponto de partida o sentido etimológico de *técnica*, que se encontra na *arte* ou *ofício de executar atividade em atenção a um procedimento*. Em outro ponto, *tecnologia* (*técnica+logos*), em sentido próximo, significa técnica associada à razão, conhecimento, inteligência, “o estudo de transformar”.⁶² É permitido refletir no contexto das inovações tecnológicas, em especial das novas tecnologias de informação e seus desdobramentos diversos em constante e crescente transformação, com reflexo significativo também nas relações de consumo. Propõe-se uma subespécie da vulnerabilidade técnica (*i*), qual seja: a vulnerabilidade tecnológica (*i.i*)⁶³. Fortalece-se este entendimento a partir vulnerabilidade digital, da qual aqui se entende ser mais específica que a tecnológica. Esta, por sua vez, antecede a digital, sendo mais ampla por contemplar também a sensibilidade ao risco dos consumidores.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 797. 2002.

⁶² HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro, Ed. Objetiva, 2001.

⁶³ Ainda que com a mesma terminologia, mas em construção distinta (entendimento comum à informação), a professora Cíntia Rosa Pereira de Lima apresenta a ideia de uma vulnerabilidade tecnológica como sinônimo à vulnerabilidade informacional, considerando os aspectos das novas tecnologias na “contratação telemática”, em LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Contratos de adesão eletrônicos (*shrik-wrap* e *clickpwrap*) e termos e condições de uso (*browse-wrap*). *Revista de Direito do Consumidor*. v. 133. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2021, p. 121. Registro a contribuição ao tema e a discussão desta terminologia, em nota de agradecimento, ao professor Guilherme Martins.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009.

DE BEAUVOIR, Simone. *A velhice*. Tradução de: MARTINS, Maria Helena Franco. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.

DENSA, Roberta. *Direito do Consumidor*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito Privado e Constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais – construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FIECHTER-BOULVARD, Frédérique. La notion de vulerabité et as consécration par le droit. In: COHET-CORDEY, Frédérique (org.). *Vulnerabilité et droit: le developpement de la vulnerabilité et ses enjeux em droit*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000, p. 14. Disponível em file:///C:/Users/USER/Desktop/Evulnerabilite1.pdf. Acesso: 12 de fevereiro, 2021.

HAN,Byug-Chul. *No exame: perspectivas digitais*. Lucas Machado (tradução). Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 2018.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro, Ed. Objetiva, 2001.

Katzman, Rubén; Beccaria, Luis; Filgueira, Fernando; Golbert, Laura; Kessler, Gabriel. *Vulnerabilidad, ativos y exclusión social na Argentina e Uruguai*. Fundação Ford. 1999. Disponível em https://labordoc.ilo.org/discovery/fulldisplay?vid=41ILO_INST:41ILO_V1&tab=Everything&offset=0&docid=alma993374583402676&query=any,contains,katzman%20vulnerabilidad%20activos%20y%20exclusion&context=L&daptor=Local%20Search%20Engine&sortby=rank&lang=es&search_scope=MyInst_and_CI. Acesso em 11 de abril de 2021.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Contratos de adesão eletrônicos (shrik-wrao e clickpwrap) e termos e condições de uso (browse-wrap)*. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 133. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

LORENZETTI, Ricardo L. *Consumidores*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Direitos Fundamentais Processuais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. Sobre acesso

à justiça a clássica obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth [*Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie. Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Claudia Lima. *Diálogo entre o CDC e o novo CC: do diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas*. RDC, n 45, p 70-99. São Paulo: RT. 2003.

MARQUES, Claudia Lima. Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. *Revista de Direito do Consumidor*. nº 35. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, BRUNO. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MIRAGEM, Bruno. Princípio da vulnerabilidade: perspectiva atual e funções no direito do consumidor contemporâneo. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; MAGALHAES, Lúcia Ancona Lopez de. *Direito do Consumidor: 30 anos do CDC: da consolidação como direito fundamental aos atuais desafios da sociedade*. Rio de Janeiro: Forense. 2021.

MLODINOW, Leonard. *Subliminar: como o inconsciente influencia nossas vidas*. Claudio Carina (tradução). Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. 2ª ed.. São Paulo: Atlas, 2010.

PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas atuais da bioética*. São Paulo: Edições Loyola. 1991.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. *Direito do consumidor contemporâneo: análise crítica do CDC e de importantes leis especiais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

PARECER 003/2021/CG-GAA DE 30 DE NOVEMBRO DE 2021

Assunto: Consulta sobre o dever legal de devolução de valores recebidos no âmbito administrativo, sem decisão judicial expressa a respeito e, ainda, considerando a existência de demanda ajuizada sem sentença proferida (exame de mérito).

Interessado: Oficial da Aeronáutica.

EMENTA: Administrativo. Militar. Ajuda de custo. Matéria judicializada. Princípio da congruência. Vinculação a estrita legalidade. Irrepetibilidade da verba no âmbito administrativo. Ausência de decisão legal a respeito. Ausência de previsão legal e regulamentar.

*Jaci Rene Costa Garcia*¹

1 Trata-se de processo de ressarcimento ao erário (PARE- PESSOAL, 06/BAAN/2021) visando a devolução de valores recebidos pela consulente a título de ajuda de custo, em face de seu ingresso na reserva remunerada por ato administrativo praticado pelo Comando da Aeronáutica.

Ato contínuo, a consulente foi notificada para apresentar a sua defesa sobre o que constou no processo administrativo de ressarcimento (PARE), podendo ser sintetizado o que constou no texto do item abaixo colacionado:

1. Trata a presente notificação do Processo Administrativo nº 67281.004364/2021-63, instaurado para apurar indícios de pagamento indevido de valores por meio do Sistema de Pagamento da Aeronáutica (SISPAGAER) em **desacordo** com o ato administrativo que tornou sem efeito sua Transferência para Reserva Remunerada e com o ato administrativo que anulou a publicação referente ao desligamento por ter sido transferida para Reserva Remunerada concedendo todos direitos financeiros.

¹ Professor da UFN e Advogado.

O fragmento acima, extraído do processo de ressarcimento aberto, aponta indícios de pagamento indevido à autora, sendo que a inferência se dá a partir de atos praticados pela própria administração em cumprimento ao determinado pela decisão judicial². Dessa forma, imperiosa a análise do que constou na decisão judicial.

2 Importante referir que o pedido que consta na inicial vincula o Juiz da causa em razão do respeito ao princípio da congruência³ (ou adstrição), ou seja, torna-se necessário o magistrado decidir dentro dos limites objetivos pelas partes, não podendo proferir decisão *extra, ultra* ou *citra petita*.

O princípio da congruência se harmoniza com o princípio do pedido, ambos materializados nas disposições do Código de Processo Civil (art. 492), extraindo-se: ***é vedado ao juiz proferir sentença diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou objeto diverso do que lhe foi demandado.***

Nesse sentido, os pedidos que constam na petição inicial funcionam como um limitador daquilo que pode ser alcançado pelo Juiz na sua decisão. Por decorrência lógica, também a administração fica vinculada aos exatos termos da decisão.

Cita-se o pedido antecipatório formulado na inicial⁴:

² Processo nº 1005267-03.2021.4.01.3502, distribuído em 02/08/2021 na 1ª Vara Federal Cível e Criminal da SSJ de Anápolis-GO.

³ Sobre o tema, consultar: MARINONI, Luiz Guilherme et. al. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, volume 1, – 3 ed. Rev., atual e ampl. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme et. al. Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol II.

PEGORARO Jr., Paulo Roberto. Classificação das Ações em Pontes de Miranda. ACADEMIA. 2019. Disponível em: <https://univel.academia.edu/>. Acesso em: 08 ago.2019

⁴ A inicial pode ser consultada no site da JFDF e deve constar uma cópia na assessoria jurídica da BAAN.

[a] considerando a existência de perigo de dano e a probabilidade do direito da autora à luz das provas e teses jurídicas sustentadas ao longo da inicial, requer a concessão de antecipação de tutela de urgência - inaudita altera parte - para fins de determinar que a Ré suspenda os efeitos da Portaria DIRAP Nº 3.463/1HI2, de 7 de julho de 2021, publicada no Boletim do Comando da Aeronáutica nº 187, de 9 de julho de 2021, até a decisão de mérito no presente processo, mantendo a autora em serviço ativo com todos os direitos assegurados (remuneração, moradia, cursos, promoção, contagem de tempo de serviço, etc.);

O pedido acima foi atendido nos seguintes termos:

Ante o exposto, DEFIRO o pedido de tutela de urgência para determinar que a UNIÃO FEDERAL **suspenda os efeitos da Portaria DIRAP Nº 3.463/1HI2, de 7 de julho de 2021, publicada no Boletim do Comando da Aeronáutica nº 126, de 9 de julho de 2021, mantendo a autora em serviço ativo com todos os direitos e vantagens assegurados em lei.**

Cite-se a UNIÃO FEDERAL para no prazo legal apresentar contestação.

Em seguida, intime-se a autora para no prazo legal apresentar impugnação.

Após, conclusos para decisão de saneamento ou julgamento conforme o estado do processo (art. 353 do CPC). Cite-se. Intime-se.

