

ORGS.
LUCIANA DE CASTRO BASTOS
EDUARDO GOULART PIMENTA

VOZES DO
**DIREITO
MODERNO**

EDIÇÃO ESPECIAL

Prefácio:
Gladston Mamede

É com grande satisfação que apresentamos a coletânea "Vozes do Direito Moderno: Edição Especial". Este trabalho é uma celebração das ideias inovadoras e das contribuições significativas que têm moldado o panorama jurídico contemporâneo.

O direito, como disciplina, está em constante evolução. Novas interpretações, desafios e soluções emergem à medida que a sociedade avança. Esta coletânea busca capturar essa dinâmica, reunindo artigos e ensaios de renomados juristas, acadêmicos e profissionais que têm influenciado e continuam a influenciar a prática e o pensamento jurídico.

Ao longo dos séculos, o direito tem sido um reflexo das transformações sociais, políticas e econômicas. Na era moderna, essas transformações ocorrem com uma velocidade sem precedentes, impulsionadas por avanços tecnológicos e pela globalização. Nesse contexto, é essencial que o estudo do direito não apenas acompanhe essas mudanças, mas também antecipe os desafios futuros e proponha soluções inovadoras.

Cada contribuição presente nesta edição especial foi selecionada não apenas por sua excelência acadêmica, mas também por seu impacto prático e sua capacidade de estimular a reflexão crítica. Os textos aqui compilados abordam uma vasta gama de temas, cada um explorando aspectos cruciais e emergentes do direito moderno. Esperamos que esta coletânea inspire não apenas os estudiosos do direito, mas também os profissionais, estudantes e todos aqueles que têm interesse em entender as complexidades e os desafios do direito no século XXI. Que as vozes aqui reunidas ecoem nas salas de aula, nos tribunais e nos fóruns de discussão, contribuindo para um entendimento mais profundo e abrangente do direito moderno.

Que este trabalho seja um testemunho do poder transformador do pensamento jurídico e uma fonte inesgotável de conhecimento e inspiração para todos os seus leitores.

ISBN 978-65-6006-088-3



9 786560 060883 >



EXPERT
EDITORA DIGITAL

VOZES DO
DIREITO
MODERNO
EDIÇÃO ESPECIAL

Direção Executiva: Luciana de Castro Bastos

Direção Editorial: Daniel Carvalho

Diagramação e Capa: Editora Expert

Revisão: Do Autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>

"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

PIMENTA, Eduardo Goulart

BASTOS, Luciana de Castro

(Orgs.)

Título: Vozes do Direito Moderno - Edição Especial - Belo Horizonte -

Editora Expert - 2024

Organização:

Eduardo Goulart Pimenta

Luciana de Castro Bastos

ISBN: 978-65-6006-088-3

Modo de acesso: <https://experteditora.com.br>

1.Direito 2.Direito Moderno 3.Justiça Social I. I. Título.

CDD: 340

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br

contato@editoraexpert.com.br





Prof. Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Alexandre Miguel Cavaco Picanco Mestre
Universidade Autónoma de Lisboa, Escola Superior de Desporto de Rio Maior, Escola Superior de Comunicação Social (Portugal), The Football Business Academy (Suíça)

Prof. Dra. Amanda Flavio de Oliveira
Universidade de Brasília - UnB

Prof. Dr. Carlos Raul Iparraguirre
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral (Argentina)

Prof. Dr. César Mauricio Giraldo
Universidad de los Andes, ISDE, Universidad Pontificia Bolivariana UPB (Bolívia)

Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, e PUC - Minas

Prof. Dr. Francisco Satiro
Faculdade de Direito da USP - Largo São Francisco

Prof. Dr. Gustavo Lopes Pires de Souza
Universidad de Litoral (Argentina)

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira
PUC - Minas

Prof. Dr. Javier Avilez Martínez
Universidad Anahuac, Universidad Tecnológica de México (UNITEC), Universidad Del Valle de México (UVM) (México)

Prof. Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.

Prof. Dr. Julio Cesar de Sá da Rocha
Universidade Federal da Bahia - UFBA

Prof. Dr. Leonardo Gomes de Aquino
UniCEUB e UniEuro, Brasília, DF.

Prof. Dr. Luciano Timm
Fundação Getúlio Vargas - FGVSP

Prof. Dr. Mário Freud
Faculdade de direito Universidade Agostinho Neto (Angola)

Prof. Dr. Marcelo Andrade Féres
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Omar Jesús Galarreta Zegarra
Universidad Continental sede Huancayo, Universidad Sagrado Corazón (UNIIFE), Universidad Cesar Vallejo. Lima Norte (Peru)

Prof. Dr. Raphael Silva Rodrigues
Centro Universitário Unihorizontes e Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dra. Renata C. Vieira Maia
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior
PUC - Minas e Faculdade Milton Campos

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, PUC - Minas

Prof. Dr. Thiago Penido Martins
Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG

ORGANIZAÇÃO

EDUARDO GOULART PIMENTA

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1996), mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1998) e doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2003). Procurador do Estado de Minas Gerais, Professor Adjunto nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado da PUCMINAS, Professor Adjunto de Direito Comercial-Empresarial na Faculdade de Direito da UFMG, árbitro e consultor em Direito Empresarial. Experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Empresarial e Análise Econômica do Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: direito societário, mercado financeiro, recuperação de empresas e temas ligados ao estudo de Law & Economics. Membro da ALACDE (Associação Latino Americana e do Caribe de Direito e Economia) desde 2007, membro fundador da Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE) e da Comissão de Direito Societário da OAB/MG. Associado ao Comitê Brasileiro de Arbitragem (2021). Integrante do corpo de árbitros da CAMINAS - Câmara Mineira de Arbitragem Empresarial. E-mail: goulartpimenta@gmail.com

LUCIANA DE CASTRO BASTOS

Mestre em Direito Privado na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUCMINAS com distinção *Cum Laude* (2017). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Veiga de Almeida/RJ (2005). Graduada em Direito pela Universidade Iguazu (2001). Professora universitária: PUC Minas Adjunto nos cursos de graduação e especialização; Coordenadora dos Cursos de Especialização a Distância em Legal Tech: Direito, Inovação e Startups e em Direito Bancário e do Mercado Financeiro da PUC Minas Virtual; Palestrante. Possui experiência na área jurídica com ênfase em Direito Empresarial e Contratos. E-mail: lucianadecastrobastos@gmail.com.br

NOTA DOS AUTORES

É com grande satisfação que apresentamos a coletânea “Vozes do Direito Moderno: Edição Especial”. Este trabalho é uma celebração das ideias inovadoras e das contribuições significativas que têm moldado o panorama jurídico contemporâneo.

O direito, como disciplina, está em constante evolução. Novas interpretações, desafios e soluções emergem à medida que a sociedade avança. Esta coletânea busca capturar essa dinâmica, reunindo artigos e ensaios de renomados juristas, acadêmicos e profissionais que têm influenciado e continuam a influenciar a prática e o pensamento jurídico na América Latina.

Ao longo dos séculos, o direito tem sido um reflexo das transformações sociais, políticas e econômicas. Na era moderna, essas transformações ocorrem com uma velocidade sem precedentes, impulsionadas por avanços tecnológicos e pela globalização. Nesse contexto, é essencial que o estudo do direito não apenas acompanhe essas mudanças, mas também antecipe os desafios futuros e proponha soluções inovadoras.

Cada contribuição presente nesta edição especial foi selecionada não apenas por sua excelência acadêmica, mas também por seu impacto prático e sua capacidade de estimular a reflexão crítica. Os textos aqui compilados abordam uma vasta gama de temas, cada um explorando aspectos cruciais e emergentes do direito moderno.

A seção inicial foca no direito desportivo como um microsistema jurídico. “El derecho deportivo como Microsistema Juridico: Deporte y Derecho - Vínculo en permanente evolución” examina como o direito e o esporte estão interligados e em constante evolução, refletindo mudanças sociais e regulatórias.

Em seguida, “A crescente correlação direta entre Análise Econômica do Direito e os Juizados Especiais de consumo” oferece uma visão aprofundada sobre a intersecção entre economia e direito nos juizados especiais de consumo, destacando a importância de uma análise econômica para decisões mais justas e eficientes.

“Explorando novos horizontes: o direito digital na reforma do Código Civil” aborda a crucial integração do direito digital na reforma do Código Civil, refletindo sobre como a digitalização impacta as normas civis tradicionais.

A questão da infidelidade virtual é tratada em “Infidelidade virtual: novos contornos e autonomia privada frente ao casamento”, discutindo os novos contornos legais e a autonomia privada no contexto matrimonial contemporâneo.

“Os primeiros casos antitruste relacionados à tecnologia *blockchain*” oferece uma análise pioneira sobre os desafios antitruste emergentes da tecnologia *blockchain*, um campo que está remodelando o cenário econômico global.

Na área de resolução de conflitos, “Arbitragem e sua aplicação nos conflitos entre sócios e administradores” explora a eficácia da arbitragem para solucionar disputas internas nas organizações, uma prática cada vez mais relevante.

“Inteligência Artificial e Direito: fundamentos para regulação” discute os princípios fundamentais para a regulamentação da inteligência artificial, um tema crítico à medida que essa tecnologia avança rapidamente.

No contexto educacional, “O desporto educacional no sistema brasileiro de ensino: dicotomia entre a prioridade constitucional e as políticas públicas desenvolvidas pela União, pelo Estado de Minas Gerais e pelo município de Belo Horizonte” analisa a discrepância entre a prioridade constitucional e as políticas públicas desenvolvidas no Brasil.

A coletânea também explora “Desafios, Tendências e Inovações no Panorama Jurídico Contemporâneo”, oferecendo uma visão abrangente das principais tendências e inovações que estão moldando o direito hoje.

“A necessária regulamentação do uso da inteligência artificial para criação de *deepfakes*” discute a urgente necessidade de regulamentação do uso de IA na criação de *deepfakes*, destacando os riscos éticos e legais associados.

“Estudo da aplicabilidade do acordo de não persecução penal na Justiça Militar do Estado de Minas Gerais” oferece uma análise detalhada sobre a aplicabilidade deste acordo na justiça militar, contribuindo para o debate sobre justiça penal.

Por fim, “El derecho humano al deporte” discute o esporte como um direito humano fundamental, refletindo sobre sua importância social e cultural.

Esperamos que esta coletânea inspire não apenas os estudiosos do direito, mas também os profissionais, estudantes e todos aqueles que têm interesse em entender as complexidades e os desafios do direito no século XXI. Que as vozes aqui reunidas ecoem nas salas de aula, nos tribunais e nos fóruns de discussão, contribuindo para um entendimento mais profundo e abrangente do direito moderno.

Agradecemos aos autores que contribuíram de forma ímpar, ao ilustre Professor Gladston Mamede, que engrandeceu ainda mais esta obra, e a todos que, de alguma forma, apoiaram sua realização. Que este trabalho seja um testemunho do poder transformador do pensamento jurídico e uma fonte inesgotável de conhecimento e inspiração para todos os seus leitores.

Com os melhores cumprimentos,
Luciana de Castro Bastos
Eduardo Goulart Pimenta

PREFÁCIO

Nos anos 1980, fui fortemente impactado pela publicação, no Brasil, dos trabalhos do *Centre Royaumont pour une Science de l'Homme*, uma iniciativa da Fundação Royaumont, uma iniciativa do casal Henry Goüin e Isabel Lang. Aqueles livros traziam textos sobre os debates havidos nos anos 1970 entre grandes pensadores como Noam Chomsky, Mitsou Ronat, Jean Piaget, Edgard Morin e outros. A fundação e o seu Centro (depois incorporado pela *École Pratique des Hautes Etudes*) viabilizaram o diálogo entre pensadores de grande expressão, em muitos casos em encontros presenciais que ocorriam na Abadia de Royaumont, que Goüin e Lang adquiriram e dotaram à fundação. Encontros como o famoso o debate entre Jean Piaget e Noam Chomsky, havido em 1975. Para um jovem de vinte e poucos anos, aquilo foi como o golpe de um machado de aço 5160: abriu-me a cabeça para o universo e, definitivamente, influenciou-me a escrever minha tese de doutoramento.¹

Então, vejo os professores Luciana de Castro Bastos e Eduardo Goulart Pimenta fazerem o mesmo, organizando *Vozes do Direito Moderno*: edição especial, obra publicada pela Editora Expert que, há alguns anos, brinda a comunidade acadêmica internacional com um catálogo de envergadura que, entre outras qualidades, adere ao movimento do *Creative Commons*, facultando uma ampla circulação não-onerosa de conteúdo, ou seja, *copyleft*. E já deixo meu pedido de desculpas por tantas palavras alienígenas, em desproveito do português; o imperialismo linguístico é uma realidade sufocante e, nem sempre, a resistência leva-nos a bom termo. A defesa do vernáculo vai de perambeiras abaixo e os que ainda se preocupam com as letras são vistos como gente ruim das ideias, uns endemoninhados que *entendem, mas implicam*.

O que as páginas e os artigos seguintes revelam é excelência. Não menos que isso. Fundem-se num só livro análises jurídicas que varrem

¹ *Semiologia do Direito*: tópicos para um debate referenciado pela animalidade e pela cultura. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

a realidade contemporânea de cabo à rabo, da serra ao mar. Como os antigos almanaques, que mantinham seus leitores atualizados sobre as novidades que no mundo se descortinavam, sem escolher área, apenas qualidade, *Vozes do Direito Moderno* reúne juristas admiráveis que brindam o leitor com trabalhos que, se múltiplos na temática, são parelhos nas virtudes e predicados. Em resumo: está-se diante de uma reunião ímpar de juristas de altíssima competência que comparecem com artigos cuja origem são pesquisas e meditações perspicazes. Não há muitos compêndios assemelhados na praça, ou seja, a oportunidade da leitura – melhor dizendo: do estudo – não pode ser perdida.

Aliás, vivemos em tempo que recomenda seriedade acadêmica nos moldes da que as páginas seguintes exibem. Adubados por redes sociais, paspalhices variadas esparramam-se pela sociedade, não poupando sequer as casas legislativas e os tribunais. Uma cultura de botequim que faz troça de tudo, *em quás de matraca* (expressão de Monteiro Lobato) e comentários desbocados que não deixam dúvida: a democracia não é o regime da razão, mas da paixão. O mundo vai se tornando alheio à ciência (salvo quando novos medicamentos ganham as prateleiras das farmácias), à filosofia e teoria, à seriedade acadêmica. Basta o parolar fantasioso de fanfarrões negacionistas ou negociastas, a enunciar as asneiras que lhes vêm à veneta, na certeza de que de seus seguidores tolos virão améns de adesão cega. É isso. Esses são os tempos dos chalaças eletrônicos que, para meu desespero, talvez acreditem em suas próprias pilhérias. Não posso negar que vou casmurro.

Mas o faminto se anima com o cheiro bom vindo da cozinha; eu, desesperado pela chulice que por aí campeia, animo-me com obras como esta. Mora-me uma esperança que se anima diante de textos inteligentes. Posso concordar ou não com suas propostas; aceito o diálogo e a dialética. Mas que estejamos nos sítios da razão e não das patacoadas. As aulas e as lições que os autores aqui assinalados nos proporcionam são água limpa. Venham! Vamos lavar as mãos e, mais do que isso, beber até saciar essa sede que o exercício do Direito deixa em seus cultores: nessas reinações de bom juízo, nascidas de juristas

de nomeada, nossa fé no conhecimento se refaz, nosso compromisso com a arte do bom e do justo se reafirma.

Alfim, foi me omitir em parabenizar organizadores e autores. É comum ouvir os parabéns mesmo dos que mordem a munheca de inveja ou de despeito. Em lugar, prefiro lhes agradecer. Cresço em cada texto inteligente, em cada análise bem-feita, em cada conjectura e concepção em que o pensamento se desdobra em méritos. E, com este livro, cresci muito.

Com Deus,
Com Carinho,
Gladston Mamede.

SUMÁRIO

Inteligência artificial e direito: fundamentos para regulação	19
<i>Eduardo Goulart Pimenta, Eduardo Henrique de Oliveira Barbosa</i>	
A necessária regulamentação do uso da inteligência artificial para criação de deepfakes.....	55
<i>Isadora Roversi, Luciana Castro</i>	
O dever de compartilhar informações sobre fraudes atribuído às instituições financeiras e de pagamentos e a ineficiência do consentimento do cliente para proteger seus dados pessoais.....	73
<i>Rubia Carneiro Neves, Jessica Silveira Leite</i>	
Constitucionalismo crítico, democracia e solidariedade: desafio dos partidos e federações partidárias	111
<i>Julio Cesar de Sá da Rocha, Fábria Ribeiro Carvalho de Carvalho</i>	
Desafios, Tendências e Inovações no Panorama Jurídico Contemporâneo.....	155
<i>Gustavo Lopes Pires de Souza</i>	
O desporto educacional no sistema brasileiro de ensino: dicotomia entre a prioridade constitucional e as políticas públicas desenvolvidas pela União, pelo estado de Minas Gerais e pelo município de Belo Horizonte.....	179
<i>Carlos Santiago da Silva Ramalho</i>	
Arbitragem e sua aplicação nos conflitos entre sócios e administradores	223
<i>Brenno Luna Carinhanha, Rodrigo Almeida Magalhães</i>	

Os primeiros casos antitruste relacionados à tecnologia *blockchain* ..247

Daniel Rocha Corrêa

Infidelidade virtual: novos contornos e autonomia privada frente ao casamento273

Élio Vasconcellos Vieira, Felipe Leandro de Andrade, Henrique Vasconcellos Vieira

Explorando novos horizontes: o direito digital na reforma do Código Civil.....307

Wallace Fabrício Paiva Souza

Estudo da aplicabilidade do acordo de não persecução penal na justiça militar do estado de Minas Gerais.....341

Ana Luíza Arruda Siqueira, Gabriela Maciel Lamounier

A crescente correlação direta entre análise econômica do direito e os juizados especiais de consumo381

Henrique Avelino Lana

El derecho deportivo como microsistema jurídico: deporte y derecho. Vínculo en permanente evolución425

Carlos Raul Iparraguirre

El derecho humano al deporte443

Por Dr. Javier Avilez Martínez

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIREITO: FUNDAMENTOS PARA REGULAÇÃO¹

1 O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001. Artigo vinculado ao grupo de pesquisa “Núcleo de Direito Societário”.

RESUMO

A existência de ambiente tecnológico desenvolvido tornou possível a criação da inteligência artificial. Seu emprego em bens e serviços está impactando positivamente a sociedade, mas tem submetido essas mesmas pessoas a certo risco, derivado da autonomia que possui para interagir e aprender com o meio em que está inserida. Assim, torna-se imprescindível abordar a relação existente entre a inserção da tecnologia na sociedade e o Direito, que não pode se eximir de solucionar eventuais danos por ela causados. Neste artigo, serão abordados temas como o conceito de inteligência artificial, a classificação da tecnologia quanto ao sistema adotado, o processo de aprendizagem utilizado pelo equipamento e os usos presentes e possibilidades em um futuro não muito distante.

Palavras-chave: autonomia; dano; inteligência artificial; *machine learning*.

1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento tecnológico tem contribuído para que inovações, dignas de filmes de ficção científica, se concretizem. Máquinas equipadas com inteligência artificial não são promessas futuras e sim uma realidade. Muitas são as possibilidades dos novos equipamentos, que rapidamente estão ocupando espaço em todas as áreas da sociedade. Apesar dos primeiros estudos sobre inteligência artificial datarem do século passado, sua disseminação é recente.

Conforme a tecnologia ganha relevância, vários questionamentos são suscitados. Destacando-se para este estudo a relação dos

2 Doutor e Mestre em Direito Empresarial – UFMG. Professor Associado de Direito Empresarial na UFMG. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da PUC/MG. Procurador do Estado de Minas Gerais. Consultor e árbitro.

3 Doutorando e Mestre em Direito pela PUC Minas. Bolsista CAPES/PROEX no programa de pós-graduação em Direito Privado da PUC Minas. Advogado.

equipamentos inteligentes e o direito. Sabe-se que as normas jurídicas estão sempre atrasadas, quando comparadas ao desenvolvimento social, e com a inteligência artificial não é diferente.

Apesar dos avanços apresentados pela tecnologia, é preciso considerar que sua utilização também é passível de problemas. Por possuir certa autonomia na aprendizagem e atuação, é possível que das suas ações ou omissões decorram danos aos seres humanos ou ao patrimônio desses. Nesse sentido, estudos como este ganham relevância, haja vista contribuir para divulgação e aprofundamento da análise do tema.

Este artigo divide a análise do tema em quatro tópicos. A princípio, trata-se do conceito de inteligência artificial, pela análise de diversas definições relevantes. Em seguida, dedica-se a classificar a tecnologia quanto ao sistema adotado. O terceiro tópico aborda especificamente o processo de aprendizagem utilizado pelo equipamento. O último capítulo apresenta usos presentes e possibilidades em um futuro não muito distante.

2. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: APONTAMENTOS DE UMA DEFINIÇÃO E SUA IMPORTÂNCIA PARA O DIREITO

Há uma clara diferença existente entre seres humanos, máquinas e animais, sendo o aspecto que os difere chamado de inteligência. Nesse sentido, a inteligência artificial pode ser compreendida, de forma genérica, como a tentativa de reproduzir a capacidade humana em sistemas computacionais. Destaca-se não se tratar de uma reprodução completa do ser humano e sim da inteligência humana em certo ponto, uma vez que a reprodução de certas características humanas é impossível à máquina⁴.

⁴ WANG, Pei; LIU, Kai; DOUGHERTY, Quinn. Conceptions of artificial intelligence and singularity. **Information**, v. 9, 79, n. 4, 2018. p. 02.

Neste mesmo artigo, Pei Wang⁵ descreve cinco formas tradicionais utilizadas para definir a inteligência artificial. De forma ampla, a técnica consiste em comparar a mente humana e o computador inteligente, identificando semelhanças que dão origem à inteligência artificial de estrutura, de comportamento, de capacidade, de função e de princípio.

Quanto à estrutura, a inteligência artificial seria compreendida por se assemelhar à estrutura do cérebro humano, o melhor modelo de inteligência atualmente disponível. Portanto, os sistemas de inteligência artificial deveriam apresentar unidades de processamento semelhantes a neurônios, capazes de trabalhar em paralelo. Por apresentarem estrutura interna semelhante, teriam fluxos semelhantes de percepções e ações. O objetivo, portanto, seria aprimorar a estrutura da inteligência artificial para que se aproxime ao máximo da estrutura apresentada pelo cérebro humano.

A definição de inteligência artificial com base no comportamento relaciona a tecnologia mais à mente humana do que ao cérebro humano propriamente dito. Assim, para avaliar a inteligência do sistema a análise deveria se ater ao comportamento da máquina. A título de exemplo, é possível citar Alan Turing como defensor da ideia ao apresentar o conhecido Teste de Turing, ainda que seu criador tenha o apresentado como condição suficiente para a inteligência, embora não necessária. Muitos defendem o referido teste como sendo a definição de inteligência artificial. A estrutura da mente humana e do computador inteligente não teriam importância para esta compreensão.

A terceira forma tradicional de conceituação da inteligência artificial considera sua capacidade. Geralmente utilizam esse método pessoas interessadas na potencial aplicação prática da tecnologia, portanto, seriam inteligentes os equipamentos capazes de solucionar problemas difíceis, sob a justificativa de que esse mesmo método é

5 WANG, Pei. What do you mean by "AI"? *In*: PROCEEDINGS OF THE FIRST CONFERENCE ON ARTIFICIAL GENERAL INTELLIGENCE, 1., 2008, Memphis, TN, USA, p. 362-373, March. 2008, p. 365 - 368.

utilizado por agentes humanos para avaliar a inteligência de outros seres humanos.

Assim, se um sujeito é considerado inteligente por solucionar teoremas, a tecnologia também deve ser classificada como inteligente se for capaz de solucionar teoremas. O computador também é considerado inteligente se consegue fazer algo que antes estava restrito aos seres humanos. Neste sentido, destaca-se o supercomputador Deep Blue que venceu o campeão mundial de xadrez Garry Kasparov. Aqui, a existência de semelhanças no procedimento adotado pela máquina para solução do problema e o procedimento humano é irrelevante.

A definição da inteligência artificial em razão da função considera suas habilidades⁶. Nesse sentido, sua aptidão para identificar o ambiente e estabelecer saídas, ou seja, sua aptidão para determinar ações com base em suas percepções é o principal elemento a ser considerado para fixar a definição. Em regra, as funções cognitivas são tratadas de forma separada, derivadas de formulações computacionais e implementações algorítmicas próprias. Para ser considerada inteligência artificial a tecnologia deve apresentar várias funções cognitivas e ser capaz de executá-las simultaneamente.

A quinta e última forma tradicional de definição da inteligência artificial proposta por Pei Wang está relacionada aos princípios. Diante da amplitude e complexidade da tecnologia, esse método defende a busca por um princípio fundamental, capaz de explicar a mente humana e reproduzi-la na máquina. Assim, a máquina seria capaz de se submeter a princípios normativos tal qual a mente humana, sempre que se deparasse com problemas a eles relacionados.

O princípio em questão traria consigo uma bagagem de vida, baseada nas experiências vivenciadas pelo agente em várias situações cotidianas. A máquina, então, seria capaz de solucionar problemas diversos, sempre optando pela melhor solução com base na faixa de atuação estabelecida, haja vista a inviabilidade de se analisar

⁶ Dentre as habilidades, é possível citar como exemplo busca, raciocínio, planejamento, aprendizagem, resolução de problemas, tomada de decisão, comunicação, percepção, ação, dentre outras.

exaustivamente todas as possibilidades existentes. A limitação do âmbito de atuação é imprescindível para o bom funcionamento, sendo defendida por outros autores, como demonstra Pei Wang:

To be more realistic, Simon proposed the notion of 'Bounded Rationality', which restricts what the agent can know and do. Russell argued that intelligent agents should have 'Bounded Optimality', the ability to generate maximally successful behavior given the available information and computational resources^{7, 8}.

Estas cinco maneiras típicas utilizadas para definição da inteligência artificial são tratadas como funcionais, haja vista utilizarem as aptidões da tecnologia para fixação da respectiva definição. Apesar de todos os métodos utilizarem o estudo da mente ou do cérebro humano como ponto de partida, cada um deles chegam a conclusões diferentes. Isso pode ser verificado em função dos níveis de generalidade e especialidade utilizados por cada um deles, destacando-se a inteligência artificial de estrutura como a mais centrada no ser humano, enquanto que a inteligência artificial de princípio seria a menos conectada ao ser humano.

Em 2018 Pei Wang escreve novo artigo sobre a temática, agora em coautoria com Kai Liu e Quinn Dougherty. Os autores apresentam, no novo texto, três sentidos para o termo inteligência artificial, todos eles vinculados à mente humana, em menor ou maior grau. Para os autores seriam:

7 Tradução livre: “para ser mais realista, Simon propôs a noção de ‘Racionalidade Limitada’, que restringe o que o agente pode saber e fazer. Russell argumentou que os agentes inteligentes deveriam ter ‘Otimização Limitada’, a capacidade de gerar comportamento de sucesso máximo, dadas as informações e recursos computacionais disponíveis”.

8 WANG, Pei. What do you mean by “AI”? *In: PROCEEDINGS OF THE FIRST CONFERENCE ON ARTIFICIAL GENERAL INTELLIGENCE*, 1., 2008, Memphis, TN, USA, p. 362-373, March. 2008. p. 367.

1. *A computer system that behaves exactly like a human mind.*
2. *A computer system that solves certain problems previously solvable only by the human mind.*
3. *A computer system with the same cognitive functions as the human mind*^{9, 10}.

O sistema de computador que se comporta exatamente como a mente humana é o mais conhecido dos três. Sua existência foi amplamente divulgada nos meios de comunicação, por intermédio de filmes e romances, sendo a compreensão predominante no público em geral como a definição de inteligência artificial. Esse primeiro agrupamento é integrado por equipamentos capazes de obter aprovação no já citado Teste de Turing. No início, as pesquisas se dedicaram ao desenvolvimento de máquinas pensantes, que pudessem ser comparadas à mente humana, mas ainda hoje não se conseguiu atingir esse feito, que segue sendo objeto de estudos e testes.

Os sistemas que conseguem solucionar problemas cuja resolução estava restrita aos humanos, recebeu grande notoriedade pelos seus feitos, alcançando resultados impressionantes. Esse avanço se deu, principalmente, pela adoção de algoritmos que tornassem possível o *machine learning* e o *deep learning*. Apesar de sua importante contribuição, muitos acreditam que sistemas computacionais relacionados com essa compreensão estão, na verdade, muito mais próximos da computação tradicional do que da verdadeira inteligência artificial.

Os sistemas com funções cognitivas equivalentes à mente humana são comumente chamados de *Artificial General Intelligence* (AGI), integrados por conjunto de capacidades vagamente relacionadas,

9 Tradução livre: “1. Um sistema de computador que se comporta exatamente como a mente humana. 2. Um sistema de computador que resolve certos problemas que antes só podiam ser resolvidos pela mente humana. 3. Um sistema computacional com as mesmas funções cognitivas da mente humana”.

10 WANG, Pei; LIU, Kai; DOUGHERTY, Quinn. Conceptions of artificial intelligence and singularity. **Information**, v. 9, 79, n. 4, 2018. p. 02.

detentores de aplicabilidade mais ampla. É importante destacar que esta compreensão da inteligência artificial não pode ser obtida pelo agrupamento das técnicas utilizadas para solução de problemas antes reservados aos humanos. O desenvolvimento de inteligência artificial que se enquadre nesse sistema seria equivalente a alcançar a singularidade, haja vista estar a tecnologia guarnecida das mesmas funções cognitivas presentes na mente humana.

Stuart Russell também apresenta definição para o termo inteligência artificial e é categórico ao esclarecer e exemplificar o tema.

It's the study of methods for making computers behave intelligently. Roughly speaking, a computer is intelligent to the extent that it does the right thing rather than the wrong thing. The right thing is whatever action is most likely to achieve the goal, or, in more technical terms, the action that maximizes expected utility. AI includes tasks such as learning, reasoning, planning, perception, language understanding, and robotics^{11, 12}.

O autor¹³ ainda trata daquilo que não considera ser inteligência artificial, mas que comumente é confundido como sendo por outros pesquisadores. Nesse sentido, destaca que não se trata de uma tecnologia específica, haja vista estudar o problema geral de criação

11 Tradução livre: “É o estudo de métodos para fazer com que os computadores se comportem de maneira inteligente. Grosso modo, um computador é inteligente na medida em que faz a coisa certa e não a errada. A coisa certa é qualquer ação que tenha maior probabilidade de atingir o objetivo ou, em termos mais técnicos, a ação que maximiza a utilidade esperada. A inteligência artificial inclui tarefas como aprendizagem, raciocínio, planejamento, percepção, compreensão da linguagem e robótica”.

12 RUSSELL, Stuart. **Q & A: the future of artificial intelligence**. Berkeley: University of Berkeley, 2016. Disponível em: <https://people.eecs.berkeley.edu/~russell/research/future/q-and-a.html>. Acesso em: 05 out. 2023. s.p.

13 RUSSELL, Stuart. **Q & A: the future of artificial intelligence**. Berkeley: University of Berkeley, 2016. Disponível em: <https://people.eecs.berkeley.edu/~russell/research/future/q-and-a.html>. Acesso em: 05 out. 2023. s.p.

de inteligência em máquinas e não um produto específico resultante de pesquisas relacionadas ao problema.

É também importante observar que a tecnologia não é apenas algoritmo, apesar dos sistemas de inteligência artificial serem constituídos por algoritmos, suas aplicações são significativamente diferentes das realizadas por algoritmos tradicionais. Para o autor, da mesma forma, não é correto considerar a inteligência artificial uma classe específica de abordagens técnicas ou se tratar de uma comunidade particular de pesquisadores.

Andreas Kaplan e Michael Haenlein¹⁴ apresentam definição para o termo inteligência artificial que, para os autores, consiste na “system’s ability to interpret external data correctly, to learn from such data, and to use those learnings to achieve specific goals and tasks through flexible adaptation”¹⁵.

Na visão de FALEIROS JÚNIOR, a inteligência artificial deve ser compreendida como modelos algoritmos tão avançados que não possam ser discernidos do modo humano de raciocinar. Trata-se da mesma ideia proposta pelo Teste de Turing, já abordado nesta pesquisa. Para serem consideradas inteligentes as máquinas precisam ser capazes de pensar, discernir e de se aproximarem progressivamente da singularidade tecnológica. Essa última característica mostra-se importante por representar a aproximação entre a tecnologia e as características biológicas humanas, responsável pelo processamento de dados, formulação de hipóteses e soluções, ações arbitrárias, livres e autônomas¹⁶.

14 KAPLAN, Andreas; HAENLEIN, Michael. Siri, Siri, in my hand: Who’s the fairest in the land? On the interpretations, illustrations, and implications of artificial intelligence. *Business Horizons*, v. 62, n. 1, jan. - feb., 2019. p. 03.

15 Tradução livre: “capacidade de um sistema de interpretar dados externos corretamente, de aprender com esses dados e de usar esses aprendizados para atingir objetivos e tarefas específicas por meio de adaptação flexível”.

16 FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. A evolução da inteligência artificial em breve retrospectiva. *In*: FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; BARBOSA, Mafalda Miranda; SILVA, Michael César; BRAGA NETTO, Felipe (coord.). *Direito digital e inteligência artificial: diálogos entre Brasil e Europa*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. s.p.

Ao tratar da temática em sua tese de doutorado, Bruno Lacerda também se preocupa em apresentar definição de inteligência artificial.

[...] IA será um tipo específico de capacidade de resolver problemas e realizar tarefas, à semelhança e em paralelo à inteligência humana, composta por algoritmos e outros sistemas de computação, sendo possível o aprendizado, o raciocínio e a memorização, baseadas em experiências anteriores¹⁷.

Jahanzaib Shabbir e Tarique Anwer também se preocuparam em apresentar o que, para eles, deve ser considerado inteligência artificial. Os autores tratam, inicialmente, da definição do termo inteligência, que é apresentado por eles de forma ampla, abrangendo inteligência humana e artificial, como pode ser visto a seguir:

The term intelligence refers to the ability to acquire and apply different skills and knowledge to solve a given problem. In addition, intelligence is also concerned with the use of general mental capability to solve, reason, and learning various situations. Intelligence is integrated with various cognitive functions such as: language, attention, planning, memory, perception. [...] Intelligence involves both Human and Artificial Intelligence. In this case,

17 LACERDA, Bruno Torquato Zampier. ESTATUTO JURÍDICO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: entre categorias e conceitos, a busca por marcos regulatórios. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2022.

critical human intelligence is concerned with solving problems, reasoning and learning^{18, 19}.

Em seguida, afirmam que a inteligência artificial tem a capacidade de imitar a inteligência humana, quando se trata da realização de tarefas que exigem pensamento e aprendizagem, resolução de problemas e tomada de decisões. Outra característica destacada pelos autores é a eficiência da tecnologia em processar grandes quantidades de dados, o que a torna apta a analisar e fornecer informações aos seus controladores²⁰.

Outra definição de inteligência artificial que merece destaque é a apresentada pelo autor Jacob Turner²¹, que a considera como sendo a capacidade de uma entidade não natural, por meio de um processo avaliativo, fazer escolhas. A tecnologia, portanto, para ser considerada inteligência artificial, precisa estar apta a decidir de forma autônoma. O autor, propositalmente, não relaciona a definição proposta a inteligência artificial específica ou metodologia de análise de dados. O aprendizado de máquina, abrangendo a aprendizagem profunda e a aprendizagem por reforço, é citado como exemplo de maior destaque e como sendo o mais utilizado sistema de inteligência artificial.

Sistemas determinísticos, compreendidos como aqueles que sempre apresentarão certa saída para certa entrada, estão fora da

18 Tradução livre: “O termo inteligência refere-se à capacidade de adquirir e aplicar diferentes habilidades e conhecimentos para resolver um determinado problema. Além disso, a inteligência também se preocupa com o uso da capacidade mental geral para resolver, raciocinar e aprender diversas situações. A inteligência está integrada a diversas funções cognitivas como: linguagem, atenção, planejamento, memória, percepção. [...] Inteligência envolve Inteligência Humana e Artificial. Neste caso, a inteligência humana crítica preocupa-se com a resolução de problemas, o raciocínio e a aprendizagem”.

19 SHABBIR, Jahanzaib; ANWER, Tarique. Artificial intelligence and its role in near future. *Journal of Latex Class Files*, v. 14, n. 8, Aug. 2015. p. 01.

20 SHABBIR, Jahanzaib; ANWER, Tarique. Artificial intelligence and its role in near future. *Journal of Latex Class Files*, v. 14, n. 8, Aug. 2015. p. 01.

21 TURNER, Jacob. **Robot Rules: Regulating Artificial Intelligence**. Palgrave Macmillan, 2018. Disponível em: <https://www.law.kuleuven.be/citip/en/docs/hot-news/conferences/j-turner-robot-rules-regulating-artificial.pdf>. Acesso em: 26 out. 2023. p. 02.

definição de inteligência artificial. A título de exemplo, podem ser considerados sistemas determinísticos os sistemas especialistas e aqueles que utilizam raciocínio puramente simbólico, apresentando estrutura se x , então y ²².

Stuart Russell e Peter Norvig²³ tratam de várias definições de inteligência artificial em seu livro. Para tanto, apresentaram oito conceitos criados por pesquisadores diversos. No livro, as definições foram reunidas em uma tabela simples, que considerou algumas dimensões para classificá-las. Um aspecto trata do processo de pensamento e raciocínio de um lado, enquanto o outro relaciona-se ao comportamento. O segundo aspecto trata da fidelidade ao desempenho humano de um lado, enquanto do outro estão definições relacionadas ao desempenho ideal.

As quatro abordagens resultantes da junção das dimensões foram seguidas por pessoas diversas, adotando métodos próprios e demonstram a dificuldade em se apresentar um conceito que seja singular, capaz de satisfazer a todos os pesquisadores e simpatizantes da inteligência artificial. No fim, todos os conceitos estão corretos para o ponto de vista adotado por seus criadores, não sendo possível apontar erro que não seja aceitável, capaz de invalidar toda a compreensão sobre o tema.

A definição do termo inteligência artificial não causa preocupações apenas em pesquisadores da área. Diante do impacto da tecnologia na sociedade, legisladores estão se debruçando sobre o tema para apresentar definição que seja capaz de suprir a lacuna existente e que consiga se adequar às novas versões da tecnologia, frente à sua constante evolução. Neste sentido, cita-se trecho retirado de proposta do Parlamento Europeu para regular a inteligência artificial que, em seu artigo 3º, apresenta a seguinte sugestão de definição:

22 TURNER, Jacob. **Robot Rules: Regulating Artificial Intelligence**. Palgrave Macmillan, 2018. Disponível em: <https://www.law.kuleuven.be/citip/en/docs/hot-news/conferences/j-turner-robot-rules-regulating-artificial.pdf>. Acesso em: 26 out. 2023. p. 02.

23 RUSSELL, Stuart; NORVIG, Peter. **Artificial Intelligence: A Modern Approach**. 3 ed. Nova York: Prentice Hall, 2013. p. 01.

Para efeitos do presente regulamento, entende-se por:
1) Sistema de inteligência artificial (sistema de IA), um programa informático desenvolvido com uma ou várias das técnicas e abordagens enumeradas no anexo I, capaz de, tendo em vista um determinado conjunto de objetivos definidos por seres humanos, criar resultados, tais como conteúdos, previsões, recomendações ou decisões, que influenciam os ambientes com os quais interage²⁴.

Apesar da proposta inicial citada acima ter sido apresentada em 2021, sua votação se deu apenas em 14 de junho de 2023. Na data, 499 parlamentares foram favoráveis ao projeto de lei que propõe a regulamentação da inteligência artificial, 28 parlamentares posicionaram-se de forma contrária e 93 abstiveram-se da votação. A data também foi utilizada para estabelecer diversas alterações ao texto inicial e a definição de sistemas de inteligência artificial não ficou de fora. A modificação proposta está descrita na alteração de número 18 e estabelece as diretrizes que deverão ser seguidas para fixação de nova definição, não sugerindo texto escrito.

Ainda no âmbito internacional, destaca-se a definição de inteligência artificial apresentada pelo High-Level Expert Group on Artificial Intelligence (AI HLEG). O Grupo de Especialistas de Alto Nível em Inteligência Artificial foi criado pela Comissão Europeia em junho de 2018 e é formado por peritos independentes. Em 08 de abril de 2019 o grupo em questão divulgou documento em que trata da definição atualizada do termo inteligência artificial. Para tanto, se preocupou em abordar os sistemas utilizados para seu desenvolvimento, as disciplinas científicas relacionadas e outras características específicas da tecnologia.

24 COMISSÃO EUROPEIA. **Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (regulamento inteligência artificial) e altera determinados atos legislativos da União**. Bruxelas: Eur-Lex, 2021. Acesso em: 26 out. 2023. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206>.

Ao final, o AI HLEG concluiu ser possível utilizar a seguinte definição atualizada de inteligência artificial:

Artificial intelligence (AI) systems are software (and possibly also hardware) systems designed by humans³ that, given a complex goal, act in the physical or digital dimension by perceiving their environment through data acquisition, interpreting the collected structured or unstructured data, reasoning on the knowledge, or processing the information, derived from this data and deciding the best action(s) to take to achieve the given goal. AI systems can either use symbolic rules or learn a numeric model, and they can also adapt their behaviour by analysing how the environment is affected by their previous actions.

As a scientific discipline, AI includes several approaches and techniques, such as machine learning (of which deep learning and reinforcement learning are specific examples), machine reasoning (which includes planning, scheduling, knowledge representation and reasoning, search, and optimization), and robotics (which includes control, perception, sensors and actuators, as well as the integration of all other techniques into cyber-physical systems)^{25, 26}.

25 Tradução livre: “Os sistemas de inteligência artificial (IA) são sistemas de software (e possivelmente também de hardware) concebidos por humanos que, dado um objetivo complexo, atuam na dimensão física ou digital, percebendo o seu ambiente através da aquisição de dados, interpretando os dados estruturados ou não estruturados recolhidos, raciocinando sobre o conhecimento, ou processamento das informações, derivadas desses dados e decidir a(s) melhor(es) ação(ões) a serem tomadas para atingir o objetivo determinado. Os sistemas de IA podem usar regras simbólicas ou aprender um modelo numérico, e também podem adaptar o seu comportamento analisando como o ambiente é afetado pelas suas ações anteriores.

Como disciplina científica, a IA inclui diversas abordagens e técnicas, como aprendizado de máquina (dos quais o aprendizado profundo e o aprendizado por reforço são exemplos específicos), raciocínio de máquina (que inclui planejamento, programação, representação e raciocínio de conhecimento, pesquisa e otimização) e robótica (que inclui controle, percepção, sensores e atuadores, bem como a integração de todas as outras técnicas em sistemas ciberfísicos)”.

26 EUROPEAN COMMISSION. Independent High-Level Expert Group on Artificial Intelligence. **A DEFINITION OF AI:** main capabilities and disciplines - Definition

Outras instituições internacionais, preocupadas com o rápido avanço da inteligência artificial e sua possível utilização para o prejuízo da sociedade, estão se movimentando a fim de ocupar espaços antes vagos, relacionados à redução ou impedimento de riscos e desconfiança provocados pelo uso da tecnologia. Discriminação, preconceito, concentração de poder, automação de empregos altamente qualificados e a polarização de opiniões em grande escala são alguns exemplos do que se acredita que sejam riscos reais provocados ou intensificados pela adoção desgovernada da inteligência artificial.

Diante dos problemas apresentados acima e sabendo da urgência em se adotar medidas capazes de impedir a respectiva concretização, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) criou o Observatório de Políticas de Inteligência Artificial da OCDE (OCDE.IA). O observatório atua gerindo riscos e contribuindo para que sejam desenvolvidas tecnologias confiáveis. A instituição disponibilizou em seu site a definição de inteligência artificial por ela adotada, transcrita a seguir:

An AI system is a machine-based system that is capable of influencing the environment by producing an output (predictions, recommendations or decisions) for a given set of objectives. It uses machine and/or human-based data and inputs to (i) perceive real and/or virtual environments; (ii) abstract these perceptions into models through analysis in an automated manner (e.g., with machine learning), or manually; and (iii) use model

developed for the purpose of the AI HLEG's deliverables. Bruxelas: European Commission, 2019. Disponível em: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/definition-artificial-intelligence-main-capabilities-and-scientific-disciplines>. Acesso em: 28 out. 2023. p. 06.

inference to formulate options for outcomes. AI systems are designed to operate with varying levels of autonomy^{27, 28}.

Há uma infinidade de conceitos de inteligência artificial passíveis de serem citados por esta pesquisa. Alguns estão apoiados nas ações possíveis à tecnologia, outros se esforçam em tratar minuciosamente de sua estrutura, há também aqueles que se apresentam como intertemporais, apresentando definição capaz de definir a inteligência não só no presente, mas também no futuro, ou seja, define aquilo no que se tornará. Acredita-se que para demonstrar tal diversidade as definições selecionadas sejam suficientes.

3. MODELOS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL QUANTO AO SISTEMA

A inteligência artificial pode ser classificada de acordo com os diferentes tipos de sistemas adotados. Nesse sentido, Andreas Kaplan e Michael Haenlein²⁹ classificam a tecnologia como sendo analítica, inspirada no ser humano ou humanizada, que serão esclarecidas a seguir.

A inteligência artificial analítica é utilizada pela maioria dos sistemas adotados por empresas e destaca-se por empregar uma representação cognitiva do mundo, sendo capaz de tomar decisões com base em aprendizado baseado em experiências passadas. A título

27 Tradução livre: “Um sistema de IA é um sistema baseado em máquina capaz de influenciar o ambiente, produzindo um resultado (previsões, recomendações ou decisões) para um determinado conjunto de objetivos. Utiliza dados e insumos baseados em máquinas e/ou humanos para (i) perceber ambientes reais e/ou virtuais; (ii) abstrair essas percepções em modelos por meio de análise de forma automatizada (por exemplo, com aprendizado de máquina) ou manualmente; e (iii) utilizar a inferência de modelos para formular opções de resultados. Os sistemas de IA são projetados para operar com vários níveis de autonomia”.

28 OECD.AI. OECD AI Principles overview. **OCDE**. Disponível em: <https://oecd.ai/en/ai-principles>. Acesso em: 28 out. 2023.

29 KAPLAN, Andreas; HAENLEIN, Michael. Siri, Siri, in my hand: Who’s the fairest in the land? On the interpretations, illustrations, and implications of artificial intelligence. **Business Horizons**, v. 62, n. 1, jan. - feb., 2019. p. 04.

de exemplo, esse sistema pode ser utilizado para reconhecimento de imagens, detecção de fraudes em serviços financeiros ou por automóveis autônomos.

A próxima classificação é a inteligência artificial inspirada no ser humano. Aqui a tecnologia mantém elementos cognitivos presentes na classificação anterior, mas a eles são acrescentados elementos emocionais. Entre os avanços presentes nessa classificação, é possível citar a capacidade da inteligência artificial reconhecer emoções humanas, que poderão ser consideradas para melhor decidir. Em empresas, a tecnologia pode ser utilizada para observar reações de clientes durante o atendimento ou mesmo para recrutar novos funcionários.

A terceira e última classificação apresentada pelos autores é a inteligência artificial humanizada. Sua posição no artigo não se deu por acaso, pelo contrário, foi pensada para que houvesse certa progressão nas características, haja vista esta classificação apresentar competências cognitivas e emocionais das classificações anteriores, acrescida da competência social. Seu objetivo é permitir o desenvolvimento de inteligência artificial que interaja com seres humanos de forma autoconsciente. Apesar dos esforços realizados em prol de seu desenvolvimento, a tecnologia ainda não está disponível, sendo potencialmente distante da realidade atual.

Ainda que máquinas autoconscientes sejam desenvolvidas, existem características que, acredita-se, não poderão ser delegadas a tais equipamentos, mantendo-se reservadas à realização humana. É o caso da criatividade artística. A inteligência artificial é eficiente no reconhecimento de padrões e sua respectiva reprodução, o que torna possível a repetição de técnicas utilizadas por pintores famosos para eventual desenvolvimento de imagens nunca pintadas pelo artista. No entanto, trata-se de mera reprodução e não desenvolvimento criativo de arte em si.

4. APRENDIZADO DE MÁQUINA: *MACHINE LEARNING*

Já se falou até a respeito da capacidade da inteligência artificial aprender e como essa característica foi importante para seu desenvolvimento e evolução, mas os mecanismos que promovem tal aprendizado ainda não foram abordados.

A habilidade de aprender presente em uma máquina é conhecida como *machine learning* e permite ao equipamento, com base em informações passadas, tomar decisões com menores chances de erro no presente. A aquisição de informações e as decisões se dão de forma autônoma, por meio da interação da inteligência artificial com o ambiente e com os dados coletados. Nesse sentido, o *machine learning* é compreendido por Stuart Russell como “the branch of AI that explores ways to get computers to improve their performance based on experience^{30, 31}”

A fim de esclarecer a técnica, cita-se a seguir definição de *machine learning* apresentada por Cláudio Lóssio e Rosângela Tremel:

Técnicas que analisam padrões por meio de modelos estatísticos e matemáticos fazendo com que computadores estruturam esses dados analisados e que eles possam, posteriormente, facilitar no processo de tomada de decisão. Esse aprendizado poderá ser assistido por humanos, assim contribuindo para que o resultado se torne mais eficiente ainda³².

30 RUSSELL, Stuart. **Q & A: the future of artificial intelligence**. Berkeley: University of Berkeley, 2016. Disponível em: <https://people.eecs.berkeley.edu/~russell/research/future/q-and-a.html>. Acesso em: 05 out. 2023. s.p.

31 Tradução livre: “[...] o ramo da IA que explora maneiras de fazer com que os computadores melhorem seu desempenho com base na experiência”.

32 LÓSSIO, Cláudio Joel Brito; TREMEL, Rosângela. Proteção de dados e predição algorítmica: mecanismos antifraude baseados em *big data* e *machine learnig*. In: BARBOSA, Mafalda Miranda; NETTO, Felipe Braga; SILVA, Michael César; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. (coord.). **Direito digital e inteligência artificial: diálogos entre Brasil e Europa**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 332.

A utilização do *machine learning* permite ao equipamento incorporar informações valiosas para a tomada de decisões futuras. Após as configurações necessárias serem estabelecidas no algoritmo, a admissão de informações se dá sempre que percebidas pelo aparelho. Nesse processo, a máquina pode estar ou não sob supervisão humana, o que contribui para aumentar ou diminuir o nível de confiança das informações coletadas e armazenadas. Essa característica torna o equipamento mais dinâmico, capaz de se adaptar a mudanças conforme interage com o ambiente em que atua.

Yann Lecun, Yoshua Bengio e Geoffrey Hinton³³ destacam que muito tempo foi necessário para que um sistema de *machine learning* eficiente pudesse ser desenvolvido. Consideram eficiente o sistema capaz de transformar dados brutos em uma representação interna adequada, passível de identificação na entrada por detectores ou classificadores padrões. O feito só se tornou possível graças à aplicação de engenharia cuidadosa e considerável conhecimento de domínio. Continuam os autores, demonstrando a importância da tecnologia para a sociedade atual, na íntegra, afirmam que:

Machine-learning technology powers many aspects of modern society: from web searches to content filtering on social networks to recommendations on e-commerce websites, and it is increasingly present in consumer products such as cameras and smartphones. Machine-learning systems are used to identify objects in images, transcribe speech into text, match news items, posts or products with users' interests, and select relevant results of search^{34, 35}.

33 LECUN, Yann; BENGIO, Yoshua; HINTON, Geoffrey. Deep learning. **Nature**, v. 521, 28 de maio de 2015. p. 436.

34 LECUN, Yann; BENGIO, Yoshua; HINTON, Geoffrey. Deep learning. **Nature**, v. 521, 28 de maio de 2015. p. 436.

35 Tradução livre: “A tecnologia de aprendizagem de máquina potencializa muitos aspectos da sociedade moderna: desde pesquisas na Web, passando pela filtragem de conteúdo em redes sociais, até recomendações em websites de comércio eletrônico, e está cada vez mais presente em produtos de consumo, como câmaras e smartphones. Sistemas de aprendizado de máquina são usados para identificar objetos em imagens,

Para tratar do assunto, esta pesquisa utilizará novamente os estudos de Andreas Kaplan e Michael Haenlein³⁶. Os autores dedicam-se a tratar de três tipos de processo de aprendizagem, apresentados por eles como sendo os principais, a aprendizagem supervisionada, aprendizagem não supervisionada e aprendizagem por reforço.

A aprendizagem supervisionada é composta por um grupo de métodos que consistem em mapear um determinado conjunto de entradas para que se atinja um determinado conjunto de resultados. Dentre os métodos utilizados por essa técnica estão a regressão linear³⁷, árvores de classificação³⁸ e métodos mais complexos, como as redes neurais³⁹. Como exemplo da aplicação dessa técnica, é possível citar a utilização de grandes bancos de dados de imagens rotuladas

transcrever fala em texto, combinar notícias, postagens ou produtos com os interesses dos usuários e selecionar resultados de pesquisa relevantes”.

36 KAPLAN, Andreas; HAENLEIN, Michael. Siri, Siri, in my hand: Who’s the fairest in the land? On the interpretations, illustrations, and implications of artificial intelligence. **Business Horizons**, v. 62, n. 1, jan. - feb., 2019. p. 05.

37 A regressão linear consiste em um método estatístico de análise de dados, capaz de apresentar como resultado uma previsão com base na análise de dados conhecidos.

38 A IBM esclarece o funcionamento da árvore de classificação: “Uma árvore de classificação é um tipo de árvore de decisão. Usa a medida de impureza de Gini para classificar registros nas categorias do campo de destino. As predições são baseadas em combinações de valores nos campos de entrada. Cada nó é dividido em dois ou mais nós-filhos para reduzir o valor de impureza de Gini para o nó. A impureza de Gini é uma função que penaliza as distribuições mais pares de valores de destino e é baseada nas estatísticas de frequência de destino e no número de linhas de dados correspondentes ao nó. Os nós-filhos correspondentes a determinadas categorias do preditor são mesclados quando o aumento correspondente na impureza de Gini é tolerável dentro do limite especificado. Para cada nó, o preditor que mais reduz o valor de impureza de Gini é selecionado para dividir o nó”. IBM. *Árvore de classificação*. **IBM**. Disponível em: <https://www.ibm.com/docs/pt-br/cognos-analytics/11.2.0?topic=tests-classification-tree>. Acesso em: 25 set. 2023.

39 As redes neurais foram definidas pela IBM da seguinte forma: “As redes neurais, também conhecidas como redes neurais artificiais (ANNs) ou redes neurais simuladas (SNNs), são um subconjunto de machine learning e estão no cerne dos algoritmos de deep learning. Seu nome e estrutura são inspirados no cérebro humano, imitando a maneira como os neurônios biológicos enviam sinais uns para os outros. As redes neurais artificiais (ANNs) são compostas por camadas de um nó, contendo uma camada de entrada, uma ou mais camadas ocultas e uma camada de saída. Cada nó, ou neurônio artificial, conecta-se a outro e tem um peso e um limite associados. Se a saída de qualquer nó individual estiver acima do valor do limite especificado, esse nó será ativado, enviando dados para a próxima camada da rede. Caso contrário, nenhum dado será transmitido junto à próxima camada da rede”. IBM. *O que são Redes*

para que a inteligência artificial separe as imagens conforme critérios predefinidos. Nesse método há certo conforto para aqueles que dele utilizam, haja vista definir o que se busca por meio do conjunto de resultados.

A aprendizagem não supervisionada, por outro lado, preocupa-se em rotular a entrada, mas não apresenta o mesmo cuidado com a saída, ou seja, com os resultados da análise. Dessa forma, cabe ao próprio algoritmo deduzir aquilo que se busca com base nos dados fornecidos a ele. Por se tratar de modelo de aprendizagem menos definido, os resultados alcançados também são menos precisos. Nessa perspectiva, os responsáveis pela análise precisam depositar maior confiança na análise realizada pela inteligência artificial. Apesar da inexatidão, o sistema possui espaço no mercado e pode ser utilizado no procedimento de reconhecimento de fala em equipamentos como Siri e Alexa.

O terceiro mecanismo de aprendizagem é a por reforço. Aqui o algoritmo é criado com uma finalidade predefinida, que é a variável de saída, e possibilidades limitadas de tomar decisões a fim de maximizar esta variável. Como exemplo, os autores citam a criação de algoritmo que tenha como objetivo jogar Pac-Man. No jogo, o algoritmo teria que ser configurado para conquistar a maior pontuação possível. Para alcançar esse objetivo, teria que ser livre para tomar decisões a fim de definir a direção em que iria se movimentar.

A tecnologia não está restrita aos jogos e é utilizada pela Microsoft para escolher as manchetes no msn.com. O objetivo do algoritmo é promover o maior número de clicks nos links disponibilizados, para tanto, o sistema é recompensado com pontos sempre que escolhe uma notícia que recebe mais visitantes e é livre para escolher notícias que acredita que terão mais acessos.

O mecanismo também é esclarecido por Hugo Honda, Matheus Facure e Peng Yaohao, que se preocupam, inclusive, em tratar de suas origens na psicologia. Afirmam os autores que:

Neurais?. **IBM**. Disponível em: <https://www.ibm.com/br-pt/topics/neural-networks>. Acesso em: 25 set. 2023.

[...] a máquina tenta aprender qual é a melhor ação a ser tomada, dependendo das circunstâncias na qual essa ação será executada.

O futuro é uma variável aleatória: como não se sabe a priori o que irá acontecer, é desejável uma abordagem que leve em consideração essa incerteza, e consiga incorporar as eventuais mudanças no ambiente do processo de tomada da melhor decisão. Essa ideia de fato deriva do conceito de 'aprendizagem por reforço' da psicologia, no qual uma recompensa ou punição é dada a um agente, dependendo da decisão tomada; com o tempo e a repetição dos experimentos, espera-se que o agente consiga associar as ações que geram maior recompensa para cada situação que o ambiente apresenta, e passe a evitar as ações que geram punição ou recompensa menor. Na psicologia, essa abordagem é chamada de behaviorismo e tem B. F. Skinner como um dos principais expoentes, um famoso psicólogo que, dentre outros experimentos, usou a ideia de recompensas e punições para treinar pombos para conduzir mísseis na Segunda Guerra Mundial⁴⁰.

Além dos três mecanismos de aprendizagem acima expostos, merecem destaque outros dois também muito comuns, as redes neurais e o *deep learning*, que serão analisados a seguir com base nos ensinamentos do autor Stuart Russell⁴¹.

As redes neurais utilizam as propriedades básicas de neurônios biológicos como fonte de inspiração para construção do seu sistema computacional. Sua estrutura apresenta unidades individuais interconectadas, capazes de receber informações de certas unidades e de enviar informações para outras unidades. Essas unidades não precisam existir no plano físico de forma individualizada, a fim de facilitar sua compreensão, é possível compará-las a programas

40 HONDA, Hugo; FACURE, Matheus; YAOHAO, Peng. **Os três tipos de aprendizagem de máquinas**. Brasília: Universidade de Brasília, jul. 2017. s.p.

41 RUSSELL, Stuart. **Q & A: the future of artificial intelligence**. Berkeley: University of Berkeley, 2016. Disponível em: <https://people.eecs.berkeley.edu/~russell/research/future/q-and-a.html>. Acesso em: 05 out. 2023. s.p.

de computador em que cada unidade individual representaria um componente do programa.

Apesar dos neurônios biológicos serem fonte de inspiração para a construção das redes neurais artificiais, a complexidade dessas nem se compara com a complexidade daquelas, sendo, portanto, equivocado dizer que funcionam como cérebros. O cérebro apresenta diversas características específicas, não reproduzidas pela rede neural, sendo possível citar, a título de exemplo, a existência de tipos diferentes de neurônios; a existência de mecanismos particulares de comunicação, diferentes dos neurônios; a elasticidade na conectividade neural real, que pode sofrer modificações com o tempo e outros.

Artigo publicado pelo Instituto de Ciências Matemáticas e de Computação da Universidade de São Paulo esclarece, de forma simplificada, o funcionamento das redes neurais artificiais. O documento informa que o comportamento inteligente por ela apresentado deriva da interação entre as unidades de processamento da rede, que se dá da seguinte forma:

*Sinais são apresentados à entrada;
Cada sinal é multiplicado por um número, ou peso, que indica a sua influência na saída da unidade;
É feita a soma ponderada dos sinais que produz um nível de atividade;
Se este nível de atividade exceder um certo limite (threshold) a unidade produz uma determinada resposta de saída⁴².*

Todo o procedimento acima apresentado pelo instituto pode ser dividido em três partes. A primeira é conhecida como camada de entrada e é responsável por promover a apresentação dos padrões à

42 INSTITUTO DE CIÊNCIAS MATEMÁTICAS E DE COMPUTAÇÃO. Redes Neurais Artificiais. Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://sites.icmc.usp.br/andre/research/neural/#:~:text=Camada%20de%20Entrada%3A%20onde%20os,final%20%C3%A9%20conclu%C3%ADdo%20e%20apresentado>. Acesso em: 14 de out. 2023. s.p.

rede. Em seguida, tem-se as camadas intermediárias ou escondidas que, por intermédio das conexões ponderadas, realiza a maior parte do processamento, e também pode ser conhecida como extratora de características. A terceira e última parte é a camada de saída, responsável pela conclusão e apresentação do resultado final⁴³.

O *deep learning*, por fim, consiste em uma forma de *machine learning* que proporciona o treinamento de redes neurais com muitas camadas de unidades. Sua utilização contribuiu para significativo avanço em tarefas complexas, como o reconhecimento de fala e o reconhecimento visual de objetos. Essa técnica existe a mais de 25 anos na comunidade de redes neurais e tem sido impulsionada pelo desenvolvimento de computadores mais potentes, pela disponibilidade de informações em *big data*, já tratado anteriormente, assim como por melhorias em modelos e algoritmos.

Ainda quanto ao *deep learning*, Yann Lecun, Yoshua Bengio e Geoffrey Hinton esclarecem que

Deep learning allows computational models that are composed of multiple processing layers to learn representations of data with multiple levels of abstraction. These methods have dramatically improved the state-of-the-art in speech recognition, visual object recognition, object detection and many other domains such as drug discovery and genomics. Deep learning discovers intricate structure in large data sets by using the backpropagation algorithm to indicate how a machine should change its internal parameters that are used to compute the representation in each layer from the representation in the previous layer. Deep convolutional nets have brought about breakthroughs in processing images, video, speech

43 INSTITUTO DE CIÊNCIAS MATEMÁTICAS E DE COMPUTAÇÃO. Redes Neurais Artificiais. Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://sites.icmc.usp.br/andre/research/neural/#:~:text=Camada%20de%20Entrada%3A%20onde%20os,final%20%C3%A9%20conclu%C3%ADdo%20e%20apresentado>. Acesso em: 14 de out. 2023. s.p.

and audio, whereas recurrent nets have shone light on sequential data such as text and speech^{44, 45}.

Apesar da capacidade de se manter atualizado compreender importantíssimo avanço, os aparelhos equipados com *machine learning* podem apresentar perturbações. Em face da autonomia concedida à máquina, é possível que ocorra a interiorização de informações equivocadas, conduzindo o equipamento a optar por caminhos não previstos por seu criador ou que, apesar de inadequados, por ele não tenham sido excluídos, o que pode se tornar um grande problema. Nesse sentido, destaca-se a citação a seguir:

[...] in allowing intelligent agents to interact with their environment autonomously, decisions that turn out to be wrong are to a certain extent inevitable. Unforeseeable harms are the very essence of the ‘autonomy risk’. Even when deploying the most sophisticated intelligent agents, wrongful decisions can never be avoided completely

44 LECUN, Yann; BENGIO, Yoshua; HINTON, Geoffrey. Deep learning. *Nature*, v. 521, 28 de maio de 2015. p. 436.

45 Tradução livre: “O aprendizado profundo permite que modelos computacionais compostos de múltiplas camadas de processamento aprendam representações de dados com múltiplos níveis de abstração. Esses métodos melhoraram dramaticamente o que há de mais moderno em reconhecimento de fala, reconhecimento visual de objetos, detecção de objetos e muitos outros domínios, como descoberta de medicamentos e genômica. O aprendizado profundo descobre estruturas complexas em grandes conjuntos de dados usando o algoritmo de retropropagação para indicar como uma máquina deve alterar seus parâmetros internos que são usados para calcular a representação em cada camada a partir da representação na camada anterior. As redes convolucionais profundas trouxeram avanços no processamento de imagens, vídeo, fala e áudio, enquanto as redes recorrentes iluminaram dados sequenciais, como texto e fala”.

without abandoning the technical concept of machine autonomy as a whole^{46, 47}.

A título de exemplo, é possível citar problema apresentado pelo aplicativo Google Photos no ano de 2015. O aplicativo foi desenvolvido pelo Google com o objetivo de identificar pessoas, objetos e lugares e em uma de suas análises confundiu pessoas negras com gorilas. O caso atingiu grande repercussão rapidamente e a empresa veio à público se desculpar pelo ocorrido. O erro foi atribuído à tecnologia responsável por aprender a reconhecer elementos presentes nas imagens⁴⁸.

5. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: USOS ATUAIS E REGULAÇÃO

A inteligência artificial, em razão de sua flexibilidade, pode ser aplicada em diversos setores da sociedade. Sua utilização contribui para o aprimoramento da prestação de serviços e fornecimento de produtos, aumentando a velocidade de solução de problemas e contribuindo para que melhores resultados sejam atingidos por seu intermédio.

A análise histórica sempre possuiu grande importância para a tomada de decisões futuras corretas. Até certo tempo, esta análise se dava de forma limitada, haja vista a existência precária de dados

46 Tradução livre: “[...] ao permitir que agentes inteligentes interajam com o seu ambiente de forma autônoma, as decisões que se revelam erradas são, até certo ponto, inevitáveis. Os danos imprevisíveis são a própria essência do ‘risco de autonomia’. Mesmo quando se utilizam os agentes inteligentes mais sofisticados, as decisões erradas nunca podem ser completamente evitadas sem abandonar o conceito técnico de autonomia da máquina como um todo”.

47 SCHIRMER, Jan-Erik. Artificial Intelligence and Legal Personality: Introducing “Teilrechtsfähigkeit”: A Partial Legal Status Made in Germany. In: WISCHMEYER, Thomas; RADEMACHER, Timo (Editors). *Regulating Artificial Intelligence*. Cham: Springer, 2020. p. 137.

48 PRESSE, France. Google pede desculpas por app de foto confundir negros com gorilas. G1. 2015. Disponível em: <https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2015/07/google-pede-desculpas-por-app-de-foto-confundir-negros-com-gorilas.html#:~:text=O%20Google%20pediu%20desculpas%20nesta,de%20um%20casal%20de%20negros.&text=%22Estamos%20consternados%20e%20pedimos%20desculpas,%2C%20em%20um%20e%2Dmail>. Acesso em: 07 de out. 2023. s.p.

a serem verificados, que se apresentavam em pequenas quantidades e não demonstravam a confiança necessária para traçar tendências.

A evolução tecnológica ocorrida recentemente transformou esta realidade. Com a digitalização de diversos serviços, dentre os quais está parte do entretenimento atualmente consumido, os dados antes escassos passaram a ser gerados de forma abundante, em sua maioria produzidos pela interação de seus titulares com sistemas conectados à rede.

Outra fonte considerável de coleta de dados é estabelecida pelo Estado, ao impor ao indivíduo a declaração de informações relevantes para o país e órgãos de fiscalização, como a declaração de renda e declaração de registro e transferência de propriedades. As transações realizadas entre particulares também contribuem para a coleta de dados, é o caso da relação de consumo que, não raras vezes, vincula os produtos consumidos a informações pessoais do consumidor. Esse grande conjunto de dados não padronizados, recebeu o nome de *big data*.

Com o armazenamento das informações em grande banco de dados tinha-se o material a ser trabalhado, mas ainda assim não era possível perceber resultados sólidos provenientes da simples existência do aglomerado de dados. Isso se dava em razão da grande quantidade de informações, da inexistência de um sistema automático de análise e da ausência de padrões no material. Essas três principais características obrigavam os interessados a realizarem análises manuais, o que impossibilitava a verificação integral dos dados, diminuindo a segurança dos resultados alcançados.

O desenvolvimento da inteligência artificial modificou esta realidade, tornando possível a análise de dados desestruturados e em grande quantidade. Dessa forma, ao interessado era possível solicitar análises de dados provenientes de fontes diversas, independentemente do formato apresentado, verificando todas as ocorrências relacionada a um determinado sujeito. Essa alteração contribuiu não só para a redução do tempo gasto analisando informações, mas também

para que resultados mais certos fossem alcançados ao final do procedimento de verificação.

Assim, algoritmos conseguem identificar em segundos, com base em informações passadas, quais serão os próximos passos do indivíduo, ou ainda, pode identificar suas preferências, apresentando anúncios de produtos com maior probabilidade de serem adquiridos pelo indivíduo em questão ou mesmo estabelecer quais pessoas apresentam maiores chances de sofrerem com problemas de saúde, informações desejadas por empresas fornecedoras de planos de saúde que visam aumentar a margem de lucro com os produtos e serviços oferecidos.

Seguindo este mesmo raciocínio, Andreas Kaplan e Michael Haenlein⁴⁹ aprofundam seus estudos na verificação de como a tecnologia pode contribuir para três setores da sociedade, as universidades, as empresas e o governo.

Antes de descrever como as universidades poderão ser impactadas pela inteligência artificial, destaca-se que o ambiente questionador e inovador dessas instituições apresentou grande importância no desenvolvimento e evolução da tecnologia. Muitos acreditam ser o texto intitulado *A proposal for the dartmouth summer research project on artificial intelligence* responsável pela inauguração das pesquisas desenvolvidas na área. Destaca-se que o texto citado nada mais é que um pedido de custeio para desenvolvimento da referida pesquisa, apresentada pelos pesquisadores à instituição, como descrito no início deste capítulo.

Após contribuir para o surgimento e a evolução da inteligência artificial, chegou o momento das universidades serem impactadas pela tecnologia. Nesse sentido, a inteligência artificial analítica pode atuar como assistente de ensino virtual, entre as atribuições possíveis está a utilização para solução de dúvidas dos alunos, como o Jill Watson, utilizado pela Georgia Tech. A tecnologia também é capaz

49 KAPLAN, Andreas; HAENLEIN, Michael. Siri, Siri, in my hand: Who's the fairest in the land? On the interpretations, illustrations, and implications of artificial intelligence. **Business Horizons**, v. 62, n. 1, jan. - feb., 2019. p. 05 - 08.

de automatizar revisões sistemáticas da literatura, identificar plágio ou erro em estatísticas, facilitando o processamento de informações provenientes de diversas áreas.

A inteligência artificial baseada em humanos é apresentada como mecanismo capaz de identificar emoções. Ainda nas universidades, no ambiente de aprendizado virtual poderia contribuir para a análise da atenção dos alunos, por intermédio de câmeras presentes nos equipamentos. Em posse de dados que indicassem a queda da atenção, o docente poderia adotar métodos imediatos para aumentar o interesse dos alunos pelo conteúdo ministrado. Outras aplicações seriam o monitoramento dos alunos em momentos reservados a realização de atividades avaliativas e o lançamento de notas em sistemas, deixando o professor livre para realização de atividades que demandem maior esforço intelectual e não meramente repetitivas.

A inteligência artificial humanizada que, destaca-se, ainda não foi desenvolvida, tornaria possível uma revolução na educação como se conhece no âmbito universitário. Os professores, peças fundamentais para a promoção do ensino atualmente, poderiam ser substituídos pela adoção da tecnologia, que seria responsável pelo ensino e acompanhamento do aluno.

Podem ser apresentadas como vantagens a democratização do ensino pela redução dos custos e sua personalização, com base em características individuais dos discentes. Há que se observar, por outro lado, que seria difícil manter a qualidade do aprendizado fornecido aos alunos e que a função desenvolvida pelo professor não está limitada a permitir o acesso a conteúdo qualificado. Sua atuação vai além e passa, dentre outras funções, por fazer com que o discente se interesse pelo ensino. Se a simples virtualização ocorrida no período de pandemia causou prejuízos à aprendizagem, a substituição do professor pela inteligência artificial pode causar danos ainda maiores.

No âmbito empresarial a inteligência artificial analítica já está sendo amplamente utilizada. A título de exemplo, a tecnologia é capaz de contribuir para a triagem de currículos para seleção de novos empregados; permite o envio de mensagens personalizadas

para clientes e possíveis clientes, contribuindo para o aumento no número de vendas; a utilização de *chatbots* podem solucionar dúvidas e problemas de clientes de forma automatizada, inclusive pela utilização de ligações telefônicas; a gestão de ativos por *fintechs* é outra aplicação possível à tecnologia; possível também o gerenciamento de estoque nas empresas.

A inteligência artificial inspirada em humanos utilizada por empresas torna possível a identificação do nível de satisfação de clientes ao deixarem as instalações da empresa. Diante de tais dados, é possível adotar medidas que corrijam eventuais causas de tais problemas, como a instalação de um número maior de caixas ou atendentes a fim de reduzir o tempo em filas, a disponibilização de bebidas e lanches aos clientes. Outra aplicação é a adoção de ferramentas eficientes para detecção de fraudes e roubos. A análise de expressões faciais para identificar a aprovação ou não de conteúdos sugeridos online é outra possibilidade da tecnologia.

As empresas também poderão utilizar a inteligência artificial humanizada a fim de contribuir para a execução de suas atividades e aprimorar a prestação de serviços. Acredita-se que a inteligência artificial humanizada seja o resultado da junção da inteligência artificial inspirada em humanos e a robótica. Nesse sentido, a tecnologia poderia revolucionar certas áreas, como a relacionada ao cuidado com idosos. A eficiência na comunicação permitiria o desenvolvimento de diálogos sobre qualquer assunto, além de tornar possível a solicitação de ajuda por meio dos canais de atendimento de emergência ou ligando para familiares, ainda que no local estejam presentes apenas o idoso e a tecnologia.

A inteligência artificial também será capaz de revolucionar a forma com que o governo atua. Nesse sentido, dispositivos de inteligência artificial analítica estão sendo utilizados para automatizar funções governamentais, contribuindo para redução de custos, maior eficiência e rapidez. É possível citar, a título de exemplo, a adoção de sistemas de automação para regular a iluminação pública, diminuindo

ou aumentando o brilho das lâmpadas utilizadas a depender da movimentação de pedestres e automóveis na região.

A inteligência artificial baseada em humanos também possui relevância para o governo e pode ser por ele utilizada. Dentre as ilimitadas possibilidades, a tecnologia pode contribuir para a identificação de perfis adequados à realização de determinadas tarefas árduas, como a análise das características de pessoas que serão contratadas para lidar com guerras e conflito direto. Andreas Kaplan e Michael Haenlein apontam que o exército americano pode estar utilizando equipamento munido dessa tecnologia, o SGT Star, para contratar seus soldados. A respeito da tecnologia, afirmam os autores que:

SGT Star is an interactive virtual agent that applies AI to respond to questions, review qualifications, and assign selected candidates to actual human recruiters. SGT Star does the workload of more than 50 recruiters with a 94% accuracy rate and boosted engagement time for applicants from 4 minutes to over 10 minutes^{50, 51}.

Quando disponível, a inteligência artificial humanizada poderá contribuir em grande medida para as atividades do governo. Seguindo essa mesma linha de uso para o combate, é possível que a tecnologia seja útil à formação de soldados, haja vista tornar possível simulações próximas da realidade quando em situações de conflito.

6. Conclusão

A evolução acompanha o ser humano desde seu surgimento. Conforme dominou elementos da terra e a capacidade de criar,

50 KAPLAN, Andreas; HAENLEIN, Michael. Siri, Siri, in my hand: Who's the fairest in the land? On the interpretations, illustrations, and implications of artificial intelligence. **Business Horizons**, v. 62, n. 1, jan. - feb., 2019. p. 07.

51 Tradução livre: "SGT Star é um agente virtual interativo que aplica IA para responder a perguntas, revisar qualificações e atribuir candidatos selecionados a recrutadores humanos reais. SGT Star atende a carga de trabalho de mais de 50 recrutadores com uma taxa de precisão de 94% e aumentou o tempo de engajamento dos candidatos de 4 minutos para mais de 10 minutos".

transferiu para tais atividades essa característica, aprimorando tudo aquilo com que mantem contato. O desenvolvimento da inteligência artificial nada mais é que uma continuidade do processo evolutivo inerente ao ser humano.

Apesar da tecnologia ter sido idealizada no século passado, sua evolução recente só se tornou possível em razão do ambiente necessário para sua criação ter sido alcançado. Para que a máquina inteligência se tornasse possível, foi preciso que tecnologias responsáveis por suporta-la também alcançassem certo nível mínimo.

O desenvolvimento de computadores com melhor capacidade; internet mais veloz; sistemas de coleta e processamento de dados compatíveis com a inteligência artificial e outros dispositivos foram necessários para que a tecnologia disponível hoje fosse possível. Da mesma forma, a próxima geração da inteligência artificial precisará de nova base tecnológica que seja capaz de suportá-la.

Sendo a inteligência artificial capaz de causar danos a própria pessoa ou ao seu patrimônio, se faz necessário aprimorar seu software para reduzir as chances do resultado ser causado por suas ações ou omissões. Ainda que tal ajuste seja realizado, a autonomia necessária ao equipamento carrega consigo certo risco de dano em maior ou menor grau. Várias soluções são apresentadas para solucionar a responsabilidade pelo risco residual de dano, mas em qualquer delas, dificilmente será possível dispensar a alteração legal, ainda que mínima.

Ao tratar da matéria, será imprescindível ao legislativo fixar a definição de inteligência artificial tida como correta. A medida trará segurança aos desenvolvedores da tecnologia no Brasil, assim como para proprietários de máquinas com ela equipadas, uma vez que pode ser que precisem exigir reparações por erros apresentados pela máquina.

REFERÊNCIAS

COMISSÃO EUROPEIA. **Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (regulamento inteligência artificial) e altera determinados atos legislativos da União.** Bruxelas: Eur-Lex, 2021. Acesso em: 26 out. 2023. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206>.

EUROPEAN COMMISSION. Independent High-Level Expert Group on Artificial Intelligence. **A DEFINITION OF AI: main capabilities and disciplines - Definition developed for the purpose of the AI HLEG's deliverables.** Bruxelas: European Commission, 2019. Disponível em: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/definition-artificial-intelligence-main-capabilities-and-scientific-disciplines>. Acesso em: 28 out. 2023.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. A evolução da inteligência artificial em breve retrospectiva. *In*: FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; BARBOSA, Mafalda Miranda; SILVA, Michael César; BRAGA NETTO, Felipe (coord.). Direito digital e inteligência artificial: diálogos entre Brasil e Europa. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

HONDA, Hugo; FACURE, Matheus; YAOHAO, Peng. **Os três tipos de aprendizagem de máquinas.** Brasília: Universidade de Brasília, jul. 2017.

INSTITUTO DE CIÊNCIAS MATEMÁTICAS E DE COMPUTAÇÃO. Redes Neurais Artificiais. Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://sites.icmc.usp.br/andre/research/neural/#:~:text=Camada%20de%20Entrada%3A%20onde%20os,final%20%C3%A9%20conclu%C3%ADdo%20e%20apresentado>. Acesso em: 14 de out. 2023.

KAPLAN, Andreas; HAENLEIN, Michael. Siri, Siri, in my hand: Who's the fairest in the land? On the interpretations, illustrations, and

implications of artificial intelligence. *Business Horizons*, v. 62, n. 1, jan. - feb., 2019.

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. *ESTATUTO JURÍDICO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: entre categorias e conceitos, a busca por marcos regulatórios*. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2022.

LECUN, Yann; BENGIO, Yoshua; HINTON, Geoffrey. Deep learning. *Nature*, v. 521, 28 de maio de 2015.

OECD.AI. OECD AI Principles overview. **OCDE**. Disponível em: <https://oecd.ai/en/ai-principles>. Acesso em: 28 out. 2023.

PRESSE, France. Google pede desculpas por app de foto confundir negros com gorilas. G1. 2015. Disponível em: <https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2015/07/google-pede-desculpas-por-app-de-foto-confundir-negros-com-gorilas.html#:~:text=O%20Google%20pediu%20desculpas%20nesta,de%20um%20casal%20de%20negros.&text=%22Estamos%20consternados%20e%20pedimos%20desculpas,%2C%20em%20um%20e%2Dmail>. Acesso em: 07 de out. 2023.

RUSSELL, Stuart. **Q & A: the future of artificial intelligence**. Berkeley: University of Berkeley, 2016. Disponível em: <https://people.eecs.berkeley.edu/~russell/research/future/q-and-a.html>. Acesso em: 05 out. 2023.

RUSSELL, Stuart; NORVIG, Peter. **Artificial Intelligence: A Modern Approach**. 3 ed. Nova York: Prentice Hall, 2013.

SCHIRMER, Jan-Erik. Artificial Intelligence and Legal Personality: Introducing “Teilrechtsfähigkeit”: A Partial Legal Status Made in Germany. In: WISCHMEYER, Thomas; RADEMACHER, Timo (Editors). *Regulating Artificial Intelligence*. Cham: Springer, 2020.

SHABBIR, Jahanzaib; ANWER, Tarique. Artificial intelligence and its role in near future. *Journal of Latex Class Files*, v. 14, n. 8, Aug. 2015.

TURNER, Jacob. **Robot Rules: Regulating Artificial Intelligence**. Palgrave Macmillan, 2018. Disponível em: <https://www.law.kuleuven.be/citip/en/docs/hot-news/conferences/j-turner-robot-rules-regulating-artificial.pdf>. Acesso em: 26 out. 2023.

WANG, Pei. What do you mean by “AI”? *In: PROCEEDINGS OF THE FIRST CONFERENCE ON ARTIFICIAL GENERAL INTELLIGENCE*, 1., 2008, Memphis, TN, USA, p. 362-373, March. 2008.

WANG, Pei; LIU, Kai; DOUGHERTY, Quinn. Conceptions of artificial intelligence and singularity. **Information**, v. 9, 79, n. 4, 2018.



A NECESSÁRIA REGULAMENTAÇÃO DO USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PARA CRIAÇÃO DE DEEPPFAKES

RESUMO

O presente capítulo tem como intuito principal analisar a *Deepfake*, técnica de inteligência artificial usada para manipulação de imagens e sons, pois o mau uso da tecnologia pode gerar implicações de diversas ordens, entre elas destaca-se a violação ao Direito de imagem. Além disso, será feita uma análise de como o ordenamento jurídico brasileiro regulamenta o tema. Usou-se para a feitura do trabalho o método lógico-dedutivo.