A tutela provisória de urgência determina a suspensão dos efeitos a fim de, provisoriamente, evitar os danos do ingresso na reserva (em especial, a proporcionalidade da remuneração). Ressalta-se que a medida deferida pelo juízo não vai além, nem poderia, em respeito ao princípio da congruência entre o pedido e o dispositivo da decisão, estes normativamente delineados pelo disposto no art. 492 do Código de Processo Civil.

3 Retoma-se a decisão judicial para reiterar que ela determina a suspensão dos efeitos da Portaria DIRAP Nº 3.463/1HI2, de 7 de julho de 2021, com a finalidade de – no atual momento processual - manter a autora em serviço ativo com todos os direitos e vantagens assegurados em lei. Apenas isso. Nada além.

A anulação do ato do ato de desligamento citado pelo PARE (*trecho colacionado no item 1 deste parecer*) não foi determinado pela decisão judicial, embora tecnicamente seja arrastado pela mesma decisão que suspendeu os efeitos da Portaria. Dessa forma, deveria, em tese, na OM de origem, ter sido determinada apenas a suspensão dos efeitos do desligamento, na mesma linha da decisão da DIRAP (que tornou sem efeito a Portaria DIRAP Nº 3.463/1HI2, de 7 de julho de 2021), para atender a decisão que determinou o retorno da autora ao serviço ativo.

Fica mais evidente quando se transcreve um dos pedidos que envolve o mérito da ação. Na letra “c.1” abaixo transcrita restou consignado na petição inicial o pedido de nulidade Portaria:

“[c] julgamento final de procedência da ação para:

[c.1] confirmar a antecipação de tutela requerida em sentença para que seja - de forma definitiva – **declarada a nulidade da Portaria DIRAP Nº 3.463/1HI2, de 7 de julho de 2021, publicada no Boletim do Comando da Aeronáutica nº 187, de 9 de julho de 2021** (conteúdo constitutivo negativo) [...]”.

A análise da situação acima transcrita será realizada em sede de sentença. Disso decorre que a anulação do desligamento foi praticada de forma equivocada (deveria ser apenas a suspensão dos efeitos para fins exclusivos de permitir a reinclusão da consulente), tendo a administração praticado ato além daquele determinado pelo juízo. Em insistindo com a anulação, esta só poderia ocorrer por um motivo: a administração reconhece a ilegalidade do ato e **antecipa parte do pedido de mérito na ação ajuizada**, considerando-se que é questão comezinha no direito administrativo o

poder da administração de anular atos que reconheça a ilegalidade⁵. No atual momento, **não há ordem judicial nesse sentido**.

Ao ser declarada a nulidade de um ato administrativo, tal decisão terá efeitos *ex tunc*, ou seja, retroagirá e atingirá o ato desde o seu surgimento, ficando nulos também os atos deles decorrentes.

Desenha-se o problema criado pela própria administração na origem: ao anular o ato de desligamento busca o ressarcimento, por força do efeito retroativo da anulação (*ex tunc*). Agindo dessa forma vai além do determinado pela decisão judicial e, **por conta própria**, exerce o controle de legalidade do ato sem determinação judicial a respeito. Tal situação que envolveu a anulação do desligamento conta no Boletim Interno Ostensivo nº 160, de 06 de outubro de 2021, da BAAN (*informação consta na fl. 11 do PARE*).

Assim o problema criado fica muito claro: [i] a matéria está ajuizada; [ii] a decretação de nulidade é questão de mérito da ação; [iii] a decisão judicial (tutela deferida) determina a **suspensão de efeitos** (efeitos *ex nunc*); [iv] a ação na origem não obedece a determinação do juízo e não atende a determinação da DIRAP; [v] mantida a anulação do ato de desligamento, a administração constrói um possível argumento judicial de reconhecimento do direito da autora no processo (atuando além do que foi determinado pela decisão em sede de tutela de urgência).

4 Há de se destacar, também, que a única determinação contida no ato que reincluiu a requerente (*expedida pela DIRAP e constante na fl. 10 do PARE*) indica que a Organização Militar de origem proceda de acordo com os itens

⁵ É o que afirma Celso Antônio Bandeira de Mello, quando dispõe que tanto a Administração quanto o Poder Judiciário podem ser sujeitos ativos da invalidação do ato administrativo quando do exercício do controle de legalidade. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31ª ed., Ver. E atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 470.

2.3.1 e 2.3.4 da ICA 35-1, aprovada pela Portaria DIRAP nº 6.029/SODG, de 29 de novembro de 2017.

Cita-se a ICA 35-1 no ponto:

2.3 REINCLUSÃO NO SERVIÇO ATIVO

2.3.1 A informação de reinclusão no serviço ativo deverá ser inserida, pelas OM, na tela de reinclusão de militar no SIGPES, via PHP, por operadores com perfil WEB 70 – Operador de reinclusão de Militar.

[...]

2.3.4 A reinclusão no serviço ativo por força de decisão judicial será feita pela última OM à qual o militar pertenceu enquanto na ativa. Caso o processo judicial estabeleça OM diferente da qual o militar pertenceu, deverá ser informado à DIRAP, que providenciará a nova classificação. [...]

Assim, entende-se que os Comandos subordinados estejam submetidos aos documentos produzidos pelos escalões superiores e atuem dentro de uma estrita legalidade, uma vez que é regra dominante no direito administrativo o exercício dos poderes administrativos dentro do quadro de legalidade existente.

5 O ato para a prática de cobrança administrativa em matéria que se encontra em discussão judicial, para ser válido, necessitaria de norma jurídica autorizativa, a qual também não existe na espécie. Prosseguir com um processo de ressarcimento ao erário, na hipótese ora tratada, configura um excesso por dois motivos básicos: [i] a um, a matéria está judicializada e um eventual acerto de contas será realizado ao final da ação judicial, sendo apropriado recordar que não haverá qualquer prejuízo à administração, pois se trata de militar de carreira com vínculo permanente com o Comando da Aeronáutica; [ii] não há supedâneo legal e/ou regulamentar para um processo de ressarcimento na atual fase, sequer ordem judicial a respeito; [iii] pelo princípio da congruência, tratado no item 3, não há pedido

e nem determinação judicial para a anulação de qualquer ato na atual fase processual; [iv] a anulação do desligamento na origem (quando deveria ter sido publicada a suspensão dos efeitos), excede o que a decisão determinou e a própria orientação do escalão superior (DIRAP).

Nessa linha argumentativa, conveniente lembrar a lição do saudoso Hely Lopes Meirelles, entoada em todos os lugares como uma espécie de mantra para a administração: *“Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.”*

Vale dizer que no Direito Privado vige o princípio da autonomia da vontade, ou seja, as partes podem fazer tudo o que a lei não proíbe, podendo livremente eleger os fins que pretendem alcançar e utilizar de todos os meios para atingi-los, desde que fins e meios não sejam proibidos pelo Direito. No Direito Público, diferentemente, a Administração Pública somente pode praticar atos previamente autorizados pela lei, só lhe é permitido fazer o que a lei expressamente autoriza.

A anulação dos atos eivados de vícios é um poder-dever da Administração Pública que os elaborou e poderá ser feito de forma direta – sob o fundamento do seu poder de autotutela, qual seja o de revisar os atos por ela emitidos, podendo revogá-los (conveniência e oportunidade) ou anulá-los (em razão da ilegalidade) –, conforme consagram as súmulas 346 e 473 do STF.

Transcreve-se:

Súmula 346. A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

[...]

Súmula 473. A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-

los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

No caso específico, a decretação de nulidade está em discussão no Judiciário, impedindo, dessa forma, a ação da administração no ponto. Quando judicializadas tais questões, via de regra, os requisitos legais do ato serão objeto de análise judicial, analisando, no mérito da ação, se o ato da administração vincula-se à previsão legal.

6 Face ao estudo desenvolvido, entende-se que não há base legal a justificar uma eventual devolução dos valores percebidos na atual fase processual, sendo recomendável que a administração militar (Base Aérea de Anápolis) retifique o ato de anulação publicado no Boletim Interno Ostensivo nº 160, de 06 de outubro de 2021, para que onde constou “anulação” do desligamento da consulente, passe a constar “suspensão de efeitos” ou “tornar sem efeitos”. Acolhida a presente orientação, entende-se que o presente PARE deva ser arquivado por inexistência de valores a serem adimplidos pela consulente na atual fase do processo.

É o parecer.

Santa Maria/RS, 02 de dezembro de 2021.

JACI RENE COSTA GARCIA⁶

OAB/RS 33.799

COSTA GARCIA & GARCIA ADVOGADOS ASSOCIADOS

OAB/RS nº 9.677

⁶ O parecerista é Doutor em Direito Público e Pós-Doutor em Filosofia. Foi Adjunto de Serviços da Base Aérea de Santa Maria de 1994 a 2000. Atua como Advogado na área do Direito Público há mais de vinte anos. Link para o lattes: <http://lattes.cnpq.br/0476317427421646>

NOTA TÉCNICA Nº 3

ANÁLISE DOS SEGUROS OBRIGATÓRIOS E FUNDOS COMPENSATÓRIOS DA RESOLUÇÃO DO PARLAMENTO EUROPEU Nº 2014 DE 2.020 SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

*Marcia Andrea Bühring*¹

1 OBSERVAÇÕES INICIAIS

Os seguros obrigatórios² e fundos compensatórios³ se consolidaram como uma solução satisfatória na experiência de alguns países Europeus, conforme Resolução do Parlamento Europeu 2020/2014, que

¹ Pós-Doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL) Portugal. Pós-Doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de Rio Grande (FURG). Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Advogada e Parecerista. Professora da Escola de Direito da (PUCRS). Professora da (UFN). Grupo de Estudos: Atualidades em Direito Constitucional/Ambiental.