Palavras chaves: Inteligência artificial- *Deepfake*- Direito de Imagem- tecnologia

INTRODUÇÃO

A célebre série “Black Mirror”, ao explorar inquietudes modernas e tecnológicas, narra no episódio “*Joan is awful*” (2023) uma história de uma executiva que tem sua vida exposta em um filme pela atriz Salma Hayek. Ao ir atrás da atriz para questionar sua atuação, esta informa à executiva que não é ela quem está interpretando o personagem, e sim que apenas sua imagem está sendo explorada por meio de inteligência artificial.

Ao que se nota, fora da cinematografia, é que a inteligência artificial ganhou espaço em variados debates, especialmente no âmbito jurídico, em que o assunto tem notoriedade entre juristas e acadêmicos.

52 Advogada; Pós-graduanda em Linguagem Jurídica pela UFMG; Graduada em Direito pela PUC-MG; Email: isanatiellerv@hotmail.com; Lattes : <http://lattes.cnpq.br/6365465177137908>

53 Professora universitária: PUC Minas, Anhanguera e Famig; Coordenadora dos Cursos de Especialização a Distância da PUC Minas Virtual; Palestrante; Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Veiga de Almeida/RJ; Mestre em Direito Privado na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas com distinção *cum laude*. E-mail: lucianadecastrobastos@gmail.com

A revolução proporcionada pela inteligência artificial (IA) tem gerado avanços notáveis, mas também desafios éticos e sociais sem precedentes. Entre as aplicações mais perturbadoras da IA estão as *deepfakes*, que são criações multimídia hiper-realistas geradas por redes neurais profundas, capazes de alterar ou fabricar imagens, vídeos e áudios de indivíduos com precisão surpreendente. Estes algoritmos, inicialmente desenvolvidos com propósitos legítimos como entretenimento e personalização digital, rapidamente ganharam notoriedade por seu potencial de uso malicioso.

As *deepfakes* têm a capacidade de transformar a forma como percebemos a autenticidade de informações visuais e auditivas, permitindo a criação de conteúdos falsificados que podem comprometer a privacidade, a reputação e até mesmo a segurança de indivíduos e instituições. Casos de *deepfakes* sendo utilizadas para desinformação política, difamação, violência moral e psicológica, chantagem e disseminação de pornografia não consensual ilustram os perigos associados a essa tecnologia, revelando um vácuo regulatório significativo.

A lacuna na regulamentação de *deepfakes* levanta questões sobre a responsabilidade e a ética na era digital, exigindo um equilíbrio entre inovação tecnológica e proteção dos direitos fundamentais. Regulamentar o uso da IA para a criação de *deepfakes* é crucial para mitigar seus impactos negativos, salvaguardando tanto a integridade da informação quanto a confiança pública nas mídias digitais. Este artigo discute a necessidade imperativa de uma estrutura regulatória abrangente que contemple a prevenção de abusos, a responsabilidade pelos danos causados e a promoção do uso responsável da tecnologia, assegurando que os benefícios da IA sejam aproveitados enquanto os riscos são controlados.

Assim, pretende-se demonstrar neste capítulo o quanto o estudo da *DeepFake* é instigante, e impossível seria almejar esgotá-lo nestas linhas construtivamente escritas.

Nessa conjectura, é importante analisar o conceito da técnica em questão, e entender como o ordenamento jurídico regulamenta

a temática e se essa regulamentação é suficiente, tendo em vista as consequências práticas e jurídicas que essa tecnologia é capaz de gerar.

Para que seja possível atingir os fins a que se propõe o presente trabalho, faça-se necessária a divisão em duas partes fundamentais: a) *Deepfake*: conceitos iniciais; b) regulamentação das *Deepfakes*.

Assim, pretende-se, inicialmente, fazer um estudo conceitual sobre inteligência artificial e *deepfakes*, bem como sua aplicabilidade em diversos setores.

Posteriormente, será importante analisar a regulamentação atual da temática e projetos de leis em tramitação.

Para tanto, será utilizado o método lógico-dedutivo com amplo levantamento bibliográfico especializado.

1. DEEPFAKES: CONCEITOS INICIAIS

De início, é interessante entender o conceito de inteligência artificial para que se possa chegar ao conceito de *Deepfake*.

Tradicionalmente, a inteligência artificial é definida como uma tecnologia, cujo objetivo é desenvolver dispositivos para realizar operações mentais e resolver problemas complexos de forma automática.

Sabe-se que o conceito de inteligência artificial não é unívoco pela literatura científica. Contudo, nota-se que uma das formas mais interessantes de entender o conceito se deu de forma experimental com o teste de Turing.

O teste de Turing consiste em equiparar ações feitas por máquinas a ações humanas, de modo que, se um terceiro observador não consegue distinguir quem realizou tal feito, estaria, portanto, diante de uma inteligência artificial. Nesse sentido, entende Estrada (2024):

Em essência, o teste de Turing estabelece o seguinte critério para decidirmos se uma máquina pensa: se o

comportamento de uma máquina for indistinguível daquele exibido por um ser humano, não há razão para não atribuir a essa máquina a capacidade de pensar. No caso, o comportamento que estaria sendo perfeitamente simulado é o comportamento verbal. Resumindo, o teste de Turing é quando um ser humano interage com um computador sem sabê-lo e se a pessoa não perceber que está interagindo com uma máquina, o teste estará aprovado, e esta aprovação demonstrará que a máquina tem inteligência artificial, salientando que esta (a máquina) está escondida (ESTRADA, 2024)

Embora seja inegável a contribuição científica de tal teste, é importante salientar que o conceito exposto possui aplicação restrita, pois as IAs evoluíram de forma exponencial nos últimos anos, portanto é preciso buscar por conceitos mais modernos.

Nesse sentido, Dierle Nunes (2021) mostra que IA é uma tecnologia baseada na reprodução e aplicação pelas máquinas computacionais.

Para ZAMPIER (2022), a interdisciplinariedade da temática exige adotar um conceito jurídico para elas. Desse modo, o referido autor afirma que:

A IA seria um bem jurídico, em especial uma universalidade de fato, que tem por fim solucionar problemas específicos e realizar tarefas, à semelhança e em paralelo à inteligência humana, a partir da utilização de algoritmos e outros sistemas computacionais. (ZAMPIER, 2022)

Posto isso, a *Deepfake* surge como uma técnica de inteligência artificial que combina e manipula imagens e vídeos extremamente realistas, no qual uma pessoa, ou objeto, é substituída por outra pessoa, ou objeto, de forma convincente.

É importante salientar que a Deepfake não é uma simples alteração de imagens e vídeos, mas uma manipulação bem aprimorada. Assim, esclarece os autores:

Não se trata de mero photoshop, pois o uso da inteligência artificial faz com que as imagens e os vídeos pareçam ser reais, de modo que quem as vê não consegue, em regra, fazer distinção entre o conteúdo falso e o verdadeiro. Um exemplo relevante foi a imagem do Papa Francisco, líder da igreja católica, usando um casaco branco que, por fugir do vestuário típico e ser considerado uma roupa fashion, viralizou nas redes sociais ao redor do mundo e enganou diversos usuários. (PINTO;OLIVEIRA, 2023)

Partindo de um estudo etimológico, o termo *deepfake* adveio, segundo o Jornal da USP (2020), de uma rede social chamada *Reddit*, em que os usuários utilizaram o referido termo para nomear a prática de substituir o rosto de atrizes pornô pelo de celebridades.

Para simplificar, Melo (2020) expõe que: *Deepfake* é uma fusão das palavras *deep learning* (aprendizagem profunda) e *fake* (fraudulento ou falsificado).”

Quanto à aplicabilidade, cabe pontuar que a Deepfake pode ser utilizada para fins benignos e malignos. Barber (2023) aponta sobre as finalidades benevolentes.

Benign actual or potential uses include: a “live” concert by rejuvenated band members appearing on stage as they might have done in their prime; a globally recognized footballer being deepfaked into speaking diverse languages as part of a malaria vaccine charity campaign; use of the same underlying technology to tell whether historical artworks are themselves faked; a posthumous deepfake video of a school-shooting victim arguing for gun-control; and

grieving relatives finding solace by interacting with deepfakes of the deceased.(BARBER, 2023)

Das formas variadas do uso da técnica de inteligência artificial em questão, destaca-se que a cinematografia já fez uso deste recurso na célebre saga de Star Wars em 2016, fazendo a reprodução do personagem Comandante Starkin, interpretado por um ator que faleceu em 1994.

Ainda, no campo da publicidade e propaganda, a técnica também ganhou espaço em 2023, haja vista um comercial de aniversário da empresa Volkswagen, em que a cantora Maria Rita canta ao lado de sua mãe, Elis Regina, falecida em 1982.

Outrossim, a *Deepfake* foi usada como forma de entretenimento quando o comediante Brian Monarch, com ajuda de *deepfake*, recriou uma cena com Sylvester Stallone e Arnold Schwarzenegger na comédia Quase Irmãos, de 2008.

Entretanto, essa técnica é constantemente utilizada para fins malignos, alguns até ilícitos e criminosos, como nos casos em que a técnica foi utilizada para desinformação ou para finalidades difamatórias e violentas.

Pesquisadores da Universidade de Boston concluíram num estudo recente: “As deepfake is an emerging cybercrime, the average internet user cannot detect synthetic media with the naked eye” (STALOVA;SHOI, 2023)

A exemplo disso, tem-se os casos de *revenge porn*, em tradução livre, pornografia de vingança, forma de violência psicológica, principalmente contra mulheres, em que o rosto de uma pessoa é colocado em contextos íntimos.

Um caso que ganhou notoriedade é o da deputada estadunidense Katie Hill, que teve seu rosto em imagens sexualizadas sem o seu consentimento. Tal feito fez com que a deputada renunciasse ao cargo que ocupava.

No Brasil, o rosto da jornalista Renata Vasconcelos foi alvo da *Deepfake* nas eleições de 2022, quando falsamente anunciava que um candidato à presidência liderava as pesquisas eleitorais.

Em suma, é notável que a *deepfake* é uma técnica de inteligência artificial que pode gerar diversas consequências jurídicas, pois, muitas vezes, o direito de imagem é usado sem consentimento do seu titular, e, principalmente, o seu uso é feito para fins ilegais.

Os conceitos iniciais sobre *deepfakes* delinham a base sobre a qual se desenvolvem tanto suas aplicações benignas quanto seus potenciais maléficos. Originados da confluência de redes neurais profundas e aprendizado de máquina, as *deepfakes* ilustram a capacidade da tecnologia de transformar e, por vezes, distorcer a realidade. Compreender sua evolução, funcionamento e principais características é essencial para reconhecer tanto suas possibilidades quanto os desafios que apresentam. Essa compreensão inicial é um passo fundamental para avançar no debate sobre a regulamentação e a gestão ética das *deepfakes*, preparando o terreno para uma abordagem equilibrada que maximize os benefícios e mitigue os riscos associados a essa poderosa tecnologia.

2. A REGULAMENTAÇÃO DAS DEEPPAKES

A partir de uma análise histórica, é possível notar que diversas inovações tecnológicas foram capazes de transformar relações humanas, seja com sua própria espécie, seja no seu relacionamento com coisas.

A partir de meados do século 20, novas tecnologias, como inteligência artificial e robótica, também chamadas de hipertecnologias, começaram a trazer novas possibilidades. Computadores passaram a executar tarefas mentais que antes eram feitas somente por pessoas. Robôs, que tinham pouca presença nas fábricas, passaram a ser utilizados em grande quantidade nas linhas de produção.

Para ilustrar, pode-se citar a transformação da comunicação, uma vez que cartas enviadas pelos Correios já foram uma das principais

formas de pessoas se comunicarem a distância. Atualmente, um mero clique no celular é capaz de proporcionar comunicação em tempo real entre pessoas.

O Direito, como uma ciência social aplicada, deve atender aos anseios das novas formas de relações jurídicas que o ser humano pode estabelecer com a evolução tecnológica.

ZAMPIER(2022) mostra que:

Num ambiente digitalizado, o Direito é chamado a contribuir com sua técnica, auxiliando na prevenção repressão e organização de comportamentos humanos, bem como na predição de usabilidade e organização de comportamentos humanos, bem como na predição de usabilidade de máquinas e as possíveis consequências que daí irão surgir. (ZAMPIER, 2022)

Quanto ao ordenamento jurídico brasileiro, não é possível dizer que inexistem leis que versam sobre questões tecnológicas, uma vez que há marcos regulatórios que disciplinam a temática.

A exemplo disso, tem-se o Marco Civil da Internet, lei que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil.

No que concerne à *Deepfake*, não se pode dizer também que não há nenhuma regulamentação, pois, de forma geral, a legislação pátria regula o fenômeno.

Em âmbito constitucional, é assegurada a inviolabilidade da imagem das pessoas, portanto, ao utilizar uma imagem indevidamente, ou até para fins lícitos sem consentimento do seu titular, a técnica de *Deepfake* viola preceito constitucional.

Além disso, o Código Civil, em seu artigo 20, assevera que a exposição e a utilização de imagens de uma pessoa poderão ser proibidas se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Ainda, em âmbito penal, a tutela da honra objetiva por meio do crime de Difamação, de forma indireta, coíbe o uso de imagens para fins difamatórios.

Apesar disso, talvez pela novidade da temática, não há legislação específica sobre as *Deepfakes*, contudo a realidade social denota que a criação de leis que versam especificamente sobre essa técnica do uso da inteligência artificial é necessária, haja vista a globalização do fenômeno, a facilidade em realizar a técnica, e, principalmente, a elevada dificuldade em saber quando é real e quando é *Deepfake*.

Atualmente, o Projeto de Lei 145/2024 visa regulamentar especificamente o uso das *Deepfakes* em conteúdos publicitários. Tal projeto visa alterar o Código de Defesa do Consumidor para vedar o uso da imagem e voz de pessoas em propagandas com o intuito de influenciar a percepção do consumidor quanto ao produto ou serviço e promover sua comercialização, de modo que tal prática só seria possível se houvesse consentimento prévio expresso do titular do direito de imagem, obtido de forma clara, inequívoca e documentada e haja informação ao consumidor, de forma ostensiva, sempre que a imagem ou áudio for exibido, que se trata de publicidade elaborada mediante uso de inteligência artificial.

Ainda, o Projeto de Lei 1.272/ 2023 visa criar um tipo penal específico: adulteração maliciosa de vídeos ou áudios.

O Projeto de Lei 1.002/2023 visa punir aqueles que criam, bem como os que intencionalmente propagam as *deepfakes* no contexto eleitoral considerando seus efeitos nocivos para o Estado Democrático de Direito.

Já o Projeto de Lei 370/2024 tem como objetivo inserir uma causa de aumento de pena no crime de violência psicológica contra a mulher quando praticado com o uso de inteligência artificial ou de qualquer outro recurso tecnológico que altere imagem ou som da vítima.

Nota-se que em todos os projetos de lei citados há repressão da prática, mas existe certa vagueza quanto à utilização do recurso para fins benignos.

Para desenvolver uma conclusão robusta sobre a regulamentação das *deepfakes*, é essencial destacar desafios e estratégias específicos de pontos relevantes que podem ser considerados.

ZAMPIER (2022) afirma quanto ao uso da inteligência artificial: “Estabelecer limites para sua atuação, sem inibir o progresso científico e econômico parece ser um dos maiores desafios impostos à ciência jurídica nas primeiras décadas deste século”.

Outro ponto importante que deve se destacar é o fato de a tecnologia estar em rápida evolução, trazendo dificuldade de acompanhamento no crescimento acelerado das técnicas de criação de *deepfakes*. Ferramentas para identificar *deepfakes* frequentemente se tornam obsoletas à medida que a tecnologia avança, dificultando a detecção precisa e oportuna.

Outra dificuldade é a falta de consenso sobre o que constitui uma *deepfake* e quais usos são considerados legais ou ilegais. Há também uma variedade nas leis entre diferentes países, criando-se, assim, complexidade na aplicação e execução de normas.

Além disso, governos e organizações muitas vezes carecem de recursos técnicos e financeiros para implementar e fazer cumprir regulamentações eficazes.

Isso posto, é imperiosa a implementação de algumas estratégias, como:

1. Desenvolvimento de Ferramentas de Detecção como Investimento em P&D, apoiando o desenvolvimento contínuo de tecnologias que possam identificar *deepfakes* de maneira eficaz, como também a colaboração com a Academia e Indústria, criando parcerias para se criar soluções técnicas mais robustas e atualizadas.

2. Criação de Normas e Políticas Globais, promovendo, assim, a harmonização das regulamentações internacionais para lidar com *deepfakes* de forma consistente em diferentes jurisdições, além de se estabelecer princípios éticos para o desenvolvimento e uso de IA em contextos em que a manipulação digital possa ser prejudicial.

3. Educação e Sensibilização Pública, realizando campanhas educativas no intuito de informar o público sobre os riscos e como identificar *deepfakes*, assim como prover treinamento específico para jornalistas, educadores e autoridades sobre a identificação e gestão de *deepfakes*.

4. Legislação Adaptativa com flexibilidade regulatória, criando leis que possam ser adaptadas rapidamente à medida que novas tecnologias e métodos surgem e mecanismos de reação rápida, estabelecendo unidades ou comissões que possam agir rapidamente para ajustar políticas e responder a novas ameaças.

A regulamentação das *deepfakes* é um campo em evolução, impulsionado pela necessidade urgente de proteger a integridade da informação e a segurança das pessoas em um ambiente digital cada vez mais complexo. Este capítulo explorou os desafios e as estratégias associadas à criação de normas eficazes para a gestão de *deepfakes*, destacando a importância de uma abordagem multifacetada que envolva legislações específicas, a cooperação internacional e a educação pública. Embora a tecnologia subjacente às *deepfakes* continue a avançar rapidamente, os princípios e diretrizes regulatórias discutidos oferecem um *framework* inicial crucial para conter os abusos e promover o uso ético dessas ferramentas. Assim, estabelecer uma regulamentação adaptativa e proativa é essencial para equilibrar o progresso tecnológico com a proteção dos direitos individuais e a manutenção da confiança na informação digital.

CONCLUSÃO

O presente trabalho pretendeu demonstrar o quanto o estudo sobre novas tecnologias é importante, principalmente no tocante às implicações jurídicas que recursos de inteligência artificial como a *Deepfake* podem gerar.

Desse modo, buscou-se de início, conceituar inteligência artificial e *Deepfake*. Logo, foi possível concluir que o conceito de inteligência artificial é variado pela literatura científica. Assim, é extremamente

importante buscar por conceitos mais abrangentes e modernos, como o conceito de Dierle Nunes ou o de Bruno Zampier.

Ainda, quanto às *Deepfakes*, foram expostos conceitos do vocábulo e ainda apresentado um estudo etimológico do termo, assim, foi possível concluir que a *Deepfake* é uma técnica de inteligência artificial usada para manipulação de sons e imagens.

No que concerne à aplicabilidade da técnica foi demonstrado que esta pode ser usada em diversos âmbitos, como o da publicidade, da cinematografia e de entretenimento, contudo, infelizmente, a *Deepfake* também pode ser utilizada para fins maléficos.

Posteriormente, foi feita uma análise da regulamentação da temática pelo ordenamento jurídico brasileiro, e compreendeu-se que a temática é regulamentada de forma generalista em âmbito constitucional, penal e civil, contudo inexistente legislação específica sobre o tema.

Por fim, foram analisados projetos de lei que tramitam nas casas legislativas federais, porém nota-se uma natureza repressiva dos projetos, sem versar como pode ser feito o bom uso do recurso tecnológico.

À medida que a inteligência artificial avança, e suas aplicações, como as *Deepfakes*, tornam-se mais sofisticadas, a sociedade enfrenta desafios sem precedentes em relação à veracidade das informações e à segurança digital. A ausência de uma regulamentação adequada expõe vulnerabilidades que podem ser exploradas com sérias consequências sociais e individuais. Assim, torna-se imperativo desenvolver uma estrutura regulatória robusta que equilibre a inovação com a proteção dos direitos e da privacidade. Somente por meio de medidas legislativas e tecnológicas mais bem articuladas será possível garantir que os avanços da IA beneficiem a sociedade de forma ética e responsável, evitando os abusos e preservando a confiança nas mídias digitais.

REFERÊNCIAS

BARBER, Alex. Freedom of expression meets deepfakes. **Synthese**, v. 202, n. 2, p. 40, 2023.

BRASIL. **Código Civil (2002)**. Diário Oficial da União, Brasília, 10 de jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm

BRASIL. **Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm>

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet)** . Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Poder Legislativo, Brasília, DF, 23 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm>

CADA vez mais sofisticados, “deepfakes” vieram para ficar. **Jornal da USP**, São Paulo, 2024. Cultura. Disponível em: <https://jornal.usp.br/cultura/cada-vez-mais-sofisticados-deepfakes-vieram-para-ficar/>

DURÃES, Dalila; FREITAS, Pedro Miguel; NOVAIS, Paulo. The relevance of deepfakes in the administration of criminal justice. **In: Multidisciplinary Perspectives on Artificial Intelligence and the Law**. Cham: Springer International Publishing, 2023. p. 351-369.

ESTRADA, Manuel Martin Pinto. Inteligência artificial e Direito. **Revista Eletrônica de Direito e TI**, Porto Alegre, v. 2, n. 18, 2024.

KAUFMAN, Dora. **Desmistificando a inteligência artificial**. Belo Horizonte: Grupo Autêntica, 2022. E-book. ISBN 9786559281596. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559281596/>. Acesso em: 19 jun. 2024.

MELO, José Ozorio. Operadores do Direito terão de aprender a lidar com provas “Deepfake”. **Revista Conjur**, 2020. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2020-mar-05/justica-aprender-lidar-provas-deepfakes/#:~:text=Para%20simplificar%2C%20%E2%80%9Cdeepfake%E2%80%9D%20se,%E2%80%9D%20\(fraudulento%20ou%20falsificado\)](https://www.conjur.com.br/2020-mar-05/justica-aprender-lidar-provas-deepfakes/#:~:text=Para%20simplificar%2C%20%E2%80%9Cdeepfake%E2%80%9D%20se,%E2%80%9D%20(fraudulento%20ou%20falsificado))

MOLINA, Adriano Cezar; BERENGUEL, Orlando Leonardo. Deepfake: A evolução das fake news. **Research, Society and Development**, v. 11, n. 6, p. 56211629533-e56211629533, 2022.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Decisão Judicial e inteligência artificial: é possível a automação da fundamentação. *In*: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (org). **Inteligência artificial e Direito Processual**. 2ª ed, Salvador: editora Juspodium, 2021, cap.27, p.703.

PINTO, Felipe Chiarello de Souza; OLIVEIRA, Gabriela Franklin. Não acredite Em Tudo Que Vê: Deepfake Pornography e Responsabilidade Civil No Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista Eletrônica Direito e Política, [S. l.]**, v. 18, n. 2, p. 427–451, 2023. DOI: 10.14210/rdp.v18n2.p427-451. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/19869>. Acesso em: 19 jun. 2024.

PINTO, Rodrigo Alexandre L.; NOGUEIRA, Jozelia. **Inteligência Artificial e Desafios Jurídicos: Limites Éticos e Legais**. São Paulo: Grupo Almedina, 2023. E-book. ISBN 9786556279268. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556279268/>.
Acesso em: 19 jun. 2024.

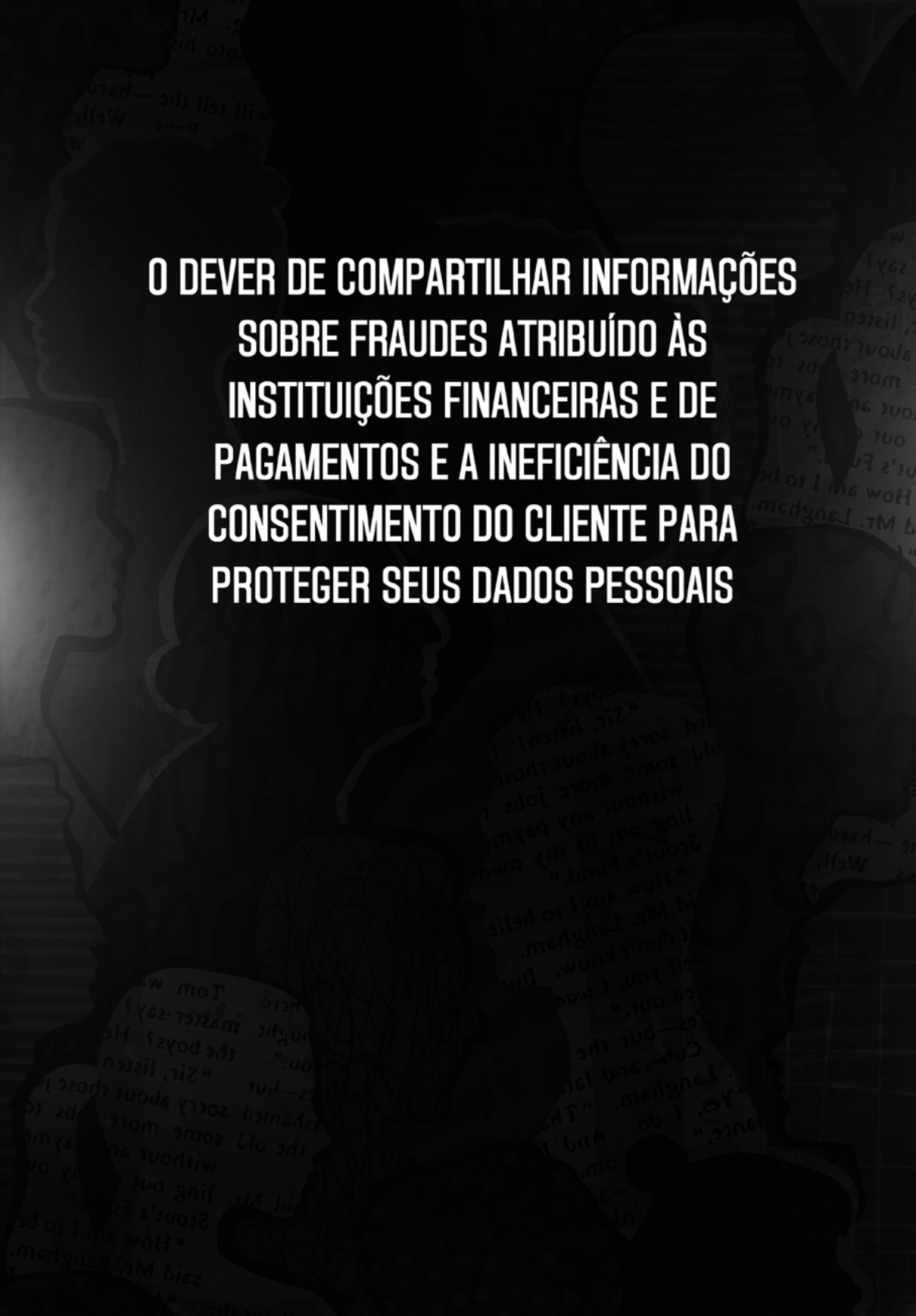
PRADO, Magaly. **Fake News e Inteligência Artificial: O poder dos algoritmos na guerra da desinformação**. São Paulo: Grupo Almedina, 2022. E-book. ISBN 9788562938917. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788562938917/>. Acesso em: 19 jun. 2024.

SOARES, Marcos Jose Porto. Impacto Da Evolução Tecnológica No Reconhecimento De Novos Direitos: Proteção Dos Dados Pessoais E Uso Adequado Da Inteligência Artificial. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias**. Vol. 15/2022, Abr – Jun, 2022, DTR\2022\9795

STAVOLA, Julia; CHOI, Kyung-Shick. Victimization by Deepfake in the Metaverse: Building a Practical Management Framework. **International Journal of Cybersecurity Intelligence & Cybercrime**, v. 6, n. 2, p. 2, 2023.

VIGLIAR, José Marcelo M. **Inteligência Artificial: Aspectos Jurídicos**. São Paulo: Grupo Almedina, 2023. E-book. ISBN 9786556279091. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556279091/>. Acesso em: 19 jun. 2024.

ZAMPIER, Bruno. **Estatuto da Inteligência Artificial**. São Paulo: editora Foco, 2022.



**O DEVER DE COMPARTILHAR INFORMAÇÕES
SOBRE FRAUDES ATRIBUÍDO ÀS
INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E DE
PAGAMENTOS E A INEFICIÊNCIA DO
CONSENTIMENTO DO CLIENTE PARA
PROTEGER SEUS DADOS PESSOAIS**

RESUMO

O exponencial aumento de golpes e fraudes eletrônicas fez com que fosse editada a Resolução Conjunta BCB/CMN n°6, de 23 maio de 2023, impondo a instituições reguladas o dever de criar interface eletrônica voltada ao compartilhamento de dados sobre indícios de fraudes. Neste trabalho, apresenta-se resultado de análise sobre se essa imposição está consonante com o regime jurídico de proteção de dados pessoais dos clientes do Sistema Financeiro Nacional e do Sistema de Pagamentos Brasileiro. Com revisão bibliográfica, análise normativa e breve estudo de caso de duas instituições, ao final, concluiu-se que apesar de a Resolução Conjunta BCB/CMN n. 6/2023 exigir a obtenção de autorização do titular para tratar e compartilhar seus dados pessoais, a adoção de tal critério é incompatível com as finalidades da norma e com o regime brasileiro de proteção de dados pessoais, primeiro, porque o consentimento do cliente nesse caso, não é livre, depois, porque pode ser revogado, e isso não interessa ao sistema público de divulgação de informações sobre fraudes, e por fim, o Estado poderia ter-se utilizado do critério relativo ao cumprimento de obrigação legal ou regulatória. Com isso, infere-se a necessidade de ajustes nessa resolução para que reste congruente com o regime jurídico brasileiro de proteção de dados pessoais de clientes dos mercados observados.

Palavras-chave: Sistema Financeiro Nacional (SFN); Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB); Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD); Proteção de Dados Pessoais; Compartilhamento de Informações.

54 Doutora em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da UFMG. Professora Associada na Faculdade de Direito da UFMG. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq “Sistema Financeiro Nacional: negócios e regulação”. E-mail: rubiacneves@ufmg.br

55 Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogada. E-mail: jessicasilveira2501@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

O uso intensivo de tecnologias trouxe eficiência e inovação para o funcionamento do Sistema Financeiro Nacional (SFN) e do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB), promovendo verdadeira “revolução tecnológica” (CAMPOS NETO, 2021), por meio da criação do Pix⁵⁶ e do *Open Finance*⁵⁷, acarretando modernização dos meios de pagamento digitais, impulsionada pela pandemia do COVID-19, no Brasil e em outras jurisdições (THE WORLD BANK, 2022). Contudo, em meio a esse cenário de profunda digitalização, observa-se também exponencial aumento nos golpes e fraudes⁵⁸ realizados por meios eletrônicos. No ano de 2022, foram estimados 2,5 bilhões de reais em prejuízos (INFOMONEY, 2022).

Diante desse contexto, o Banco Central do Brasil (BCB) e o Conselho Monetário Nacional (CMN) editaram a Resolução Conjunta n°6, de 23 de maio de 2023 (Res. Conj. BCB/CMN n. 6/2023) que estabeleceu a obrigatoriedade de criação até 1° de novembro de 2023, de sistema eletrônico para o compartilhamento de informações sobre indícios de fraudes, para instituições financeiras (IF's), instituições de

56 Meio de pagamento instantâneo criado pelo BCB que permite pagamentos e transferências de recursos financeiros durante 24 horas todos os dias da semana entre contas correntes, contas de pagamentos pré-pagas e contas de poupanças (BCB, 2020a).

57 “Art. 2º, I - *Open Finance*: compartilhamento padronizado de dados e serviços por meio de abertura e integração de sistemas” (BCB; CMN, 2022). Ampliação do *Open Banking* por abranger serviços bancários e outros envolvendo a movimentação de recursos financeiros, a iniciativa visa promover o compartilhamento de dados entre concorrentes do SFN, de modo a reduzir os silos informacionais das instituições tradicionais, promover concorrência e melhora na qualidade dos serviços oferecidos.

58 Usualmente golpes são situações em que o criminoso conta com a colaboração/participação da própria vítima, e as fraudes, aquelas em que a colaboração da vítima não é necessária para a consumação da movimentação fraudulenta de recursos financeiros (BCB; CMN, 2023a); (ALESP, 2023). Embora fraude para a doutrina seja “procedimento astucioso e ardisoso tendente a burlar a lei ou convenção preexistente”(VENOSA, 2013 p.418), verificou-se no contexto do SFN e do SPB o uso do termo de forma genérica para se referir a quaisquer irregularidades praticadas.

pagamento (IP's) e demais instituições autorizadas a funcionar pelo BCB⁵⁹.

Considerando que essas instituições devem obter o consentimento prévio e geral de seus clientes para a coleta de seus dados (§3º, art. 2º da Res. Conj. BCB/CMN n. 6/2023)⁶⁰, este trabalho foi produzido como resultado de investigação teórica realizada para avaliar se tal compartilhamento foi regulado pela Res. Conj. BCB/CMN n. 6/2023 de modo congruente com o regime jurídico brasileiro de proteção de dados pessoais⁶¹.

Com base nas concepções de que a titularidade sobre dados pessoais se conforma como um direito da personalidade e não como mero direito à propriedade (MENDES, 2013) e de que o consentimento para acesso e tratamento é insuficiente para isoladamente conferir efetiva proteção ao titular de dados pessoais, eis que incapaz de promover a sua autodeterminação informativa (RANK; PAULO, 2022), buscou-se verificar a hipótese segundo a qual se admite que a Res. Conj. BCB/CMN n. 6/2023 foi redigida sem devida compatibilidade com a proteção de titulares de dados pessoais.

O resultado de tal verificação foi dividido em três partes, além desta introdução, da conclusão e do tópico relativo às referências bibliográficas. Na primeira, cuidou-se de compreender os principais golpes praticados e os desafios no seu combate. Na segunda, voltou-se ao exame do regime jurídico de proteção de dados e da privacidade do Brasil, com ênfase na autodeterminação informativa e no

59 Nos termos do artigo 1º, §1º, a Res. Conj. BCB/CMN n. 6/2023 não se aplica às administradoras de consórcio.

60 “Art. 2º [...] § 3º As instituições de que trata o caput devem obter do cliente com quem possuam relacionamento o consentimento prévio e geral, possibilitando o registro dos dados e das informações de que trata o § 2º que digam respeito ao referido cliente” (BCB; CMN, 2023b).

61 Nos termos do inciso XII, do art. 5º e do inciso X, do art. 7º, da Lei 13.709/2018, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). “Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: [...] 2XII - consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada; Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado as seguintes hipóteses: I – mediante o fornecimento de consentimento pelo titular”(BRASIL, 2018).

consentimento para tratamento de dados pessoais. E por fim, na última parte, avaliou-se a Res. Conj. BCB/CMN n. 6/2023 em comparação com o regime jurídico estudado no tópico anterior.

2. O *MODUS OPERANDI* DOS GOLPES ELETRÔNICOS

O crescimento dos golpes eletrônicos é fenômeno global impulsionado pela rápida digitalização dos meios de pagamentos em meio a pandemia mundial, sendo o Brasil campeão em ataques de *phishing* por WhatsApp (O GLOBO, 2023) e ocupante do 6º lugar no ranking mundial de tentativas de fraude (MACHADO, 2022).

Acredita-se que essa realidade provavelmente decorra do indiscriminado vazamento de dados de brasileiros, oriundos do Instituto Nacional de Seguro Social, da Receita Federal e de outros órgãos públicos e privados. Apesar de tais órgãos não admitirem vazamentos e de a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) não ter sido notificada a respeito (OTÁVIO, 2023), sabe-se que se pode acessar dados de mais de 200 milhões de brasileiros em plataformas mediante o pagamento de R\$200,00 (duzentos reais). Há quem defenda que os criminosos têm acesso a informações por intermédio de funcionários públicos que vendem *logins* e senhas de acesso aos bancos de dados governamentais (DAMASCENO, 2021).

Com a ausência de mecanismos de cibersegurança, de proteção de dados pessoais e de *accountability*⁶² por parte dos controladores, dados legitimamente fornecidos são vazados e comprados por estelionatários que passam a tentar aplicar golpes nos titulares.

Sem apego à técnica jurídica, fraude e golpe são usados como sinônimos neste trabalho, em consonância com a sua utilização comum. É usual admitir a fraude em situações em que o criminoso não necessita da participação direta do cliente para realizar o ato de transferir recursos financeiros ou efetuar pagamentos, ou seja,

62 O termo em inglês, sem tradução específica para o português, se refere a práticas organizacionais relacionadas a responsabilização e prestação contínua de contas.

dependem de instrumentos eletrônicos muito mais sofisticados e, por isso, são comparativamente menos frequentes que os golpes. O golpe, por sua vez, é verificado em situações em que o criminoso conta com a colaboração ou participação do próprio cliente que está sendo enganado para realizar a movimentação de valores. São utilizadas técnicas de engenharia social⁶³ para manipular a vítima e convencê-la a realizar alguma etapa essencial para a consumação da atividade criminosa. (BCB; CMN, 2023a; ALESP, 2023).

Em oitava na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo (Alesp), o delegado titular da divisão de crimes cibernéticos da Polícia Civil de São Paulo, Carlos Afonso Gonçalves da Silva, esclareceu que a esmagadora maioria dos crimes eletrônicos no SFN e no SPB são golpes, ou seja, dependem da participação das vítimas (ALESP, 2023). O *phising* é uma dessas técnicas, o nome vem do termo em inglês “*fishing*” que significa pescar. Os criminosos se passam por IF’s e IP’s, enviam mensagens e e-mails com *links* falsos, assim quando a pessoa clica no *link* eles obtêm acesso a informações confidenciais (número e senha de cartão de crédito e informações de login) ou instalam *malwares* (*softwares* maliciosos) no dispositivo da vítima. A ideia é o disparo em massa desse tipo de mensagem até que alguém “morda a isca”.

Outro golpe bastante recorrente é o chamado “golpe do *WhatsApp*”, em que os criminosos clonam o *WhatsApp*, por intermédio de alguma artimanha para conseguirem códigos de autenticação, se fazem passar por alguém próximo da vítima e demandam dinheiro.

Existem também golpes em que os criminosos se fazem passar por centrais de atendimento e convencem as vítimas a cadastrarem

63 “Engenharia social é a manipulação empregada por criminosos para enganar uma vítima e fazer com que ela entregue informações confidenciais ou realize ações a favor do golpista. Esses golpes normalmente mexem com o emocional: em um dos casos mais comuns, o golpista se passa por um membro da família da vítima que supostamente precisa de dinheiro emprestado em uma situação emergencial; em outro, diz ser da própria instituição financeira e afirma que precisa bloquear urgentemente uma transação fraudulenta na conta da vítima, que por receio de perder dinheiro passa dados sensíveis ou segue as instruções do criminoso e realiza transações” (NUBANK, 2023b).

chaves Pix e fazerem transferências; ou, ainda, informam que o cartão foi clonado, deixando a pessoa apreensiva, mas já apresentam uma solução: para efetuar o bloqueio e estornar as compras não reconhecidas eles pedem que a vítima digite a senha do cartão e o corte ao meio sem danificar o chip. Por fim, é enviado um “falso motoboy” para buscar o cartão na casa da vítima, sob o pretexto de que o banco irá realizar uma perícia. Como o chip não foi danificado, ainda é possível realizar compras, nesse momento são feitas compras até o limite de crédito do cliente (BRENOL, [s.d.]).

Outras vezes, se passando por IF’s ou IP’S, os criminosos ligam para as vítimas cobrando taxas para a liberação de empréstimos. Existem vários outros golpes e as técnicas usadas pelos golpistas variam, mas o ponto em comum é a necessidade que a vítima de alguma forma pratique uma ação para que o crime seja bem-sucedido, por isso, os golpistas se utilizam de técnicas cada dia mais convincentes. Percebe-se que a informação é uma ferramenta muito poderosa. O fato dos criminosos já possuírem muitas informações sobre a pessoa, como nome completo, endereço, telefone, CPF, o banco em que a pessoa mantém relacionamento, dentre outros dados, inspira credibilidade, uma vez que o titular de dados acredita que apenas as IF’s e IP’s detém essas informações.

Tudo isso demonstra a fragilidade tanto do sistema de proteção de dados, quanto da educação da população para lidar com o ambiente digital. Do mesmo modo que se evita deixar objetos de valor expostos, é preciso conscientizar a população acerca dos riscos do ambiente *online*. A rápida digitalização da população não foi acompanhada de educação digital e hoje, o que resta é tentar mitigar o problema.

Uma vez consumado o golpe, o desafio é encontrar os recursos perdidos e identificar os envolvidos. Também em oitava na Alesp, Gustavo Martins dos Santos, chefe-adjunto do Departamento de Supervisão Bancária do Banco Central elucidou que um dos principais desafios das autoridades são as “contas laranjas” (GALACCI, 2023), após a consumação do golpe, os criminosos transferem o dinheiro para várias dessas contas visando dificultar o rastreamento. Antes, o

mais comum era a utilização de documentos falsos para a abertura dessas contas, contudo, com o aperfeiçoamento dos instrumentos de autenticação, percebeu-se que pessoas com nomes limpos vendem suas contas e CPFs para o crime organizado. Dito isso, espera-se que o compartilhamento de informações sobre indícios de fraudes seja crucial na identificação de “laranjas” pelas IF’s e IP’s, dificultando o acesso destes ao SFN e ao SPB.

O expressivo aumento nos golpes e fraudes cometidas por meio digital⁶⁴ vem pressionando os agentes do SFN e do SPB a tomarem medidas para prevenir perdas. As instituições investem cada vez mais em cibersegurança (BRACCO, 2023; SILVA, 2022) e em campanhas de educação digital.

O CMN⁶⁵ e o BCB⁶⁶, por sua vez, vêm editando várias normas que objetivam aprimorar os sistemas de identificação, controle e prevenção de fraudes⁶⁷ (BCB; CMN, 2023a; CASTRO; MARTINS; SILVA, 2023), tendo sido editada nesse contexto a Resolução Conjunta BCB/CMN nº 6/2023 e a Resolução BCB n. 343/2023 (BCB, 2023) que traz medidas necessárias à execução da primeira.⁶⁸ Antes de examiná-las, passa-se à apresentação dos principais elementos do regime jurídico de proteção da privacidade e do dados pessoais no Brasil.

64 Entre o segundo semestre de 2020 e o primeiro semestre de 2022, estima-se um aumento de 165% nos golpes de engenharia social; de 271% no golpe de falso motoboy; de 65% nos golpes de falsa central telefônica e falso funcionário; e de 26% nos ataques de *pishing* (FEBRABAN, 2021).

65 O CMN é o órgão normativo que determina as regras gerais de funcionamento dos mercados de moeda, crédito, capitais e câmbio (BRASIL, 1964).

66 O BCB é a autarquia especial supervisora e reguladora que assegura o cumprimento das regras pelos operadores e executa as políticas monetária, cambial e de crédito e para exercer seu papel de regulador e supervisor do SFN e do SPB, também tem competência normativa (BRASIL, 1964).

67 Resolução BCB nº 142, de 23 de setembro de 2021; nº 103, de 8 de junho de 2021, e nº 147, de 28 de setembro de 2021.

68 A Resolução BCB n. 343/2023 detalha pontos cruciais, por exemplo em quais atividades e serviços de pagamentos deverão ser registrados os indícios e tentativas de fraudes; prazo de 24 (vinte e quatro) horas para registro, alteração e exclusão das informações; exigência de declaração mensal de conformidade; regras sobre interoperabilidade; requisitos técnicos de segurança, quais sejam, a necessidade de criptografia dos dados, de mecanismos de autenticação, de realização de testes de intrusão e a possibilidade de rastreabilidade do acesso aos dados (BCB, 2023b).

3. O CONSENTIMENTO COMO MECANISMO DE AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA INEFICIENTE PARA PROTEGER OS DADOS DOS TITULARES

Nem sempre a proteção de dados pessoais baseou-se no consentimento do titular.

3.1 A TUTELA DA PRIVACIDADE E AS GERAÇÕES DE LEIS DE PROTEÇÃO DE DADOS

As leis de proteção de dados de primeira geração nem sequer centralizavam a discussão em torno dos direitos individuais (MAYER-SCHÖNBERGER, 1997, p.222-233). O Estado e as grandes corporações viam a coleta massiva de dados como forma de otimizar seus processos internos, em especial a expansão do estado de bem-estar social. A ideia era regular os grandes centros de bancos de dados para garantir a funcionalidade e a confidencialidade, já que naquele momento a capacidade de processar dados ainda estava restrita aos grandes centros.

A partir da revolução tecnológica dos microcomputadores, o objeto da regulação mudou drasticamente, pois em qualquer lugar do mundo pode ter um computador processando dados pessoais. Assim, a segunda geração de leis sobre proteção de dados tomou como norte os direitos individuais e introduziu as ideias de privacidade e de consentimento. Passa-se a questionar sobre a real possibilidade de o indivíduo decidir sobre os seus dados, uma vez que negar revelar informações tem um custo social extremamente alto, seja na hora de realizar movimentações bancárias, de participar de programas sociais, de exercer seu direito ao voto, seja para usufruir de serviços, e alcançar bem-estar social.

A terceira geração de leis sobre proteção de dados absorve a ideia de autodeterminação informacional inaugurada pelo Tribunal Constitucional Alemão no paradigmático caso da Lei do Censo de

1983 (MENDES, 2020). Foi consolidado que o indivíduo tem direito de participação em todos os estágios do processamento dos seus dados e que o controlador tem que informar acerca dos processos de tratamento e de limitar o processamento às finalidades estabelecidas.

A quarta geração de dados pessoais, por sua vez, mantém a centralidade na ideia de autodeterminação informacional, mas ao mesmo tempo percebe a assimetria de poder entre o titular e o controlador, por isso algumas informações são definidas como sensíveis devido ao seu alto potencial discriminatório e esses dados passam a ter o seu tratamento proibido ou altamente restringido. A quarta geração de proteção de dados volta-se para a setorização da regulação e para a criação de autoridades independentes que irão intermediar e fiscalizar a relação entre controladores e titulares.

3.2 O CONSENTIMENTO E A AUTODETERMINAÇÃO INFORMACIONAL

Em virtude da determinação do art. 2º, §3º da Res. Conj. n. 6 BCB/CMN, um dos aspectos centrais da pesquisa aqui relatada, é o consentimento.

As instituições de que trata o caput **devem obter do cliente com quem possuam relacionamento o consentimento prévio e geral**, possibilitando o registro dos dados e das informações de que trata o § 2º que digam respeito ao referido cliente. (BCB; CMN, 2023b)

A revisão da literatura demonstra que desde a sua inclusão nas discussões, ali na segunda geração de leis sobre proteção de dados, esse conceito já é muito debatido (WESTIN, 1967) (MENDES; FONSECA, 2020), (BIONI, 2021a), (TEFFÉ; VIOLA, 2020). Por diversas razões, percebe-se que o papel do consentimento por si só não é eficaz na promoção da autodeterminação informativa (RODOTÀ, 2008 p.77).

Dentre os motivos, destaca-se a impossibilidade de fornecer um consentimento livre em alguns contextos. Discorrendo sobre privacidade em testes de polígrafos (detectores de mentiras), Westin

aponta que a realização do teste como condição para a contratação ou permanência do trabalhador no seu emprego demonstra como em alguns casos o consentimento fornecido é tudo menos livre (WESTIN, 1967 p.172)⁶⁹. Desse modo, a sujeição do empregado ao poder diretivo do empregador torna impossível a existência de um consentimento livre nesse contexto (HENRIQUES; LUÍS, 2019).

O foco regulatório no consentimento também é questionado no caso dos contratos de adesão, onde o que reina é o sistema de *take-it ou leave-it* (MENDES; FONSECA, 2020). Nessa situação, há elevada assimetria de poder entre as partes e o poder de barganha do consumidor é reduzidíssimo. O ideal é que o tratamento de dados fosse consentido por intermédio de cláusulas especiais e destacadas, com finalidade específica e sem subordinação ao contrato principal (FREITAS, 2021), contudo dificilmente isso ocorre.

Outra razão para a ineficácia do consentimento é a dificuldade do titular em compreender os termos e condições de uso das plataformas que utiliza, seja pela complexidade, pela ausência de transparência ou pelo design das plataformas, o que impede a tomada efetiva e informada de decisões (BIONI, 2021a).

Mesmo assim, ainda que o titular tenha pleno acesso às informações sobre o tratamento dos seus dados, a complexidade dos processos, dos servidores, dos compartilhamentos e das técnicas de correlação, torna impossível o cálculo das reais consequências que o fornecimento de um dado pode trazer.

Além disso, há uma limitação cognitiva inata do ser humano para compreender todo o complexo processo de coleta, tratamento e compartilhamento de dados pessoais (ACQUISTI; GROSSKLAGS, 2005).

69 “É por isso que o “consentimento” foi redefinido nos debates cívicos na última década, e com razão. Quando candidatos a serviços empresárias ou governamentais, normalmente bem qualificados, bem recomendados e sem qualquer vestígio de criminalidade devem se submeter ao polígrafo ou abandonar essas fontes essenciais de emprego na vida econômica americana, então o “consentimento está longe de ser livre. Ou se, uma vez contratado, um funcionário for obrigado a “consentir” com testes preventivos periódicos como condição para continuar no emprego, a liberdade de escolha do funcionário será substancialmente reduzida.” (WESTIN, 1967 p.172, tradução nossa)

Essas e outras razões tornam o processo de tomada de decisão pouco racional, uma vez que balancear eventuais consequências a longo prazo com os benefícios imediatos pelo uso de um produto ou serviço é algo cognitivamente difícil⁷⁰ (BIONI, 2021a). Tudo isso demonstra o cenário de resignação do titular com o tratamento dos seus dados pessoais, o fenômeno chamado de “paradoxo da privacidade” resume esse comportamento contraditório dos indivíduos que alegam valorizar a sua privacidade, mas não agem de acordo quando se analisa o processo decisório (CAMARGO, 2023).

Há também o fenômeno da fadiga do consentimento, que ocorre devido aos inúmeros consentimentos que devem ser fornecidos para o uso de produtos e serviços, gerando indiferença generalizada com relação aos fluxos dos dados pessoais (VENTRE; CASTELLANO, 2021). O excesso de informação também complica a compreensão, já que a quantidade pode ser inimiga da qualidade (BIONI, 2021b). Outro aspecto dificultador é a velocidade com que as tecnologias de coleta e compartilhamento de dados pessoais mudam, sendo impossível para o titular estar a par de todas essas mudanças no uso dos seus próprios dados pessoais (VENTRE; CASTELLANO, 2021).

Por essas e outras razões ligadas a sobrecarga informacional que a cultura do consentimento vem decaindo e novos instrumentos de proteção de dados são priorizados (MENDES; FONSECA, 2020). Dito isso, firma-se a noção do consentimento como uma das hipóteses autorizativas para o tratamento de dados pessoais, mas jamais como instrumento central na promoção da autodeterminação informativa.

3.3 O CONSENTIMENTO SEGUNDO A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Como visto, o consentimento do titular deixou de ser visto como sinônimo de controle sobre dados pessoais (BIONI; LUCIANO, 2021).

⁷⁰ Em inglês, *bounded rationality*, é um termo que se refere a capacidade cognitiva limitada do indivíduo durante o processo de tomada de decisões.

Para mitigar esse problema, o consentimento passou por um processo de adjetivação ou “hipertrofia do consentimento”. Isso é evidenciado quando se analisa o conceito trazido pela LGPD, qual seja:

Art. 5º XII - consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada;

Tem-se, então, três adjetivos que merecem ser trabalhados: “livre, informado e inequívoco”. A importância de se compreender esses termos reside na previsão do art. 8º, §3º da LGPD, que veda o tratamento de dados pessoais mediante vício de consentimento.

Para que o consentimento seja livre, é imperioso que exista a possibilidade de aceite ou não, sem que haja coações, constrangimentos ou prejuízos, no caso de recusa por parte do titular (TEFFÉ; TEPEDINO, 2020 p.102). A transparência, por sua vez, é um dever anexo decorrente da boa-fé objetiva e está presente em vários diplomas legais, como o CDC, o Marco Civil da Internet⁷¹ e a Lei do Cadastro Positivo (LCP)⁷². Esse dever de informar é adimplido quando se alcança igualdade material sob o ponto de vista informacional (BIONI, 2021b). Mas, é preciso que a informação seja prestada de forma “clara, precisa e facilmente acessível (...)”⁷³. Por fim, tem-se o “inequívoco” que diz respeito à qualidade da interação entre as partes, não se pode ter dúvidas, o silêncio não representa manifestação de vontade e isso deve estar de acordo com as expectativas legítimas dos titulares. Em alguns momentos, a LGPD também irá adjetivar o consentimento como “específico” ou “expresso”. Tudo isso representa

71 “Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: (...) VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei.” (BRASIL, 2014)

72 “Art. 5º São direitos do cadastrado: (...) ser informado previamente sobre a identidade do gestor e sobre o armazenamento e o objetivo do tratamento dos dados pessoais.” (BRASIL, 2011)

73 “Art. 6º, VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;” (BRASIL, 2014)

uma tentativa de reposicionar o consentimento como mecanismo eficaz para a promoção da autodeterminação informacional.

3.4 CONSENTIMENTO COMO HIPÓTESE LEGAL AUTORIZATIVA PARA O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS NO CONTEXTO DO COMPARTILHAMENTO DE INFORMAÇÕES SOBRE INDÍCIOS DE FRAUDES NO SFN E SPB.

Um dos eixos centrais da LGPD que também é ponto de convergência com as legislações internacionais são as hipóteses autorizativas previstas em seu art. 7º, (BRASIL, 2018; MENDES; DONEDA, 2018). Categoricamente, a Lei determina que o tratamento de dados pessoais só poderá ser realizado nas hipóteses enumeradas nos incisos do referido artigo, e o consentimento é apenas uma dessas hipóteses. Isso implica concluir que não é necessário o consentimento do titular de dados nas outras 9 hipóteses.

O consentimento do titular dos dados recebeu tutela destacada na LGPD, ainda que não seja, vale lembrar, a única hipótese legal para o tratamento de dados pessoais nem hierarquicamente superior às demais contidas no rol do Art. 7º. Aliás, em determinados casos, a obtenção do consentimento poderá ser até mesmo inadequada, tendo em vista a existência de outra base legal contida no rol do Art. 7º, ou mesmo do Art. 11, aplicável. Nesses casos, parece mais adequado e seguro que ela seja utilizada e não o consentimento do titular do dado, ainda que seja possível obtê-lo. (TEFFÉ; VIOLA, 2020)

Observa-se que na sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, o consentimento é uma das hipóteses possíveis e a sua adoção válida depende da presença de requisitos. Além da necessidade de observar os adjetivos supramencionados, “livre, informado e inequívoco”, a adoção do consentimento também pressupõe a possibilidade de revogação, e outras requisitos formais, conforme art. 8º⁷⁴.

74 “Art. 8º O consentimento previsto no inciso I do art. 7º desta Lei deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do

Tendo tudo isso em vista, conclui-se que o consentimento é uma hipótese de tratamento de dados que carrega certa complexidade hermenêutica, tal como todas as outras hipóteses legais autorizativas do artigo 9º da LGPD. Cada uma delas está atrelada a contextos e finalidades específicas.

Devido ao escopo do trabalho, deixou-se de lado as hipóteses de tratamento de dados referentes a dados sensíveis⁷⁵. Ainda que eles possam vir a ser compartilhados no contexto estudado, admitiu-se que, em regra, serão casos excepcionais.

A LGPD elenca 10 hipóteses legais para o tratamento de dados pessoais⁷⁶ e a doutrina entende possível a utilização de mais de uma

titular. § 1º Caso o consentimento seja fornecido por escrito, esse deverá constar de cláusula destacada das demais cláusulas contratuais. § 2º Cabe ao controlador o ônus da prova de que o consentimento foi obtido em conformidade com o disposto nesta Lei. § 3º É vedado o tratamento de dados pessoais mediante vício de consentimento. § 4º O consentimento deverá referir-se a finalidades determinadas, e as autorizações genéricas para o tratamento de dados pessoais serão nulas. **§ 5º O consentimento pode ser revogado a qualquer momento mediante manifestação expressa do titular, por procedimento gratuito e facilitado, ratificados os tratamentos realizados sob amparo do consentimento anteriormente manifestado enquanto não houver requerimento de eliminação, nos termos do inciso VI do caput do art. 18 desta Lei.** § 6º Em caso de alteração de informação referida nos incisos I, II, III ou V do art. 9º desta Lei, o controlador deverá informar ao titular, com destaque de forma específica do teor das alterações, podendo o titular, nos casos em que o seu consentimento é exigido, revogá-lo caso discorde da alteração.” (BRASIL, 2018) (grifo nosso)

75 Segundo o art. 5º, II da LGPD dados pessoais sensíveis são aqueles que dizem respeito a “origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”(BRASIL, 2018).

76 “Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular; II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei; IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais; V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados; VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem); VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; VIII - para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de

hipótese autorizativa para o mesmo tratamento de dados pessoais, todavia o ideal é buscar a hipótese “mais adequada e segura para a situação concreta” (TEFFÉ; VIOLA, 2020 p.21).

Sabe-se que pela novidade legislativa e pela ausência de parâmetros mais específicos elaborados pela ANPD, o estudo das hipóteses de tratamento ainda tem interpretação bastante aberta. O objetivo aqui, não é propor critérios, mas apenas demonstrar que para o contexto analisado de compartilhamento de informações sobre indícios de fraudes existem hipóteses mais adequadas que o consentimento.

Percebe-se que as hipóteses dos incisos III, IV, VI, VII, VIII do art 7º da LGPD podem ser descartadas de pronto, vez que nada tem a ver com o contexto de compartilhamento em estudo. Excluindo também o consentimento que já foi analisado, tem-se, então, quatro hipóteses autorizativas possíveis: o cumprimento de obrigação legal ou regulatória; quando necessário para a execução do contrato; para atender interesses legítimos do controlador; ou para a proteção do crédito.

Com um olhar mais atento e com uma interpretação sistemática da LCP, exclui-se a hipótese de proteção ao crédito por uma questão de finalidade. A hipótese prevista no inciso X está restrita as finalidades de análise de risco de crédito e de movimentações comerciais com risco financeiro (MARANHÃO, CAMPOS 2019). Ou seja, como a Res. Conj. BCB/CMN n. 6/2023 explicita que a finalidade dos dados coletados é subsidiar mecanismos internos de prevenção a fraudes, conclui-se que esses dados não poderão ser usados para análise de crédito. São contextos próximos, mas diferentes.

E essa base, conforme definido no art. 7º, somente pode ser empregada para a realização da análise de risco de crédito dos cadastrados (inciso I) e para subsidiar a concessão ou extensão de

saúde ou autoridade sanitária; IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.” (BRASIL, 2018)

crédito e a realização de venda a prazo ou transações comerciais que impliquem risco financeiro ao consulente (inciso II). (MARANHÃO; CAMPOS, 2019).

Os dados coletados para uma finalidade X, não podem, em tese, ser usados para um fim Y. Assim, em razão do princípio da finalidade, a “proteção ao crédito” não é a hipótese mais adequada para respaldar o compartilhamento de dados sobre indícios de fraudes.

O legítimo interesse também é uma hipótese que pode ser descartada, mas não pelo fato de ser absolutamente inadequado, mas apenas porque a doutrina entende que ele não deve ser adotado quando há outra hipótese melhor (TEFFÉ; VIOLA, 2020 p.14). Inclusive, nota-se que a prevenção à fraude, feita de acordo com os parâmetros de necessidade, adequação e finalidade, é vista como uma justificativa legítima do controlador (TEFFÉ; VIOLA, 2020 p.15).

Algo bastante comum é a criação de perfis comportamentais dos consumidores para combater fraudes e incidentes de segurança, pelos quais se diagnosticam atividades que fogem do padrão para tratá-las como suspeitas. É por esse motivo que serviços de e-mail, rede social e instituições financeiras alertam seus clientes e, em muitos casos, bloqueiam automaticamente acessos e transações financeiras. Por exemplo, se o acesso a uma conta parte de um dispositivo diferente, se a compra supera valores e é realizada em locais que não aqueles usuais. Todos esses dados informam ações de combate a fraudes e incidentes de segurança” (BIONI, 2021a, p. 241).

A hipótese de “execução do contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados” também seria plenamente cabível, já que as IF’s, IP’s e outras instituições autorizadas a funcionarem pelo BCB tem relação contratual direta com os titulares dos dados. As instituições prestam um serviço e o compartilhamento dos dados, que pode ser visto como uma imposição do regulador, mas também é uma forma de ofertar um serviço de qualidade para cliente. Contudo, poder-se-ia argumentar que uma vez findada a relação contratual, a instituição não

mais poderia manter informações desse cliente no sistema eletrônico de compartilhamento sob essa hipótese autorizativa.

Essa hipótese se assemelha em alguma medida ao tratamento de dados via consentimento. Todavia, como traço distintivo marcante, ressalta-se que o titular dos dados não poderá revogar o seu fornecimento a qualquer momento, uma vez que a outra parte estará resguardada pela LGPD para poder manter os dados fornecidos pelo titular enquanto durar a execução do contrato (TEFFÉ; VIOLA, 2020).

Por fim, tem-se então, que a hipótese mais adequada para o compartilhamento de dados sobre indícios de fraudes é o cumprimento de obrigação legal ou regulatória. Na medida em que o BCB e o CMN obrigaram as instituições a compartilharem entre si as informações sobre indícios de fraudes, torna-se cristalino que as instituições devem cumprir tal determinação, ainda mais quando se fala do setor financeiro que é reconhecidamente uma atividade econômica altamente regulada.

Outro exemplo são as empresas do setor de seguros ou do mercado financeiro, as quais estão submetidas a várias regras legais e regulatórias e devem cumprir obrigações que eventualmente poderão exigir o tratamento de dados pessoais de seus clientes. Uma política de privacidade e tratamento de dados bem desenhada e transparente pode ajudar a melhor esclarecer o uso dessa base legal pela instituição (TEFFÉ; VIOLA, 2020).

Nesse ponto, é relevante salientar que o combate à fraude também é interesse do cliente, dentro de uma perspectiva contextual, faz parte das expectativas legítimas do titular de dados dentro do SFN e do SPB que as instituições com as quais ele tenha relacionamento mantenha os mais sofisticados mecanismos antifraude. Esse é um dos motivos que explicam porque o consentimento do titular pode ser dispensado. Ademais, esses dados não irão extrapolar contextos sociais. Com a adoção de parâmetros e de salvaguardas adequadas, estabelecendo privilégios de acesso, é possível assegurar um fluxo adequado dos dados dentro do sistema de compartilhamento.

3.5 A INCOMPATIBILIDADE DO CONSENTIMENTO COM A FINALIDADE DA NORMA

Nos termos do § 3º, do art. 2º, da Res. Conj BCB/CMN n. 6/2023, o consentimento é hipótese autorizativa eleita para respaldar o tratamento e o compartilhamento dos dados pessoais a que se refere a resolução. Observa-se que o consentimento previsto na Res. Conj. BCB/CMN n. 6/2023 está condicionado ao fornecimento do serviço de guarda e de movimentação de recursos financeiros, dentro da conhecida estrutura do contrato de adesão. Para fins de proteção de dados pessoais, já foi supra demonstrado que esse arranjo não é eficiente para promover a autodeterminação informativa, vez que nesse cenário, o consentimento não pode ser classificado como livre.

Além disso, o consentimento conforme admite a LGPD, pode ser revogado a qualquer tempo, algo que não está previsto na Res. Conj. BCB/CMN n. 6/2023 e que não faz sentido no contexto de compartilhamento de informações sobre indícios de fraudes. Se houvesse essa possibilidade de não consentir ou de a qualquer tempo revogar o consentimento, o indivíduo com intenção fraudulenta, cenário frequente, conforme o caso das “contas laranjas” poderia apenas não consentir e dessa forma estar facilmente à margem do sistema de compartilhamento proposto.

Conclui-se que Res. Conj. BCB/CMN n. 6/2023 adotou o consentimento como hipótese legal para o tratamento de dados sobre indícios de fraude, sugerindo que essa medida resolveria as questões atinentes à proteção de dados pessoais. Contudo, como será demonstrado adiante, criou-se determinação normativa sem o devido efeito, eis as instituições analisadas não pediram o consentimento dos clientes para o compartilhamento das informações, mas apenas os informa quanto ao aditivo contratual autorizativo de tal processamento.

4. ANÁLISE QUANTO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DE CLIENTES DO SFN E DO SPB DIANTE DO COMPARTILHAMENTO DE INFORMAÇÕES PARA EVITAR FRAUDES EM MEIOS ELETRÔNICOS

Nos termos dos §1º a §6º, do art. 2º, da Res. Conj. BCB/CMN n. 6/2023, o compartilhamento de dados deve ser realizado com a observância da finalidade, com a possibilidade de correção e exclusão, bem como com a obtenção do consentimento como hipótese legal para o tratamento dos dados.

Um importante mecanismo trazido é a delimitação clara da finalidade dos dados tratados, contudo, isso não impede categoricamente que as IF's e IP's atribuam usos secundários e escusos para tais dados, sob a justificativa de compatibilidade de finalidades (WIMMER, 2021). Aliás, pode-se admitir que a potencialidade lesiva ainda sim é bastante elevada.

A definição de uma finalidade clara também serve para, em tese, impedir a coleta excessiva de dados, ou seja, só devem ser coletados os dados absolutamente necessários para a finalidade pretendida.

A possibilidade de exclusão e correção é importantíssima, a incidência de falso positivo pode ter grande impacto na vida dos titulares, a possibilidade da vítima ser confundida com o fraudador ou com um “laranja” é um risco possível (VALOR ECONÔMICO, 2023) e que pode causar consequências graves. Não conseguir acessar o SFN e o SPB, pode injustamente impossibilitar a prática de atos essenciais para a vida do indivíduo em sociedade. Tal previsão foi detalhada no art. 4º §º único da Res. 343/2023, impondo o prazo de 24 (vinte e quatro) horas para alteração e exclusão de dados. Ou seja, trouxe-se maior tangibilidade à prerrogativa.

Nos casos de abertura de contas fraudulentas, por meio de uso de documentos extraviados, roubados ou furtados, ou até mesmo por meio de dados que foram comprometidos por incidentes de segurança cibernéticos, muito provavelmente o consentimento que será obtido não será do real titular dos dados, mas sim do próprio fraudador.

É inegável a necessidade de aprimoramento do ambiente de segurança, a fim combater práticas fraudulentas, mas há que se avaliar quais serão as consequências do compartilhamento dessas informações para os titulares desses dados, que foram vítimas de fraudadores. (PEREIRA, 2023)

A Res. Conj. BCB/CMN n. 6/2023 prevê um prazo para que os dados estejam há disposição do BCB. Pode-se argumentar que está previsto um ciclo de vida para esses dados, mas essa é uma interpretação forçada. De qualquer forma, incide aqui o CDC⁷⁷ e esses dados negativos sobre os clientes só podem ser armazenados por cinco anos. E isso é tudo que se tem sobre proteção de dados dentro da norma.

A LGPD, tem caráter geral e principiológico (BIONI; ZANATTA, 2021), por isso, é imprescindível que normas hierarquicamente inferiores detalhem como os princípios serão atendidos e como os direitos serão exercidos. Além disso, a LGPD impõe aos controladores a necessidade de informar acerca dos direitos dos titulares quando o tratamento de dados pessoais for condição para o fornecimento de produto ou serviço.⁷⁸

Por isso, entende-se que o sistema de compartilhamento de dados inaugurado pela Res. Conj. BCB/CMN n.6/2023 precisa detalhar parâmetros para melhor se adequar aos princípios da LGPD e a outras normas. Entretanto, residem dois problemas: o primeiro, está no fato de que esses gargalos normativos quanto ao exercício dos direitos dos

77 “Art. 43 do CDC: O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. § 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.” (BRASIL, 1990)

78 “Art. 9º O titular tem direito ao acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados, que deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva acerca de, entre outras características previstas em regulamentação para o atendimento do princípio do livre acesso: (...) § 3º **Quando o tratamento de dados pessoais for condição para o fornecimento de produto ou de serviço ou para o exercício de direito, o titular será informado com destaque sobre esse fato e sobre os meios pelos quais poderá exercer os direitos do titular elencados no art. 18 desta Lei.**”(BRASIL, 2018) (grifo nosso)

titulares são de responsabilidade da ANPD, o órgão competente para regular sobre proteção de dados pessoais. Ainda que o BCB e o CMN regulem sobre proteção de dados de forma transversal, o arcabouço normativo faltante só poderia ser proposto pela ANPD, ou por uma atuação conjunta desses órgãos (COSTA, 2022). Uma solução cabível e de se esperar das IF's e IP's é um Código de Boas Condutas, isso já poderia oxigenar o debate sobre proteção de dados no setor financeiro.

Outro problema refere-se ao direito à explicação de decisões automatizadas. Os sistemas de controle e prevenção à fraude das instituições fazem uso intensivo de tecnologias e possivelmente serão esses sistemas que irão determinar quem poderá abrir contas, realizar movimentações de valores e pagamentos. O titular precisa ser informado disso e precisa saber como exercer o seu direito de explicação. Nos casos de recusa na abertura de contas, por exemplo, as instituições irão ser transparentes quanto ao motivo da recusa? Como o titular poderá exercer o seu direito à revisão de decisões automatizadas?⁷⁹

Desse modo, conclui-se que em termos de proteção de dados pessoais existem lacunas relevantes na regulação recentemente editada para proteger o titular de dados. É necessária muita atenção com possíveis usos desses dados. Poderiam as instituições identificar clientes mais suscetíveis a serem vítimas de golpes e sob essa justificativa negarem prestação de serviços a grupos vulneráveis, como idosos, por exemplo? Os usos escusos possíveis são inimagináveis e um sistema forte de *accountability* pode minimizar tais riscos.

Para entender como as instituições irão na prática se adequar a Res. Conj. BCB/CMN foram selecionadas uma instituição financeira e uma instituição de pagamento para serem objeto do estudo casuístico.

⁷⁹ “Art. 20. O titular dos dados tem direito a solicitar a **revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses**, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade. § 1º O controlador deverá fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial” (BRASIL, 2018).

Faz-se a ressalva que a pesquisa realizada foi concluída antes da entrada em vigor da norma.

O Nubank enviou mensagens aos clientes informando sobre alteração contratual unilateral em razão da Res. Conj. BCB/CMN n.6/2023. Trata-se da inclusão da seguinte cláusula no tópico de “Disposições Gerais” do contrato da conta do Nubank:

“11.6 Você concorda e autoriza que o Nubank realize o processamento, armazenamento e compartilhamento dos seus dados pessoais, para fins subsidiar procedimentos destinados à controles e prevenção de fraudes, em conformidade com as diretrizes estabelecidas pela Resolução Conjunta n.º 6 de 2023 do Banco Central do Brasil.” (NUBANK, 2023a).

O Itaú, por sua vez, tomou medida semelhante e informou aos clientes acerca da inclusão do item 8 “Prevenção a Fraudes” nas Condições Gerais da Conta Universal Itaú.

“8. Prevenção a fraudes Você reconhece e declara ter ciência de que o Itaú e demais empresas do Conglomerado Itaú Unibanco efetuarão o registro e tratamento de seus dados e de informações, relacionadas a ocorrências, tentativa e/ou indícios de fraudes, com a finalidade de prevenir fraudes e garantir a segurança das operações, podendo realizar o compartilhamento com empresas do seu conglomerado e/ou instituições terceiras, tais como outras instituições do sistema financeiro e órgãos reguladores, em observância às obrigações legais aplicáveis” (ITAÚ UNIBANCO S.A, 2023);

Pelo que se apurou até outubro de 2023, as instituições estudadas, apenas cumpriram o dever de informação perante os clientes, sem que houvesse na prática, qualquer manifestação de vontade por parte deles.

Uma diferença interessante é o fato de que o Itaú, ao contrário do Nubank, optou por deixar a cláusula de compartilhamento em destaque (negrito), possivelmente em observância ao disposto no Art. 2º, § 4º, da Res. Conj. BCB/CMN n.6/2023 e no § 3º, Art. 9º, da LGPD⁸⁰.

⁸⁰ “Art. 2, § 4º, II - constar de contrato firmado entre o cliente e a instituição, mediante cláusula em destaque no corpo do instrumento contratual ou por outro instrumento

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no exposto, conclui-se que a determinação para que as instituições financeiras e de pagamento compartilhem dados sobre fraude mediante a obtenção do consentimento prévio e geral de seus clientes, é incompatível com as finalidades da norma e com o regime jurídico de proteção de dados pessoais.

Primeiro, porque o consentimento do cliente que precisa acessar o serviço não pode ser classificado como livre. É impossível para os titulares deixarem de fornecer seus dados pessoais para governos e instituições privadas. Na prática, o titular não tem a prerrogativa de negar o fornecimento de informações sob a justificativa de que o órgão não adota parâmetros suficientemente seguros de proteção de dados porque ter controle sobre os seus dados pessoais é tão indispensável para o livre desenvolvimento da personalidade quanto o acesso aos produtos e serviços oferecidos.

Depois, não é compatível com a possibilidade garantida pela LGPD, de que consentimento pode ser revogado a qualquer tempo, o que não faz sentido diante do interesse público envolvido com a divulgação de informações sobre fraudes. E por fim, porque o critério relativo ao cumprimento de obrigação legal ou regulatória se presta muito bem a autorizar o compartilhamento de informações relativas a fraudes, não havendo sentido na adoção do critério do consentimento.

A regra do consentimento tanto não tem congruência com sistemática do Direito brasileiro que não está sendo seguida pelos regulados, como se demonstrou com os breves estudos de caso.

A Res. Conj. BCB/CMN n. 6/2023 adotou o consentimento como mecanismo para proteger dados dos titulares, sem considerar suas nuances e deficiências ao mesmo tempo que não propõe mecanismos

jurídico válido. (BCB; CMN, 2023b)”

“Art. 9º, §3º Quando o tratamento de dados pessoais for condição para o fornecimento de produto ou de serviço ou para o exercício de direito, **o titular será informado com destaque** sobre esse fato e sobre os meios pelos quais poderá exercer os direitos do titular elencados no art. 18 desta Lei.” (BRASIL, 2018) (grifo nosso)

suplementares para promover o controle do titular sob os seus próprios dados, como, por exemplo, regendo situações como aquela em que o cliente é vítima de decisões automatizadas.

Dessa forma, conclui-se que o setor financeiro carece de regulação específica em termos de proteção de dados pessoais. Não necessariamente isso deve vir por intermédio de um modelo de regulação em que se exerce pura e simplesmente comando e controle, mas passa principalmente por práticas mais eficientes de proteção de dados, adotadas pelos próprios *players*, com forte apelo à cooperação entre a ANPD e as entidades normativas e supervisoras do SFN e do SPB, de modo que a atuação desses agentes seja melhor coordenada.

Ainda que não se possa considerar categoricamente como sensíveis, dados sobre contas correntes, contas de pagamento e contas poupanças, sujeitos titulares e valores de recursos financeiros nelas depositados ou movimentados devem ser melhor protegidos, uma vez que não apenas revelam muito sobre as preferências pessoais do usuário, mas também os expõem consideravelmente a golpes e fraudes.

REFERÊNCIAS

ACQUISTI, A.; GROSSKLAGS, J. *Privacy and rationality in individual decision making*. Rochester: Nova York, 2005. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/abstract=3305365>>. Acesso em: 26 set. 2023

ANPD. *Você sabe qual a importância dos acordos de cooperação técnica e dos guias orientativos feitos pela ANPD?* Disponível em: <<https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/semana-da-protecao-de-dados-2022/voce-sabe-qual-a-importancia-dos-acordos-de-cooperacao-tecnica-e-dos-guias-orientativos-feitos-pela-anpd/acordos-de-cooperacao-tecnica-e-dos-guias-orientativos-feitos-pela-anpd>>. Acesso em: 28 out. 2023.

BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB). Circular nº 3.978, de 23 de janeiro de 2020. 2020a. Dispõe sobre a política, os procedimentos e os controles internos a serem adotados pelas instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil visando à prevenção da utilização do sistema financeiro para a prática dos crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, de que trata a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, e de financiamento do terrorismo, previsto na Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 de jan. 2020, Seção 1, p. 24-28. Disponível em: <https://normativos.bcb.gov.br/Lists/Normativos/Attachments/50905/Circ_3978_v3_P.pdf>. Acesso em: 20 out. 2023.

BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB). Circular nº 4.001, de 29 de janeiro de 2020. 2020b. Divulga relação de operações e situações que podem configurar indícios de ocorrência dos crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, de que trata a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, e de financiamento ao terrorismo, previstos na Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016, passíveis de comunicação ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf). *Diário Oficial da União*, Brasília, 31 de jan. de 2020, Seção 1, p. 92/93. Disponível em: <<https://>

www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50911/C_Circ_4001_v1_O.pdf. Acesso em 20 out. 2023

BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB). *O que é Pix?* Banco Central do Brasil, 2023a. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/pix>>. Acesso em: 1 ago. 2023.

BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB). Resolução BCB n. 85, de 8 de abril de 2021. 2021a. Dispõe sobre a política de segurança cibernética e sobre os requisitos para a contratação de serviços de processamento e armazenamento de dados e de computação em nuvem a serem observados pelas instituições de pagamento autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 12 de abr. de 2021, Seção 1, p. 66/67. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o%20BCB&numero=85>>. Acesso em 8 abr. 2023.

BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB). Resolução BCB n. 103, de 8 de junho de 2021. 2021b. Altera o Regulamento anexo à Resolução BCB nº 1, de 12 de agosto de 2020, que disciplina o funcionamento do arranjo de pagamentos Pix. *Diário Oficial da União*, Brasília, 09 de junho de 2021, Seção 1, p. 216. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o%20BCB&numero=103>>. Acesso em 30 de out de 2023.

BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB). Resolução BCB n. 142, de 23 de setembro de 2021. 2021c. Dispõe sobre procedimentos e controles para prevenção de fraudes na prestação de serviços de pagamento a serem adotados pelas instituições financeiras, demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil e instituições de pagamento integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB). *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 de set. de 2021, Seção 1, p.49. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-bcb-n-142-de-23-de-setembro-de-2021-347046831>> Acesso em 10 de out. de 2023

BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB). Resolução BCB n. 147 de 28 de setembro de 2021. 2021d. Altera o Regulamento anexo à Resolução BCB nº 1, de 12 de agosto de 2020, que disciplina o funcionamento do arranjo de pagamentos Pix. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 de setembro de 2021, Seção 1, p.128. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o%20BCB&numero=147>>. Acesso em 30 de out de 2023.

BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB). Resolução BCB n. 343, de 4 de outubro de 2023. 2023b. Dispõe sobre as medidas necessárias à execução do compartilhamento de dados e informações sobre indícios de fraudes de que trata a Resolução Conjunta nº 6, de 23 de maio de 2023. *Diário Oficial da União*, Brasília, 6 de out. de 2023. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o%20BCB&numero=343>>. Acesso em 24 de out de 2023.

BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB); CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL (CMN). *Voto 23/2023-CMN, DE 18 DE MAIO DE 2023*. 2023a. Assuntos de Regulação – Propõe a edição de resolução conjunta disposto sobre requisitos para compartilhamento de dados e informações sobre indícios de fraudes a serem observados pelas instituições financeiras, instituições de pagamento e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. 2023a. Disponível em:<https://normativos.bcb.gov.br/Votos/CMN/202323/Voto_do_CMN_23_2023.pdf>. Acesso em 30 de ago de 2023.

BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB); CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL (CMN). Resolução Conjunta nº4, de 24 de março de 2022. Altera a Resolução Conjunta nº 1, de 4 de maio de 2020, para dispor sobre o Open Finance. *Diário Oficial da União*, Brasília, 28 de março de 2022, Seção 1, p.27/28. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o%20Conjunta&numero=4>>. Acesso em 25 de ago. 2023.

BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB); CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL (CMN). Resolução Conjunta nº 6, de 23 de maio de 2023. 2023b. Dispõe sobre requisitos para compartilhamento de dados e informações sobre indícios de fraudes a serem observados pelas instituições financeiras, instituições de pagamento e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 maio 2023, Seção 1, p. 108/109. Disponível em <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-conjunta-n-6-de-23-de-maio-de-2023-485299560>>. Acesso em 30 de ago. de 2023

BIONI, B. R. *O Dever de informar e a teoria do diálogo das fontes para a aplicação da autodeterminação informacional como sistematização para a proteção de dados pessoais dos consumidores: convergências e divergências a partir da análise da ação coletiva promovida contra o Facebook e o aplicativo “Lulu”*. Em: BIONI, B. R. (Ed.). *Proteção de Dados: contexto, narrativas e elementos fundantes*. São Paulo: B. R. Bioni Sociedade Individual de Advocacia, 2021b.

BIONI, B. R. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021a.

BIONI, B. R.; LUCIANO, M. O consentimento como processo: em busca do consentimento válido. In: MENDES, L. S. et al. (Eds.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BIONI, B. R.; ZANATTA, R. A. F. A infraestrutura jurídica da economia dos dados: dos princípios de justiça às leis de dados pessoais. In: BIONI, B. R. (Ed.). *Proteção de dados: contexto, narrativas e elementos fundantes*. São Paulo: B. R. Bioni Sociedade Individual de Advocacia, 2021.

BRACCO, M. *Bancos mantém investimentos em cibersegurança*. Disponível em: <<https://www.securityreport.com.br/ciberseguranca-preserva-espaco-nos-investimentos-dos-bancos-em-tecnologia/>>. Acesso em: 24 set. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Texto constitucional de 5 de outubro de 1988 com as alterações adotadas por emendas constitucionais de revisão. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 jun. 2023

BRASIL. Decreto nº 10.411 de 30 de junho de 2020. Regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1º de julho de 2020. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10411.htm>. Acesso em 30 de out de 2023.

BRASIL. Lei Complementar n. 105, de 10 de janeiro de 2001. Lei do Sigilo Bancário. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 de jan, de 2001. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp105.htm>. Acesso em: 27 de out. de 2023.

BRASIL. Lei n. 12.414 de 2011, de 9 de junho de 2011. Lei do Cadastro Positivo (LCP). Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. *Diário Oficial da União*, Brasília 10 de jun. de 2011. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112414.htm>. Acesso em 30 out. 2023.

BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília 24 de abr. de 2014. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em 30 out. 2023.

BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). *Diário Oficial da União*, Brasília 15 de

ago. de 2018. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm> Acesso em: 13 ago. 2023.

BRASIL. Lei n. 13.848, de 25 de junho de 2019. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras (...). *Diário Oficial da União*, Brasília 26 de jun. de 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113848.htm. Acesso em 30 de out de 2023.

BRASIL. Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado (...). *Diário Oficial da União*, Brasília 20 de set. de 2019. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113874.htm>. Acesso em: 13 ago. 2023.

BRASIL. Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 31 dez. 1964. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4595.htm>. Acesso em: 25 jul. de 2023.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor (CDC). Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília 12 de set. de 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 31 jul. 2023.

BRENOL, L. *Golpe do falso motoboy*: saiba como se proteger aqui pela Serasa. Disponível em: <<https://www.serasa.com.br/premium/blog/golpe-do-falso-motoboy/>>. Acesso em: 26 out. 2023.

CAMARGO, J. L. R. O ineditismo dos dispositivos IoT e sua relação com o paradoxo da privacidade. In: PARENTONI, L.; NOGUEIRA, M. (Eds.). *Direito, tecnologia e inovação*. Belo Horizonte: Centro DTIBR, 2023 v. 5p. 412.

CAMPOS NETO, R. Com a digitalização, o sistema financeiro do futuro começa a ser desenhado. *InfoMoney*, 6 fev. 2021. Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/especiais/ed01/com-a-digitalizacao-o-sistema-financeiro-do-futuro-comeca-a-ser-desenhado/>>. Acesso em: 1 ago. 2023

CASTRO, E. A.; MARTINS, A. C. R.; SILVA, G. J. *CMN e BC editam resolução conjunta para reforçar combate a fraudes*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/388795/cmn-e-bc-editam-resolucao-conjunta-para-reforcar-combate-a-fraudes>>. Acesso em: 21 set. 2023.

CNSAÚDE. *Código de boas práticas: proteção de dados para prestadores privados em saúde*, 2021.
CONEXIS BRASIL DIGITAL. *Código de boas práticas de proteção de dados para o setor de telecomunicações*, 2022.

CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL (CMN). Resolução CMN n. 4.753, de 26 de setembro de 2019. Dispõe sobre a abertura, a manutenção e o encerramento de conta de depósitos. 2019. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 set. 2019, Seção 1, p. 50/51 Disponível em: <https://normativos.bcb.gov.br/Lists/Normativos/Attachments/50847/Res_4753_v3_L.pdf>. Acesso em: 1 ago. 2023.

CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. Resolução CMN nº 4.893, de 26 de fevereiro de 2021. *Diário Oficial da União*, Brasília 1º de mar. de 2021. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o%20CMN&numero=4893>>. Acesso em: 7 ago. 2023.

COSTA, R. V. DE F. *ANPD, Banco Central e CVM: pensando mecanismos de coordenação regulatória*. JOTA Info, 21 jan. 2022. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/anpd-banco-central-cvm-coordenacao-regulatoria-21012022>>. Acesso em: 7 ago. 2023

DAMASCENO, V. *Criminosos vendem por R\$ 200 acesso a dados completos de milhões de brasileiros*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2021/12/criminosos-vendem-por-r-200-acesso-a-dados-completos-de-milhoes-de-brasileiros.shtml>>. Acesso em: 25 out. 2023.

FEBRABAN. *Crescem golpes envolvendo manipulação de vítimas para roubo de informações pessoais*. Disponível em: <<https://portal.febraban.org.br:443/noticia/3704/pt-br/>>. Acesso em: 1 ago. 2023.

FREITAS, Bruno Dias de. *Os limites do consentimento fornecido pelo consumidor nos contratos de adesão para a comercialização de seus dados pessoais: uma análise à luz da Lei 13.709/2018*. 2021. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2021.

GALACCI, F. *Identificar “laranjas” é desafio no combate às quadrilhas digitais no Brasil*, diz especialista. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/noticia/?id=459469>>. Acesso em: 23 out. 2023. GOV.BR. ANPD e Senacon assinam acordo de cooperação técnica. Disponível em: <<https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-e-senacn-assinam-acordo-de-cooperacao-tecnica>>. Acesso em: 14 ago. 2023.

HENRIQUES, S. C.; LUÍS, J. V. *Consentimento e outros fundamentos de licitude para o tratamento de dados pessoais em contexto laboral*. *Anuário da Proteção de Dados 2019*, 2019.

INFOMONEY. *Golpes bancários disparam e devem gerar prejuízos de R\$ 2,5 bilhões neste ano*. *Infomoney*, 8 ago de 2022. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/minhas-financas/golpes-bancarios-disparam-e-devem-gerar-prejuizos-de-r-25-bilhoes-neste-ano/>. Acesso em: 30 de out de 2023.

ITAÚ UNIBANCOS.A. *Condições gerais da conta universal Itaú*. Disponível em: <<https://www.itau.com.br/media/dam/m/6f2fc54a2407528f/>>

original/condicoes-gerais-conta-universal-itau.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2023.

MACHADO, S. *Brasil é 6º país com mais ataques; tentativas de fraude chegaram a 1 milhão*. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2022/02/08/dia-internacional-da-internet-segura-brasil-tem-o-que-comemorar-veja.htm>>. Acesso em: 25 out. 2023.

MARANHÃO, J. S. de A.; CAMPOS, R. R. Proteção de dados de crédito na Lei Geral de Proteção de Dados. *Direito Público*, [S. l.], v. 16, n. 90, 2019. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3739>. Acesso em: 30 out. 2023.

MAYER-SCHÖNBERGER, V. Generational development of data protection in Europe. *Technology and privacy: the new landscape*. Cambridge, MA, USA: MIT Press, 1997. p. 219–241.

MENDES, L. S. F. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. *Pensar - Revista de Ciências Jurídicas*, v. 25, n. 4, 11 dez. 2020.

MENDES, L. S. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. 1. ed. São Paulo: Saraiva Jur. 2013.

MENDES, L. S.; DONEDA, D. Reflexões iniciais sobre a nova lei geral de proteção de dados. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 27, n. 120, p. 469-483, nov/dez. 2018.

MENDES, L. S.; FONSECA, G. C. S. DA. Proteção de Dados para Além do Consentimento: tendências contemporâneas de materialização. *Revista Estudos Institucionais (REI)*, v. 6, n. 2, p. 507–533, 23 set. 2020.

NUBANK. *Contrato da conta do Nubank*. Disponível em: <<https://nubank.com.br/contrato/conta/>>. Acesso em: 30 out. 2023a.

NUBANK. *Tecnologia aliada a informação é chave para prevenir fraude e golpes financeiros*. Disponível em: <<https://international.nubank.com.br/pt-br/companhia/tecnologia-aliada-a-informacao-e-chave-para-prevenir-fraude-e-golpes-financeiros/>>. Acesso em: 23 out. 2023b.

NÚCLEA. *Resolução 6 do Banco Central: o que é e o que muda para as instituições financeiras*. Disponível em: <<https://www.nuclea.com.br/2023/08/10/resolucao-6-do-banco-central-o-que-e-e-o-que-muda-para-as-instituicoes-financeiras/>>. Acesso em: 24 set. 2023.]

O GLOBO. *Brasil está no topo da lista de países com mais golpes de “phishing” por WhatsApp: saiba como se proteger*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/noticia/2023/03/brasil-esta-no-topo-da-lista-de-paises-com-mais-golpes-de-phishing-por-whatsapp-saiba-como-se-proteger.ghtml>>. Acesso em: 25 out. 2023.

OTÁVIO, C. *Golpistas vazaram quase 1 bilhão de dados no Brasil em 2022. Quadrilhas montam painéis para vender na internet*. 2023. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/noticia/2023/06/dossies-com-dados-publicos-e-privados-municiam-golpes-eletronicos.ghtml>>. Acesso em: 25 out. 2023.

PAYMENT SYSTEMS REGULATOR (PSR). *Fighting authorised push payment fraud: a new reimbursement requirement*. 2023. Disponível em: <<https://www.psr.org.uk/publications/policy-statements/ps23-3-fighting-authorised-push-payment-fraud-a-new-reimbursement-requirement/>>. Acesso em out. 2023.

RANK, A. T.; PAULO, L. W. D. *O exercício do direito à autodeterminação informativa*. Anais do EVINCI - UniBrasil, v. 8, n. 1, p. 272-287, 23 nov. 2022.

RODOTÀ, S. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

SERASA EXPERIAN. *Fraude data hub*. Disponível em: <<https://www.serasaexperian.com.br/solucoes/fraude-data-hub/>>. Acesso em: 24 set. 2023.

SILVA, M. M. *Febraban: segurança, IA e open finance são prioridades dos bancos em 2022*. Disponível em: <<https://exame.com/future-of-money/febraban-seguranca-ia-e-open-finance-sao-prioridades-dos-bancos-em-2022/>>. Acesso em: 21 set. 2023.

TEFFÉ, C. A. S. DE; TEPEDINO, G. O consentimento na circulação de dados pessoais. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 25, n. 03, p. 83-83, 18 nov. 2020.

PEREIRA, T. C. A. *Resolução Conjunta CMN/BCB 06/2023 e os direitos de titulares de dados pessoais*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-mai-30/thiago-pereira-impactos-resolucao-conjunta-bcb-0623>>. Acesso em: 24 set. 2023.

ALESP. *CPI investiga golpes com Pix e clonagem de cartões*. São Paulo. Alesp, 19 jun. 2023. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=QGE8S3EcUqI>>. Acesso em: 23 out. 2023

TEFFÉ, C. S. DE; VIOLA, M. *Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais*. *civilistica.com*, v. 9, n. 1, p. 1-38, 9 maio 2020.

THE WORLD BANK. *A Covid-19 impulsiona um aumento global no uso de pagamentos digitais*. Disponível em: <<https://www.worldbank.org/pt/news/press-release/2022/06/29/covid-19-drives-global-surge-in-use-of-digital-payments>>. Acesso em: 23 out. 2023.

URUPÁ, M. *ANPD e Cade assinam acordo para combater infrações que envolvam dados pessoais*. Disponível em: <<https://teletime.com.br/02/06/2021/anpd-e-cade-assinam-acordo-para-combater-infracoes-que-envolvam-dados-pessoais/>>. Acesso em: 28 out. 2023.

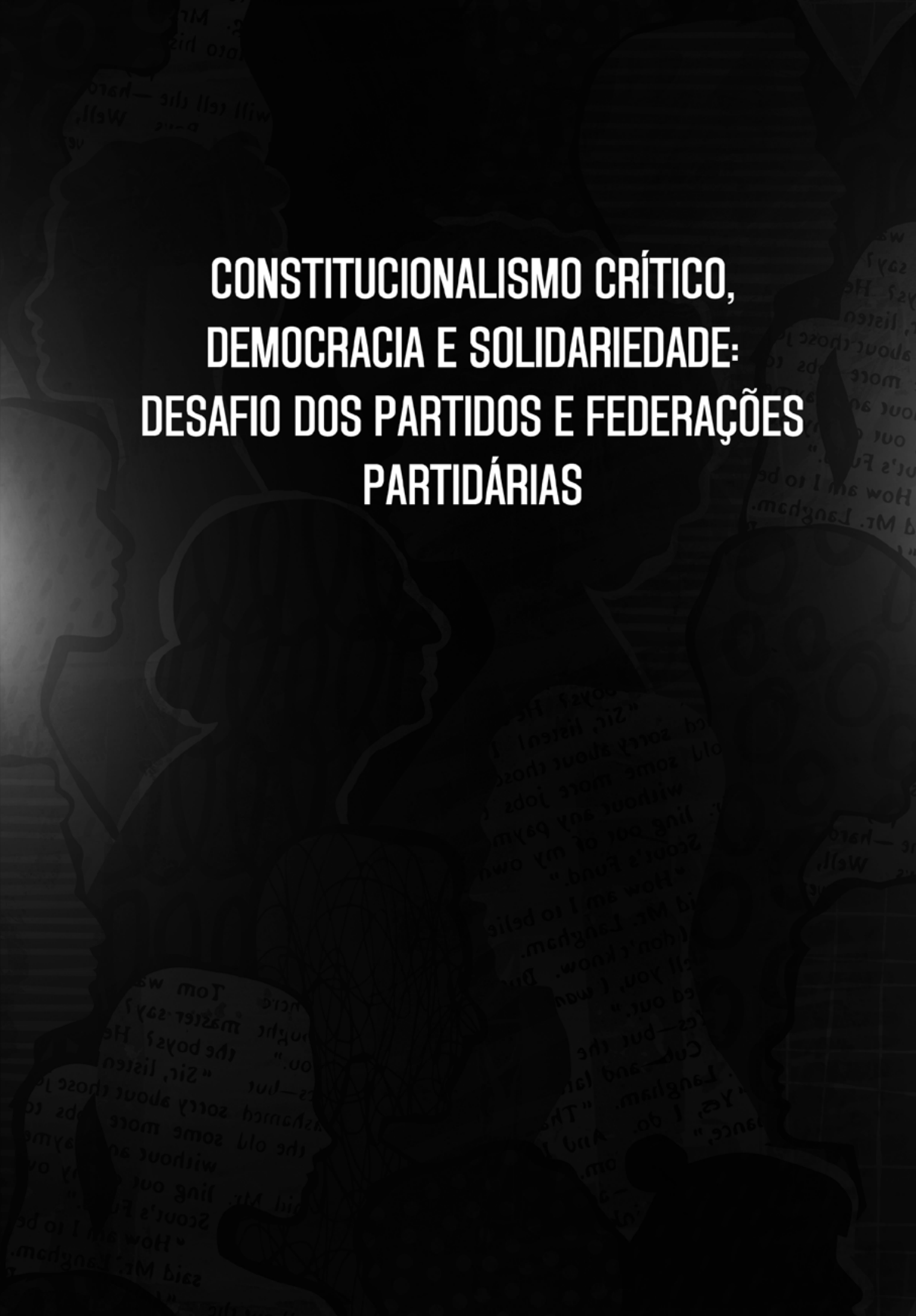
VALOR ECONÔMICO. *Financeiras se preparam para atender a Resolução 6 do Bacen*. Disponível em: <<https://valor.globo.com/patrocinado/dino/noticia/2023/10/25/financeiras-se-preparam-para-atender-a-resolucao-6-do-bacen.ghtml>>. Acesso em: 31 out. 2023.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 13^a ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VENTRE, G.; CASTELLANO, A. C. H. *O dilema do consentimento e a sobrecarga informacional*. JOTA Info, 28 jul. 2021. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/dilema-consentimento-sobrecarga-informacional-igpd-28072021>>. Acesso em: 25 set. 2023

WESTIN, A. F. *Privacy and Freedom*. New York: Ig Publishing, 1967.

WIMMER, M. Limites e possibilidades para o uso secundário de dados pessoais no poder público: lições da pandemia. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 11, n.1, p. 122-142. 2021

The background features several dark silhouettes of human profiles facing right. Overlaid on these silhouettes is faint, light-colored text, which appears to be a transcript of a conversation. The text is mostly illegible due to its low contrast and orientation, but some words like 'listen', 'sorry', 'without any payment', and 'How am I to be' are visible. The overall aesthetic is dark and intellectual.

CONSTITUCIONALISMO CRÍTICO, DEMOCRACIA E SOLIDARIEDADE: DESAFIO DOS PARTIDOS E FEDERAÇÕES PARTIDÁRIAS

RESUMO

O presente artigo tem como objeto de estudo as implicações do constitucionalismo crítico e sua relação com o panorama partidário a partir do paradigma da solidariedade e do princípio democrático. A análise justifica-se em razão da necessidade de estabelecer uma teoria constitucional legitimada pela contextualização, e pela conformação democrática adequada, identificando os papéis dos partidos políticos e federações partidárias no sistema político. O aprofundamento da democracia implica em assunção de uma consciência político-constitucional por meio da qual se alcance participação social mais ampla possibilitando novas vertentes do estado de direito, ao passo que os partidos configuram agentes fundamentais no processo democrático representativo. A hipótese se evidencia considerando que o diálogo constitucional que se paute da dimensão participativa da solidariedade e democracia é instrumento necessário à redefinição de uma consciência político-constitucional e das relações de poder

81 Possui Graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia (1992) e em Ciências Sociais (Antropologia) pela Universidade Federal da Bahia (2022)., Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1997), Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001) e Doutorado em Doutorado Sanduíche - Tulane University (2000). Pós-doutoramento em Antropologia pela UFBA (2012). Atualmente é Diretor da Faculdade de Direito da UFBA (2021-2025). Foi Diretor da Faculdade de Direito (2017-2021). Professor Associado da Universidade Federal da Bahia. Professor do Quadro Permanente do Mestrado e Doutorado em Direito da UFBA (PPGD). Foi Membro do Colegiado do Programa de Pós-Graduação da UFBA . Atual Professor/Vice Coordenador do DINTER (Doutorado Interinstitucional) com a Universidade Federal de Sergipe (UFS) Faculdade Pio X, Faculdade FANESE e UNIRIOS. Foi vice-diretor da Faculdade de Direito (2013-2017). Foi Coordenador da Especialização; Direitos Humanos e Contemporaneidade (CAPES/UAB) e foi coordenador da Especialização em Estado e Direito dos Povos e Comunidades Tradicionais; (CAPES/UAB).i Coordenador do Grupo de Pesquisa Historicidade do Estado, Direito e Direitos Humanos: interações sociedade, comunidades e meio ambiente.

82 Possui Graduação em Direito. Mestrado e Doutorado em Direito pela PUC/PR.Advogada. Especialista em Direito Empresarial pela FECAP/JUSPODIVM. Já atuou como professora do curso de Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS). Estágio de Pós-Doutoramento no PPGD UFBA.

no âmbito da produção do sistema político. Identifica-se como objetivo geral analisar como a adoção de um constitucionalismo democraticamente fundado em processo aberto por uma comunidade política ideologicamente erguida sob os parâmetros da solidariedade e possibilita preservar e restaurar processos democráticos essenciais. Para esta pesquisa, o método de abordagem a ser utilizado será o método dialético, analisando o fenômeno democrático partidário e solidário e suas representações constitucionais partir da contradição e ação recíproca, utilizando-se ainda de técnicas de pesquisa consistentes na pesquisa bibliográfica. Para tanto propõe-se empreender pesquisa bibliográfica em diversos autores tais como Guilherme Barcelos, José Afonso da Silva, Lênio Luiz Streck dentre outros.

Palavras- chave: Constitucionalismo; Democracia; Federação partidária, Partidos

ABSTRACT

This article aims to study the implications of critical constitutionalism and its relationship with the party panorama based on the paradigm of solidarity and the democratic principle. The analysis is justified due to the need to establish a constitutional theory legitimized by contextualization, and by adequate democratic conformation, identifying the roles of political parties and party federations in the political system. The deepening of democracy implies the assumption of a political-constitutional awareness through which broader social participation is achieved, enabling new aspects of the rule of law, while parties constitute fundamental agents in the representative democratic process. The hypothesis is evident considering that constitutional dialogue based on the participatory dimension of solidarity and democracy is a necessary instrument for redefining political-constitutional consciousness and power relations within the scope of the production of the political system. The general objective is to analyze how the adoption of a democratically founded constitutionalism in an open process by a political community ideologically built under the parameters of solidarity makes it

possible to preserve and restore essential democratic processes. For this research, the approach method to be used will be the dialectical method, analyzing the partisan and solidary democratic phenomenon and its constitutional representations based on contradiction and reciprocal action, also using research techniques consistent with bibliographical research. To this end, it is proposed to undertake bibliographical research on several authors such as Guilherme Barcelos, José Afonso da Silva, Lênio Luiz Streck, among others.

Key words: Constitutionalism; Democracy; Party federation, Parties

1. INTRODUÇÃO

O Direito Constitucional Brasileiro goza de indiscutível supremacia, passando a ditar a concepção do direito de modo hierárquico, de modo que os demais ramos do ordenamento jurídico estão a ele subordinados devendo por isso guardar a devida compatibilidade. Aborda-se no presente capítulo acerca da formação de uma consciência constitucional que depende em grande parte do conhecimento da população brasileira do conteúdo da Carta Magna, o que se afigura tarefa de difícil concretude gerando um distanciamento entre o texto constitucional e o contexto de sua aplicabilidade.

Tal disparidade e distanciamento resulta em inúmeros obstáculos à melhor gestão de problemas sociais uma vez que, embora seja possível identificar na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 uma preocupação em assegurar direitos este horizonte não se manifesta de forma a considerar as necessárias implicações sociais, como reflexo de uma visão constitucional integrativa e crítica. O texto constitucional contém em si rol de direitos que de forma precisa e exauriente valoram inúmeras condutas de forma categórica, estabelecendo a seu turno regulamentos que se dirigem ao resguardo da pessoa humana e coletividades, inclusive por meio de normas programáticas. Nesse passo, verifica-se que há uma ineficácia no modelo constitucional brasileiro que pode ser atribuída a inadequação

do discurso político jurídico nele contido ao contexto sócio diverso e multicultural brasileiro engendrando um conjunto de deficiências que impedem a realização plena do Estado Constitucional de Direito.

Há necessidade de se imaginar um estatuto jurídico do meio que esteja à altura do paradigma democrático marcado pelas ideias de globalidade e complexidade. Dessa forma o texto constitucional deve possuir flexibilidade suficiente a, sem prejuízo da apregoada rigidez necessária à sua supremacia, ampliar-se para além da sua linguagem literal, porquanto, consiste em texto de intensa carga valorativa, com influência para todo sistema jurídico.

Nesse contexto, a perspectiva dicotômica que se manifesta no postulado dos direitos humanos, incluído os direitos políticos, parece cindir aquilo que deve ser compreendido na totalidade, sobretudo quando a razão técnica procura retirar do ambiente todo potencial de uso. Instala-se, então, uma meta ilusória de um caminho para um progresso universal. Assim, constata-se a necessidade de se considerar uma inovação democrática que suponha um deslocamento das formas tradicionais de participação social, bem como renove os arranjos institucionais possibilitando uma igualdade em substância. O constitucionalismo tanto quanto a democracia que dele emerge, nesse mister se manifesta em perspectiva, configurando-se a partir da conjugação de princípios constitucionalmente assegurados associados a uma participação máxima dos cidadãos na vida política. Por fim, a publicação trata do papel dos partidos e dos desafios da federação partidária neste contexto atual.

2. O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO, A CONSCIÊNCIA CONSTITUCIONAL E OS PROCESSOS DE INFORMAÇÃO, CONTROLE E PARTICIPAÇÃO

De acordo com Alejandro Mé dici o constitucionalismo democrático apresenta princípios de legalidade e segurança jurídica baseados em perspectivas de valores constitucionais. Destaca que o modelo constitucional democrático não pode ser findo, porquanto

a configuração da democracia demanda um diálogo com uma comunidade política aberta bem como uma democracia em processo. (MEDICI, 2012, p.60). O constitucionalismo democrático não é uma teoria em sentido estrito antes configura-se em teoria que se deve construir de forma ampla para incorporar as diversas perspectivas constitucionais e configurar de maneira conjunta o significado do direito constitucional. Trata-se de constitucionalismo no qual se deve primar pelo diálogo que se estabeleça a partir da norma constitucional e da realidade social de forma a conferir eficácia aos postulados constitucionais. (SIEGEL POST, 2013, p.12)

De acordo com Miguel Gualano Godoy ao analisar a leitura comparativa proposta por Carlos Santiago Nino uma democracia somente se justifica ao possibilitar a construção de um espaço público de deliberação, como espaço no qual se permita um debate coletivo do qual participe todas as pessoas a quem serão destinadas direta ou indiretamente as decisões. Tal concepção fundamenta uma noção deliberativa de democracia que se encontra a meio caminho entre um elitismo moral e um populismo moral. (GODOY, 2011, p.64).

Maria João Silveirinha aborda acerca do entendimento da identidade que parte de uma construção negociada em uma relação com os outros, abrindo espaço para a constituição do espaço público democrático a partir das reivindicações políticas de grupos minoritários. Trata-se de configurar a democracia como uma forma de lidar com os desacordos entre os cidadãos de culturas diversas, mas que partilham de uma só sociedade (SILVEIRINHA, 2015, p. 2).

Nesse contexto as democracias confrontam-se com as demandas multi-identitárias no intuito de garantir a representação e participação das minorias com o escopo de proteger e realizar seus direitos. Importa conhecer a relação entre a democracia deliberativa e as políticas de identidade verificando de que forma interferem na compreensão do liame existente entre diferença e reconhecimento. Ao considerar a democracia deliberativa importa saber como os representantes cujas perspectivas se tornam deliberação podem manter-se legítimos para com os representados. (SILVEIRINHA, 2015, p.4)

Acerca da versão Habermasiana na qual se analisa o ideal de participação perante os problemas colocados pela sociedade moderna centrados na complexidade e no pluralismo, tem-se que para Habermas importa discernir acerca das regras do jogo democrático, pelo que o voto não seria suficiente para fundamentar o governo democrático. Observa-se que nesse mister a teoria do discurso fundamentado na razão prática tangencia direitos humanos universais bem como considerações éticas. (FARIA, 2000, p.48)

Um elitismo democrático compreendido como prática restritiva de democracia cede espaço a um conjunto de concepções contra hegemônicas uma vez que os processos eleitorais que se estribam na conformação política centrada em conceder o direito a voto a cada cidadão não atende aos ditames da igualdade política. Nesse sentido existiria um bloqueio da dimensão criativa que institui a democracia, tornando necessária uma reconexão entre procedimentalismo e participação. (MEDICI, 2012, p. 82)

O consenso social pode ser visto como uma possibilidade sempre em aberto quando não o *télos* de toda interação humana. Destaca-se que a exacerbação do conflito torna inviável a vida em comum, de modo que é naturalmente político objetivar a construção de uma unidade, muito embora tal não elimine o antagonismo das disputas políticas nem a compreensão de que regras e procedimentos não são neutros em relação a grupos e interesses em choque. (MIGUEL, 2014, p.15)

Um consenso democrático se torna mais exigente ao requerer a institucionalização de procedimentos deliberativos que induzam formas novas de participação social em conexão com ampliação do espaço público (MEDICI, 2012, p. 83). Nesse contexto, a esfera pública para Hannah Arendt se apresenta a partir da presença simultânea de inúmeros aspectos e perspectivas nas quais o mundo comum se apresenta. Destaca que embora o mundo comum seja o terreno comum a todos, os que estão presentes ocupam nele lugares diferentes de forma que importa a cada um ser visto e ouvido por outros, porquanto todos vêem e ouvem de ângulos diferentes. Ressalta que

apenas quando as coisas podem ser vistas numa variedade de aspectos sem mudar de identidade, possibilitando que todos vejam o mesmo, contudo, na mais completa diversidade poderá a realidade do mundo manifestar-se de maneira real e fidedigna. (ARENDR, 2007, p. 67).

A temática do conflito e do consenso bem como das qualificações destes institutos estão no âmago da questão democrática, e se prestam a sublinhar determinadas versões da democracia. De acordo com Luiz Felipe Miguel a versão liberal-pluralista da democracia enfatiza a competição entre grupos de interesse. A par do entendimento pluralista liberal tem-se outras visões nominadas como teoria democrática radical que abarca visões democráticas díspares da mera redução da democracia às instituições eleitorais vigentes buscando alternativas que possibilitem realizar de forma mais efetiva as promessas de soberania popular e igualdade política (MIGUEL, 2014, p.16)

Nesse toar a democracia segundo Frank Karsten e Karel Beckman traduziria alguns mitos, consistentes em que a adoção de práticas democráticas é capaz de evitar conflitos. Dispõe que a maioria das questões não precisa ser decidida democraticamente porquanto, frequentemente tomadas de decisão democráticas geram mais conflitos do que consensos, uma vez que em uma democracia todo tipo de questões pessoais e sociais transformam-se em problemas coletivos. O processo de sujeição dos indivíduos ao respeito às decisões democráticas propiciaria conflito ao invés de relações harmoniosas. (KARSTEN, BECKMAN, 2013, p.45)

Alejandro Medici no estudo de um constitucionalismo crítico que alcança uma reformulação do princípio democrático apresenta três dimensões dos processos de democratização, que logrem êxito em ampliar o conceito democrático, quais sejam: o consenso exigente, a inovação institucional e um novo igualitarismo social. O consenso esperado se distancia do consenso débil, qual seja aquele que se baseia numa relação de ratificação presumida e assimétrica entre representantes e representados (MEDICI, 2012, p. 85).

A forma de participação política deve estender-se à sociedade civil tanto quanto às instituições manifestando-se em diversos

aspectos, abarcando a participação enquanto decisão, bem como enquanto controle destacando-se nesse aspecto um consenso diferente, exigente e contínuo. (MEDICI, 2012, p. 88). No Brasil a Política Nacional de Participação Social instituída por meio do Decreto de n.8.243 de 23 de maio de 2014 busca fortalecer e articular os mecanismos e as instâncias democráticas de diálogo e a atuação conjunta entre o governo federal e sociedade civil. A política estabelece objetivos e diretrizes relativos ao conjunto de mecanismos criados para possibilitar o compartilhamento de decisões sobre programas e políticas públicas, tais como conselhos, conferências, ouvidorias, mesas de diálogo, consultas públicas, audiências públicas e demais (BRASIL, 2015).

Robert Dahl a dissecar os critérios de um processo democrático esclarece que para um governo de associação devem estar todos os membros capacitados a participar das decisões, e portanto, aptos a uma participação efetiva. O autor menciona ainda a necessidade de igualdade de voto, correspondendo a distribuição de oportunidades iguais e efetivas, bem como acerca do entendimento esclarecido, qual seja a oportunidade conferida a cada membro de aprender sobre políticas alternativas importantes e suas consequências (DAHL, 2001, p.49).

A inovação institucional consiste em outra dimensão dos processos de democratização, o que compreende não só a deliberação popular no sentido de quais instituições serão adequadas bem como a renovação de seus fundamentos morais. Nesse contexto aberto no qual a democracia se estabelece em processo suscetível a adaptações diversas, importa por fim considerar como dimensão necessária a igualdade cunhada de de forma inclusive a fazer coincidir a dignidade humana com o exercício efetivo de direitos, ou mesmo a se manifestando a partir de políticas ativas que tendem a superar as desigualdades (MEDICI, 2012, p. 98).

O princípio democrático necessariamente se aparelha no exercício da cidadania, esta consistente em prática que progressivamente amplia sua esfera para incluir novos direitos,

um campo de disputa assegurado pela democracia. Assim a nova cidadania incorpora elementos da sociedade contemporânea, como o papel das subjetividades, a emergência de novos direitos sociais e de direitos sociais de novo tipo e ainda a ampliação do espaço da política (PORTILHO, 2010, p.191)

Com efeito, Luís Roberto Barroso diz, com razão, que a efetividade da Constituição depende da “cristalização de um sentimento constitucional, resultado último do entranhamento da Lei Maior na vivência diária dos cidadãos” (1993, p. 41). Segundo Lenio Luiz Streck, os operadores do direito apenas reproduzem pré-compreensões do campo jurídico, sem apresentarem contornos criativos, como se não pudessem destituir argumentos previamente delineados. Disso resulta que a compreensão hermenêutico-jurídica se cinge apenas ao mundo da segurança representada pela dogmática jurídica, ao que reclama seja dado sentido à delimitação de domínio atribuída à função interpretativa, a qual não se apresenta livre de pré-compreensões, demandando permanentemente a interpenetração dos sentidos. (2001, p. 230)

Sobre o tema, assevera Alexandre de Castro Coura ser relevante, portanto, compreender que toda reflexão envolve interpretação, o que ocorre num contexto histórico específico e pressupõe um pano de fundo compartilhável, que não pode ser simplesmente desconsiderado, seja pela tentativa de abstração, seja pela pretensão de distanciamento do intérprete (2009, p.32). Verifica-se, com isto, a alteração da racionalidade estrita para a influência da reflexão com relação a elementos extrajurídicos na abordagem do discurso jurídico. O sentimento encontra-se constantemente interligado ao agir humano. Ainda que não integre o discurso jurídico enquanto foco central de consciência, atuará ao menos como pano de fundo.

O ser humano enquanto ser afetivo se liga às diversas formas de manifestação através de laços emocionais mais ou menos definidos. Neste contexto, o sentimento é apreendido como a realização em algo que interessa ao sujeito. Com efeito, a caracterização do sentimento constitucional apresenta um conteúdo ético, de reconhecimento dos

valores fundamentais do indivíduo frente à arbitrariedade e à injustiça. Ignorar o envolvimento crítico dos sujeitos destinatários das normas consiste em uma visão reducionista do procedimento de conformação do ordenamento jurídico. Neste sentido, destaca Pablo Lucas Verdú que:

[...] o sentimento jurídico supõe a implicação com o ordenamento jurídico e com a ideia da justiça que o inspira e ilumina. Sentir juridicamente é implicar com o Direito vigente, com o todo ou com parte dele, dando-lhe apoio. Às vezes, a não-implicação indica que se prefere um Direito distinto, o Direito anterior ou outro melhor e/ou mais justo. Desse modo, o sentimento jurídico aparece como afeto mais ou menos intenso pelo justo e equitativo na convivência. Quando tal afeto versa sobre a ordem fundamental daquela convivência, temos o sentimento constitucional (VERDÚ, 2004, p. 53).

Ressalte-se que esta implicação pode realizar-se tanto pela via do reconhecimento, atuando de forma positiva, como negativamente, mediante o rechaçar à ordem jurídica posta. De fato, não é apenas reproduzindo conceitos previamente definidos que estaremos diante de um sentimento constitucional. Em verdade, esta seria apenas uma de suas vertentes, de concordância e subsunção, a reconhecer que o ideal buscado pelo ordenamento retrata fielmente os anseios sociais. Ao considerar-se a ótica negativa, tem-se a não aceitação da ordem estabelecida, o que resulta no distanciamento pela população do reconhecimento da tutela constitucional, o que acarreta no descrédito do próprio direito, enquanto norma de conduta a ser seguida e conseqüente redução do princípio democrático para se alhear das inúmeras formas de participação social.

Assim, conquanto o sentimento jurídico brote de uma comoção da alma, a adesão ou distanciamento do direito vai depender do grau de valoração do modelo ideal buscado pelos cidadãos. Neste

sentido, contenha o caráter emotivo próprio do sentir, o sentimento constitucional não prescinde do aspecto intelectual. Neste sentido é que se entende a importância da cidadania para fins de delineamento do sentimento constitucional, destacando-se o relevo do direito fundamental à educação popular, como condição primordial para a construção da cidadania crítica, servindo como pré-requisito para a conquista dos demais direitos (CARVALHO, 2005, p.11).

Segundo Marcelo Neves, o Estado Democrático de Direito no Brasil se apresenta como um Estado de modernidade tardia ou mesmo negativa, onde nem todos possuem a compreensão de quem vem a ser cidadania. O autor atribui a ausência deste sentimento geral de cidadania à inexistência de uma aceitação da diversidade pela esfera pública, em razão da manutenção dos privilégios de determinadas classes (2006, p. 247). Com efeito, tomando por base ainda as lições de Marcelo Neves, não se verifica na prática a aceitação das diferenças próprias dos cidadãos a conformar o discurso democrático: Além das intolerâncias étnico-culturais e religiosas, o Estado Democrático de Direito confronta-se internamente com o problema de uma crescente indiferença da população não apenas em relação ao conteúdo das decisões políticas e normas jurídicas, mas também com respeito ao significado de seus procedimentos básicos. Não se desconhece aqui que um grau de indiferença é imprescindível ao funcionamento de um sistema político complexo, mas quando a indiferença se amplia excessivamente, atingindo sobretudo o significado dos procedimentos, pode-se falar de uma apatia pública que obstaculiza a capacidade de aprendizado e o desenvolvimento do Estado de Direito. A esfera pública (e também o público como dimensão do sistema político) torna-se “anestesiada” de tal maneira que se viabiliza a prevalência de interesses particularistas em detrimento do pluralismo (2006, p.224-225). Assim, deve ser apontado o papel dos partidos políticos como intermediários entre cidadãos e o aparato estatal. Por fim, adiante se discutirá a questão da solidariedade social

3. A "SOLIDARIEDADE SOCIAL" EM JOSE CASALTA NABAIS

José Casalta Nabais qualifica a solidariedade como um elemento intrínseco à cidadania, que parece nesse contexto identificado como um gênero, apresentando o direito fiscal como um componente que poderia agregar elementos benéficos para a cidadania. Nesse contexto de solidariedade social identifica-se como sendo uma ideia da modernidade embora a relação entre essas categorias seja antiga. A ideia da solidariedade traz um conjunto de significações, embora apenas um de seus sentidos tenha se afirmado.

Destaca que outrora se buscou encontrar uma resposta para a questão social, o que os levou a identificar a solidariedade, como solidarismo, como uma categoria que se pretendia essencial a um movimento amplo e abrangente. A solidariedade enquanto fenômeno estável e duradouro se manifesta como relação de pertença a um grupo definido. O autor identifica o Estado como uma comunidade paradigma dos tempos modernos. Casalta destaca alguns pressupostos no contexto da solidariedade: sentimento de ajuda recíproca, sustento nas dificuldades, características que aproximam tal ideia da ideia de fraternidade, destacando a relação entre os termos solidariedade e fraternidade, porém destaca ainda não haver sinonímia entre ambas, porquanto a solidariedade seria uma espécie da fraternidade, uma forma desta.

O autor menciona citando Pece-Barbas que a solidariedade dos antigos se perfaz através da noção de virtude que se deve prezar na relação com os outros, própria dos grupos primários tais como a família. Destaca que a solidariedade moderna se molda como um princípio jurídico e político cuja relação passa pela comunidade estadual, quer como comunidade política quer como comunidade social, tanto quanto perpassa a comunidade cívica. Afirma ainda que há o deslocamento da solidariedade nos espaços, indo do espaço privado ao público, da comunidade primária à comunidade estadual por um lado e por outro a comunidade cívica.

Apresenta a ideia do assistencialismo, ou solidariedade mutualista, levaria à ideia de uma repartição sustentada pela ideia de criar riqueza em comum em matéria de infra-estrutura de bens e serviços considerados necessários ao funcionamento da sociedade.

Destaca o autor que essa ideia não se mostrou suficiente partindo os teóricos para a ideia da solidariedade altruísta, esta compreendida como uma ação solidária comum e gratuita desprendida de qualquer contrapartida dos beneficiários. A vertical implica em que o Estado se responsabilize pela realização dos direitos sociais, e pelos direitos de quarta geração como sendo os direitos ecológicos ou coletivos e os direitos intergeracionais que são basicamente deveres.

O Estado social não pode deixar de prover os mínimos existenciais dos seus cidadãos definidos em função do seu grau de desenvolvimento econômico e social aí incluídos os direitos à saúde, educação ,segurança; se tais níveis de direitos sociais não forem alcançados pelos indivíduos, tornando-os aptos a atuarem por meio do exercício de suas liberdades na economia de mercado, o Estado deverá realizar prestações sociais em espécie ou em dinheiro. A pobreza deixou de ser um problema individual e se tornou um problema social, situado num contexto evolutivo desde o estado social de Bismarck, a Grande Guerra e demais constituições e legislação social.

A solidariedade horizontal, diz respeito a deveres perante os quais estão obrigados o próprio Estado e os entes da comunidade cívica, indivíduos, grupos e classes, fora das relações de poder mantidas com o Estado.

O autor menciona o Estado social contemporâneo, sob duas vertentes: 1-atuação espontânea dos indivíduos e dos grupos sociais, mesmo quando o Estado julgou-se capaz de, por seu progresso, atender a todas as demandas 2- solicitação e empenho do Estado, mesmo sob os ditames do Estado do bem –estar social em contrair parceria com a sociedade civil. Há nesse último contexto, segundo o autor, um sentido de fracasso do Estado, que se mostra pela escassez de meios, quanto do seu abrandamento do desenvolvimento econômico e do egoísmo pós-moderno. Exemplifica-se quando o Estado convoca os indivíduos

a colaborarem economicamente mobilizando-a para a realização dos direitos sociais.

Nabais afirma que mesmo possuindo o Estado capacidade técnica, econômica ou humana, não realiza os direitos sociais, por lhe faltar elementos de humanidade. Tais elementos são identificados pelo autor, como: calor humano, e contato que promovam a recuperação do sentido útil da vida, não podem ser fornecidos pelo Estado, mas somente pela sociedade civil.

Há ainda a análise da ideia de reconvocação pública: o Estado convocando os indivíduos e grupos e nesse arranjo residiria a ideia de solidariedade social, além disso apresenta a solidariedade como uma preocupação da ciência. Trata-se de ideia tão antiga quanto a cultura ocidental, e apresenta um conceito de cidadania focado na titularidade de direitos exercida pelos indivíduos enquanto membros ativos e passivos de um Estado-nação, e detentores de um nível de igualdade.

Apresenta três elementos constitutivos da noção de cidadania: titularidade de direitos, sentimento de pertença à comunidade política vinculada à ideia de nacionalidade, a possibilidade de contribuir e participar da vida política dessa comunidade estadual. Salienta ainda que a ideia conceitual não se realiza na prática, e indica categorias de cidadania as quais denomina cidadania padrão, ou cidadania base, sobrecidadania, cidadania múltipla, múltiplos de cidadania, e subcidadania, cidadania mínima, ou submúltiplos da cidadania.

Para Nabais existem graus de níveis de cidadania que acontecem acima ou abaixo da cidadania padrão, bem como dimensões de cidadania (cidadania pessoal, política e social). Destaca ainda a cidadania ativa e passiva, tomando como parâmetro o Estado liberal e exemplifica citando Paulo no texto da Bíblia sagrada, em que este reivindicou o exercício da cidadania ativa, desejando se fazer sujeito da proteção conferida pela organização judiciária imperial correspondente a sua condição de cidadão romano.

Identifica como sobrecidadania a cidadania da União-europeia integrada por oito direitos, sendo três essenciais ao Estado-membro (liberdade de circulação, residência e voto), quatro no âmbito da

União (os direitos de petição ao parlamento e de recurso ao judiciário e transparência de atuação dos órgãos comunitários) e um na esfera internacional (o direito de proteção diplomática).

Nesse contexto as pessoas seriam cidadãos de determinados países e cidadãos do mundo, contudo, ressalta o autor que tais conteúdos universais de cidadania nem sempre resultam em cidadania real. Destaca que os direitos à cidadania da União consistem em subcidadania, ao passo que os direitos em sede de comunidade internacional acrescentam a cidadania estadual. No contexto da cidadania da União, na esfera dos Estados-membros, se identificam com a subcidadania porque não traduzem um aumento real de cidadania.

A subcidadania se refere a situações em que se tenham indivíduos estranhos à respectiva comunidade estadual, pessoas que não estejam na titularidade da cidadania correspondente. Tem-se aí uma dupla perspectiva: a situação dos estrangeiros ou apátridas e do papel desempenhado pelos Estados acolhedores (extensão parcial da cidadania aos não nacionais).

O autor destaca três espécies de cidadania: pessoal (direitos e liberdades pessoais), cidadania política (direitos de participação política) e cidadania social (deveres econômicos e culturais). A cidadania pessoal seria identificável em vários países, variando apenas no grau e níveis, ao passo que a cidadania social e política seria mais nacional ou estadual. A primeira se pauta pelo princípio da equiparação (equiparar os nacionais aos estrangeiros) e a segunda pelo princípio da exclusividade (atribuição exclusiva aos nacionais de determinado status), e mais a cidadania política do que propriamente a cidadania social.

Existem relações entre cidadania e solidariedade social, consistindo a solidariedade um aspecto ou dimensão nova da cidadania ativa, que é uma terceira etapa de afirmação da cidadania que emerge contra a força dominadora do mercado.

O autor identifica etapas evolutivas desta cidadania, no primeiro momento tem-se a cidadania passiva, definida por uma liberdade

comum, orientada pela proteção da vida, liberdade e propriedade, ao passo que a vida política se definia como uma atividade externa, alheia a vida comum, restando a criação do direito ao alvedrio de políticos profissionais.

Com a afirmação do Estado democrático consubstanciou-se a ideia da cidadania ativa ou participativa concretizada no sufrágio universal de caráter representativo ou direto em que o cidadão participa com seu voto na vida política. Num terceiro momento a cidadania solidária, ou responsabilmente solidária, que não se traduz apenas pelo controle dos poderes, mas se manifesta a partir da assunção de encargos e responsabilidades por meio das quais os cidadãos realizam atividades de tipo econômico.

Críticas a essa cidadania solidária: 1- solidariedade deve ser espontâneo e não produto de coação, ao invés disso deveria o Estado incentivar 2- afirma que a solidariedade possui paradoxos, que são contrapostos de grupos distintos em que ambos avocam solidariedade, demandando a existência de um critério superior. Assim que a dimensão solidária da cidadania, implica no empenho simultâneo social e estadual da inclusão de todos os membros da respectiva comunidade de modo que todos partilhem de um mesmo denominador comum que os tornem cidadãos do corpo inteiro.

Ressalta que a solidariedade não pode consistir numa alternativa ao desmantelamento do Estado, a solidariedade há de assumir uma função complementar. Por outro lado, assevera que o Estado do bem estar social está em crise, e não é onipotente, e deve-se aceitar que o Estado recorra aos cidadãos sob pena de retorno ao Estado pré social.

Destaca a existência do Estado fiscal liberal e do Estado fiscal social, ressaltando que a ideia de solidariedade social, tem se manifestado durante todo o Estado fiscal e não apenas ao Estado fiscal social. Por ter um Estado que financeiramente é suportado por tributos unilaterais ou impostos e não por taxas ou tributos bilaterais, decorre uma plataforma mínima de solidariedade.

No Estado fiscal todos os cidadãos suportam, todos os residentes revelam sua capacidade contributiva, não havendo a

ideia de equivalência econômica, ao invés tem-se que o conjunto dos contribuintes suportam a totalidade dos serviços públicos devidos aos indivíduos, contribuintes ou não.

A ideia de um Estado fiscal se liga à ideia da justiça distributiva que se traduz na ideia da distribuição dos rendimentos dos contribuintes. Apresenta dois aspectos: os não contribuintes se beneficiam dos impostos pagos pelos contribuintes como também podem através do sufrágio votar a criação dos impostos a serem pagos pelos contribuintes. Ressalta o princípio da legalidade fiscal, que denota o caráter democrático muito mais do que o caráter de auto tributação ou auto consentimento. No Estado fiscal social a solidariedade social é um objetivo a prosseguir pelo Estado e pela via do direito dos impostos. Apresenta o autor duas vias: o direito da fiscalidade ou direito fiscal e o direito da extrafiscalidade ou direito econômico fiscal.

Destaca que a tributação menor para entidades não lucrativas alterando e diferenciando o caráter genérico de criação e instituição de tributos, sustenta a solidariedade social da fiscalidade. A tributação menor do setor não lucrativo se faz a partir de uma compreensão unitária das receitas fiscais que proporciona e das despesas sociais em quem incorre. Determinados fins de interesse social são alcançados pela sociedade civil, através de um sistema de partilha maior ou menor com o Estado.

Ressalta que se a sociedade civil mobiliza recursos diretamente ou cria entes que efetivem interesses sociais, está, portanto, atuando em substituição à atuação do Estado, pois tais objetivos teriam originariamente que ser custeadas por receitas públicas. Assim que regimes fiscais especiais para o setor não lucrativo não consistem em benefícios, mas um atendimento equiparado compensatório das atividades sociais já desempenhadas por tais entidades que contribuem para as despesas públicas.

Tem-se ainda os efeitos da alíquota progressiva como decorrência do atendimento da solidariedade social, a exemplo do imposto sobre rendimento pessoal, ter-se-ia uma redistribuição forçada de rendimentos. Diz o autor que independente da fundamentação jurídica

dos impostos progressivos, seja situada na capacidade contributiva, ou no Estado social (como defende o autor) sempre consistira em fator importante de solidariedade social, porque não apenas eliminam um regressividade de outros impostos, mas configuram uma certa progressividade no sistema fiscal.

Ressalta que o fim da distinção entre cidadania passiva e ativa, não havendo diferenciação entre sufrágio censitário e universalidade do direito de voto, confere-se cidadania plena a todos os membros da comunidade. Isso implica que todos têm o direito-dever de se manifestar sobre os impostos que estamos dispostos a pagar.

Nenhum membro pode se excluir de contribuir para o sistema fiscal, daí que direito fundamental, que será ativo enquanto tem o direito de cobrar do Estado que instituem um comportamento igualitário em face de todos os contribuintes, bem como passivo enquanto todos sejam destinatários desse dever a partir da capacidade contributiva.

Os contribuintes passam inclusive a ter o direito de cobrar do Estado quando este tenha atos de não tributação ou de tributação menor ilegais, concessão de benefícios fiscais, por possuírem legitimidade ativa, podendo tal medida se consubstanciar por meio de ação popular a favor dos contribuintes efetivos no imposto, inclusive para coibir fraude e evasão fiscais. Raciocina o autor se não seria o caso de reverter ao contribuinte pleiteante da ação popular a receita recuperada com a impugnação por ele apresentada.

Por fim, o autor trata sobre a solidariedade social no estado fiscal, destacando que deve-se ressaltar detalhes importantes tais como: o afastamento entre o universo dos cidadãos do Estado e o universo dos contribuintes, a crise que assola o Estado nação e a regressão em que se encontra o Estado social. Destaca que a cidadania solidária a realizar-se pela via dos impostos implica na realização do Estado-nação, bem como no vínculo da nacionalidade o que leva a fazer com que cada um dos membros se sinta responsável pelos demais.

Por outro lado, o Estado social é para o autor cada vez menos realizável pelo Estado interventor o tipo de atuação mais frequente do

Estado se manifesta através do Estado fiscal, configurando os impostos com instrumentos a realização da ordem econômica constitucional. Destaca ainda a evolução dos sistemas fiscais, salientando as premissas do Estado liberal clássico e as do Estado neoliberal salientando que o Estado neoliberal atual privilegia a eficiência ao invés da justiça como critérios.

4. AMPLIANDO OS CANAIS DE PARTICIPAÇÃO

Na ideia de democracia, encontram-se dois postulados da razão prática, exigindo satisfação de três institutos do ser social, quais sejam, a reação contra a coerção resultante do estado de sociedade, o protesto contra a vontade alheia diante da qual é preciso inclinar-se e o protesto contra o tormento da heteronomia. Trata-se de ideia absolutamente negativa de igualdade, que trabalha em favor de uma exigência igualmente negativa de liberdade. A síntese desses dois princípios é justamente a característica da democracia (KELSEN, 2000).

A análise pontual da democracia, que por ora se fará revisitando seus elementos essenciais, bem como uma de suas facetas, a saber, a democracia participativa, não se dirige à verificação dos vários modelos normativos de democracia, mas tão somente a precisar o quanto seja possível a característica democrática que se mostre apta à criação de espaços de discussão entre o público e o privado.

O pensamento político grego transmite uma tipologia das formas de governo, qual seja, a democracia definida como governo de muitos, da maioria ou dos pobres. Nesse passo, a democracia poderá conter dois significados históricos diferentes em sua origem: um significado mais procedimental, calcado na ideia de um conjunto de regras cuja observância é necessária para que o poder político seja efetivamente distribuído entre a maior parte dos cidadãos, e outro mais substancial, cunhado no ideal de que um governo democrático deveria se inspirar no ideal de igualdade (BOBBIO, 2006).

A inclusão de grupos sociais no processo democrático se liga à discussão acerca da possibilidade de comunicação entre pessoas em um mesmo espaço, onde os participantes estão mutuamente presentes. No contexto atual, são muito frequentes as queixas que apontam o caráter excludente das normas de representação, posto que se impõe adequar a comunicação democrática a uma sociedade complexa e com muitos milhões de pessoas, consistindo tal comunicação em discussões e decisões fluidas, sobrepostas e divergentes, dispersas no espaço e no tempo (YOUNG, 2006).

Há propostas de representação especial de grupos que tendem a ser excluídos das discussões por meio de um relacionamento diferenciado entre atores políticos, o que suplantaria o déficit de representação de determinados grupos ou minorias que estão alijados do processo deliberativo e das tomadas de decisão.

As evidências de que há uma séria organização política interna em movimento sociais, é insuficiente para alargar os espaços de discussão política no sistema representativo instituído. Young (2006) discute a respeito da adequabilidade de propostas de representação, buscando precisar se tais políticas não implicariam reduzir as diferenças sociais às quais estão submetidas sobremaneira, ignorando as várias facetas imprescindíveis à sua identidade, muito embora se deva considerar que estar situado no campo social gera uma perspectiva social cuja inclusão na discussão pública pode ser promovida por meio da representação. Uma sociedade é mais plenamente democrática quanto mais possuir fóruns patrocinados pelo Estado e fomentados pela sociedade civil para discussão política.

Habermas (2003), por sua vez, assevera acerca de uma sociedade de sistemas parciais autônomos, estruturada corporativamente, considerando que a integração de uma sociedade altamente complexa não se efetua por meio de um sistema paternalista que ignora o poder comunicativo do público de cidadãos, uma vez que sistemas semanticamente fechados não conseguem encontrar por si mesmos a linguagem comum necessária para a percepção e a articulação de medidas e aspectos relevantes para a sociedade.

As tarefas de integração social, compreendidas como tarefas novas do Estado, ao lado das tarefas tradicionais, difusamente exemplificadas no sentido específico como a manutenção da ordem, distribuição e garantia social, proteção de identidades coletivas e tradições culturais comuns, devem ter lugar de destaque na agenda política. Arendt (2001) pontua a ação humana como sendo a única atividade que se exerce diretamente entre os homens, consistindo em uma condição humana de pluralidade, porquanto os homens vivem na terra e habitam o mundo, destacando que a pluralidade é condição essencial da política.

Ao tratar das esferas pública e privada, tem-se em Arendt (2001) a ideia do surgimento da sociedade que perpassa a concepção de transição de uma esfera a outra, que altera sobremaneira ambas as esferas, na medida em que se forma a partir de elementos de uma e outra. A ideia de sociedade comporta em si exigências niveladoras e certo conformismo, pelo que pouco importa se uma nação se compõe de homens iguais ou desiguais, pois a sociedade exige sempre que os seus membros ajam como se fossem membros de uma enorme família, dotada apenas de uma opinião e de um único interesse.

Desse modo, a passagem da sociedade deve ser apta a reproduzir parte de um contexto que é privativo e que, nessa condição, adquire importância relativa em um contexto público em que as questões privativas se somem e reproduzam. As privações são próprias da vida privada, daí a necessária adequação de demandas cunhadas no âmbito particular ao espaço público, de modo a transpor com a devida coerência às experiências e vicissitudes próprias de determinados grupos.

Segundo Arendt (2001), embora seja o mundo o terreno comum a todos, os que estão presentes ocupam nele diferentes lugares e o lugar de um não pode coincidir com o de outro. Ser visto e ouvido por outros é importante pelo fato de que todos veem e ouvem de ângulos diferentes, consistindo tal lógica de inter-relação na significação da vida pública. Somente quando as coisas podem ser vistas por muitas pessoas, numa variedade de aspectos sem mudar de identidade, é que

os que estão à sua volta sabem que veem o mesmo, porém em sua diversidade.

O exercício da democracia e a vida pública se confundem na medida em que aquela seja, de modo irrestrito, condição fundamental para esta, visto que se toma a democracia como princípio norteador das relações que se desenvolvem na vida pública. A liberdade concebida como autodeterminação política do cidadão, como participação do próprio cidadão na formação da vontade diretiva do Estado, contrapõe-se à ideia de liberdade como ausência de qualquer domínio, de qualquer Estado (KELSEN, 2000).

Em Rousseau (2002), o Poder Legislativo pertence ao povo, poder que significa a vontade propulsora de toda ação a ser executada, e para que o Estado se mantenha em perfeito equilíbrio necessita-se que haja igualdade entre o poder governamental tomado em si mesmo e o poder dos cidadãos. Quem faz a lei sabe como ela deve ser executada e interpretada e ao povo caberia tal atribuição, que, no entanto, se dirige a cuidar de assuntos públicos em vez de interesses particulares. A par da concepção democrática predita e identificada como democracia direta, ideal em um governo de deuses, a índole coletiva se afigura em Rousseau (2002) mais digna de reconhecimento na vida política democrática que a mera perseguição de interesses individuais e, por conseguinte, a defesa de direitos que expressem demandas coletivas de toda a sociedade moderna ou de grupos existentes em seu interior.

No Ocidente, a própria identidade da democracia está em jogo, visto que ela dependia em larga escala da existência de um elemento externo constitutivo, a saber, o outro, que se oponha ao referencial democrático, qual seja, os elementos do bloco comunista. O político não pode ser limitado a certo tipo de instituição ou nível de sociedade, antes tem que ser concebido como uma dimensão inerente a todas as sociedades humanas e que determina a nossa própria condição ontológica (MOUFFE, 1996).

Os elementos democráticos instituídos no Brasil constam na Constituição Federal de 1988 e perpassam a conformação dos partidos políticos e Poder Legislativo. A Carta Constitucional enuncia em seu

preâmbulo, bem como em seu art. 1º, o sistema de representação do povo para instituir um Estado democrático. Complementando a previsão constitucional que adjetiva o Estado, identificam-se no art. 14 o sufrágio universal e as regras atinentes aos procedimentos eleitorais, domicílio eleitoral, filiação partidária e funcionamento parlamentar, deixando em evidência a estreita ligação entre a conduta democrática e os mecanismos de representatividade. Cabe registrar a relevância dos partidos, sendo livre a criação, fusão, incorporação e extinção, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana, conforme o art. 17 da Carta Magna.

Ao ponderar apenas sobre alguns dos vários modelos de democracia e muito embora não se trate de instituto que se esgota no texto legal, posto que dele se separa, assumindo feição própria, ora condizente com o documento que lhe enuncia, ora apropriando-se de elementos externos que o tornam o mais palatável possível, deve-se ressaltar acerca da flexibilidade natural que propicia as várias definições desse modo de operar o sistema político denominado democracia.

Dispõe Benevides (1998) que a representação corrige a democracia não apenas por imperativo da razão, mas por razões de ordem prática, porque a democracia em estado puro se torna revolucionária. Uma vez admitida como único modo possível de expressão da soberania do povo, a representação é utilizada para conter a força da democracia, conciliando o ideal da liberdade política com as condições de ordem e de estabilidade.

As incursões teóricas e legislativas no terreno fértil da democracia mencionam acerca de elementos de democracia direta, quais sejam, referendo e plebiscito. Em uma concepção mais geral, sem declinar a respeito de rigorismos conceituais e elementos teóricos, entende-se que plebiscito e referendo, descritos no art. 14 da Constituição Federal, constituem modos de expressão da opinião ou da vontade dos cidadãos, em votação livre e secreta sobre uma medida que foi ou poderá ser adotada pelos poderes constituídos (BENEVIDES, 1998).

Tal democracia direta trata de contexto político no qual se evidenciam ampla participação popular e participação direta dos cidadãos nas tomadas de decisão por meio de procedimentos diversos que podem existir nas esferas legislativa, executiva e judiciária, como conselhos populares, assembleias, experiências de autogestão e ações populares. Seu exercício se define em meio a polêmicas que manifestam concepções dissonantes, identificando-se, no entanto, que tal processo constitui fórum permanente de educação para a cidadania, na medida em que o povo torna-se corresponsável no destino da coisa pública, podendo decidir questões e problemas para cuja solução ele esteja mais preparado e legitimado do que os representantes.

Nesse passo, tem-se ainda a democracia cunhada como participativa, que padece da ausência de uma teoria constitucional, mas que se confunde com a teoria material da Constituição definida por meio da autoridade da judicatura e da cidadania popular. Identifica-se que a democracia participativa transcende a noção obscura, abstrata e irreal de povo nos sistemas representativos, partindo desse prisma da distinção funcional e orgânica de poderes, mas assentada na unidade normativa da Constituição. Ela se cinge à legitimidade do ordenamento constitucional, cujo fim não é apenas a segurança formal, mas antes a justiça substantiva, material que se distribui na sociedade em dimensão igualitária, resvalando na concretização dos direitos sociais (BONAVIDES, 2001).

A cidadania é apregoada na Constituição Federal de 1988 como um dos fundamentos sobre o qual se assenta a República Federativa do Brasil, portanto, na esteira de ideias fundamentais. Apresenta-se no plano teórico como elemento capaz de dar azo a princípios outros norteadores da conformação do Estado Democrático de Direito, sendo trajetória de exercício inverso ao da soberania, posto que parte da conduta do indivíduo que se dirige ao ente estatal, manifestando-se com relação à vida política, cívica e social.

A consideração do indivíduo como nacional é, segundo o texto Constitucional, pressuposto da cidadania, pois aos nacionais devidamente identificados como tais asseguram-se direitos exercíveis

em território nacional, de modo que, no art. 12 do Texto Constitucional, define-se a nacionalidade como uma relação de pertença do indivíduo a determinado país no qual se compreende, segundo os critérios legais.

Prossegue a Carta Magna de 1988, exemplificando componentes da cidadania em seu art. 14, que nesse passo se traduz pelo exercício do direito ao sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com igual valor para todos e nos termos da lei, mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular. Sem adentrar no mérito de cada um desses elementos, identifica a Constituição por meio desses mecanismos a participação popular direta dos indivíduos nos processos decisórios. Inclui-se, ainda, como expressão da cidadania a legitimação para o ajuizamento da ação popular como tal, definida no art. 5º, inciso LXXIII.

Marshall (1967) identifica na cidadania três elementos: civil, político e social. O elemento civil é composto de direitos necessários à liberdade individual, político, por sua vez, se materializa por meio da participação no processo político como um membro investido de autoridade política, ao passo que o social se refere a um mínimo de bem-estar econômico ao acesso aos bens assistenciais e instrumentos inerentes à civilização e aos padrões sociais. Por sua vez, Leff (2010) indica a necessidade de uma ética democrática em que a equidade está marcada pela diversidade, pela construção da pessoa e pelo indivíduo, no encontro com a complexidade e seu posicionamento diante do outro.

Destacam-se a racionalidade comunicativa, a democracia cognitiva e a socialização do saber, que nutrem o processo de aprendizagem e são capazes de gerar a internalização de um saber construído social e culturalmente. Não se trata, porém, da introjeção de uma doutrina e um conhecimento externo, mas de uma construção sempre interativa entre sujeitos, indivíduos e comunidades, em que se reconfiguram os saberes pessoais (LEFF, 2010).

A concepção de que há uma tendência crescente do Estado a penetrar ou mesmo absorver a sociedade civil e de formas cada vez mais autoritárias persiste, a par da consideração de que o Estado

ou carece de recursos financeiros ou de capacidade institucional. O Estado-nação continua a predominar como unidade de análise e suporte lógico da investigação, o que impede captar cientificamente a lógica própria e a autonomia crescente das estruturas e dos processos locais típicos de unidades de análise menores que possuem uma lógica infra estatal (SANTOS, B., 2010).

O dualismo Estado-sociedade civil é presente no pensamento moderno ocidental, concepção na qual o Estado é uma realidade construída, uma criação artificial e moderna quando comparada com a sociedade civil. Ressalte-se que a sociedade civil é concebida como domínio da vida econômica, das relações sociais espontâneas orientadas (SANTOS, B., 2010). Boaventura de Souza Santos (2010), ao tratar da reinvenção solidária e participativa do Estado, apresenta dois paradigmas de transformação social: a revolução e o reformismo, configurando-se o primeiro exercido contra o Estado e o segundo pelo Estado. Destaca quanto ao reformismo que atualmente o Estado se tornou problemático, transformando-se em objeto da reforma, em vez de sujeito dela; nesse molde, a sociedade passaria a ser ela mesma o sujeito da reforma.

Há algo paradoxal no reformismo, porquanto pode uma dada condição social se repetir e não melhorar ou melhorar e não se repetir. O caráter fragmentário, desigual e seletivo das mudanças sociais normais lhe atribui extensa opacidade, fazendo com que a mesma condição ou política seja por determinados grupos sociais considerada repetição e por outros considerada melhoria. Por meio de estratégias de hegemonia, o Estado garantiu a lealdade das diferentes classes sociais à gestão estatal das oportunidades e dos riscos, na mesma medida em que garantiu sua própria estabilidade, como entidade política e administrativa (SANTOS, B., 2010).

As Constituições Brasileiras são efetiva e constantemente invocadas quando se trata de suscitar questões relativas ao poder e frequentemente olvidadas em se tratando de invocação de direitos e liberdades fundamentais. A efetividade da Constituição quanto aos direitos fundamentais, à democracia e aos objetivos do Estado

demonstra que o Texto Constitucional não pode tudo, do mesmo modo que as ideias não conseguem mudar o mundo, todavia a sua utilização, como projeção de valores comunitários relativos aos vínculos de solidariedade social, possui poder para algo que consiste na direção para o futuro (DANTAS, 2009). A seguir, o papel dos partidos políticos na configuração institucional das democracias.

5. PARTIDOS POLÍTICOS E CONTRIBUIÇÕES PARA A DEMOCRACIA

O trabalho parte das reflexões a partir de *Partido e Elites na Política Contemporânea*, que reflete sobre os partidos políticos enquanto instituições e sua relação com as elites políticas, discutindo seus aspectos teóricos e conceituais, com configuração institucional das democracias; e quanto especificamente ao tema dos partidos políticos, o foco é dirigido a diversas interpretações acerca do seu papel nos sistemas políticos democráticos. Aqui, o objetivo foi fazer reflexão da experiência partidária a partir dos referenciais trabalhados (DUVERGER, 1970; SARTORI, 1982; PANEBIANCO, 2005; TAROUÇO, MADEIRA, 2013).

O termo partido político compreende sua origem, que deriva da palavra parte, do latim *partire* de um lado, e a associação com tomar parte, e, portanto, com participação, do outro. Contudo, o termo partido entrou em uso, substituindo gradualmente a expressão depreciativa facção, com a aceitação da ideia de que um partido não é necessariamente uma facção, que não necessariamente um mal” (SARTORI, 1982, p. 23). É de Tocqueville a compreensão de que “os partidos são um mal inerente aos governos livres”, são inevitáveis. Nenhum país grande e livre passou sem eles. Ninguém mostrou como o governo representativo poderia funcionar sem eles” (apud SARTORI, 1982, p. 44).

É necessário pontuar que os partidos políticos da modernidade são um fenômeno recente no começo do séc. XX. As primeiras formações partidárias surgiram na Europa Ocidental entre o fim do

século XVIII e as primeiras décadas do séc. XIX” (SARTORI, 2012) e construção associada à origem dos parlamentos nacionais europeus após o colapso das monarquias absolutistas. Há quem sustente que, historicamente, a origem do partido pode remontar à primeira metade do século XIX, na Europa e nos Estados Unidos. É o “momento da afirmação do poder da classe burguesa e, do ponto de vista político, é o momento da difusão das instituições parlamentares, ou da batalha política pela sua constituição (BOBBIO, MATTEUCCI e PASQUINO, 2010, p. 899). O exemplo é a Inglaterra com sua tradição parlamentar, onde partidos aparecem com o Reform Act de 1832.

Foram analisadas as primeiras investigações sistemáticas sobre partidos com Ostrogorski (2012) e Michels (1982, 2001). Aliás, os estudos foram pioneiros na análise dos sistemas partidários, inclusive o primeiro trabalho foi publicado originalmente em 1902, representou a primeira tentativa séria de analisar as consequências do sufrágio democrático por meio de uma análise comparativa dos sistemas políticos. Como tal, o estudo em dois volumes de Ostrogorski sobre o sistema partidário na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos exerceu profunda influência nos escritos. O autor pode ser caracterizado como analista descritivo do sistema partidário desses dois países, desenvolvendo conceitos e métodos que anteciparam em quase meio século aqueles usados posteriormente por cientistas políticos americanos e britânicos.

Por sua vez, Robert Michels vai escrever outro clássico dos estudos políticos “sociologia dos partidos políticos” a situação dos partidos democráticos modernos como partido militante, dos chefes, da estabilidade dos chefes, do seu poder financeiro, chefes e imprensa, política das massas, na veneração, característica acessória dos chefes. dentre outros temas. O autor realizou em publicação anterior à Primeira Guerra Mundial, crítica à social-democracia, procurando delimitar as possibilidades da formação de uma vontade coletiva, coincidindo interesses dos dirigidos e dirigentes, na perspectiva democrática. Com a adaptação da socialdemocracia ao parlamentarismo, Michels formulou diversas críticas para a análise

desse processo, elaborando teoria dos partidos que reforçou a crítica elitista ao sistema democrático, cujo centro é a ideia de que toda organização leva à oligarquia, inclusive separação entre uma camada dirigente (chefes, aristocracia) e uma massa.

Outrossim, Maurice Duverger vai propor esboço de uma primeira teoria geral dos partidos políticos, que possa servir de guia a análises de profundidade, propondo elaborar métodos de pesquisa, quadro geral de estudo com esforço de classificação metódico (DUVERGER, 1980, pp. 13/14). Segundo a definição de Max Weber, partido político é uma associação que visa a um fim deliberado, seja objetivo como a realização de um plano com intuítos materiais ou ideais, seja pessoal, destinado a obter benefícios, poder, ou conjuntamente para conquista do poder político (BOBBIO, MATTEUCCI e PASQUINO, 2010, p. 898).

Os partidos políticos foram criados no Brasil próximo a Independência (1822): partido português, partido brasileiro e partido liberal radical. Posteriormente, no Império (1822-1889), Primeira República (1889-1930), Período Getúlio Vargas (1930-1945), República democratizada (1945-1964) e Ditadura Civil-Militar (1964-1985) foram diversos os sistemas partidários. Por outro lado, cabe ressaltar que no Brasil o último sistema partidário deriva da reabertura democrática (1979) e se implementa com a Constituição Federal de 1988. Pode ser caracterizado pelo “alto número de partidos e pela alta fragmentação do sistema partidário (...) sua origem remonta a estratégia do governo militar de dividir a oposição em vários partidos” (MAYER, 2018, p. 13).

Os partidos políticos criados no Brasil e devidamente registrados no Tribunal Superior Eleitoral (TSE) constituem ao todo 32 legendas, algumas delas construíram três federações como estrutura inovadora no sistema partidário brasileiro: Federação Brasil da Esperança (Fe Brasil), Federação PSDB Cidadania e Federação PSOL REDE⁸³. Segundo informações da própria Câmara dos Deputados, as federações têm natureza permanente (por período determinado, melhor pontuar) e são formadas por partidos que têm afinidade programática e

83 Federação Brasil da Esperança (Fe Brasil PT, PCDOB e PV), Federação PSDB Cidadania e Federação PSOL REDE.

duram pelo menos os quatro anos do mandato. Se algum partido deixar a federação antes desse prazo, sofre punições, tais como a proibição de utilização dos recursos do Fundo Partidário pelo período remanescente.

Com efeito, as federações devem ter abrangência nacional, o que também as diferenciam das coligações. Assim, federações são equiparadas a partidos políticos — elas podem, inclusive, celebrar coligações majoritárias com outros partidos políticos, mas não os partidos integrantes de forma isolada (AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS, 2022). Com efeito, a Lei 14.208/21 autoriza os partidos políticos a se unirem em uma federação para disputarem eleições e atuarem como legenda. Seu conceito está expresso em seu artigo 11-A: *Art. 11-A: Dois ou mais partidos políticos poderão reunir-se em federação, a qual, após sua constituição e respectivo registro perante o Tribunal Superior Eleitoral, atuará como se fosse uma única agremiação partidária. Os parlamentares decidiram tornar lei o projeto que permite aos partidos políticos se unirem em uma federação, com derrubada do veto em sessão do Congresso Nacional (AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS, 2021)⁸⁴.*

A lei 14.208/21 prevê que todas as questões de fidelidade partidária que se aplicam a um partido se aplicam também à federação — o que significa que, se um parlamentar deixar um partido que integra uma federação, ele estará sujeito às regras de fidelidade partidária que se aplicam a um partido político qualquer. É necessário pontuar que as federações deverão ter estatuto, assim como um partido político, que deverá normatizar questões como atuação da bancada parlamentar e iniciativas da federação. O estatuto poderá prever eventuais punições a parlamentares que não seguirem a orientação da federação numa votação, por exemplo, lembrando que a expulsão de um parlamentar do partido não implica qualquer prejuízo para o mandato, mas apenas o desligamento voluntário e sem justa causa (AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS, 2022). Há quem entenda como Guilherme Barcelos que:

84 <https://www.camara.leg.br/noticias/810608-congresso-derruba-veto-e-permite-formacao-de-federacao-partidaria/>

“Ocorre que a união, que, ao contrário das coligações, é de caráter duradouro, possui caráter nacional, funcionando como uma espécie de avant première para a fusão ou incorporação. Sendo de caráter duradouro e nacional, não há como negar os reflexos da formação de uma federação para além das agremiações em nível federal, trazendo profundas consequências nas esferas estadual e municipal, inclusive para as eleições municipais, afinal, elas se dão no meio dos mandatos federais e estaduais”.
BARCELOS (2022, p.1)

Portanto, distintamente aos que consideram que a “federação partidária corresponde, ontologicamente, às antigas coligações partidárias” (HAYASHI e DUARTE, 2021), trata-se de instituto distinto, que deve requerer cultura política diversa das coligações com sua conhecida provisoriedade. Aqui as federações demandam aproximações ideológicas de caráter programático, na atuação parlamentar e no enfrentamento de questões centrais nacionais. Com efeito, diferentemente das coligações, o instituto cria “fusão” ou “união” temporária entre as siglas, que precisa durar pelo menos quatro anos. Assim, não poderão ter candidatos diferentes aos governos estaduais nem nas disputas municipais de 2024. A federação não é uma aliança de ocasião, caso abandone a federação o partido, entretanto, perde o tempo de rádio e TV, o direito a funcionamento parlamentar e o fundo partidário. Portanto, a federação tem caráter programático, diferente das coligações.

O detalhamento da nova lei foi realizado pelo Tribunal Superior Eleitoral. Como previsto no ordenamento jurídico partidário-eleitoral brasileiro, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) detém competência normativa e regulamentou (Resolução-TSE nº 23.670/2021) a lei recém-aprovada ou responder a consultas formuladas por autoridades federais sobre a interpretação correta de um ponto ou outro. Além disso, uma revisão da legislação poderá ser feita pelo Congresso Nacional após o pleito de 2022, com validade para os pleitos seguintes, aperfeiçoando um ponto ou outro do instituto da federação.

Por fim, as coligações foram extintas pela Emenda Constitucional 97, de 2017, dificultando para o eleitor aferir o alcance do seu voto. Ao votar em um candidato, por causa dos mecanismos de transferência de votos do sistema proporcional, poderia ajudar a eleger um outro candidato de outro partido com perfil ideológico totalmente diferente daquele que tinha escolhido, pois as coligações podiam unir partidos ideologicamente diferentes. Como as federações preveem uma união por todo o mandato, os partidos devem se unir a outros com os quais tenham afinidade ideológica, reduzindo o risco de um eleitor ajudar a eleger um candidato de ideologia oposta à sua. Enfim, as federações foram criadas para ajudar os partidos menores a alcançarem a cláusula de barreira, regra legal que limita a atuação de legendas que não obtém determinada porcentagem de votos. Com a Lei 14.208/21, a cláusula será calculada para a federação como um todo, e não para cada partido individualmente (AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS, 2022).

Com efeito, cabe registrar que há penalidades para o partido que procurar deixar a federação antes do prazo de quatro anos. É necessário pontuar que há constituição de estatuto e programa comuns, órgãos de direção nacional, facultando-se os demais. Recursos do fundo partidário são destinados a cada partido proporcionalmente ao seu desempenho eleitoral. A federação impõe efeitos nas eleições locais. Há regras de escolha de candidaturas. Os quocientes são contados de acordo com os votos obtidos pela federação. Trata-se, “de um novo partido, ainda que temporário ou não definitivo e ainda que haja a conservação de algumas notas de personalismo, como nome, número e afins” (BARCELOS, 2022, p. 1).

Ademais, se nota que a experiência das federações possui exemplos em outros países democráticos, como Alemanha, Chile, Espanha, Portugal e Uruguai. Assim, cita-se como exemplo o Uruguai que tem adotado a frente ampla, com vários partidos se organizando em torno de objetivo comum. Na Alemanha, a chanceler Ângela Merkel governou a Alemanha por federação partidária desde 2005. Contudo,

é necessário aprofundamento teórico e analítico das experiências adotadas, que não se enquadram na proposta deste capítulo.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Constitucional Brasileiro goza hodiernamente de uma supremacia, passando a ditar a concepção do direito de modo hierárquico, de modo que os demais ramos do ordenamento jurídico estão a ele subordinados devendo por isso guardar a devida compatibilidade. Abordou-se no capítulo acerca da formação de uma consciência constitucional. Há necessidade de se imaginar um estatuto jurídico do meio que esteja à altura do paradigma democrático marcado pelas ideias de globalidade e complexidade. Nesse contexto, a perspectiva dicotômica que se manifesta no postulado dos direitos humanos, incluído os direitos políticos, parece cindir aquilo que deve ser compreendido na totalidade, sobretudo quando a razão técnica procura retirar do ambiente todo potencial de uso. Instala-se, então, uma meta ilusória de um caminho para um progresso universal.

Com efeito, constata-se a necessidade de se considerar uma inovação democrática que suponha um deslocamento das formas tradicionais de participação social, bem como renove os arranjos institucionais possibilitando uma igualdade em substância. O constitucionalismo tanto quanto a democracia que dele emerge, nesse mister se manifesta em perspectiva, configurando-se a partir da conjugação de princípios constitucionalmente assegurados associados a uma participação máxima dos cidadãos na vida política. Por fim, a publicação trata do papel dos partidos e dos desafios da federação partidária neste contexto atual.

Os partidos políticos cumprem papel importante de representação na sociedade estruturando mediação entre interesses de grupos sociais e o aparato estatal. Com surgimento apontado no séc. XIX, estudos pioneiros no século seguinte (séc. XX) procuraram analisar os partidos, cabendo registrar os trabalhos de Moisey J. Ostrogorski e Robert Michels. Outrossim, Maurice Duverger vai propor

esboço de uma primeira teoria geral dos partidos políticos, que possa servir de guia a análises de profundidade, propondo elaborar métodos de pesquisa, quadro geral de estudo com esforço de classificação na Ciência Política. A construção da proposta da federação partidária passa a ser implementada no Brasil a partir da Lei 14.208/21, autorizando partidos políticos a se unirem em federação para disputarem eleições e atuarem como uma só legenda. Tal modelo supera a experiência das coligações e vai exigir atuação conjunta dos partidos que compõem a estrutura federativa pelo prazo mínimo de quatro anos. A federação trata-se de forma distinta, que deve requerer cultura política diversa das coligações com sua conhecida provisoriedade. Aqui as federações demandam aproximações ideológicas de caráter programático. De outra forma, cada federação reúne características próprias diante dos partidos políticos que a compõem.. Ainda é cedo para avaliar se a federação simplesmente terá razões eleitorais ou se conseguirá unificar pautas nacionais a serem tratadas diante do espectro ideológico dos partidos que compõem a federação.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. **Entenda as diferenças entre coligações e federações e veja como funcionarão.** Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/noticias/811671-entenda-as-diferencas-entre-coligacoes-e-federacoes-e-veja-como-funcionarao/> > Acesso em 07 novembro. 2022.

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. **Congresso derruba veto e permite formação de federação partidária.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/810608-congresso-derruba-veto-e-permite-formacao-de-federacao-partidaria/> Acesso em 28 dezembro. 2022.

ALMEIDA, A. W. B. Terras tradicionalmente ocupadas: processos de territorialização e movimentos sociais. **Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais**, v. 6, n.1, p. 9-32, maio 2004. Disponível em: <<http://www.anpur.org.br/revista/rbeur/index.php/rbeur/article/view/102>>. Acesso em: 18 abr. 2023.

AMARAL, O. E. do. O que sabemos sobre a organização dos partidos políticos: uma avaliação de 100 anos de literatura. **Revista Debates**, Porto Alegre, v.7, n. 2, p. 11-32, maio-agosto, 2013,

ARAÚJO, Luiz Alberto David. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 12^a ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. 352 p.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BENJAMIN, A. H. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, J. J. G.; LEITE, J. R. M. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, 5.ed, Coimbra: Almedina, 1991.

DAHL, Robert. A. **Sobre a Democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2001.

DANTAS, F. A. C. A noção de pessoa e sua ficção jurídica: a pessoa indígena no Direito brasileiro. In: MATOS, A. C. H. (Org.). **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

DANTAS, M. C. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DUVERGER, M. **Os Partidos Políticos**. Trad. Cristiano Monteiro Oiticica. Rio de

Janeiro, Zahar, Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1980. FRANCISQUINI, Renato. Pragmatismo e teoria democrática: o valor não instrumental da democracia. Leviathan **Cadernos de Pesquisa Política**, n. 19, 2021. GHUNTER, Richard & amp.; DIAMOND, Larry. Espécies de partidos políticos: uma nova tipologia. Paraná eleitoral: **Revista brasileira de direito eleitoral e ciência política**. 4:1. 2015.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 26.ed. Saraiva, 1999.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FARIAS, Cláudia Feres. **Democracia deliberativa: Habermas, Cohen e Bohman**. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/ln/n50/a04n50.pdf>> Acesso em: 08\08\2015.

FRAGA, Ricardo Carvalho; VARGAS, Luiz Alberto. **Estado e Constitucionalismo social**. Disponível em: <www.trt4.jus.br/ItemPortlet/download/3245/04_de_fevereiro.pdf>. Acesso em: 27 de julho de 2023.

FERREIRA, H. S.; LEITE, J. R. M. A expressão dos objetivos do Estado de direito ambiental na Constituição Federal de 1988. In: FERREIRA, H. S. et al. **Repensando o Estado de direito ambiental**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2012.

GODOY, Miguel Gualano de. **A democracia deliberative como guia para a tomada de decisões legítimas: análise teórica a partir de Carlos Santiago Nino e algumas práticas institucionais no Brasil contemporâneo**. Revista Co-herencia. Vol. 8, n. 14. Enero. Junio 2011, pp.63-91. Medellín, Colombia, p.63.

HABERLE, P. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In SARLET, I.W. (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2ª ed. Ver e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

KARSTEN, Frank; BECKMAN, Karel. Além da democracia. Tradução de Fernando M. Ferreira. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises, 2013, p.25-69.

LEITE, J. R. M. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, J. J. G.; LEITE, J. R. M. (Orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HOEKEMA, A. J. Hacia um pluralismo jurídico formal de tipo igualitário. **El Otro Derecho**, Bogotá, n. 26-27, p. 63-99, abr. 2002.

Disponível em: <lsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr026-27/elotrdr026-27-03.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2023.

BOBBIO, N., **A era dos direitos**. Tradução Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. São Paulo: Renovar, 1993.

BARCELOS, Guilherme. Federação partidária e fidelidade partidária. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 12 de maio de 2022.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO Gianfranco. **Dicionário Político**. 13. ed. Trad. Carmen C, Varriale et alli. Editora: Brasília: Universidade de Brasília, 2010.

BRAGA, Maria do Socorro. A agenda dos estudos sobre partidos políticos e sistemas Partidários no Brasil. **Revista de Discentes de Ciência Política da UFSCAR** | Vol. 1 – n. 1 – 2013.

BRASIL. Lei 14.208, de 28 de setembro de 2021. <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.208-de-28-de-setembro-de-2021-348249890> > Acesso em 07 novembro. 2022.

HAYASHI e DUARTE. Vamos falar sobre federação partidária e seus reflexos nas eleições de 2022. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 22 de julho de 2021. MAIR, P. Os partidos políticos e a democracia. *Análise social*, v. XXXVIII, n. 167, 2003. MANIN, B. A democracia do público revisitada. **Novos Estudos Cebrap**, novembro 2013 pp. 115-127.

LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. **Poder constituinte reformador: limites e possibilidade da revisão constitucional brasileira**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

MARUM, J. A. O. Meio ambiente e direitos humanos. In: PIOVESAN, F. et al. **Direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais**.

São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção Doutrinas Essenciais, 3).

MAZZUOLLI, V. O. A proteção internacional dos direitos humanos e o direito internacional do meio ambiente. **Revista Amazônia Legal de Estudos Sócio-Jurídicos-Ambientais**, Cuiabá, v. 1, n. 1, p.169-196, jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32790-40564-1-PB.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2023.

MAYER, Rodrigo. **Partidos políticos no Brasil: do Império à Nova República**. Curitiba: intersaberes, 2018.

MÉDICI, Alejandro. **La Constitución Horizontal: teoría constitucional y giro decolonial**. Centro de estudios jurídicos y sociales Mispat, A.C., Facultad de Derecho de La Universidad Autónoma de San Luis Potosí; Educación para las Ciencias em Chiapas, 2012. 189 p.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**.3.ed.rev. atual, São Paulo: Saraiva, 2008.

MIGUEL, Luis Felipe. **Consenso e conflito na teoria democrática: para além do “agonismo”**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n92/a02n92.pdf>>. Acesso em: 15 de julho de 2015.

MENDES, Conrado Hubner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MITCHELS, Robert. **Para uma sociologia dos partidos políticos na democracia moderna**. Trad. José M. Justo. Lisboa: Antígona, 2001.

----- . **Sociologia dos Partidos Políticos**. Trad. Arthur Chaudon. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1982.

MORIN, E. **O método II: a vida da vida**. Tradução de Marina Lobo. Porto Alegre: Sulina, 2011.

OSTROGORSKI, M. **Democracy and the organization of political parties**. London: Forgotten Books, 2012.

OLIVEIRA, A. Organização e Ideologia nos Partidos da América Latina: uma Aproximação da Hipótese de Michels. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 62, n. 1, e20160258, 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano**. Estocolmo, 1972. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/estocolmo1972.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2023.

NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006. PONTES DE MIRANDA, **Comentários à constituição de 1967, com a emenda n.1, de 1969**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico): algumas aproximações. In. SARLET, I. W.(Org.) **Estado socioambiental e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado editora. 2010

SIEYÈS, Emmanuel. **A constituinte burguesa**. 2.ed. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1988.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito Constitucional positivo**. 32. ed. rev.e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVEIRINHA, Maria João. **Democracia deliberativa e reconhecimento: repensar o espaço público**. Disponível em:<<http://www.rcl.cecl.com.pt/edicoes/rcl-36-retorica/47-varia/125-democracia-e-reconhecimento-repensar-o-espaco-publico>> Acesso em: 08 agosto de 2023.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, L. L. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso. **Direito ambiental constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2010. PANEBIANCO, A. 2005. **Modelos de Partido**. Organização e Poder nos Partidos Políticos. São Paulo: Martins Fontes.

PERES, Revisitando a Teoria Geral dos Partidos de Maurice Duverger. **BIB Revista Brasileira de Informações Bibliográficas em Ciências Sociais**. 69: 2, pp. 17-58. 2009. POST, Richard e SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre Constitución y Pueblo**. Buenos Aires, Siglo Veinteuno Editores, 2013. p. 11-39.

PSOL. <https://psol50.org.br/federacao-partidaria-entenda-como-funciona-ferramenta-que-une-psol-e-rede-nas-eleicoes-de-2022/> > Acesso em 07 novembro. 2022. PSOL. **Programa**. Disponível em: <<https://psol50.org.br/partido/programa/>> Acesso em 26 dezembro. 2022.

PSOL. **Documentos Federação Psol e Rede**. Disponível em:< <https://psol50.org.br/documentos-federacao-psol-e-rede-sustentabilidade/>> Acesso em 26 dezembro. 2022. > Acesso em 26 dezembro. 2022.

PSOL. **Resolução**. Disponível em:< <https://psol50.org.br/psol-re-afirma-compromisso-com-lula-e-fara-parte-da-base-do-governo-no-congresso/>> Acesso em 26 dezembro. 2022.

PSOL.<https://psol50.org.br/federacao-partidaria-entenda-como-funciona-ferramenta-que-une-psol-e-rede-nas-eleicoes-de-2022/> > Acesso em 07 novembro. 2022. SARTORI, G. **Partidos e Sistemas Partidários**. Brasília, Zahar/UNB, 1982.

REDE SUSTENTABILIDADE. **Manifesto**. Disponível em:< <http://redesustentabilidade.org.br/manifesto//>> Acesso em 26 dezembro. 2022. REBELLO, M. Os partidos políticos: uma evolução de tipologias sob novos Contextos. **III. Seminário Internacional de Ciências Sociais-Ciência Política**, Universidade dos Pampas, agosto de 2014.

TAROUCO, Gabriela da Silva e MADEIRA, Rafael Machado. Partido, programas e o debate sobre esquerda e direita no Brasil. **Revista de Sociologia Política**, v. 21, n. 45, mar. 2013, pp. 149-165.

WEBER Max. Economia e Sociedade. **Partidos e Organização partidária**. p.544-560.

VERDÚ, P. L. **O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RESUMO

Este artigo explora os desafios, tendências e inovações no panorama jurídico contemporâneo, destacando a necessidade crítica de adaptação às rápidas mudanças tecnológicas e sociais. Discute-se a influência da globalização e da digitalização no direito, bem como o papel emergente do direito ambiental e das normativas sobre inteligência artificial. O texto agora aborda também a regulação necessária das redes sociais, baseando-se em modelos de países que já implementaram legislações efetivas, além de contemplar o direito aplicado a eventuais colonizações interplanetárias e contatos com civilizações extraterrestres. A análise enfatiza a importância de uma formação jurídica evolutiva e a necessidade de novas práticas regulatórias para enfrentar esses desafios, propondo uma visão integrada que alia a legislação terrestre e espacial em face do avanço da humanidade.

Palavras-chave

Direito Contemporâneo; Inovações Jurídicas; Globalização; Direito Ambiental; Inteligência Artificial; Regulação de Redes Sociais; Direito Interplanetário.

Abstract

This article explores the challenges, trends, and innovations in the contemporary legal landscape, highlighting the critical need for adaptation to rapid technological and social changes. It discusses the influence of globalization and digitalization on law, as well as the emerging role of environmental law and regulations on artificial intelligence. The text now also addresses the necessary regulation of social media, based on models from countries that have already implemented effective legislation, and considers the application of law to potential interplanetary colonization and contact with

85 Doutor hc em Direito e Polímata pela CEU Mestre pela Universidade de Lérida Professor e Palestrante em várias conferências internacionais Jurista e Cientista Social

extraterrestrial civilizations. The analysis emphasizes the importance of an evolving legal education and the need for new regulatory practices to meet these challenges, proposing an integrated view that combines terrestrial and space law in the face of humanity's advancement.

Keywords

Contemporary Law; Legal Innovations; Globalization; Environmental Law; Artificial Intelligence; Social Media Regulation; Interplanetary Law.

I. INTRODUÇÃO

No limiar do século XXI, o mundo jurídico encontra-se diante de uma encruzilhada definida pela rapidez das transformações sociais, econômicas e tecnológicas.

A globalização, impulsionada pelo avanço incessante da tecnologia, desdobra-se em múltiplos desafios e oportunidades para o direito contemporâneo.

No limiar do século XXI, o mundo jurídico encontra-se diante de uma encruzilhada definida pela rapidez das transformações sociais, econômicas e tecnológicas. A globalização, impulsionada pelo avanço incessante da tecnologia, desdobra-se em múltiplos desafios e oportunidades para o direito contemporâneo.

Este artigo oferece uma visão abrangente dessas mudanças, destacando não apenas os desafios e as tendências emergentes, mas também as inovações que estão reformulando o panorama jurídico global.

A importância de compreender essas transformações reside na necessidade de adaptação das leis e práticas jurídicas que, agora mais do que nunca, devem refletir e responder eficazmente à dinâmica de um mundo interconectado e digitalmente evoluído.

As questões emergentes são variadas e complexas, envolvendo desde a regulação de novas tecnologias, como inteligência artificial e big data, até a necessidade de uma resposta jurídica globalizada e harmonizada para questões transnacionais, incluindo a regulação

das redes sociais e o desenvolvimento do direito em cenários interplanetários e contatos alienígenas.

A eficácia com que o direito consegue adaptar-se a essas novas realidades não apenas influencia a justiça e a equidade dentro das sociedades, mas também determina a capacidade do campo jurídico de proteger direitos fundamentais e promover o desenvolvimento sustentável.

Este artigo, portanto, não apenas mapeia os contornos desses desafios, mas também explora as tendências que estão moldando o futuro do direito e as inovações que prometem tornar a administração da justiça mais eficiente.

Através dessa análise, busca-se fomentar uma compreensão mais profunda dos caminhos que os profissionais do direito e os formuladores de políticas podem seguir para garantir que o direito continue sendo um pilar de governança e ordem em uma era marcada por mudanças rápidas e, muitas vezes, imprevisíveis.

II. GRANDES DESAFIOS DO DIREITO CONTEMPORÂNEO

Os grandes desafios do direito contemporâneo estão profundamente entrelaçados com as rápidas transformações que definem a era atual.

Conforme acentuaram Camila Soares Gonçalves e Cláudia Mota Amaral:

“A tecnologia da informação e a comunicação globalizada mudaram o mundo e o cenário do comportamento da sociedade, modificando principalmente o acesso dos usuários à internet e ao comércio.” (GONÇAVES; AMARAL, 2023)

Essas mudanças apresentam questões complexas que exigem uma adaptação constante e considerada do direito às novas realidades sociais e econômicas.

Este panorama é marcado por três principais desafios que se destacam pela sua relevância e impacto no ordenamento jurídico global.

Primeiramente, a adaptação do direito às novas demandas sociais e econômicas é um desafio que transcende fronteiras nacionais. As sociedades modernas enfrentam questões emergentes como a crescente desigualdade econômica, mudanças demográficas significativas, e a urgência de sustentabilidade ambiental.

O direito é chamado a responder a essas questões de maneira eficaz, seja através da reformulação de normas trabalhistas que contemplem novas formas de trabalho, como o gig economy, ou através do fortalecimento de leis ambientais que assegurem a proteção de recursos naturais para as futuras gerações.

Em segundo lugar, os desafios decorrentes da digitalização e da proteção de dados destacam-se como uma das áreas mais críticas. Com o volume crescente de dados pessoais sendo coletados, armazenados e processados, surge a necessidade imperativa de proteger essas informações.

O Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR) da União Europeia é um exemplo de como legislações podem ser formuladas para regular esta questão, proporcionando um modelo que muitos países buscam emular para garantir a privacidade e a segurança dos dados de cidadãos.

Por fim, a influência crescente do direito internacional e supranacional nas legislações nacionais é um fenômeno que reflete a globalização. Organizações internacionais e blocos econômicos, como a ONU e a União Europeia, desempenham papéis cada vez mais significativos na criação de normativas que têm impacto direto nos direitos e deveres dos Estados e de seus cidadãos.

Esse aspecto é particularmente visível em áreas como direitos humanos, comércio internacional e proteção ambiental, onde as decisões e tratados internacionais começam a moldar as políticas internas dos países.

Esses desafios não são apenas questões isoladas, mas estão interligados, exigindo uma abordagem holística e integrada para a reforma legal. Assim, o direito, como um sistema vivo, deve ser constantemente revisado e adaptado para melhor servir à justiça e à ordem social em um mundo em transformação.

III. TENDÊNCIAS JURÍDICAS EMERGENTES

À medida que navegamos por um panorama jurídico em constante evolução, diversas tendências emergentes começam a moldar o futuro do direito.

Estas tendências não apenas refletem respostas a desafios contemporâneos, mas também antecipam as necessidades futuras da sociedade global.

Os advogados estão sendo desafiados a contribuir com essa mudança tecnológica e ela está sendo inserida cada vez mais no cotidiano deles. O advogado 4.0 usa uma série de plataformas tecnológicas para potencializar seu trabalho e evitar atividades repetitivas (FEIGELSON; MALDONADO, 2019).

Entre as mais significativas, destacam-se o reforço do Direito Ambiental, a adaptação às novas tecnologias como a inteligência artificial, e as reformas no direito penal e civil.

Primeiramente, o crescente papel do Direito Ambiental é uma resposta direta à urgência da crise climática. A necessidade de legislações robustas para enfrentar questões como mudanças climáticas, perda de biodiversidade e poluição é mais premente do que nunca.

O Direito Ambiental está se expandindo para incorporar princípios de desenvolvimento sustentável em todas as áreas de legislação, desde a regulamentação de emissões industriais até a promoção de práticas sustentáveis em urbanismo e agricultura.

A recente adoção de leis que exigem que empresas relatem seus impactos ambientais e planos de sustentabilidade são indicativos de como o direito pode atuar como um catalisador para mudanças ambientais positivas.

Em segundo lugar, as implicações jurídicas da inteligência artificial e da automação representam uma das fronteiras mais dinâmicas do direito. À medida que essas tecnologias se integram cada vez mais aos setores econômicos e sociais, surgem questões complexas sobre responsabilidade, ética e privacidade.

A regulamentação da inteligência artificial envolve equilibrar a inovação tecnológica com a proteção de direitos humanos fundamentais, como a privacidade e a não discriminação. Por exemplo, como lidar com os erros de algoritmos que podem resultar em prejuízos? Quem é responsável quando uma máquina autônoma causa dano? Essas são perguntas que o direito contemporâneo precisa responder.

Por fim, as reformas no direito penal e civil para se adaptar às novas realidades sociais são essenciais para garantir que o direito permaneça relevante e justo. As mudanças demográficas, os novos arranjos familiares, e as formas emergentes de criminalidade cibernética são todos aspectos que exigem uma revisão das leis existentes.

No campo do direito penal, por exemplo, a expansão das definições de crimes virtuais e a introdução de penalidades apropriadas para delitos tecnológicos são essenciais. No direito civil, ajustes nas leis de família para reconhecer diferentes tipos de estruturas familiares refletem a evolução das normas sociais.

Essas tendências não apenas moldam a prática jurídica atual, mas também preparam o terreno para futuras gerações de juristas, que deverão estar aptas a interpretar, moldar e aplicar o direito de maneiras que respeitem tanto as tradições quanto as inevitáveis inovações do futuro.

IV. INOVAÇÕES NO CAMPO DO DIREITO

As inovações no campo do direito refletem a interseção entre avanços tecnológicos e a necessidade de um sistema jurídico mais acessível, eficiente e representativo. Essas transformações são evidentes em várias frentes, desde a incorporação de tecnologias emergentes, como Legal Tech e big data, até a implementação de novas formas de resolução de conflitos e a promoção de legislação mais inclusiva.

Analisando o contexto histórico, a Constituição foi elaborada com o propósito de criar fundamentos jurídicos robustos para determinadas metas, conforme destacado explicitamente no inciso II e, de forma mais indireta, no inciso IV do artigo 3º. Ao discutir os artigos 218 e 219, Braga observa que a Constituição:

[...] deu grande relevância ao papel da ciência e da tecnologia no desenvolvimento econômico, fato que de acordo com Grau (2008, p.265), está relacionado à função que o conhecimento desempenha na sociedade atualmente. Como é sabido, o nível de desenvolvimento socioeconômico de um país já não é mais medido pela acumulação de capital, mas também de saberes científicos e conhecimento técnico. (Braga, 2019).

A integração da tecnologia no direito, frequentemente referida como Legal Tech, está revolucionando a maneira como os serviços jurídicos são prestados. Ferramentas de automação permitem que documentos legais sejam gerados e revisados com mais rapidez e precisão, reduzindo o tempo de trabalho manual e aumentando a eficiência.

Além disso, o uso de big data e análises avançadas possibilita aos profissionais do direito prever resultados judiciais, otimizar estratégias de casos e melhor entender padrões de jurisprudência.

Essas tecnologias não apenas agilizam o trabalho jurídico, mas também tornam o acesso à justiça mais ágil e menos oneroso para os clientes.

Com o avanço das comunicações digitais, surgiram novas modalidades para a resolução de conflitos que se adequam à vida contemporânea. A mediação online oferece uma alternativa acessível e conveniente para as partes resolverem disputas sem o custo ou a formalidade de um tribunal tradicional.

Essa abordagem é particularmente útil em casos de baixa e média complexidade, onde as partes buscam uma solução rápida e menos adversarial. Paralelamente, os tribunais virtuais começaram a ser implementados para lidar com certos tipos de casos, permitindo que processos sejam conduzidos inteiramente online, o que economiza tempo e recursos tanto para o judiciário quanto para os litigantes.

O direito também tem visto avanços significativos na promoção de legislação mais inclusiva. Novas leis estão sendo formuladas e promulgadas para proteger melhor os direitos de minorias e grupos marginalizados, refletindo uma crescente conscientização sobre questões de igualdade e justiça social.

Isso inclui legislação que aborda questões de gênero, orientação sexual, raça, etnia e deficiência. Essas leis não apenas procuram corrigir desequilíbrios históricos, mas também garantir que todos os cidadãos tenham acesso equitativo às oportunidades e proteções legais.

Essas inovações no direito são testemunho de um sistema jurídico que está evoluindo não apenas para manter o passo com a mudança tecnológica e social, mas também para liderar por meio do exemplo, mostrando como a inovação pode ser empregada para promover a justiça, a eficiência e a inclusão.

V. IMPACTO DAS MUDANÇAS JURÍDICAS NAS PRÁTICAS COMERCIAIS

As mudanças jurídicas recentes, impulsionadas por avanços tecnológicos e demandas econômicas globais, estão exercendo um impacto significativo nas práticas comerciais.

Estas transformações apresentam desafios e oportunidades para empresas de todos os tamanhos, moldando a maneira como operam em um mercado cada vez mais interconectado e regulado.

Os novos modelos de negócios, especialmente aqueles centrados na economia compartilhada e plataformas digitais, enfrentam um cenário regulatório em constante evolução.

Empresas como Uber, Airbnb e diversas startups que operam sob o modelo de plataforma digital, desafiam as regulamentações tradicionais em áreas como transporte, hospedagem e serviços financeiros.

As legislações estão sendo atualizadas para garantir que questões como segurança do consumidor, responsabilidade civil e normas trabalhistas sejam adequadas a esses novos contextos.

Essas mudanças não apenas ajudam a proteger os consumidores e trabalhadores envolvidos, mas também estabelecem um campo de jogo mais nivelado que permite a competição justa entre novos entrantes e empresas estabelecidas.

O direito corporativo também está se adaptando às complexidades trazidas pela globalização econômica. As empresas que operam em múltiplos países precisam navegar um mosaico de leis corporativas, regulamentações fiscais e padrões de compliance.

A coordenação entre diferentes regimes jurídicos pode ser desafiadora, especialmente quando envolve questões como transferência de dados, propriedade intelectual e fusões transnacionais.

Além disso, as empresas precisam estar atentas às leis anticorrupção e regulamentos de comércio internacional que impactam suas operações globais. A capacidade de uma empresa

para gerenciar eficazmente essas questões jurídicas torna-se um fator crítico para o seu sucesso e sustentabilidade a longo prazo.

As regulamentações financeiras estão se tornando mais rigorosas em resposta às crises econômicas globais e aos avanços na tecnologia financeira.

Normas internacionais como as de Basileia III e as regulamentações sobre lavagem de dinheiro estão sendo implementadas para fortalecer o sistema financeiro mundial.

Essas mudanças afetam como as instituições financeiras operam globalmente, exigindo maior transparência, melhor gestão de riscos e uma supervisão mais estrita.

Além disso, a ascensão das fintechs e das criptomoedas apresenta novos desafios regulatórios que exigem uma atualização constante das normas para abordar questões de segurança, estabilidade financeira e proteção do consumidor.

As mudanças nas práticas jurídicas e nas regulamentações desempenham um papel crucial em moldar as operações comerciais no século XXI.

Ao entender e adaptar-se a essas mudanças, as empresas não apenas podem mitigar riscos, mas também podem aproveitar novas oportunidades de crescimento que surgem neste dinâmico ambiente legal e econômico.

VI. DIREITO E SAÚDE PÚBLICA: LIÇÕES DA PANDEMIA

A pandemia de COVID-19 apresentou desafios sem precedentes para o mundo jurídico, especialmente no que diz respeito ao direito de saúde pública. Este período de crise global exigiu respostas jurídicas imediatas e eficazes para mitigar os impactos na saúde e garantir o respeito aos direitos fundamentais.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou a COVID-19 como pandemia em 11 de março de 2020. Nos primeiros dezoito meses, o total global de casos confirmados superou 200 milhões, com mais de 4 milhões de mortes atribuídas ao vírus.

A América do Sul mostrou os índices mais altos de casos e mortes por milhão de habitantes, enquanto a Europa (42%) e a América do Norte (39%) apresentara taxas de vacinação completa quase duas vezes maiores do que a América do Sul (22%). Na África, apenas 4% da população recebeu pelo menos uma dose.

Essas estatísticas indicam que a pandemia impactou as regiões do mundo de maneira desigual e que as respostas dos governos ao vírus também variaram consideravelmente.

De acordo com o Oxford COVID-19 Government Response Tracker, que é o principal banco de dados sobre respostas governamentais à pandemia, enquanto a maioria dos países implementou estratégias semelhantes nos estágios iniciais, as abordagens divergiram conforme a situação evoluiu. Uma combinação de medidas não farmacológicas ajudou 39 países, incluindo China, Taiwan, Vietnã e Nova Zelândia, a controlar a primeira onda e manter as taxas de infecção sob controle.

Por outro lado, outras nações enfrentaram desafios maiores e experimentaram várias ondas da pandemia, adotando políticas restritivas com diferentes graus de intensidade, como nos casos dos Estados Unidos, Reino Unido, África do Sul, Irã, Brasil e França.

Esta seção do artigo explora as lições aprendidas e as adaptações legais feitas em resposta à pandemia, com um foco particular nas implicações para futuras crises sanitárias.

As respostas jurídicas à pandemia variaram significativamente em diferentes jurisdições, mas algumas tendências comuns emergiram. Globalmente, muitos países implementaram legislações de emergência para impor quarentenas, restrições de viagem, e fechamentos de estabelecimentos não essenciais.

No plano local, as autoridades tiveram que equilibrar as restrições à mobilidade e ao comércio com a necessidade de manter a economia em funcionamento. Além disso, questões relacionadas à privacidade dos dados surgiram com o uso de tecnologias de rastreamento de contato, levantando debates sobre a proporção e a legalidade dessas medidas em face dos direitos à privacidade e à liberdade individual.

A pandemia trouxe à tona a tensão entre políticas de saúde pública e direitos individuais. Medidas como o confinamento e a vacinação obrigatória foram contestadas em tribunais ao redor do mundo, com alegações de que tais medidas violavam direitos civis fundamentais. Essas disputas destacaram a necessidade de um equilíbrio cuidadoso entre proteger a saúde pública e respeitar as liberdades individuais.

Além disso, a pandemia exacerbou desigualdades existentes, impactando desproporcionalmente grupos socioeconômicos mais baixos, o que levantou questões sobre justiça social e equidade na aplicação das políticas de saúde.

A experiência da COVID-19 evidenciou a importância de estar legalmente preparado para crises sanitárias. Isso inclui a necessidade de estruturas legais que possam ser rapidamente adaptadas para novos surtos.

A preparação envolve a revisão de leis de emergência de saúde pública, garantindo que sejam claras, proporcionais e respeitem os direitos humanos.

Além disso, a cooperação internacional deve ser fortalecida para permitir uma resposta mais coordenada e eficaz em crises futuras. Leis que facilitam a partilha de informações, recursos e estratégias entre países podem ser cruciais para controlar eficazmente surtos globais.

Em resumo, a pandemia de COVID-19 serviu como um catalisador para reavaliar e reformar as abordagens legais à saúde pública. As lições aprendidas devem guiar o fortalecimento dos sistemas jurídicos para garantir que sejam resilientes, justos e eficazes em face de futuras crises sanitárias.

VIII. REGULAÇÃO DAS REDES SOCIAIS: NECESSIDADES E MODELOS INTERNACIONAIS

As redes sociais tornaram-se plataformas centrais para a comunicação, o entretenimento e o comércio na sociedade contemporânea. A sua penetração profunda na vida diária levanta

questões significativas sobre privacidade, segurança, manipulação de informações e impactos na saúde mental.

Conforme de Abrusio, Del Masso e Florêncio Filho:

“o propósito da rede social tem sido reconhecido. Novos serviços e canais de relacionamento emergem todo o tempo, e a lei deve, pelo menos, tentar estabelecer princípios gerais e garantias inequívocas para um melhor relacionamento com a internet. É nesse sentido que a lei pode ajudar.” (Del Masso, Abrusio, 2017)

A falta de regulamentação adequada pode levar à proliferação de fake news, discursos de ódio e violações de dados pessoais. Portanto, é imperativo implementar uma estrutura regulatória robusta que proteja os usuários sem sufocar a inovação e a liberdade de expressão.

- **União Europeia:** A União Europeia (UE) tem sido pioneira na regulamentação das redes sociais com o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR), que estabelece diretrizes rigorosas sobre o consentimento, a transparência e a transferência de dados pessoais. Além disso, a Diretiva sobre Direitos Autorais no Mercado Único Digital visa assegurar que os criadores de conteúdo sejam justamente remunerados pelo uso de suas obras nas plataformas online.
- **Alemanha:** A Alemanha adotou a NetzDG, uma lei que exige que as plataformas de redes sociais removam conteúdo de ódio e notícias falsas dentro de 24 horas após a notificação. A lei impõe multas pesadas para as plataformas que não cumprem esses requisitos, incentivando uma moderação de conteúdo mais responsável e eficaz.
- **Brasil:** No Brasil, o Marco Civil da Internet estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no país, incluindo disposições sobre a responsabilidade dos

provedores por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, tentando estabelecer um equilíbrio entre liberdade de expressão e responsabilidade legal.

Diante dos modelos internacionais e das peculiaridades nacionais, propõe-se a criação de uma agência reguladora específica para as mídias sociais no Brasil, inspirada em princípios de transparência, proteção de dados e responsabilidade editorial.

Essa agência teria o poder de aplicar diretrizes claras sobre a remoção de conteúdo ilegal, a proteção de dados pessoais e a prevenção de abusos, trabalhando em conjunto com as plataformas para garantir que os direitos dos usuários sejam mantidos sem comprometer a liberdade de expressão.

A regulação das redes sociais é uma necessidade imperativa no cenário jurídico contemporâneo, dada a sua influência abrangente na sociedade. Observando experiências internacionais, o Brasil pode formular uma abordagem equilibrada que proteja tanto os direitos individuais quanto promova um ambiente digital seguro e justo.

A implementação de uma legislação específica para as redes sociais ajudará a mitigar os riscos associados ao seu uso, ao mesmo tempo em que fomenta um espaço de inovação e livre expressão.

IX. O DIREITO E SUA APLICAÇÃO EM EVENTUAIS COLONIZAÇÕES INTERPLANETÁRIAS E CONTATOS ALIENÍGENAS

À medida que a humanidade avança na exploração espacial, com projetos ambiciosos que visam a colonização de outros planetas e a potencial descoberta de formas de vida extraterrestre, emergem questões jurídicas sem precedentes que exigem uma atenção meticulosa.

A aplicação do direito em cenários interplanetários e os contatos alienígenas representam um dos mais fascinantes e desafiadores novos fronts para o direito internacional. Este segmento do artigo explora

as implicações legais dessas possibilidades, propondo fundamentos para a construção de um quadro jurídico que possa abranger tais eventualidades.

A colonização de outros planetas, como Marte, levanta questões complexas sobre soberania, uso de recursos e responsabilidade ambiental.

Os tratados existentes, como o Tratado do Espaço Exterior de 1967, proíbem a apropriação nacional por reivindicação de soberania de qualquer corpo celeste, destacando a necessidade de um “uso pacífico” do espaço.

O Artigo V do Tratado do Espaço Exterior estipula que os Estados Partes devem comunicar prontamente aos outros Estados Partes ou ao Secretário-Geral das Nações Unidas sobre quaisquer fenômenos identificados no espaço que possam representar riscos à vida ou à saúde dos astronautas. Essa obrigatoriedade de notificação incluiria, naturalmente, a detecção de vida extraterrestre.

Conforme o Tratado da ONU sobre o Espaço, nenhuma nação ou indivíduo pode reivindicar a posse de qualquer parte ou de todo um planeta, já que estes são considerados “a província de toda a humanidade”.

Com várias nações planejando habitações de longo prazo e potencialmente a colonização de Marte, surge a questão sobre quais leis serão aplicáveis aos terrestres que se tornarem residentes de Marte.

Em resposta a essa situação, a ONU já dispõe de uma estrutura legal através da Declaração de Princípios Jurídicos que Regem as Atividades dos Estados na Exploração e Uso do Espaço Exterior, adotada em 1962.

Este documento estabelece que a nação que envia uma missão ao espaço mantém jurisdição sobre ela e seus ocupantes, de forma similar à tripulação de um navio em águas internacionais. Assim, astronautas, por exemplo da NASA, devem obedecer às leis dos Estados Unidos.

No Brasil, a regulamentação do espaço extra-atmosférico é estabelecida pelo Decreto nº 64.362, de 17 de abril de 1969, que

promulgou o Tratado sobre a Exploração e o Uso do Espaço Cósmico. Este tratado, do qual o Brasil é signatário, define as diretrizes para as atividades no espaço exterior.

A ideia de que devemos tratar qualquer forma de vida extraterrestre com respeito é suportada pela “metalei” proposta por Andrew Haley em 1953, e mais tarde desenvolvida por Ernst Fasan, que estabeleceu três princípios essenciais: (i) não prejudicar os extraterrestres, (ii) reconhecer a igualdade entre humanos e extraterrestres, e (iii) respeitar o direito dos extraterrestres à vida e a um espaço seguro.

Além disso, a ONU reconhece os astronautas como “emissários da humanidade no espaço”, reforçando a importância de causar uma boa impressão inicial. Curiosamente, embora esta seja uma preocupação significativa, o treinamento dos astronautas da NASA não inclui cursos específicos sobre etiqueta para o primeiro contato com extraterrestres.

Contudo, esses acordos foram elaborados numa época em que a colonização planetária era mais teórica do que prática. Portanto, há uma necessidade urgente de revisar e expandir o direito espacial para abordar especificamente questões como a governança de colônias espaciais, gestão de recursos extraterrestres, e a proteção de ecossistemas alienígenas desconhecidos, garantindo uma exploração responsável e ética.

A revelação de água líquida na superfície de Marte elevou as expectativas sobre a possibilidade de existência de vida no planeta. De acordo com o Tratado do Espaço Exterior, é proibida a contaminação de vida extraterrestre por humanos ou tecnologia terrestre. Áreas que contêm água líquida são designadas como “regiões especiais” e estão sujeitas a regulamentações rigorosas para exploração. Outras áreas classificadas como “regiões especiais” podem incluir zonas de atividade vulcânica ou cavernas.

Um vasto depósito de gelo descoberto em Marte poderia facilitar futuras missões de colonização do planeta. No entanto, devido às preocupações com a contaminação, as sondas da NASA não realizaram

imagens diretas da água líquida, pois os rovers em operação não atendem aos requisitos de esterilização necessários para explorar tais regiões sem comprometer potenciais formas de vida.

A restrição também se estende a humanos, que devem evitar essas áreas até que robôs estéreis realizem estudos preliminares. Com o avanço de projetos de empresas como NASA, SpaceX e Mars One, que planejam enviar humanos a Marte, permanece a questão: os humanos respeitarão as normas estabelecidas para evitar a contaminação de locais que poderiam abrigar descobertas significativas para a humanidade?

O contato com formas de vida extraterrestre é uma área ainda mais especulativa, mas igualmente significativa. Tal cenário exige a criação de protocolos legais que definam como a humanidade deve interagir com outras inteligências cósmicas. Isso inclui comunicação, intercâmbio cultural e tecnológico, e questões de bioética relacionadas ao contato.

Além disso, as implicações de um encontro com civilizações extraterrestres poderiam redefinir completamente os conceitos existentes de direito e justiça, exigindo um novo quadro legal que possa abranger direitos interspecies e a coexistência pacífica.

Para enfrentar esses desafios futuros, recomenda-se a formação de um corpo internacional de juristas, cientistas e políticos que possa elaborar diretrizes e tratados globais com foco na regulação da atividade espacial humana. Este órgão deveria trabalhar não apenas no desenvolvimento de leis que regem a colonização e o uso de recursos em outros planetas, mas também na preparação de uma resposta jurídica coordenada a possíveis contatos com civilizações extraterrestres.

As questões levantadas pela colonização interplanetária e pelo contato alienígena são, sem dúvida, complexas e desafiadoras.

No entanto, representam uma oportunidade única para o direito evoluir em paralelo com os avanços humanos, garantindo que a expansão da nossa presença no cosmos seja conduzida com

responsabilidade, respeito e em conformidade com os princípios de direito universalmente reconhecidos.

A elaboração de um quadro jurídico robusto e adaptativo será essencial para guiar a humanidade nesta nova fronteira.

X. PERSPECTIVAS FUTURAS PARA O DIREITO

À medida que avançamos no século XXI, o campo do direito enfrenta uma série de novos desafios e oportunidades que moldarão sua evolução futura.

Com base nas tendências atuais, é possível antecipar mudanças significativas na maneira como o direito é estudado, praticado e percebido na sociedade. Esta seção do artigo explora essas projeções futuras, oferecendo recomendações para a formação e prática jurídica e refletindo sobre o papel dos juristas na sociedade futura.

As transformações tecnológicas, como a inteligência artificial e a análise de big data, estão definindo novos paradigmas para a prática jurídica.

Prevê-se que a automação continuará a reformular as funções tradicionais no direito, tornando procedimentos como a pesquisa de precedentes e a análise de contratos mais eficientes.

Além disso, questões emergentes como a regulamentação das redes sociais, a bioética e a sustentabilidade ambiental ganharão destaque, exigindo novas especializações e abordagens jurídicas.

A globalização também continuará a desafiar as fronteiras tradicionais do direito, exigindo maior conhecimento e cooperação internacional entre os profissionais jurídicos.

Diante dessas mudanças, é essencial que a educação jurídica se adapte para preparar os futuros profissionais. Recomenda-se uma maior integração de cursos que abordem tecnologia, ética, direito internacional e regulação de novas plataformas digitais nos currículos das faculdades de direito.

Além disso, a educação continuada deve ser incentivada, permitindo que os profissionais já estabelecidos se atualizem frente às novas realidades legais e tecnológicas.

A prática jurídica também deve se tornar mais adaptável, com escritórios e profissionais buscando flexibilidade para lidar com questões transnacionais e multidisciplinares mais frequentemente.

No futuro, espera-se que os juristas desempenhem um papel ainda mais crucial como mediadores entre a lei e as rápidas mudanças sociais e tecnológicas. Será esperado que eles não apenas defendam os direitos fundamentais, mas também contribuam proativamente para a formulação de políticas que promovam justiça social e desenvolvimento sustentável.

Os juristas serão fundamentais na educação da sociedade sobre seus direitos e responsabilidades em um mundo cada vez mais regido por complexidades legais e éticas.

Portanto, as perspectivas para o direito são de evolução e adaptação contínua. Ao abraçar as novas tecnologias e desafios globais, enquanto se mantém fiel aos princípios de justiça e equidade, o campo jurídico pode esperar não apenas sobreviver, mas prosperar nas décadas futuras.

XI. CONCLUSÃO

Ao longo deste artigo, exploramos uma ampla gama de desafios, tendências e inovações que estão atualmente moldando o panorama jurídico contemporâneo.

Desde a regulação de novas tecnologias e redes sociais, passando pela adaptação às mudanças sociais e econômicas, até as implicações das explorações interplanetárias e a potencial interação com formas de vida extraterrestre, está claro que o campo do direito está em um ponto de inflexão crítico.

A recapitulação dos pontos discutidos revela um tema comum: o direito está constantemente evoluindo para enfrentar complexidades novas e emergentes.

Observamos o crescente papel do Direito Ambiental em resposta à crise climática, as adaptações necessárias para lidar com a digitalização e a proteção de dados, e a influência do direito internacional e supranacional que se torna cada vez mais proeminente.

Ademais, discutimos como inovações tecnológicas, como Legal Tech e big data, estão reformulando as práticas jurídicas, ao mesmo tempo que novas formas de resolução de conflitos estão sendo implementadas para tornar o sistema jurídico mais acessível e eficiente.

Diante dessas transformações, os profissionais do direito enfrentam responsabilidades significativas. Não apenas devem manter-se informados e adaptáveis às mudanças legislativas e tecnológicas, mas também devem ser proativos na promoção de um futuro jurídico que seja equitativo e eficiente.

Isso implica uma responsabilidade contínua de garantir que as leis não apenas acompanhem o progresso tecnológico e econômico, mas também reflitam e reforcem os valores fundamentais de justiça, igualdade e proteção dos direitos humanos.

Refletir sobre essas responsabilidades sublinha a importância da ética na profissão jurídica. À medida que o direito se estende a novos domínios – sejam eles digitais ou interplanetários – a integridade e o compromisso ético dos profissionais do direito serão cruciais para garantir que as inovações e mudanças sejam geridas de forma que beneficie toda a sociedade, sem exacerbar desigualdades ou comprometer direitos fundamentais.

Assim, enquanto avançamos para um futuro incerto e sem dúvida excitante, o papel dos juristas como guardiões da justiça social e promotores da inovação legal nunca foi tão vital. Através de uma abordagem colaborativa e multidisciplinar para enfrentar os desafios emergentes, podemos assegurar que o direito continue a servir como uma força para o bem, guiando a humanidade através de sua próxima fase de evolução social, econômica e, possivelmente, interplanetária.

XII. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRAGA, Marco Aurélio Cezarino. Artigos 218 e 219: técnica constitucional para superação do subdesenvolvimento. São Paulo: s.n., [2007-].

BRADBURY, Ray. As crônicas marcianas. Tradução de Ana Ban. São Paulo: Globo, 2005.

BRASIL. Decreto-Lei nº 99.165, de 12 de março de 1990. Disponível em: <https://www2.câmara.leg.br/legin/fed/decret/1990/decreto-99165-12-marco-1990-328535-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 8.617, de 04 de janeiro de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8617.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Programa Antártico Brasileiro. Disponível em: <https://www.marinha.mil.br/secirm/pt-br/proantar/tratado-antartica>. Acesso em: 16 set. 2022.

DEL MASSO, Fabiano; ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. The Legal Rights Framework for the Internet in Brazil. Disponível em: <http://www.legalcurrent.com/the-civil-rights-framework-forthe-internet-in-brazil/>. Acesso em: 22 nov. 2017.

DOMINGUES, Wilson. Domínio Público Internacional. Vídeo aula 34 e 35. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=CFyH-JxANlqQ>. Acesso em: 12 set. 2022.

FASAN, Ernst. International Law and Outer Space Activities. Haia: Martinus Nijhoff, 1970.

FEIGELSON, Bruno; MALDONADO, Viviane Nóbrega. Advocacia 4.0. [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

GARCIA, Lara Rocha; PINTO, Felipe Chiarello de Souza. Inovação e sua Principal Barreira Jurídica. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, v. 15, n. 2, e41419, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/41419>. Acesso em: 08 abr. 2024. DOI: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369441419>.

LAMOUNIER, Gabriela Maciel; BASTOS, Luciana de Castro; ABRÃO, Renata Lourenço Pereira (Org.) Desafios do Direito na contemporaneidade. Belo Horizonte: Editora Expert, 2022.

LAWRENCE, A. T.; WEBER, J. Business and Society: Stakeholders, Ethics, Public Policy. 14. ed. New York: McGraw-Hill Education, 2011.

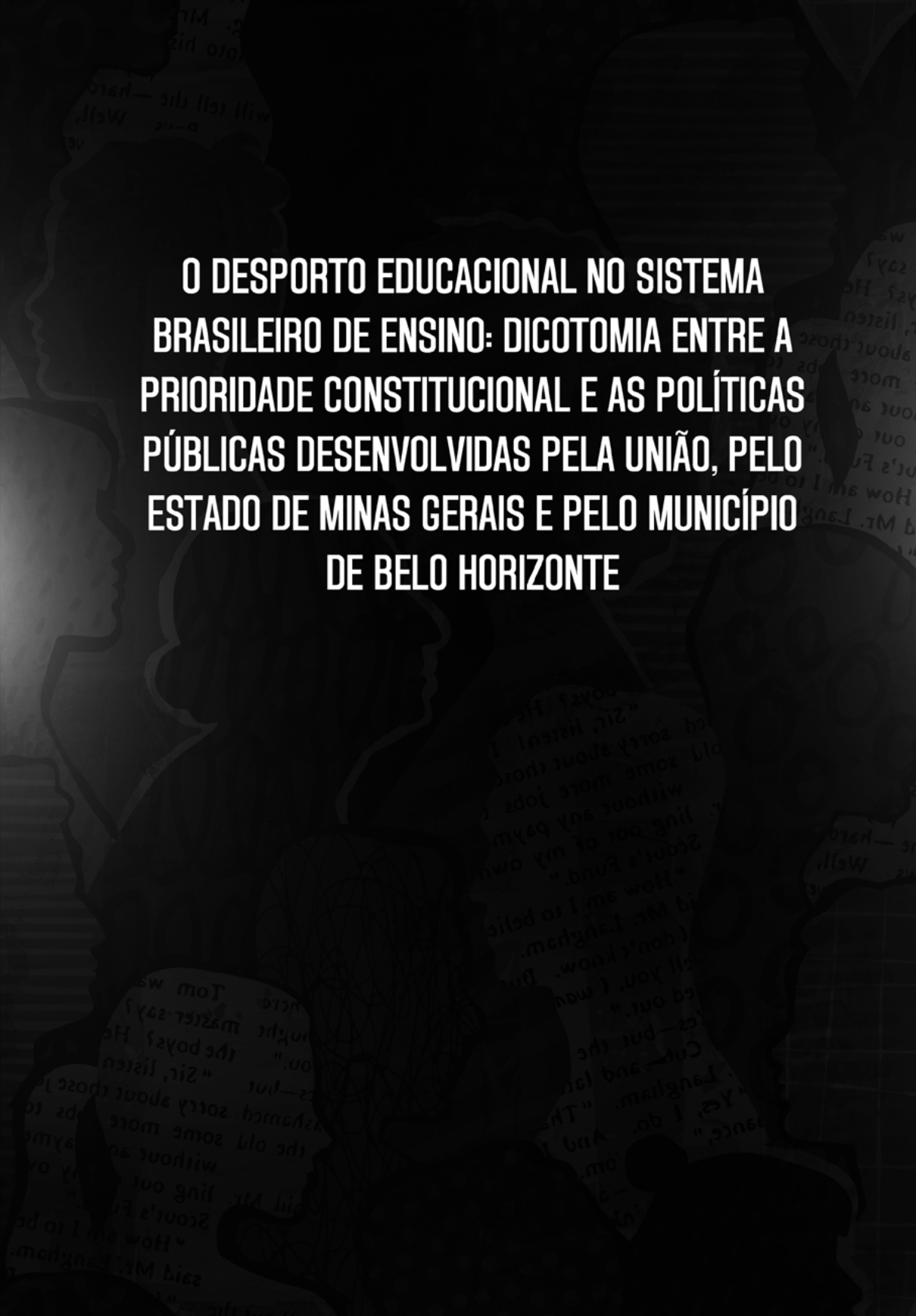
LYALL, Francis; LARSEN, Paul B. Space Law: A Treatise. 2. ed. Abingdon: Routledge, 2018.

MORAIS, José Luís Bolzan de. O estado de direito “confrontado” pela “revolução da internet”!. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 13, n. 3, p. 876-903, dez. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/33021>. Acesso em: 08 abr. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369433021>.

NEVES, Gustavo Bregalda. Direito Internacional. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Coleção OAB Nacional.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza. Juristas e tecnologias: uma interação urgente para o bem da democracia. Disponível em: <link>. Acesso em: 11 jan. 2022.

SUSSKIND, Richard. Tomorrow's Lawyers: An Introduction to Your Future. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2017.

The background features faint, dark silhouettes of people's heads and shoulders, some facing forward and others in profile. Overlaid on these silhouettes is a light gray, semi-transparent text that is mostly illegible but appears to be a transcript of a conversation. The main title is centered in a bold, white, sans-serif font.

**O DESPORTO EDUCACIONAL NO SISTEMA
BRASILEIRO DE ENSINO: DICOTOMIA ENTRE A
PRIORIDADE CONSTITUCIONAL E AS POLÍTICAS
PÚBLICAS DESENVOLVIDAS PELA UNIÃO, PELO
ESTADO DE MINAS GERAIS E PELO MUNICÍPIO
DE BELO HORIZONTE**

RESUMO

O presente artigo almeja descrever as políticas públicas para o esporte no âmbito do sistema público de ensino, por meio do orçamento para o Desporto Educacional. A metodologia utilizada se baseia na análise transdisciplinar teórico, com o objetivo de complementar o arcabouço técnico-teórico existente. De início, busca-se contribuir para a sistematização do conhecimento atual acerca do papel socializador da escola, da importância do Desporto Educacional e suas bases normativas. Na sequência, à análise centra-se no orçamento (2012-2022), da União, de Minas Gerais e de Belo Horizonte, passando-se a análise das políticas públicas para o Desporto Educacional, e, por fim, apresenta-se perspectivas sob a ótica de uma Política Nacional. Em suma, investigou-se que as ações governamentais não garantem a priorização constitucional do Desporto Educacional.

Palavra-chave: Desporto Educacional; Políticas Públicas; Sistema Brasileiro de Ensino;

Abstract: This article aims to describe public policies for sport within the public education system, through the budget for Educational Sports. The methodology used is based on transdisciplinary theoretical analysis, with the aim of complementing the existing technical-theoretical framework. Initially, we seek to contribute to the systematization of current knowledge about the socializing role of the school, the importance of Educational Sports and its normative bases. Following, the analysis focuses on the budget (2012-2022), of the Union, Minas Gerais and Belo Horizonte, moving on to the analysis of public policies for Educational Sports, and, finally, perspectives

86 Administrador; Bacharel em Direito; Pós-Graduado MBA em Consultoria e Gestão Empresarial; Membro da Comissão Jovem da Academia Nacional de Direito Desportivo (ANDD-Lab); Assessor da Presidência da Sociedade Brasileira de Direito Desportivo (SBDD); Auditor Auxiliar do Pleno do STJD do Futebol; Auditor do Pleno do STJD da Confederação Brasileira de Futebol de 7; Organizador e Autor de livros e Artigos. @carlosramalhocr: <http://lattes.cnpq.br/1254607732420821>.

are presented under the perspective of a National Policy. In short, it was investigated that government actions do not guarantee the constitutional prioritization of Educational Sports.

Keywords: Educational Sports; Public policy; Brazilian Education System;

1, INTRODUÇÃO

O Desporto funciona como um dos meios de maior inserção social do ser humano, uma vez que a atividade esportiva possibilita a aproximação e o convívio de diferentes classes sociais dentro das mesmas regras do esporte, o que pode influenciar nos processos de mudanças sociais, na formação educacional e na consolidação da identidade cultural de povo.

Dentro do contexto acima, a Constituição Federal pode ser considerada um marco no que diz respeito à efetivação do Desporto em nosso país. Isso porque o legislador constituinte, no art. 217, disciplinou como “dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um”, destinando “recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional”. Além disso, segundo TUBINO (2011), percebe-se que:

O Desporto Educacional, responsabilidade pública assegurada pelo Estado, dentro ou fora da Escola, tem como finalidade democratizar e gerar cultura através das modalidades motrizes de expressão de personalidade do indivíduo em ação, desenvolvendo este indivíduo numa estrutura de relações sociais recíprocas e com a natureza, a sua formação corporal e as próprias potencialidades, preparando-o para o lazer e o exercício crítico da cidadania (TUBINO. 2001, p.38).

O sistema de ensino é responsável por atender milhões de alunos, e, conforme o Censo Escolar de 2020 quase metade das escolas brasileiras não dispunham de estruturas para a prática esportiva (BRASIL, 2020).

A prática esportiva no ambiente escolar, portanto, se apresenta como muito mais do que uma simples atividade de descontração. Trata-se, na verdade, de um instrumento pedagógico que contribui para a formação social e intelectual por meio das experiências coletivas e individuais (BARROS & RAMALHO, 2021).

Nesse diapasão, o presente trabalho pretende construir um estudo das políticas públicas e ações desenvolvidas para o Desporto Educacional através do processo de alocação orçamentária na Função Desporto e Lazer, no âmbito da União, do Estado de Minas Gerais e do Município de Belo Horizonte, comparando com o Desporto de Rendimento, expondo as diferenças entre essas subfunções. Assim sendo, dada a importância do tema perante o Direito, este trabalho visa demonstrar a importância da escola em seu papel socializador e a importância do Desporto Educacional nessa construção, trazer suas bases normativas a partir da matriz constitucional, abordar a estrutura dos estabelecimentos de ensino a partir do Censo Escolar de 2022, bem como trazer à baila perspectivas de uma Política Nacional voltada ao Desporto Educacional diante da identificação da ineficiência das ações governamentais atuais.

2. A ESCOLA COMO SISTEMA SOCIALIZADOR

Max Weber elenca a socialização do indivíduo por meio de uma aprendizagem social em três tipos. A socialização primária que decorre, fundamentalmente, no núcleo familiar e refere-se à aprendizagem afetiva. A socialização secundária, resultado das interações que se produzem com grupos mais gerais e menos afetivos (escola), e, a socialização terciária decorrente do processo de ressocialização do indivíduo.

Nessa senda, a relação entre escola e sociedade sempre permeou a construção de um conhecimento baseado na capacidade de relacionar a vida em sociedade com os procedimentos que acontecem no interior da escola através de vivências e práticas de socialização. Palacios (1995) leciona que a socialização ocorre através de três processos: os processos mentais de socialização, os processos afetivos de socialização e os processos condutuais de socialização. A socialização, por meio dos processos mentais, corresponde ao conhecimento de valores, normas, costumes, pessoas, instituições, bem como aprendizagem da linguagem e a aquisição de conhecimentos transmitidos através da escola.

Os processos afetivos estão ligados a bases mais sólidas do desenvolvimento social da criança, manifestando-se através de vínculos como sendo a empatia (experiência do estado emocional do outro), o apego (vínculo afetivo com as pessoas que a cercam de cuidados) e a amizade, tratando-se não só de uma forma de união ao grupo, mas também mediadores de todo o desenvolvimento social. Já os processos relativos às condutas de socialização envolvem a aquisição de comportamentos socialmente desejáveis, evitando aquelas que são julgadas como antissociais.

Como um dos principais agentes socializadores, a escola é responsável não apenas pela difusão de conhecimentos, mas pela transmissão dos valores e culturas, dado que:

O ambiente escolar, a vibrante interação de criança, professor, currículo, ambiente, família e comunidade, é um micro-cosmo do universo: o espaço físico delimita o mundo; o sistema escolar e sua organização revelam a sociedade; as pessoas envolvidas na experiência de aprendizado formam a população (TAYLOR; VLASTOS, 1983, s/p).

Nesse prisma, Corsaro e Molinari (2005) buscam reconstruir o conceito de socialização afirmando não se tratar unicamente de

um problema de adaptação e internalização, mas também de um processo de apropriação e reinvenção, a partir de uma visão que leve em consideração a importância do coletivo, de como as crianças negociam, compartilham e criam culturas com os seus pares.

A socialização deve ser observada não apenas nas condições de existência. Em verdade, é preciso avançar de uma visão de socialização como o resultado meramente finalístico das instituições, para entendê-la como um processo individual e social, assim tal como ocorre no ambiente escolar (THIN, 2006).

A escola é um dos cenários em que crianças e adolescentes passam grande parte do seu tempo, sendo um fator fundamental e estruturante para o desenvolvimento saudável (MATOS, 2005; MORALES & LOPEZ-ZAFRA, 2009). Nesse sentido, Young (2007), traz a escola como um local de facilitação do que denomina de “conhecimento poderoso”, ou seja, conhecimento especializado que permita novas formas de pensar a respeito do mundo. Já White (2007) pressupõe a escola como lugar de promoção da felicidade, do bem-estar humanos e de se trabalhar competências necessárias para a aquisição de confiança em si próprio e nos outros. Mantoan (2003), por seu turno, assevera que a escola se legitima como lugar de inclusão, pois para muitos alunos, é o único espaço de acesso ao conhecimento. “É o lugar que vai proporcionar-lhes condições de se desenvolverem e de se tornarem cidadãos com uma identidade sociocultural” (MANTOAN, 2003, p.45)

Como se observa, as escolas são instituições imprescindíveis para o processo de socialização por meio da educação. Educar é, assim, humanizar o homem, o que abrange suas ações, seus comportamentos, seus hábitos e tantos outros aspectos (OLIVEIRA et al, 2013) dado que a educação:

[...] é o conjunto das ações, processos, influências, estruturas, que intervêm no desenvolvimento humano de indivíduos e grupos na sua relação ativa com o meio natural e social [...] (LIBÂNEO, 1998a, p. 22).

Logo, devido à grande relevância que o ambiente escolar possui, enquanto organismos vivos da sociedade, este precisa desempenhar um papel fundamental e insubstituível na consolidação das sociedades, vez que:

As crianças deixam de pertencer exclusivamente à família para integrarem-se numa comunidade mais ampla em que os indivíduos estão reunidos não por vínculos de parentesco ou de afinidade, mas pela obrigação de viver em comum. A escola institui, em outras palavras, a coabitação de seres diferentes sob a autoridade de uma mesma regra (CANIVEZ 1991, p. 33),

O esporte, portanto, é uma forma de educação moral, fundada em premissas baseadas no conhecimento, na justiça social, na igualdade, na solidariedade, e em princípios sociais cumprindo funções ao serviço de uma elevada formação ética dos indivíduos na sociedade,

3. O DESPORTO EDUCACIONAL E SUA IMPORTÂNCIA NO SISTEMA DE ENSINO BRASILEIRO

Os Parâmetros Curriculares Nacionais elencam que a prática de esportes, por meio da disciplina de Educação Física, possibilita que os alunos tenham, desde cedo, a oportunidade de desenvolver habilidades corporais e de participar de atividades culturais, como jogos, esportes, lutas, ginásticas e danças, com finalidades de lazer, expressão de sentimentos, afetos e emoções (BRASIL, 1997). As aulas de Educação Física, conforme Oliveira (1995):

É um recurso metodológico capaz de propiciar uma aprendizagem espontânea e natural. Estimulando a crítica, criatividade, socialização, sendo, portanto, reconhecida como uma das atividades mais significativa, pelo eu, conteúdo pedagógico social (OLIVEIRA, 1985, p.74).

O ambiente escolar auxilia na formação e no comportamento do indivíduo através da prática de atividades lúdicas, desprovidas de seletividade e hipercompetitividade de seus praticantes. Segundo Feijó (1992 p. 61), “O lúdico é uma necessidade básica da personalidade, do corpo e da mente, faz parte das atividades essenciais da dinâmica humana”, sendo adequadas para o desenvolvimento físico, motor, emocional, cognitivo e social do ser humano (VYGOTSKY, 1998).

Historicamente, a educação física, enquanto prática esportiva, tem o condão de contribuir para o desenvolvimento de diversas habilidades por meio da inteligência (GARDNER, 2000), uma vez que é um fenômeno sociocultural multifacetado que se manifesta de maneira diversa em sentidos e em significados, merecendo, portanto, ser tratado didática e pedagogicamente de modo a respeitar seus referenciais técnico, tático e socioeducativo, diante da compreensão das manifestações culturais que ocorrem de forma heterogênea no corpo social (GALATTI et. al., 2008; NETO et al., 2013).

Nessa senda, Leonardi et al., (2014), apresenta a possibilidade de aplicação de algumas vertentes da chamada teoria da inteligência, por meio da abordagem proposta por GARDNER (2000), no desenvolvimento do esporte no ambiente escolar.

Quadro 1 - Possibilidade de aplicação de inteligências múltiplas em jogos coletivos

Inteligência	Característica	Exemplo aplicação no ambiente escolar
Corporal-cinestésica	Controle dos movimentos corporais e manuseamento de objetos com habilidade.	Manuseio de objetos do jogo; execução de habilidades técnicas; motivação para os jogos; busca de melhora de saúde a partir da prática etc.
Verbal-linguística	Envolve a linguagem falada e escrita, a capacidade de aprender outros idiomas e de atingir determinados objetivos por meio do uso da linguagem.	Compreensão e interpretação das instruções e ensinamentos transmitidos pelo professor, por meio da audição; diálogo com companheiros de equipe ao comunicar ordens e instruções de maneira eficiente, entre outros aspectos.
Lógico-matemática	Envolve a análise de problemas com o uso da lógica, a capacidade de efetuar operações matemáticas e, também, o pensamento científico.	Reconhecimento de objetos e equipamentos do jogo, compreendendo sua função; compreensão de diagramas e símbolos utilizados pelo técnico para instrução; familiarização com o tempo de jogo, e suas regras, regulamentos, etc.
Musical	Habilidade de atuação, composição e apreciação de padrões musicais.	Resposta aos variados sons do ambiente (plateia, por exemplo) e reação cinestésica referente à música executada em locais de competição, entre outros.
Espacial táticos e aprendizagem por meio da visualização de movimentos, entre outros	Visa a solução de problemas referentes ao espaço, seja ele amplo ou reduzido.	Visualização de imagens mentais sobre a técnica e a tática inerentes ao momento da partida; utilização de imagens para recordar situações vividas em treinos ou jogos; interpretação de gráficos, tabelas e esquemas táticos e aprendizagem por meio da visualização de movimentos, entre outros.

Interpessoal	Capacidade de entender intenções, motivações e desejos do próximo culminando na vivência social.	Manutenção de relacionamento com os companheiros de grupo, assim como na construção de novas amizades; influência, de maneira positiva, nas ações dos companheiros e mediação nos conflitos entre os companheiros, entre outros.
Intrapessoal	Capacidade de autocohecimento do indivíduo, por meio de seus medos e desejos, regulando-os.	Maior motivação; melhor compreensão das experiências internas; consciência e controle sobre as emoções durante um jogo, mesmo sob situações de pressão, entre outros aspectos.
Naturalista	Conhecimento do mundo vivo e da relação e interação com ele.	Interesse por compreender o que acontece a um organismo ao executar determinado exercício; observação do ambiente com curiosidade; percepção da interdependência entre os participantes como a existência de um sistema dentro do âmbito dos jogos esportivos coletivos.

Fonte: Leonardi et al., (2014).

A importância da prática pedagógica esportiva educacional, a partir das inferências acima, se fundamentam pela necessidade de valorização das “múltiplas competências dos alunos, indicando para a relevância de múltiplas maneiras de ensinar e aprender no contexto da iniciação esportiva” (LEONARDI et al., 2014).

Amplia-se, assim, a possibilidade de participação de quem joga e aprende, tendo como bases, exploração e estimulação das inteligências apresentadas. Afinal a escola é uma agência de promoção e difusão da cultura e de justiça social, razão pela qual a cultura, o lazer e o Esporte figuram como Direitos Sociais na Constituição Federal, tendo o Desporto Educacional merecido prioridade de investimento do Poder Público.

4. BASES NORMATIVAS DO DESPORTO EDUCACIONAL

Em 1978, a Organização das Nações Unidas, reconheceu a relevância do esporte, para além de suas manifestações oficiais, por meio da “Carta Internacional de Educação Física”, que estabelece a atividade física ou a prática esportiva como direito de todos (ONU, 1978).

Sob a ótica legislativa interna, é na Constituição Federal que o esporte encontra sua máxima positivação. Por meio do art. 217, o legislador constituinte reservou uma Seção para tratar da matéria. Veja-se:

Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:

I- a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;

II- a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento;

III- o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não-profissional;

IV- a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional [...]. (BRASIL, 1998).

Do ponto de vista formal, o legislador originário estabeleceu a técnica da competência concorrente para legislar sobre desporto conforme previsão contida no art. 24, Inciso IX da CF/1988, que nos dizeres de (Neto, 1998) objetiva uniformizar o essencial sem cercear o acidental, peculiar dos entes federados.

Desta feita, compete à União a responsabilidade de editar normas gerais; ao passo que aos estados e ao Distrito Federal, compete legislar de forma complementar. No tocante a assuntos desportivos de interesse local, os municípios também ficam autorizados a legislar.

O desporto educacional ainda encontra amparo na Lei nº 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) que estabelece a educação física como componente curricular obrigatório visando, conforme art. 27, Inciso I desta mesma legislação, “a difusão de valores fundamentais ao interesse social, aos direitos e deveres dos cidadãos, de respeito ao bem comum e à ordem democrática” (BRASIL, 1996).

Na mesma toada, a Lei nº 9.615/1998 (Lei Pelé) disciplina como parte de seus princípios fundamentais a priorização da destinação de recursos públicos para o desporto educacional

Art. 2º O desporto, como direito individual, tem como base os princípios [...]

VIII - da educação, voltado para o desenvolvimento integral do homem como ser autônomo e participante, e fomentado por meio da prioridade dos recursos públicos ao desporto educacional (BRASIL, 1998).

Em seu art. 3º, a Lei Pelé disciplina que o Desporto pode ser reconhecido pelas seguintes categorias de manifestação: (i) Desporto Educacional; (ii) Desporto de Participação; (iii) Desporto de Rendimento; e (iv) Desporto de Formação. A título de diferenciação, no que concerne o objetivo deste trabalho, dois desses modelos de manifestação desportiva merecem destaque: o de educacional e o de rendimento.

O Desporto Educacional, congrega práticas desportivas com vistas ao “desenvolvimento integral do indivíduo e a sua formação para o exercício da cidadania e a prática do lazer; e integração dos praticantes na plenitude da vida social, na promoção da saúde e educação e na preservação do meio ambiente” (BRASIL, 1998).

Já o Desporto de Rendimento é aquele praticado “com a finalidade de obter resultados e integrar pessoas e comunidades do País e estas com as de outras nações” (BRASIL, 1998), também caracterizado como aquele praticado “com vistas ao treinamento especializado para

alcançar e manter o desempenho máximo de atletas em competições nacionais e internacionais” (BRASIL, 2023).

A Lei nº 14.597/2023 que disciplina conjuntamente com a Lei Pelé normas sobre o Esporte, também reproduziu a obrigatoriedade de destinação de recursos públicos para o desporto educacional de forma prioritária.

Art. 39. O poder público fomentará a prática esportiva, com a destinação de recursos que possibilitem sua universalização, e sempre priorizará o esporte educacional.

Como se observa, a concepção do esporte educacional, a partir da matriz constitucional, se consolidou ao longo dos anos, como um instrumento de formação dos indivíduos para o exercício da cidadania e o acesso ao lazer, tendo sido incorporados princípios socioeducativos, tais como o da inclusão, da participação, da cooperação, da coeducação, da responsabilidade (BRASIL, 2013).

Nesse contexto, para continuidade dos estudos, se faz necessário refletir sobre as políticas públicas, de forma a perquirir a destinação de recursos orçamentários para o Desporto Educacional, tendo como ponto de partida a priorização constitucional de forma a identificar a situação dos estabelecimentos de ensino no que se refere a infraestrutura, segurança e investimentos em formação de docentes para o exercício profissional da Educação Física curricular.

5. A IMPORTÂNCIA DA BOA ALOCAÇÃO DE RECURSOS PÚBLICOS PARA O DESPORTO EDUCACIONAL

O princípio da destinação de recursos públicos para o Desporto Educacional, de forma prioritária, foi uma opção política do legislador constituinte, fazendo com que o Estado, por meio da utilização de receitas tributárias, em conformidade com a finalidade pública prevista

na Constituição, pudesse alcançar os objetivos sociais almejados pela *mens legislatoris* (PENTEADO, 2016).

O fomento das práticas desportivas, dentre outras hipóteses legais, é garantido por meio de recursos assegurados em dotações orçamentárias constantes do orçamento público da União, dos Estados e dos Municípios. Nessa esteira, a organização e destinação do orçamento público se operacionaliza a partir do Plano Plurianual (PPA), que contempla os programas de duração continuada; da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), que contempla as metas e prioridades do governo e; da Lei Orçamentária Anual (LOA), que contempla o orçamento fiscal para a consecução das metas (BRASIL, 1988).

Em suma, a LOA é construída, tendo como parâmetro as metas estabelecidas pela LDO que, por sua vez, é pautada no planejado pelo PPA. Deste modo, graças aos mecanismos da Administração Financeira Orçamentária, as metas estabelecidas nos orçamentos públicos são transformadas em dotações que embasam as políticas públicas de governo, tornando-se diretrizes norteadoras da ação do Poder Público na busca daquilo que concretiza o interesse público (SOUZA, RAMALHO, 2021).

Segundo Agum et. al., (2015) política pública se insere no campo do conhecimento que busca colocar o “governo em ação” e/ou analisar essa ação. Essas ações perfazem os gastos, ou seja, as despesas públicas. No tocante a sua finalidade podem ser classificadas, conforme Resende (2012) em funções, programas e subprogramas, a depender do grau de agregação adotada. “A classificação das despesas por funções é necessária para a efetiva implantação da técnica do orçamento-programa, que objetiva aumentar a eficiência e a eficácia na programação dos dispêndios governamentais” (REZENDE, 2012, p. 67).

Dessa forma, o orçamento passa, cada vez mais, a ter um papel importante como mecanismo de planejamento, controle, coordenação e avaliação de desempenho (PERERA, 1998). Nessa senda, buscou-se levantar o volume de recursos destinados no orçamento, no período

compreendido entre 2012-2022, para o Desporto Educacional⁸⁷ e Desporto de Rendimento, no âmbito Federal, Estadual (Minas Gerais) e Municipal (Belo Horizonte), para os fins de estabelecer a relação entre o orçamento e a implementação de políticas públicas de esporte no ambiente escolar.

5.1. DA ALOCAÇÃO DE RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS PARA O DESPORTO EDUCACIONAL NO ÂMBITO DA UNIÃO, DO ESTADO DE MINAS GERAIS E DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE

O orçamento, no âmbito do esporte, previsto na Lei Orçamentária Anual (LOA) da União, estados e municípios, encontra-se inserido na função Desporto e Lazer, da qual derivam as subfunções Desporto de Rendimento, Desporto Comunitário⁸⁸ e Lazer. Na sequência será abordado, especificamente nesse trabalho, a alocação de recursos apenas para as das primeiras, conforme se demonstra abaixo.

Tabela 1 - Orçamento Fiscal Anual da União (em R\$ milhões)

Ano	Desporto Rendimento	Desporto Comunitário	Total
2022	217.996.154	760.092.834	959.233.880
2021	209.001.472	750.232.408	685.914.023
2020	140.809.456	545.104.567	765.518.819
2019	298.638.779	466.880.040	1.050.219.775
2018	309.193.939	741.025.836	1.610.257.733
2017	1.195.917.556	414.340.177	1.519.197.318

87 As ações e programas do governo Federal, estadual e municipal, voltados ao Desporto Educacional encontram-se inseridos dentro da Subfunção Desporto Comunitário, que também congrega as despesas com a manifestação do Desporto de Participação.

88 Portaria nº 42 de 14 de abril de 1999 (MPOG)..

2016	914.152.901	605.044.417	3.066.818.693
2015	1.959.187.299	1.107.631.394	2.069.922.928
2014	1.093.992.409	975.930.519	3.084.577.113
2013	1.446.556.332	1.638.020.781	2.277.083.576
2012	1.034.193.297	1.242.890.279	959.233.880
Total	8.819.639.594	9.247.193.252	18.066.832.846

Fonte: Lei Orçamentária Anual (LOA); (BRASIL, 2012-2022)

De acordo com os dados elencados, é possível constatar um aumento exponencial, a partir de 2015, na alocação orçamentária para o Desporto de Rendimento, com diferenças expressivas de 35%, em 2017 e 66%, em 2016.

Muito embora os recursos orçamentários tenham sido maiores no tocante a priorizar o Desporto Comunitário entre 2012-2013, não se pode desconsiderar que a diferença em relação ao Desporto de Rendimento é de pouco mais de 11%. Em 2012, para cada R\$ 1,20 de recurso alocado no Desporto Comunitário, alocou-se R\$ 1,00 no Desporto de Rendimento. Já em 2017, essa relação caiu para R\$ 0,35 (Desporto Comunitário) / R\$ 2,89 (Desporto de Rendimento), ano que representa a relação mais alta no período em análise.

Uma possível explicação para a assimetria orçamentaria observada no período compreendido entre 2015-2017 pode estar fundamentada na hipótese do Brasil ter sediado a Copa do Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016, o que pode ter exigido maior investimento no Desporto de Rendimento.

A partir de 2019 observa-se o retorno da alocação dos recursos, em maior volume, no Desporto Comunitário. Contudo, ao se analisar a alocação orçamentaria total do período de 2012-2022, é possível constatar, um equilíbrio entre as subfunções, com diferença de apenas 5% (cinco pontos percentuais), o que demonstra priorização equivalente do governo para com o Desporto de Rendimento.

Em relação ao Estado de Minas Gerais, a tabela abaixo expressa os valores alocados no orçamento para o esporte.

Tabela 2 - Orçamento Fiscal Anual de Minas Gerais (em R\$ milhões)

Ano	Desporto Rendimento	Desporto Comunitário	Total
2022	2.199.000	20.582.727	22.781.727
2021	2.512.455	33.151.954	35.664.409
2020	2.303.542	11.122.594	13.426.136
2019	2.328.424	5.931.307	8.259.731
2018	1.527.500	5.301.422	6.828.922
2017	1.181.000	6.305.930	7.486.930
2016	6.305.930	8.085.000	14.390.930
2015	1.466.000	11.640.817	13.106.817
2014	1.002.000	10.125.000	11.127.000
2013	11.887.195	13.325.000	25.212.195
2012	10.081.000	11.644.000	21.725.000
Total	42.794.046	137.215.751	180.009.797

Fonte: Lei Orçamentária Anual (LOA) (MINAS GERAIS, 2012-2022)

É possível constatar, que a destinação orçamentária privilegiou o Desporto Comunitário. Muito embora os recursos orçamentários tenham sido majoritariamente alocados no tocante a priorizar o Desporto Comunitário, não se pode desconsiderar, em relação ao Desporto de Rendimento, que no período entre 2012-2013, a diferença foi de apenas 11% e 13% respectivamente. A maior diferença observada é no período de 2020-2022 de, respectivamente, 79%, 92% e 89% em relação ao Desporto de Rendimento.

Em 2012, para cada R\$ 1,15 de recurso alocado no Desporto Comunitário, alocou-se R\$ 1,00 no Desporto de Rendimento. Já em

2021, essa relação sobe para R\$ 13,20 (Desporto Comunitário) / R\$ 0,08 (Desporto de Rendimento), ano que representa a relação mais alta no período em análise.

No que se refere ao município de Belo Horizonte, os valores orçamentários alocados são apresentados a seguir.

Tabela 3 - Orçamento Fiscal Anual de Belo Horizonte (em R\$ milhões)

Ano	Desporto Rendimento	Desporto Comunitário	Total
2022	0	32.573.852	32.573.852
2021	0	41.335.278	41.335.278
2020	0	44.109.395	44.109.395
2019	350.000	47.327.070	47.677.070
2018	469.640	44.560.828	45.030.468
2017	1.339.111	54.851.177	56.190.288
2016	1.440.000	21.268.117	22.708.117
2015	1.512.000	67.686.233	69.198.233
2014	3.057.905	66.995.199	70.053.104
2013	2.118.926	42.855.042	44.973.968
2012	0	27.224.110	27.224.110
Total	10.287.582	490.786.301	501.073.883

Fonte: Lei Orçamentária Anual (LOA) (BELO HORIZONTE, 2012-2022)

A previsão orçamentária do município de Belo Horizonte demonstra uma franca priorização do Desporto Comunitário. Observa-se que para os anos de 2012; 2020-2022 sequer houve destinação de recursos orçamentários para o Desporto de Rendimento.

No período analisado, para cada R\$ 1,00 de recurso alocado no Desporto de Rendimento, alocou-se R\$ 47,71 no Desporto Comunitário.

6. DAS POLÍTICAS PÚBLICAS IMPLEMENTADAS DESTINADAS AO DESPORTO EDUCACIONAL

Conforme visto, entre os anos de 2012-2022 foram alocados no orçamento público para o Desporto Comunitário, respectivamente, 9.2 bilhões de reais pela União. 137 milhões de reais pelo Estado de Minas Gerais e 490 milhões de reais pelo município de Belo Horizonte.

Há de se indagar, diante das cifras apresentadas, aspectos atinentes a qualidade do gasto público, naquilo que diz respeito a capacidade de resposta do governo à exigência de fazer mais com menos. Ou seja, aumentar a eficiência, a eficácia e a efetividade, diante da relevância para o desenvolvimento social e das ações públicas, conforme prevê o PPA, por meio do processo de avaliação dos resultados.

A doutrina especializada utiliza diversos conceitos para explicar os termos acima assinalados. Garcia (2001) explicita que a eficiência pode ser entendida como a relação existente entre os produtos resultantes da realização de uma ação governamental programada e os custos incorridos em sua execução. Castro (2006) assinala que eficácia é uma medida normativa do alcance dos resultados, enquanto eficiência é uma medida normativa da utilização dos recursos nesse processo. De acordo com o autor a efetividade pode ser aferida por meio da medida dos resultados que uma ação traz em benefício à população.

Malmegrim e Michaud (2003) sintetizam, em suma, de forma clara e objetiva os conceitos de efetividade, eficácia e eficiência ao afirmarem que, numa visão sistêmica de uma organização, a efetividade visa satisfazer às necessidades e o papel institucional da mesma; a eficácia mede o atendimento aos requisitos; e a eficiência tem o foco na produção com otimização de recursos.

Nessa senda, a par desses conceitos, busca-se perquirir os programas e as ações dos governos destinadas ao Desporto Educacional na esfera federal, estadual e municipal.

6.1. SITUAÇÃO IDENTIFICADA NO ÂMBITO DA UNIÃO

A principal política pública voltada ao Desporto Educacional identificada em atividade na esfera federal foi o Programa Segundo Tempo, criado em 2003, que tem como objetivo:

Permitir o acesso às práticas esportivas de crianças e adolescentes matriculados nos ensinos fundamental e médio, os quais recebem, num segundo turno escolar, aulas de esporte (BRASIL, 2021).

O programa tem como diretriz básica democratizar o acesso à prática e à cultura do esporte educacional, de forma a promover o desenvolvimento integral de crianças e adolescentes (BRASIL, 2021).

A operacionalidade do programa ocorre mediante Termos de Execução Descentralizada (TED) e Convênios com governos estaduais, municipais e entidades federais, por meio de editais (BRASIL, 2021). O programa conta com quatro vertentes de atuação conforme especificidades destinadas ao público-alvo e/ou o tipo de atendimento realizado nos núcleos.

Figura 1 – Resumo das vertentes do Programa Segundo Tempo

VERTENTES	ANO DE INÍCIO	PÚBLICO-ALVO	FREQUÊNCIA DE ATENDIMENTO	BENEFICIADOS POR NÚCLEO	DURAÇÃO DO CONVÊNIO POR NÚCLEO
Padrão	2003	Crianças e adolescentes de seis a 17 anos, regularmente matriculados na rede oficial de ensino	6h semanais (2 vezes na semana com mínimo de 3 horas/dia, ou 3 vezes na semana com 2 horas/dia)	100	24 meses
Navegar	2003	Crianças e adolescentes com idades entre 11 e 16 anos, regularmente matriculados na rede oficial de ensino	6h semanais (2 vezes na semana com 3 horas/dia)	100	18 meses
Paradesporto	2011	Preferencialmente pessoas com deficiência a partir dos seis anos de idade, preferencialmente regularmente matriculados na rede oficial de ensino	6h semanais (2 vezes na semana, com no mínimo 3 horas/dia, ou 3 vezes na semana com 2 horas/dia)	60	24 meses
Universitário	2011	Comunidade acadêmica, preferencialmente o corpo discente	3h semanais (2 vezes por semana com 1h30min/dia).	300	24 meses

Fonte: Diretrizes Programa Segundo Tempo (MDS, 2021)

De acordo com dados do Ministério da Cidadania, em 2021, existiam 78 Convênios ativos do Programa Segundo Tempo, sendo 58 Núcleos da vertente Padrão; 13 Núcleos na vertente Padrão e Universitário, concomitantemente, 6 da vertente Paradesporto, 1 da vertente Universitário e 1 do Paradesporto, cuja meta era beneficiar um contingente de 20.520 crianças, adolescentes e jovens por meio de 168 Núcleos. Em relação a participação por região o Nordeste e o Sudeste se destacam com 4.940 (24%) e 5.500 (27%) dos beneficiados.

Como se observa no âmbito federal a política pública voltada ao Desporto Educacional, através do Programa Segunda Tempo, demonstra não atender premissas básicas no tocante a eficiência e eficácia do gasto público.

As informações acima são corroboradas pelo Relatório de auditoria operacional, realizado pelo Tribunal de Contas da União (TCU), através do processo nº 022.649/2018-2, que buscou identificar as ações do governo frente ao investimento no Desporto Educacional e identificou que:

A principal intervenção do Ministério do Esporte voltada ao desporto educacional é o Programa Segundo Tempo (PST), financiado via transferências voluntárias, com a formalização de convênios, estando sujeito à disponibilidade de créditos orçamentários previstos anualmente na Lei Orçamentária federal e aos limites de execução orçamentária e financeira do Ministério do Esporte definidos por normativo do Executivo (TCU, 2019).

Conforme apontou o TCU, 577 municípios eram atendidos pelo Programa Segundo Tempo, em 2014, beneficiando 509.212 pessoas. Já em 2017 a desaceleração do Programa se mostrou evidente, tendo o número de municípios atendidos diminuído para 106, com apenas 1.769 Núcleos em funcionamento e 187.004 pessoas beneficiadas. Vê-se, portanto, que em 2017 o alcance do programa, em relação ao número total de municípios brasileiros, era da ordem de menos de 2%.

Apontou ainda a Auditoria do TCU que o investimento no Desporto Educacional, no período de 2017-2019, foi da ordem de aproximadamente 124 milhões de reais, o que muito contrasta com o valor alocado no período que chega a casa dos 1.6 bilhões.

6.2. SITUAÇÃO IDENTIFICADA NO ÂMBITO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Constituição estadual, em seu artigo 231, prevê o estabelecimento de um Plano Mineiro de Desenvolvimento Integrado

(PMDI) que tem como principal objetivo “o desenvolvimento socioeconômico integrado e tecnológico do Estado e o incremento das atividades produtivas, assim como para a superação das desigualdades sociais e regionais em Minas Gerais (MINAS GERAIS, 2016, p.6)

O instrumento do PMDI se estrutura em seis eixos de atuação, a saber: Desenvolvimento Produtivo, Científico e Tecnológico; Infraestrutura e Logística; Saúde e Proteção Social; Segurança Pública; Educação e Cultura; Governo. Nesse contexto, o esporte se insere no Eixo Saúde e Proteção Social, sendo sua política orientada para:

A promoção e o fortalecimento do Esporte Educacional, de Participação e de Rendimento, por meio de ações que visam à promoção de eventos e competições esportivos, formação e qualificação de recursos humanos, revitalização da infraestrutura esportiva e que potencializem o financiamento de projetos desportivos (MINAS GERAIS, 2016, p. 75)

Os principais objetivos citados no instrumento busca sedimentar à ampliação da prática do esporte pelos estudantes, assim como oportunizar o aumento da prática de atividades físicas pela população mineira, conforme demonstrado abaixo.

Quadro 2 – Ações prioritárias do PMDI para o esporte em Minas Gerais

Fomentar a realização de grandes eventos esportivos em Minas Gerais, de nível nacional e internacional, buscando a aproximação dos territórios;
Fomentar a identificação, formação, desenvolvimento e manutenção dos atletas e paraatletas de alto rendimento das diferentes modalidades esportivas em Minas Gerais;
Aprimorar as iniciativas existentes voltadas para prática do esporte no contra turno escolar, com foco nos Jogos Escolares;
Diversificar as alternativas de espaços e práticas de esportes, ampliando o acesso a diferentes públicos, promovendo a acessibilidade;

Promover a restauração e a utilização dos espaços públicos e privados voltados para a prática de atividades físicas.

Fonte: PMDI, 2016-2027 (MINAS GERAIS)

No âmbito do Plano Pluri Anual Governamental (2019-2023) de Minas Gerais, é possível identificar os seguintes programas e ações voltadas à promoção da atividade esportiva no Estado.

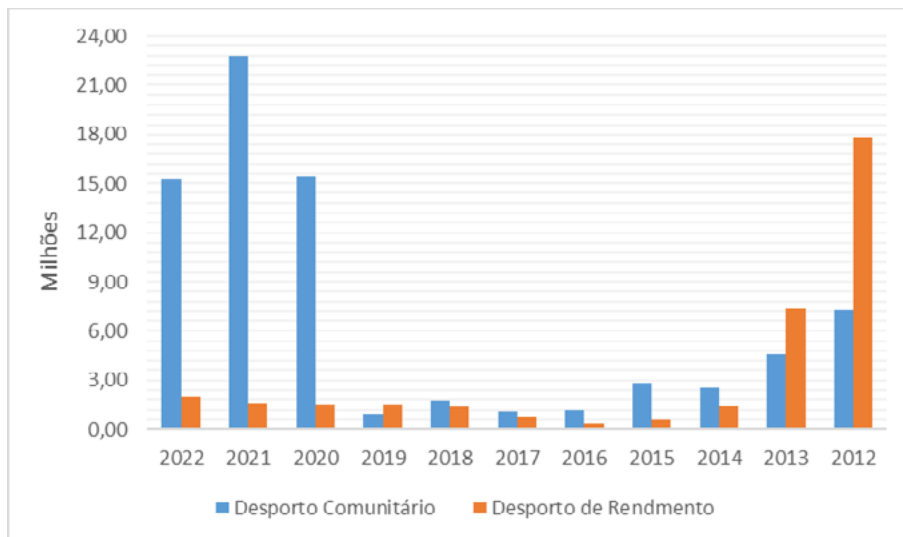
Quadro 3 – Relação de programas e ações para o esporte em Minas Gerais

Programa 043 - Fomento ao esporte, a atividade física e ao lazer
Ação: 4086 - Apoio a realização de ações esportivas
Ação: 4089 - Bolsa atleta e bolsa técnico
Ação: 4090 - Desenvolvimento do esporte educacional
Ação: 4091 - Apoio a gestão esportiva
Ação: 4092 - Promoção do esporte e do lazer como instrumento de desenvolvimento social
Ação: 4475 - Gestão do ICMS esportivo
Ação: 4476 - Realização de projetos captados via lei estadual de incentivo ao esporte
Ação: 4499 - Promoção dos jogos do interior de Minas
Ação: 4531 - Promoção dos jogos indígenas

Fonte: PPAG, 2019-2022 (MINAS GERAIS)

Para fins de análise da execução orçamentária, utilizou-se o Portal da Transparência do Governo de Minas Gerais como fonte de pesquisa. Por meio dos dados disponíveis foi possível identificar, que as despesas referentes a função Desporto e Lazer demonstram certo equilíbrio entre o orçado e o realizado para as subfunções do Desporto Comunitário e o Desporto de Rendimento, confirmando as previsões constantes da LOA.