² Adverte-se que no Brasil, já existem os seguros de responsabilidade civil, previstos no artigo 787 do Código Civil de 2002,

“Art. 787. No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro. §1º Tão logo saiba o segurado das conseqüências de ato seu, suscetível de lhe acarretar a responsabilidade incluída na garantia, comunicará o fato ao segurador. §2º É defeso ao segurado reconhecer sua responsabilidade ou confessar a ação, bem como transigir com o terceiro prejudicado, ou indenizá-lo diretamente, sem anuência expressa do segurador. §3º Intentada a ação contra o segurado, dará este, ciência, da lide ao segurador. §4º Subsistirá a responsabilidade do segurado perante o terceiro, se o segurador for insolvente”.

³ Para Medon (2020), há a “possibilidade da constituição de seguros, no modelo já conhecido de uma seguridade obrigatória, que consideraria todos os potenciais agentes envolvidos na cadeia de desenvolvimento da IA, que iriam contribuir com a seguridade segundo o seu nível de envolvimento técnico econômico no desenvolvimento da IA”.

Medon (2020), “embora os seguros constituam uma possível solução para o problema da reparação dos danos, a securitização, associada a um fundo, poderia ter um efeito de criar uma imunidade ao proprietário, o que geraria um dilema ético”.

trata do Regime de Responsabilidade Civil aplicável à Inteligência Artificial (IA), mas há que se levar em consideração realidades distintas.⁴

O tema é complexo, como pode-se observar abaixo na Cronologia⁵ da Regulação Normativa da IA na União Europeia, pois envolve diferentes áreas do conhecimento.

CRONOLOGIA:
2017
- Disposições de Direito Civil sobre a Robótica (2015/2103(INL))
2018
Primeiro documento oficial sobre a Inteligência Artificial:
- Comunicação da Comissão Inteligência artificial para a Europa (estratégia para IA), COM/2018/237, publicada em 25/04/2018.
- Carta Europeia de Ética Sobre o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais, pela Comissão Europeia Para a Eficácia da Justiça (CEPEJ)
- Plano Coordenado para a Inteligência Artificial COM(2018) 795
2019
- Orientações sobre IA confiável, do Grupo de Peritos de Alto Nível e Comunicação p/Aumentar a confiança numa inteligência artificial centrada no ser humano COM(2019) 168.
-Relatórios "The Age of Digital Interdependence", da Organização das Nações Unidas, e "Artificial Intelligence in Society", da OCDE

⁴ No Brasil não há lei específica sobre Responsabilidade Civil aplicável à Inteligência Artificial, tem-se, por ora, um Projeto de Lei, o PL 21/2020, aprovado na Câmara e em discussão no Senado. E o Código Civil brasileiro de 2002, no art. 927, parágrafo único, que traz uma **Cláusula Geral** de Responsabilidade Civil Objetiva em razão dos riscos. "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. [...] 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".

⁵ Em 2018, a Comissão Europeia instituiu o "High Level Expert Group on Artificial Intelligence (Grupo de Peritos de Alto Nível em Inteligência Artificial)", a fim de se estabelecer parâmetros de confiabilidade para a IA, e assim restou evidenciado na publicação das "Ethics Guidelines for Trustworthy AI (Diretrizes Éticas para a Inteligência Artificial Confiável)". Pois, muitas são ainda as lacunas na disciplina da responsabilidade civil quando se trata das novas tecnologias, em questão aquelas dotadas de IA.

2020

- Comunicação sobre a Estratégia Europeia para os Dados COM(2020)
- Comunicação para construir o futuro digital da Europa (COM/2020)
- Comunicação sobre Uma Estratégia para as PME com vista a uma Europa Sustentável e Digital
- Relatório sobre as implicações em matéria de segurança e de responsabilidade decorrentes da inteligência artificial, da Internet das coisas e da robótica
- Livro Branco sobre a inteligência artificial: uma abordagem europeia virada para a excelência e a confiança.
- Relatório Regulamentação da IA: o novo papel dos organismos para a igualdade
- Relatório que contém recomendações à Comissão sobre o quadro dos aspetos éticos da inteligência artificial, da robótica e das tecnologias conexas (2020/2012(INL)).
- Resolução que contém recomendações à Comissão sobre o regime de responsabilidade civil aplicável à inteligência artificial (2020/2014(INL)).

2021

- Relatório da Comissão do Mercado Interno Construir o futuro digital da Europa: eliminar obstáculos ao funcionamento do mercado único digital e melhorar a utilização da inteligência artificial para os consumidores europeus (2020/2216(INI))
- Resolução do Parlamento Europeu A inteligência artificial no direito penal e a sua utilização pelas autoridades policiais e judiciárias em casos penais
- Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (Regulamento Inteligência Artificial).

2022

- Declaração Europeia de Direitos Digitais e Princípios para a Década Digital.
- Proposta de DIRETIVA DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO sobre a adaptação das regras de responsabilidade civil extracontratual à inteligência artificial”. Ou “Diretiva de Responsabilidade de IA”.

Fonte: (UC, 2022)

Pela linha evolutiva e recente do quadro acima, percebe-se que Alan Turing,⁶ [considerado um dos primeiros a investigar o tema] a mais

⁶ Russell e Norvig observam, ainda, que para uma máquina passar no **Teste de Turing** e, desse modo ser considerada inteligente, precisaria ter pelo menos as seguintes capacidades:

a) Processamento de linguagem natural para se comunicar com o usuário;

de 60 anos, tinha razão quando afirmou: “Acredito que até o fim do século XX será possível falar de máquinas pensantes sem chances de ser contestado”. (TURING, 2010, p. 5). Mais tarde, também Arthur Samuel trabalhou essa capacidade de aprendizado por meio de um “jogo de damas no computador” e trouxe significativas contribuições para a compreensão do tema.⁷ (SAMUEL, 1983, p. 211).

b) Representação de conhecimento para armazenar o que sabe ou aprende;

c) Raciocínio automatizado para usar o conhecimento armazenado com a finalidade de responder perguntas ou tirar novas conclusões;

d) Aprendizado de máquina para se adaptar a novas circunstâncias e para detectar e extrapolar padrões;

e) Visão computacional para perceber objetos; e

f) Robótica para manipular objetos e movimentar-se. (RUSSEL, NORVIG, 2020, p. 3).

“Muito conhecido na computação, o chamado “teste de Turing” propunha um experimento no qual se colocavam dois elementos A e B (uma máquina e um homem) sendo interrogados por um interrogador C, todos se comunicando sem contato direto, com algum “sistema intermediário”. De acordo com esse experimento, se o interrogador C for incapaz de descobrir quem (A ou B) é uma máquina, então esta ou o sistema em A será considerado “inteligente”.”.

⁷ “Enough work has been done to verify the fact that a computer can be programmed so that it will learn to play a better game of checkers than can be played by the person who wrote the program. Furthermore, it can learn to do this in a remarkably short period of time (8 or 10 hours of machine-playing time) when given only the rules of the game, a sense of direction, and a redundant and incomplete list of parameters which are thought to have something to do with the game, but whose correct signs and relative weights are unknown and unspecified. The principles of machine learning verified by these experiments are, of course, applicable to many other situations”. (SAMUEL, 1983, p. 211).