Gráfico 1 – Execução Orçamentária Função Desporto e Lazer 2012-2022



Fonte: Elaborado pelo autor

Lado outro não se logrou identificar, no Portal da Transparência, a execução orçamentaria por programa/ação, para os fins de verificar, especificamente, a execução da “Ação: 4090 - Desenvolvimento do esporte educacional”, que muito interessaria a esse trabalho. Contudo, é possível observar que, diferentemente do âmbito federal, o Estado de Minas Gerais tem alocado recursos, de forma prioritária, no Desporto Comunitário.

6.3. SITUAÇÃO IDENTIFICADA NO ÂMBITO DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE

A Lei Orgânica de Belo Horizonte disciplina, em seu art. 173, que o município “promoverá, estimulará, orientará e apoiará a prática desportiva e a educação física”, por meio do tratamento privilegiado do desporto não-profissional” (BELO HORIZONTE, 2023).

Para a consecução dos objetivos propostos o Plano Pluri Anual Governamental, referente ao período de 2018-2021, elenca uma série de programas estratégicos estruturados dentro da área de resultado: Proteção Social, Segurança Alimentar e Esportes por meio do Programa 101 - Promoção e Democratização das Práticas de Esportes e Lazer, cujo objetivo, em suma é a promoção do esporte e o lazer como direitos constitucionais, contribuindo para a melhoria da qualidade de vida e para o desenvolvimento humano, nas dimensões do Esporte de Rendimento, Esporte de Participação e Esporte Educacional (BELO HORIZONTE, 2018).

Os principais programas são abaixo elencados:

Quadro 4 – Programas e ações prioritárias para o esporte em Belo Horizonte

Programas/Ações/Subações
(101) Promoção e Democratização das Práticas de Esportes e Lazer
(2106) Gestão da Política de Esporte e Lazer
(5) Política de Cooperação com Clubes Sociais, Recreativos e de Lazer
(2531) Promoção do Esporte
(1) Programa Segundo Tempo
(2) Programa de Especialização Esportiva
(3) Projetos Esportivos
(4) Programa Esporte Esperança
(2534) Implantação, Manutenção e Recuperação de Infraestrutura Esportiva e de Lazer
(1) Manutenção, Conservação, Pequenas Reformas e Custeio da Infraestrutura Esportiva
(4) Academias a Céu Aberto
(2535) Programa Vida Ativa
(2) Atendimento a Instituições de Longa Permanência - ILPI's
(2536) Programa Superar
(1) Superar/Núcleo Socioesportivo
(2) Formação e capacitação
(2545) Promoções e Eventos Esportivos e Gestão de Áreas de Lazer

Fonte: PPAG, 2018-2021 (BELO HORIZONTE)

Para fins de análise da execução orçamentária, utilizou-se o Portal da Transparência do Município de Belo Horizonte como fonte de pesquisa. Por meio dos dados disponíveis foi possível analisar as despesas referente a subfunção Desporto Comunitário e Desporto de Rendimento, tendo sido contabilizado, em 2019, um pagamento de R\$ 348.050,15 vinculado ao programa (2545) Promoções e Eventos Esportivos e Gestão de Áreas de Lazer, e partir daí não houve mais alocação de recursos para essa subfunção.

Em relação ao Desporto Comunitário, no período compreendido entre 2019-2022, o programa (2106) Gestão da Política de Esporte e Lazer, por meio da ação (5) Política de Cooperação com Clubes Sociais, Recreativos e de Lazer contabilizou um desembolso da ordem de R\$52.287.597,31, seguido do programa (2534) Implantação, Manutenção e Recuperação de Infraestrutura Esportiva e de Lazer por meio das ações de (1) Manutenção, Conservação, Pequenas Reformas e Custeio da Infraestrutura Esportiva e (4) Academias a Céu Aberto, que totalizou o montante de R\$13.270.559,25 reais. A soma das despesas executadas representou 40% do valor orçado para o período. Os demais programas, tais como Programa Vida Ativa (ações de esporte voltadas a criança, adolescente e ao Idoso), Programa Superar (ações de esporte voltadas a pessoas com deficiência), contabilizaram despesas de R\$6.667.492,38, com maior relevância para ações de “Construção, Ampliação e Reforma de Equipamentos Esportivos e Áreas de Lazer”, com R\$4.792.369,96, ou seja, 72%.

Ao se voltar a análise para as ações dirigidas ao Desporto Educacional, propriamente dito, os dados são alarmantes. Isso porque no período analisado identificou-se o irrisório montante de R\$140.406,15 atribuído ao Esporte Educacional⁸⁹. O referido valor representa 0% do orçado para o período.

Como se verifica o alto valor do investimento alocado pelo município de Belo Horizonte na função Desporto e Lazer, e subfunção

⁸⁹ Foram utilizados como fonte o Relatório comparativo orçado executado analítico referente aos anos de 2019 a 2022. Foram utilizadas as variáveis “Subfuncao”. “nome sub acao” e “valor_pago”.

Desporto Comunitário, encontra-se totalmente voltado a execução de políticas públicas ligadas ao Desporto de Participação, também incluído nessa subfunção.

É preciso salientar, que a mera alocação de fontes de custeio no orçamento público para o Desporto Educacional, por si só não garante que os investimentos necessários sejam realizados e que os equipamentos escolares estejam em condições apropriadas para o uso na prática esportiva da comunidade escolar. Nesse sentido, passa-se a uma análise das condições de estrutura das escolas e da qualificação dos docentes em Educação Física para o exercício da profissão.

7. INFRAESTRUTURA DOS EQUIPAMENTOS ESCOLARES PARA A PRÁTICA ESPORTIVA E DE RECREAÇÃO

A infraestrutura escolar pode ser entendida como “as instalações, equipamentos e serviços necessários para garantir o funcionamento da escola e auxiliar na aprendizagem do aluno” (GARCIA, 2014, p. 144).

Dados do Censo Escolar de 2022 apontaram importantes variáveis sobre a estrutura das escolas públicas. Foram registradas a existência de 184.332 unidades escolares em atividades no país. Ao se estratificar o total de instalações sob o quesito de vínculo administrativo verifica-se que 704 instalações (0,38%) estão sob gestão da União; 29.819 instalações (16,18%) dos Estados; 107.832 instalações (58,50%) dos Municípios e 45.977 (24,94%) na esfera da gestão Privada.

Do total de unidades, 2.666 escolas, funcionam em locais impróprios, denominados pelo Censo como Galpão/Rancho/Paiol/Barracão. Isso representa menos de 0,1% das unidades escolares. A região Norte apresenta a maior quantidade de escolas nesse tipo de situação com 1.605 unidades, seguida da região Nordeste com 729 estabelecimentos educacionais. No que se refere a dependência administrativa, as escolas nessa situação estão vinculadas, em sua maioria, aos Municípios, com 2002 (75%) unidades. Na sequência aparece o Estado com 546 (20%) unidades, a União com 7 (0,3%) e a Rede Privada com 111 (4%) das unidades.

O Censo registra que 158.287 unidades escolares não possuem estrutura de auditório, o que representa 85% das escolas em atividades. Esse número cai para 114.569, no quesito de inexistência de biblioteca, algo em torno de 62% do total de escolas em atividades.

Em relação à existência de estruturas para as práticas desportivas das 184.3323 escolas analisadas o cenário é desafiador: 79.802 (43%) não possuem pátio coberto; 112.696 (81%) não possuem quadra de esportes, sendo a região Nordeste apresentando a maior quantidade de casos; 161.497 (88%) não possuem espaço de sala multiuso para atividades de artes, dança e música. Ampliando os indicadores de forma isolada, é possível constatar que 5% (8.490) unidades possuem espaço para artes, enquanto música e dança aparecem com 2%, respectivamente com (3.028) e (4080) escolas.

Outro importante indicador diz respeito a escolas que possuem áreas para prática desportiva e recreação sem cobertura, sem piso e sem edificações denominadas de “Terreirão”. O Censo revela que 19.656 (11%) das escolas se encontram nesta situação, sendo a região Nordeste com o maior contingente.

No que se refere a disponibilidade de material e instrumentos para a prática esportiva e recreativa os dados apontam que 68.391 (37%) das unidades de ensino não dispõem de qualquer incentivo nesse sentido.

Os dados do censo são corroborados pela Auditoria realizada pelo TCU, que identificou, na esfera federal, baixa eficiência alocativa das dotações orçamentárias destinadas à implantação e modernização de infraestrutura para o desporto educacional. De acordo com a auditoria no período analisado de (2008-2017), o nível de liquidação da despesa empenhada dentro do próprio exercício de competência foi irrisório, variando de 2,2% (maior percentual), em 2011, a ínfimos 0,1%, em 2009 e 2014, evidenciando a elevadíssima inscrição em Restos a Pagar Não Processados.

A falta de estrutura nas escolas não é problema recente. Fletcher e Castro (1986), há mais de três décadas, já problematizavam sobre as condições materiais das escolas brasileiras alertando para a

questão da eficiência e da eficácia dos gastos públicos com educação e da relevância da infraestrutura das escolas para o aprendizado dos alunos. Nessa senda, os dados acima explicam, em parte, porque a infraestrutura escolar brasileira vem chamando atenção há anos.

Cediço, portanto, que as instalações para realização das atividades esportivas devem, além de possuir a estrutura necessária, oportunizar um amplo espectro de modalidades, tais como brincadeiras e jogos, ginásticas, danças, lutas, práticas corporais, dentre outras, devendo contar com quadras, ginásios, piscinas, pistas de corrida, etc, bem com materiais de qualidade que propiciem a realização das atividades físicas. E, não menos importante, as escolas devem contar com a presença e a qualificação de docentes com aptidão para lecionar a disciplina de Educação Física nos ambientes escolares, o que se passa a abordar.

8. A QUALIFICAÇÃO DO EDUCADOR FÍSICO PARA A PRÁTICA DA DOCÊNCIA DESPORTIVA

Compreender a presença e o tratamento pedagógico do conteúdo Esporte perpassa a mensuração do perfil profissional do professor no tocante a sua qualificação para a prática docente de forma a buscar a unidade entre teoria/prática, de forma que este assuma uma “postura em relação à produção do conhecimento científico que impregna a organização curricular dos cursos, tomando o trabalho como princípio educativo e como práxis sociais (TAFFAREL & SANTOS, 2010, p. 161).

Nesse contexto, a base de dados do Censo Escolar 2022 aponta que existem atualmente registrados 2.315.616 docentes em atividades na educação básica no país, sendo 1.414.211 (61%) vinculados ao ensino fundamental. De acordo com dados disponíveis de 2020 o censo escolar identificou 376.313 professores de Educação Física.

No que se refere ao grau de instrução desses docentes, 303.949 (81%) possuíam diploma de ensino superior. Desse contingente, 96.730 (32%) têm ao menos uma graduação em Educação Física e

207.219 (68%) possuem outras formações. Os demais, 72.364 (24%) completaram no máximo o ensino médio (BRASIL, 2020).

Os dados do censo são corroborados pelo relatório da auditoria do TCU, no que concerne a estrutura de formação docente escolar ao afirmar que:

[...][Todavia, mesmo ofertando a disciplina, apenas 41,6% de todas as escolas possuíam professores com formação em Educação Física registrados em seus quadros funcionais (média do Brasil). Quando se desagregam os dados por unidade da Federação, tinha-se o Maranhão com o baixíssimo índice de 9,2% de escolas com esses profissionais registrados em seus quadros, seguido por Bahia e Acre, enquanto o Mato Grosso do Sul apresentava o maior percentual, 81,7%, seguido por Santa Catarina e São Paulo. Desses índices, podemos concluir que há muitas escolas que oferecem a disciplina de Educação Física sendo ministrada por professores sem a respectiva formação superior (licenciatura ou bacharelado) (TCU, 2019)

Diversos autores dissertam abordagens sobre a necessidade de formação para a docência curricular da Educação Física. Bertini Júnior e Tassoni (2013), levantam um questionamento diante de uma perspectiva crítica acerca da preparação e qualificação do docente para o exercício da profissão, que é corroborado por Daolio (2006) ao expressar que teoria e prática devem estar intimamente convergentes, pois, ações práticas possibilitam alterações no que está posto. Lado outro, a falta de embasamento teórico na formação do profissional, pode impedir a transformação da prática pedagógica vivenciada pelo discente.

Nesse contexto, os profissionais da área de educação precisam de algumas bases de conhecimentos. Uma delas compreende os conhecimentos científicos dentro da área de atuação, outra engloba os conhecimentos da profissão relacionados à docência e os instrumentos

para que ocorra a construção do conhecimento, sob pena de não concretização de uma entrega adequada da atuação docente dentro e fora da sala de aula (NONO & MIZUKAMI. 2002).

Bracht et. al., (2003) abordam que o ensino do esporte na Educação Física escolar não tem avançado na formação cultural por meio de sua finalidade pedagógica. Os autores ponderam que a compreensão do ensino-aprendizagem do esporte não é pacífica, sem resistência por parte dos professores da área. A crítica direcionada à Educação Física escolar, pelos autores, é no sentido de que falta aos professores desse componente curricular aproximar-se das práticas docentes, na perspectiva de refundar as teorias.

Kunz (2004) destaca que a realidade escolar tem mostrado que os professores de Educação Física encontram dificuldades em modificar suas práticas pedagógicas no ensino do conteúdo Esporte, na perspectiva de superar o paradigma da racionalidade instrumental. O autor, porém, reconhece que existem iniciativas teóricas, práticas e interventivas que conseguem traduzir as novas propostas do pensamento pedagógico de forma a revolucionar sua prática.

Conforme se verifica, os fundamentos apresentados apenas reforçam que o número aquém de docentes com formação específica, aliada a alta demanda na oferta e no desempenho da prática pedagógica esportiva nos ambientes escolares, são fatores amplamente negativos ao desenvolvimento do Desporto Educacional, o que enseja a implementação de programas e políticas públicas visando a melhor qualificação de professores para o desempenho da docência, e da infraestrutura física dos estabelecimentos de ensino.

Diante desse cenário desafiador, urge apontar possíveis caminhos que possam contribuir para a deflagração de novas perspectivas para o Desporto Educacional e seus reflexos no sistema de ensino.

9. PERSPECTIVAS PARA O FORTALECIMENTO DO DESPORTO EDUCACIONAL

Os dados levantados demonstram o tamanho do desafio que precisa ser enfrentado pelo governo e sociedade para mudança do atual cenário do Desporto Educacional no sistema de ensino brasileiro. Para que a pesquisa não se restrinja à uma mera análise retórica, pretende-se apontar algumas alternativas para alguns pontos problemáticos: 1) pressupostos das atuais políticas destinadas ao Desporto Educacional; 2) Abertura de subfunção específica para controle do Desporto Educacional; 3) reestruturação da estrutura física dos ambientes escolares para a prática esportiva e de recreação; e 4) investimentos contínuos em formação e qualificação para a docência curricular em Educação Física.

Em relação aos **pressupostos das atuais políticas destinadas ao Desporto Educacional**, defende-se a implementação de uma nova Política Nacional destinada exclusivamente ao Desporto Educacional, nos termos do art. 217, inciso II da Constituição Federal, através do estabelecimento de metas de longo, médio e curto prazo, através da alocação e vinculação dos recursos orçamentários a linha de programas específicos, não discricionários, para a consecução de objetivos ligados a natureza do desporto educacional por todos os entes da federação..

Quanto a questão da **abertura de subfunção específica para controle do Desporto Educacional**, verificou-se que o Desporto Comunitário, engloba a alocação orçamentária dos recursos para o Desporto Educacional e do Desporto de Participação. Ocorre que essa situação concorre em desconformidade para fins de avaliação e controle da priorização constitucional estabelecida no art. 217, inciso II, da Constituição Federal no que toca para a destinação dos recursos públicos e acompanhamento dos programas e ações desenvolvidas. Assim sugere-se a criação de subfunção específica para lançamento do Desporto Educacional, com a disponibilização dos gastos até o último nível de classificação contábil, por meio dos portais de transparência.

Por sua vez, quanto a questão de **reestruturação da estrutura física dos ambientes escolares para a prática esportiva e de recreação**, sugere-se a reforma dos atuais equipamentos destinados a prática do esporte e recreação nas escolas para fins de transformar o atual cenário identificado no Censo Escolar de 2022. Esse apontamento, seria um exemplo de meta de longo prazo, a ser estrategicamente trabalhada pela Política Nacional sugerida. Lado outro a erradicação do ensino em “Galpão/Rancho/Paiol/Barracão”, e a previsão de que todas as escolas contassem com instalações físicas apropriadas, bem como o acesso a equipamentos e instrumentos para a prática esportiva e de recreação poderia ser elencada como metas de curto prazo.

Conforme se verificou 107.832 (58,50%) das instalações de ensino encontram vinculadas por dependência administrativa aos Municípios. Como se sabe existe uma grande carência técnica em diversos municípios, que as vezes, sequer possuem mão de obra (recursos humanos) para a elaboração e implementação de programas de governo na esfera local. Assim, a oferta de capacitação técnica aos entes da Federação seria uma das diretrizes para o efetivo alcance da universalidade do Desporto Educacional no país.

Já no que tange os **investimentos contínuos em formação e qualificação para a docência curricular em Educação Física**, sugere-se a criação de programas voltados a formação e qualificação docente, oportunizando melhorias na carreira, o que poderia ser elencado como meta de médio prazo.

10. CONCLUSÃO

Este trabalho buscou contribuir com o estudo dos principais pontos que circundam a alocação de recursos orçamentários para o Desporto Educacional e as políticas públicas implementadas para consecução da prioridade constitucional nesse segmento.

A investigação do tema proposto abordou, sob o viés sociológico, o papel da escola na socialização dos alunos e seus reflexos para a construção de uma sociedade pautada em valores éticos. Em seguida,

restou demonstrado a importância do Desporto Educacional para o sistema de ensino no qual se evidenciaram os aspectos da educação física, enquanto prática esportiva na formação e as possibilidades de aplicação de inteligências múltiplas a partir da construção coletiva na prática esportiva e de recreação.

Em continuidade, sob a ótica do ponto de vista legal, foi feita a análise sobre as bases normativas do Desporto a partir de sua matriz constitucional, que prevê o dever do Estado em fomentar, de forma prioritária, o Desporto Educacional, assim como na legislação infraconstitucional, tendo por base a Lei Pelé, a nova Lei Geral do Esporte e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

Na sequência a análise se subsumiu ao processo sistêmico de elaboração do orçamento público, a partir dos parâmetros do PPA, LDO e LOA e a necessidade de agregação da classificação dos programas e ações orçamentárias para maior efetividade de controle. Em continuidade, levantou-se os valores alocados referente ao período de 2012-2022, no âmbito da União, do Estado de Minas Gerais e do Município de Belo Horizonte, que chegou a ordem de 9.8 bilhões, em que se buscou fazer um paralelo entre os valores destinados para o Desporto Educacional e para o Desporto de Rendimento, buscando comparar o nível de gastos nessas subfunções.

Posteriormente, viu-se o estudo a partir da análise das políticas públicas implementadas pelos entes pesquisados, buscando identificar os programas e ações desenvolvidas atinentes do Desporto Educacional, tendo como parâmetros os conceitos de eficiência e eficácia proposto por Garcia (2001).

Na esfera federal, constatou-se que a principal política pública implementada pelo governo, e atualmente em vigor é o Programa Segundo Tempo, que em 2021, operava com 78 convênios ativos. Constatou-se uma franca desaceleração do programa a partir de 2014, tendo sido gasto no período de 2017-2019 apenas 124 milhões no Desporto Educacional. No âmbito do Estado de Minas Gerais, conquanto tenha se identificado equilíbrio entre os valores orçados e pagos no período de análise, não se logrou êxito em se identificar, no portal da

transparência, as despesas por subfunção, para análise do programa de desenvolvimento do desporto educacional. No âmbito municipal a situação se mostra crítica. Isso porque no período analisado de 2019-2022, identificou-se o irrisório montante de R\$140.406,15 atribuído ao Esporte Educacional.

Superadas as análises acima, o estudo identificou precariedade na infraestrutura física escolar, e Nos aspectos da presença e qualificação para a docência da Educação Física, por meio dos dados do Censo Escolar de 2022 onde se identificou estatísticas desafiadoras, como por exemplo, que 112.696 (81%) unidades escolares não possuem quadra de esportes. Constatou-se, em relação total de docentes em Educação Fiscais (376.313), que apenas 96.730 (32%) possuía graduação na área.

Em sua última parte, este trabalho abordou perspectivas para o Desporto Educacional, por meio de algumas propostas para os pontos problemáticos visando contribuir para a superação dos desafios detectados no presente trabalho.

REFERÊNCIAS

BRACHT, Valter; ALMEIDA, Felipe Quintão. **A política de esporte escolar no Brasil: a pseudo valorização da educação física**. Revista brasileira de ciências do esporte, v. 24, n. 3, 2003.

AGUM, Ricardo; RISCADO, Priscila; MENEZES, Monique. **Políticas públicas: conceitos e análise em revisão**. Agenda política, v. 3, n. 2, p. 12-42, 2015.

BARROS, Marcelo Jucá; RAMALHO, Carlos Santiago da Silva. **O direito ao lazer e a ineficiência estatal na promoção prioritária ao desporto educacional como mandamento constitucional**. In: SBDD: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Angelo Vargas / coordenação científica Flávia de Almeida de Oliveira Zanini, Carlos Santiago da Silva Ramalho. - 1. ed. - Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021

BELO HORIZONTE. **Lei Orgânica**. Disponível em: < <https://www.cmbh.mg.gov.br/atividade-legislativa/pesquisar-legislacao/lei-organica>>. Acesso em: 26 Jul. 2023.

BELO HORIZONTE. **Plano Pluri Anual Governamental**. Disponível em: < <https://prefeitura.pbh.gov.br/transparencia/contas-publicas/plano-plurianual-ppag>>. Acesso em: 26 Jul. 2023

BELO HORIZONTE. **Portal da Transparência**. Disponível em: < https://transparencia.pbh.gov.br/bh_prd_transparencia/web/#!/home>. Acesso em: 26 Jul. 2023.

BERTINI JUNIOR, Nestor; TASSONI, Elvira Cristina Martins. **A Educação Física, o docente e a escola: concepções e práticas pedagógicas**. Revista Brasileira de Educação Física e Esporte, v. 27, n. 03, p. 467-483, 2013.

BRASIL. **Atuação do Ministério da Cidadania no Esporte Educacional**. 2021. Disponível em: <https://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/pesquisas/documentos/relatorio/relatorio_0213.pdf>. Acesso em: 24 Jul. 2023.

BRASIL. **Censo Escolar 2022**. Disponível em: <<https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/pesquisas-estatisticas-e-indicadores/censo-escolar/resultados/2022>>. Acesso em: 22 Jul. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 Jul. 2023.

BRASIL. Lei Nº 14.597 de 14 de Junho de 2023. **Institui a Lei Geral do Esporte**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Lei/L14597.htm>. Acesso em: 17 Jul 2023.

BRASIL. Lei Nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996. **Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm>. Acesso em: 16 Jun. 2023.

BRASIL. Lei Nº 9.615 de 24 de Marco de 1998. **Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9615consol.htm>. Acesso em: 17 Jul 2023.

BRASIL. **Leis Orçamentárias Anuais da União**. Disponível em: <<https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/planejamento-e-orcamento/orcamento>>. Acesso em: 23 Jul. 2023.

BRASIL. **Parâmetros Nacionais Curriculares (1997)**. Disponível em: < <http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/livro01.pdf>>. Acesso em: 15 Jul. 2023.

CANIVEZ, P. **Educar o cidadão?** Campinas: Papirus, 1991.

CASTRO, Rodrigo Batista de. **Eficácia, eficiência e efetividade na administração pública**. Anpad. Anais do XXX Encontro ANPAD, 2006.

CORSARO, William.; MOLINARI, Luisa. Compagni: **Understanding children's transition from preschool to elementary school**. New York: Teacher College Press, 2005.

DAOLIO, Jocimar. **O ser e o tempo da pesquisa sociocultural em educação física**. Revista brasileira de ciências do esporte, v. 29, n. 1, 2006.

FEIJÓ, O. G. **Corpo e Movimento: Uma Psicologia para o Esporte**, Rio de Janeiro: Shape, 1992.

FLETCHER, P. R.; CASTRO, C. M. **A escola que os brasileiros freqüentaram em 1985**. Brasília: Ipea, 1986

GALATTI, et al.. **Pedagogia do esporte: procedimentos pedagógicos aplicados aos jogos esportivos coletivos**. Conexões, Campinas, SP, v. 6, p. 397–408, 2008. DOI: 10.20396/conex.v6i0.8637843. Acesso em: 15 jul. 2023.

GARCIA, P. S. **Um estudo de caso analisando a infraestrutura das escolas de ensino fundamental**. Cadernos de Pesquisa: Pensamento Educacional, Curitiba, v. 9, n. 23, p. 137-159, set./dez. 2014.

GARCIA, Ronaldo C. **Subsídios para Organizar Avaliações da Ação Governamental**. Brasília 2001. IPEA, Texto para Discussão N.776, 2001.

GARDNER, H. **Inteligências múltiplas: a teoria na prática**. Porto Alegre: Artmed, 2000.

KUNZ, Eleonor. **Transformação didático-pedagógica do esporte**. 6,ed, - Ijuí: Ed. Unijuí, 2004.

LEONARDI, Thiago José, et al., **Pedagogia do esporte**: indicativos para o desenvolvimento integral do indivíduo. Revista Mackenzie de Educação Física e Esporte, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 41-58, 2014.

LIBÂNEO, José Carlos. **Pedagogia e pedagogos, para quê?** São Paulo: Cortez, 1998a.

MALMEGRIM, M. L.; MICHAUD, C. **Modelagem organizacional para ação e controle estratégico**: guia metodológico. Brasília: [s.n.], 2003.

MANTOAN, Maria Teresa Egler. **Inclusão Escolar: o que é? Por que? Como fazer?** São Paulo: Moderna, (Coleção cotidiano escolar), 2003.

MATOS, M. **Adolescência, saúde e desenvolvimento**. In M. Matos (Eds) Comunicação, Gestão de Conflitos e Saúde na Escola (pp. 27-39). Lisboa, Faculdade de Motricidade Humana, 2005.

MINAS GERAIS. **Constituição do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <http://www.fazenda.mg.gov.br/cidadaos/educacao_fiscal/aspectos_legais/constituicao_estadual.html>. Acesso em: 25 Jul. 2023.

MINAS GERAIS. **Leis Orçamentarias Anuais**. Disponível em: <<https://www.mg.gov.br/planejamento/pagina/planejamento-e-orcamento/lei-orcamentaria-anual-loa/lei-orcamentaria-anual-loa>>. Acesso em: 23 Jul. 2023.

MINAS GERAIS. **Plano Mineiro de Desenvolvimento Integrado**. Disponível em: <<https://www.mg.gov.br/planejamento/pagina/planejamento-e-orcamento/plano-mineiro-de-desenvolvimento-integrado-pmdi/plano-mineiro-del>>. Acesso em: 25 Jul. 2023.

MINAS GERAIS. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<https://www.transparencia.mg.gov.br/>>. Acesso em: 26 Jul. 2023.

MORALES, M; LÓPEZ-ZAFRA, E. **Inteligência emocional Y rendimento escolar**: estado actual de la cuestión. Revista Latinoamericana de Psicología, 41 (1): 69-79. 2009.

NETO, Luiz Sanches et al. **Demandas ambientais na educação física escolar**: perspectivas de adaptação e de transformação. Movimento, v. 19, n. 4, p. 309-330, 2013. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11449/243698>>. Acesso em: 15 Jul. 2023.

NONO, Maévi; MIZUKAMI, Maria. **Casos de ensino e processos de aprendizagem profissional docente**. Revista brasileira de Estudos pedagógicos, v. 83, n. 203, 2002.

OLIVEIRA, T.; VIANA, A.P.S.; BOVETO, L.; SARACHE, M.V. **Escola, conhecimento e formação de pessoas: considerações históricas**. Políticas Educativas, Porto Alegre, v. 6, n.2, p. 145-160, 2013.

OLIVEIRA, V. M. **O que é educação física**. São Paulo: Brasiliense, 1985.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta Internacional de Educação Física, 1978**. Disponível em: <<https://www.confef.org.br/arquivos/235409POR.pdf>>. Acesso em: 17 Jul. 2023.

PALACIOS, Jesús. **Desenvolvimento físico e psicomotor**. In: COOL, César; PALACIOS, Jesús; MARCHESI, Álvaro. (org.). Desenvolvimento Psicológico e Educação: psicologia evolutiva. Porto Alegre: Artes Médicas, 1995. v.1, p.29- 53.

PENTEADO, José Tadeu Rodrigues. **Direito Desportivo Constitucional**: o desporto educacional como direito social. 2016.

PERERA, S. **The historical development of business budgeting**: an organizational perspective. Accounting Forum, v. 22, n. 1, p. 3-13, jun. 1998.

REZENDE, Fernando. **Finanças Públicas**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SOUZA, Gustavo Lopes Pires de; RAMALHO, Carlos Santiago da Silva. **Breve análise do desenvolvimento e gestão de políticas públicas desportivas constantes no relatório sistêmico de fiscalização do TCU**. In: Revista Academia Nacional de Direito Desportivo (ANDD). SERRA, Gabriel Caputo Bastos; ROMERO, Ana Cristina Mizutori (Organização), Ano 7, n.6 (JUL./DEZ.2021) – Brasília: ANDD, 2021.

TAFFAREL, C. N. Z.; SANTOS JÚNIOR, C. L.. **Formação humana e formação de professores de Educação Física: para além da falsa dicotomia licenciatura X bacharelado**. In: TERRA, D. V.; SOUZA JÚNIOR, M. Formação em Educação Física & Ciências do Esporte: políticas e cotidiano. São Paulo: Aderaldo & Rothschild; Goiânia: CBCE, 2010.

TAYLOR, A. P.; Vlastos, G. **School Zone: learning environments for children**. Corales, New Mexico: School Zone, 1983.

THIN, Daniel. **Para uma análise das relações entre famílias populares e escola: confrontação entre lógicas socializadoras**. Revista Brasileira de Educação, v. 11, n. 32, p. 211-225, 2006.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Relatório de auditoria operacional no desporto educacional**. Acórdão 2033/2019 – Plenário. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/>>. Acesso em: 24 Jul. 2023

TUBINO, M. J. G. **Dimensões Sociais do Esporte**. São Paulo. 2ª Ed. São Paulo, 2001.

VYGOTSKY, Lev Semenovich. **O desenvolvimento psicológico na infância**. Tradução Claudia Berliner: São Paulo: Martins Fontes, 1998.

WHITE, J. **What schools are for and the reasons why?** Impact Paper, Philosophy of Education Society of Great Britain. 2007.

YOUNG, M. **What are Schools For?**. In Daniels, Lauder & Porter (Orgs.). *The Routledge Companion to Education*. Routledge: London. 2007.

ARBITRAGEM E SUA APLICAÇÃO NOS CONFLITOS ENTRE SÓCIOS E ADMINISTRADORES

RESUMO

A arbitragem é um método alternativo de solução de conflitos, no qual as partes, mediante acordo de vontades, estabelecem que conflitos presentes ou futuros sejam solucionados por um Árbitro ou uma Câmara Arbitral, entregando a este o poder de dirimir o conflito entre as partes. A arbitragem é prevista no Direito Brasileiro desde a Constituição de 1824, ganhando força após a edição de sua lei específica, qual seja, a lei nº 9.307/1996, e, posteriormente, a sentença arbitral ganhou status de título executivo judicial, demonstrando a intenção do legislador em fomentar esse método alternativo. O presente artigo, desse modo, tem como objetivo analisar a aplicação da arbitragem nos conflitos entre sócios e administradores. Para obtenção dos resultados apresentados, bem como as conclusões, utilizou-se da metodologia da pesquisa integrada, descritiva, dedutiva e da pesquisa bibliográfica. A conclusão demonstra que a arbitragem tem se revelado um importante instrumento na solução de conflitos nas sociedades, mantendo o bom andamento destas e promovendo uma solução eficaz.

PALAVRAS-CHAVE: Lei de arbitragem; Sócios; Administradores; Sociedades; Arbitragem; Conflitos; Aplicação.

1. INTRODUÇÃO

Quando se observa a evolução do direito em conjunto à humanidade, é possível perceber que este foi influenciado pelas diferentes épocas e aspirações das sociedades nas quais ele veio surgindo, e, com isso, criou-se variações do direito e a sua forma de aplicação.

⁹⁰ *Graduando em Direito pela PUC MINAS; E-mail: brennolunacarinhanha@gmail.com.*

⁹¹ *Doutor e mestre em Direito pela PUC MINAS; Professor do Doutorado e Mestrado em Direito da PUC MINAS; Professor da PUC MINAS e da UFMG; E-mail: almeidamagalhaesrodrigo@gmail.com.*

A arbitragem é tão antiga quanto o surgimento do direito, isso porque ela já era aplicada sem que viesse a receber esse nome. Assim, mesmo que tenha perdido espaço com o surgimento do Estado de Direito e seu necessário monopólio em determinadas áreas, ela ainda é de suma importância, notadamente diante da saturação de demandas vividas pelo Judiciário, o que leva, inevitavelmente, a uma prestação jurisdicional morosa e por vezes defeituosa.

Nos conflitos empresariais, é de salutar importância a presença de especialistas no ramo que possam compreender o problema e propor soluções, sem que isso interfira no bom andamento das sociedades empresariais, mantendo o funcionamento e os lucros enquanto a questão não é resolvida.

Em este ponto a arbitragem surge como uma alternativa, visto que, por se tratar de um método no qual as partes podem escolher o árbitro ou a Câmara arbitral que será responsável por dirimir os conflitos, as chances de uma solução que agrade os envolvidos, mormente diante da segurança de ter a questão resolvida por um perito, bem como por não trazer graves prejuízos às sociedades – como, por exemplo, problemas de liquidez e dispersão, já que uma companhia em crise interna causa dúvidas nos potenciais investidores.

O presente trabalho não pretende afirmar que a arbitragem deve substituir o Judiciário nos conflitos empresariais, e, sim, demonstrar a importância da utilização deste instituto para as companhias, notadamente diante de conflitos oriundos de sociedades multinacionais, permitindo-nos compreender como a arbitragem pode ser vantajosa nos conflitos entre sócios e administradores.

2. SOCIEDADES

Com o advento das atividades empresariais, as pessoas começaram a buscar forma de se reunirem em grupos para, através de uma atividade comercial, compartilharem lucros e dividirem o peso dos riscos.

Assim, são criadas as sociedades, que, segundo ABREU (2009), podem ser consideradas como “a entidade que, composta por um ou mais sujeitos (sócio(s)), tem um patrimônio autônomo para o exercício de atividade econômica que não é de mera fruição, a fim de (em regra) obter lucros e atribuí-los ao(s) sócio(s) – ficando este(s), todavia, sujeito(s) a perdas”⁹².

As sociedades são a personificação do mundo capitalista, constituídas para que possam permitir aos seus sócios a persecução de seus fins comerciais, gerando riquezas para os seus participantes sem uma grande ingerência estatal.

Para a constituição de um contrato de sociedade, MAMEDE (2021) ressalta que é necessária a presença de cinco elementos: a vontade das partes; bilateralidade (Apesar de haver a possibilidade de uma sociedade unipessoal, o que certamente só confirma a regra); direitos e deveres recíprocos; a persecução do fim econômico; e a divisão dos resultados, seja lucros ou perdas⁹³.

É necessário que as partes queiram constituir a sociedade, e, neste ponto, pode-se falar sobre a necessidade da existência da *affectio societatis*, que deve ser levada como um requisito a mais na verificação da declaração de vontade das partes, a *affectio societatis* sendo considerada como a vontade que os sócios possuem de cooperar entre si, para a persecução de um fim em comum.

Logo, não basta a mera declaração de vontade, as partes devem buscar o seu sucesso baseado no êxito de ambos e não no (in)sucesso da outra parte. Elas pretendem – juntas – buscarem meios de atingir os objetivos de todas as partes envolvidas.

92 ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Curso de Direito Comercial**. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2009, v. 2, p. 21

93 O contrato é o acordo de vontades e o instrumento de contrato é o documento constituído especificamente para comprovar o contrato e, ao menos, algumas das cláusulas acertadas entre as partes. Apenas quando a lei exija um instrumento (documento escrito no qual se alternam os termos do ajuste), será esse um requisito para a validade dos ajustes (artigos 104, III, 107, 108 do Código Civil). De qualquer sorte, são os seguintes os elementos de um contrato de sociedade (artigo 981): (1) ajuste de vontade; (2) pluralidade de pessoas; (3) definição de obrigações recíprocas; (4) finalidade econômica; e (5) partilha dos resultados. (MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial** – 17ª Ed. – Barueri: Atlas, 2023, ebook não paginado)

Os direitos e deveres das partes devem ser recíprocos, ou seja, todos devem possuir direitos e deveres a serem exigidos, não sendo necessário que tais obrigações sejam iguais. Desse modo, as obrigações existirão para todos os sócios, porém é natural que em sua maioria sejam proporcionais à participação de cada um na sociedade.

As sociedades devem efetivamente buscar um fim econômico, do contrário serão vistas como associações. Ou seja, a finalidade econômica deve ser uma *ratio essendi* das sociedades, e, neste caso, mister ressaltar que a finalidade econômica não se confunde com a busca pelo lucro – que, decorrente da atividade econômica, pode ou não vir a ser alcançado.

Por fim, é obrigatória a divisão dos resultados da sociedade, sendo expressamente vedado a exclusão de qualquer sócio de participar da divisão das perdas ou dos lucros (Artigo 1.008, Código Civil).

No direito brasileiro existem diversos tipos de sociedade, das quais podemos destacar a sociedade simples, a sociedade limitada e a sociedade anônima, guardando peculiaridades para cada um desses tipos.

2.1. SOCIEDADE LIMITADA

As Sociedades Limitadas, criação do direito alemão, em 1892, e difundida no resto da Europa, chegando no Brasil em 1919, com a edição do Decreto nº 3.708/1919, e é o segundo maior tipo societário presente no Brasil.

Segundo o Mapa de Empresas – Boletim 3º Quadrimestre 2023, há um total de 20.798.291 empresas ativas no Brasil, sendo que destas, 6.558.126 são Sociedades Limitadas, representando 31,5% do total, demonstrando a preferência do empresários brasileiros por este tipo societário, perdendo apenas para os Microempreendedores Individuais (MEI).

As sociedades limitadas foram criadas buscando unir vantagens das sociedades de capitais e de pessoas, que, segundo TOMAZETTE

(2017) “assegura aos sócios responsabilidade limitada pelas obrigações sociais, sem a complexidade da sociedade anônima”⁹⁴.

Desse modo, as sociedades limitadas permitem aos empresários exercer suas atividades sem o temor de ter o seus patrimônios pessoais responsabilizados por dívidas da sociedade limitada, protegendo os empresários e concedendo maior segurança e flexibilidade, principalmente em um país tão instável na área econômica e jurídica.

Assim, dentro da sociedade limitada, os sócios respondem às obrigações em valores limitados ao valor das quotas de cada um, ressaltando-se que, caso o capital não esteja totalmente integralizado, todos os sócios serão solidariamente responsáveis, nos termos do artigo 1.052 do Código Civil.

2.2. SOCIEDADE ANÔNIMA

As sociedades anônimas são um tipo societário que – com as devidas modificações naturais – surgiram com a evolução da humanidade e desenvolvimento de suas atividades, sejam elas industriais, comerciais ou científicas.

Há relatos de sociedades anônimas datadas de 1407, como a Casa di San Giorgio, em Gênova na Itália, porém, a primeira sociedade anônima reconhecida doutrinariamente é a Companhia das Índias Orientais, em 1602. Dentro do Brasil, um dos exemplos mais antigos de uma sociedade anônima é o Banco do Brasil em 1808, este que perdura até os dias atuais.

Assim, pode-se conceituar uma sociedade anônima como “a sociedade, sem firma social, onde todos os sócios respondem somente pelo valor das ações, que subscrevem, ou que lhe são cedidas, as quais, por sua vez, podem ceder-se livremente”⁹⁵.

94 TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário** – V.1 – 8ª Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2017, p. 442.

95 VAMPRÉ, Spencer. Tratado elementar de direito comercial. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1922, v. 2, p. 9. *Apud* TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial:

Deve-se ressaltar, ainda, que por determinação legal, as sociedades anônimas sempre possuirão natureza mercantil, independente das atividades exercidas pela companhia, conforme o artigo 2º, § 1º, da lei nº 6.404/76.

No direito brasileiro, as sociedades anônimas são assim chamadas pois, ao contrário dos contratos sociais – previsto na sociedade limitada – que levará o nome de todos os sócios, o estatuto social da sociedade anônima prescinde dos sócios, registrando somente o nome dos fundadores da companhia, fazendo com que alterações nos quadros societários não levem à alteração do estatuto social.

Nas sociedades anônimas, a responsabilidade dos sócios é limitada ao preço de emissão das suas ações, não havendo previsão de responsabilização solidária dos demais sócios no caso de não integralização do capital social, como ocorre nas sociedades limitadas, gerando maior segurança para os sócios participantes.

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro, há dois tipos de sociedades anônimas: As fechadas e as abertas. Ambas se diferenciam pelo fato de que, na primeira, seus títulos não podem ser negociadas no mercado de balcão ou na bolsa de valores, já na segunda, seus títulos são livremente negociadas no mercado de valores mobiliários, além de estarem sob a fiscalização da Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

No Brasil, há um total de 190.483 sociedades anônimas registradas em funcionamento, conforme dados do Mapa de Empresas – Boletim 3º Quadrimestre 2023, o que representa apenas 0,9% do total de empresas em funcionamento no país, demonstrando a restrição que esse tipo societário possui.

2.3. ORGANIZAÇÃO DAS SOCIEDADES

As sociedades limitadas e anônimas possuem semelhanças em suas organizações. A sociedade limitada é formada – em regra – pelo capital social, quotas, sócios, assembleia-geral (assembleia dos sócios), administração (ou conselho de administração), diretoria e conselho fiscal. A sociedade anônima é formada pelo capital social, ações, sócios, conselho de administração, diretoria e conselho fiscal.

O Capital Social da sociedade limitada é dividido em quotas, que são as contrapartidas recebidas pelos sócios pela contribuição – com dinheiro ou bens – no capital social, concedendo aos responsáveis pela subscrição das quotas direitos e atribuindo obrigações.

Nas sociedades anônimas, o capital social é dividido em ações, possuindo o mesmo significado que as quotas nas sociedades limitadas.

Os sócios, como regra, são aqueles que contribuíram para a formação do capital social, adquirindo direitos e deveres. Enquanto deveres, os sócios têm de observar o dever de lealdade, bem como a obrigação de contribuir para o capital social. No tocante aos direitos, eles se dividem em direitos de ordem patrimonial e pessoal. Os direitos de ordem patrimonial consistem na participação dos lucros (e das perdas) e no acervo social, caso a sociedade venha a ser dissolvida. Já os direitos de ordem pessoal é o poder de fiscalizar os atos da sociedade, bem como o direito de voto (Pode ser restringido, como, por exemplo, com a subscrição de ações preferenciais sem direito de voto nas sociedades anônimas).

A assembleia-geral ou a assembleia dos sócios – nas sociedades limitadas, são os órgãos máximos das sociedades, pois exprimem a vontade de seus sócios, e, até mesmo aqueles que não possuem direito a voto poderão realizar requisições e dirimir dúvidas. A realização das assembleias é obrigatória nos quatro primeiros meses subsequentes ao término do exercício financeiro – que normalmente coincide com o término do ano civil, para que as contas dos administradores possam ser analisadas pelos sócios, bem como outras matérias previstas em lei.

Além disso, diante da ausência de existência concreta das pessoas jurídicas, é necessário que essas se façam representar por órgãos, que, no caso da sociedade limitada, é a administração, formada por uma única pessoa ou um grupo, para que possam liderar e gerir os interesses do empresário, sendo que é facultativa a constituição de um conselho de administração, conforme Instrução Normativa 81/2020 do Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração (DREI).

Nas sociedades anônimas, a administração da companhia está a cargo do conselho de administração ou da diretoria, ressaltando-se que, conforme o artigo 138 da lei 6.404/76, nas sociedades abertas, empresas públicas e de capital autorizado, o conselho de administração é um órgão obrigatório. Nos demais casos apenas a diretoria é de existência obrigatória.

A administração ou conselho de administração deverá ser composto, no caso das sociedades limitadas, por uma ou mais pessoas, já em relação às sociedades anônimas, a definição é do mínimo de membros, que deverá ser três.

Esse órgão possui três atribuições: programática, fiscalização e administrativa. Assim, enquanto programático, é um órgão que fixa diretrizes a serem observadas pela sociedade, fiscaliza a diretoria e o andamento dos negócios, bem como elege diretores e administra de forma geral, além de representar a sociedade, no caso das sociedades limitadas.

As sociedades anônimas devem, obrigatoriamente, possui uma diretoria. Segundo TOMAZETTE, “tem por papel primordial acionar as atividades operacionais da companhia, isto é, lhe compete praticar todos os atos necessários ao regular andamento dos negócios da companhia”⁹⁶, depreendendo-se que esse órgão é representante das sociedades, praticando todos os atos pela sociedade anônima.

A composição da diretoria deverá ser fixada em estatuto, com o mínimo de dois membros, e, caso o referido estatuto não determine

96 TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário – V.1 – 8ª Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2017, p. 678.

as competências, todos os diretores poderão representar a companhia em todas as esferas.

O conselho de fiscalização é um órgão de existência obrigatória, mas de funcionamento facultativo. Ou seja, é um órgão que, apesar de existir obrigatoriamente só atuará caso seja requisitado pelos acionistas ou determinado no estatuto social ou contrato social.

Sua composição é determinada por lei, sendo o mínimo de três e o máximo de cinco conselheiros, devendo estes auxiliarem a assembleia-geral na fiscalização da atuação dos administradores e diretores, emitindo pareceres e propondo denúncias.

Por fim, faz-se mister destacar que não é obrigatório que os administradores, diretores ou membros do conselho de fiscalização sejam sócios, assim, é possível que terceiros exerçam tais cargos, mormente diante da necessidade de especialistas na área, para que a sociedade tenha um bom funcionamento e possa cumprir com sua finalidade.

3. ARBITRAGEM

3.1. CONCEITO E APLICAÇÃO

Desde os primórdios da história, a humanidade possui conflitos, e, na maioria das vezes, foi necessária a presença de um terceiro para que a solução à controvérsia pudesse ser encontrada.

No início, havia o mecanismo de autotutela, que visivelmente não pôde se manter, seja pelo surgimento do Estado, seja pela imposição de limites pela simples existência do próprio.

A arbitragem, em determinado momento poderia ser confundida com a jurisdição exercida pelo Estado quando indivíduos se envolviam em conflitos e recorriam a um terceiro para que este então solucionasse a questão controvertida, como, por exemplo, no Império Romano, em que a arbitragem “surge como surge como primeira forma de

intervenção do *populus* (cidadãos romanos), que possuía desejo de que a paz social fosse alcançada”⁹⁷.

Com o desenvolvimento da sociedade, e a consequente necessidade do Estado se expandir para garantir os direitos daqueles que o garantiam a legitimidade deste, a arbitragem perdeu um pouco de espaço, dando lugar à Jurisdição propriamente dita do Estado, sendo visto como o “advento do valor do direito público, em detrimento ao apreço exclusivo ao direito privado antes existente”⁹⁸.

Assim, a arbitragem pode ser definida como “método alternativo de solução de controvérsias, por meio do qual as partes de comum acordo escolhem um ou mais árbitros, responsáveis por proferir decisão final sobre seus respectivos direitos e obrigações”⁹⁹.

No Direito Brasileiro, a arbitragem é um instituto previsto desde a Constituição do Império de 1824, sendo inclusive positivada no Código Comercial de 1850, que definia em seu artigo 296 que “Todas as questões sociais que se suscitarem entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral”¹⁰⁰.

OLIVEIRA (2013) afirma que a aplicação da arbitragem no Brasil encontrou empecilhos, mormente diante da desconfiança com a qual era vista pelas pessoas, já que, naquele momento histórico, era estranho fazer uso de um método de solução de conflitos que dispensasse a presença do Estado-Juiz. Desse modo, mesmo que fosse um instituto previsto, a presença do Estado no processo de colonização brasileiro

97 SOUSA, Luiz Gustavo Lacerda. O instituto da arbitragem no processo civil romano. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 581, 8 fev. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6288>. Acesso em: 26 abr. 2024

98 SOUSA, Luiz Gustavo Lacerda. O instituto da arbitragem no processo civil romano. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 581, 8 fev. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6288>. Acesso em: 26 abr. 2024.

99 MESSA, Ana Flávia. ARMANDO, Luiz Rovai. Manual de Arbitragem.- 1ª Ed. - São Paulo: Almedina, 2021, p. 79.

100 BRASIL. LEI n° 556, Código Comercial. Rio de Janeiro, 25 jun. 1850. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim556.htm. Acesso em: 09 de maio de 2024.

foi tão marcante, que outros meios de solução de conflitos que não a solução imposta pelo Estado foram vistos com desprezo¹⁰¹.

Diante das desconfianças sobre a aplicação da arbitragem, era necessário a homologação judicial da sentença arbitral, sendo previsto no Código de Processo Civil de 1939 que a sentença arbitral deveria ser homologada pelo juízo que seria competente para analisar o processo originalmente, demonstrado a total dependência da Arbitragem para com o Judiciário. Em outras palavras, independentemente do método de solução utilizado, a palavra final caberia ao Poder Judiciário.

Sob a égide da Constituição de 1988, a lei nº 9.307/1996 normatizou o instituto da Arbitragem e positivou o procedimento, sendo considerado uma “regulação jurídica de utilidade prática, já que concedeu à solução arbitral força vinculante, de forma que as partes que optam pelo juízo arbitral não necessitam mais de homologação judicial”¹⁰².

Destarte, a após a edição da referida lei, a arbitragem ganhou força e prestígio no ordenamento jurídico brasileiro, tornando-a um método de solução de controvérsias efetivo, visto que a sentença arbitral não dependeria mais de homologação, conforme o artigo 18 da lei 9.307/1996. No Código de Processo Civil, a sentença arbitral se tornou um título executivo judicial, consoante o disposto no artigo 515 do Códex processual, restando clara a intenção do legislador em dar mais credibilidade e segurança para a Arbitragem, trazendo para o Brasil uma tendência há muito caracterizada na Europa.

Para MAGALHÃES (2006) a Arbitragem possui diversas vantagens, tais como a celeridade, a liberdade de escolha dos árbitros, a especialização dos árbitros, a liberdade de escolha da norma a ser

101 OLIVEIRA, José Anselmo de. A arbitragem e o poder judicial. In: REVISTA DA EJUSE, Nº 18, 2013 – DOCTRINA – 15. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/57669/arbitragem_poder_judicial_oliveira.pdf. Acesso em: 09 de maio de 2024.

102 MESSA, Ana Flávia. ARMANDO, Luiz Rovai. Manual de Arbitragem.– 1ª Ed. – São Paulo: Almedina, 2021, p. 83.

aplicada, o sigilo, a informalidade, o menor custo em relação aos processos no Poder Judiciário e a conciliação¹⁰³.

A Arbitragem pode ser utilizada tanto por particulares quanto pela Administração Pública, sendo que, para esta última, o método só poderá tratar de conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, conforme preceitua o artigo 1, §1º, da lei nº 9.307/1996, por força dos princípios da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e da Indisponibilidade do Interesse Público.

Tratando-se de particulares, é possível a solução de qualquer conflito que envolvam direitos disponíveis que permitam transação, ou seja, todos os conflitos que não sejam, por sua natureza, indisponíveis ou impossibilitados de transacionar, poderão ser dirimidos pela Arbitragem, de acordo com o artigo 1º da legislação supracitada.

Neste sentido, MESSA E ROVAI (2021) defendem que a “A arbitragem, enquanto instituição jurídica, pode ser entendida como um julgamento de controvérsia relativos a direitos transigíveis”¹⁰⁴.

O ordenamento jurídico brasileiro condiciona a arbitragem à capacidade de contratar das partes. Infere-se, portanto, que o legislador optou por restringir à arbitragem às partes civilmente capazes, mantendo sob a Égide Estatal a tutela dos direitos daqueles que não possuem capacidade de contratar.

Assim, para que a arbitragem possa ser aplicada, deverá ser celebrada a Convenção Arbitral, que, segundo MESSA E ROVAI (2021), é definida como a “previsão contratual em que as partes se comprometem a submeter eventuais conflitos futuros em torna da relação contratual à arbitragem”¹⁰⁵, entendendo-se que, neste caso, a convenção arbitral será necessária antes de qualquer conflito.

Noutro giro, quando as partes se juntam para buscar uma solução para o conflito já existente, é necessário a assinatura de um

103 MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. Arbitragem e convenção arbitral. – Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 83-84.

104 MESSA, Ana Flávia. ARMANDO, Luiz Rovai. Manual de Arbitragem.– 1ª Ed. – São Paulo: Almedina, 2021, p. 142.

105 MESSA, Ana Flávia. ARMANDO, Luiz Rovai. Manual de Arbitragem.– 1ª Ed. – São Paulo: Almedina, 2021, p. 136.

compromisso arbitral, sendo definido por MESSA E ROVAI (2021) como “um acordo feito pelas partes litigantes para submissão do conflito à solução arbitral após o surgimento do conflito”¹⁰⁶.

3.2. PROCEDIMENTO ARBITRAL

Procedimento arbitral, conforme MESSA E ROVAI (2021) é a “sequência ordenada de atos do processo. É a exteriorização do processo. É um conjunto de atos que permitem o desenvolvimento regular do processo e que seguem uma marcha ordenada para a decisão final de um caso concreto”¹⁰⁷.

É sabido que no Processo Civil Brasileiro há uma diversidade de procedimentos. Desde o procedimento comum, até os especiais previsto no Código de Processo Civil e outros em leis específicas. E na arbitragem não é diferente. Segundo FIGUEIRA JR (2023), o procedimento arbitral a ser aplicado no caso concreto depende do rito definido na convenção arbitral ou compromisso arbitral, da Instituição Arbitral que será a responsável por dirimir o conflito, e pelo árbitro responsável, que, na falta de acordo entre as partes sobre o procedimento, poderá disciplinar este¹⁰⁸.

As fases que o procedimento arbitral passará são quatro, quais sejam, a fase postulatória, ordinatória, instrutória e decisória, pouco se diferenciando do procedimento comum aplicado no Poder Judiciário.

106 MESSA, Ana Flávia. ARMANDO, Luiz Rovai. Manual de Arbitragem.- 1ª Ed. – São Paulo: Almedina, 2021, p. 140.

107 MESSA, Ana Flávia. ARMANDO, Luiz Rovai. Manual de Arbitragem.- 1ª Ed. – São Paulo: Almedina, 2021, p. 161.

108 O tipo de procedimento a ser aplicado no processo arbitral dependerá de três circunstâncias: a) as partes definem o rito procedimental na convenção de arbitragem; b) o procedimento será definido pelo órgão arbitral institucional ou entidade especializada, levando em consideração a complexidade da lide, ou pelo árbitro ou tribunal arbitral, conforme indicação das partes na convenção arbitral; c) não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou colégio arbitral discipliná-lo.(FIGUEIRA JR., Joel Dias. Arbitragem. – 3ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 268)

É comum, segundo VESSA E ROVA (2021), que haja a solicitação da instalação da Arbitragem à Câmara responsável, a apresentação dos requerimentos pela parte requerente, a quitação das custas processuais para que este tenha início, e, conseqüentemente, a citação e notificação do requerido para apresentar sua defesa, ou para primeiro, procederem à assinatura do termo de arbitragem, caso não tenha cláusula arbitral no contrato avençado entre as partes. Após a apresentação dos requerimentos, os árbitros deverão ser escolhidos conforme as peculiaridades do caso, ressaltando-se que eles deverão ser aceitos – expressa ou tacitamente – pelas partes¹⁰⁹.

Instalado o Tribunal Arbitral, deve o procedimento seguir com a apresentação de Impugnação à defesa apresentada pelo requerido, podendo, ainda, ser oportunizado à parte requerida o oferecimento de tréplica, dependendo da complexidade da questão. Importante frisar que, por não se tratar de um procedimento que tem todos os seus atos definidos por lei – como é no Processo Civil – é possível a flexibilidade nos atos, permitindo-se às partes um diálogo processual maior.

Após a apresentação dos requerimentos, serão as partes intimadas para informar as provas que desejam produzir, caso haja outras que não apenas a documental. Juntadas aos autos e com as devidas manifestações das partes a respeito de cada uma, a fase instrutória será encerrada, chegando, então, à fase decisória.

A lei nº 9.307/1996, em seu artigo 26, define os elementos essenciais da sentença arbitral, a saber: relatório; fundamentos da decisão; dispositivo; e a data e o local que foi proferida. Além disso, a sentença arbitral deverá conter a assinatura de todos os árbitros responsáveis pela prolação desta, conforme determinado no parágrafo único do dispositivo supracitado.

109 Na fase inicial do procedimento arbitral, a rigor são comuns a realização dos seguintes atos, conforme estabelecido na cláusula compromissória ou no órgão institucional definido pelas partes: 1) apresentação da solicitação de arbitragem à instituição arbitral; 2) notificação da parte contrária; 3) pagamento de custas iniciais; 4) aceitação do árbitro; 5) convocação das partes para assinatura do termo de arbitragem; 6) devem os árbitros designar audiência preliminar de conciliação. (MESSA, Ana Flávia. ARMANDO, Luiz Rovai. Manual de Arbitragem.– 1ª Ed. – São Paulo: Almedina, 2021, p. 161.)

Publicada a sentença, resta às partes insatisfeitas com o resultado prolatado apenas dois caminhos: A apresentação de embargos de declaração no prazo de 05 (cinco) dias (Art. 30) ou o ajuizamento da ação anulatória no Poder Judiciário, caso presentes os requisitos previstos no artigo 32 da lei da arbitragem.

Isso porque, nas palavras de FIGUEIRA JÚNIOR (2023) é comum da arbitragem "a irrecorribilidade das decisões do árbitro, sejam elas interlocutórias, sentenças parciais ou terminativas (finais), exceto se as partes definirem em convenção arbitral de maneira diversa, o que não é comum acontecer"¹¹⁰.

Desse modo, mormente o duplo grau de jurisdição não estar presente na Constituição Federal, não é obrigatório que haja a previsão do recurso de apelação, podendo as partes e até mesmo a Câmara Arbitral em seu regimento interno, estabelecerem a possibilidade deste recurso.

Após a certificação do trânsito em julgado, encerra-se o exercício da competência arbitral, sendo que, em caso de não cumprimento voluntário da sentença arbitral, deverá ser ajuizado o devido cumprimento de sentença no Poder Judiciário, visto se tratar de um título executivo judicial, nos termos do artigo 551, do Código de Processo Civil.

4. ARBITRAGEM E SUA APLICAÇÃO NOS CONFLITOS ENTRE SÓCIOS E ADMINISTRADORES

Como é natural de qualquer situação que envolvam seres humanos, conflitos poderão surgir entre os sócios e os administradores das sociedades na condução destas, o que, caso não seja resolvido, poderá ensejar a propositura de uma ação no Poder Judiciário, causando graves prejuízos para as sociedades.

¹¹⁰ FIGUEIRA JR., Joel Dias. Arbitragem. – 3ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 402.

Isso porque as suas atividades sofrerão uma alteração em virtude do conflito, comprometendo a saúde das sociedades, principalmente a visão externa do mercado sobre a situação enfrentada, causando problemas de liquidez, logo a escolha da “solução arbitral, como meio alternativo na composição do litígio, por sua vez, reduz tempo e custos, conduzindo na questão maior segurança jurídica, com melhoria no contexto empresarial”¹¹¹.

É neste sentido que a lei nº 10.303/01 adicionou o §3º no artigo 109 da lei nº 6.404/1976, prevendo que o “estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar.”¹¹²

O legislador então previu a possibilidade da aplicação da arbitragem nos conflitos entre acionistas e a companhia, visando à proteção das sociedades, tanto interna quanto externamente.

Não obstante, faz-se mister destacar que é possível a aplicação subsidiária das normas previstas na lei nº 6.404/76, conforme o preceito disposto no parágrafo único do artigo 1.053, do Código Civil, salientando que o Contrato Social deverá prever tal possibilidade.

Logo, a companhia pode prever, em seu estatuto ou contrato social, a cláusula compromissória arbitral, devendo observar, ainda, a escolha da Câmara Arbitral ou os árbitros responsáveis por dirimir os conflitos envolvendo os sócios e os administradores das sociedades.

Ressalte-se que há divergência doutrinária quanto à vinculação dos sócios que não concordaram expressamente com a inclusão da

111 MESSA, Ana Flávia. ARMANDO, Luiz Rovai. Manual de Arbitragem.- 1ª Ed. - São Paulo: Almedina, 2021, p. 161.

112 BRASIL. LEI nº 10.303, Altera e acrescenta dispositivos na Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as Sociedades por Ações, e na Lei no 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Brasília, 31 out. 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110303.htm#:~:text=LEI%20No%2010.303%2C%20DE%2031%20DE%20OUTUBRO%20DE%202001.&text=Alterar%20e%20acrescenta%20dispositivos%20na,%20Comiss%C3%A3o%20de%20Valores%20Mobili%C3%A1rios. Acesso em: 9 mai. 2024.

referida cláusula no estatuto, entendo parte da doutrina que deverá haver a manifestação expressa, por observância à garantia do acesso à justiça, nos termos da Constituição Federal.

Para TOMAZETTE (2017), não há necessidade de manifestação expressa, pois, para o autor, “aos adquirentes de ações impõem-se o conteúdo e os efeitos da cláusula arbitral já contida no estatuto social. Tal previsão estatutária já dá o conhecimento necessário, dispensando-se qualquer manifestação específica”¹¹³.

Essa é a mesma posição de CAMPINHO (2024), o qual explicita que:

“Quando a cláusula compromissória for originária, isto é, nascer com a constituição da sociedade, não se tinha, como não se tem, dúvida de que ela vinculará todos os acionistas subscritores do seu capital. Os acionistas que posteriormente venham a adquirir ações dessa companhia também estarão vinculados à referenciada convenção constante do ato regra da pessoa jurídica, pois tal ingresso implicará a aceitação de toda a disciplina estatutária; da mesma sorte os que venham a subscrever futuros aumentos do capital, inexistindo, portanto, em quaisquer dessas situações, a necessidade de específica manifestação a esse respeito”¹¹⁴.

É importante lembrar, também, que os estatutos sociais ou contratos sociais devem ser registrados e arquivados na Junta Comercial e no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, podendo ser consultado pelo público interessado em adquirir ações ou quotas de determinada sociedade e, ao ter ciência da presença da cláusula compromissória arbitral, e mesmo assim decide por adquirir as ações ou quotas, estará

113 TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário – V.1 – 8ª Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2017, p. 637.

114 CAMPINHO, Sérgio Murilo Santos. Curso de Direito Comercial – Sociedade Anônima. – 8ª Ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2024, p. 95.

concordando – de maneira tácita – com a o compromisso arbitral firmado, por força da publicidade dos atos registrados na Junta Comercial e no Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

Não obstante, caso os sócios não compactuem com a cláusula compromissória arbitral poderão se retirar da sociedade em hipóteses taxativas, nas quais a inclusão: seja condição à admissão dos valores mobiliários da companhia em bolsa de valores ou mercado de balcão exija dispersão acionária mínima de 25% das ações; e, ocorra em sociedades abertas com ações dotadas de liquidez e dispersão, conforme o artigo 137, da lei nº 6.404/76.

A escolha da arbitragem para solucionar os conflitos entre sócios e administradores pode ser pautada em dois vieses: A especialidade do árbitro e a atração de investidores. A primeira é em virtude da possibilidade de escolha de uma câmara arbitral ou árbitro(s) especialista(s) em direito societário, pessoas dotadas de grande saber jurídico nas áreas específicas nas quais residem os conflitos, o que, *per si*, gera uma confiabilidade maior nos atos decisórios deste, visto que, por não contarmos com magistrados especialistas nessa área em todos os Tribunais de Justiça do Brasil, acaba por prejudicar os interesses dos envolvidos, que então veem na arbitragem a possibilidade de um processo mais adequado.

O segundo viés, e este se relaciona diretamente com o segundo, é a atração que a utilização da arbitragem nos conflitos aqui tratados pode gerar aos investidores. Isso porque, sociedades anônimas e limitadas, ao preverem a aplicação da arbitragem em seus conflitos internos, demonstra um nível de segurança maior para os investidores, que, sabendo da situação de insegurança jurídica vivida pelo país, possuem receios de investir valores em companhias e, após a intervenção do judiciário, pode não manter o seu patamar anterior ao conflito.

No mesmo sentido, o princípio da confidencialidade da arbitragem permite aos envolvidos “blindar” as sociedades de pressões externas e, até mesmo, do reflexo negativo que o conflito poderá gerar no mercado de valores.

É importante destacar, também, que o objetivo da arbitragem nos conflitos entre sócios e administradores possui um viés não decisório, ou seja, “o importante é o aperfeiçoamento do diálogo e a reunião de esforços para preservação jurídica da situação negocial e reflexão responsável nas relações e postura do sócio, evitando desgaste emocional e financeiro”¹¹⁵.

5. CONCLUSÃO

O trabalho aqui descrito possuiu como objetivo a análise da aplicação da arbitragem no conflito entre sócios e administradores, sejam elas as sociedades limitadas e anônimas. A escolha do tema se justifica pelas vantagens e importância que a arbitragem possui no âmbito empresarial e societário.

Assim, dentro da análise do tema, verificou-se as diferenças e semelhanças nas composições dos órgãos societários nas sociedades limitadas e anônimas, além do estudo das origens e aplicação da arbitragem, que, como visto, só pode ser aplicada em direitos disponíveis e possíveis de transação, demonstrando certa restrição à sua aplicabilidade.

É notável que a arbitragem vem ganhando certa notoriedade nos âmbitos supracitados, mormente diante do domínio das matérias pelos árbitros a serem escolhidos pelas partes, tornando-se um importante e efetivo meio de resolução de conflitos, podendo ser uma alternativa ao Poder Judiciário, que, como sabido, há muito não consegue resolver conflitos em prazo razoável.

Diante disso, a análise do tema nos permite concluir que a arbitragem pode ser de grande eficácia quando aplicada nos conflitos entre sócios e administradores nas sociedades, evitando maiores crises internas e externas, colaborando para o bom andamento das

115 MESSA, Ana Flávia. ARMANDO, Luiz Rovai. Manual de Arbitragem.- 1ª Ed. - São Paulo: Almedina, 2021, p. 245

atividades empresariais e gerando segurança jurídica para todos os envolvidos nas sociedades.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **LEI nº 556, Código Comercial.** Rio de Janeiro, 25 jun. 1850. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim556.htm. Acesso em: 09 de maio de 2024.

BRASIL. **LEI nº 10.303, Altera e acrescenta dispositivos na Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as Sociedades por Ações, e na Lei no 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários.** Brasília, 31 out. 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10303.htm#:~:text=LEI%20No%2010.303%2C%20DE%2031%20DE%20OUTUBRO%20DE%202001.&text=Altera%20e%20acrescenta%20dispositivos%20na,a%20Comiss%C3%A3o%20de%20Valores%20Mobili%C3%A1rios. Acesso em: 9 mai. 2024.

CAMPINHO, Sérgio Murilo Santos. **Curso de Direito Comercial – Sociedade Anônima.** – 8ª Ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2024.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. **Arbitragem.** – 3ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **Arbitragem e convenção arbitral.** – Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **Convenção Arbitral no Direito Brasileiro.** In: GAIO JÚNIOR, ANTÔNIO PEREIRA. MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **Arbitragem: 15 anos da Lei n. 9.307/96.** – Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial** – 17ª Ed. – Barueri: Atlas, 2023.

MEGNA, Bruno Lopes. **Arbitragem e Administração Pública: fundamentos teóricos e soluções práticas.** – Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MESSA, Ana Flávia. ARMANDO, Luiz Rovai. **Manual de Arbitragem.** – 1ª Ed. – São Paulo: Almedina, 2021.

MINISTÉRIO DO EMPREENDEDORISMO, DA MICROEMPRESA E DA EMPRESA DE PEQUENO PORTE. **Mapa de Empresas – Boletim do 3º Quadrimestre/2023.** Disponível em: <https://www.gov.br/empresas-e-negocios/pt-br/mapa-de-empresas/boletins/mapa-de-empresas-boletim-3o-quadrimestre-2023.pdf>. Acesso em: 02 de maio de 2024.

NEGRÃO, Ricardo. **Curso de Direito Comercial e de Empresa – V.1 – Teoria Geral da Empresa e Direito Societário.** 20ª Ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2024.

OLIVEIRA, José Anselmo de. **A arbitragem e o poder judicial.** *In:* REVISTA DA EJUSE, N° 18, 2013 – DOUTRINA – 15. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/57669/arbitragem_poder_judicial_oliveira.pdf. Acesso em: 09 de maio de 2024.

SOUSA, Luiz Gustavo Lacerda. **O instituto da arbitragem no processo civil romano.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 581, 8 fev. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6288>. Acesso em: 26 abr. 2024.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário – V.1 – 12ª Ed.** – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

RESUMO

A aplicação da legislação antitruste às relações que se estabelecem nos mercados digitais traz desafios que se ligam à produção probatória e à apuração dos ilícitos. Uma das novas tecnologias aplicadas nestes mercados é a blockchain. O trabalho faz a análise de três dos primeiros casos concretos em que houve a imputação de condutas anticoncorrenciais em relação à tecnologia blockchain ante as jurisdições brasileira e norte-americana.

PALAVRAS-CHAVES:

Direito da concorrência; antitrust law; blockchain antitrust; tecnologia; inovação; mercados digitais.

1. INTRODUÇÃO

Internet, plataformas digitais, big data, blockchain, web 3.0, inteligência artificial e IoT são exemplos de expressões que nos remetem à aplicação de inovações no mercado e que abrem as portas para o chamado mercado digital. Em matéria concorrencial, ou antitruste, os mercados digitais têm merecido muita atenção, não só pela novidade, mas devido à grande concentração de poder econômico em alguns dos atores que atuam nestes mercados e também devido à rapidez com que a inovação surge e é aplicada.

Neste contexto, nos propomos a analisar neste trabalho os primeiros casos concretos em que as autoridades antitruste no Brasil e nos Estados Unidos da América foram chamadas a averiguar a existência de ilícitos concorrenciais.

O trabalho se divide em três partes. Na primeira delas, procuramos definir a blockchain e apontar-lhe as características.

116 Doutor em Direito, “cum laude”, pela PUC Minas. Mestre em Direito Econômico pela UFMG. Professor Adjunto na Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas. Coordenador do Curso de Direito da PUC Minas Barreiro. Advogado. Membro da Comissão de Direito da Concorrência da OAB-MG. E-mail: danielcorrea@pucminas.br

Em seguida, fazemos um relato dos três primeiros casos concretos em, respectivamente, no Brasil e nos Estados Unidos da América se indagou a ocorrência de ilícitos concorrenciais. Por fim, indo além das decisões proferidas em tais casos, procuramos indicar as possíveis repercussões anticoncorrenciais trazidas pela blockchain.

2. O QUE É A BLOCKCHAIN?

A blockchain é um código utilizado em um programa de computadores ou em um software aplicativo na linguagem de Adriana Rodrigues. Segundo a autora, “[...] o **software** aplicativo é aquele que, utilizando informações específicas fornecidas pelo operador, permite ao computador obter, em pouquíssimo tempo, resultados específicos. seja de ordem cognoscitiva (como a elaboração de uma informação) seja de ordem prática (como a sincronização do movimento das diversas partes de uma máquina).” (1986, p. 452). Então, poderíamos considerar que a blockchain é uma base a ser utilizada em diversos softwares aplicativos com finalidades diferentes.

A blockchain surgiu como a tecnologia em que se funda o Bitcoin e também presente no desenvolvimento de outras criptomoedas e os criptoativos, mas que também pode estar presente em outros softwares aplicativos.

No documento publicado para apresentar o Bitcoin, vemos que a proposta foi de construir um sistema que oferecesse menores custos de transação para os negócios feitos pela internet.

O comércio na Internet tem dependido quase exclusivamente de instituições financeiras que servem como terceiros confiáveis para processar pagamentos eletrônicos. Enquanto o sistema funciona bem para a maioria das operações, ainda sofre com as deficiências inerentes ao modelo baseado em confiança. Transações completamente não-reversíveis não são possíveis, uma vez que as

instituições financeiras não podem evitar a mediação de conflitos. O custo da mediação aumenta os custos de transação, o que limita o tamanho mínimo prático da transação e elimina a possibilidade de pequenas transações ocasionais, e há um custo mais amplo na perda da capacidade de fazer pagamentos não reversível para serviços não reversíveis. Com a possibilidade de reversão, a necessidade de confiança se espalha. Comerciantes devem ser cautelosos com os seus clientes, incomodando-os para obter mais informações do que seria de outra forma necessária. Uma certa percentagem de fraude é aceita como inevitável. [...] (NAKAMOTO, [2008?], p.1).

Assim, foi proposto um sistema que busca substituir a confiança pela criptografia:

O que é necessário é um sistema de pagamento eletrônico baseado em prova criptográfica em vez de confiança, permitindo a quaisquer duas partes dispostas a transacionar diretamente uma com a outra sem a necessidade de um terceiro confiável. Transações que são computacionalmente impraticáveis de reverter protegeriam os vendedores de fraudes e mecanismos rotineiros de disputa poderiam ser facilmente implementados para proteger os compradores. (NAKAMOTO, [2008?], p.1).

Literalmente, a palavra blockchain poderia ser traduzida por cadeia de blocos. A lógica dessa cadeia de blocos pode ser compreendida no seguinte trecho do artigo de Nakamoto: “Nós definimos uma moeda eletrônica como uma cadeia de assinaturas digitais. Cada proprietário transfere a moeda para o seguinte por uma assinatura digital de hash da operação anterior e a chave pública do dono da próxima e adicionando-os ao fim da moeda. Um sacador

pode verificar as assinaturas para verificar a cadeia de propriedade.” ([2008?], p.1-2).

Em suma, a blockchain consiste numa sequência de registros de dados armazenados numa rede de computadores. Esses dados estão contidos nos chamados blocos e utilizam criptografia para seu armazenamento. Cada novo bloco contém uma informação nova acrescida do registro criptográfico do bloco anterior. Além disso, as informações estão distribuídas de modo descentralizado por toda a rede. A rede se vale do consenso da maioria dos computadores (ou nós) que a formam como meio de proporcionar segurança e imutabilidade aos registros contidos nos blocos da cadeia.

Ou, como explicam Don Tapscott e Alex Tapscott,

O Bitcoin, ou outra moeda digital, não é salvo em um arquivo em algum lugar; é representado por transações registadas em um Blockchain como uma espécie de planilha ou livro-razão global, que aproveita os recursos de uma grande rede Bitcoin ponto a ponto para verificar e aprovar cada operação dessa moeda digital. Cada Blockchain, como o que usa Bitcoin, é distribuído: ele é executado em computadores fornecidos por voluntários ao redor do mundo; não há nenhuma base de dados central para hackear. O Blockchain é público: qualquer pessoa pode vê-lo a qualquer momento, pois reside na rede e não dentro de uma única instituição encarregada de operações de auditoria e manutenção de registros. E é criptografado: ele usa criptografia pesada, envolvendo chaves públicas e privadas (semelhante ao sistema de duas chaves para acessar um caixa forte) para manter a segurança virtual. [...] (2016, p. 36-37).

Um ponto enfatizado no trabalho destes autores é em relação à mudança de paradigma quanto à confiança representada pela aplicação da blockchain aos negócios. Segundo eles,

No mundo pré-Blockchain, a confiança nas transações derivava de indivíduos, intermediários ou de outras organizações que atuavam com retidão. Muitas vezes não podemos conhecer nossas contrapartes, muito menos se elas têm integridade, por isso temos recorrido então a terceiros, não só para atestar estranhos, mas também para manter os registros das operações e executar a lógica do negócio e das transferências que possibilita o comércio on-line.[...] No mundo emergente do Blockchain, a confiança deriva da rede e até mesmo dos objetos conectados a ela. (TAPSCOTT; TAPSCOTT, 2016, p. 41).

Na definição de Maggolino e Zoboli, vemos a enumeração de três características da blockchain: descentralização, imutabilidade e transparência. Segundo os autores:

[...] uma blockchain é uma plataforma de contabilidade descentralizada e, curiosamente para nossa análise, também pode ser definida como uma série de registros imutáveis de dados que são gerenciados por um conjunto de dispositivos, que não são de propriedade de nenhuma entidade [...] é (i) descentralizado (ou distribuído), (ii) imutável (ou permanente) e (iii) transparente.¹¹⁷ (MAGGIOLINO; ZOBOLI, 2020, p. 1. Tradução nossa).

Por sua vez, Don Tapscott e Alex Tapscott (2016), enumeram sete princípios em que se funda a blockchain do Bitcoin: integridade da rede, poder distribuído, valor como incentivo, segurança, privacidade, direitos preservados e inclusão. Os autores buscam aplicar esses princípios a uma proposta de *economia do blockchain* em que, por

117 [...] a blockchain is a decentralized ledger platform and, interestingly for our analysis, it can also be defined as a time-stamped series of immutable records of data that is managed by a cluster of devices, which are not owned by any single entity. [...] it is (i) decentralized (or distributed), (ii) immutable (or permanent) and (iii) transparent.

exemplo, a blockchain substituiria o papel das plataformas na criação de um ambiente de segurança para a realização de negócios.

Nazzini afirma que a tecnologia blockchain “Tem o potencial de revolucionar a forma como lidamos com ativos financeiros e físicos, registramos informações e fazemos e executamos contratos.”¹¹⁸ (NAZZINI, 2018, p. 1. Tradução nossa). Conforme o autor, cinco elementos fazem parte da tecnologia blockchain:

- A tecnologia usa um protocolo de software baseado em criptografia para manter as trocas seguras.
- Permite que qualquer pessoa na cadeia veja todas as transações.
- Os atores podem se conectar diretamente, sem a necessidade de terceiros confiáveis para verificar a transação, porque o livro é totalmente distribuído em uma cadeia de computadores, ou nós, conectados pela internet, que precisam aprovar uma transação antes que ela possa ser registrada. [...] Em contraste, os bancos de dados tradicionais são armazenados e mantidos centralmente, o que os torna mais vulneráveis a hackers ou outras falhas.
- Uma vez registrada uma transação, ela se torna imutável. [...] Nenhum bloco pode ser adicionado à cadeia sem o consentimento de um certo número de nós na cadeia. [...] protocolos de consenso são cruciais para garantir que cada bloco seja válido e que todos os participantes concordem e mantenham a mesma versão do livro. Eles afetam fortemente os incentivos para que os nós ajam honestamente e são, portanto, as variáveis mais importantes ao projetar uma blockchain.

118 It has the potential to revolutionise the way in which we deal in financial and physical assets, we record information, and we make and execute contracts.

- Como consequência do uso de criptografia, a natureza totalmente distribuída do livro-razão e o mecanismo de consenso, é muito difícil para alguém adulterar os dados em uma blockchain configurada corretamente.¹¹⁹ (NAZZINI, 2018, p. 1-2. Tradução nossa).

Catalini e Tucker acrescentam a possibilidade de associar contratos inteligentes à blockchain como uma forma de se assegurar mais segurança a transações no mercado:

Qualquer atualização ou alteração nos dados compartilhados é garantida por meio de uma combinação inteligente de criptografia e incentivos econômicos e pode ser estendida por meio do uso de contratos inteligentes, que são contratos de software que definem quais transformações devem ser aplicadas aos dados em resposta a diferentes tipos de eventos. Como nenhum intermediário é necessário para realizar a custódia ou troca de ativos registrados em uma blockchain, pela primeira vez na história a tecnologia permite que valores e ativos digitais sejam transferidos de forma confiável entre partes distantes

119 •The technology uses a software protocol based on cryptography to keep exchanges secure.

- It allows anybody in the chain to see all transaction.
- Players can connect directly, without the need for any trusted third party to verify the transaction, because the ledger is fully distributed on a chain of computers, or nodes, connected through the internet, that have to approve a transaction before it can be recorded. [...] In contrast, traditional databases are stored and maintained centrally, which makes them more vulnerable to hacking or other failures.
- Once a transaction has been recorded, it becomes immutable. [...] No block can be added to the chain without the consent of a certain number of nodes in the chain. [...] Consensus protocols are crucial in ensuring that every block is valid and that all participants agree and maintain the same version of the ledger. They heavily affect the incentives for nodes to be act honestly and are therefore the most important variables when designing a blockchain.
- As a consequence of the use of cryptography, the fully distributed nature of the ledger and the consensus mechanism, it is very difficult for anyone to tamper with the data in a properly setup blockchain.

sem qualquer instituição ou organização externa.¹²⁰
(CATALINI; TUCKER, 2018, p. 1. Tradução nossa).

Don Tapscott e Alex Tapscott trabalham a ideia de uma transformação profunda na internet, nos negócios e na sociedade sob o impacto da blockchain. Segundo os autores:

Se os negócios, o governo e os inovadores da sociedade civil fizerem isso de maneira certa, nós migraremos de uma internet direcionada principalmente para os custos reduzidos de busca, coordenação, coleta de dados e tomada de decisão - na qual o nome do jogo é monitorar, mediar e monetizar informações e transações pela Web - para uma rede direcionada aos custos reduzidos de negociação, fiscalização e garantia de cumprimento de acordos comerciais e sociais, na qual o nome do jogo será integridade, segurança, colaboração, privacidade de todas as transações e a criação e distribuição de valor. Isso é uma virada de 180° na estratégia atual. Como resultado, podemos ter uma economia de pares, com instituições que são verdadeiramente distribuídas, inclusivas e empoderadoras - e, portanto, legítimas. Mudando fundamentalmente o que podemos fazer on-line, como fazemos e quem pode participar, a nova plataforma pode até mesmo criar as condições tecnológicas necessárias para resolver alguns dos maiores e mais complexos desafios econômicos e sociais. (2016, p. 56).

120 Any update or change to the shared data is secured through a clever mix of cryptography and economic incentives, and can be extended through the use of smart contracts, which are software contracts that define which transformations should be applied to the data in response to different types of events. Since no intermediary is needed to perform the custody or an exchange of assets recorded on a blockchain, for the first time in history the technology allows for value and digital assets to be reliably transferred between distant parties without any external institution or organization.

Vemos que muitos dos autores que trabalham com o tema demonstram a percepção de que a blockchain tem usos para além dos mercados financeiros e que, diante de seu potencial inovador, poderá trazer novo impulso às atividades econômicas. Esse potencial transformador é o que nos motiva a trabalhar o regime jurídico da concorrência em relação a essa tecnologia. Veremos a seguir os primeiros casos, no Brasil e no exterior, em que se discute algum aspecto concorrencial de práticas em mercados em que se aplica ou desenvolve a tecnologia blockchain.

3. OS PRIMEIROS CASOS ANTITRUSTE ENVOLVENDO A TECNOLOGIA BLOCKCHAIN

Neste sentido, nos últimos anos, observamos o desabrochar de questões relativas a ilícitos à liberdade de concorrência em relação à nova tecnologia embasada na blockchain sendo apresentadas aos órgãos de defesa da concorrência, por exemplo, tanto junto ao CADE no Brasil, quanto junto ao Poder Judiciário nos Estados Unidos da América.

3.1. ABCB CONTRA BANCO DO BRASIL E OUTROS

O CADE foi chamado a apreciar uma possível prática ilegal dos bancos brasileiros, contudo a questão não foi definida até o momento. Embora o Superintendente do Cade tenha entendido por ausência de efeitos anticompetitivos, o plenário do Tribunal de Concorrência decidiu por dar seguimento ao Inquérito Administrativo, revelando uma primeira incerteza quanto à licitude da reação dos bancos oficiais ante as criptomoedas e as corretoras de criptoativos.

Segundo demonstrado por Renata Kroska, exchanges são clientes e concorrentes dos Bancos: “Competem com os bancos tanto pelo lado da oferta (bancos e demais instituições financeiras), quanto

pelo lado da demanda (investidores, credores/pagadores etc.)” (2019, p. 81).

Em junho de 2018, a ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CRIPTOMOEDAS E BLOCKCHAIN – ABCB, ofereceu representação ao CADE contra o Banco do Brasil S.A. pela prática das seguintes condutas, dentre outras: recusa de contratar e negativa de acesso a infraestrutura essencial.

Esta representação mostra-nos um lado importante da inserção de criptomoedas e criptoativos no mercado: a comunicação com as estruturas tradicionais que atuam no mercado.

A ABCB reclama do fato de que o Banco havia encerrado unilateralmente a conta corrente de uma corretora de criptomoedas. Dentre os fundamentos da representação, a ABCB destaca:

O acesso ao sistema financeiro tradicional é uma infraestrutura essencial à própria sobrevivência de qualquer agente econômico numa economia capitalista, tanto mais àqueles que se dedicam a operações financeiras e de compra e venda de moedas e ativos. Não há qualquer alternativa viável para a realização de negócios e para a transferência de valores, senão por meio dos canais do sistema financeiro tradicional. (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2018, p.3).

Como se vê da documentação pública do procedimento instaurado a partir de representação da ABCB junto ao CADE, “Além da decisão do Banco do Brasil de encerrar a conta da Atlas, o representante aprestou documentação que demonstra que outras corretoras foram afetadas por condutas semelhantes adotadas também por outros bancos [...]” (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2018, p.183). Por fim, o procedimento se estendeu ao Bradesco, Sicredi, Inter, Itaú, Santander, além do Banco do Brasil.

Essa ampliação do rol dos representados nos sugere inclusive a possibilidade de que a barreira à entrada imposta aos novos agentes, no caso, as corretoras de criptomoedas e criptoativos, não seria uma conduta isolada de um agente, mas uma resposta daqueles que já se encontravam em atuação no mercado em resistência à inovação. O risco nessa hipótese é destacado por Renata Kroska: “se todos os bancos encerrarem as contas das exchanges a atividade será inviabilizada ou então reduzida a poucos players que possam ter participação em bancos tradicionais.” (2019, p. 86).

Neste sentido, a Superintendência Geral do CADE, por meio da nota técnica nº 39 de 2018, identifica o risco para as corretoras: “Essa SG entende que as informações trazidas aos autos parecem demonstrar que, de fato, os principais bancos estão impondo restrições ou mesmo proibindo (no caso do Itaú Unibanco), o acesso de corretoras de criptomoedas ao sistema financeiro, o que, de fato, pode trazer prejuízos a essas corretoras.” (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2018, p.188).

Em consequência, a Superintendência Geral do CADE manifestou-se pela abertura de Inquérito Administrativo para fins de produção probatória e com vistas à eventual aplicação de sanções:

Por ora, esta SG entende que a instrução realizada confirmou possibilidade levantada pela representante de que os bancos representados podem estar utilizando de seu poder de mercado para, em conjunto, limitar ou prejudicar a atuação das corretoras de criptomoeda, vedando o acesso desses agentes ao mercado bancário. Fatos revelados neste procedimento preparatório podem, em tese, constituir indícios de infração à ordem econômica, matéria de competência desta autarquia antitruste. Sendo assim, tem-se condições suficientes para a abertura de Inquérito Administrativo para a continuidade da investigação a respeito das práticas relatadas na denúncia e ao longo da instrução. (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2018, p.190).

Após outras investigações, a Superintendência Geral concluiu pelo arquivamento do Inquérito Administrativo pela falta de indícios de infração da ordem econômica nos seguintes termos:

Em suma, o entendimento da SG é que estritamente no mercado relevante relacionado à conduta em investigação, sob a ótica da demanda, do fornecimento do insumo “conta corrente”, os Representados não detêm poder de mercado suficiente para restringir que uma corretora de criptomoedas mantenha ao menos uma conta corrente em algum dos bancos instalados no país. (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2018, p. 1223).

Uma das justificativas utilizadas para a decisão é o fato de que no momento da decisão não existia concorrência entre corretoras de criptomoedas e bancos, conforme apontado pela ABCB:

Para a ABCB, as corretoras de criptomoedas são empresas da inovadora economia digital e seriam concorrentes dos bancos em produtos e serviços financeiros, além de meios de pagamento alternativos. Contudo, na opinião da SG, os autos não mostram evidências da existência da concorrência efetiva entre criptomoedas e produtos financeiros ofertados pelos bancos, ao menos no momento, mas evidenciaram que eventual concorrência é uma possibilidade para o futuro. (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2018, p. 1228).

Contudo, a questão pode ser vista de modo diferente. Por exemplo, para o investidor, as corretoras de criptomoedas oferecem uma alternativa aos serviços ofertados pelos bancos.

Importante destacar que a decisão da Superintendência Geral pelo arquivamento do inquérito se funda na regra da razão: “Em suma,

sob a regra da razão, sem o requisito de poder de mercado e presentes justificativas aceitáveis para as condutas dos Representados, conclui-se que não há indícios de infração à ordem econômica nas condutas em análise.” (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2018, p. 1232).

Esse é um terreno nebuloso e carregado de incertezas. Por exemplo, não se pode justificar a ausência de ilicitude apenas pelo fato de que as criptomoedas e os bancos ainda não concorrem entre si por não fornecerem os mesmos produtos ou serviços, pois o poder de mercado se irradia também sobre outros produtos ou serviços que se conectam ao produto ou serviço de um determinado agente econômico. No caso inicial, a atividade dos bancos e das corretoras se conecta pelo fato de que as corretoras necessitam converter o valor de uma criptomoeda ou de um criptoativo em moeda fiduciária ou converter um valor em moeda fiduciária em criptomoeda ou criptoativo. Deste modo, sim, os bancos poderiam estabelecer barreiras à entrada para as corretoras dificultando ou impetindo a atividade destas quando a troca for entre moeda fiduciária e criptoativos ou criptomoedas.

Na Sessão Ordinária de Julgamento realizada no dia 20 de maio de 2020, o Plenário do CADE homologou a proposta de avocação e determinou o retorno dos autos à Superintendência-Geral para a continuidade das investigações em sede de inquérito administrativo nos termos do voto do Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia. Do voto do Relator, destacamos:

[...] ressaltar que existem dúvidas razoáveis sobre se os bancos e as correntistas de criptomoedas competem entre si. Há um elevado grau de incertezas que cercam as atividades de criptomoedas, ligadas ao fato de existir um vácuo regulatório significativo sobre esse setor. Tome-se como exemplo a dificuldade de identificação das corretoras de criptomoedas em decorrência de inexistir ainda um CNAE (Classificação Nacional de Atividades Econômicas) específico para

suas atividades. (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2018, p. 1375-6).

Em janeiro de 2022, decidiu-se pela prorrogação do Inquérito Administrativo devido à complexidade e extensão do material probatório até então produzido. Após a instrução complementar, a Superintendência Geral do CADE manifestou-se pelo arquivamento do Inquérito Administrativo por não haver indícios de infração da ordem econômica. (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2018).

O procedimento administrativo em questão nos permite observar duas questões: um alto volume de material submetido à apreciação da autoridade antitruste e um cenário muito dinâmico. As transformações trazidas pela tecnologia, sobretudo nos mercados digitais exercem pressão sobre as instituições e nos trazem reflexões sobre o procedimento e a produção probatória em matéria de aplicação da Lei antitruste.

O caso ABC v. Banco do Brasil e outros não é capaz de nos permitir dizer quando, em matéria concorrencial, a recusa em contratar adotada por agente em um mercado “tradicional” em relação a agente que atue num novo mercado conexo àquele será ou não ilícita.

A economia é dinâmica e as inovações fazem parte do ciclo econômico capitalista (SHUMPETER, 1957). Sob pena de nos vermos reproduzindo o efeito destacado por Amartya Sen “A fé não examinada de ontem tornou-se hoje uma heresia, e a heresia de ontem é agora a nova superstição.” (2000, p. 136), diante de novas realidades, devemos rever os pressupostos de aplicação do direito. É necessário investigar mais essas transformações em busca de critérios que nos deem segurança para a aplicação do direito. Apenas aceitar ou refutar a ilicitude de práticas como as investigadas nos autos pode culminar na limitação das inovações ou em grave prejuízo à livre concorrência.

3.2. GALLAGHER CONTRA BITCOINTALK.ORG

Quando se fala de questionamentos jurídicos envolvendo criptomoedas sob o prisma da legislação antitruste norte-americana, o primeiro caso relativo à tecnologia blockchain é *Gallagher v. Bitcointalk.org* (Scherepel, 2020).

Em 24 de setembro de 2018, Rev. Ryan “Sasha” Gallagher, também denominado Ryan Gallagher, requereu perante a Corte Distrital dos Estados Unidos no Distrito Norte da Califórnia a Justiça Gratuita para litigar contra Bitcointalk.org, Martti Malmi (um desenvolvedor de Bitcoin), e contra Bitcoin Foundation (Scherepel, 2020).

Embora a ação movida por Gallagher tenha sido julgada improcedente sem julgamento de mérito por litigância de má-fé, a discussão por si só já é interessante, pois demonstra um olhar diferente do sedimentado e também aponta para a possibilidade da existência de ilícitudes nesse novo contexto de mercado trazido pela blockchain e pelas criptomoedas.

Na ação, Gallagher afirma que os requeridos operam um monopólio ilegal e que, juntos, os requeridos usam Bitcointalk.org para negar-lhe o direito de competir, erguendo uma barreira à entrada, mesmo sem que ele tivesse algum ponto negativo no sistema de reputação estabelecido pelos réus (SCHEREPEL, 2020; SEHGAL, 2021).

Vemos em Salin (1995) que a livre concorrência se caracteriza pela ausência de barreiras à entrada. Ora, assim como na questão envolvendo os Bancos brasileiros e as corretoras de criptomoedas e criptoativos, aqui também a alegação do requerente nos mostra a possibilidade da prática de ilícitos anticoncorrenciais em relação à blockchain. No entanto, as duas situações nos revelam a possibilidade da tecnologia blockchain estar em lados diferentes de uma prática ilícita: no caso dos bancos, vemos a possibilidade do mercado “tradicional” ter-se fechado à entrada de agentes que usam uma tecnologia inovadora; no caso movido por Gallagher, já vemos a possibilidade de quem controla a tecnologia blockchain ou uma

infraestrutura em que a tecnologia é utilizada se fechar para a entrada de novos agentes no mercado.

Em 2 de janeiro de 2019 o Tribunal Distrital decidiu pela improcedência da ação. Deste modo, em 14 de maio de 2019, Gallagher ajuizou nova ação contra Bitcoin Foundation e Martti Malmi, um representante de Bitcointalk.org. Dessa vez, a ação foi ajuizada no Estado do Texas perante a Corte Distrital Norte. Conforme o relatório da decisão que também julgou improcedentes os pedidos de Gallagher:

Ele afirma que os Réus se uniram em um monopólio ilegal e eventualmente o excluíram da capacidade de desenvolver novas moedas. Embora Gallagher “tenha iniciado tardiamente a fazer moedas”, ele sustenta que “todas as minhas novas contas são banidas” e “por causa disso eu não tenho acesso ao Market Place ou a recursos como desenvolvedores de criptografia, ou a comunidade de titulares de criptos não-Bitcoin, pois todos são forçados a se reunir no Bitcointalk.org.” (TEXAS, 2019, p. 1. Tradução nossa).¹²¹

É preciso destacar que um dos fatores que levou à extinção do processo foi o histórico de má-fé processual do autor que já havia sido constatado por outros órgãos da jurisdição daquele País. De acordo com a decisão da Justiça Texana, o requerente foi capaz de construir um padrão de ajuizamento de ações frívolas e vexatórias em dezenas de processos ajuizados por todo o País (TEXAS, 2019).

Conforme Scherepel (2020) demonstra, apesar da improcedência dos pedidos de Gallagher, remanesce uma questão relevante a respeito do caráter antitruste dos fatos alegados pelo requerente: “negar acesso a uma infraestrutura de blockchain (aqui Bitcointalk.org) constitui

121 He avers that Defendants engaged in an illegal monopoly and eventually banned him from developing new coins. Although Gallagher “later figured out how to make coins,” he maintains that “all my new accounts get banned” and “because of this I do not have access to the Market Place or Resources such as Crypto Developers, or the community of non-Bitcoin Crypto holders, as everyone is forced to congregate at Bitcointalk.org.”

uma violação à lei antitruste?¹²²” (Scherepel, 2020, p. 3. Tradução nossa.).

O autor destaca um impeditivo para a confirmação da hipótese: a dificuldade de provar a irrazoabilidade da restrição devido ao fato de que a criptomoeda idealizada por Gallagher ainda não existia. Neste sentido:

No presente caso, o suposto boicote foi vertical. O Bitcointalk.org é de fato ativo tanto a montante (onde informações e conhecimentos são trocados para desenvolver produtos) quanto a jusante do mercado (onde os produtos estão sendo anunciados). Para isso, a regra da razão deveria ser aplicada, e Gallagher teria que demonstrar que a prática tinha um efeito anticoncorrencial real ou provável. Como sua criptomoeda ainda era uma mera ideia, teria sido um desafio. (Scherepel, 2020, p. 3. Tradução nossa).¹²³

Dentre as dificuldades que Scherepel destaca para a comprovação das alegações de Gallagher de que Bitcointalk.org estaria em posição dominante seria a delimitação do mercado relevante, além de ter que demonstrar que o acesso ao serviço de Bitcointalk.org seria essencial para sua entrada no mercado de desenvolvimento de criptomoedas (Scherepel, 2020).

As incertezas aqui constatadas nos impõem refletir sobre a delimitação do mercado, quando se fala de novas tecnologias, e também sobre até que ponto a autonomia privada de uma empresa dá a

122 could denying access to a blockchain facility (here Bitcointalk.org) constitute an infringement to antitrust law?

123 In the present case, the alleged boycott was vertical. Bitcointalk.org is indeed both active on the upstream (where information and expertise are exchanged to develop products) and downstream part of the market (where products are being advertised). For that, the rule of reason would have been applied, and Gallagher would have had to show that the practice had an actual or likely anticompetitive effect. Because his cryptocurrency was still a mere idea, it would have been challenging.

ela o poder de recusar-se a contratar com outra empresa, em especial, se essa outra empresa for sua concorrente direta ou potencial.

3.3. UNITED AMERICAN CORP. CONTRA BITMAIN

Em processo ajuizado perante a Corte Distrital do Distrito Sul da Flórida em dezembro de 2018 por United American Corp. contra Bitmain, Inc. e outros, vemos outra discussão sobre ilícitos antitruste em setores em que a blockchain é uma das inovações mais relevantes. Este caso também foi julgado improcedente, porém novamente aqui vemos nos questionamentos trazidos pelo autor a possibilidade de ocorrência de ilícitos em violação à legislação antitruste em mercados que se estruturam sobre a blockchain.

No processo, o autor imputa aos réus a manipulação dos preços da criptomoeda Bitcoin Cash ao assumirem o controle da rede em que se davam as transações com a moeda. Para a obtenção dos alegados efeitos, os réus teriam alterado o código da rede Bitcoin Cash. Afirmou o autor:

Durante o período aplicável, os réus assumiram o controle do mercado de criptomoedas Bitcoin Cash aumentando artificialmente a implementação da cadeia com códigos de computador para dominar a atualização temporária do software e implementaram uma nova versão do software com pontos de verificação que controlavam e manipulavam o valor futuro da rede Bitcoin Cash.¹²⁴ (FLÓRIDA, 2018, p. 20. Tradução nossa).

124 During the applicable period, Defendants took control of the Bitcoin Cash cryptocurrency market by artificially pumping up the chain implementation with computer hashes to dominate the temporary software upgrade and implemented a new software version with checkpoints that controlled and manipulated the value of the Bitcoin Cash network going forward.

Nas alegações do autor, vemos a tentativa de imputar conduta ilícita aos réus tanto na perspectiva da regra per se quanto na perspectiva da regra da razão:

A conspiração consistiu em um acordo contínuo, combinação ou ação concertada entre os réus e seus co-conspiradores, em que os réus manipularam o mercado de criptomoedas de Bitcoin Cash, efetivamente sequestraram a rede Bitcoin Cash, centralizaram o mercado e violaram todos os padrões aceitos e protocolos associados ao Bitcoin desde a sua criação, e fixaram, mantiveram, suprimiram, estabilizaram e/ou manipularam artificialmente os valores associados à rede Bitcoin Cash. A conspiração dos réus é uma violação per se das leis antitruste federais e é, em qualquer caso, uma restrição irrazoável e ilegal do comércio.¹²⁵ (FLÓRIDA, 2018, p. 20. Tradução nossa).

Esse caso nos mostra, pelo menos no plano hipotético, a possibilidade de cometimento de infração antitruste pelo domínio de uma infraestrutura e pela modificação do código, manipulando artificialmente a cotação da criptomoeda.

125 The conspiracy consisted of a continuing agreement, understanding or concerted action between and among Defendants and their co-conspirators in furtherance of which Defendants manipulated the cryptocurrency market for Bitcoin Cash, effectively hijacked the Bitcoin Cash network, centralized the market, and violated all accepted standards and protocols associated with Bitcoin since its inception, and fixed, maintained, suppressed, stabilized and/or otherwise made artificial the values associated with the Bitcoin Cash network. Defendants' conspiracy is a per se violation of the federal antitrust laws and is, in any event, an unreasonable and unlawful restraint of trade and commerce.

4. REPERCUSSÕES ANTICONCORRENCIAIS TRAZIDAS PELA BLOCKCHAIN A PARTIR DOS CASOS ANALISADOS

Como a blockchain é a tecnologia em que as criptomoedas se embasam, podemos projetar essas discussões sobre criptomoedas para a própria blockchain. Se transcendermos o contexto das criptomoedas ou dos criptoativos, teremos a blockchain como a inovação sobre a qual podemos tecer uma série de questionamentos quanto ao respeito ao princípio da livre concorrência por aqueles que atuam no mercado. Stylianou (2019) destaca a originalidade deste caso.

Os casos trazidos acima trouxeram discussões que convergem sobre mercados em que a blockchain é uma inovação em torno da qual os litígios ou as discussões anticoncorrenciais se formaram.

Ao tratarmos do respeito ao princípio da livre concorrência em mercados relacionados ao domínio da tecnologia ou de uma infraestrutura em que a tecnologia blockchain é aplicada, os questionamentos nos dirigem ao abuso de posição dominante, aos efeitos da tecnologia em outro mercado e também à definição de critério para aferição da ilicitude.

Como vimos nos três casos citados a título de exemplo, a ilicitude pode, em tese, se manifestar pela oposição de barreiras à entrada de novos concorrentes no mercado, pela negativa de acesso de concorrente ou de uma empresa a uma infraestrutura essencial ou pela manipulação de um algoritmo que repercute no preço de um bem por aquele ou aqueles que controlam a tecnologia blockchain. Um ponto comum trazido pelos três casos é a dificuldade de se comprovar as imputações de ocorrência de ilicitude.

Em matéria concorrencial, a jurisprudência de outras jurisdições é um meio subsidiário de interpretação da Lei. Contudo, necessário frisar que, por força do disposto no art. 173, § 4º da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, a construção norte-americana do ilícito *per se* não se aplica ao Brasil.

5. CONCLUSÃO

No direito antitruste, não só a discussão a respeito da blockchain, mas a discussão sobre os mercados digitais e o que se faz neles é uma discussão recente e sobre a qual ainda não se consolidaram entendimentos.

Vimos que, em tese, a ilicitude em matéria concorrencial pode manifestar-se pela oposição de barreiras à entrada de novos concorrentes no mercado, pela negativa de acesso de concorrente ou de uma empresa a uma infraestrutura essencial ou pela manipulação de um algoritmo que repercute no preço de um bem.

Vimos também que existem desafios para a apuração das eventuais condutas ilícitas, tanto em relação à produção e apreciação das provas, quanto pelo próprio dinamismo que caracteriza as inovações e transformações dos mercados digitais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica []. Brasília, DF, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 08 out. 2023.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo nº 08700.003599/2018-95.** Representante: Associação Brasileira de Criptomoedas e Blockchain. Representados: Banco do Brasil S.A., Banco Bradesco S.A., Banco Itaú Unibanco

S.A., Banco Santander S.A., Banco Inter S.A. e Banco Cooperativo Sicredi S.A.. Brasília, DF, 2018. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZ-DAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mN-cMYP8UAjTVP9dxRfPbcSmM4M2ETTN1Mv7wWLGnEUiWmCLsr-9jExmU5t47oOILQ. Acesso em: 06 jun. 2022.

CATALINI, Christian; TUCKER, Catherine E., Antitrust and Costless Verification: An Optimistic and a Pessimistic View of the Implications of Blockchain Technology (June 19, 2018). **MIT Sloan Research Paper No. 5523-18.** Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3199453>. Acesso em: 30 maio 2020.

FLÓRIDA. Corte Distrital do Distrito Sul da Flórida. **United American Corp. v. Bitmain Inc. et al.** Processo nº 1:2018cv25106. Flórida, 2018. Disponível em: https://www.morrisoncohen.com/siteFiles/files/2018_12_06%20-%20United%20American%20v_%20Bitmain.pdf. Acesso em: 24 jun. 2021.

KROSKA, Renata Caroline. EXCHANGES DE CRIPTOMOEDAS X BANCOS: uma questão de direito concorrencial? *In: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL* Seção do Paraná. Escola Superior de Advocacia.

Direito e Inovação: Criptoativos, Fintechs, Online Disput Resolution (ODR), Análise de Dados e Inteligência Artificial e a Lei Geral de Proteção de Dados e Privacidade. Vol. 1. Curitiba, Paraná: Ordem dos Advogados do Brasil: Seção Paraná, 2019. p. 73-88. E-book. Disponível em: <https://www.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2019/08/Direito-e-Inova%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2019.

MAGGIOLINO, Mariateresa; ZOBOLI, Laura. **Antitrust Law and Blockchain(s):** Preparing the Field, march 1, 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3570887>. Acesso em: 30 maio 2020.

NAKAMOTO, Satoshi. **Bitcoin:** Um sistema de dinheiro eletrônico peer-to-peer. Tradução de Rodrigo Silva Pinto. [S. l.]: [2008?] Disponível em: https://bitcoin.org/files/bitcoin-paper/bitcoin_pt_br.pdf. Acesso em: 27 maio 2019.

NAZZINI, Renato. The Blockchain (R)evolution and the Role of Antitrust, sep. 28, 2018. **King's College London Law School Research Paper No. 2019-20.** Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3256728>. Acesso em: 30 maio 2020.

RODRIGUES, Adriana Camargo. Proteção jurídica do “software”. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, v. 23, n. 89, p. 449-468, jan./mar. 1986. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181686/000421293.pdf?sequence=3&isAllowed=y>, Acesso em: 22 out. 2022.

SALIN, Pascal. **La Concurrence.** Paris, FR: Presses Universitaires de France, 1995. (Que sais-je?).

SCHREPEL, Thibault. The first case of “blockchain antitrust”: Gallagher v. Bitcointalk.org. **Concurrentialist Journal of Antitrust Law.** 28 may 2020. Disponível em: <https://leconcurrentialiste.com/first-case-blockchain-antitrust/>. Acesso em: 15 fev. 2021.

SEHGAL, Diganth Raj. **The first case of blockchain and anti-trust:** Gallagher v.

Bitcointalk.org. 12 jan. 2021. Disponível em: <https://blog.ipleaders.in/first-case-blockchain-antitrust-gallagher-v-bitcointalk-org/>. Acesso em: 24 jun. 2021.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** Tradução de Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo, Companhia das Letras, 2000.

SHUMPETER, Joseph A.. **Teoria del Desenvolvimiento Económico:** Una investigación sobre - ganancias, capital crédito, interés y ciclo económico. Tradução de Jesús Prados Arrarte. 2. ed. en español, México: Fondo de Cultura Económica, 1957.

STYLIANOU, Konstantinos. What can the first blockchain antitrust case teach us about the crypto-economy? **Harvard Journal of Law & Technology.** 26 apr. 2019. Disponível em: <https://jolt.law.harvard.edu/digest/what-can-the-first-blockchain-antitrust-case-teach-us-about-the-crypto-economy>. Acesso em: 14 abr. 2024.

TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. **Blockchain Revolution:** Como a tecnologia por trás do Bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo. São Paulo: SENAI-SP Editora, 2016.

TEXAS. Corte Distrital do Distrito Norte do Texas. **Ryan Gallagher v. The Bitcoin Foundation, et. al.** Processo Civil nº 3:19-CV-1151-N-BK. Texas, 2019. Disponível em: <https://www.courtlistener.com/docket/15859458/gallagher-v-the-bitcoin-foundation/>. Acesso em: 24 jun. 2021.

*Élio Vasconcellos Vieira*¹²⁶
*Felipe Leandro de Andrade*¹²⁷
*Henrique Vasconcellos Vieira*¹²⁸

RESUMO

É sabido que com a Constitucionalização do Direito Civil, o liame interpretativo tem se estendido para alcançar as mais novas situações que ocorrem dentro dos fenômenos sociais, principalmente pela resignificação do entendimento pela honra e pelos critérios subjetivos dos Direitos de Personalidade. Assim, há a possibilidade de se promover com a indenização por danos morais diante das relações matrimoniais que ocorram a infidelidade virtual. É bem verdade que a infidelidade não é algo novo nos dias atuais, mas em razão dos benefícios da modernização, a infidelidade evoluiu de tal maneira que passou a ser possível, um relacionamento extraconjugal entre duas pessoas que nem ao menos se conhecem pessoalmente ou sequer tiveram contato e, tudo isso nas palmas das mãos. No caso da infidelidade virtual, é imprescindível vigorar o entendimento de que estabelecer relacionamentos através da internet, seja por meio de aplicativos ou ligações que contenha um conteúdo intimista ou lascivo, caracteriza a infidelidade virtual e, por violar o dever de fidelidade, mandamento moral e legal, pode gerar o dever de indenizar, por óbvio, observando o caso em concreto.

Palavras-chave: Danos morais. Infidelidade virtual. Dever de fidelidade. Casamento. Responsabilidade civil. Pacto antenupcial.

126 Advogado militante. Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Pós-graduado em Direito Civil Aplicado pela PUC Minas. Professor do curso de graduação em Direito na Faculdade Pitágoras Anhanguera Betim. Professor de pós-graduação na PUC Minas e outras instituições. Professor de cursos preparatórios para concursos Pro labore. E-mail: elio.vasconcellos@hotmail.com.

127 Advogado militante em matérias de Direito das Famílias. E-mail: felipeleandroandrade@gmail.com

128 Advogado militante. Pós-graduado em Direito e Processo Civil Prático Contemporâneo pela UNISC-CEISC. E-mail: henriquevasconcellos10@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

A sociedade atual vive imersa no mundo virtual, onde trata-se de uma verdadeira experiência social de hiperconexão à internet, principalmente pelo fácil acesso desta por meio de celulares, *tablets*, computadores, além de outros instrumentos, como por exemplo, computadores de bordo de veículos.

Com essa modernização a veiculação de informações e potencialidade de conexões tem ganhado cada vez mais força, levando ao surgimento de diversos *softwares* para os respectivos aparelhos, popularmente conhecidos como aplicativos, nomenclatura que será considerada para todos os efeitos do presente artigo.

Fato é que o avanço tecnológico permitiu com que qualquer pessoa no mundo, independentemente do local geográfico, consiga se conectar diretamente com outra em tempo real e sem qualquer burocracia ou intermediação, superando inclusive as correspondências por cartas manuscritas que, diga-se de passagem, levavam meses até chegarem ao respectivo destinatário.

Dentro desse cenário, novas modalidades de contato surgiram dentro da sociedade civil, seja como venda de produtos virtuais (*e-commerce*) e atendimentos pela internet (como reuniões com profissionais dos mais diversos ramos), ou ainda, seja por plataformas de relacionamento.

Em vista disso, paralelamente ao avanço tecnológico, não é difícil notar que frente ao exposto, a sociedade precisou se adequar e corresponder ao que esses novos métodos digitais propunham, o que repercutiu e repercute até hoje nos institutos do Direito Civil Brasileiro, em especial nos direitos pessoais (Título I).

O artigo 1.511 do Código Civil Brasileiro dispõe que o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. Assim, fica claro que o casamento é um negócio jurídico, e por assim ser tratado, é sinalagmático, ou seja, gera direitos e obrigações as partes contraentes.

Como será abrangido em tópico específico deste artigo, a responsabilidade civil surge a partir do momento em que um indivíduo, por alguma ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, venha violar o direito e causar dano a outrem. Da mesma forma, aquele (a) titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, também será objeto de responsabilidade.

Sendo assim, com o instituto do casamento civil não é diferente, isto é, tão logo haja ofensa por uma das partes daquilo que o ordenamento jurídico considera como obrigação, se preenchido os requisitos inerentes a responsabilidade civil, certo será o dever da parte indenizar ao ofendido (a).

Embora dicotômico e extenso o assunto, a perspectiva de compreensão do tema é justamente demonstrar que os princípios jurídicos implícitos do casamento civil podem e devem ser considerados para fins de responsabilização civil, caso sejam violados, no entanto, tal responsabilização não pode ser confundida com eventual ofensa as diversas formas de família consideradas na atual hermenêutica constitucional.

E mais, é necessário ainda observar a autonomia privada frente ao pacto antenupcial, que pode inclusive estabelecer critérios, condições e diretrizes prévias ao casamento, incluindo de igual maneira, formas próprias de infidelidade e as consequências jurídicas de seu descumprimento.

Por fim, de maneira a estreitar o debate e concentrar a situação em prol de casos que repercutem por infidelidade, importante registrar que o objetivo é justamente provocar a reflexão quanto a possibilidade (ou não) de responsabilizar o sujeito diante da ofensa do dever de fidelidade do casamento por uma conduta praticada no âmbito virtual, e ainda, qual seria o critério balizador para aferir eventual extensão do dano, ainda que manifestado em momento que precede ao efetivo matrimônio.

Cumpre salientar que o estudo é realizado sob a vertente teórica, mediante uma abordagem jurídico-sociológico, a partir do método

indutivo, pelo que a utilização de entendimentos das leis e referenciais bibliográficos terão crucial relevância.

2. OS DEVERES LEGAIS DO CASAMENTO E A AUTONOMIA PRIVADA

O casamento, como já pontuado, é previsto em lei e, nessa toada, o dever de fidelidade encontra-se amparado por expressa redação da lei, o que leva, por consequência, ao dever moral de, enquanto casado, ser monogâmico, ou seja, possuir um cônjuge apenas, posto que apenas para estes mutuamente casados que os direitos e deveres produzirão efeitos.

Trata-se de um princípio não escrito, mas que extrai-se do ordenamento jurídico vigente. O art. 1.521, VI do Código Civil, preceitua que não podem casar pessoas que são casadas, o que constitui um impedimento matrimonial, então, se porventura ocorrer, o segundo casamento simultâneo será civilmente nulo, como dispõe o art. 1.548, II da mesma legislação, mesmo porque a bigamia é caracterizada para o direito brasileiro como crime.

Para explicitar melhor, se monogamia é possuir apenas um parceiro, contrair um segundo matrimônio simultaneamente ao primeiro, será caracterizada a bigamia, isto é, ato pelo qual o indivíduo constitui matrimônio com duas pessoas distintas, sendo que esta última é uma conduta considerada como crime, consoante dispõe o art. 235 do Código Penal¹²⁹.

O *caput* desta redação criminaliza a conduta daquele que já é casado e se casa novamente com pessoa diferente daquela. O parágrafo primeiro criminaliza a conduta do indivíduo que não é casado, mas contrai matrimônio com alguém seja casado. Nesse mesmo sentido,

129 Art. 235 - Contrair alguém, sendo casado, novo casamento:

Pena - reclusão, de dois a seis anos.

§ 1º - Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de um a três anos.

§ 2º - Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime (BRASIL, 1940).

isto é, tratando da monogamia como impedimento estabelecido pelo Código Civil e do crime previsto no Código Penal, ensina, Sílvio de Salvo Venosa (2010):

Enquanto persistir válido o casamento anterior, persiste o impedimento. Trata-se do princípio do casamento monogâmico que domina a civilização cristã. O código penal pune a bigamia no art. 235. Desaparecido o vínculo por morte, anulação ou divórcio, desaparece a proibição. O que a Lei impede é o casamento enquanto perdurar o estado de casado do nubente (VENOSA, 2010, p. 75).

A monogamia em seu sentido de dever jurídico é presente na relação matrimonial, mas que também passou a ser observado nas relações de união estável, relações essas cujos efeitos se equiparam ao casamento após a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, que distinguia os efeitos de união estável e casamento. O cônjuge está para o casamento, assim como o companheiro está para a união estável.

Assim, em 2020, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário de número 1.045.273/SE, em julgamento com repercussão geral reconhecida, fixou a tese que inclusive corrobora com o entendimento de não serem reconhecidas as famílias paralelas, conforme abaixo:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 529. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RATEIO ENTRE COMPANHEIRA E COMPANHEIRO, DE UNIÕES ESTÁVEIS CONCOMITANTES. IMPOSSIBILIDADE. A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período,

inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. (STF. Recurso Extraordinário 1.045.273. Min. Relator: ALEXANDRE DE MORAES. Sergipe. Publicação 21/12/2020).

Com isso, tem-se que outros relacionamentos assumidos com terceiros além daquele dos cônjuges ou companheiros mútuos, não produzirá, como regra geral, efeitos jurídicos se porventura os terceiros tiverem conhecimento desta primeira relação estabelecida, o que fortifica para todos os fins o dever de fidelidade, que inclui-se, também como não se relacionar com outrem enquanto perdurar aquele vínculo estabelecido. Nesse sentido, temos jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que reafirmam o regime monogâmico e o dever de fidelidade recíproco adotados por nosso ordenamento jurídico, conforme é demonstrado abaixo:

RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE VIDA. INSTITUIDOR CASADO. NÃO SEPARADO DE FATO OU JUDICIALMENTE. BENEFICIÁRIO. CONCUBINA. IMPEDIMENTO PARA O CASAMENTO. EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL. CC/2002. ART. 793. MONOGAMIA. ORIENTAÇÃO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO DO SEGUNDO BENEFICIÁRIO INDICADO PELO SEGURADO. 1. O seguro de vida não pode ser instituído por pessoa casada, não separada de fato e nem judicialmente, em benefício de parceiro em relação concubinária, por força de expressa vedação legal (CC/2002, arts. 550 e 793). 2. Tese fixada pelo STF no RE 1.045.273/SE, em julgamento com repercussão geral reconhecida: “A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins

previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro” (ementa publicada no DJ de 9.4.2021). 3. Diante da orientação do STF, no mesmo precedente, no sentido de que “subsistem em nosso ordenamento jurídico constitucional os ideais monogâmicos, para o reconhecimento do casamento e da união estável, sendo, inclusive, previsto como deveres aos cônjuges, com substrato no regime monogâmico, a exigência de fidelidade recíproca durante o pacto nupcial (art. 1.566, I, do Código Civil)”, é inválida, à luz do disposto no art. 793 do Código Civil de 2002, a indicação de concubino como beneficiário de seguro de vida instituído por segurado casado e não separado de fato ou judicialmente na época do óbito. 4. Não podendo prevalecer a indicação da primeira beneficiária, deve o capital segurado ser pago ao segundo beneficiário, indicado pelo segurado para a hipótese de impossibilidade de pagamento ao primeiro, em relação ao qual, a despeito de filho da concubina, não incide a restrição do art. 793 do Código Civil. 5. Recurso especial parcialmente provido. (STJ. REsp 1391954 / RJ RECURSO ESPECIAL 2013/0235787-0. 4ª turma. Min. Relatora: MARIA ISABEL GALLOTTI. 22/03/2022).

No caso citado, discutiu-se a possibilidade de indicação de concubina¹³⁰ como beneficiária de seguro de vida instituído por segurado casado, tendo sido negado a inserção desta, conforme impedimento descrito anteriormente.

O casamento traz a comunhão plena de vida (art. 1.511, Código Civil) e, a partir dessa comunhão, surge para aqueles que, de livre e espontânea vontade, optaram em estabelecer este vínculo os direitos e deveres, que se encontram disciplinados no art. 1.566 da lei civil, tais como a *fidelidade recíproca, a vida em comum no domicílio conjugal,*

130 Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

mútua assistência, bem como, *respeito e consideração mútuos*, mas não se limitando apenas a esses. (BRASIL, 2002).

Como explicitado alhures, será tecido como enfoque sobre o primeiro dever previsto na relação conjugal, qual seja a fidelidade recíproca. Nelson Nery Júnior (2013) tece as seguintes considerações a respeito desse dever:

A observância da palavra dada, do juramento que se deu, da confiança que se fez medrar no espírito do outro é fidelidade, pilar sobre o qual se sustentam as estruturas das situações e das relações jurídicas, e, principalmente das de Direito de Família. A fidelidade conjugal outra coisa não é que a manutenção da monogamia das relações sexuais do casal. É um dever que tem relação com a intimidade e honra subjetiva dos cônjuges; com a garantia da sobrevivência da unidade afetiva do casal e com a prevenção do risco de prole e de doenças adquiridas fora do casamento (NERY JÚNIOR, 2013, p. 1.322).

Assim, considere-se que fidelidade está diretamente vinculada tanto na esfera subjetiva, (como respeito à honra, à integridade psíquica, as mais vívidas convicções sobre o relacionamento, ao vínculo afetivo de pertencimento estabelecido), bem como quanto ao aspecto objetivo (tal como a conduta prática de conjunção carnal/ relacionamento fisicamente íntimo para com terceiro alheio à relação conjugal).

Embora as esferas subjetivas e objetivas possam se somar e estejam intimamente interligadas, uma não é dependente da outra, ou seja, pode ser que independente de conjunção carnal, possa haver violação ou quebra do dever de fidelidade e vice-versa.

Esse mesmo entendimento encontra respaldo e deve ser salientado que não é somente o adultério que romperia com o dever matrimonial que se apresenta, mas atos injuriosos que transmitissem

a devassidão sexual. Sobre o descumprimento do dever de fidelidade, Sílvio de Salvo Venosa (2010), expõe:

No campo civil, porém, a transgressão do princípio implica sanções, como separação dos cônjuges com reflexos patrimoniais. A quebra do dever de fidelidade é o adultério que se consuma com a conjunção carnal com outra pessoa. Ato diversos do ato sexual podem causar injúria grave, bastante para lastrear o pedido de separação (VENOSA, 2010, p. 147).

Embora a palavra fidelidade comporte inúmeros conceitos teóricos em esferas filosóficas, sociológicas e jurídicas, aqui, busca-se considerar fidelidade para o que a literatura jurídica entende majoritariamente como o sentido de a fidelidade matrimonial estar limitada apenas à obrigação de não fazer, isto é, de caráter físico/material, enlastecendo-se ainda a uma obrigação de viés subjetivo, ou seja, de aspecto moral¹³¹.

Doutro lado, encontra-se o princípio relacionado à autonomia privada de cada sujeito, caracterizado pela esfera de liberdade, pelo antro de escolhas de uma pessoa com relação ao livre exercício dos atos da vida civil, compreendendo a questão etária, bem como a maturidade como elemento balizador das decisões íntimas de cada um.

Nesse leque, se há discernimento, se há o autogoverno, se há maturidade e lisura na expressão de vontade de cada sujeito interessado em se casar, pertencendo essa esfera de decisões aos direitos fundamentais de liberdade, de expressão e opinião, assegurados em diversos artigos da Constituição Federal, não há que se falar em limitação de autonomia, haja vista ser juridicamente possível que as vontades sejam consideradas em aspecto primário, cabendo aos interessados, por óbvio guardarem o respeito a tais escolhas conforme

131 WALD, Arnaldo. Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 74.

o grau de maturidade de cada um, cumprindo, assim, efetivamente a responsabilidade conjugal.

Após percorrer sobre as liberdades de cada sujeito, se estes por sua vez escolhem se casar, por conseguinte estão adstritos e delimitados pelas previsões legais aos deveres ali consignados, podendo dentro dessa esfera de escolhas delimitarem o planejamento familiar dali em diante, conforme Lei nº 9.263/96¹³².

Tal como existe o limite da lei, dentro desta limitação, há também a discricionariedade dos cônjuges ou companheiros para estabelecerem como o casamento ou união estável deverá ser prosseguida. O que se pretende dizer é que não é porque existe a possibilidade dos cônjuges ou companheiros determinarem o futuro da relação que lhes dão direito de extrapolar os contornos da legislação.

Vale fazer um adendo para a previsão do pacto antenupcial, conforme dispõe o art. 1.653 do Código Civil¹³³, em que as partes celebrantes, podem, dentro daquela escritura pública, estabelecerem acordos trazendo maiores permissividades ou maiores restrições ao exercício da sociedade conjugal e, desta maneira, deverá a relação observar aqueles ditames. Mas, que não se perca de vista que tais condições devem ser pactuadas em momento pretérito, isto é, no ato da celebração do casamento.

Muito se pontua no meio social que não é porque os sujeitos encontram-se casados ou em união estável que são obrigados a permanecerem juntos e, de fato, é uma premissa correta, principalmente para se prestigiar a autonomia privada daquele sujeito. Ocorre que, em caso de não mais existir vontade por uma das partes, aquele que não mais quiser manter o vínculo conjugal basta requerer o divórcio, nos termos do art. 1.571, IV e §1º do Código Civil¹³⁴, não

132 Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências.

133 Art. 1.653. É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento.

134 Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:

(...)

IV - pelo divórcio.

sendo a infidelidade, que é justamente a violação do dever legal de fidelidade pretexto, escusa ou subterfúgio para narrativa diversa daquela prevista para o casamento.

Ou seja, que seja buscada a alternativa jurídica do divórcio sem que antes seja violado o dever legal de fidelidade.

Assim, aquele que se relaciona com terceiro alheio a relação conjugal está, por conseguinte, inicialmente violando um dever juridicamente previsto e, além disso, ferindo a honra, a integridade moral daquele cônjuge que foi vítima da violação ao dever de fidelidade. Isto quer dizer que a violação de um dever jurídico terá repercussões em diversas esferas.

Sob esta perspectiva de raciocínio, é facilmente perceptível que o casamento possui um dever jurídico de fidelidade, que culturalmente encontra lastro na monogamia e, ainda que se porventura optarem as partes em estabelecerem condições, devem, no ato da celebração deste, firmarem pacto antenupcial firmando tais ajustes.

Apresentadas as características do princípio da monogamia e de seu resultante dever de fidelidade, percebe-se que o contorno físico e moral é intrínseco ao tema, isto é, a conservação do relacionamento com seus deveres de forma exclusiva e a dedicação de um para outro são, de igual maneira, obrigações mutuamente pactuadas entre as partes.

3.2 O MARCO CIVIL DA INTERNET E OS RELACIONAMENTOS VIRTUAIS

A internet é fruto de criação humana e tem como um de seus objetivos a globalização das conexões, para que todos possam ter acesso a informações de qualquer natureza. Lígia Capobianco exemplifica sobre o início, conceito e objetivo da internet:

§1º O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.

O desenvolvimento tecnológico e científico, acelerado por ocasião da Segunda Guerra, propiciou a integração das potencialidades de recursos que resultaram na Internet, uma estrutura global que interliga os computadores e outros equipamentos para possibilitar o registro, produção, transmissão e recepção de informações e a comunicação entre indivíduos independentemente da posição geográfica. [...] A primeira experiência de conexão de computadores ocorreu em 1969 por iniciativa da ARPA (Advanced Research Projects Agency), uma agência norte-americana financiada pelo governo que reunia militares e pesquisadores com o objetivo de elaborar projetos tecnológicos (CAPOBIANCO, 2010, np).

Do seu início até ser inserida em nosso país, levaram aproximadamente 19 anos. O seu começo se deu em 1988, quando o laboratório Nacional de Computação Científica, estabeleceu uma conexão com a Universidade de Maryland; esse feito ocorreu no mesmo ano em que foi promulgada a Constituição Federal. De lá pra cá, evoluímos tanto que já não é mais possível viver sem acesso à internet.

Em 2014, foi promulgada a Lei de n.º 12.965/2014, que visa estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Assim, ao contrário do que muitos pensam, a internet, por mais que careça de maiores regulamentações, já possui amparo e acervo jurídico para embasar a tratativa dos usuários.

O Marco Civil da Internet ecoa, em certa medida, o decálogo de princípios para a governança e uso da internet no Brasil, firmados pelo Comitê Gestor da internet no Brasil, entidade multissetorial crucial no desenvolvimento da internet no Brasil, para servir de base e de norte para ações e decisões na internet (GARCIA, 2016, p. np).

Com a chegada e sua evolução, a internet passou a possibilitar os relacionamentos virtuais. A escritora Mônica Raouf El Bayeh fez estas intrigantes afirmações: “Amor não é virtual. Nunca. Amor é real. Eu sinto. É meu. Virtual é a paquera, o namoro, até o sexo. Se é pela internet, é virtual. Mas o amor é real. E sim, dói e anda pegando as pessoas pelo pé”(BAYEH, 2013, p. 1).

As palavras de Bayeh (2013) têm o poder de sintetizar uma relação virtual, pois seria aquela cingida por necessidades carnis, por assim dizer. Não tem como objetivo principal constituir família ou a comunhão de vida, não tem amor envolvido, diferente do casamento. Outras características comuns das relações virtuais são: ser ocasional e possuir uma variedade de parceiros (ao mesmo tempo ou não, héteros ou homossexuais). A última característica, que se julga ser aquela que propicia tal envolvimento, é a sensação de sigilo, de que eventuais violações aos ajustes conjugais, por ser pela internet, não será descoberto.

Diz-se sensação, porque grande parte da população sabe usar a internet, mas não sabe que essa utilização deixa rastros digitais. Em artigo escrito por Walmor Godoi (2017), diretor de Cibersegurança da CIPHER, explica o que seria os rastros digitais:

“*Digital Footprint*” é o termo que define a nossa pegada, nosso rastro digital. Ele é composto pelo conteúdo – palavras, fotografias, áudio ou vídeo – que pode ser atribuído a um determinado indivíduo. Partes de uma pegada digital incluem fotografias no *Instagram*, postagens em *blogs*, vídeos publicados no *YouTube*, mensagens no mural do *Facebook*, reportagens, *LinkedIn*, etc. Outro conjunto de informações é o que está “on line”, mas não está tão facilmente acessível: informações no SPC, Banco Central, Cartórios, Tribunais (Federais, Estaduais, Trabalho etc.) e outras bases de dados privados. Todo esse conglomerado de informações compõe a sua pegada digital, e ela diz muito sobre você (GODOI, 2017, p. 1).

Em razão dessa sensação de anonimato, de sigilo, de clandestinidade, as relações conjugais começaram a ser afetadas pelos relacionamentos virtuais. Isto é, aqueles que propuseram a comunhão plena de vida e aceitaram os deveres relacionados a essa comunhão, começaram a ter outros parceiros, ou ainda que seja pela estabilidade, promovem com aventuras, mas em um mundo virtual, onde não se conheceram pessoalmente, como regra, e muito menos tiveram, de fato, quaisquer conjunções carnavais.

[...] Instituto moderno, cada vez mais comentado, é a infidelidade ou adultério virtual, no qual a pessoa casada ou em união estável passa a ter as mais diferentes experiências sexuais, via internet ou intranet, com pessoa diversa do cônjuge ou companheiro.

Na prática, tudo começa com o mero contato em sala de bate-papo virtual e se transforma, muitas vezes, em um relacionamento sério e duradouro, podendo comprometer o casamento ou a união estável. Em outros casos, torna-se um encontro casual e irresponsável. [...] o uso do computador deve ser feito de maneira responsável e adequada às necessidades de cada um, utilizando-o de modo cuidadoso e diligente, a fim de que ele não se torne um “inimigo virtual” no lar (KÜMPEL, 2005, p. 68).

A infidelidade virtual é caracterizada por qualquer conduta que viole o preceito do casamento, ainda que não exista contato físico, e que tenha conteúdo desse relacionamento vinculado a questões íntimas e afetivas através da internet por um indivíduo casado e outra pessoa diversa do cônjuge.

Assim, não é porque não houve contato físico ou conjunção carnal que a tratativa de uma pessoa casada ou em união estável encontra-se autorizada ou tenha subterfúgio na ausência de previsão legal, mesmo porque, como já exposto, a fidelidade não se limite

apenas na esfera objetiva, mas também tem cunho subjetivo, tem vinculação, por vezes, puramente moral.

Vale destacar que um princípio previsto expressamente que também assume protagonismo de relevância dentro dessa ordem de ideias é a boa-fé, esculpida no art. 422 do Código Civil, sendo que, ainda que considere o dever específico de fidelidade conjugal, aquele que atropela tal previsibilidade também encontrará limitação jurídica pelo princípio da boa-fé, em que as partes, em qualquer negócio jurídico devem guardar o dever de probidade e ética nas relações entabuladas.

O sujeito que estiver estabelecida relação conjugal ou união estável e simultaneamente promovendo com a manutenção de tratativas de cunho afetivo-intimista com outros alheios à relação conjugal, está, por si só, além de violar o dever de fidelidade, vilipendiando também o princípio da boa-fé, o que por conseguinte também acarreta no dever de indenizar, conforme será tratado em tópico a seguir.

A infidelidade virtual tem ganhado cada vez mais espaço e, há necessidade de exercer um controle do próprio judiciário como método de coibição ou desestímulo desta prática, no fito de se preservar e não banalizar os deveres juridicamente previstos dentro desta união. Acresça-se, que existem efeitos patrimoniais dentro de uma sociedade conjugal, ou seja, diante de uma cisão desta relação, a depender do caso, poderá haver consequentemente prejuízo patrimonial para os envolvidos.

4. A RESPONSABILIDADE CIVIL ATRELADA AO CASAMENTO E A REPERCUSSÃO INDENIZATÓRIA FRENTE A INFIDELIDADE VIRTUAL

Para que um indivíduo seja responsabilizado civilmente, é necessário que preencha todos os elementos caracterizadores da Responsabilidade Civil insculpida no Código Civil, quais sejam: conduta/ato ilícito, nexa causal e dano.

Ou seja, é necessário que o indivíduo cometa um ato ilícito, que dizer, uma ação ou omissão voluntária, que tenha sido somente

negligente ou imprudente, mas que também viole o direito de outrem capaz de causar um dano, ainda que exclusivamente moral (artigo 186 do Código Civil).

De igual forma, aquele que, ao exercer um direito, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, seja pela boa-fé ou bons costumes, comete ato ilícito pelo abuso do exercício de um direito, nos termos do artigo 187 do mesmo diploma legal.

Desta forma, como consequência legal, o artigo 927 do Código Civil obriga que aquele causar o dano, fica necessariamente obrigado a repará-lo, uma vez que, independerá de culpa (negligente, imperita ou imprudente) nos casos em que a lei especificar ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002), sendo que, por sua vez, mede-se a indenização pela extensão do referido dano, conforme artigo 944.

Concomitantemente ao que sucintamente fora exposto, tem-se que o autor Pablo Stolze Gagliano entende que existem três elementos que compõem a responsabilidade civil, haja vista que, para o autor podemos extrair os seguintes elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil: a) Conduta humana (positiva ou negativa); b) Dano ou prejuízo; c) o nexó de causalidade”(GAGLIANO, 2012, p. 74).

Gagliano (2012) complementa:

Embora mencionada no referido dispositivo de lei por meio das expressões “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência”, a culpa (em sentido lato, abrangente do dolo) não é, em nosso entendimento, pressuposto geral da responsabilidade civil, sobretudo no novo Código, considerando a existência de outra espécie de responsabilidade, que prescinde desse elemento subjetivo para a sua configuração (a responsabilidade objetiva).

Ora, se nós pretendemos estabelecer os elementos básicos componentes da responsabilidade, não

poderíamos inserir um pressuposto a que falte a nota de generalidade (GAGLIANO, 2012, p. 74).

Por sua vez, o jurista e autor Flávio Tartuce (2021) entende que os pressupostos da responsabilidade civil se dividem em quatro elementos, sendo: a) conduta humana; b) culpa genérica ou *lato sensu*; c) nexos de causalidade; d) dano ou prejuízo. E ainda fundamenta:

De qualquer forma, ainda prevalece o entendimento de que a culpa em sentido amplo ou genérico é sim elemento essencial da responsabilidade civil, tese à qual este autor se filia. Desse modo, pode ser apontada a existência de quatro pressupostos do dever de indenizar. (TARTUCE, 2021, p. 372).

Independentemente de qual seja a corrente filiada, fato é que diante de qualquer viés que se analise, o dano e a indenização são fatores que podem trazer repercussões no campo patrimonial e extrapatrimonial de um casal, quando falamos na infidelidade do casamento e a consequência negativa de sua ocorrência.

Já foi abordado que a infidelidade virtual é um fato recente na sociedade contemporânea e se concretiza através de um relacionamento afetivo extraconjugal em âmbito virtual, mas, até que ponto isso é indenizável? Há alguma violação que seja capaz de ensejar um dano que extrapola o mero dissabor ou simplesmente a violação do dever matrimonial de fidelidade?

E quando estamos tratando de um ambiente virtual que, conforme referenciado acima pelo Diretor de Cibersegurança da CIPHER, Walmor Godoi (2017), essa infidelidade no âmbito virtual é capaz de deixar marcas, vestígios ou rastros? Podemos dizer que há a facilitação da propagação da ofensa a imagem? Isto é, torna mais fácil a concretude e comprovação da infidelidade moral como violação de um dever?

É indenizável a partir da violação, ou necessariamente, tem que haver um dano? E até que ponto isso gera uma possibilidade de compensação pecuniária?

Pois bem. Não existe um conceito objetivo do que vem a configurar o ato de infidelidade, uma vez que se trata de viciosidade materializada apenas no campo psicológico do adúltero, e que pode se manifestar no mundo fenomênico sob diversas formas e graus de intensidade do contato com o(s) terceiro(s).

Então, certo é que para a maioria da jurisprudência, não se pode afirmar com toda a precisão se ele (o ato de infidelidade) se consuma tão somente na conjunção carnal do (a) adúltero (a) com terceiro (a), ou mesmo se está configurado apenas pela projeção ou prospecção hipotética, imaginária e/ou virtual do (a) cônjuge infiel.

Por isso, em vista da dubiedade acerca da forma ou momento no qual se consuma a violação do dever de fidelidade, com relação à questão controvertida, entende-se proporcional e razoável que incida a responsabilidade civil subjetiva.

Dito isso, é necessário demonstrar, de maneira tangível que, não bastasse o descumprimento do dever/obrigação do casamento de fidelidade, este tenha que ser capaz de ser comprovador e ato a gerar uma alteração no *status quo ante* do contraente ofendido.

Em outras palavras, é preciso demonstrar que houve impacto na vida da parte prejudicada e que este impacto afetou sua capacidade econômica, bem como reputação, sendo que em ambas as hipóteses citadas, alcançamos a polaridade do íntimo subjetivo quanto ao material objetivado.

Por exemplo, se o (a) cônjuge ofendido (a) vir a sofrer sofrimento intenso, de forma que tenha que se submeter a tratamento psiquiátrico decorrente de um quadro depressivo, causando-lhes transtornos no trabalho e na sociedade, por conduta em que o (a) cônjuge ofensor (a) tenha lhe traído com terceiro (a) ao proferir dizeres com conotações de interesse em relacionar-se publicamente, expondo-o (a), conseqüentemente ao ridículo, entende-se que, por força do artigo 1.572 do Código Civil Brasileiro, deve o (a) mesmo (a) ser

indenizado, pois sendo uma conduta previsível, evitável e controlável, bastaria desfazer o negócio jurídico intitulado como casamento, por intermédio do divórcio.

No que tange a quantificação medida pela extensão do dano, segundo determina o artigo 944 do Código Civil de 2002, inexistem critérios iniciais objetivos que balizem tal quantia, entretanto, entende-se que o mais sensato, proporcional e razoável é que se adote a costumeira praxe jurisdicional e doutrinária, pautando-se em elementos como a capacidade/possibilidade daquele que indeniza (pois este não pode ser conduzido à ruína), suficiência àquele que é indenizado (pela satisfação obtida do valor a título de compensação pelos danos sofridos, sem que ocorra enriquecimento ilícito ou exploração do Poder Judiciário como fonte de proventos), contudo, sem deixar de se observar a finalidade pedagógica na medida, capaz de evitar a reiteração da conduta socialmente lesiva.

Quanto aos vestígios e rastros virtuais, à luz do senso comum a qualquer pessoa minimamente intuitiva para manusear na rede mundial de computadores e aplicativos, é possível identificar como rastros ou vestígios possivelmente comprobatórios para demonstração e configuração da quebra do dever de fidelidade no âmbito virtual: a) histórico de navegação; b) mensagens e e-mails; c) dados de localização; d) redes sociais (exemplo: Instagram, Facebook, WhatsApp)

Entretanto, é necessário lembrar que tal comprovação não pode e nem concede direito ao ofensor de cometer outro ato ilícito que justifique a referida prática, como por exemplo, a violação da intimidade, inculcado no artigo 5º, inciso X da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mesmo porque diante de um conflito entre o valor que o direito à prova visa proteger (o interesse específico daquela prova para o processo) e o valor tutelado pela proibição da prova ilícita (como o direito à intimidade), deverá o juiz aplicar o princípio da proporcionalidade, para efeito de ponderar no sentido de qual deles deverá prevalecer e qual deverá ceder, no caso concreto.

É justamente o caso da mitigação quanto ao princípio da vedação da prova ilícita, não obstante, quando esta for a única capaz de evidenciar fato absolutamente necessário para a tutela de um direito que, repita-se, no caso concreto, mereça ser realizado, ainda que diante do direito da personalidade atingido.

Enfim, é fato público e notório que a modernização dos meios de comunicação e da própria dinâmica dos relacionamentos interpessoais, bem como interação pelas chamadas redes sociais facilitou, de uma forma geral, que as pessoas se aproximassem pelo meio virtual, para as mais diversas finalidades, o que conduziu inexoravelmente a situações como a exemplificada acima.

Sendo assim, para os adeptos de que a fidelidade trata-se de uma escolha e não um dever, é relevante que seja muito bem esclarecida sua percepção conceitual em um pacto antenupcial pretérito ao casamento, pois, neste caso então, não incorrerá em possibilidades de ofensa ao cônjuge contraente.

Noutro giro, àqueles que pensam que fidelidade é um dever (objetivo) conjugal caro e certamente o mais socialmente relevante (artigo 1.566, inciso I do Código Civil), é, de igual forma, cristalino que seu dever eventualmente violado, especificadamente em ambientes que facilitem sua propagação de forma a ridicularizar o outro, deve, pois, ser passível de indenização e, de igual forma, passível de reprimenda jurisdicional para que se evite a prática de tais condutas.

E, justamente para que não haja dubiedade ou interpretação equivocada, há de se destacar que o dever de fidelidade se aplica nas mais diversas formas do que atualmente a hermenêutica jurídica entende como conceito de família, conceito este que, diga-se de passagem, amparado pelo artigo 226, caput da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, diz que deve haver isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família.

E ainda, para corroborar, em 19/12/2020 (DJE de 09/04/2021), no Recurso Extraordinário de número 1.045.273, Tema 529, o Ministro

Relator Alexandre de Moraes disse que a preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

Assim, fica claro que o entendimento do Superior Tribunal Federal é que, de fato, a fidelidade é um dever, logo, aplicando-se ao tema debatido neste artigo, deve-se guardar igual precaução face as formas ocorridas em meios virtuais, sob pena de ter que ser apurada eventual responsabilização somado ao rompimento do laço matrimonial, denominado divórcio.

5. AUTONOMIA PRIVADA NO PACTO ANTENUPCIAL E A POSSIBILIDADE DE SANÇÃO NO CASO DE INFIDELIDADE VIRTUAL

Muito se fala em autonomia da vontade quando tratamos de relações privadas e, principalmente, de relações existenciais entabuladas em um instrumento contratual.

Pois bem. Embora sucinto, já deixamos claro que o casamento trata-se de um contrato em que as partes podem inclusive, por intermédio do pacto antenupcial, estabelecer ressalvas, condições e obrigações entre os contraentes que, caso sejam inobservados, podem ser objeto de exigência contratual.

Apesar de ser algo que possa soar como desconfiança prévia, como um contrato que é, no casamento também é possível fixar sanção pecuniária para o caso de eventual descumprimento do cônjuge ante aos deveres matrimoniais previstos no Código Civil Brasileiro, a exemplo: a própria infidelidade.

Para melhor explicitar, a clausula penal fixada no pacto antenupcial que precede o casamento trata-se de uma formalidade expressa no documento para reforçar o cumprimento do dever de fidelidade, e se eventualmente o casal contraente deseja firmar isso,

nada mais justo do que se observar a mínima intervenção estatal nas relações privadas.

Em Belo Horizonte/MG foi suscitada uma dúvida registral por uma oficiala do cartório a despeito de um requerimento do casal durante o procedimento de habilitação de casamento com opção pelo regime de separação de bens, onde determinaram no pacto antenupcial que caso um cônjuge ferisse com o dever de fidelidade perante o outro, seria compelido ao pagamento de multa no valor de R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais). Na ocasião, a tabeliã rejeitou parte do conteúdo antenupcial por considerar um assunto que diria respeito a tão somente a vida íntima do casal, porém tendo estes recorrido ao Poder Judiciário, a magistrada determinou que assim fosse feito, uma vez que não haveria qualquer afronta a norma ou dispositivo, seja ele constitucional ou infraconstitucional¹³⁵.

Aliás, muito pelo contrário, embora pareça controverso, mas isso ratifica a norma, tanto no que tange o pacto antenupcial, que tem natureza de negócio jurídico, quanto o próprio casamento, enquanto instrumento contratual.

O próprio Enunciado de número 635 da VIII Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal diz que “*O pacto antenupcial e o contrato de convivência podem conter cláusulas existenciais, desde que estas não violem os princípios da dignidade humana, da igualdade entre os cônjuges e da solidariedade familiar*”.

Logo, sendo eventual fidelidade algo que atinja o mais íntimo do casal contraente, isto é, de natureza eminentemente existencial, não há razão pela qual ser vedado o referido dispositivo como cláusula penal, surgindo, agora, a possibilidade quanto ao tema debatido em questão, quer dizer, diante da infidelidade virtual.

135 Justiça autoriza pacto antenupcial com multa de R\$ 180 mil em caso de infidelidade | Portal TJMG. 30 de janeiro de 2023. Disponível em <<https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/justica-autoriza-pacto-antenupcial-com-multa-de-r-180-mil-em-caso-de-infidelidade.htm>>

No direito civil comparado (estrangeiro) vemos que isso não é prática estranha, inclusive divulga-se na mídia internacional que, entre os famosos já existem pactos antenupciais de caráter existencial, podendo trazer como exemplo o caso do próprio cantor Justin Timberlake e Jessica Biel, que estabeleceram multa de US\$ 500.000,00 (quinhentos mil dólares) em caso de traição.

Diante disso, vemos que, seja pelo caráter do direito material existencial, seja pela regra normativa legal já positivada, não há ilegalidade alguma estabelecer critérios e diretrizes prévias ou pretéritas ao casamento por intermédio do pacto antenupcial, de maneira que imponha ao contraente a possibilidade de multa, ou sanção, ou cláusula penal, ainda que tenha caráter pecuniário, para formalização do ato jurídico, que torna-se válido e perfeitamente possível.

Noutro giro, há de se deixar muito bem claro que a infidelidade praticada no ambiente virtual pode, da mesma forma, ser objeto de pacto nupcial. Então, imagina-se o atual cenário em que as redes sociais são um verdadeiro palco da vida de muitas pessoas, onde compartilham maior parte das horas vivenciadas de seus dias produzindo conteúdo para que sejam consumidos nas mais diversas plataformas digitais.

Qual seria o parâmetro utilizado para fixar uma multa no pacto antenupcial de forma que cause uma expectativa de frustração ou inibição quanto a conduta frente a eventual monetização do conteúdo publicado que represente uma infidelidade?

Qual seriam os critérios objetivos para definir o que é infidelidade no âmbito virtual? E o que considera sua consumação? A repercussão disso, caso seja controvertidamente positiva no aspecto financeiro, a depender do regime de casamento, teriam ambos os cônjuges direito?

Infelizmente são perguntas que somente a jurisprudência adequada a contemporaneidade do direito poderão responder, entretanto, não podemos inobservar que tal prerrogativa jurídica é sim a tradução da manifestação e exercício do direito existencial da

autonomia privada somado a necessidade de prestação jurisdicional em hipótese de descumprimento contratual matrimonial.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O matrimônio, décadas atrás, era um ato que pertencia a igreja. No entanto, o Estado, a partir do Decreto 181/1890, do Marechal Manoel Deodoro da Fonseca, Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, arrebatou o casamento para sua tutela. Desde então, o instituto vem sofrendo mutações e recebendo garantias constitucionais e infraconstitucionais.

Atualmente, com a evolução da internet, percebeu-se novo meio da prática da infidelidade, sendo ele a infidelidade virtual, que se exterioriza através de fotos, mensagens, vídeos, áudios, e-mails, entre outros, o que traz, por si só, ofensa à honra e viola preceito juridicamente previsto na legislação civil.

Essa nova modalidade de infidelidade passou a gerar danos nos relacionamentos, visto que, o cônjuge fiel cumpridor dos direitos e deveres, ao descobrir que o outro mantém um relacionamento, ainda que virtual, com um ou mais parceiros, poderia sofrer sanções e consequências pecuniárias, tais como aplicação de multas, compensação por danos morais, perda de eventuais direitos, dentre outros como já citados anteriormente. Resta, então, ao Direito tutelar essa nova situação, que causa danos a outrem, afinal, como o próprio Código Civil prevê em seu art. 944, “caput” e Parágrafo Único, a indenização se mede pela extensão do dano e, considerando que tal dano pode atingir dimensões inenarráveis, deve, por conseguinte, ser objeto da tutela jurisdicional.

De modo a tentar traçar um caminho com objetivo de sanar o problema, a doutrina cria duas correntes filosóficas que visam discutir quando ocorre o direito a indenização por dano moral. A primeira corrente prevê que haverá a possibilidade de indenização por danos morais entre cônjuges, somente nos casos de ilícito absoluto; que seria o ilícito que estaria, simultaneamente, presente no descumprimento

do arts. 186 e 1.566 do Código Civil de 2002. Isto é, o dever de indenizar, ocorrerá quando houver uma exposição desonrosa do cônjuge fiel. Por outra perspectiva, a segunda corrente prevê, que será possível a indenização por danos morais, pela transgressão dos deveres matrimoniais, ainda que não encontre correspondência no art. 186 do Código Civil de 2002.

Entre as correntes doutrinárias expostas, percebe-se inclinação dos tribunais a decidirem a favor da segunda corrente, por entender que a infidelidade virtual (descumprimento do dever de fidelidade), por si só, não gera o dano moral, sendo necessário a soma de outros elementos: como os requisitos da responsabilidade civil (art. 186 do Código Civil de 2002) juntamente, com a violação a um direito da personalidade. Ora, se a aplicação de multa, se as sanções existem e cabem às partes a autonomia e liberalidade para fixarem em comum acordo, ou seja, com anuência de todos aqueles integrantes da relação, devem ser respeitadas e observadas, mesmo porque eventuais indenizações morais decorrem da violação à esfera subjetiva dos direitos de personalidade, não necessitando de exposições públicas para caracterizar a lesão ao direito.

Dessa forma, é lícito as partes unirem-se se quiserem e com quem quiserem. E se porventura se unirem e não mais quiserem permanecer naquela união, podem se separar ou divorciarem. Assim, é lícito também, desde que não viole direito fundamental, que as partes estabeleçam livremente as condições daquela união e, sendo o dever de fidelidade previsto legalmente, já que as partes se uniram, cabe a essas celebrantes respeitar as disposições ali contidas, justamente para que não se faça da legislação letra morta, que tecnicamente dizendo, ecoaria como ineficácia normativa.

Por fim, por mais que a fidelidade recíproca seja um dever do matrimônio, conclui-se que a infidelidade virtual é uma prática que acarreta e implica diretamente em vilipêndio da honra subjetiva daquele que foi vítima da infidelidade, sendo cabível, então, todas as demais sanções. Portanto, o rompimento psíquico de um valor sociológico e inclusive jurídico, ainda que tal ato não envolva

conjunções carnis, poderia sim ensejar em compensação por danos morais, em aplicação de multa se porventura houver sido ajustada em pacto antenupcial, como já reconhecido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Por fim, se as partes elegeram formalmente se casar e dessa mesma maneira ajustarem condições relacionadas a essa união, tais premissas devem desempenhar força de lei e seguir como regular cumprimento de direitos, podendo ser exigidos e questionados judicialmente, no fito de assegurar a eficácia normativa e também como proteção para o vínculo que a lei estabelece.

REFERÊNCIAS

ANDRADE NERY, Rosa Maria; NERY JUNIOR, Nelson. **Macro-estrutura de Direito de Família**. In: Instituições de Direito de Família: Família e Sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. Disponível em: <<https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/1166915210/macroestrutura-de-direito-de-familia-instituicoes-de-direito-civil-familia-e-sucessoes>>. Acesso em: 28 mar. 2024.

BAYEH. Mônica Raouf El. **Namoro virtual é para fracoso? Amor virtual dói?** 2013. Disponível em: <<https://extra.globo.com/mulher/um-dedo-de-prosa/namoro-virtual-para-fracos-amor-virtual-doi-9598642.html>>. Acesso em: 04 mai. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 2a ed. Saraiva, São Paulo, 1998. In: CRUZ, Thercya Jamilly Ribeiro Barroso. **A função dos princípios e sua aplicabilidade na ordem jurídica**. Âmbito Jurídico. 01/02/2014. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/a-funcao-dos-principios-e-sua-aplicabilidade-na-ordem-juridica/>>. Acesso em: 04 mar. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 682.530 - ES (2015/0063036-7)**. Rel. Min. Marco Buzzi. Data de Publicação: 11/06/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial 1269166**. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. Data de Publicação: 01/11/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial 1673702/SP (2020/0051590-6)**. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. Quarta turma. Data de Publicação: 14/09/2020.

----- Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial 2133987/SP**. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. Data de Publicação: 18/08/2022.

----- Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno nos Embargos Declaratórios no Agravo em Recurso Especial 1756542/MG**. Rel. Min. Nancy Andrighi. Data de Publicação: 28/03/2022.

----- Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial 1391954/RJ**. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. Quarta turma. Data de Publicação: 22/03/2022.

----- Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 498**. Não incide imposto de renda sobre a indenização por danos morais. Data de Publicação: 13/08/2012.

----- Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade: 4815**. DF, Relator: Cármen Lúcia, Data de Julgamento: 10/06/2015, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 01/02/2016.

----- Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ**. Min. Ayres Britto. Tribunal Pleno. Data de Publicação: 03/10/2011.

----- Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.045.273**. Min. Alexandre de Moraes. Sergipe. Data de Publicação: 21/12/2020.

----- Tribunal de Justiça de São Paulo. **Recurso Especial 1.574.859/SP**. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Data de Publicação: 14/11/2016.

BODIN DE MORAES. Maria Celina. Conceito, função e quantificação do dano moral. **Revista IBERC**. v.1, n. 1, p. 01-24, nov.-fev./2019. Disponível em: <file:///C:/Users/felip/Desktop/4-Texto%20do%20artigo-5-1-10-0190522%20(1).pdf>. Acesso em: 04 mar. 2024.

CAPOBIANCO, Ligia. **A Revolução em Curso: Internet, Sociedade da Informação e Cibercultura**. Universidade de São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://ec.ubi.pt/ec/07/vol2/capobianco.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2024.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado nº 456 da Jornada de Direito Civil V de 2012**. A expressão “dano” no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2024.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado nº 589 da Jornada de Direito Civil VII de 2015**. A compensação pecuniária não é o único modo de reparar o dano extrapatrimonial, sendo admitida a reparação in natura, na forma de retratação pública ou outro meio. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/834>>. Acesso em: 13 mar. 2024.

CONSELHO NACIONAL DA JUSTIÇA. **Resolução nº 175 de 14 de maio de 2013**. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>>. Acesso em: 13 mar. 2024.

DEFATO, Marcelo. **Lealdade e Fidelidade: Conheça a diferença entre essas duas formas de compromisso**. SBSM. 2021. Disponível em: <<https://www.sbms.com.br/?s=Lealdade+e+Fidelidade%3A+Conhe%C3%A7a+a+diferen%C3%A7a+entre+essas+duas+formas+de+compromisso>>. Acesso em: 10 nov. 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: famílias. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

GARCIA, R. **Marco Civil da Internet no Brasil: repercussões e perspectivas**. *Revista dos Tribunais Online*, Rio de Janeiro: vol. 96, fev. 2016. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 13 mar. 2022.

GODOI. Walmor. **Rastros digitais: o que a internet sabe sobre você pode deixar marcas eternas**. 2017. Disponível em: <<https://canal-tech.com.br/seguranca/rastros-digitais-o-que-a-internet-sabe-sobre-voce-pode-deixar-marcas-eternas-104650/>>. Acesso em: 13 mar. 2024.

----- **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GUIMARÃES. Marilene Silveira. **Adultério virtual/ Infidelidade virtual**. IBDFAM. 2004. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/133/novosite#:~:text=A%20infidelidade%20virtual%20%C3%A9%20um,casamento%20ou%20da%20uni%C3%A3o%20est%C3%A1vel>>. Acesso em: 13 mar. 2024.

IBDFAM. **Fidelidade não é essencial para configuração de união estável, decide STJ**. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/noticias/10211/Fidelidade+n%C3%A3o+%C3%A9+essencial+para+configura%C3%A7%C3%A3o+de+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel%2C+decide+STJ>>. Acesso em: 20 abr. 2024.

KÜMPEL. Vitor Frederico. **Infidelidade virtual**. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. 2005. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/21282>>. Acesso em: 20 abr. 2024.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio da solidariedade familiar. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina. Ano 18, n. 3759, 16 out.

2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25364>>. Acesso em: 20 abr. 2024.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **Danos Morais No Direito de Família Nas Relações Matrimoniais e Parentesco**. Plataforma YouTube. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=qznIqpTVsuo&t=1951s>>. Acesso em: 20 abr. 2024.

MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MARCHIOTE, Juliana Batista. **A infidelidade virtual e sua repercussão no direito patrimonial**. 2021. Disponível em: <<https://jmarshiote.jusbrasil.com.br/artigos/1229160404/a-infidelidade-virtual-e-sua-repercussao-no-direito-patrimonial>>. Acesso em: 20 abr. 2024.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. Curso de direito civil. Responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2015.v. IV, p. 69. In: TARTUCE, Flávio: Manual de Direito Civil: volume único. 11. ed. Rio de Janeiro, Forense; METODO, 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. In: BARRETO, Maíra de Paula de Paula; GALDINO, Valéria Silva: Os princípios gerais de direito, os princípios de direito de família e os direitos da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar**. v. 7, n. 1, p. 277-307, jan./jun. 2007. Disponível em: <<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/rev-juridica/article/view/527/385>>. Acesso: Acesso em: 20 abr. 2024.

RICOLDI, Barbara Martins. **A infidelidade virtual e a possibilidade de indenização por dano moral**. 2021. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/89098/a-infidelidade-virtual-e-a-possibilidade-de-indenizacao-por-dano-moral>>. Acesso em: 20 abr. 2024.

SIMÃO, José Fernando. **Fidelidade: um dever jurídico ou um elemento moral?**. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com>.

br/2016-fev-28/processo-familiar-fidelidade-dever-juridico-ou-elemento-moral#:~:text=%E2%80%9CArtigo%201.304.,%2C%20por%20acusa%C3%A7%C3%A3o%20de%20adult%C3%A9rio%E2%80%9D>. Acesso em: 07 mai. 2024.

SILVA, Júlio Cesar Ballerine. **Dever de fidelidade ou dever de lealdade no bojo das relações familiares?** 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/256662/dever-de-fidelidade-ou--dever-de-lealdade-no-bojo-das-relacoes-familiares>>. Acesso em: 07 mai. 2024.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Direito de Família**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Justiça autoriza pacto antenupcial com multa de R\$ 180 mil em caso de infidelidade**. Disponível em: <<https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/justica-autoriza-pacto-antenupcial-com-multa-de-r-180-mil-em-caso-de-infidelidade.htm#>>. Acesso em: 07 mai. 2024.

EXPLORANDO NOVOS HORIZONTES: O DIREITO DIGITAL NA REFORMA DO CÓDIGO CIVIL

RESUMO

Com a rápida velocidade que a tecnologia avança, a sociedade passa por uma transformação digital que gera inúmeros problemas que o Direito não encontra solução positivada. A comissão de juristas que está responsável pela reforma do Código Civil, assim, incluiu um livro complementar no anteprojeto da reforma justamente sobre Direito Digital, com a regulamentação de temas como patrimônio digital, inteligência artificial, assinaturas eletrônicas, *smart contracts* e atas notariais eletrônicas. São assuntos extremamente recentes, mas cada vez mais inseridos na sociedade, o que demanda uma preocupação por parte do Estado. Sendo assim, propõe-se para esta pesquisa uma análise do Direito da Sociedade da Informação, Direito Virtual, Direito do Espaço Virtual, Direito da Internet ou, ainda, como se tem preferido, Direito Digital, destacando, ao final, como o legislador pretende regulamentar na reforma do Código Civil. A metodologia aplicada na condução desta pesquisa é predominantemente a análise de evolução do entendimento, com um estudo histórico comparativo do desenvolvimento da tecnologia e sua relação com o Direito.

Palavras-chave: Direito Digital; Reforma do Código Civil; Internet; Novas Tecnologias; Inteligência Artificial.

1. INTRODUÇÃO

As novas tecnologias trouxeram inúmeras possibilidades para o mundo e, conseqüentemente, para o Direito também. Nesse contexto, fala-se no Direito da Sociedade da Informação, Direito Virtual, Direito do Espaço Virtual, Direito da Internet ou, ainda, como se tem preferido designar, Direito Digital. Tamanha é a importância dessa disciplina,

136 Advogado e Professor Universitário. Doutor em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMG. Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos (Bolsista CAPES). Especialista em Direito Digital pela Faculdade Legale. Site: <https://www.wallacesouza.adv.br/>.

que ela foi incluída no rol de conteúdos pertinentes a Noções Gerais de Direito e Formação Humanística, cobrados no Concurso Público para a Magistratura, regulamentado pela Resolução n. 75/2009 do CNJ.

A tecnologia tem avançado de forma muito rápida, sendo o atual cenário mundial denominado como a 4ª Revolução Industrial, com a interação entre os aspectos físicos, digitais e biológicos. Cada vez mais a inteligência artificial faz parte da sociedade, inclusive no Judiciário, sendo exemplos os robôs Victor, que faz a análise de temas de repercussão geral na triagem de recursos, e a Rafa, que faz a classificação dos processos de acordo com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) definidos pelas Nações Unidas.

O legislador, antenado ao atual contexto, está debatendo sobre a inclusão de um livro complementar no Código Civil sobre Direito Digital, sendo que ele foi incluído no anteprojeto elaborado por uma comissão de juristas que está responsável pela reforma do Código Civil. Nesse capítulo, mencionam-se temas como patrimônio digital, inteligência artificial, assinaturas eletrônicas, *smart contracts* e atas notariais eletrônicas.

Propõe-se para esta pesquisa, assim, a análise das propostas de reforma do Código Civil no que tange ao Direito Digital. Embora seja apenas o texto do anteprojeto, já traz repercussões importantes sobre a tendência de crescimento do Direito Digital, com uma boa compreensão dos temas pertinentes.

A metodologia aplicada na condução desta pesquisa é predominantemente a análise de evolução do entendimento, com uma completa revisão bibliográfica das obras que tratam sobre o Direito Digital, sendo importante um estudo histórico comparativo do desenvolvimento da tecnologia, o que foi fundamental para compreender o atual contexto digital e a sua relação com o Direito.

Para o desenvolvimento do trabalho, dividiu-se em 3 (três) partes. Iniciou-se com a contextualização da modernização tecnológica e como houve o surgimento de um direito relacionado diretamente a problemas gerados pela internet. Após, analisou-se o atual contexto, denominado 4ª Revolução Industrial, destacando-se a Internet das

Coisas e a era “big data”. Por fim, verificou-se como o Direito Digital está disposto nas discussões referentes ao anteprojeto de reforma do Código Civil.

2. A MODERNIZAÇÃO TECNOLÓGICA E A TENTATIVA INICIAL DE REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DO ESPAÇO VIRTUAL

Iniciando com uma breve retrospectiva sobre modernização tecnológica, sabe-se que a revolução das telecomunicações não é tão antiga, sendo algo recente o denominado espaço virtual, que “é o resultado da utilização crescente das telecomunicações em associação aos computadores, o que possibilitou o desenvolvimento de redes de comunicação e de computadores”(ROHRMANN, 2005, p. 1). E, nesse ambiente de comunicação, há a possibilidade de vários atos, sendo muitos jurídicos.

Embora o telégrafo tenha sido inventado em 1835, iniciando o espaço virtual, os primeiros computadores digitais surgiram tão somente na década de 1940, sendo o primeiro computador comercial lançado no mercado em 1951, com aproximadamente 18.000 (dezoito mil) válvulas e um peso próximo de 18 (dezoito) toneladas (ROHRMANN, 2005, p. 2).