Nos últimos anos, **inúmeros conceitos**⁸ de IA surgiram, mas já se adverte que nem o conceito é pacífico.⁹ Todavia, é possível conceituar a

⁸ **Artigo 3.º Definições.** Para efeitos do presente regulamento (2.020), entende-se por:

- a) «Sistema de IA», um sistema baseado em *software* ou integrado em dispositivos de físicos e que apresenta um comportamento que simula inteligência, nomeadamente recolhendo e tratando dados, analisando e interpretando o seu ambiente e tomando medidas - com um determinado nível de autonomia - para atingir objetivos específicos;
- b) «Autónomo»: um sistema de IA que funciona interpretando certos dados e utilizando um conjunto de instruções predeterminadas, sem estar limitado a essas instruções, apesar de o comportamento do sistema estar limitado pelo objetivo que lhe foi atribuído e que está destinado a realizar e por outras escolhas de conceção tomadas por quem o desenvolveu;
- c) «Alto risco»: um potencial importante de um sistema de IA que funcione de forma autónoma causar prejuízos ou danos a uma ou várias pessoas de forma aleatória e que vai além do que se pode razoavelmente esperar; a importância deste potencial depende da interligação entre a gravidade dos eventuais prejuízos ou danos, o grau de autonomia de decisão, a probabilidade de o risco se concretizar e a forma e o contexto em que o sistema de IA é utilizado; d) «Operador», o operador de frontend e o operador de backend, desde que a responsabilidade do último não esteja já coberta pela Diretiva 85/374/CEE;
- e) «Operador de frontend», qualquer pessoa singular ou coletiva que exerça um grau de controlo sobre um risco relacionado com a operação e o funcionamento do sistema de IA e deles beneficie;
- f) «Operador de backend», qualquer pessoa singular ou coletiva que, de forma contínua, defina as características da tecnologia, forneça dados e preste serviços essenciais de apoio de backend e, por conseguinte, exerça igualmente algum controlo sobre o risco ligado à operação e ao funcionamento do sistema de IA;
- g) «Controlo», qualquer ação de um operador que influencie o funcionamento de um sistema de IA e, por conseguinte, a medida em que o operador expõe terceiros aos riscos potenciais associados à operação e ao funcionamento do sistema de IA; essas ações podem ter impacto no funcionamento, determinando os dados introduzidos, os dados de saída ou os resultados, ou modificar funções ou processos específicos no sistema de IA; o grau em que esses aspetos do funcionamento do sistema de IA são determinados pela ação depende do nível de influência que o operador tem sobre o risco ligado à operação e ao funcionamento do sistema de IA;
- h) «Pessoa lesada»: qualquer pessoa que sofra prejuízos ou danos causados por uma atividade, um dispositivo ou um processo físico ou virtual baseado num sistema de IA e que não seja o operador;
- i) «Prejuízos ou danos»: consequência adversa que afete a vida, a saúde, a integridade física de uma pessoa singular, o património de uma pessoa singular ou coletiva, ou cause danos imateriais significativos que resultem numa perda económica verificável;
- j) «Produtor», o produtor na aceção do artigo 3.º da Diretiva 85/374/CEE do Conselho.

⁹ Projeto de Lei brasileiro nº21/2020: "Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se: I - sistema de inteligência artificial: o sistema baseado em processo computacional que pode, para um determinado conjunto de objetivos definidos pelo homem, fazer previsões e recomendações ou tomar decisões que influenciam ambientes reais ou virtuais; [...] III - conhecimento em inteligência artificial: habilidades e recursos, como dados, códigos, algoritmos, pesquisas, programas de treinamento, governança e melhores práticas, necessários para conceber, gerir, entender e participar do ciclo de vida do sistema";

Segundo John McCarthy (2004) "É a ciência e a engenharia de fabricar máquinas inteligentes, especialmente programas de computador inteligentes. Ela está relacionada à tarefa semelhante de usar

IA como “a capacidade de um computador digital, ou de um robot¹⁰ controlado por um outro computador, de realizar tarefas que são em regra geral associadas a seres inteligentes”. (ENCYCLOPEDIA BRITANNICA, 2022).

Segundo Schermer, a “inteligência artificial é o conceito usado para descrever sistemas computacionais que são capazes de aprender a partir de suas próprias experiências e resolver problemas complexos em diferentes situações”, ou seja, “habilidades que anteriormente pensamos ser únicas em seres humanos”. Assim, representa um termo guarda-chuva “que engloba diversos tipos de “*machine learning*”, que pode ser definido como um conjunto de técnicas e mecanismos que permite que computadores ‘pensem’ ao criar algoritmos¹¹ matemáticos baseados em dados acumulados” (SCHERMER, 2011, p. 46).

Por tudo, a IA é um software capaz de aprender e de tomar decisões com autonomia e independência.

computadores para entender a inteligência humana, mas a IA não precisa se limitar aos métodos biologicamente observáveis”.

E ainda, segundo Russell e Norvig (2020) é a área da ciência e da engenharia destinada à “criação de máquinas inteligentes, sobretudo programas computacionais inteligentes”. E mencionam quatro objetivos ou definições de IA possíveis, “o que diferencia os sistemas de computadores com base na racionalidade e no pensamento vs. a ação”. (IBM, 2022).

¹⁰ Mencionam, Tepedino e Silva, “que o uso da expressão “lex robótica” ou “robotics law” (direito da robótica) espécie do gênero “cyberlaw” (direito cibernético), cresceu, e por isso a necessidade de soluções adequadas e a identificação de princípios éticos próprios para a regulação dos robôs e sistemas autônomos”. (TEPEDINO; SILVA, 2019).

Por um lado, a definição de “robô” é: “máquina ou dispositivo utilizado para realizar trabalhos em substituição ao ser humano. Todavia, com os avanços da tecnologia, essa definição, vem sendo aprimorada. Por outro lado, um robô pode ser programado para realizar tarefas, com supervisão humana. Até mesmo, a partir do “deep learning”, ou seja, (aprendizado profundo), um dos tipos de machine learning. Que se aproxima mais à utilização de modelos baseados em redes neurais à semelhança do funcionamento do cérebro humano” (TEPEDINO; SILVA, 2019).

¹¹ Algoritmos são entendidos como “uma sequência formalmente determinada de operações lógicas que oferecem instruções para computadores que agem sobre dados e que tomam decisões autônomas”, conforme Barocas e Selbst (2016).

2 ANÁLISE PONTUAL DOS SEGUROS E FUNDOS COMPENSATÓRIOS: “REGIME DE RESPONSABILIDADE CIVIL PARA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL 2020/2014(INL)” UE. (PARLAMENTO EUROPEO, 2020).

1º - Por 626 votos a 25, e 40 abstenções o Parlamento Europeu aprovou em 2020 uma resolução com recomendações à Comissão sobre um “Regime de Responsabilidade Civil para Inteligência artificial (IA), com regras para “pessoas físicas e jurídicas Vs. operadores de sistemas de IA”.¹²

2º - Por um lado, a necessidade de se rever a “Diretiva de Responsabilidade do Produto defeituoso” em vigor, frente ao novo momento, tecnológico e digital, pois novos são os desafios legais. Por outro lado, o Parlamento “considerou que as regras de responsabilidade dos operadores devem ser aplicadas a todos os tipos de operações do sistema de IA, independentemente da localização da operação e se é de natureza física ou virtual”. (Observatório Legislativo Parlamento Europeu, 2020).

¹² A IA é um software capaz de aprender e tomar decisões com autonomia e independência. “A inteligência artificial potencializa computadores e máquinas para imitar os recursos da mente humana para solucionar problemas e tomar decisões”. (IBM, 2022).

3º Inclusive fixando regras de responsabilidade¹³ distinta: objetiva¹⁴ para sistemas de IA de alto risco,¹⁵ e subjetiva¹⁶ para sistemas de IA de médio ou baixo risco. E aí reside o cerne da questão: Seguros e Fundos.

No que se refere a compensação, os valores são consideráveis:

De acordo com a regulamentação solicitada, um operador de um sistema de IA de alto risco que tenha sido responsabilizado por danos ou danos sob este regulamento deve compensar:

- até um montante máximo de 2 milhões de euros em caso de morte ou em caso de danos causados à saúde ou integridade física de uma pessoa afetada, resultante de uma operação de um sistema de IA de alto risco;
- até um valor máximo de um milhão de euros em caso de danos imateriais significativos que resultem em uma perda econômica verificável ou de

¹³ Segundo Tartuce, a Responsabilidade Civil “surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida” (TARTUCE, 2020, p. 334).

¹⁴ Tartuce destaca a **responsabilidade pressuposta** “deve-se buscar, em um primeiro plano, reparar a vítima, para depois verificar-se de quem foi a culpa, ou quem assumiu o risco. Com isso, o dano assume o papel principal no estudo da responsabilidade civil, deixando de lado a culpa. Ademais, pela tese, pressupõe-se a responsabilidade do agente pela exposição de outras pessoas a situações de risco ou de perigo”. (TARTUCE, 2020, p. 339).

¹⁵ A Society of Automotive Engineers aponta **seis níveis de autonomia de um carro autônomo**. Relatório divulgado pelo National Highway Traffic Safety Administration, - EUA.

“São os níveis:

Nível 0 - Sem automação: nenhuma autonomia, o motorista faz todas as tarefas;

Nível 1 - Assistente de motorista: O veículo é controlado pelo motorista, mas existem algumas assistências no design no veículo;

Nível 2 - Automação parcial: Veículo tem funções combinadas automatizadas, como aceleração e direção, mas o motorista precisa permanecer sempre envolvido com a condução, monitorando o ambiente todo o tempo;

Nível 3 - Automação condicional: Motorista é necessário, mas não precisa monitorar o ambiente. Precisa estar pronto para assumir o controle do veículo a qualquer momento, mediante notificação;

Nível 4 - Alta automação: Veículo é capaz de realizar todas as funções de condução dentro de certas condições. O motorista pode ter a opção de controlar o veículo;

Nível 5 - Automação completa: Veículo capaz de realizar todas as funções da condução sob toda e qualquer condição. O motorista pode não ter opção de controlar o veículo”. (NATIONAL HIGHWAY TRAFFIC SAFETY ADMINISTRATION. Automated vehicles for safety).

¹⁶ Subjetiva, baseada na culpa, em sentido estrito, que pode ser conceituada como “desrespeito a um dever preexistente, não havendo propriamente uma intenção de violar o dever jurídico, que acaba sendo violado por outro tipo de conduta”. (TARTUCE, 2020, p. 389).

danos causados à propriedade”. (Observatório Legislativo Parlamento Europeu, 2020).