Os microprocessadores vieram somente em 1971 e logo após os microcomputadores, sendo fundamentais para a popularização do uso da computação, e “a ligação de um considerável número de computadores pessoais à base instalada de redes de telecomunicações levou à grande expansão das redes de computadores, entre elas a Internet”(ROHRMANN, 2005, p. 1).

A internet, assim, é um exemplo da rede ampla de computadores, podendo ir além das fronteiras dos países. Jean Jacques Erenberg (2003, p. 5) explica que a

internet é uma palavra que vem da expressão inglesa ‘*INTERaction or INTERconnection between computer NETWORK*’ (interação ou interconexão entre redes de

computadores). Designa uma ampla rede formada por inúmeras redes menores, conectadas entre si, a fim de compartilhar informações e/ou recursos computacionais.

A internet nasceu para trocas de informações militares e científicas, de modo que, inicialmente, interligava somente organismos governamentais, centros de pesquisa e universidades. Não se permitia o uso comercial. A ideia da conectividade entre computadores veio da Guerra Fria. A União Soviética tinha colocado em órbita o satélite artificial *Sputnik*, e os Estados Unidos queriam fazer frente a isso. Preocupado em manter uma comunicação ainda que ocorresse uma guerra nuclear, buscaram a evolução da tecnologia de computadores, e a ideia era justamente que houvesse rotas alternativas de transmissão de informações se o Pentágono fosse destruído (ERENBERG, 2003, p. 7).

Como principais conceitos estruturais da internet, citam-se a comunicação não hierárquica, falando-se em rede, e a comutação de pacotes de informação. Por conta disso, fala-se que é virtualmente impossível destruir todas as rotas de informação, já que as ligações entre os computadores são emaranhadas como uma teia, que, ainda se obstruídas algumas vias, consegue-se chegar ao destinatário por outras (ERENBERG, 2003, p. 5).

O ano de 1969 pode ser considerado o ano de nascimento da internet, quando ocorria a conexão entre quatro computadores instalados em universidades dos EUA. Em 1988 já havia cerca de cem mil computadores nessa rede e foi quando surgiu o primeiro “verme de internet”, que seriam os denominados “vírus” de hoje (ERENBERG, 2003, p. 9). O ingresso formal do Brasil na rede mundial de computadores se deu em 1990.

Visando a um entendimento melhor do que seja a internet, Erenberg (2003, p. 5) traz sete conceitos básicos, destacando-se o seguinte: 1) a internet é um meio e não um fim em si mesma; 2) a internet permite que o usuário acesse diferentes e distantes locais

num curto espaço de tempo; 3) ninguém controla a internet; 4) não há uma autoridade central na internet; 5) a internet é centrada em pessoas e não em governos; 6) a internet é para todos; e 7) a internet possui uma cultura própria.

Dentre os inúmeros serviços prestados na internet, podem ser citados: troca de mensagens, troca de arquivos, competição entre pessoas (como disputas em jogos); conversação em tempo real; e busca e disponibilização de informações (ERENBERG, 2003, p. 6). Ressalta-se que hoje a internet é “eminentemente pública, aberta e interativa”(ERENBERG, 2003, p. 12) e sua evolução parece não ter fim.

Segundo pesquisa publicada pelo Portal G1 (LAVADO, 2019), “o número de brasileiros que usam a internet continua crescendo: subiu de 67% para 70% da população, o que equivale a 126,9 milhões de pessoas”. Na citada pesquisa, revelou-se que metade da zona rural já está conectada no Brasil. Inclusive, cita-se uma importante matéria que, embora seja de 2017, mostra a importância da tecnologia para a população e como a curva do seu impacto é ascendente: no Brasil, 92% dos lares têm celular, mas apenas 66% têm esgoto tratado. Veja trecho da matéria:

Os dados mais recentes da Pnad Contínua, divulgados nesta sexta-feira pelo IBGE, mostram que o acesso à tecnologia móvel avança mais rápido do que a universalização do saneamento básico. Em 2016, enquanto 92,3% ou 63,8 milhões dos lares brasileiros tinham pelo menos um morador com telefone celular, apenas 66% ou 45,6 milhões de famílias tinham sua rede geral ou fossa ligada à rede, ou seja, contavam com tratamento de esgoto. (COSTA, 2017)

Mas como funciona a internet? Como explica Rohrmann (2005, p. 3/4), a todo computador ligado na Internet é atribuído um único endereço conhecido, que é o denominado IP, o número de identidade de localização do computador na rede. E quando se digita um domínio (por exemplo: www.wallacesouza.adv.br), o computador faz referência

a um IP específico que corresponde à página. Existem computadores ligados à rede que armazenam os endereços IP e seus correspondentes nomes de domínio, sendo esses computadores chamados de DNS – *Domain Name Servers*.

É importante destacar que a comunicação de dados se dá de uma forma diferente de uma ligação telefônica, por exemplo. Numa ligação telefônica comum, quando a conversa se estabelece o circuito se fecha, falando-se numa comutação por circuito. Na comunicação de dados pela internet, por sua vez, há a comutação por pacotes, isto é, o circuito não fecha, porque os dados trocados são transformados em pacotes que trafegam por rotas variadas ao longo da rede. Não há, na comunicação pela internet, apenas um caminho para os pacotes. Além disso, por serem divididos em pacotes, fica mais fácil a transferência.

Como consequência da internet, também surgiram os primeiros textos jurídicos sobre o assunto, notadamente em função dos conflitos de jurisdição no espaço virtual, porque uma pessoa poderia praticar atos jurídicos em *websites* de outros países. Sendo assim, começou-se a falar no Direito da Internet.

E um dos principais aspectos da internet foi permitir a chamada “virtualização da economia”, uma vez que se tornaram possíveis operações comerciais e bancárias, em tempo real, mesmo sem a presença física da pessoa no país onde a operação está sendo realizada (ROHRMANN, 2005, p. 8). Em 1996, houve um importante estudo de Pierre Lévy (p. 17/18), cuja obra diferenciou os conceitos de virtualização e desrealização, pois a virtualização envolve a criação da realidade, e não sua negação, isto é, o virtual é real. Com a virtualização, apenas se muda o eixo de gravidade, ou seja, surgem novos e diferentes problemas. E nesse contexto entra o Direito Virtual para regulamentar toda essa nova situação que a internet criou.

Inicialmente, pensou-se em utilizar o direito do mundo físico para as relações do ambiente virtual, mas a internet cria comunidades próprias, alheias e separadas do mundo físico, como explica Rohrmann (2005, p. 12). E em função dessa ideia de comunidade da internet, surgiu a primeira corrente teórica do Direito Virtual, que propunha

um direito próprio para a rede. Inicialmente, houve uma corrente libertária, mas se tinha a crença de que o mundo virtual não precisaria do Direito, sendo contrária ao uso da força pelo Estado no ambiente da internet, o que é totalmente inviável. De toda forma, “pode-se resumir a teoria libertária em sua própria essência: a negação da autoridade do Estado em ambiente eletrônico ‘desprovido de territorialidade’ e dotado de uma ‘soberania própria’”(ROHRMANN, 2005, p. 21).

Tendo em vista essa corrente, outra corrente surgiu: a da Escola da Arquitetura da Rede,

pregando a necessidade de o Estado determinar a natureza tecnológica do espaço virtual para que se possa regulamentar, por meio do direito, o mundo online e, desta forma, evitar-se que alguém do mercado determine um controle maior sobre a rede, pelo tipo de programação, de forma alheia à vontade do Estado. (ROHRMANN, 2005, p. 22)

O espaço virtual é um lugar onde as pessoas também vivem, e que segue o código dos programas de computador. Segundo ele, o ambiente virtual evoluiria. Explica Carlos Alberto Rohrmann (2005, p. 24):

a teoria seria a de que a beleza do espaço virtual, inicialmente dotado de uma arquitetura de programação aberta e livre, estaria sendo substituída, aos poucos, por um mundo online onde as forças do mercado, atendendo às demandas e às vontades do comércio e das grandes empresas, passariam a determinar a qual o tipo de controle e de normatização a Internet estaria sujeita. Em outras palavras, ao invés de uma utopia da liberdade, o espaço virtual transformar-se-ia em um local dotado de uma arquitetura de maior controle, destinada a atender às necessidades do comércio. E, desta forma, o comportamento das pessoas no espaço virtual

estaria determinado e normatizado pela arquitetura prescrita pelos entes comerciais em atendimento aos seus interesses, e não aos interesses da maioria das pessoas.

Embora se tenha essa impressão, é importante ressaltar que não se entendia que a arquitetura da rede seria determinada pelos entes privados. Até se afirmava que a ausência de intervenção estatal seria nociva, de modo que o Estado deveria intervir guiando o que seria feito na internet, como com programas de computador filtrando o conteúdo (ROHRMANN, 2005, p. 24). Mas essa corrente também não é perfeita, pois podem ocorrer abusos, como no caso de alguém manipular essa filtragem.

Além dessas duas correntes, também se fala na “corrente do direito internacional”, que vê o espaço virtual como um “ambiente internacional”, considerando que uma pessoa consegue transitar entre jurisdições apenas com um clique (ROHRMANN, 2005, p. 27). Embora isso se mostre melhor que a corrente libertária, ainda considera a internet como um mundo novo, fazendo-se uma “analogia entre o espaço sideral, o fundo do mar e o espaço virtual como sendo todos insuscetíveis de apropriação exclusiva por parte de um Estado e, conseqüentemente, encarados como ‘propriedade ou patrimônio da humanidade’”(ROHRMANN, 2005, p. 30).

Todavia, como explicado por Carlos Alberto Rohrmann (2005, p. 30), o conceito de “patrimônio da humanidade” possui pouca precisão, pois patrimônio está intimamente ligado a uma pessoa, e humanidade sequer é dotada de personalidade jurídica.

Outra proposta que se relaciona à “corrente do direito internacional” foi a de um direito virtual análogo ao Direito Marítimo, colocando a pessoa sujeita à sua jurisdição de residência e sob as leis do Estado onde navega na rede. Importante ressaltar também que tratados internacionais podem ter um papel relevante no Direito Virtual, como um que regulasse os documentos digitais que trafegam

pela rede. Todavia, ainda assim, esse mercado pode ser mais efetivado com normas domésticas. (ROHRMANN, 2005, p. 31/33)

Dessa forma, vem a corrente tradicionalista, contrapondo-se às correntes até aqui estudadas que se opunham à possibilidade de aplicar o direito tradicional às relações no ambiente virtual. Com mais aceitação nos tribunais inicialmente, alegava que a internet não seria muito bem um mundo à parte, de forma que se aplicaria as regras do mundo físico mesmo. É claro que poderiam existir eventuais dificuldades, mas elas também estão presentes quando se julgam fatos do mundo físico. (ROHRMANN, 2005, p. 34)

Fato é que “não há atos praticados dentro do espaço virtual que estejam fora do alcance de todas as jurisdições constituídas”(ROHRMANN, 2005, p. 38). Exemplos disso podem ser quaisquer ações que envolvam condenações a páginas de internet que desrespeitem alguma legislação, como vender algo que é proibido em determinado local, mas não em outro. Rohrmann (2005, p. 38) cita a condenação pelos tribunais franceses da *Yahoo! Inc.*, que fez um leilão virtual de um ordenamento nazista no qual franceses deram lances. Embora norte-americanos pudessem dar lances, os franceses não poderiam e a companhia foi multada.

Então, estabelecida a corrente tradicionalista como a melhor para o Direito Virtual, não pode haver o pensamento de que a internet é um mundo sem lei, no qual se pode tudo. No Brasil, inclusive, foi criado o Marco Civil da Internet, a Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, que “estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil”, sendo denominada como “Constituição da Internet”.

Para o citado ato normativo, considera-se internet “o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes”(BRASIL, 2014, Art. 5º, I). Além dessa definição, destaca-se o reconhecimento da escala mundial da rede, de modo que Cássio Augusto Barros Brant (2014, p. 53) bem explica:

o reconhecimento da rede mundial de computadores como fundamento deixa bem claro a despreensão da legislação no que tange a solucionar conflitos de ordem internacional, mas também de compreender que o assunto é abrangência muito maior que uma mera legislação interna pode conduzir, sendo apenas uma norma de alcance nacional. Neste aspecto, tal inciso apesar de óbvio aos olhos da maioria dos doutrinadores, verifica-se sua coerência visto que a não soberania dos países sobre a rede mundial de computadores é a realidade concreta desta ferramenta de comunicação e o Brasil reconhece tal fato, deixando em termos explícitos que este instrumento não pode ser conduzido em uma visão de controle estatal. Há uma gama de países que são envolvidos e, portanto, o assunto é de ordem mundial, ou melhor, internacional.

Todavia, sempre há o outro lado da moeda, que são os riscos e desafios também criados. Por exemplo, o Marco Civil da Internet veio em um momento caracterizado pela invasão nos sistemas informáticos brasileiros por parte dos Estados Unidos, que violou até e-mails de representantes políticos e acessou dados sigilosos de empresas brasileiras, entre outras violações de privacidade (BRANT, 2014, p. 7). Ora, se o governo brasileiro passou por isso, quem dirá um cidadão comum.

Fato é que a internet proporcionou uma nova economia que depende principalmente de conhecimento, não se esgotando com o uso. Muitas perguntas ainda não foram respondidas, mas é fundamental este estudo para entender o contexto que o Direito se encontra e como serão as futuras regulamentações. Estabelecidos esses pressupostos, passa-se à análise do contexto atual de tecnologia, destacando a 4ª Revolução Industrial.

3. O DIREITO DIGITAL NA ERA DA 4ª REVOLUÇÃO INDUSTRIAL

Uma frase que se tornou comum nos debates sobre o mercado vem de Clive Humby, quem disse: “*Data is the new oil*” (RIPARI, 2019), que traduzindo de forma livre seria “dados são o novo petróleo”. E essa frase se destaca por conta do cenário da 4ª Revolução Industrial¹³⁷, que envolveria a revolução dos negócios baseados em dados, “com potencial de modificar por completo o processo tradicional de geração de valor de uma companhia”(SIMÃO FILHO, SCHWARTZ, 2018, p. 224).

A 4ª Revolução Industrial considera a convergência das tecnologias dos mundos digital, físico e biológico, gerando uma alteração profunda na maneira que a sociedade se organiza. Podem ser citadas, como tecnologias do mundo digital, a Internet das Coisas – IdC, e a *blockchain*. Do mundo físico, mencionam-se os veículos autônomos, impressões em 3D e robótica avançada. Quanto ao mundo biológico, cita-se a manipulação genética (SIMÃO FILHO, SCHWARTZ, 2018, p. 225).

A tecnologia avança muito rápido agora. Há quem diga que o atual momento seria uma continuação da 3ª Revolução industrial, mas misturando as tecnologias, como a *blockchain* que é uma tecnologia baseada em outras tecnologias (metatecnologia). Segundo Mougayar (2017, p. 10), ela “é um tipo de tecnologia que desafia outros softwares existentes, pois tem o potencial de substituir ou complementar práticas existentes. Em essência, é uma tecnologia que modifica outras”.

Fato é que o mundo se encontra em uma nova fase do desenvolvimento humano, e um conceito que se tornou importante foi o de *big data*, que seriam

137 A primeira Revolução Industrial seria a provocada pelo surgimento da máquina a vapor, a segunda teria surgido em função das linhas de montagens industriais, e a terceira com o desenvolvimento das pesquisas e indústrias voltadas para a robotização das indústrias. A quarta, então, seria em função das tecnologias que estão alterando a forma de viver das pessoas nas mais variadas áreas. (SIMÃO FILHO, SCHWARTZ, 2018, p. 222)

tendências tecnológicas que proporcionam uma nova abordagem na manipulação de grandes conjuntos de dados, cuja informação não pode ser processada por meio de ferramentas ou mecanismos tradicionais, a fim de permitir tomadas de decisão mais precisas e eficientes (GONTIJO, 2018, p. 576).

Trazendo também as importantes lições de Adalberto Simão Filho e Germano André Doederlein Schwartz (2018, p. 222), o termo *Big Data* descreve uma tecnologia apropriada de captura, mas não só isso, representando também “o crescimento, a disponibilidade e o uso exponencial de informações estruturadas e não estruturadas que caminham pela internet no âmbito da liberdade de expressão”. Com isso, torna-se possível desenvolver os mais variados negócios, seja monetizando dados, seja identificando padrões e comportamentos, ou seja, incentivando o consumo de determinado produto ou serviço.

De forma até assustadora,

o sistema *Big Data* possibilita o cruzamento de dados numa velocidade e precisão espantosa, cujas consequências em seus resultados são inúmeras como contribuir para localização de hábitos de consumo, conhecimento de grupos de pessoas propensas a sofrer moléstias custosas, detecção de jovens com maior probabilidade de incidir em crimes, verificação de hábitos religiosos e, ainda, a localização por geolocalizadores. [...] O uso desta ferramenta em políticas de geomarketing é intenso e hostil a ponto de acabar por dirigir o usuário a certa linha de consumo ou estabelecimento, pelo simples fato de se ter acesso prévio ao local onde o mesmo se encontra. O usuário não percebe que está sendo influenciado na sua tomada de decisão quando verifica publicidades que se relacionam a produtos ou serviços ao seu redor. (SIMÃO FILHO, SCHWARTZ, 2018, p. 222)

Citada como tecnologia do mundo digital, merece também um destaque maior a Internet das Coisas – IdC (do inglês *Internet of Things - IoT*), termo cunhado em 1999 por Kevin Ashton, um dos fundadores do Auto-ID Center do MIT. Segundo Glacus Bedeschi da Silveira Silva, Luiz Felipe Drummond Teixeira e Mariana Damiani Santana (2021, p. 211).

é possível compreender a IoT como o conjunto de protocolos e tecnologias relacionadas que permitem que esses dispositivos se comuniquem através de canais de comunicação eletrônica, com ou sem fio, permitindo que informações eletrônicas sejam transmitidas por objetos físicos, como quando eles se movem pelo espaço, de maneira análoga à maneira como as redes com e sem fio transmitem sinais eletrônicos - criando uma nova perspectiva sobre o design e o uso da internet. A comunicação se dá de forma tão sofisticada que a utilização desse conjunto permite a abertura de um arcabouço de possibilidades ‘em que produtos ou outros objetos físicos irão armazenar, enviar ou receber informações de modo a transformar a maneira como nos organizamos e vivemos’.

Antes da internet, as relações humanas ocorriam de forma predominantemente direta, de modo que a internet fez com que a importância do contato direto entre as pessoas tenha se reduzido. Com a evolução dos dispositivos, como computadores e celulares, as pessoas foram reduzindo cada vez mais o contato entre elas, de modo que há uma infinidade de possibilidades com a internet. Ocorre que, na Internet das Coisas, foi dado um passo além, isto é, “os consumidores não interagem apenas diretamente com os dispositivos, mas os próprios dispositivos interagem entre si” (SILVA, TEIXEIRA, SANTANA, 2021, p. 210). Assim,

a internet vem sendo utilizada para vincular coisas através de redes com ou sem fio. A interação, se comparada às fases anteriores, é consideravelmente mais complexa, na medida em que dispositivos conectados entre si através da internet, dispositivos conectados à internet e que criam conteúdo nesta, bem como dispositivos conectados a pessoas são responsáveis por interações altamente heterogêneas, contínuas e que evoluem com o tempo.

Exemplo interessante de aplicação é trazido por Teixeira e Rodrigues (2019, p. 115):

com o advento da chamada ‘Internet das Coisas’, é possível que máquinas, como geladeiras ou televisores, para ficarmos nos exemplos mais corriqueiros, sejam pré-programadas para adquirir produtos via internet (por exemplo, a geladeira, percebendo a falta de leite no seu interior, se comunicaria diretamente com o site do supermercado parceiro do fabricante, e faria o pedido, a ser debitado de um cartão de crédito, com o produto sendo entregue sem a participação do consumidor). Embora pareça óbvio que uma contratação dessas deva ser previamente autorizada pelo consumidor, tecnologicamente o negócio jurídico é possível de ser concretizado desta forma – e nem se trata de um estágio muito avançado de programação.

Com as alterações sofridas pela sociedade, que tem sido de elevada rapidez, como já afirmado, o Direito não conseguiu acompanhar na mesma velocidade e é fato que ocorreram uma série de problemas. Sempre associam as novas tecnologias às práticas de crimes, e um exemplo recente é a associação das criptomoedas à criminalidade. Na sua obra, Renato de Mello Jorge Silveira (2018, p. 110/114) explica que houve uma associação do Bitcoin com o mercado

de assassinos da *deepweb*, uma vez que os pagamentos em regra eram feitos com Bitcoins pela promessa de anonimato. A mesma associação ocorre com o caso da *Silk Road*, que era um mercado anônimo de compra e venda de drogas, no qual se utilizava Bitcoins. Falava-se até que era o e-Bay das drogas. Culpar o Bitcoin, por exemplo, pela ação de criminosos, seria culpar o dinheiro pelo assalto aos bancos.

Esse problema, inclusive, também foi enfrentado em outra oportunidade no que tange aos títulos de crédito. À época, questionava-se a questão das duplicatas virtuais e a associação a duplicatas simuladas, porém se nota que o crime do art. 172 do Código Penal tem redação de 1990, muito antes da existência da duplicata virtual, cuja fundamentação legal a doutrina atribui ao art. 8º, parágrafo único, da Lei 9.492/1997.

O Direito não irá impedir a modernização tecnológica, e nem deve ter essa pretensão. O que se deve tentar fazer é proteger as pessoas e seus bens, como se destaca com a criação da Lei n. 13.709/2018, denominada como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Extrai-se do seu primeiro artigo:

Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. (BRASIL, 2018, Art. 1º)

Carolina Almeida de Paula Freitas (2020, p. 216) explica que, pela citada lei, “regula-se e amplia-se a proteção dos direitos de liberdade e de privacidade, que não podem ser ameaçados diante da crescente digitalização da vida”. Em função disso, terá como fundamentos o respeito à privacidade, a autodeterminação informativa, a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião, a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, o

desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação, a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor, e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais, nos termos do art. 2º da citada lei e estando em conformidade com vários direitos previstos na Constituição de 1988, como o inciso X do art. 5º: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

É válido ressaltar que a lei possuirá uma aplicação bem ampla, de modo que se aplique a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, possuindo como requisitos a operação de tratamento realizada no território nacional, a atividade de tratamento que tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional, ou a coleta dos dados pessoais objeto do tratamento no território nacional.

Inclusive, no que tange aos princípios normativos que as atividades de tratamento de dados pessoais devem se observar, encontra-se uma elevada gama, como boa-fé, finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação e responsabilização, observado o art. 6º da citada lei. Sobre esses princípios, importantes as lições de Caitlin Sampaio Milholland (p. 163):

em relação aos princípios aplicáveis ao tratamento de dados pessoais, a sua previsão é reconhecida no art. 6º, da LGPD, com o objetivo de restringir a atividade de tratamento de dados pessoais, exigindo-se que haja o seu cumprimento para que seja reconhecida a licitude da atividade, legitimando-a.

Ocorre que nem tudo é tão simples. Embora se elogie a LGPD, ela pode ser incompatível com as novas tecnologias que já estão em uso no mundo, como a *blockchain*. De acordo com o art. 16 da LGPD, por exemplo, com o término do tratamento de dados, eles deverão ser excluídos como regra da base de dados do controlador, sendo a conservação autorizada apenas para determinadas finalidades, como cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador, estudo por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais, transferência a terceiro, desde que respeitados os requisitos de tratamento de dados dispostos nesta Lei; ou uso exclusivo do controlador, vedado seu acesso por terceiro, e desde que anonimizados os dados.

Na *blockchain*, todavia, os dados são permanentemente registrados, desde o momento da sua geração, de modo que seja preservado na sua totalidade. A imutabilidade da *blockchain*, embora seja solução para diversas demandas, como a necessidade segurança e integridade da rede, também gera uma série de novos problemas. Outro exemplo que pode ser citado é a impossibilidade de revisão contratual, uma vez que haverá a imutabilidade do contrato realizado via *blockchain*. Enfim, são questionamentos que serão observados na prática, notadamente sobre como o Judiciário irá agir e sobre regulamentações que tendem a surgir com o tempo.

O Judiciário também já está se adaptando às novas tecnologias. Exemplifica-se com os robôs Victor, que faz a análise de temas de repercussão geral na triagem de recursos, e a Rafa, que faz a classificação dos processos de acordo com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) definidos pelas Nações Unidas (BRASIL, 2023).

Analisada a importância do Direito Digital na sociedade, sendo uma realidade bastante presente e que avança a passos largos, passe-se à análise da sua disciplina nas discussões pertinentes à reforma do Código Civil.

4. O DIREITO DIGITAL NAS DICUSSÕES DA REFORMA DO CÓDIGO CIVIL

Wille Duarte Costa (1997, p. 30/31) já dizia em meados dos anos 90 que estava nascendo um direito

que decorre de elementos da cibernética, considerada esta como aquela que tem por objeto vários estudos, entre eles a programação de máquinas de computação eletrônica, dos sistemas automáticos de controle, a teoria da informação, o processamento de dados e outros elementos próprios. [...] Diante dessa evolução, não podemos mais desconsiderar o estudo de tais assuntos, principalmente o que estamos chamando de *Direito Comercial Virtual*, que vai dominar os nossos futuros dias. Seremos, por isso, forçados a elaborar novas teorias, sobre quase tudo que até aqui vimos. E isto há de ser agora, pois a evolução da informática é extraordinária e nada espera.

Por outro lado, o citado autor (2010, p. 42) também criticou a tentativa do legislador de 2002 em regular determinados assuntos mais tecnológicos. Ao falar sobre o art. 889, §3º, do Código Civil de 2002, por exemplo, que teria legitimado, para alguns autores, a criação de títulos de crédito eletrônico, usou as seguintes palavras: “o legislador autorizou um tipo de emissão do qual não demonstrou o menor conhecimento. Quis ser moderno apenas”.

É um fato que o Código Civil de 2002 não está adequado às novas tecnologias, tanto que o Ministro Edson Fachin, em entrevista à Folha de São Paulo, disse que se trata de um código que já “nasceu velho”. Segundo o Ministro, o Código de 2002 “reflete o pensamento jurídico cristalizado da década de 1970” (INSTITUTO, 2023).

Há uma importância de se debater sobre o Direito Digital em futuras regulamentações e o que está na pauta do dia é reforma do Código Civil. Recentemente, a comissão de juristas que ficou

responsável pela revisão do Código Civil concluiu a votação de propostas de atualização do texto e, considerando o atual contexto de polarização política no Brasil, o projeto vem sendo bastante debatido também nas redes sociais, de modo que se exigiu a manifestação dos juristas sobre alguns dos temas, sendo importante o seguinte trecho de notícia do site do Senado Federal (BRASIL, 2024):

No primeiro dia de debates, os juristas rebateram algumas informações falsas sobre o trabalho do colegiado que circulam nas redes sociais. Em entrevista aos veículos de comunicação do Senado, o presidente da comissão, ministro Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), repudiou os ataques.

— O Código Civil não trata de aborto, nem tampouco da relação entre humano e animal. São notícias estapafúrdias. Imaginamos que isso seja fruto desse fenômeno moderno das notícias falsas que inclusive está sendo tratado pelo texto. Estamos tratando de coibir essas notícias falsas por intermédio de plataformas digitais — disse.

Outro membro da comissão já havia se manifestado sobre o assunto nesta semana. Um dos relatores, junto com Rosa Maria de Andrade Nery, Flávio Tartuce afirmou que a verdade vai prevalecer.

— Eu queria esclarecer que até aqui nós não temos nenhum tratamento sobre aborto no projeto, nós não temos nenhum tratamento com família multiespécie no projeto, nós não temos nenhum tratamento sobre incesto no projeto, nós não temos nenhum tratamento a respeito de famílias paralelas. Não há nada no código a respeito desses assuntos, e isso vai ser percebido pela própria votação — disse Tartuce na segunda-feira (1^o).

Como apontou Salomão, enfrentar as *fake news* é um dos pontos da parte sobre direito digital que pretende adequar o Código Civil ao entendimento dos tribunais. O texto trata de assuntos como o direito digital à

intimidade, liberdade de expressão, patrimônio e herança digital, proteção à criança, inteligência artificial, contratos e assinaturas digitais.

O foco desta pesquisa será, quanto à reforma do Código Civil, a criação de um livro próprio sobre o Direito Civil Digital, dividido, a princípio, nos seguintes capítulos: disposições gerais, da pessoa no ambiente digital, das situações jurídicas no ambiente digital, do direito ao ambiente digital transparente e seguro, do patrimônio digital, a presença e a identidade de crianças e adolescentes no ambiente digital, a inteligência artificial, a celebração de contratos por meios digitais, assinaturas eletrônicas e atos notariais eletrônicos.

Seguindo a linha do Marco Civil da Internet e da Lei Geral de Proteção de Dados, a minuta de texto final ao anteprojeto (BRASIL, 2024) trouxe como fundamentos do Direito Civil Digital:

I - o respeito à privacidade à proteção de dados pessoais e patrimoniais, bem como à autodeterminação informativa; II - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; III - a inviolabilidade da intimidade, da honra, da vida privada e da imagem da pessoa; IV - o desenvolvimento e a inovação econômica e tecnológica; V - na livre iniciativa e na livre concorrência; VI - na inclusão social, promoção da igualdade e da acessibilidade digital; e VI - no efetivo respeito aos direitos humanos, ao livre desenvolvimento da personalidade e dignidade das pessoas e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Nota-se uma preocupação evidente com a segurança, de modo que seja assegurado a todos “um ambiente digital seguro e confiável, baseado nos princípios gerais de transparência, de boa-fé, da função social e da prevenção de danos”(BRASIL, 2024), de modo que as plataformas digitais devem demonstrar a adoção de medidas

de diligência para garantir a conformidade dos seus processos com os direitos de personalidade, inclusive com a realização de avaliações de riscos sistêmicos para a mitigação e prevenção de danos.

Seguindo dessa forma as deliberações, é provável que se amplie a responsabilidade das plataformas digitais, com a revogação do art. 19 do Marco Civil da Internet, que estabelece que “o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências”. Com a redação do citado anteprojeto, as plataformas digitais poderão ser responsabilizadas administrativamente e civilmente: pela reparação dos danos causados por conteúdos gerados por terceiros cuja distribuição tenha sido realizada por meio de publicidade de plataforma; e por danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros quando houver descumprimento sistemático dos deveres e das obrigações previstas no Código Civil.

Haverá, também, um tratamento diferenciado para a plataforma digital de grande alcance, definida assim pelo anteprojeto “os serviços de hospedagem virtual que tenham como funcionalidade principal o armazenamento e a difusão de informações ao público, cujo número médio de usuários mensais no País seja superior a 10.000.000 (dez milhões)” (BRASIL, 2024), sendo exemplo as redes sociais e ferramentas de busca e provedores de mensagens instantâneas. Dentre as diferenciações, cita-se o fato de estarem sujeitas a auditorias independentes anuais, e por ela custeadas, para avaliar o cumprimento das obrigações.

Outro ponto de destaque é a regulamentação do patrimônio digital, definido como: “o conjunto de ativos intangíveis e imateriais, com conteúdo de valor econômico, pessoal ou cultural, pertencentes a um indivíduo ou entidade, existentes em formato digital”(BRASIL, 2024). Seriam exemplos de patrimônio digital dados financeiros, senhas, contas de mídia social, ativos de criptomoedas, tokens não fungíveis, milhagens aéreas, contas de games e jogos cibernéticos, conteúdos digitais como fotos, vídeos, textos, ou quaisquer outros

ativos digitais, armazenados em ambiente virtual. Interessantes as disposições sobre a transmissibilidade desse patrimônio no que se denominou como herança digital:

Art. . A transmissão hereditária dos dados e informações contidas em qualquer aplicação de internet, bem como das senhas e códigos de acesso, pode ser regulada em testamento. § 1º. O compartilhamento de senhas, ou de outras formas para acesso a contas pessoais, serão equiparados a disposições contratuais ou testamentárias expressas, para fins de acesso dos sucessores, desde que, devidamente comprovados. § 2º. Integram a herança o patrimônio digital de natureza econômica, seja pura ou híbrida, conceituada a última como a que tem relação com caracteres personalíssimos da pessoa natural ou jurídica. § 3º. Os sucessores legais poderão, se desejarem, pleitear a exclusão da conta ou a sua conversão em memorial, diante da ausência de declaração de vontade do titular. Art. . Salvo expressa disposição de última vontade e preservado o sigilo das comunicações, e a intimidade de terceiros, as mensagens privadas do autor da herança difundidas ou armazenadas em ambiente virtual não podem ser acessadas por seus herdeiros, em qualquer das categorias de bens patrimoniais digitais. § 1º Mediante autorização judicial e comprovada a sua necessidade, o herdeiro poderá ter acesso às mensagens privadas da conta do falecido, para os fins exclusivos autorizados pela sentença e resguardado o direito à intimidade e privacidade de terceiros. § 2º O tempo de guarda das mensagens privadas do falecido pelas plataformas deve seguir legislação especial. § 3º Diante da ausência de declaração de vontade do titular, os sucessores ou representantes legais do falecido poderão, se desejarem, pleitear a exclusão da conta, sua conversão em memorial, ou a manutenção da mesma, garantida a transparência

de que a gestão da conta é realizada por terceiro. § 4º Serão excluídas as contas públicas de usuários brasileiros mortos, quando não houver herdeiros ou representantes legais do falecido, contados 180 dias da comprovação do óbito.

Há que se destacar, ainda, o reconhecimento da inteligência artificial, que é “uma tecnologia virtual baseada na construção de algoritmos e dados com o intuito de perpetrar o processamento de informações, conforme comandos previamente realizados” (LANA; SILVA, 2023, p. 171). Observou-se, por exemplo, uma preocupação com a criação de imagens de pessoas vivas e falecidas, como ocorreu com uma recente propaganda de automóveis com a utilização de imagens da cantora Elis Regina, que faleceu em 1982. Veja os seguintes trechos do anteprojeto da reforma do Código Civil (BRASIL, 2024):

É permitida a criação de imagens de pessoas vivas e falecidas por meio de inteligência artificial, para utilização em atividades lícitas, desde que observadas as seguintes condições: I – obtenção prévia e expressa de consentimento da pessoa; II - obtenção do consentimento expresso dos herdeiros legais ou dos representantes do falecido; III - respeito à dignidade, à reputação e ao legado da pessoa natural representada, evitando usos que possam ser considerados difamatórios, desrespeitosos ou contrários ao seu modo de ser ou de pensar, conforme externado em vida, por seus escritos ou comportamentos ou por quaisquer outras formas pelas quais a pessoa se manifestou ou manifesta, de natureza cultural, religiosa ou política; IV- prévia e expressa autorização de cônjuges, de herdeiros ou de seus representantes ou por disposição testamentária, para que se viabilize o uso comercial da criação; V – absoluto respeito a normas cogentes ou de ordem pública, sobretudo as previstas neste Código e na Constituição Federal.

Por fim, citam-se os contratos inteligentes (*smart contracts*), aqueles nos quais “obrigações contratuais são definidas ou executadas automaticamente por meio de um programa de computador, utilizando-se uma sequência de registros eletrônicos de dados e garantindo-se a integridade e a precisão de sua ordenação cronológica” (BRASIL, 2024). A lógica dos *smart contracts* é a aplicação dos preceitos “*if...then*”, ou seja, se algo ocorrer, a sua consequência deverá ocorrer, e ocorrerá. Os códigos irão garantir a confiança, de modo que

esses programas funcionam em conjunto com uma rede *blockchain* e podem ser configurados para implementar transações mais complexas entre partes, atuando como um ‘agente’ independente que obedecerá às vontades determinadas em seu código-fonte. (SILVA; SILVA, 2018, p. 703)

Os *smart contracts* são autoexecutáveis, não dependendo da boa-fé ou da vontade das partes para que seja cumprido, então não se exige um terceiro para garantir o cumprimento das obrigações, como o Judiciário. Um exemplo prático desse tipo de contrato pode ser o condicionamento do pagamento à confirmação de entrega da mercadoria por um GPS. Como pressuposto para os *smart contracts*, haverá a assinatura digital, que tem inúmeras aplicações e também foi tratada no anteprojeto:

são muitas as possibilidades de aplicações da assinatura digital, dentre elas encontram-se as seguintes: - comércio eletrônico; - processos judiciais e administrativos em meio eletrônico; - facilitar a iniciativa popular na apresentação de projetos de lei, uma vez que os cidadãos poderão assinar digitalmente sua adesão às propostas; - assinatura da declaração de renda e outros serviços prestados pela Secretaria da Receita Federal; - obtenção e envio de documentos cartorários; - transações seguras entre

instituições financeiras, como já vem ocorrendo desde abril de 2002, com a implantação do Sistema de Pagamentos Brasileiro - SPB; - Diário Oficial Eletrônico; - identificação de sítios na rede mundial de computadores, para que se tenha certeza de que se está acessando o endereço realmente desejado; etc. (INSTITUTO, 2012)

Notam-se, então, temas de Direito Digital muito importantes para a atualidade no anteprojeto, que trarão para as relações jurídicas mais eficiência, porém sem esquecer da tão cara segurança jurídica.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do contexto analisado, a introdução de novas tecnologias tem trazido um impacto significativo para o Direito, especialmente no que se refere ao Direito Digital. A rápida evolução tecnológica, caracterizada pela 4ª Revolução Industrial, tem desafiado o Direito a se adaptar a novas realidades, incluindo o uso de inteligência artificial no sistema judiciário.

A proposta de reforma do Código Civil, com a inclusão de um livro complementar sobre Direito Digital, demonstra a necessidade de atualização legislativa para lidar com temas relacionados à ascensão das novas tecnologias. A inclusão de um livro específico sobre Direito Civil Digital, bem como a consideração de tópicos como patrimônio digital, inteligência artificial, contratos inteligentes e assinaturas eletrônicas, reflete a necessidade de atualizar o código para se adequar às demandas contemporâneas. As diretrizes propostas, inspiradas em marcos regulatórios anteriores, enfatizam a importância de respeitar a privacidade, a liberdade de expressão e a proteção de dados pessoais.

Apesar da complexidade envolvida, verificou-se uma abordagem progressista para lidar com os desafios do ambiente digital, como *fake news*, responsabilidade de plataformas digitais e transmissão hereditária de patrimônio digital. No entanto, é necessário um

debate amplo e transparente para garantir que as mudanças sejam implementadas de maneira eficaz e equitativa, fortalecendo a segurança jurídica e a confiança no ambiente digital, sem desestimular o empreendedorismo digital.

A pesquisa, ao revisar as propostas de reforma, evidencia o crescimento do Direito Digital e sua importância para a sociedade contemporânea. A adaptação do Código Civil ao contexto digital é um passo fundamental para consolidar o papel do Direito Digital na sociedade atual e futura. Pode-se questionar que a proposta é aberta, mas quando se trata de internet, não se pode ter a pretensão de uma regulamentação que esgote as temáticas, sob pena de já nascer fadada ao fracasso. É importante que haja diretrizes e que se dê uma margem aos usuários das novas tecnologias.

Como todo trabalho que envolve tecnologia, torna-se importante acompanhar as novidades nos órgãos de Poder (Legislativo, Executivo e Judiciário) e verificar os rumos da atuação estatal na realidade tecnológica que é muito promissora. Sabendo que não há limites para a economia criada pela internet, faz-se necessário acompanhar as mudanças que estão por vir para dar o devido tratamento jurídico.

REFERÊNCIAS

BRANT, Cássio Augusto Barros. **Marco Civil da Internet**: comentários sobre a Lei 12.965/2014. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 02 abr. 2024.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 09 out. 2023.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil [...]. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 02 abr. 2024.

BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 abr. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 02 abr. 2024.

BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União**, Brasília, 15 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm. Acesso em: 02 abr. 2024.

BRASIL. Senado Federal. Juristas concluem anteprojeto de código civil; direito digital e de família têm inovações. **Agência Senado**, 05 abr. 2024. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/04/05/juristas-concluem-anteprojeto-de-codigo-civil-direito-digital-e-familia-tem-inovacoes>. Acesso em: 08 abr. 2024.

BRASIL. Senado Federal. Relatório apresentado pelos relatores-gerais no dia 26/02/2024 (7ª reunião da CJCODCIVIL): Minuta de texto final ao anteprojeto, conforme art. 10, §2 do regulamento da comissão. **Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil**, 26 fev. 2024. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/mnas?codcol=2630&tp=4>. Acesso em: 08 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF finaliza testes de nova ferramenta de Inteligência Artificial**. 11 mai. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=507120&ori=1>. Acesso em: 03 abr. 2024.

COSTA, Daiane. **No Brasil, 92% dos lares têm celular, mas apenas 66% têm esgoto tratado**. Portal O GLOBO, 24 nov. 2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/no-brasil-92-dos-lares-tem-celular-mas-apenas-66-tem-esgoto-tratado-22108160>. Acesso em: 02 abr. 2024.

ERENBERG, Jean Jacques. **Publicidade patológica na internet à luz da legislação brasileira**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

FREITAS, Carolina Almeida de Paula. Lei Geral de Proteção de Dados e sua aplicabilidade às pessoas jurídicas como titulares de dados sensíveis. *In*: FIUZA, César Augusto de Castro; CORRÊA, Cláudia

Franco; LISBOA, Roberto Senise. **Direito civil contemporâneo II**. Florianópolis: CONPEDI, 2020.

GONTIJO, Bruno Miranda. O mercado de capitais na era do big data: possíveis implicações práticas e breves aspectos relevantes. *In*: GONTIJO, Bruno Miranda. VERSIANI, Fernanda Valle (Coords.). CRUZ, João Vitor O. da Costa; PENNA, Thomas Murta e (Orgs.). **Direito Societário e Mercado de Capitais**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. 575-593 p.

INSTITUTO Brasileiro de Direito de Família. **Código Civil nasceu velho**, diz o ministro Edson Fachin em entrevista à Folha de S.Paulo. 25 jan. 2023. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/10429/C%C3%B3digo+Civil+nasceu+velho%2C+diz+o+ministro+Edson+Fachin+em+entrevista+%C3%A0+Folha+de+S.Paulo>. Acesso em 03 abr. 2024.

INSTITUTO Nacional de Tecnologia da Informação. **Sobre a ICP-Brasil**. 11 de agosto de 2012. Disponível em: <http://www.iti.gov.br/perguntas-frequentes/1744-sobre-a-icp-brasil>>. Acesso em 06 ago. 2016.

LANA, Henrique Avelino; SILVA, Luanjir Luna da. O Direito da Atualidade: Inteligência Artificial e a Necessária Proteção de Bens Digitais. *In*: LANA, Henrique Avelino. **Pensamentos Atuais e Práticos sobre o Direito no Mundo Contemporâneo**. Belo Horizonte: Expert, 2023.

LAVADO, Thiago. **Uso da internet no Brasil cresce, e 70% da população está conectada**. Portal G1, 28 ago. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2019/08/28/uso-da-internet-no-brasil-cresce-e-70percent-da-populacao-esta-conectada.ghml>. Acesso em 02 abr. 2024.

LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?**. São Paulo: 34, 1996.

MILHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da Lei geral de proteção de dados (Lei 13.709/18). **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 19, n. 3, p. 159-180, set./dez. 2018.

MOUGAYAR, William. **Blockchain para negócios**: promessa, prática e aplicação da nova tecnologia da internet. Rio de Janeiro: Alta Books, 2017.

RIPARI, César. **Dados são ainda mais valiosos que o petróleo**: mas só enriquecerão com dados aqueles que couberem usá-los da melhor forma. CIO, 02 mar. 2019. Disponível em: <https://cio.com.br/dados-sao-ainda-mais-valiosos-que-o-petroleo/>. Acesso em: 03 mar. 2020.

ROHRMANN, Carlos Alberto. **Curso de direito virtual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SILVA, Glacus Bedeschi da Silveira; TEIXEIRA, Luiz Felipe Drummond; SANTANA, Mariana Damiani. *Smart contracts* concluídos por *smart devices*: entre o consentimento e o comportamento social típico. In: PARENTONI, Leonardo; MILAGRES, Marcelo de Oliveira; VAN DE GRAAF, Jeroen (Coords). MOREIRA, Arthur Salles de Paula; CHAGAS, Ciro Costa; SANTANA, Mariana Damiani (Orgs). **Direito, Tecnologia e Inovação** – v. III: aplicações jurídicas de *Blockchain*. Belo Horizonte: Expert, 2021. 205-264 p.

SILVA, Alexandre Couto; SILVA, Ricardo Villela Mafra Alves da Silva. O blockchain como ferramenta de governança corporativa para redução de custos de agência em sociedades anônimas. In: PARENTONI, Leonardo (Coord.). GONTIJO, Bruno Miranda; LIMA, Henrique Cunha Souza (Orgs.). **Direito, Tecnologia e Inovação**. Vol. 1. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. 697-724 p.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Bitcoin e suas fronteiras penais**: em busca do marco penal das criptomoedas. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

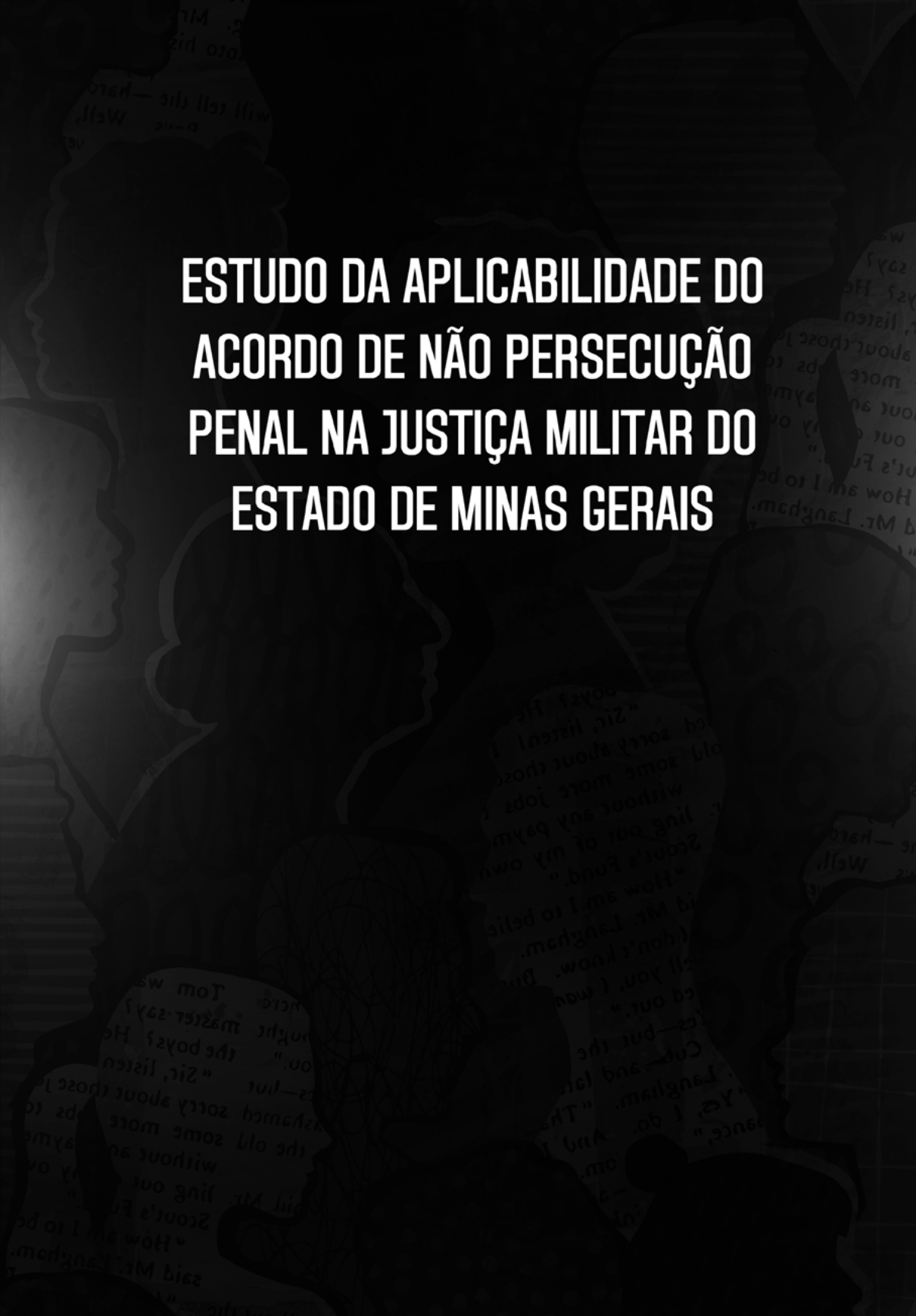
SIMÃO FILHO, Adalberto; SCHWARTZ, Germano André Doederlein. Big Data em tempos de internet das coisas. PARENTONI, Leonardo (Coord.). GONTIJO, Bruno Miranda; LIMA, Henrique Cunha Souza (Orgs.). **Direito, Tecnologia e Inovação**. Vol. 1. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. 217-245 p.

SOUZA, Wallace Fabrício Paiva Souza. **A executividade dos títulos de crédito escriturais**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

SOUZA, Wallace Fabrício Paiva Souza. A tecnologia *blockchain* e a (in)compatibilidade com a Lei Geral de Proteção de Dados. In: SILVA, Leide Jane Macedo da; BASTOS, Luciana de Castro. **Aspectos relevantes da Lei Geral de Proteção de Dados**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

SOUZA, Wallace Fabrício Paiva. **Blockchain e a captação pública de recursos**: um comparativo entre IPO e ICO à luz das normas da CVM. Belo Horizonte: Expert, 2020. Disponível em: <https://experteditora.com.br/blockchain/>. Acesso em: 08 out. 2023.

TEIXEIRA, Tarcísio; RODRIGUES, Carlos Alexandre. **Blockchain e Criptomoedas**: aspectos jurídicos. Salvador: JusPodivm, 2019. 192 p.

The background features several dark silhouettes of human profiles facing right. Overlaid on these silhouettes is faint, illegible text in a serif font, which appears to be a transcription of a speech or dialogue. The overall aesthetic is dark and academic.

ESTUDO DA APLICABILIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NA JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS

*Ana Luíza Arruda Siqueira*¹³⁸
*Gabriela Maciel Lamounier*¹³⁹

RESUMO

Este trabalho tem o intuito de analisar a possibilidade de aplicação do acordo de não persecução penal no âmbito da Justiça Militar. Sendo assim, discorrer-se-á sobre a especialidade da Justiça Militar, com o objetivo de exibir as controvérsias quanto a aplicabilidade do acordo de não persecução penal, abordando seu conceito, breve histórico e seus fundamentos, bem como as correntes que discordam e defendem o instituto na justiça castrense. Ressalta-se que ainda não há entendimento unificado quanto à possibilidade de utilização do instituto de não persecução penal, destacando a ambiguidade dos entendimentos predominantes, a qual acarreta na divisão do segmento jurisdicional militar.

Palavras-Chave: Acordo de Não persecução Penal. Justiça Militar. Constitucionalidade. Aplicabilidade.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa pretende analisar a aplicação do acordo de não persecução penal na Justiça Militar, em especial no Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais.

O acordo de não persecução penal, instituído no Brasil pelo pacote anticrime, que inseriu o art. 28-A no CPP, trata-se de um acordo ofertado pelo Ministério Público e, conseqüentemente, o não

138 Graduada em Direito pela Faculdade Minas Gerais – FAMIG. Curso Superior Sequencial de Gestão em Segurança Pública-Faculdade Mega.

139 Advogada. Professora universitária. Especialista em Direito Digital pela Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Processual e em Direito Ambiental pelo Instituto de Educação Continuada - PUCMinas. Mestra e Doutora em Direito Público, e Pós-Doutora em Direito Penal, todos pela PUC/MG. Bacharela em Direito pela Universidade FUMEC. Facilitadora de Constelação Familiar e Sistêmica. E-mail: gabilamounier78@gmail.com

oferecimento da denúncia àquele que se enquadrar nos requisitos estabelecidos pela lei.

A concessão desse benefício deve ser analisada pelo juízo, que avaliará as condições do acordo e o homologará em audiência, sendo somente aplicado aos crimes de médio e menor potencial ofensivo, que possua pena mínima inferior a quatro anos, não seja caso de arquivamento, não tenha ocorrido mediante violência ou grave ameaça e tenha a confissão formal e circunstancial do suposto autor do fato.

Tal instituto, resultante da justiça penal negociada, a qual impulsionou avanços para a ordem jurídica brasileira como forma de evolução, ainda é objeto de dúvidas e discussões jurídicas, sendo uma delas sobre a sua aplicabilidade no âmbito da Justiça Militar, por ser essa uma justiça especializada que possui uma série de peculiaridades atinentes à área militar.

O marco teórico utilizado foi a análise da realidade prática da aplicação do acordo de não persecução penal, analisando argumentos doutrinários e jurisprudenciais da especializada Justiça Militar.

A metodologia utilizada no trabalho foi a exploratória, haja vista que a análise se dará por meio de pesquisas bibliográficas e revisão literária, explorando as doutrinas existentes e coligando-as com as legislações do Direito Processual Penal e Processual Penal Militar, apresentando a coleta de informações, extraídas da pesquisa de campo realizada, as quais serão cruciais para o debate do tema e explanação do enfoque prático.

A fim de cumprir seu objetivo, o trabalho foi dividido em cinco capítulos, os quais demonstram de modo geral como é o entendimento doutrinário acerca do tema, possuindo como objetivo específico a exibição da teoria aplicada na prática, no âmbito militar, em especial no estadual de Minas Gerais.

O primeiro capítulo aborda o instituto do acordo de não persecução penal, de forma mais específica, seu conceito, origem, evolução legislativa, constitucionalidade e os requisitos legais e impeditivos do instituto.

Já o segundo capítulo é voltado sobre a Justiça Militar, abordando seus principais princípios e o âmbito de competência da justiça castrense.

Como destaque, o terceiro capítulo apresenta a versão doutrinária com as teorias de (in)aplicabilidade do acordo na Justiça Militar e exibirá o resultado da pesquisa de campo realizada através de entrevista pessoal com dois magistrados atuantes na Justiça Militar do Estado de Minas Gerais, os quais elucidarão sobre seus posicionamentos jurídicos acerca do tema em discussão.

Por fim, apresenta-se as considerações finais de todo exposto ao longo do estudo.

1. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP)

O acordo de não persecução penal (ANPP), que constitui em um acordo feito pelo Ministério Público para que não ofereça denúncia desde que haja integral cumprimento das condições firmadas pela pessoa investigada juntamente com seu defensor, foi instituído recentemente na prática jurídica brasileira.

Busca-se introduzir na Justiça Criminal modelos de acordo e formas de conciliação que busquem satisfazer a justiça social.

Pode-se dizer que o instituto do ANPP se encontra inserido na justiça penal negocial ou consensual, assim como a delação premiada, mas a aplicabilidade de ambos requer muito cuidado (NEVES, 2021).

Em razão disso ainda há muitas discussões jurídicas que permeiam o instituto, dentre elas, se é possível a sua adoção no âmbito da Justiça Militar. Para tanto necessário entender esse recente instituto processual penal, partindo-se de uma breve análise da origem e conceito do acordo de não persecução penal.

1.1 ORIGEM DO ANNP E O DIREITO COMPARADO

A iniciativa de implementação da justiça negocial, através de acordos penais, não é originário do Brasil, podendo-se citar outros países como Portugal e Alemanha, os quais tiveram institutos semelhantes ao brasileiro que surgiram sem expressa previsão legal (TEODORO, 2022).

Na Alemanha, o instituto do acordo na esfera criminal, denominado *Absprachen*, surgiu coma aplicação em delitos menores e sem registro, posteriormente, passando a ser aplicado em crimes de maior potencial ofensivo até chegar num estado que não poderia mais se manter de forma informal no âmbito jurídico. Nesse sentido, em 2009 teve sua regulamentação que consta no § 257, c, do Código de Processo Penal alemão (TEODORO, 2022).

Todavia, no Brasil, o Conselho Nacional do Ministério Público fez alusão apenas ao direito alemão como precedente do direito comparado, o que se tornou um problema, quando deparou-se com as diferentes condições de realidade social. A informalidade trazida pelo direito alemão não poderia ser aplicada ao direito brasileiro, observando que os institutos jurídicos eram diferentes em sua legitimidade, sendo acordo alemão presidido pelo juiz e podendo ser formalizado em âmbito processual, seguindo a lógica oposta ao acordo de não persecução penal criado pelo Conselho Nacional do Ministério Público (TEODORO, 2022).

Sob outra perspectiva, o direito português também tentou implementar um instituto que permitia a confissão e negociação dentro de seu ordenamento jurídico, o acordo negociado de sentença, o qual se assemelha com o proposto no Brasil.

Naquele cenário, em 2013 o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal entendeu ser inconstitucional o instituto utilizado, tendo em vista que fere o princípio da legalidade, por não existir previsão legal para aceitação do instituto e vai contra o preceituado no artigo 126, nº 1, alínea “e” do Código de Processo Penal Português, o qual dispõe que a promessa de vantagem legalmente inadmissível se assemelha a uma

prova proibida. Com isso, a alusão feita era que a confissão obtida se tornava uma prova ilícita por ser o caminho para uma vantagem não prevista, devendo ser utilizados os meios que eram existentes (PASSOS JUNIOR, WÜRZIUS, 2020).

Em razão disso, em 2014 o Ministério Público português deu um passo para trás e desistiu de promover ou aceitar a celebração de acordos sobre sentenças penais com a publicação com a publicação da Directiva nº 02/2014, da Procuradoria-Geral da República (ANDRADE; BRANDALISE, 2017).

1.2 CONCEITO E EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

O acordo de não persecução penal é um instituto não apenas despenalizador, pois como se encontra presente na fase pré-processual, ele procura antecipar-se para sequer haver a necessidade de uma ação penal. Nesse sentido, ele visa a aplicação da justiça negociada no âmbito jurídico penal, oferecendo a oportunidade ao acusado de exprimir seu consenso no acordo e cumprir medidas penalizadoras mais brandas do que a imposta em sentença judicial.

Trata-se de um negócio jurídico de natureza extrajudicial, dependendo da homologação judicial, o que conseqüentemente não afasta a atuação estatal, mas busca de certa forma diminuir o sistema de encarceramento o qual nosso Estado é aplicador mas que não alcança os resultados esperados de ressocialização, apenas de punição, sem também reparar o dano causado não apenas à vítima imediata, mas a toda sociedade tida como vítima mediata (LIMA, 2020).

Considerado um enorme avanço no ordenamento jurídico, Rogério Sanches Cunha preceitua que o ANPP, refere-se a um ajuste obrigacional:

Ajuste obrigacional celebrado entre o órgão de acusação e o investigado (assistido por advogado), devidamente homologado pelo juiz, no qual o

indigitado assume sua responsabilidade, aceitando cumprir, desde logo, condições menos severas do que a sanção penal aplicável ao fato a ele imputado (CUNHA, 2020, p.127).

Além disso, o instituto também teve seu conceito retomado com o Superior Tribunal de Justiça o qual elucidou a ideia, da seguinte maneira:

Em síntese, consiste em um negócio jurídico pré-processual entre o Ministério Público e o investigado, juntamente com seu defensor, como alternativa à propositura de ação penal para certos tipos de crimes, principalmente no momento presente, em que se faz necessária a otimização dos recursos públicos e a efetivação da chamada Justiça multiportas, com a perspectiva restaurativa. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2020)

Ao captar a necessidade de evoluir o direito processual penal e perpassar sobre as searas alternativas na resolução de um litígio, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), em 2017, publicou a Resolução 181 que previu a figura do ANPP e passou a mencionar a possibilidade de aplicá-lo na Justiça Militar com a alteração da Resolução nº 183/2018, desde que cumpridos os requisitos legais e o militar não violasse os pilares da hierarquia e da disciplina. Contudo, em março de 2018, o Ministro Alexandre Lewandowski reconheceu a inconstitucionalidade da resolução do CNMP no julgamento da ADI 5790 (TEODORO, 2022).

Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça

à pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:

§ 12 As disposições deste Capítulo não se aplicam aos delitos cometidos por militares que afetem a hierarquia e a disciplina. (BRASIL, 2019)

A inclusão desse parágrafo acarretou diversas críticas e hipóteses, pois como descrito, não era vedação absoluta, possibilitando o entendimento de duas vertentes que serão abordadas no decorrer deste estudo.

Novos debates surgiram e a Resolução nº 101 do CNMP, passou a prever a possibilidade que o ANPP fosse ofertado ao militar das Forças Armadas no âmbito da Justiça Militar da União, quando cometidos crimes militares por equiparação¹⁴⁰. Em dezembro de 2019, nova resolução do CSMPM, a Resolução nº 108, retirou a necessidade que o investigado tivesse cometido crime militar por equiparação para que pudesse ser oferecido o ANPP (TEODORO, 2022).

Finalmente, a Lei n. 13.964 de 2019, conhecida como “Pacote Anticrime” trouxe a previsão da aplicação do ANPP na Justiça Criminal Comum, conforme dispõe o artigo 28-A, do Código Processual Penal brasileiro. Todavia, a lei continuou omissa em relação à aplicação do ANPP na Justiça Militar.

140 Crimes militares por equiparação são os crimes previstos no Código Penal brasileiro ou em Leis Especiais são de competência da justiça militar processar e julgar quando praticados:

Art. 9º, II - a) por militar da ativa contra militar na mesma situação:

b) por militar da ativa, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva ou reformado ou contra civil;

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;

d) por militar, durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva ou reformado ou contra civil;

e) por militar da ativa contra o patrimônio sob a administração militar ou contra a ordem administrativa militar; (BRASIL, 1969)

Discussões continuaram no âmbito do CNMP e em maio de 2022 firmou-se o entendimento de que é possível a aplicação do ANPP no âmbito da Justiça Militar da União, ou seja, ao militar das Forças Armadas (Resolução n. 126).

Em agosto de 2022, o Superior Tribunal Militar aprovou a Súmula n. 18 que determina a não aplicação do “Acordo de Não Persecução Penal” na Justiça Militar da União (SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR, 2022).

Apesar do entendimento sumular supracitado, em novembro de 2022, o Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal após encontro com representante do Ministério Público Militar Lavrou o Enunciado 29-A, com o seguinte teor: “É cabível o acordo de não persecução penal aos crimes militares” (NEVES, 2023).

Como destacado, o ANPP foi incluído no Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964 de 2019, conhecida como “Pacote anticrime”, e vem sendo considerado pela doutrina como mais uma exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, uma vez que, caso o acordo seja firmado, o Ministério Público poderá deixar de oferecer a denúncia contra o beneficiário.

De acordo com Renato Lima (2020), o acordo de não persecução penal é uma alternativa promissora e eficiente na justiça criminal nos conflitos criminais, com condições alternativas, que procuram mais do que penalizar o indivíduo em procurar retomar ao *status quo ante*, com a possibilidade de não apenas mais em crimes considerados de menor potencial ofensivo, sendo alargado com esta não tão nova alternativa.

Sendo proposto pelo Ministério Público e realizado entre as partes, possui o intuito de não dar início ao processo em si, evitando o oferecimento da denúncia. A concessão desse benefício deve ser analisada pelo juízo e aplicada somente aos crimes de médio e menor potencial ofensivo, redirecionando a potência jurídica para os casos mais gravosos, necessitados de maior cautela.

1.3 CONSTITUCIONALIDADE

O CNMP introduziu uma figura jurídica de natureza penal e processual penal que não possuía amparo em previsão normativa. Por esse motivo, a constitucionalidade do ANPP foi questionada por estar violando dispositivos e princípios constitucionais básicos, dentre eles o da Legalidade/Reserva Legal.

Nesse sentido Norberto Avena destaca:

Este ato normativo sempre teve sua constitucionalidade questionada, na medida em que o art. 130-A, § 2º, da Constituição Federal estabelece como atribuições do CNMP as relacionadas ao “controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros”, não lhe facultando a criação de institutos de natureza processual penal. Perceba-se que a alegada contrariedade à Constituição Federal foi objeto de Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas pela Associação dos Magistrados Brasileiros (ADI 5790) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 5793), sustentando-se a inconstitucionalidade formal e material das normas da resolução do CNMP que tratam do acordo de não persecução (AVENA, 2020, p. 595).

Além disso, o artigo 22, I da Constituição Federal (CF), diz que é competência privativa da União legislar sobre matéria processual, penal entre outras. Nessa toada, o artigo 24, XI, CF, o qual destaca a competência da União, dos Estados e do Distrito Federal, para legislar, concorrentemente, sobre procedimentos em matéria processual (BRASIL, 1988).

Como ressaltado acima, não apurou-se a concessão de permissão ao CNMP para tal exercício legislativo, restando comprovada a violação da competência da União em legislar sobre assunto de processo penal.

Essa situação não poderia ser vista com bons olhos perante a seara jurídica, entretanto, a tese levantada de que esse instituto era necessário e indispensável à justiça brasileira ganhou força e trouxe à tona questionamentos necessários para a possível efetivação legal desse diploma.

Segundo Renato Lima (2020), a introdução do ANPP no ordenamento jurídico brasileiro colocou fim a controvérsia existente sobre a constitucionalidade do instituto, uma vez que agora há lei ordinária que trata do assunto, com fiel observância ao art. 129, I, CF. O autor destaca também que com o advento da Lei, o ANPP poderá ser aplicado a fatos anteriores, desde que a denúncia não tenha sido recebida pelo magistrado.

No mesmo sentido, Pacelli (2020) argumenta que a introdução do ANPP no Código de Processo Penal (CPP) corrigiu uma irregularidade, uma vez que, para o autor havia flagrante desrespeito ao princípio da legalidade, pois a Resolução do CNMP não era o instrumento compatível para tratar do assunto, sendo necessária a edição de lei em sentido estrito.

Essa legalidade derrubou as teses de inconstitucionalidade da norma, sendo atualmente caracterizada pelas polêmicas de aplicação, mas não ferindo a Constituição Federal brasileira.

1.4 REQUISITOS E RESTRIÇÕES LEGAIS

A previsão do ANPP está disposta no artigo 28-A do CPP que elenca requisitos necessários à concessão do benefício, tal como as causas impeditivas de realizá-lo.

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formale circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente

para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal)

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto- Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (BRASIL, 2019)

Ao que concerne aos requisitos gerais de aplicação do ANPP, previstos no caput do dito artigo, observa-se que o delito precisa: a) não ser caso de arquivamento da investigação; b) cometido sem violência ou grave ameaça; c) com pena mínima inferior a 4 anos e, d) o investigado precisa confessar formal e circunstancialmente a atuação.

Nessa senda, cumpre destacar que o primeiro requisito baseado na inviabilidade do arquivamento ao caso pode ser presumido a existência do suporte probatório mínimo que justifique a propositura de uma ação penal (indícios mínimos de autoria e materialidade).

Trazendo como outro requisito, o artigo 28-A preceitua que o delito não pode ter sido cometido com violência ou grave ameaça, sendo compreendidas como violência da conduta e não do resultado (CUNHA, 2020).

Ademais, tem-se ainda a observância quanto a pena mínima cominada não ser inferior a 4 anos. Nos termos do §1º do art. 28-A do CPP, serão consideradas as causas de aumento e diminuição para a aferição da pena mínima.

Nessa toada, é válido prestigiar a situação mais favorável ao investigado, Cabral observa que:

(...) na incidência das causas de aumento, para estabelecer-se a pena mínima, deve-se operar abstratamente o aumento mínimo previsto na Lei e na hipótese de concorrer a uma causa especial de diminuição, deve-se considerar a diminuição máxima prevista em Lei”. (CABRAL, 2022, p. 95)

Dentre os requisitos, a confissão está entre os mais discutidos, sendo interpretado até como violação do princípio da não incriminação e do direito ao silêncio. Todavia, entende-se que essa afirmação se torna insustentável quando a celebração do acordo se dá pela escolha do infrator, não vindo de forma obrigatória.

Com base nisso, Renato Lima ressalta sobre esse importante discernimento:

Desde que o investigado seja formalmente advertido quanto ao direito de não produzir prova contra si mesmo e não seja constrangido a celebrar o acordo, parece não haver nenhuma incompatibilidade entre esta primeira obrigação do investigado, prevista no art. 28-A, caput, do CPP, e o direito ao silêncio (CF, art. 5º, LXIII). Ora, como não há dever ao silêncio, todo e qualquer investigado (ou acusado) pode voluntariamente confessar os fatos que lhe

são imputados. Nessas condições, cabe ao próprio indivíduo decidir, livre e assistido pela defesa técnica, se tem (ou não) interesse em celebrar o acordo de não persecução penal. (LIMA, 2020, p.283)

Sabe-se que os requisitos são cumulativos, portanto se submetem às condições de aplicação previstas nos incisos do artigo 28-A, as quais procuram entrar em harmonia com a necessidade e suficiência da reprovação e prevenção do crime, buscando consumir a utilidade da justiça consensual, visando a reparação. Com base nisso o Ministério Público estabelecerá as condições de forma cumulada ou alternativa.

Em que pese à interpretação acerca da proporcionalidade sobre os termos do acordo, é aqui que o Ministério Público fará a avaliação prudente, se conforme o caso concreto, a adoção do acordo atenderá os fins, conforme a perspectiva preventiva do Direito Penal e, particularmente no presente caso, do Direito Penal Militar (NEVES, 2023)

Por outro lado, tem-se as causas impeditivas à celebração do ANPP, sendo previstas no §2º do artigo 28-A, CPP, sendo: e) não seja crime de violência doméstica ou familiar, ou crime de gênero menosprezo ou discriminação à condição de mulher; f) não seja o agente reincidente; g) não seja cabível a transação penal; h) o acusado não possua antecedentes que denotem conduta criminosa habitual e; i) não ter sido o acusado beneficiado nos últimos 5 anos com ANPP, transação ou sursis processual (BRASIL, 2019).

Vale enfatizar que o acordo será homologado em audiência, momento em que o juiz terá oportunidade de verificar a legalidade do acordo e convalidando a aceitação voluntária do investigado, conforme o disposto no § 4º do art. 28-A do CPP.

De acordo com o previsto nos §§ 5º e 6º do art. 28-A do CPP, caso o juiz constate a presença de condições inadequadas, abusivas ou insuficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para que o ANPP seja reformulado. Após a homologação, a execução do acordo será perante o juízo da execução penal.

A homologação não será realizada se presentes requisitos ilegais ou se a adequação solicitada não for realizada. Nestes casos, caberá ao Ministério Público oferecer a denúncia ou analisar a necessidade de complementação das investigações, de acordo com os §§ 7º e 8º do art. 28-A do CPP.

De acordo com o art. 28-A do CPP em seu § 9º, em caso de homologação do ANPP ou seu descumprimento, a vítima deverá ser informada.

Nos termos do §13, do art. 28-A, do CPP, cumprida integralmente as premissas dispostas, a Lei determina que seja decretada a extinção da punibilidade do agente e que não conste na certidão de antecedentes criminais, com exceção dos registros de benefícios concedidos de Transação Penal, Suspensão Condicional do Processo ou outro acordo, como preceitua o art. 28-A do CPP, nos §§ 12 e 13.

Cumprir salientar que eventual propositura de qualquer desses benefícios se subjeta ao impedimento de homologação quando já utilizados pelo período anterior de 5 (cinco) anos.

2. A JUSTIÇA MILITAR

A Justiça Militar compõe o Poder Judiciário, é uma justiça especializada, a qual requer atenção e especificidades de tratamento, uma vez que possui prerrogativas especiais e é direcionado ao grupo de pessoas que compõe a instituição militar.

A Justiça Militar se subdivide em Justiça Militar da União e Justiça Militar Estadual, sendo de suma importância delimitar a competência de cada uma. A Justiça Militar da União possui como jurisdicionados os integrantes das forças armadas, enquanto no âmbito estadual os jurisdicionados são os militares estaduais (policiais militares e bombeiros).

2.1 ASPECTOS COMPETENCIAIS

Rodrigo Foureaux analisa a competência da Justiça Militar da União e Justiça Militar Estadual, dispondo:

A Justiça Militar da União analisa somente a natureza do crime cometido para definir sua competência, seja o acusado civil ou militar. Portanto, tem-se que a competênciada Justiça Militar da União, por decorrer somente da matéria (crime militar), é *ratione materiae*. A Justiça Militar estadual analisa a natureza do crime e a condição pessoal do acusado, na medida em que julga somente os militares (art. 125, § 4º, da CF). Portanto, a competência da Justiça Militar estadual é definida em razão da matéria e em razão da pessoa (*ratione materiae* e *ratione personae*). (FOUREAUX, 2020)

Muito embora na Justiça Militar o Direito Penal Militar possua aplicação diferenciada, existem casos em que é imprescindível buscar amparo na legislação comum.

Com base nisso, o legislador concedeu essa segurança jurídica ao dispor no art. 3º do Código de Processo Penal militar (CPPM) que em casos de omissão, serão supridos pela legislação processual penal comum aplicável ao caso concreto, desde que não seja prejudicial à índole do processo penal militar, porquanto “a chamada índole do processo penal militar está ligada àqueles valores, prerrogativas, deveres e obrigações que sendo inerente aos membros das Forças Armadas, devem ser observadas no decorrer do processo” (ASSIS, 2020,p.38).

A Constituição Federal de 1988 dispõe que cabe à Justiça Militar processar e julgar os crimes militares definidos no artigo 9º do Código Penal Militar. E o texto constitucional também dispõe sobre a competência da Justiça Militar Estadual:

Art. 125, § 4º. Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças
§ 5º Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares.
(BRASIL, 1988)

A história evolui e com ela o Direito, apesar de ter tido poucas alterações em seu tempo de existência, o Direito Militar possui uma raiz forte no que concerne os princípios basilares das Instituições Militares, que são a base normativa do Direito militar utilizado como fonte imprescindível. Com isso, cumpre aviltar sobre os princípios que conduz a justiça castrense com a devida atenção.

2.2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA JUSTIÇA MILITAR

Dois princípios são considerados norteadores da Justiça Militar, sendo eles a hierarquia e a disciplina, demarcadas pela obediência, respeito e ordem hierárquica.

Tais princípios estão elencados expressamente no artigo 142 da CF, o qual discorre que as forças armadas são organizadas com base na hierarquia e disciplina, destinadas à defesa da pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem (BRASIL, 1988).

Imperioso explicitar os conceitos da hierarquia e disciplina, os quais estão previstos no artigo 14 da Lei Federal 6.880/80, que rege o Estatuto dos Militares na esfera federal, conforme se verifica a seguir:

Art. 14. A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico. § 1º A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antiguidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à sequência de autoridade.

§ 2º Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.

§ 3º A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados. (BRASIL, 1980)

Jorge de Assis (2020) entende que a hierarquia e a disciplina são princípios norteadores das Forças Armadas e Forças Auxiliares, com o *status* de um princípio constitucional, previstos nos artigos 42 e 142 da CF.

Além destes, é necessário pontuar alguns princípios processuais penais aplicáveis à Justiça Militar, os quais serão norteadores para a aplicação ou não do ANPP.

Dentre os princípios processuais penais, importante destacar, em relação à ação penal pública, o Princípio da Obrigatoriedade Mitigada ou Relativa, segundo o qual, em regra, é dever do Ministério Público oferecer a denúncia quando presentes as condições da ação e a justa causa, bem como os indícios de autoria e materialidade do fato típico, ilícito e culpável. Mas, em alguns casos o Ministério Público deixa de oferecer a denúncia devido a aplicação de institutos

despenalizadores, tais como a transação penal (Lei n. 9099/95) e o acordo de não persecução penal tratado na presente pesquisa.

O artigo 29 do CPPM, prevê que as ações penais tramitadas em desfavor do militar são de ação pública, não apresentando as exceções previstas no CPP comum, o que demonstra o caráter imperativo que a norma possui e a necessidade de atuação de ofício pelo Ministério Público (BRASIL, 1969).

Há que se observar também, como explica Cícero Neves, o Princípio da Indisponibilidade, em específico no processo penal militar e a obrigação de se aplicar o *ius puniendi*:

No processo penal militar, regra geral, vige o princípio da indisponibilidade, ou seja, diante de uma infração penal militar, o Estado deve – este é o termo utilizado no artigo 30 do CPPM – agir no sentido de exercer o jus puniendi, primeiro buscando elucidar o fato com a demonstração da verdade nos feitos de polícia judiciária militar, e em sequencia, se houver de fato os indícios de autoria e materialidade promover, diante de outros requisitos, a ação penal militar pelo órgão com atribuição para tanto, o Ministério Público. Mais ainda, uma vez instaurado o processo penal militar com o recebimento da denúncia, o Ministério Público não poderá dispor da ação intentada, sendo-lhe vedado desistir da ação, conforme consiga o art. 32 do CPPM, compreensão que afeta a fase recursal, uma vez que o parquet também não pode desistir do recurso interposto, conforme o artigo 512 do mesmo diploma. (NEVES, 2023, p. 142)

Estes princípios são de extrema importância para a aplicação do Direito Militar, inclusive será amplamente abarcado no presente estudo porquanto constitui um dos requisitos para aplicação da ANPP nos moldes da resolução 183/2018 do Ministério Público.

3. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NA JUSTIÇA MILITAR

Mostrando de forma prática o tema abordado de aplicação da ANPP, verifica-se, primeiramente, a percepção majoritária no âmbito da União, a qual concerne a não aplicação do ANPP na justiça castrense, amparado pela regulamentação sumular nº 18 do STM, inclusive, ressalta a impossibilidade de aplicação subsidiária das normas do CPP, em vista do entendimento de que não houve omissão do CPPM no assunto da não persecução penal, não permitindo a efetivação do instituto despenalizador.

3.1 A IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ANPP NA JUSTIÇA MILITAR

Ronaldo Roth (2021) e Luciano Gorrilhas (2020) entendem que não se deve aplicar o ANPP na Justiça Militar. Para eles, se o legislador quisesse essa aplicabilidade, teria previsto isto no próprio Código de Processo Penal Militar, já que o fez no Código de Processo Penal brasileiro.

Nesse sentido confira-se o entendimento do Superior Tribunal Militar:

(...) não há como suspender o julgamento dos presentes Embargos, para que o MPM avalie a oferta do Acordo de Não Persecução Penal, uma vez que, aos feitos em trâmite nesta Justiça Castrense, não se aplica o referido instituto. Isso porque, o legislador, ao inserir esse instituto no âmbito no processo penal comum, por meio da Lei nº 13.964/2019 (Pacote anticrime), **manteve-se em silêncio quanto à incidência do ANPP na Justiça Militar, em um claro silêncio eloquente, capaz de afastar a aplicação do benefício aos processos**

em curso nesta Justiça especializada. Destaca-se, ainda, que a opção legislativa pela não aplicação do Acordo de Não Persecução Penal na Justiça Militar encontra-se assentada na “Justificação” do Projeto de Lei nº 10.372/2018, que originou a Lei nº 13.964/2019. Ademais, a inaplicabilidade do referido negócio jurídico extraprocessual, nesta Justiça Castrense, resta positivado no verbete sumular nº 18 do STM. Por fim, as disposições constantes na legislação processual penal comum só se aplicam nesta Justiça Castrense de forma subsidiária, em caso de omissão no CPPM, de acordo com o seu art. 3º, o que não é o caso dos autos. Preliminar rejeitada por unanimidade. (SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR, 2023, grifo nosso).

O Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais, ratificou a ideia da não aplicação do instituto, afirmando que o silêncio legislativo demonstra a inequívoca intenção de não aplicação do instituto no âmbito da Justiça Militar:

Ora, a Lei n. 13.964/2019, além de promover alterações na legislação penal e na legislação processual penal, também alterou o Código de Processo Penal Militar, incluindo no CPPM o art. 16-A, que trata da possibilidade de nomeação de defensor para os militares investigados em inquéritos policiais militares, para apuração de fatos, no exercício da função quando ocorra uso da força letal – tendo idêntica alteração sido promovida no Código de Processo Penal comum na oportunidade. Tudo isso é suficiente para comprovar a vontade do legislador e o escopo da lei, **afastando a aplicação do instituto de acordo de não persecução penal no âmbito da Justiça Militar** (TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DE MINAS GERAIS, 2021, grifo nosso)

Nesse mesmo sentido, Ronaldo Roth (2020) entende que a aplicação do ANPP violaria o princípio da especialidade, uma vez que na omissão por parte do legislador, não poderia invocar subsidiariamente o CPP, além disso, alega que o acordo não possui compatibilidade com a Justiça Militar, pois vai de encontro com a hierarquia e disciplina que são pilares constitucionais regentes do âmbito militar.

O ANPP não se aplica aos crimes militares praticados pelos militares, seja ele de que categoria for (próprio, impróprio, ou por extensão), pois por primeiro fere o sistema adotado no CPPM, marcado pelo princípio da especialidade (fere a índole do processo penal militar – art. 3º do CPPM); por segundo não há lacuna involuntária do legislador no CPPM, diante da Lei n.º 13.964/19 alterar unicamente o CPPM ao incluir o art. 16-A, nada dispondo, portanto, sobre o novel instituto; e por terceiro, não há compatibilidade com o sistema jurídico militar, que tem como diretriz constitucional a hierarquia e disciplina militares (art. 42, caput, e 142, caput), de tal sorte que a repressão pela prática do crime militar fortalece o regular funcionamento das instituições militares (ROTH, 2020).

Posto isso, a posição desfavorável à aplicação do acordo ganha força e justificativa ao interligar a intenção do legislador de alterar outros dispositivos com clareza e não evidenciando-a no instituto do artigo 28-A propositalmente, de modo a não restar subentendimentos justificáveis como forma de mero esquecimento para amplitude de eventual aplicabilidade.

Nessa perspectiva, existem argumentos que integram e compartilham da mesma ideia, como pontua Luciano Gorrilhas (2020) dizendo que apesar de ser comum que o CPPM e o CPM sejam descuidados pelo legislador quando ocorrem alterações legislativas de processo penal e processual penal, nesta oportunidade com a introdução do artigo 16-A no CPPM, comprovou existente o não

esquecimento por parte do legislador, sendo intencional o silêncio acerca da matéria.

3.2 A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ANPP NA JUSTIÇA MILITAR

Jorge de Assis e Fernando Galvão, defensores da doutrina minoritária, entendem ser aplicável o instituto do ANPP à Justiça Militar sem que haja ofensa ao Princípio da Obrigatoriedade Mitigada ação penal pública.

Esta doutrina alega o uso da Teoria do Silêncio Eloquente, no sentido de que o silêncio do legislador foi intencional para que o instituto pudesse ser aplicado na Justiça Militar (ASSIS, 2021)

De forma mais específica, quanto à aplicabilidade do instituto do ANPP na Justiça Militar estadual, alega-se que em respeito ao Princípio da Igualdade previsto na CF, não há nenhuma disposição legal que confira ao militar tratamento diverso ao conferido ao civil perante o Poder Judiciário, podendo, então, aplicar o ANPP na Justiça Militar. O tratamento diferenciado ocorre somente nas hipóteses previstas constitucionalmente (GALVÃO, 2021).