A pergunta que se faz hoje é: “Quando houver danos decorrentes das decisões de inteligência artificial, quem paga e/ou deve pagar?” Pois atualmente há uma grande preocupação com os veículos autônomos que causam acidentes de trânsito, por exemplo, nos Estados Unidos várias notícias “de carros autônomos provocando a morte do seu condutor, ou de terceiros”: Veja-se:

O engenheiro da Apple Walter Huang estava dirigindo seu Tesla Model X 2017 na US Highway 101 em Mountain View, Califórnia, na manhã de 23 de março de 2018, quando o carro virou à esquerda em um canteiro de concreto, matando Huang no acidente resultante. Agora, pouco mais de um ano depois, a família Huang processou a Tesla, alegando que seu sistema de piloto automático falhou, causando o acidente mortal. (BROWN, 2019, p. 108).

O direito civil tradicional, em relação à responsabilidade civil por danos resultantes da falha ou risco de alguém, portanto, responsabilidade objetiva, não dão conta desse novo momento, pois os artigos do Código Civil brasileiro de 2002, art. 186 e 927 requerem relação com o agente, pessoa física ou jurídica, que provoque o dano, por ação ou omissão. (TARTUCE, 2020, p. 334).

4º - Também se adverte que a Comissão é “chamada a trabalhar em estreita colaboração com o mercado de seguros¹⁷ para desenvolver

¹⁷ No Brasil, o “mercado de seguros cresceu 19,6% no primeiro semestre desse ano em relação ao mesmo período de 2021, com faturamento de R\$ 80 bilhões. É o que mostra a 22ª edição do Boletim IRB+Mercado, relatório mensal da plataforma IRB+Inteligência, produzido com base nos dados publicados pela Susep (Superintendência de Seguros Privados) em 01/08. No acumulado de 2022, as seguradoras faturaram R\$ 13,1 bilhões a mais que nos primeiros seis meses do ano passado [...] (IRB+Mercado, 2022).

produtos de seguros inovadores que possam preencher a lacuna do seguro”. (Observatório Legislativo Parlamento Europeu, 2020).

5º - A presente nota técnica faz análise do “Regime de responsabilidade civil aplicável à inteligência artificial”, cuja “Resolução do Parlamento Europeu, de 20 de outubro de 2020, que contém recomendações à Comissão sobre o regime de responsabilidade civil aplicável à inteligência artificial (2020/2014(INL)) (2021/C 404/05)”. Assim, o Parlamento Europeu faz, logo na abertura da Resolução, (Itens - A ao L), o destaque na letra “J”, sobre o **seguro adequado**, ou seja:

J. Considerando que a combinação de normas éticas robustas para os sistemas de IA com procedimentos de indemnização sólidos e justos pode contribuir para dar resposta a esses desafios jurídicos e eliminar o risco de os utilizadores estarem menos dispostos a aceitar tecnologias emergentes; considerando que procedimentos de indemnização justa significam que todos os que sofrerem danos causados por sistemas de IA ou cujos danos patrimoniais sejam causados por sistemas de IA devem beneficiar do mesmo nível de proteção que nos casos em que não esteja envolvida IA; considerando que os utilizadores devem ter a certeza de que os eventuais danos provocados pelos sistemas que utilizam IA estão cobertos por um seguro adequado e que existe uma via legal clara de recurso.

Aqui, a primeira indagação: O que se entende por seguro adequado? Pelo dicionário (2022): “firme, inabalável, garantido, confiado, certo”. Ou seja, que traz segurança, maior certeza e previsibilidade.

6º - Segue a Resolução, com a Introdução (Números 1 ao 5), apresenta a Responsabilidade e inteligência artificial (Números 6 ao 10), a Responsabilidade do operador (Números 11 ao 13) e as Regras diferentes

Registre-se ainda, que “No Brasil, a atividade seguradora teve início em 1808, com a abertura dos portos ao comércio internacional, segundo um histórico apresentado no site da Superintendência de Seguros Privados” (SUSEP, 2020).

em matéria de responsabilidade para riscos diferentes (Números 14 ao 22). E aqui merece o destaque o Número “17”, sobre o **seguro obrigatório**, veja-se:

17. Observa que o desenvolvimento de tecnologias baseadas em IA é extremamente dinâmico e está em constante aceleração; salienta que, para garantir uma proteção adequada dos utilizadores, é necessária uma abordagem acelerada para analisar os eventuais riscos dos novos dispositivos e sistemas que utilizam sistemas de IA que entram no mercado europeu; recomenda que todos os procedimentos a este respeito sejam simplificados tanto quanto possível; sugere ainda que a avaliação, pela Comissão, da questão de saber se um sistema de IA representa um alto risco deve começar ao mesmo tempo que a avaliação da segurança do produto, a fim de evitar uma situação em que um sistema de IA de alto risco já está aprovado para introdução no mercado mas ainda não está classificado como de alto risco e, por conseguinte, opera sem cobertura de seguro obrigatório;

Aqui outra indagação: O que se entende por seguro obrigatório?

O seguro de responsabilidade, (obrigatório) é parecido com de veículos automotores para alto risco para sistemas de IA, e que deve “cobrir os valores e a extensão da compensação. A incerteza em relação aos riscos não deve tornar os prêmios de seguros proibitivamente elevados e, portanto, um obstáculo à pesquisa e à inovação”. (Observatório Legislativo Parlamento Europeu, 2020).

7º - Na sequência os Seguros e Sistemas de IA, ganham destaque (Números 23 ao 25) Veja-se:

23. Considera que a **cobertura da responsabilidade** é um dos principais fatores que define o sucesso das novas tecnologias, produtos e serviços; observa que uma cobertura adequada da responsabilidade também é essencial para garantir ao público que pode confiar na nova tecnologia, não obstante a possibilidade de existirem danos ou ações legais movidas pelas

pessoas lesadas; observa, ainda, que este sistema regulamentar se centra na necessidade de explorar e reforçar as vantagens dos sistemas de IA, ao mesmo tempo que estabelece **salvaguardas sólidas**;

24. Considera que, com base no grande potencial de causar danos ou prejuízos e tendo em conta a Diretiva 2009/103/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de setembro de 2009, relativa ao seguro de responsabilidade civil que resulta da circulação de veículos automóveis e à fiscalização do cumprimento da obrigação de segurar esta responsabilidade, todos os operadores dos sistemas de IA de alto risco enumerados no anexo do regulamento proposto devem ser titulares de um seguro de responsabilidade civil; considera que um regime de seguro obrigatório dessa natureza para sistemas de IA de alto risco deve abranger os montantes e a extensão da indemnização previstos no regulamento proposto; está ciente do facto de que essa tecnologia ainda é muito rara, uma vez que pressupõe um elevado grau de tomada de decisão autónoma e que, por conseguinte, os debates atualmente em curso estão sobretudo orientados para o futuro; considera, no entanto, que a incerteza relativamente aos riscos não deve tornar os prémios de seguro proibitivamente elevados e, por conseguinte, um obstáculo à investigação e à inovação;

Outra indagação: O que se entende por salvaguardas sólidas?

Salvaguardas sólidas, que sejam capazes de assegurar o feito, [monetário] que respondam pelos danos causados.¹⁸ Exemplo do “seguro de

¹⁸ EXEMPLOS DE SEGUROS, MAIS USUAIS NO BRASIL: (VER LISTA COMPLETA + DE 60 TIPOS DE SEGUROS DE RESPONSABILIDADE EXISTENTES). SEGUNDO O (DICIONÁRIO DE SEGUROS.

- SEGURO DE DANOS PESSOAIS CAUSADOS POR VEÍCULOS AUTOMOTORES DE VIA TERRESTRE (DPVAT) - CRIADO PELA LEI 6.194, DE 19 DE DEZEMBRO DE 1974.

- Seguro de Danos Pessoais de Embarcações ou suas Cargas (DPEM). Instituído pela Lei 8.374, de 30 de dezembro de 1991.

- Seguro de Acidentes de Trabalho (SAT). Lei 5.316, de 14 de setembro de 1967.

Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação (SFH). Lei 4.380/64 que criou o Banco Nacional da Habitação (BNH).

- Seguro de Responsabilidade Civil dos Transportadores relativo aos danos pessoais provocados aos usuários dos serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional. Instituído pelo Decreto 2.521, de 20 de março de 1998.

- Seguro Carta Verde. Resolução 120, de 1994, do Grupo Mercado Comum, do Mercosul.

responsabilidade civil que resulta da circulação de veículos automóveis” e à “fiscalização do cumprimento da obrigação de segurar esta responsabilidade”.

25. Considera que um mecanismo de indemnizações a nível da União, financiado com **fundos públicos**, não é a solução ideal para colmatar eventuais lacunas em matéria de seguros; considera que a falta de dados sobre os riscos associados aos sistemas de IA, combinada com a incerteza quanto à evolução futura, torna difícil o setor dos seguros encontrar produtos de seguros adaptados ou novos; considera provável que deixar que os seguros obrigatórios sejam totalmente desenvolvidos pelo mercado resulte numa solução única aplicável a todos os casos, com prémios desproporcionalmente elevados e incentivos errados, incentivando os operadores a optarem pelo seguro mais barato e não pela melhor cobertura, podendo tornar-se um obstáculo à investigação e à inovação; defende que a Comissão deve trabalhar em estreita colaboração com o setor dos seguros para ver como será possível utilizar dados e modelos inovadores para criar políticas de seguros que ofereçam uma cobertura adequada a um preço acessível;

Oportuno destacar dois aspectos, o primeiro em relação aos “Fundos Públicos”, que NÃO são a “solução ideal para colmatar eventuais lacunas em matéria de seguros”, pois há falta de dados e incerteza. E segundo, a questão dos seguros obrigatórios, e a questão dos operadores, “optarem pelo seguro mais barato”, e ainda, a colaboração do “setor dos seguros” e criação de “políticas de seguros que ofereçam uma cobertura adequada”.

E assim, são apresentadas as Considerações finais (Números 26 ao 28). E, também o ANEXO DA RESOLUÇÃO: com “Recomendações pormenorizadas para a elaboração de um regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à responsabilidade pela operação de sistemas de inteligência artificial”.

Nesse contexto, são apresentados: (Letra “A”. Princípios e Objetivos da Proposta 1 ao 8, para servir de Norte, de Orientação. E, Letra “B”. Texto da Proposta de “Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à responsabilidade pela operação de sistemas de inteligência artificial” (1) ao (24).

Vale ressaltar alguns itens: (14), (20), (21) e (22).

(14) Todos os sistemas de IA de alto risco deverão ser enumerados de forma exaustiva num **anexo** ao presente regulamento. Tendo em conta a rápida evolução técnica e do mercado a nível mundial, bem como a especialização técnica necessária para uma revisão adequada dos sistemas de IA, o poder de adotar atos delegados nos termos do artigo 290.o do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia deverá ser delegado na Comissão no que diz respeito a alterar o presente regulamento no que respeita aos tipos de sistemas de IA que apresentam um alto risco e aos setores críticos em que são utilizados. Com base nas definições e disposições estabelecidas no presente regulamento, a Comissão deverá rever o anexo sem demora injustificada, mas, pelo menos, de seis em seis meses e, se necessário, alterá-lo por meio de atos delegados. A avaliação pela Comissão da questão de saber se um sistema de IA representa um alto risco deverá começar ao mesmo tempo que a avaliação da segurança do produto, a fim de evitar uma situação em que um sistema de IA de alto risco já esteja aprovado para introdução no mercado, mas ainda não esteja classificado como de alto risco e, por conseguinte, opere sem cobertura de seguro obrigatório. A fim de proporcionar às empresas e às organizações de investigação uma segurança suficiente em matéria de planeamento e investimento, as mudanças nos setores críticos só deverão ser feitas a cada doze meses. Os operadores deverão ser convidados a notificar a Comissão se estiverem a trabalhar numa nova tecnologia ou em novos produtos ou serviços abrangidos por um dos setores críticos existentes previstos no anexo e que posteriormente se possam qualificar como sistema de IA de alto risco.

(20) O legislador tem de considerar os riscos de responsabilidade associados aos sistemas de IA durante todo o **seu ciclo de vida**,¹⁹ desde a criação, passando pela utilização até ao fim da vida, incluindo a gestão dos resíduos e da reciclagem. A inclusão de sistemas de IA num produto ou serviço representa um risco financeiro para as empresas e, conseqüentemente, terá um forte impacto na capacidade e nas opções tanto das PME como das empresas em fase de arranque no que diz respeito ao seguro e ao financiamento dos seus projetos de investigação e desenvolvimento com base em novas tecnologias. O objetivo da responsabilidade é, por conseguinte, não só salvaguardar importantes direitos legalmente protegidos das pessoas, mas também determinar se as empresas — em especial, as PME e as empresas em fase de arranque — conseguem mobilizar capital, inovar e, em última análise, oferecer novos produtos e serviços, bem como se os consumidores confiam nesses produtos e serviços e estão dispostos a utilizá-los, apesar dos potenciais riscos e ações judiciais que sejam intentadas a respeito desses produtos e serviços.

O conceito de “ciclo de vida do produto” foi criado pelo economista Theodore Levitt, (1960) apresenta 5 fases “desenvolvimento, introdução,

¹⁹ Sobre o Ciclo de Vida, Freitas (2022, p. 14-15) “Nova Lei de Licitações e o ciclo de vida do objeto”, resumidamente apresenta:

“a) As licitações e as contratações públicas, em louvável convergência internacional, precisam gravitar em torno do eixo da sustentabilidade;

b) A proposta mais vantajosa, escrupulosamente atenta ao ciclo de vida do objeto, é aquela que resiste ao crivo de indicadores multifacetados de custos e benefícios diretos e indiretos, exorcizando os perigos de irreversíveis perdas trágicas patrocinadas pelos desequilíbrios ecossistêmicos;

c) O escrutínio coeso e integrado do ciclo de vida do objeto demanda a refutação incisiva da análise imantada exclusivamente pelo viés economicista, haja vista a centralidade indiscutível de variáveis sociais, ambientais e éticas, acima das tentações utilitárias de curto prazo;

d) A motivação de licitar e contratar, na seara pública, jamais se revela neutra. Portanto, na avaliação do ciclo de vida do objeto, não merecem prosperar as metodologias incapazes de traduzir adequada precificação sustentável;

e) Imprescindível transitar para a governança pública sustentável, que pratique a aferição confiável do ciclo de vida, por intermédio de ferramentas hábeis a dialogar com múltiplas técnicas avaliativas (por exemplo, a avaliação de impactos ambientais), afastando fórmulas simplistas e redundantes;

f) O exame do ciclo de vida requer permanente refinamento metodológico, com a decisão iluminada por protocolos engajadamente indutores do primado líquido de benefícios e cobenefícios”.

crescimento, maturidade e declínio”. Sobre o “Ciclo de Vida”, cabe mencionar que no Brasil, a Lei nº 12.305/2010, apresenta no art. 3º, IV: Para os efeitos desta Lei, entende-se por: [...] IV — ciclo de vida do produto: “série de etapas que envolvem o desenvolvimento do produto, a obtenção de matérias-primas e insumos, o processo produtivo, o consumo e a disposição final” e art. 7º, XIII: “São objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos: [...] XIII — estímulo à implementação da avaliação do ciclo de vida do produto.”

Destaque-se o “seguro e ao financiamento dos seus projetos de investigação e desenvolvimento com base em novas tecnologias”. E mais:

(21) Os seguros podem ajudar a garantir que as vítimas recebam uma indenização efetiva e a agregar os riscos de todos os segurados. Um dos fatores nos quais as seguradoras baseiam a sua oferta de produtos e serviços de seguros é a avaliação dos riscos baseada no acesso a dados históricos suficientes relativos a ações. A falta de acesso a dados de alta qualidade ou uma quantidade insuficiente dos mesmos podem constituir uma justificacão para que a criação de produtos de seguros para tecnologias novas e emergentes seja difícil no início. No entanto, um maior acesso aos dados gerados pelas novas tecnologias e uma otimização da sua utilização, combinados com uma obrigação de fornecer informações bem documentadas, aumentaria a capacidade das seguradoras para modelizar o risco emergente e promover o desenvolvimento de uma cobertura mais inovadora.

Dessa forma, seguros podem ajudar a garantir que as vítimas recebam uma indenização efetiva e a agregar os riscos de todos os segurados.

(22) Na ausência de dados históricos relativos a ações, deverá ser investigado de que modo e em que condições a responsabilidade pode ser objeto de seguro, a fim de estabelecer uma ligação com o produto, e não com a pessoa responsável. Já existem produtos de seguros que são desenvolvidos por área

e por cobertura, à medida que a tecnologia evolui. Muitas seguradoras são especializadas em determinados segmentos do mercado (por exemplo, as PME) ou na oferta de cobertura para certos tipos de produtos (por exemplo, produtos elétricos), o que significa que normalmente haverá um produto de seguro disponível para o segurado. No entanto, é difícil prever uma solução única e o mercado de seguros necessitará de tempo para se adaptar. A Comissão deverá trabalhar em estreita colaboração com o mercado de seguros para desenvolver produtos de seguro inovadores que possam colmatar a lacuna em matéria de seguro. Em casos excepcionais, como num evento em que ocorram danos coletivos, em que a indemnização ultrapasse significativamente os montantes máximos estabelecidos no presente regulamento, os Estados-Membros deverão ser incentivados a criar um fundo especial para indemnizações, por um período limitado, para enfrentar as necessidades específicas desses casos. Poderão também ser criados fundos de compensação específicos para cobrir os casos excepcionais em que um sistema de IA ainda não classificado como sistema de IA de alto risco e, por conseguinte, ainda não segurado, provoque prejuízos ou danos. A fim de garantir a segurança jurídica e cumprir a obrigação de informar todas as pessoas potencialmente lesadas, a existência do fundo especial de compensação, bem como as condições para dele beneficiar, deverão ser tornadas públicas de forma clara e exaustiva.

Por tudo isso: “adotaram o regulamento” e apresentaram os **5 capítulos**: no **CAPÍTULO I** - Disposições Gerais - Artigo 1.o o Objeto; no Artigo 2.o o Âmbito de aplicação. E no Artigo 3.o as Definições.

Mas o Capítulo que interessa particularmente é o **CAPÍTULO II** - SISTEMAS DE IA DE ALTO RISCO, que no seu artigo 4º traz a Responsabilidade objetiva pelos sistemas de IA de alto risco, e ainda mais especificamente: Ponto “4”:

4. O operador de *frontend* de um sistema de IA de alto risco deve assegurar que todas as operações desse sistema de IA estejam cobertas por um seguro de responsabilidade adequado aos montantes e à dimensão das

indenizações previstos nos artigos 5.o e 6.o do presente regulamento. O operador de backend deve assegurar que os seus serviços estejam cobertos por um seguro de responsabilidade empresa ou produtos, adequado aos montantes e à dimensão das indenizações previstos nos artigos 5.o e 6.o do presente regulamento. Se se considerar que os regimes de seguro obrigatório do operador de frontend e de backend já vigentes em virtude de outra legislação da União ou nacional ou de fundos voluntários existentes de seguro das sociedades cobrem a operação do sistema de IA ou o serviço prestado, reputa-se cumprida a obrigação de subscrever um seguro para o sistema de IA ou o serviço prestado nos termos do presente regulamento, desde que o seguro obrigatório existente ou o fundo de seguro voluntário da sociedade cubra os montantes e a dimensão das indenizações previstos nos artigos 5.o e 6.o do presente regulamento.

Em suma, todas as operações de IA, devem: estar “cobertas por um seguro de responsabilidade adequado”. Por conseguinte: Artigo 5.o – traz o “Montante da indemnização”; o Artigo 6.o “Cálculo da indemnização” e o Artigo 7.o o “Prazo de prescrição”.

Na mesma senda, o **CAPÍTULO III** apresenta OUTROS SISTEMAS DE IA, e vale a referência ao “Artigo 8.o – da Responsabilidade culposa relativa a outros sistemas de IA e ao Artigo 9.o - Disposições nacionais em matéria de indemnização e prazo de prescrição. (Mas que não menciona os seguros ou fundos)

Também o **CAPÍTULO IV** – da IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADES, com a referência ao Artigo 10.o - Culpa do lesado; Artigo 11.o - Responsabilidade solidária e Artigo 12.o - Ação de indemnização. (E que também não menciona os seguros ou fundos.)

E assim, o **CAPÍTULO V** – das DISPOSIÇÕES FINAIS, no Artigo 13.o apresenta o - Exercício da delegação e o Artigo 14.o Da Revisão. Artigo 15.o Entrada em vigor

E ao fim e ao cabo, a menção às companhias de seguros.

Até 1 de janeiro de 202X [3 anos após a data de aplicação do presente regulamento] e, posteriormente, de três em três anos, a Comissão apresenta ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu um relatório circunstanciado em que procederá à revisão do presente regulamento à luz da evolução da inteligência artificial. No âmbito da elaboração do relatório a que se refere o primeiro parágrafo, a Comissão deve solicitar aos Estados-Membros informações pertinentes sobre a jurisprudência e as transações judiciais, bem como estatísticas sobre acidentes, como o número de acidentes registados, os danos sofridos, as aplicações de IA envolvidas, as indemnizações pagas pelas companhias de seguros, bem como uma avaliação do número de ações intentadas pelas pessoas lesadas, a título individual ou coletivo, e dos prazos em que essas ações são tratadas em tribunal.²⁰ O relatório da Comissão deve ser acompanhado, se for caso disso, de propostas legislativas destinadas a colmatar as eventuais lacunas nele identificadas.

Nesse sentido, destaca Medon (2020, p.113), que a autonomia da IA é tecnológica, e tem como base as potencialidades da combinação algorítmica que é fornecida ao software. E que, “deve ser considerada em uma lógica de gradação, uma vez que as diversas técnicas de *machine*

²⁰ Segundo Porto (2020) “Por exemplo, um software de IA dentro de um gabinete de magistrado. A “máquina” deve acessar todos os documentos, decisões, sentenças e jurisprudências. A partir desse acervo de conhecimento, realiza o trabalho da forma mais calibrada possível com o raciocínio jurídico do magistrado e, com o tempo, vai aprimorando o índice de assertividade, mas isso só ocorre quando o magistrado está corrigindo a máquina e a aperfeiçoando”. (p. 114). Refere ainda “O Conselho nacional de Justiça (CNJ) criou a plataforma de IA Sinapses. Por meio dessa plataforma, todos os modelos de inteligência artificial (algoritmos especialmente criados para IA) produzidos nos tribunais poderão ser aproveitados de modo comum. O Sinapses permite armazenar, treinar, auditar e distribuir modelos de IA. Diversos tribunais brasileiros também já utilizam sistemas de IA, quais sejam: o TRF3 – SINARA, TRF5 – JULIA, TJ/AC – LEIA, TJ/AL-HÉRCULES, TJ/DFT – HÓRUS, TJ/GO – IA332, TJ/PE – ELIS, TJ/RN – POTI, TJ/RR – MANDAMUS e TJ/SP – JUDI.” (p. 115). (PORTO, 2022).

Ainda para complementar, no Brasil, o CNJ, Conselho Nacional de Justiça, em 2020, publicou a **Resolução nº 332/2020**, que “Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências”.

learning (aprendizado de máquina) dotam a máquina de maiores ou menores capacidades de se treinarem e aperfeiçoarem independente de seus desenvolvedores”.

Por fim, em 28/09/2022, a “Proposta de uma DIRETIVA DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO sobre a adaptação das regras de responsabilidade civil extracontratual à inteligência artificial”. Ou (Diretiva de Responsabilidade de IA)

com o objetivo de harmonização, de estabelecer regras uniformes para o acesso à informação e aliviar o ônus da prova em relação aos danos causados por sistemas de IA, estabelecendo uma proteção mais ampla para as vítimas e promovendo o setor de IA por meio do aumento das garantias. Harmonizar as regras para reclamações fora do âmbito da Diretiva de Responsabilidade pelo Produto, nos casos em que os danos são causados devido a comportamentos ilícitos. O projeto de diretiva visa simplificar o processo legal para as vítimas quando se trata de provar que a culpa de alguém levou a danos. Estas regras procuram encontrar um equilíbrio entre a proteção dos consumidores e a promoção da inovação, eliminando barreiras adicionais ao acesso das vítimas à indemnização, ao mesmo tempo que estabelecem garantias para o setor da IA. (PARLAMENTO EUROPEU, 2022). Tradução livre.

Apenas para fins de registro, no Brasil, há vários projetos de lei tramitando sobre a regulação do tema, a exemplo:

- PL nº 5.051/2019 do Senado Federal de autoria de Styvenson Valentim;
- PL nº 5.691/2019 do Senado Federal de autoria de Styvenson Valentim;
- PL nº 21/2020 da Câmara dos Deputados de autoria de Eduardo Bismarck;
- PL nº 240/2020 da Câmara dos Deputados de autoria de Léo Moraes;
- PL nº 4.120/2020 da Câmara dos Deputados de autoria de Bosco Costa;
- PL nº 872/21, do Senado Federal de autoria de Veneziano Vital do Rêgo.

Todos eles visam regulamentar o tema em linhas gerais, todavia o PL 21/20, é o mais importante. Ainda vale a ressalva, de que, em

fevereiro de 2022, foi instituída, pelo Senado Federal, uma "**Comissão de Juristas responsável por subsidiar elaboração de substitutivo sobre IA**" (CJSUBIA), para elaboração do substitutivo, até 7/12/2022.

Recentemente em 20/10/2022, a Comissão de Juristas definiu os principais pontos da regulação do Projeto de Lei sobre inteligência artificial, que analisou as três principais proposições legislativas (PL 21/2020; PL 5051/2019; PL 872/2021).

O ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Ricardo Villas Bôas Cueva, “presidente da comissão temporária, conduziu a reunião e registrou que o colegiado trabalha na proposta de um texto substitutivo para subsidiar a análise de vários projetos de lei relativos ao tema”. Segundo o Ministro, o Legislativo busca “estabelecer princípios, regras, diretrizes e fundamentos para regular o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil”. (Agência Senado, 2022).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Necessária e urgente a regulação da inteligência artificial, tanto em âmbito internacional, como nacional.

Vale a referência, de que no Brasil, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014) e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018), já regulam importantes temas, do Uso da Internet e a Proteção de Dados. Também o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações, em 2021 definiu a Estratégia Brasileira de Inteligência artificial (EBIA), por meio da Portaria MCTI nº 4.617, de 6/4/2021 e a Resolução nº 332, de 2020, do Conselho Nacional de Justiça trata da Ética, transparência e governança na produção e no uso de IA no Poder Judiciário.

Já no âmbito da União Europeia, entre inúmeras diretrizes, orientações, recomendações, destaco três: O **Livro Branco** sobre inteligência artificial de 2020, publicado pela Comissão Europeia em fevereiro de 2020, e que aborda a excelência e a confiança, a Proposta de **Resolução** “que contém recomendações à Comissão sobre o regime de responsabilidade civil aplicável à inteligência artificial (2020/2014(INL) do Parlamento Europeu” e a Proposta da **Diretiva** do Parlamento Europeu e do Conselho “sobre a adaptação das regras de responsabilidade civil extracontratual à inteligência artificial”.

Relembrando que a discussão em torno dos seguros, sejam públicos, privados, obrigatórios ou não, e fundos compensatórios, (objeto da breve síntese desta nota técnica) ainda estão longe de serem normatizados/regrados, para que em breve possamos dizer que estão consolidados/efetivados, entre nós.

Finalizo com o pensamento sempre atual de Stefano Rodotà, (2012, p. 341):

“Nas descrições das transformações do mundo, ligadas à inovação científica e tecnológica, se fala de um corpo destinado a se tornar uma ‘máquina neurobio-info-nano’ [...] O corpo, portanto, o lugar para definição do humano, nos aparece hoje como o objeto em que se manifesta e se realiza uma transição que parece querer desapossar o homem do seu território, propriamente a corporeidade, fazendo-o ‘reclinar’ no virtual ou modificando os seus caracteres em formas que não de hoje fazem falar de trans-humano ou de pós-humano. Uma nova, e extrema, encarnação de l’homme machine’, de antigas utopias, esperanças, angústias”.

Afinal, o mundo está em transformação constante, hoje, ligadas à inovação científica e tecnológica, amanhã, revolução 5.0 ou 6.0...

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.
- BRASIL. **Projeto de Lei n. 21 de 2020.** Estabelece princípios, direitos e deveres para o uso de inteligência artificial no Brasil, e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1853928. Acesso em: 20 ago. 2022.
- BRASIL. **Projeto de Lei n. 240 de 2020.** Cria a Lei de Inteligência Artificial, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichaDetramitacao?idProposicao=2236943>. Acesso em: 20 ago. 2022.
- BRASIL. **Projeto de Lei n. 872 de 2021.** Dispõe sobre o uso da Inteligência Artificial. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/147434>. Acesso em: 20 ago. 2022.
- BRASIL. **Projeto de Lei n. 5.051 de 2019.** Estabelece os princípios para o uso da Inteligência Artificial no Brasil. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=8009064&ts=1624912281642&disposition=inline>. Acesso em: 20 ago. 2022.
- BRASIL. **Substitutivo n. 1 ao Projeto de Lei n. 21 de 2020.** Estabelece princípios, direitos e deveres para o uso de inteligência artificial no Brasil, e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2068016. Acesso em: 20 ago. 2022.
- BRASIL. **Substitutivo n. 2 ao Projeto de Lei n. 21 de 2020.** Estabelece princípios, direitos e deveres para o uso de inteligência artificial no Brasil, e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2080673. Acesso em: 20 ago. 2022.
- BÜHRING, Marcia Andrea. Responsabilidade Civil e Inteligência Artificial. Palestra PUCRS. 01.10.2021.
- CINGAPURA. SINGAPORE'S Approach to AI Governance. [s.d.]. Disponível em: <https://www.pdpc.gov.sg/Help-and-Resources/2020/01/Model-AI-Governance-Framework>. Acesso em: 20 abr. 2022.

COMISSÃO EUROPEIA. **Livro Branco sobre a inteligência artificial**: uma abordagem europeia virada para a excelência e a confiança. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_pt.pdf. Acesso em: 06 jun. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 332, de 21 de agosto de 2020. Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>. Acesso em: 13 jun. 2022.

CONSELHO DA EUROPA. CEPEJ. **European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment**. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/cepej/cepej-european-ethical-charter-on-the-use-of-artificial-intelligence-ai-in-judicial-systems-and-their-environment>>. Acesso em: 22 abr. 2022.

DICIONÁRIO DE SEGUROS. Disponível em: <https://www.sindsegsp.org.br/site/dicionario-pt.aspx>. Acesso em: 20 set. 2022.

ENCYCLOPEDIA BRITANNICA. **Inteligência artificial**. Disponível em: <https://www.britannica.com/technology/artificial-intelligence>. Acesso em: 20 set. 2022.

EUROPEAN PARLIAMENT. **European Civil Law Rules in Robotics**. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU\(2016\)571379_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU(2016)571379_EN.pdf). Acesso em: 28 jul. 2021.

IBM. Disponível em: <https://www.ibm.com/br-pt/cloud/learn/what-is-artificial-intelligence><https://www.ibm.com/br-pt/analytics/machine-learning>. Acesso em: 15 maio 2022.

FREITAS, Juarez. Nova Lei de Licitações e o ciclo de vida do objeto. **Revista de Direito Administrativo**. FGV. Vol. 281, nº 2, 2022. Disponível em: <https://biblioteca.digital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/86046>. Acesso em: 15 set. 2022.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: Direito ao futuro. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

JORDAN, Michael I.; MITCHELL, Tom M. Machine learning: Trends, perspectives, and prospects. **Science**, v. 349, n. 6245 p. 255-260, 17 jul. 2015. Disponível: <http://www.cs.cmu.edu/~tom/pubs/Science-ML-2015.pdf>. Acesso em: 15 maio 2022.

LEVITT, Theodore. Marketing myopia. **Harvard Business Review**. v. 38, p. 45-56, jul/ago, 1960.

MCCARTHY, John. **What is Artificial Intelligence?** Disponível em: https://borghese.di.unimi.it/Teaching/AdvancedIntelligentSystems/Old/IntelligentSystems_2008_2009/Old/IntelligentSystems_2005_2006/Documents/Symbolic/04_McCarthy_whatissai.pdf. Acesso em: 15 maio 2022.

MEDON, Felipe. **Inteligência Artificial e Responsabilidade Civil: autonomia, riscos e solidariedade**. Salvador: Jurispodivm, 2020.

NATIONAL HIGHWAY TRAFFIC SAFETY ADMINISTRATION. **Automated vehicles for safety**. [Washington, 202-?]. Disponível em: <https://www.nhtsa.gov/technology-innovation/automatedvehicles-safety>. Acesso em: 16 jul 2022.

OCDE. **Recommendation of the Council on Artificial Intelligence**. Disponível em: <https://www.oecd.org/going-digital/ai/principles/>. Acesso em: 22 abr. 2022.

PARLAMENTO EUROPEU. RESOLUÇÃO DO PARLAMENTO EUROPEU. 2020/2014(INL). Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0178_PT.html. Acesso em 12 jul. 2022.

PORTO, Fábio Ribeiro. A “corrida maluca” da Inteligência Artificial no Poder Judiciário. In: **Inteligência artificial e aplicabilidade prática no direito**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça. 2022 p. 103-130.

RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. Bari: Laterza, 2012.

RUSSELL, Stuart; NORVIG, Peter. **Artificial intelligence: a modern approach**. 4th Ed. New York: Pearson, 2020.

SAMUEL, Arthur L. Some studies in machine learning using the game of checkers. **IBM Journal**, v. 3, p. 210- 229, jul. 1983.

SCHERMER, Bart W. The limits of privacy in automated profiling and data mining. **Computer Law & Security Review**, Elsevier, v. 27, n. 1, p. 45-52, fev. 2011. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1016/j.clsr.2010.11.009>. Acesso em: 20 mar. 2022. p. 45-52.

SCHWAB, Klaus. **The Fourth Industrial Revolution**. Genebra: World Economic Forum, 2016.

SOCIETY OF AUTOMOTIVE ENGINEERS. **Taxonomy and definitions for terms related to driving automation systems for on-road motor vehicles:** J3016_202104. [S. l.], 2021. Disponível em: https://www.sae.org/standards/content/j3016_202104/. Acesso em: 11 jul. 2022.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil:** responsabilidade civil e direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, 2020.

TEPEDINO, Gustavo.; SILVA, R.G. Desafios da inteligência artificial em matéria de responsabilidade civil. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 21, p. 61-86, jul./set. 2019.

TURING, Alan M. Computing machinery and intelligence. **Mind:** a quarterly review of psychology and philosophy, v. LIX, n. 236, p. 433-460, October, 1950, p. 433-434.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Resolução do Parlamento Europeu, de 20 de outubro de 2020, que contém recomendações à Comissão sobre o regime relativo aos aspetos éticos da inteligência artificial, da robótica e das tecnologias conexas. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0275_PT.html. Acesso em: 21 set. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Resolução do Parlamento Europeu, de 20 de outubro de 2020, que contém recomendações à Comissão sobre o regime de responsabilidade civil aplicável à inteligência artificial. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_PT.html. Acesso em: 21 set. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Resolução do Parlamento Europeu, de 20 de outubro de 2020, sobre os direitos de propriedade intelectual para o desenvolvimento de tecnologias ligadas à inteligência artificial. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0277_PT.html. Acesso em: 21 set. 2022.



A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de produção e pesquisa científica/acadêmica das ciências humanas, distribuída exclusivamente sob acesso aberto, com parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil e exterior, assim como monografias, dissertações, teses, tal como coletâneas de grupos de pesquisa e anais de eventos.

Conheça nosso catálogo e siga as nossas páginas nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org

contato@editorafi.org