A Polícia Militar do Paraná segue orientações para viabilizar a propositura de ANPP's pelas Promotorias de Justiça na Vara de Justiça Militar (MENEZES; MOURA; OLIVEIRA; PATRIOTA; PEREIRA; RODRIGUES; SILVA; SOUZA; SOUZA JÚNIOR, 2023).

Foureaux (2020) defende a aplicação do ANPP na Justiça Militar, uma vez que o § 2º do art. 28-A do Código de Processo Penal elencou, em rol taxativo, as hipóteses em que não se aplica o ANPPe não vedou a aplicação aos crimes militares. Além disso, ressaltam que quando teve oportunidade e quis, o legislador disse expressamente, como o fez no art. 90-A da Lei n. 9.099/95.

Aduz, ainda, que “deixar de aplicar o Acordo de Não Persecução Penal aos crimes militares fere a isonomia (art. 5º, I, da CF), na medida

em que um crime praticado no mesmo contexto fático permitirá que haja soluções distintas” (FOUREAUX, 2020).

Verifica-se a aplicação da ANPP, por algumas auditorias, como, por exemplo, a 1ª AJME, 2ª AJME e 3ª AJME de Minas Gerais, eis que defendida e fundamentada com base no preceito de ser infundada a alegação, a qual afirma que mero silêncio do legislador é suficiente para a não adoção do referido instituto perante a justiça castrense, tendo em vista que a disposição legal não veda a aplicação do ANPP.

Nesse ínterim, cumpre analisar que o legislador não pressagiu a clara proibição do ANPP na referida justiça especializada, embora tenha disposto no § 2º do art. 28-A do CPP as hipóteses em que é vedada a aplicação do instrumento. Dessa forma, se realmente fosse a intenção do legislador vedar a aplicação do instrumento na justiça castrense, teria o feito na redação do referido parágrafo, não sendo a hipótese real.

Por fim, a terceira corrente defende ser aplicável o ANPP em determinados casos, de acordo com a intensidade de violação dos princípios da hierarquia e disciplina, como também se o crime militar é próprio ou impróprio, avaliando sua natureza.

Consideram-se crimes militares próprios aqueles que possuem previsão somente no Código Penal Militar e exige que o sujeito ativo seja militar, naturalmente, possuem em sua essência uma maior violação à hierarquia, à disciplina e aos deveres militares, o que fundamenta a não adoção do ANPP, dado que violaria a índole do processo penal militar.

É possível vislumbrar a aplicação do ANPP na justiça castrense sem a ofensa à índole processual penal militar quando voltada para a preservação da humanidade, com base nos preceitos de eficácia, celeridade e repreensão positiva do crime, como bemalude Maurício Lima:

(...) o acordo de não persecução penal não ofende à índole do processo penal militar, porque militar é gente, e gente tem que ser tratada como gente.

Não obstante, há quem entenda que a índole do processo penal militar é necessariamente punitiva, necessariamente persecutória, necessariamente oficial e a interpretação de suas normas deve ser literal (no dizer do CPPM), mas nem os militares de 1969 são os mesmos que estão hoje na ativa, nem o conceito que se tem da índole do processo penal militar pode ser o mesmo.

[...]

Pensar que a índole do processo penal militar é essencialmente repressora e punitiva é pensar de modo anacrônico, dissociado da realidade. O acordo de não persecução penal, pelo menos, assegura que o transgressor contribua com valores para entidades assistenciais, além de lhe impor restrições quanto a determinadas condutas, que, umavez descumpridas, implica em deflagração da ação penal, de modo que a questão pode tomar seu rumo ortodoxo naturalmente (LIMA, 2020).

Nessa senda, entende-se possível a aplicação do instituto em testilha na Justiça Militar, desde que o crime imputado não afete a hierarquia e a disciplina militares (caso dos crimes militares próprios). Logo, os demais crimes militares, admitem a proposição do acordo por não mitigarem a hierarquia e a disciplina (GONÇALVES, 2023).

Conforme sustenta Fernando Galvão (2021), no poder judiciário brasileiro, vislumbra-se o hábito de conferir ao devido processo legal papel mais importante do que a própria resposta do Estado, havendo um apego àquele rito processual quem sempre trará a solução mais efetiva ao caso concreto.

A corrente defensora da aplicação do ANPP na Justiça Militar, clarifica de forma objetiva que a efetivação do referido instrumento concerne ao sistema jurídico, inteiramente, resultados efetivos da resposta estatal.

No âmbito da instância originária castrense, encontram-se vários feitos de homologação do acordo de não persecução

penal, com resultados efetivos tais como os autos de nº 2000019-10.2021.9.13.0003¹⁴¹, 2000803-27.2020.9.13.0001¹⁴², 2000223-

23.2022.9.13.0002¹⁴³ e 2000547-44.2021.9.13.0003¹⁴⁴, casos os quais já transitaram em julgado e extinguiu a punibilidade do agente.

Nos casos supracitados houve manifestação do Ministério Público, declaração do acusado, homologação pelo juízo competente e cumprimento das medidas ofertadas, seguindo perfeitamente o rito previsto.

Em seguimento a isso, pôde-se constatar que a aplicação prática do mecanismo do ANPP não apresentou nenhum problema, posterior aos cumprimentos da medida imposta, que servissem como argumento plausível para afrontar o referido instrumento, pelo contrário, vem demonstrando certo apreço pelos órgãos envolvidos devido à demonstração de eficiência.

Além disso, Rodrigo Cabral (2020) pontua que o ANPP pode ser revelado como uma via muito menos gravosa ao investigado do que a resposta efetivamente penal, derivada de uma sentença condenatória.

Dessarte percebe-se que a justiça consensual vem ganhando ênfase no Direito Processual Penal Militar, abrindo possibilidades para novas perspectivas e debates sobre temas não aprofundados,

141 Autos nº 2000019-10.2021.9.13.0003- Inquérito Policial Militar; assunto Art. 312 CPM (falsidade ideológica), proposta do Acordo de Não Persecução Penal ofertada no dia 21/05/2021, homologado em 09/09/2021, distribuída execução sob o nº 9000013-84.2021.9.13.0001, sendo extinta punibilidade do agente em 09/09/2022.

142 Autos nº 2000803-27.2020.9.13.0001- Inquérito Policial Militar; assunto Arts. 251, c/c art. 30, II e art. 312 do CPM, proposta do Acordo de Não Persecução Penal ofertada no dia 09/12/2020, homologado em 07/05/2021, distribuída execução sob o nº 9000003-40.2021.9.13.0001, sendo extinta punibilidade do agente em 26/07/2022.

143 Autos nº 2000223-23.2022.9.13.0002- Inquérito Policial Militar; assunto 195 (abandono de posto), 312 (falsidade ideológica) e 319 (prevaricação), todos do Código Penal Militar, proposta do Acordo de Não Persecução Penal ofertada no dia 08/06/2022, homologado em 01/08/2022, distribuída execução sob o nº 9000019-57.2022.9.13.0001, sendo extinta punibilidade do agente em 21/08/2023.

144 Autos nº 2000547-44.2021.9.13.0003- Inquérito Policial Militar; assunto Art. 312 CPM (falsidade ideológica), proposta do Acordo de Não Persecução Penal ofertada no dia 30/08/2021, homologado em 23/02/2022, distribuída execução sob o nº 9000021-61.2021.9.13.0001, sendo extinta punibilidade do agente em 14/12/2022.

não obstante a posição majoritária hoje seja pela inaplicabilidade do ANPP na Justiça Militar.

Em entendimento recente, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) manifestou-se a favor da aplicabilidade do ANPP aos militares, ao considerar que tal benefício reforça os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa, da celeridade processual. A Procuradoria-Geral da República, em parecer, também considera viável a aplicação do ANPP em crimes militares.

No caso analisado pelo STF, dois corréus foram condenados a penas de 6 (seis) e 7 (sete) meses de detenção pelo crime de ingresso clandestino em área militar. Os corréus entraram na Estação Meteorológica de Maceió para coletar jacas e pescar. O local estava desativado, mas sob a responsabilidade do Exército. A Defensoria Pública da União representou os corréus e requereu o oferecimento do ANPP a eles. A Justiça Militar negou, bem como o Superior Tribunal Militar (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2024)

O ministro Edson Fachin (relator) reconheceu a possibilidade de oferecimento do ANPP, dispondo que a negativa do oferecimento do ANPP contraria os princípios do contraditório, da ampla defesa, da duração razoável do processo e da celeridade processual. E que o Código de Processo Penal Militar não trata do assunto, então, tal omissão deverá ser resolvida pela legislação comum (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2024)

3.3 ENTREVISTA COM MAGISTRADOS ATUANTES NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DE MINAS GERAIS

Para um aprofundamento quanto a divergência existente dentro do tribunal, foi realizado entrevista com dois Juízes atuantes nas auditorias militares do estado de Minas Gerais, os quais em oportunidade, expuseram seus embasamentos jurídicos, quanto o ANPP.

O Juiz Dr. André Mourão, atual juiz titular da 1ª AJME-MG, entende não ser aplicável, o ANPP NA Justiça Militar, principalmente pela falta de previsão no ordenamento jurídico militar, e subverter isso, significa abrir uma exceção para a não aplicação do rito próprio militar, se tornando um problema.

Aduziu ainda sobre a especialidade da justiça em reflexo na sociedade da seguinte forma:

Quando é uma justiça especializada para julgar militares e, no caso, policiais militares que estão na rua em contato com a população, fazer um acordo e evitar o processo diante de uma população que às vezes tem medo da ação policial, foi vítima do abuso policial, isso é imoral.

Essa justiça especializada para julgar os militares entra em acordo para favorecer o infrator, isso desanima as pessoas de representar, de denunciar o abuso, e favorece ainda mais o abuso. (MOURÃO, 2023)

De acordo com o magistrado, corre o risco de perder o controle judicial, pois quando há a proposta do acordo, mediante a aceitação da outra parte, a homologação se torna obrigatória pelo juízo. Ainda pode-se inferir uma falha pelo Ministério Público de senso sobre a proposição do acordo, querendo abusar da prerrogativa de proposição e utilizar em ocasiões incabíveis.

Mourão aponta duas outras questões acerca da aplicação do ANPP, sendo as vaquinhas e a reposição do dano equivocado.

Explica Mourão (2023) que a vaquinha pode ser entendida como um sistema entre os militares da guarnição, em virtude do companheirismo e lealdade, que se juntam e pagam a prestação pecuniária imposta no acordo de um dos militares, tendo o crime sido cometido por apenas um deles ou por mais pessoas. Ocorrendo isso, resta evidente a impunidade.

A reposição do dano equivocado é um ponto de extrema importância, pois dá voz à parte que ninguém ousou perguntar ao realizar o acordo. Na entrevista oportuna, Mourão (2023) citou um exemplo de um caso que ocorreu há muito tempo, mas que, segundo ele, nunca mais saiu de seu coração.

O caso trata da invasão à casa de uma senhora, por parte de alguns policiais militares na intenção de apreender drogas, e durante essa busca, quebrou-se o armário da senhora, a qual ainda foi desrespeitada durante as buscas. Com isso firmou-se o acordo em um certo valor pecuniário para a restituição do bem à senhora. No caso, a senhora era faxineira, e morava em uma casa sem luxos e humilde. Após a restituição do dano em um certo valor ela disse através do oficial de justiça a seguinte frase: “ Eu entrei na justiça pra ter justiça, não é pra ter dinheiro não”. A senhora queria que a justiça atuasse de forma efetiva e não somente restituir e deixar os militares que a agrediram impunes e mesmo que ela não recebesse nada em troca ela queria ver a justiça sendo aplicada e não somente dinheiro.

Diante disso, o exemplo traz à luz a realidade de que nem sempre as condições acostadas no acordo são suficientes para a aplicação da justiça como se espera, principalmente em relação às partes ofendidas.

Por fim, ao ser perguntado se a prestação de serviço pode ser considerada uma forma punitiva, respondeu que não, pois acha que a prestação de serviço é uma forma de burlar a responsabilidade pelo ato que o agente praticou, tendo em vista que trabalhar todo mundo trabalha.

Noutro giro, em posição antagônica, o Juiz Dr. Marcelo Adriano Menacho dos Anjos⁶, também em oportuna entrevista, explicou que entende ser aplicável o ANPP na Justiça Militar, tendo em vista que a lei não veda expressamente a aplicação e se ela não veda então a aplicação da lei se faz coerente.

Prosseguiu seu embasamento afirmando que o artigo 3º, “a” do CPPM, permite a aplicação do Código de Processo Comum em caso de omissão. Com isso, apesar de não vedar, na hipótese de vedação expressa, como é o caso do artigo 90-A da Lei 9099/90, aduziu que

poderia ser declarado inconstitucional, em virtude da violação frontal ao princípio constitucional da igualdade.

Exemplificou que em uma ocasião a qual um cidadão comum que pratica um crime de menor potencial ofensivo possui a possibilidade imediata de oferecimento de todos os institutos despenalizadores, mas no caso do policial não, “com fundamento em que? Por quê? A Lei não é para todos?” (ANJOS, 2023).

Esclarece que em todos os institutos despenalizadores há validade e importância a serem reconhecidos, pois há efetividade prática da medida, tendo em vista que o sujeito assume o que fez e possui, de forma célere, a resposta estatal, além disso, é mais econômico para o Estado o que não pode ser desconsiderado.

As pessoas precisam compreender que os institutos despenalizadores, eles são do devido processo legal, eles não são o processo clássico na propositura da ação, a passagem por uma fase de instrução de conhecimento e depois um provimento jurisdicional, mas eles são o devido processo legal.

Quando falamos de Transação Penal, Suspensão Condicional do Processo e ANPP são devido processo legal. Por que é devido processo legal? Porque está previsto em Lei para aquela hipótese específica. O Ministério Público não pode desistir da ação que propôs, mas a própria lei o faculta a não propor.

Tem a questão da independência funcional, da visão, da *opinio delict* que ele forma daquele caso, se ele entende que deve oferecer denúncia, ele oferece, senão ele pede arquivamento, se precisa de mais elementos ele pede diligências, mas uma vez entendendo que existe o crime, ele tem a sua disposição todos os institutos despenalizadores com previsão legal.

É também na expressão constitucional “devido processo legal”. E nós não podemos jamais pensar que jurisdição é aquela coisa clássica. E temos que trabalhar muito bem a ideia dos institutos

despenalizadores, pois vai dar mais eficiência e agilidade ao poder judiciário.

A resposta Estatal às infrações, isso com certeza. Há um custo menor, uma eficiência maior com maior celeridade (ANJOS, 2023).

A ideia de jurisdição não pode ser congênere com a visão clássica do processo, devendo ser trabalhado a ideia dos institutos despenalizadores, considerando a evolução processual e os benefícios que ela oferece.

A justiça consensual permite obter o consenso das partes de modo que quebra paradigmas estabelecidos e adota uma melhor solução para o problema, sendo que “Muitas vezes a experiência nos diz que a pena privativa de liberdade não é a solução mais adequada ao caso”. (ANJOS, 2023).

A decisão fundada pelo consenso das partes e construída em conjunto é mais adequada do que somente a proferida pelo juiz, quando claro, provocado e no exercício do seu poder de jurisdição, dizendo o que deve ser feito e qual a melhor solução. Isso possibilita a justiça a ouvir partes importantes e retribuir à sociedade, de forma benéfica, a resposta estatal aplicada.

Percebe-se que a questão da aplicação do ANPP, ainda é controversa até mesmo nos Tribunais, uma vez que há posições antagônicas, as quais necessitam de atuação legislativa para a solução da divergência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei n. 13.964 de 2019 – Pacote Anticrime – não dispõe sobre vedação da aplicação do ANPP aos crimes militares. Se fosse essa a intenção do legislador ordinário, isto deveria estar explícito no texto da lei, como o fez na Lei n. 9099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), cujo artigo 90–A dispõe que as normas da referida lei não são aplicadas no âmbito da Justiça Militar.

É incontroverso que o ANPP é um instrumento que visa educar, prevenir crime, apresentando uma perspectiva diferente ao militar, o qual está acostado na punição estatal ser voltada somente ao âmbito extremo de restrição da liberdade, resultando na mudança efetiva de postura.

Embora os entendimentos sobre a impossibilidade de aplicação do ANPP apresentem argumentos sólidos, embasando-se na imprevisão legal do instituto na justiça castrense e o ferimento aos princípios militares, a corrente a qual se aproxima de um ponderamento realístico é a que reconhece a aplicação do ANPP na Justiça Militar, ainda que de forma limitada, utilizando-se o Código de Processo Penal de forma subsidiária.

Não reconhecer um benefício legal ao militar, somente pelo fato de ser militar, é sinônimo de inércia judicial, incompreensão e cegueira lógica. Fato é que o reconhecimento deve ser assistido com os devidos requisitos e pontos os quais não devem ser afrontados, como os princípios da hierarquia e disciplina, portanto, não significa que deve ser feito de forma estrita e nem ampla demais. O militar possui o condão de assegurar e carregar o nome da segurança pública de forma ilibada para que se mantenha o respeito e a esperança da sociedade e isso não pode jamais ser corroborado.

Por todo exposto, resta evidente a ausência de consenso dentro da Justiça Militar sobre a aplicação ou não do acordo de não persecução penal, porém não deve-se negar o impacto negativo que recai sobre a Justiça Militar por consequência da omissão singela do legislador em relação ao instituto nessa justiça especializada.

Ademais, o ANPP não é obrigatório, se o suposto autor do fato criminoso possuir pela convicção e quiser trabalhar pela sua inocência e pela absolvição, ele pode enfrentar o processo.

A falta do consenso na justiça castrense não é benéfica. A ideia da possibilidade do militar acusado receber ou não um benefício legal depender exclusivamente da sorte, não é justiça, é acaso. Inere-se sorte no sentido de que dependerá de qual auditoria o processo será sorteado para cair, qual juiz será responsável pelo caso, observando

que na prática é exatamente isso que ocorre. O militar fica à mercê de uma possibilidade incerta e isso não é justo, percebe-se uma Justiça especializada que possui aplicações diferentes a casos iguais, sem harmonia.

Portanto, a concessão do ANPP aos militares, deve ser medida conforme a realidade a qual funciona a instituição. Para que isso ocorra, deve-se continuar a discussão acerca do tema e analisar os pontos que ficaram em aberto, como, por exemplo, a perspectiva sob o olhar da vítima, que garantiria a efetividade da medida.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre/RS n. 37, p. 239-262, dez. 2017.

ANJOS, Marcelo Adriano Menacho dos. **Entrevista**. Entrevista realizada no segundo semestre de 2023.

ASSIS, Jorge César de. **Estatuto dos militares comentado**. 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2020.

ASSIS, Jorge César de. **A teoria do silêncio eloquente**: o novo canto da sereia ecoando na Justiça Militar. 2021. Disponível em: https://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/SILENCIO_ELOQUENTE.pdf. Acesso em: 22.mar.2024.

AVENA, Norberto. **Processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

BRASIL. **Código Penal Militar**. 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm. Acesso em: 10.mar.2024.

BRASIL. **Código de Processo Penal Militar**. 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm. Acesso em: 10.mar.2024.

BRASIL. **Estatuto dos Militares**. Lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1980. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6880.htm Acesso em: 20.mar.2024.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15.fev.2024.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 26.fev.2024.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal**. Salvador: Juspodivm, 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime - Lei 13.964/2019: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP**. Salvador: JusPodivm, 2020.

FOUREAUX, Rodrigo. **O acordo de não persecução penal na Justiça Militar**. Observatório da Justiça Militar Estadual, 2020. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2020/01/29/o-acordo-de-nao-persecucao-penal-na-justica-militar>. Acesso em: 29.fev.2024.

GALVÃO, Fernando. **Acordo de não persecução penal na Justiça Militar**. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. **Acordo de não persecução penal**. 2.ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

GONÇALVES, Ronaldo Dias. **Estudos avançados de Direito Militar**. Vol. II. Coord. João Carlos Campanini. São Paulo: Rideel, 2023.

GORRILHAS, Luciano Moreira. **As razões de direito e de fato que inviabilizam o acordo de não persecução criminal, no âmbito da justiça militar da União, nos termos da Lei nº 13.964/2019**. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/81357/as-razoes-de-direito-e-de-fato-que-inviabilizam-o-acordo-de-nao-persecucao-criminal-no-ambito-da-justica-militar-da-uniao-nos-termos-da-lei-13-964-2019>. Acesso em: 28.mar.2024

LIMA, Maurício Cerqueira. **O Acordo de Não Persecução Penal na Justiça Militar**. Observatório da Justiça Militar. 2020. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2020/03/24/O-acordo-de-nao-persecucao-penal-no-Ambito-da-Justica-Militar>. Acesso em: 22.mar.2024.

LIMA, Renato Brasileiro. **Direito processual penal**. 17.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MENEZES, Priscila do Nascimento; MOURA, Leonardo Santos de; OLIVEIRA, Rodrigo Alves de; PATRIOTA, Silas Batista Correia; PEREIRA, Fernanda Caroline de Oliveira Leite; RODRIGUES, Sheila do Carmo; SILVA, Leandro Lima da; SOUZA, Moacir Lima de; SOUZA JÚNIOR, Antônio Dias de. Acordo de Não Persecução Penal: mitigação da independência das esferas. **Revista do Ministério Público Militar**. Ano XLVIII Brasília. Edição n. 39, V. 50. maio 2023, p. 111-138.

MOURÃO, André. **Entrevista**. Entrevista realizada no segundo semestre de 2023.

NEVES, Eduardo Januário. **O ANPP e a Justiça Militar: um encontro possível?** 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-05/newton-anpp-justica-militar-encontro-possivel/>. Acesso em: 10.mar.2024.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Manual do Direito Processual Penal Militar**. Volume Único. 7.ed. São Paulo: JusPodivm, 2023.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PASSOS JUNIOR, Tarcisio; WÜRZIUS, Lara Maria Willember. Acordo de Não Persecução Penal – sua origem e a operacionalização pelas defensorias Públicas. **Revista da Defensoria Pública RS**. Rio Grande do Sul, 26.ed, 2020, p. 551 a 568.

ROTH, Ronaldo João. **A inovação do acordo de não persecução penal e sua incidência nos crimes militares.** Observatório da Justiça Militar, 2020. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2020/04/26/A-inovacao-do-acordo-de-nao-persecucao-penal-e-sua-incidencia-aos-crimes-militares>. Acesso em: 08.mar.2024.

ROTH, Ronaldo João. **Acordo de não persecução penal:** estudos no processo penal comum e militar. 2.ed. São Paulo: Forense, 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **HC nº 607.003-SC.** 2020. Disponível em: https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/EDcl_no_AgRg_no_Agravo_emREsp_n_163578_SP_-_ANPP_-_Incompatibilidade_ANPP_pos_denuncia.pdf. Acesso em: 15.mar.2014.

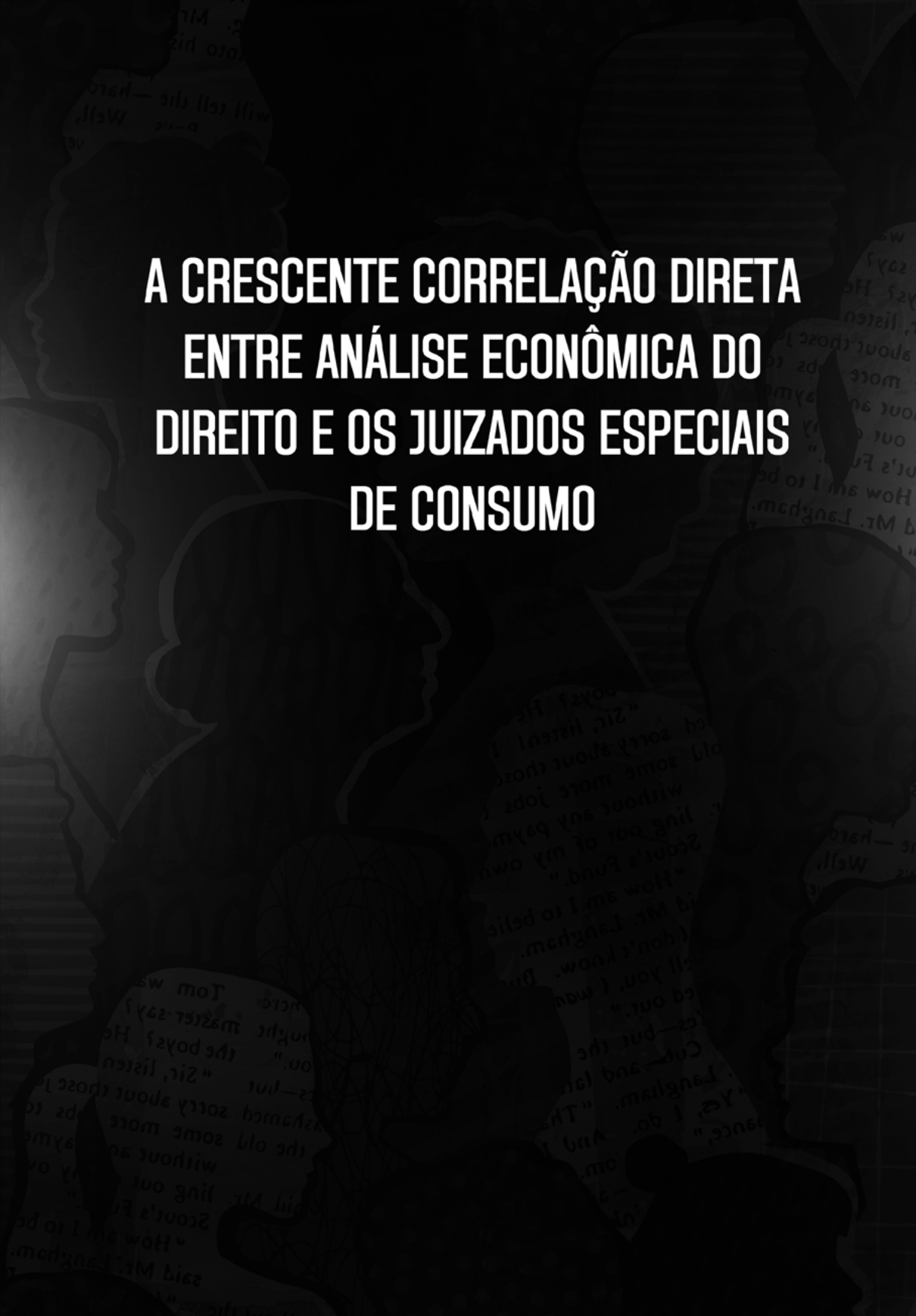
SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. **Súmula do STM determina não aplicação do “Acordo de Não Persecução Penal” na Justiça Militar da União.** 2002. Disponível em: <https://www.stm.jus.br/informacao/agencia-de-noticias/item/12295-sumula-do-stm-determina-nao-aplicacao-do-acordo-de-nao-persecucao-penal-na-justica-militar-da-uniao>. Acesso: 18.mar.2014.

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. **Embargos de Declaração Criminal nº 7000825-60.2022.7.00.0000.** Data de Julgamento: 23/03/2023, Data de Publicação: 13/04/2023. Disponível em: [https://jurisprudencia.stm.jus.br/consulta.php?search_filter_option=jurisprudencia&search_filter=busca_avancada&&q=\(numero_processo](https://jurisprudencia.stm.jus.br/consulta.php?search_filter_option=jurisprudencia&search_filter=busca_avancada&&q=(numero_processo). Acesso em: 15.mar.2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF entende que acordos que visam reduzir sanções penais são cabíveis na Justiça Militar.** Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?id-Conteudo=535561&ori=1>. Acesso em: 09.mai.2024.

TEODORO, Luiza Eduarda Mendes. **A possibilidade de aplicação do acordo de não persecução penal na Justiça Militar.** 2022. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/a-possibilidade-de-aplicação-do-acordo-de-não-presecução-penal-na-justiça-militar>. Acesso em: 10.mar.2024.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DE MINAS GERAIS. **Recurso em Sentido Estrito (CÂMARA) Nº 2000048-91.2020.9.13.0004/JME.** Julgado em 02/03/2021.



A CRESCENTE CORRELAÇÃO DIRETA ENTRE ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E OS JUIZADOS ESPECIAIS DE CONSUMO

RESUMO

A crescente utilização dos Juizados Especiais no Brasil destaca a importância de estudar a análise econômica do direito como uma ferramenta para entender e aprimorar as instituições legais que moldam o ambiente de negócios e o acesso à justiça. Essa tendência reforça a necessidade de uma abordagem interdisciplinar para resolver os desafios complexos enfrentados pelo sistema jurídico brasileiro. Serão feitas considerações sobre os Juizados Especiais Cíveis e as relações consumeristas nele em trâmite. Em seguida, abordar-se-á o instituto da Análise Econômica do Direito e seu aspecto histórico evolutivo. Posteriormente, serão invocadas premissas e ferramentas metodológicas afetas à Análise Econômica do Direito, essenciais à presente reflexão. Será salientada a importância de que os juizados especiais alcancem seus objetivos de maneira eficaz e justa, sem sacrificar os princípios fundamentais do devido processo legal e proteção dos direitos das partes envolvidas.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito. Juizados Especiais. Eficiência.

INTRODUÇÃO.

Sabe-se que a análise econômica do direito (AED) é uma abordagem interdisciplinar que combina princípios da economia com o estudo do sistema legal. No contexto do Brasil, a AED tem ganhado cada vez mais relevância à medida que se busca entender e aprimorar o funcionamento do sistema jurídico e suas consequências econômicas. A AED busca promover eficiência na alocação de recursos, avaliando como as leis e políticas afetam os incentivos e comportamentos dos agentes econômicos. No Brasil, isso pode se manifestar na análise

145 Advogado, mestre e doutor em direito pela PUC/MG.

de legislações que impactam os mercados, como leis trabalhistas, tributárias e regulamentações empresariais.

A AED enfatiza a importância de analisar os custos e benefícios das leis e políticas, visando otimizar os resultados sociais. No contexto brasileiro, isso pode incluir a avaliação de políticas públicas, decisões judiciais e regulamentações para determinar se estão gerando benefícios líquidos para a sociedade.

Também, a AED examina como as leis moldam os incentivos dos agentes econômicos, incluindo indivíduos, empresas e governos. No Brasil, isso pode envolver a análise de como as leis de contratos, responsabilidade civil e direito penal influenciam o comportamento das partes envolvidas em transações comerciais e litígios. A AED busca reduzir os custos sociais associados ao litígio, incentivando a resolução eficiente de disputas e a prevenção de conflitos. No Brasil, isso pode implicar o desenvolvimento de mecanismos alternativos de resolução de disputas (ADR), como a mediação e arbitragem, bem como reformas processuais para agilizar o sistema judiciário. A AED analisa o papel das instituições jurídicas no desenvolvimento econômico, examinando como a segurança jurídica, a proteção aos direitos de propriedade e a eficácia do sistema legal influenciam o investimento, o empreendedorismo e o crescimento econômico. No Brasil, isso pode envolver a avaliação do ambiente legal e regulatório para identificar obstáculos ao desenvolvimento econômico e propor reformas institucionais. A análise econômica do direito oferece uma estrutura analítica para entender como o direito afeta o comportamento econômico e social, e como as reformas legais podem ser implementadas para promover melhores resultados para a sociedade brasileira. Neste contexto, há total relação quanto soas juizados especiais cíveis no Brasil.

Fabricantes e fornecedores de bens e serviços, nas relações com consumidores, devem tomar decisões eficientes, em busca da maximização de seus resultados superavitários, impondo-se, portanto, para que se mantenham ativos em mercados competitivos, sejam considerados os custos necessários ao aperfeiçoamento de

seus processos produtivos. Podem surgir algumas indagações: afinal, na prestação de serviços ou produção e venda de bens em favor de um grande número de consumidores, constatada a falha no processo produtivo, quais fatores e circunstâncias devem ser sopesados em busca da decisão mais adequada? Como a preocupação com a reputação que o empresário possui perante o mercado pode interferir nesta tomada de decisão? A condição de consumidor impede, de fato, que pessoas consideradas sempre hipossuficientes adotem condutas oportunistas que violem a boa-fé contratual e ocasionem vantagens desproporcionais?

O objetivo deste texto é contribuir para a problematização e consequente reflexão sobre a matéria. Assim, foram abordados os efeitos das decisões judiciais e a eficiência da atividade econômica envolvendo as relações de consumo. Houve enfrentamento das principais características dos procedimentos instaurados nos juizados especiais, e foi examinada a evolução da Análise Econômica do Direito, seus critérios de eficiência alocativa de recursos, bem como a ideia de dano eficiente. No final do texto, buscou-se identificar a parcela de contribuição que cada agente do mercado, consumidores e o Judiciário podem trazer para o aperfeiçoamento das relações consumeristas, sempre pela ótica jurídica e de suas repercussões econômicas. Vejamos.

1. UMA NECESSÁRIA ANÁLISE INICIAL SOBRE OS JUIZADOS ESPECIAIS DE RELAÇÕES DE CONSUMO.

Os Juizados Especiais Cíveis de Consumo têm uma importância significativa no contexto jurídico brasileiro, principalmente devido ao seu papel na promoção da proteção dos direitos dos consumidores e na democratização do acesso à justiça. Os Juizados Especiais Cíveis de Consumo facilitam o acesso à justiça para os consumidores, especialmente aqueles de baixa renda. Eles oferecem procedimentos simplificados, sem a necessidade de representação por advogados em casos de até 20 salários mínimos. Isso torna mais fácil e acessível

para os consumidores buscarem reparação por danos ou resolução de conflitos com empresas. Nos Juizados Especiais Cíveis de Consumo existem procedimentos menos formais e burocráticos em comparação com o sistema judiciário comum. Isso permite que os consumidores apresentem suas demandas de forma mais rápida e simples, sem a necessidade de lidar com excesso de papelada ou procedimentos complexos, tornando o processo mais acessível e eficiente.

Um dos principais objetivos dos Juizados Especiais é proporcionar uma resolução rápida e eficaz para os conflitos. Com audiências de conciliação e mediação frequentemente realizadas, esses juizados buscam resolver as disputas de forma amigável e rápida, evitando assim um longo processo judicial.

Os Juizados Especiais Cíveis de Consumo desempenham um papel crucial na proteção dos direitos dos consumidores. Lidam com uma ampla gama de questões relacionadas a produtos e serviços, incluindo reclamações sobre produtos defeituosos, cobranças indevidas, práticas comerciais abusivas, entre outros. Esses juizados ajudam a garantir que os consumidores tenham um canal eficaz para buscar compensação por danos sofridos. Ao oferecer uma alternativa rápida e acessível para a resolução de disputas, os Juizados Especiais Cíveis de Consumo também podem ajudar a prevenir litígios mais prolongados e custosos.

A possibilidade de uma resolução rápida e eficaz pode incentivar as partes a resolverem suas diferenças de maneira amigável, sem a necessidade de recorrer a um processo judicial completo.

Logo, evidentemente, desempenham um papel fundamental na proteção dos direitos dos consumidores e na promoção do acesso à justiça no Brasil. Eles oferecem uma alternativa acessível, rápida e eficaz para a resolução de conflitos, ajudando a garantir que os consumidores tenham meios efetivos para buscar reparação por danos ou resolver disputas com empresas.

É notório que clama a sociedade brasileira em geral por maior efetividade processual e maior acesso à justiça. Buscam os brasileiros, cada vez mais, crer que a justiça está, de fato, ao seu lado, lhes

protegendo. Sabe-se que os debates sobre a efetividade processual e o acesso à justiça tem sido tema de relevantes reflexões nos tempos atuais. Diante disso, visando-se irrestrito acesso à justiça, emanou a idéia de criação dos Juizados Especiais. Estes se revelam tribunais especiais destinados às pessoas comuns para garantir direitos de baixo caráter econômico-monetário. Objetiva-se, com os Juizados Especiais, superar os obstáculos opostos ao pleno e igual acesso de todos os brasileiros à justiça, decorrentes do alto valor das custas processuais, despesas com honorários advocatícios, condenação em sucumbência, existência de vários recursos e, também, a morosidade afeta ao procedimento ordinário da justiça comum.

Nesse panorama, surgem os Juizados Especiais Cíveis, criados pela Lei n. 9.099, de 26/09/1995. Trata-se de uma justiça especial, por ser diferente da dita Justiça Comum regida pelo hodierno Código de Processo Civil. É facultativa, pois o Autor pode “optar” por ela, desde que se sujeite às suas regras e princípios, tais como a oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual, celeridade e limitação quanto a recursos.

Conforme enumera o art. 3º da Lei 9.099/95, o Juizado Especial tem competência para: a) causas que não excedam 40 salários-mínimos; b) as enumeradas no art. 275, II, do CPC, que correspondem a: b.1) arrendamento rural e de parceria agrícola; b.2) cobrança ao condômino de quaisquer quantias devidas ao condomínio; b.3) ressarcimento por danos em prédio urbano ou rústico; b.4) ressarcimento por danos causados em acidente de veículo de via terrestre; b.5) cobrança de seguro, quanto aos danos causados em acidente de veículo, exceto os casos de execução; b.6) cobrança de honorários de profissionais liberais, salvo o disposto em legislação especial; b.7) todos os demais casos previstos em lei; c) ação de despejo para uso próprio; d) ações possessórias sobre bens imóveis até o limite de 40 salários-mínimos.

Como se vê, o leque de opções que se abre ao cidadão demonstra claramente o propósito desta lei: atender às lides em que o valor econômico discutido seja menor, de forma célere e para se “desafogar” a Justiça Comum. Estas particularidades transformam o Juizado

Especial em uma espécie de protetor dos mais humildes, depositários de sua confiança. Certo é que, para que este objetivo fosse alcançado com a profundidade e a eficiência necessária, não bastaria a criação dos Juizados Especiais dotando-lhes de competência específica, mas, sim, dotá-los de agilidade e rapidez, conjuntamente com a seriedade que nosso Poder Judiciário merece. Nesse sentido, como sabemos, os Juizados Especiais são regidos pelos princípios basilares da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual, celeridade, tendo como meta, sempre, a conciliação ou a transação.

Por ora, não há intenção máxima neste texto em abordar percucientemente os princípios, normas e procedimentos que regem os Juizados Especiais. Todavia, para melhor compreensão do raciocínio que pretendemos expor ao longo deste trabalho, faremos observações acerca dos princípios que regem os Juizados Especiais. Avancemos nesse sentido. Pelo princípio da oralidade busca-se a simplificação e celeridade dos procedimentos, desde a apresentação do pedido inicial até a fase de execução dos julgados. São reduzidos à forma escrita apenas os atos essenciais, como exemplo, a própria audiência para tentativa de conciliação, a qual é reduzida a termo (forma escrita). Pelos princípios da simplicidade e informalidade pretende-se solucionar o litígio não importando a forma adotada para a prática dos atos processuais, desde que este atinja a sua finalidade e não gerem qualquer tipo de prejuízo. Exemplo: é válida a citação postal da pessoa jurídica, pela simples entrega da correspondência ao funcionário da recepção, enquanto pela regra comum do Código do Processo Civil – CPC, a princípio, esta somente seria válida quando entregue à pessoa, específica, com poderes de gerência ou administração da pessoa jurídica.

Busca o princípio da economia processual obter o máximo de rendimento e eficácia da lei, mediante o mínimo de atos processuais. Relaciona-se diretamente ao princípio da celeridade. Exemplo de tal contexto é a possibilidade de acumulação de pretensões conexas em um só processo, ou até mesmo a antecipação do julgamento de mérito, quando não houver a necessidade de provas orais em audiência.

Cabe frisar que o princípio da celeridade, a nosso sentir, é, de fato, o desafio maior dos Juizados Especiais, eis que surgiram exatamente para aproximar a Justiça da população e desafogar as varas cíveis comuns, apreciando-se as pretensões com rapidez, seriedade e, acima de tudo, preservando as garantias constitucionais do devido processo legal. Por fim, insta mencionar que há a meta de que ocorra, num primeiro momento, a conciliação ou transação. Estas são oportunidades oferecidas às partes litigantes para tentarem resolver suas pretensões antes da sentença judicial final, em geral através de concessões mútuas. Nesse contexto, obviamente, estão inseridos os milhares de processos judiciais, em trâmite perante os Juizados Especiais Cíveis, que tratam das relações de consumo, pelos quais se reclamam indenizações por danos morais, materiais ou reexecução de serviços defeituosos. Verifica-se que a imensa maioria das reclamações consumeristas existentes, tratam de processos cujo valor monetário envolvido não ultrapassa os 40 salários mínimos previstos no artigo 3º, inciso I, da Lei 9.099/90. Tratam-se também, via de regra, de rotineiras reclamações judiciais, já sabidamente conhecidas, tais como, serviços de telefonia mal prestados, inscrições indevidas dos nomes dos consumidores nos órgãos de restrição de crédito (SPC e SERASA), não reconhecimento do fabricante / fornecedor de seu dever de reparar os serviços ou produtos, extravios de bagagem aérea, etc.

De fato, por isso, há maior proliferação de conhecimento pela população acerca de seus direitos do consumidor, pois, comumente, os leigos passam a ter ciência de algum parente, vizinho, colega de trabalho, etc. que, ao ingressar no Juizado Especial Cível (Relações de Consumo), em razão das rotineiras reclamações acima ditas (telefonia, negativação indevida, inexistência de reparo / reexecução, extravios de bagagem aérea), tiveram seu direito efetivamente reconhecido pela Justiça.

Outros fatores contribuem, em muito, para que cada vez mais os cidadãos ingressem com seus pedidos nos Juizados Especiais, tais como inexistência (a princípio, salvo interposição de recurso) de condenação de sucumbência; não pagamento (a princípio, salvo

interposição de recurso) de custas processuais caso derrotado; inversão do ônus da prova e desnecessidade de constituição de advogado (nas demandas até 20 salários mínimos). Ou seja, em claras e simplórias palavras: plorifera-se a idéia, entre os cidadãos consumidores de que, caso usufruam do Juizado Especial e venham a perder a demanda, não terão que pagar nada, nem mesmo honorários de advogado e, que, cabe ao fabricante / fornecedor provar que o consumidor é que está errado. Mostra-se relevante o presente trabalho, tendo em vista que tal contexto aplica-se a todos os cidadãos leigos em geral e, inclusive, aos operadores do direito que, a todo momento, no seu dia a dia, também refletem sobre o que contratar, como contratar, quando contratar e qual o benefício esperado da contratação de um produto ou serviço.

Antes de se adentrar, especificamente, na seara afeta à Análise Econômica do Direito e, posteriormente, a relacionarmos com as relações de consumo, é imprescindível que antes tenhamos claro em nosso conhecimento o que seja propriamente uma relação de consumo. Passemos, portanto, a uma objetiva ponderação sobre estas relações. Sabe-se que as relações de consumo possuem sua origem nas transações de natureza comercial. Mediante a difusão, cada vez maior, do comércio, as relações de consumo experimentaram um processo de aprimoramento, progresso e desenvolvimento, auferindo notável relevância, conhecida por todos nós. Como é notório, as relações de consumo são reguladas pela Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que tutela a relação consumidor / fornecedor, revestindo-a de caráter público, resguardando-se também os interesses da coletividade. As relações de consumo regem-se, basicamente, mediante dois conceitos elementares: Consumidor e Fornecedor. Consumidor, de acordo com o artigo 2º da Lei n. 8.078/90, é considerado toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços na condição de destinatário final. Já o Fornecedor, é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, assim como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação,

importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços, nos termos do art. 4º da Lei n. 8.078/90.

Como se nota acerca das figuras de consumidor e fornecedor, é imprescindível que os tenhamos como entes formadores da relação de consumo, em polos distintos. Logo, deve o consumidor figurar em um polo da relação e, de outro lado, o fornecedor. Veja-se também que os conceitos de consumidor e fornecedor são muito amplos e levantam muitas dúvidas sobre sua definição e utilização. Por exemplo, no que diz respeito ao consumidor, com relação à palavra “destinatário final”. O destinatário final é aquela pessoa, física ou jurídica, que adquire ou se utiliza de produtos ou serviços em seu benefício próprio. Assim, destinatário final é aquele que pretende a satisfação de suas necessidades pessoais, através de um produto ou serviço, sem que possua o interesse de repassar este serviço ou esse produto para terceiros. Desta feita, na hipótese de ser o produto ou serviço repassado a terceiros, mediante remuneração, inexistiria a figura do consumidor e, então, surgiria a figura de outro fornecedor. Saliente-se que as pessoas jurídicas também podem se enquadrar na condição de consumidores, desde que, assim como as pessoas naturais, adquiram / contratem o produto ou serviços na condição de destinatário final. Para se configurar uma relação de consumo, após identificados os dois polos essenciais, cabe aferir se existe, ou não, essencialmente, uma relação entre essas partes. Assim, em sendo verificada uma relação jurídica entre as partes e existindo o fornecedor de um lado e consumidor do outro, estaremos diante de uma relação de consumo, regida pela Lei n. 8.078/90. São direitos básicos do consumidor, de acordo com o artigo 6º da Lei n. 8.078/90: proteção da vida, saúde e segurança; educação para o consumo; informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços; proteção contra publicidade enganosa e abusiva; proteção contratual; indenização; acesso à Justiça; facilitação de defesa de seus direitos e qualidade dos serviços públicos.

Não se duvida, de forma alguma, que vivemos, atualmente, em uma sociedade consumista, na qual muitas vezes prevalece “o que se tem”, e não “o que se é”. A todo momento somos induzidos a consumir

cada vez mais, mediante imposição de campanhas publicitárias, ou até mesmo, por exigência de “etiqueta” imposta pelas pessoas que convivem em nosso meio social. Frequentemente, somos levados a, por exemplo, comprar um novo celular, comprar uma nova vestimenta, realizar uma viagem aérea, etc. Fato é, também, que dada a dinâmica da vida tecnológica moderna, nosso “consumismo” tende a aumentar, veementemente. Reconhecemos que, por um lado, isso possui um caráter positivo. Afinal, quanto mais consumo e produção de bens / serviços, maior será o progresso e avanço econômico de um país.

O que se nota é que cada vez mais nos depararemos com invocações feitas pelos consumidores, calcadas no Código de Defesa do Consumidor, com fins a tutelar seus direitos. Afinal, quanto mais produtos, serviços e consumo destes, será natural que a quantidade de reclamações aumente. Razões pelas quais, mostram-se relevantes as reflexões a seguir feitas.

2. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO – AED (LAW AND ECONOMICS) E OS JUIZADOS ESPECIAIS DE CONSUMO.

A relação entre a análise econômica do direito e os Juizados Especiais Cíveis de Relações de Consumo no Brasil pode ser explorada de várias maneiras. A análise econômica do direito enfatiza a eficiência na resolução de disputas legais. Os Juizados Especiais Cíveis de Relações de Consumo foram criados no Brasil com o objetivo de proporcionar uma justiça mais célere e acessível para casos de menor complexidade, especialmente em questões de consumo. Ao reduzir os custos de transação e o tempo necessário para resolver disputas, os juizados especiais podem promover uma alocação mais eficiente dos recursos judiciais. Um dos princípios da análise econômica do direito é minimizar os custos de transação envolvidos na resolução de disputas legais. Os Juizados Especiais Cíveis são conhecidos por possuírem procedimentos simplificados e custos reduzidos, o que facilita o acesso à justiça para consumidores que enfrentam litígios contra fornecedores. Isso contribui para uma alocação mais eficiente

dos recursos, incentivando a resolução de conflitos de forma mais rápida e econômica.

A análise econômica do direito sugere que as regras legais devem ser projetadas de maneira a incentivar o comportamento conforme a lei. Os Juizados Especiais Cíveis de Relações de Consumo, ao oferecerem uma via rápida e eficaz para a resolução de disputas, podem funcionar como um mecanismo de dissuasão para fornecedores que de outra forma poderiam se envolver em práticas ilegais ou antiéticas. A rápida aplicação da lei e a possibilidade de sanções eficazes podem desencorajar comportamentos oportunistas. A análise econômica do direito destaca a importância da segurança jurídica para o funcionamento eficiente do mercado. Os Juizados Especiais Cíveis proporcionam uma forma padronizada e previsível de resolver disputas de consumo, o que contribui para a previsibilidade das relações comerciais. Isso pode aumentar a confiança dos consumidores no mercado, incentivando o consumo e o investimento.

A análise econômica do direito reconhece os benefícios da mediação e da conciliação na redução de litígios e na promoção de soluções mutuamente benéficas. Os Juizados Especiais Cíveis frequentemente incentivam a resolução alternativa de disputas, como a conciliação, como uma forma de reduzir a carga sobre o sistema judicial e oferecer soluções mais rápidas e satisfatórias para as partes envolvidas.

Os Juizados Especiais Cíveis de Relações de Consumo no Brasil refletem muitos dos princípios e objetivos da análise econômica do direito, ao promoverem uma justiça mais acessível, eficiente e orientada para o mercado, especialmente em questões relacionadas ao consumo.

A AED examina as decisões legais com base em uma análise de custo-benefício. Os Juizados Especiais Cíveis de Relações de Consumo são projetados para lidar com casos de menor valor e menor complexidade, o que reduz os custos tanto para o consumidor quanto para o fornecedor. Isso é especialmente importante em casos de relações de consumo, onde os danos podem ser relativamente baixos,

mas o custo de litigar em um tribunal regular pode ser proibitivo. Os Juizados Especiais oferecem uma alternativa mais acessível e eficiente. A AED considera como as regras legais afetam o comportamento das partes envolvidas. Os Juizados Especiais Cíveis funcionam como um dispositivo para garantir que os fornecedores respeitem os direitos do consumidor.

A existência desses Juizados cria um incentivo para que as empresas ajam de acordo com a lei e tratem os consumidores de forma justa, pois sabem que há um sistema ágil para resolver disputas caso surjam problemas. A AED examina como as decisões legais afetam o mercado e o comportamento dos agentes econômicos. Os Juizados Especiais Cíveis de Relações de Consumo têm o potencial de impactar o mercado de várias maneiras. Eles podem aumentar a confiança dos consumidores ao fornecer um recurso acessível para resolver disputas, o que pode levar a um aumento do consumo. Além disso, eles podem incentivar os fornecedores a melhorar a qualidade de seus produtos e serviços, sabendo que a má conduta pode resultar em litígios e sanções nos Juizados Especiais. A AED destaca a importância da certeza e previsibilidade das leis para o funcionamento eficiente do mercado. Os Juizados Especiais Cíveis fornecem uma estrutura legal clara e simplificada para resolver disputas de consumo, o que pode reduzir a incerteza jurídica para consumidores e fornecedores. Isso pode facilitar o planejamento de negócios e investimentos, contribuindo para um ambiente econômico mais estável.

A AED reconhece a importância da concorrência para o bem-estar econômico. Os Juizados Especiais Cíveis podem desempenhar um papel na promoção da concorrência justa, ao oferecer um meio eficaz para os consumidores fazerem valer seus direitos contra práticas comerciais desleais ou anticompetitivas. Isso pode ajudar a nivelar o campo de jogo para empresas menores e incentivar a inovação e a eficiência no mercado.

Logo, os Juizados Especiais Cíveis de Relações de Consumo no Brasil são uma manifestação prática dos princípios e conceitos da análise econômica do direito, buscando promover uma resolução

eficiente e justa de disputas de consumo, ao mesmo tempo em que incentivam um ambiente de mercado mais competitivo e conformidade com a lei.

3. A ESSÊNCIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.

Pode-se definir a Análise Econômica do Direito (AED) ou *Law and Economics* como sendo o método pelo qual se estuda a teoria econômica relativamente à formação, estruturação, impacto e, sobretudo, as consequências de eventual aplicação de instituições jurídicas e/ou textos normativos, sejam eles públicos ou privados. Aplica-se a AED diretamente ao Direito Civil Brasileiro, em todas as suas relações, sejam elas obrigacionais, familiares ou patrimoniais. A origem da AED deu-se em decorrência da ploriferação e desenvolvimento das doutrinas econômicas e, também, mediante dedicação dos economistas no que se refere a assuntos essencialmente jurídicos, sendo que, posteriormente, também acarretou a atenção por parte dos juristas em prol deste novo enfoque: Direito e Economia. Todavia, a preferência apenas de um título para este movimento doutrinário não expressa com toda exatidão e fidelidade as diferentes linhas de argumentação do tema. De fato, aqueles que se dedicam à AED compõem uma mesma classificação, pertencente a uma mesma denominação, pois detêm demasiado consenso em relação aos conceitos e institutos essenciais. As bases do movimento da AED encontram-se nos economistas da Escola Clássica, mormente, Adam Smith, com sua obra *“An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations”*, também conhecida no vernáculo como *“Riqueza das Nações”*, em que defendeu ser a liberdade de concorrência a melhor solução para a alocação dos recursos, pois os preços, naturalmente, seriam decorrentes do mercado e, conseqüentemente, com isso, poderia se chegar ao equilíbrio desejado. Surge, assim, a lendária expressão *“mão invisível”*, ao se tratar dos efeitos de um mercado livre, no qual não haveria intervencionismo, o que seria, para Adam Smith, suficiente para regular os preços em favor de uma justa concorrência.

A maioria dos estudiosos da AED anuem que o movimento originou-se na Universidade de Chicago. Ronald Coase, no ano de 1937, época em que era professor da Universidade de Chicago, publicou o seu artigo denominado “*The Nature of the Firm*”. Nesse importante trabalho afirmou-se que as sociedades empresárias deveriam ser reconhecidas como entidades que pertenceriam ao sistema econômico em si, de modo que, a sua própria existência, apenas se justificaria em razão da presença dos “custos de transação”.

Ensejou-se, assim, uma abordagem econômica das instituições, o que acarretou na posterior criação do movimento conhecido como “Nova Economia Institucional”. Nesse panorama, Aaron Director conduzia o Departamento de Economia da Universidade de Chicago, à época também apoiado por Milton Friedman, Frank Knight, George Stigler. Aaron Director pretendeu focar as atenções dos juristas em relação aos benefícios e vantagens de uma interpretação do direito, partindo-se de premissas econômicas. De início, valeu-se de estudos referentes à existência de benefícios e/ou vantagens nas hipóteses de ocorrência de intervencionismos por parte do Estado perante os mercados. Vale dizer, que à época, ocorria relevante depressão econômica sofrida pelos Estados Unidos. Aaron Director também baseou seus estudos em matérias afetas à regulação de bens imobiliários, receitas fiscais, leis das corporações, legislação trabalhista, dentre outros vários temas de cunho essencialmente jurídico que denotavam nítidos efeitos econômicos.

Para divulgar a existência inicial do movimento a Universidade de Chicago criou o “*Journal of Law and Economics*”. A controladoria da edição foi assumida, posteriormente, por Ronald Coase. Tal jornal é, ainda hoje, publicado quadrimestralmente, contando, inclusive, com a versão eletrônica.¹⁴⁶ Apesar dos importantes estudos realizados anteriormente, é a partir da década de 1960 que o movimento da Análise Econômica do Direito consolida-se. Há estudiosos que dividem o movimento em “*New Law and Economics*” e “*Old Law and Economics*”,

146 Disponível em: <http://journals.uchicago.edu/JLE/home.html>

sendo que, a referência temporal seria o conhecido artigo de Ronald Coase, denominado “*The Problem of the Social Cost*”. Esta famosa obra de R. Coase calcava-se em temas econômicos como, por exemplo, o custo social e os efeitos externos ocasionados pelo exercício das atividades econômicas, o que deu causa à inteiração entre o campo jurídico e o econômico. Dentre os doutrinadores clássico-econômicos, o que mais contribuiu à ideologia defendida por Ronald Coase foi, justamente, Adam Smith.

Ronald Coase abordou suas palavras na compreensão das “instituições”, sendo integrante da “Nova Economia Institucional”. Em 1991, foi ganhador do Prêmio Nobel de Economia. Mister se faz também aduzir acerca do trabalho de Guido Calabresi, então professor da Universidade de Yale, na obra denominada “*Somes thoughts on risk distribution and law of torts*”. Nela demonstrou-se a relevância de se analisar os impactos e consequências econômicas quando da alocação de recursos em busca da regulação da responsabilidade civil, no âmbito legislativo ou judicial. Inseriu-se a análise econômica em questões jurídicas. O movimento da AED mantêm-se em contínua expansão, adquirindo aceitação cada vez mais de juristas e economistas. Relevante obra de aceitação pela Análise Econômica do Direito é a de Thomas Ulen e Robert Cooter, chamada “*Law and Economics*”, cuja primeira edição é de 1987. Atualmente, ainda prevalecem várias publicações em diversos periódicos, tal qual o “*Journal of Law, Economics, and Organization*” da Universidade de Yale, o “*Journal of Legal Studies*” e o “*Journal of Law and Economics*”, ambos da Universidade de Chicago e o “*International Review of Law and Economics*”, da Universidade Inglesa de New Castle.

Fato é que, cada vez mais, clama a sociedade por métodos técnicos, jurídicos e econômicos que sejam razoáveis e possibilitem enfrentar temas jurídicos para obter, efetivamente, melhor bem-estar possível, menor prejuízo à sociedade como um todo, maximização de suas riquezas, maximização de seus interesses, além da mais eficiente alocação dos recursos escassos existentes.

“Dentre duas possíveis decisões, aquela que causar o maior bem-estar é a que deve ser aplicada, devendo ser observado se as partes envolvidas estão em uma situação inicial relativamente homogênea. A escola de *Law & Economics*, para todos os efeitos, tem por foco a busca do melhor bem-estar, da melhor alocação possível de bens, conduzindo ao bem-estar dentro dos limites morais.” (RIBEIRO; GALESKI, 2009, p. 89.)

Razão pela qual, somos levados a compreendermos o método da Análise Econômica do Direito e sua aplicação nas diferentes searas jurídicas, dentre elas, obviamente, o Direito do Consumidor, tão presente no dia-a-dia da comunidade jurídica e leiga em geral. Imperiosa inteiração da AED se dá também em relação aos contratos que regem as relações de consumo. Como sabemos, estes implicam limitações nas ações das partes que contratam, prevendo imposição de deveres e aquisição de direitos. Pela AED, ressalta-se que os contratantes se submetem a essas condições tendo em vista que as pretensões individuais, sozinhas, em regra, não levam a um bom resultado coletivo. Afinal, quando as partes contratantes fixam, previamente, seus deveres e direitos, o resultado para a coletividade, usualmente, será maior e mais eficiente. Busca a AED estudar além da própria elaboração, ensejo e formação dos contratos em geral, seus impactos, consequências que dão causa à sua proteção e, também, apreciar as consequências econômicas de eventual descumprimento de um contrato civil, dentre eles, os contratos que regem as relações de consumo.

A todo instante, fazemos “escolhas racionais” acerca do que contratar, com quem contratar, quando contratar e como contratar um produto ou serviço, decidindo, sempre, da forma que nos ocasione um menor “custo de oportunidade” e maior “utilidade” possível em uma relação de consumo. O eminente professor da PUC Minas, Dr. Eduardo Goulart Pimenta, pondera:

“O que pressupõe a análise econômica do Direito é que a conduta legal ou ilegal de uma pessoa é decidida a partir de seus interesses e dos incentivos que encontra para efetuar-la ou não. (...) Como já salientamos, a Economia estuda as escolhas, os custos, riscos e benefícios que os agentes econômicos (sujeitos de direito) encontram na busca pela maximização de seus próprios interesses”. (PIMENTA, 2006, p. 29.)

A incerteza ou o não conhecimento acerca do real cumprimento dos contratos enseja aumento do risco nas atividades econômicas. Prolifera-se a idéia de que se pode cumprir ou não cumprir um contrato, ganhar ou perder, ter ou não os serviços bem prestados, adquirir um produto com vício ou não. Não se sabe, ao certo, o resultado final da atividade de se contratar. Aumenta-se o receio de se realizar um mau negócio, mediante uma má contratação de um produto ou serviço. Sabe-se que os contratos são instrumentos adequados e indicados para se compor os riscos da própria atividade econômica, com intuito de minorar eventual perda, dano ou prejuízo acarretado ao agente contratante, possibilitando um contexto mais eficiente, inclusive nas relações de consumo. Sabe-se também que o cumprimento dos contratos em geral é premissa elementar, básica e fundamental para o desenvolvimento econômico de um país e, exatamente por isso, é uma das searas em que a Análise Econômica do Direito deve ser aplicada.

Assim, quanto mais segurança tiverem os consumidores ao contratar nas relações de consumo um produto ou serviço, maior será a sua qualidade de vida, maior será o avanço tecnológico, maior será o número de celebrações de novos contratos, haverá maior “maximização de interesses,” maior será o “acúmulo de riquezas”, maior o “bem-estar” e, finalmente, maior será a dinamicidade da economia de um país. Contribui-se com, “incentivos positivos” em favor da economia de um país. Neste ponto, mostram-se adequadas as ponderações do professor da Universidade de Chicago, Richard Posner:

Con “maximización de la riqueza” quiero indicar la política de intentar maximizar el valor agregado de todos los bienes y servicios, ya sea que se comercien en mercados formales (los bienes y servicios “econômicos” usuales) o (en el caso de bienes y servicios “no-econômicos”, como la vida, la recreación, la familia y la libertad de dolor y sufrimiento) que no se comercien en tales mercados. El “valor” es determinado por lo que el dueño de los bienes o el servicio exigiría para separarse de él o por lo que un no-dueño estaría dispuesto a pagar para obtenerlo – cualquiera de los sea mayor. La “riqueza” es el valor total de todos los bienes y servicios “econômicos” e “no-econômicos” y ésta es maximizada cuando todos los bienes y servicios, en la medida en que esto sea posible, sean asignados a sus usos más rentables. (POSNER. Richard A. Maximización de la Riqueza y Tort Law. Una Investigación Filosófica.)

Por sua vez, o Professor Eduardo Pimenta destaca que a análise e interpretação do direito a partir de institutos próprios das ciências econômicas contribui para a concretização de objetivos pretendidos por nossa Carta Magna:

O direito é, então, um importante elemento na conformação da sociedade e sua orientação à maximização da riqueza e otimização de sua distribuição. Analisar o Direito conforme critérios e métodos econômicos nada mais é do que procurar elaborá-lo, interpretá-lo e aplicá-lo de modo a alcançar a eficiência econômica, entendida esta como a maximização na geração e distribuição dos recursos materiais disponíveis em uma dada comunidade, (...) Assim, a análise e aplicação do Direito de forma economicamente eficiente (ou seja, com o objetivo de maximização da riqueza) é não apenas possível, mas é também uma exigência da Constituição Federal de 1988, que a elevou, como se vê, à posição de um

dos objetivos fundamentais da República. (PIMENTA, 2006, pp. 24-25)

Ou seja, a maior crença e convicção de que os contratos nas relações de consumo serão cumpridos, em sua qualidade, quantidade e execução, gera maior eficiência e dinamicidade econômica. Afinal, certo é que a cooperação entre os contratantes nas relações de consumo é incentivada, de forma positiva, quando há efetiva proteção legal e judicial. Verifica-se que ao longo de nossas relações pessoais diárias, celebramos diversas contratações de produtos ou serviços, junto aos produtores e consumidores, relativamente a serviços de telefonia, luz, água, aquisição de presentes, utensílios pessoais, serviços de transporte aéreo, dentre vários outros, ensejando, inclusive, a denominação “sociedade consumista”.

Por outro lado, há interesse, também, por parte dos produtores e fornecedores de produtos e serviços que o número de contratos consumeristas aumente cada vez mais, de modo que na mesma proporção os consumidores contratem mais, e serviços e produtos sejam colocados no mercado, etc. Afinal, eis o objetivo maior destes: auferir o maior lucro. Portanto, entende-se que, para a AED, há que se dar amparo em relação aos pactos que regem as relações consumeristas, através dos quais os agentes contratantes inicialmente desejavam que as condições prévias sejam todas devidamente honradas, independentemente do risco da atividade, de modo a se valorizar os atos que ensejem condutas mais eficientes e que visem mais, melhor e maior alocação possível dos bens escassos existentes. Há que se “incentivar”, positivamente, o cumprimento dos contratos afetos às relações de consumo, o que certamente, contribui para a maior dinamicidade e evolução econômica de nosso país.

A eficiência, conforme lecionam os professores Márcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Júnior Galeski, “é uma das preocupações basilares da ciência econômica e, por conseguinte, da Análise Econômica do Direito, partindo do princípio de que as demandas são maiores que a existência de bens apreciáveis, dada sua escassez”

(RIBEIRO; GALESKI, 2009, p. 85). Desta forma, afigura-se necessário identificar a melhor maneira para alocação dos bens, a fim de que seja possível atender a maior quantidade possível das demandas.

Bem, mas como institutos próprios das Ciências Econômicas podem ser utilizados para se analisar decisões judiciais ou normas contidas em nosso ordenamento jurídico? Afinal, se, de forma metafórica, considerarmos a riqueza de nossa sociedade como um bolo, pode-se dizer que o Direito preocupa-se com a forma pela qual ele será dividido (equidade, justiça), enquanto os economistas dedicam-se à investigação de mecanismos que possam contribuir para o crescimento do bolo (eficiência). Neste ponto, afiguram-se adequadas as palavras do professor da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, Dr. Bruno Salama, acerca da relevância da AED:

A questão, portanto, não é tanto se eficiência pode ser igualada à justiça, mas sim como a construção da justiça pode se beneficiar da discussão de prós e contras, custos e benefícios. Noções de justiça que não levem em conta as prováveis consequências de suas articulações práticas são, em termos práticos, incompletas. Num certo sentido, o que a Escola de Direito e Economia de *New Haven* buscou é congregar a ética consequencialista da Economia com a deontologia da discussão do justo. O resultado é, em primeiro lugar, a abertura de uma nova janela do pensar, que integra novas metodologias (inclusive levantamentos empíricos e estatísticos) ao estudo das instituições jurídico-políticas, de forma que o Direito possa responder de modo mais eficaz às necessidades da sociedade. E, em segundo lugar, o enriquecimento da gramática do discurso jurídico tradicional, com uma nova terminologia que auxilia o formulador, o aplicador, e o formulador da lei na tarefa de usar o Direito como instrumento do bem-comum. (SALAMA, 2008, p. 35.)

É possível constatar que a AED pode contribuir para o aperfeiçoamento de institutos jurídicos, incentivando ou sancionando condutas que viabilizem ou, contrariamente, violem o interesse social ou a satisfação do bem-estar de nossa sociedade. Mas como aferir a eficiência em uma determinada alocação de recursos? Neste caso, há dois critérios que costumam ser utilizados: o denominado Ótimo de Pareto e o critério Kaldor-Hicks.

Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi explicam que uma alocação de recursos será Pareto eficiente quando “não há mudança que melhore a situação de um agente sem piorar a situação de pelo menos um outro agente” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 120). Portanto, conforme ponderam os mencionados autores, não será eficiente uma dada situação, de acordo com o critério Paretiano, caso haja algo que possa ser feito com o objetivo de beneficiar alguém, sem implicar em prejuízos para outras pessoas. Por outro lado, de acordo com o critério de Kaldor-Hicks, o resultado de uma disputa pela alocação de recursos será eficiente se ocasionar uma situação na qual os ganhos auferidos pelos ganhadores sejam superiores às perdas imposta aos vencidos. (RIBEIRO; GALESKI, 2009. p. 88). Haverá, neste caso, um ganho líquido para a sociedade, correspondente à diferença entre ganhos e perdas. Assim, ao contrário do que ocorre no Ótimo de Pareto, neste caso admite-se a imposição de uma situação mais desvantajosa para um grupo de pessoas, desde que os benefícios auferidos por outro grupo, em razão de determinada mudança, sejam superiores.

SALAMA (2008, p. 24) destaca que o critério de Kaldor-Hicks objetiva superar a restrição imposta pelo ótimo de Pareto, segundo o qual as mudanças somente serão consideradas eficientes caso nenhum indivíduo fique em posição pior. Segundo o critério de Kaldor-Hicks, mostra-se relevante o fato de que os ganhadores sejam capazes de compensar os perdedores, ainda que, de fato, esta compensação não ocorra.

Os professores Décio Zylbersztajn e Rachel Sztajn destacam que o modelo de eficiência proposto por Kaldor-Hicks corresponde ao

melhor critério para a identificação de opções eficientes, na alocação de recursos, nos seguintes termos:

Outro critério proposto para avaliação da eficiência é desenvolvido por Kaldor e Hicks que, partindo de modelos de utilidade, tais como preconizados por Bentham, sugerem que as normas devem ser desenhadas de maneira a gerarem o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas. O problema está na necessidade de maximizar duas variáveis e na dificuldade de estabelecer alguma forma de compensação entre elas. Todavia, refinando o modelo, Kaldor-Hicks chegam à proposta de compensações teóricas entre os que se beneficiam e os que são prejudicados. Comparando agregados entre as várias opções, escolhe-se aquele que resulte na possibilidade de compensação. Ainda uma vez que se refina o esquema reconhecendo haver redes de inter-relações nas sociedades e que a utilidade marginal de cada pessoa é decrescente. Este, parece, ser o melhor critério para as escolhas no que diz respeito à distribuição dos benefícios: o de dar mais a quem tem maior utilidade marginal. (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 76)

Ora, é evidente que os agentes econômicos, no exercício de suas atividades, buscarão maximizar os resultados financeiros através de várias formas, inclusive, mitigando os custos envolvidos em demandas judiciais relativas à qualidade dos serviços por eles prestados ou dos bens fabricados e comercializados. Diante deste fato, a partir da premissa de que o Direito pode (e deve) incentivar condutas que possam contribuir para o aumento do bem estar dos cidadãos, vejamos se o Poder Judiciário, no que se refere às demandas concernentes às relações de consumo, tem agido de forma eficiente, analisando-se a questão pelo critério de Kaldor-Hicks acima mencionado.

O exercício da atividade negocial empresarial, em determinados setores de nossa economia, pressupõe produção em grande escala de produtos ou mercadorias, bem como a prestação de serviços em favor de um grande número de consumidores, milhares e, em alguns casos, milhões (v.g., serviços de telefonia, bancários, transporte aéreo de pessoas, provedor de *internet* ou TV por assinatura). Nestas hipóteses, a relevância que o empresário atribui aos processos produtivos pode ser decisiva para o sucesso do empreendimento, em especial, se consideramos os dispêndios que foram suportados para identificar quem são seus possíveis clientes, suas preferências, características ou qualidades dos produtos ou serviços oferecidos por seus concorrentes, dentre outros custos de transação.

De fato, no exercício deste tipo de atividade, existe o risco de que o serviço ou o produto, por uma inconsistência de determinado processo de produção, atendimento ou mesmo logística seja executado ou produzido de forma inadequada, diversa da que fora contratada pelo consumidor. Assim, pode ocorrer a completa inexecução da obrigação assumida pelo prestador, pelo fabricante ou fornecedor, ou mesmo a entrega viciada em favor do consumidor.

Sem dúvida, o empresário objetiva o aperfeiçoamento constante não apenas de seus meios produtivos em busca da eficiência, mas, ciente de que atua em mercados competitivos, não desejando perder espaço para seus concorrentes, pretende o constante aprimoramento da qualidade dos bens e serviços ofertados. Afinal, os mecanismos de seleção daqueles agentes que permanecerão atuantes não admitem vacilos ou tomada de decisões que não contribuam para a conquista de novos mercados (e não apenas a manutenção da atual clientela).

Neste contexto, surge a matéria que se refere ao ponto central do presente trabalho: constatado o defeito na execução da atividade empresarial (v.g., negativações indevidas dos nomes dos clientes, constante extravio de bagagens, falta de qualidade do sinal das transmissões televisivas ou lentidão ou descontinuação do serviço do provedor de *internet*) a partir de que momento, ou em face de qual fato o empresário, obrigado a tomada de decisões eficientes,

envidará esforços para a modificação de seus processos produtivos? Que papel os juizados especiais cíveis podem ocupar neste cenário como instituições que contribuem para a estabilização da paz social, mediante a composição de conflitos, mas também como geradores de decisões que incentivam ou inibem a conduta dos agentes econômicos? Vamos por partes.

Nosso eminente professor da PUC Minas, Dr. César Fiuza, nos traz a definição de dano eficiente, cuja ideia perpassa pelo sopesamento que seu causador deve fazer entre o custo indenizatório e o corretivo da imperfeição que ocasionou a conduta lesiva:

Fala-se, outrossim, em dano eficiente e dano ineficiente. Ocorre dano eficiente, quando for mais compensador para o agente pagar eventuais indenizações do que prevenir o dano. Se uma montadora verificar que uma série de automóveis foi produzida com defeito que pode causar danos aos consumidores, e se esta mesma empresa, após alguns cálculos, concluir ser preferível pagar eventuais indenizações pelos danos ocorridos, do que proceder a um *recall* para consertar o defeito de todos os carros vendidos que lhe forem apresentados, estaremos diante de dano eficiente. O dano ineficiente, por seu turno, é o dano eficiente tornado ineficiente pela ação dos órgãos administrativos do Estado e/ou do Judiciário. Na medida em que o juiz condenar a montadora a uma altíssima indenização, ao atuar em ação indenizatória proposta por um dono de automóvel, vitimado pelo dano causado pelo defeito de produção, estará transformando o dano eficiente em dano ineficiente. As eventuais indenizações que a montadora terá que pagar serão tão altas, que será preferível o *recall*, por ser mais barato. A questão relativa ao dano ineficiente é equacionar duas questões. Por um lado, o valor da condenação há de ser alto, para que o dano seja de fato ineficiente para seu causador. Por outro lado, deve-se ter em conta que

indenização não deve ser fonte de enriquecimento, mas de reparação de danos. O problema é de difícil solução, exigindo do juiz um enorme exercício de bom senso e, às vezes, de coragem. O legislador poderia pôr fim ao dilema, editando norma, segundo a qual parte do valor da condenação iria para a vítima, a título de reparação pelos danos sofridos, enquanto a outra parte reverteria aos cofres públicos, sendo afetada à utilização em programas sociais. (FIUZA, 2008, p. 720.)

É bem verdade que o empresário almeja, como regra, a alta qualidade de seus produtos e de seus serviços além de, diante do princípio da boa-fé objetiva que impregnou a interpretação dos institutos do Direito Privado, busca agir de forma ética, de forma leal perante sua clientela. Contudo, os custos de transação que lhe são impostos pelo mercado competitivo estabelecem que as decisões acerca de investimentos na modificação de processos produtivos sejam sempre analisadas em função de sua efetiva necessidade. Não estamos, aqui, falando, obviamente, de questões que possam resultar na ausência de segurança para o usuário do bem ou serviço comercializado, não se trata de hipótese em que a imperfeição possa ocasionar risco de incolumidade física ao consumidor. Afinal, neste caso, não se pode falar em margem de discricionariedade para que o empresário opte ou não por sanar o defeito ou vício existente em seus processos produtivos. Estamos tratando de hipótese diversa.

Ora, a análise econômica realizada por uma instituição financeira relativa ao ajuste ou não de determinada cláusula contida em contrato de cheque especial, tida como abusiva em virtude de algumas demandas judiciais, certamente, levará em conta o custo atual com estas demandas (honorários advocatícios, custas, indenizações e eventual desgaste da imagem perante o mercado) e o benefício econômico decorrente de sua manutenção. Em hipóteses como esta, como o Poder Judiciário, em especial, em face do escopo reduzido deste trabalho, os juizados especiais poderão, em prol de toda a sociedade

interferir neste tipo de situação? Aliás, deve o Judiciário considerar a repercussão econômica de suas decisões?

Nas relações de consumo, como regra, afigura-se evidente a assimetria de informações existente entre as partes, ou seja, costuma-se verificar uma grande diferença entre o conhecimento que o fabricante e o fornecedor possuem quanto às qualidades de um determinado produto ou serviço e as informações detidas pelo consumidor. É bem verdade que o Código de Defesa do Consumidor,¹⁴⁷ dentre os diversos princípios que elenca, estabelece como dever do agente econômico a prestação de todas as informações¹⁴⁸ que permitam ao consumidor tomar a melhor decisão para a satisfação de suas necessidades. Contudo, ainda sim, este desequilíbrio informacional se verifica nas relações jurídicas constituídas em nosso mercado.

RIBEIRO e GALESKI (2009, p. 95) asseveram que a assimetria de informação se constitui em verdadeiro entrave à obtenção de relações econômicas mais eficientes. Os mencionados professores lecionam que esse obstáculo é mais visível nas relações de consumo, quando é da essência da negociação que haja a profissionalidade (domínio da técnica) de um lado (fabricante ou fornecedor) e a ausência de conhecimento, de outro (por parte do consumidor):

Como bem ilustra Castellano, partindo da premissa de que a informação nunca é perfeita no mercado e se reconhece que o consumidor não conhece

147 Como o próprio nome desta lei bem destaca, seu objetivo primordial, além de simplesmente regular as relações jurídicas nas quais o consumidor figura como parte, é o de proteger (defender) os direitos e interesses da parte tida por hipossuficiente, sendo a assimetria informacional característica marcante deste desnível de posições.

148 CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;”

exatamente a qualidade do produto que irá comprar no momento de tomar a decisão de adquiri-lo, admite-se a possibilidade de que o consumidor não receba a qualidade que imaginava, e mais que isso correrá o risco de sofrer danos ao utilizar o produto adquirido nessas condições, danos esses que não foram previstos no momento de tomar a decisão de comprar. (RIBEIRO; GALESKI, 2009. p. 95)

A assimetria informacional se constitui em uma falha de mercado, pois diante de sua existência não se mostra possível que apenas as interações estabelecidas entre empresas e consumidores sejam capazes de gerar um equilíbrio em que o bem-estar é maximizado.

Pois bem, partindo da premissa de que a assimetria de informações, tida como uma falha de mercado, impede que transações consumeristas sejam realizadas de forma eficiente, resta saber qual seria o papel do Direito neste cenário. RIBEIRO e GALESKI (2009, p. 92) ponderam que, nestes casos, pode-se identificar três posicionamentos acerca da intervenção do Estado no mercado: a) uma corrente que defende a completa regulação da atividade econômica; b) outra que condena todo e qualquer tipo de intervencionismo; c) e, por fim, aquele que sustenta a necessidade de “uma intervenção moderada, apenas quando se verifica que as relações econômicas não promovem a melhor eficiência, a melhor alocação de bens”.

MANKIW (2009, pp. 11-12), por sua vez, sustenta que há dois motivos genéricos que podem justificar a intervenção estatal na atividade econômica: “promover a eficiência e promover a equidade. Ou seja, a maioria das políticas tem por objetivo ou aumentar o bolo econômico ou mudar a maneira como o bolo é dividido.” MANKIW adverte que a “mão invisível” costuma permitir que os mercados aloquem os recursos de forma eficiente, mas que isto nem sempre acontece, em especial, em razão de falhas de mercado. O Judiciário não pode desconsiderar os efeitos econômicos produzidos por suas decisões, em especial, no que se refere às demandas consumeristas. A existência de evidente falha de mercado, decorrente da assimetria

informacional exige que o Estado, no caso em análise, através dos Juizados Especiais de Consumo, intervenha de forma a contribuir para o aumento do bolo econômico (eficiência) e para sua melhor divisão (equidade). O estabelecimento de condenações impostas aos fabricantes e fornecedores, nas hipóteses em que o bem vendido ou o serviço prestado não correspondam, exatamente às características apresentadas quando da contratação, contribuem para o aperfeiçoamento dos processos produtivos. Acerca dos impactos econômicos das decisões judiciais, vale destacar o posicionamento de um magistrado sobre o tema, Demócrito Reinaldo Filho:¹⁴⁹

Se um dos objetivos da nossa república é a erradicação da pobreza, isso só se faz com desenvolvimento econômico, para suprir as necessidades coletivas de emprego, alimentação, saúde, saneamento e outros serviços públicos essenciais. Se o cumprimento das promessas constitucionais depende do desenvolvimento econômico, o Juiz tem o dever de examinar se sua decisão pode de qualquer forma afetá-lo. Por isso, o magistrado, no momento de decidir um caso, deve estar atento às múltiplas variáveis que o compõem, não podendo se cingir a apenas um único interesse envolvido. Como adverte o Desembargador Rogério Gesta Leal, “é preciso haver uma sensibilização da magistratura brasileira para a complexidade das relações sociais, marcadas hoje por variados fatores. Um tema que aparentemente é jurídico, no sentido de ser tratado e regulado por lei, tem implicações de natureza econômica, social e política. Essas dimensões extra-normativas precisam ser consideradas pelo julgador”

[...] Uma avaliação legal completamente neutra, que desconsidere o fator econômico, é que significa um retrocesso. O que se quer é que o Juiz ou intérprete

149 REINALDO FILHO, Demócrito. A preocupação do juiz com os impactos econômicos das decisões. Uma análise conciliatória com as teorias hermenêuticas pós-positivistas. *Jus Navigandi*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13707>.

desperte para a extrema importância que as decisões judiciais representam para o desenvolvimento sócio-econômico do país. O que se pretende é que, para propiciar previsibilidade, estabilidade e integridade (em relação ao sistema normativo), o Juiz tenha também uma perspectiva de análise econômica do direito. Se fatores econômicos estão envolvidos desde a criação e elaboração das leis, porque não se levá-los também em consideração quando se trata de reduzir o texto legal à norma do caso concreto? Não se trata, portanto, “de substituir critérios de justiça por critérios econômicos, mas de perceber que os agentes econômicos mudam as estratégias à medida que a justiça se demonstra ineficiente e a economia injusta”

Assim, conforma-se o raciocínio no sentido de que a atuação dos magistrados, no âmbito dos Juizados Especiais, em especial no que se refere às lides consumeristas, é decisiva para que sejam superadas falhas de mercado, permitindo um resultado mais eficiente de nossa atividade econômica. Evidentemente, a insignificância das condenações impostas aos fabricantes ou prestadores de serviços, nas atividades de massa (direcionadas a um grande número de consumidores) implicará no simples provisionamento deste custo nos balanços das grandes corporações. A fração reduzida de consumidores que resolvem demandar judicialmente associado ao pequeno impacto econômico das condenações impostas nas sentenças judiciais não contribui para que haja, de fato, uma melhoria na qualidade dos serviços prestados ou dos bens produzidos. Afinal, o custo do aperfeiçoamento dos processos produtivos será maior do que aquele decorrente do pagamento das condenações determinadas pelos Juizados.

Note-se que decisões judiciais que imponham aos agentes econômicos a melhoria de seus processos produtivos e, por consequência, o oferecimento de bens e serviços de melhor qualidade, resultam em uma mudança eficiente segundo o critério Kaldor-Hicks,

na medida em que o benefício auferido por todos os consumidores será maior do que o custo, inicialmente suportado pelos fabricantes, fornecedores e prestadores de serviços.

O Judiciário tem por função precípua o estabelecimento de uma norma *in concreto* para a solução de uma determinada lide que é levada ao seu conhecimento, provocado que foi pelo exercício do direito de ação. É verdade, que modernamente, seja através do efeito *erga omnes* de algumas decisões, em especial nos casos envolvendo controle concentrado de constitucionalidade, ou através das denominadas súmulas vinculantes, a decisão judicial produzirá efeitos em relação a pessoas estranhas àquela relação jurídica processual específica. Por outro lado, ainda que se tratem de decisões que, de forma imediata, produzam efeitos apenas *inter partes*, não se pode desconsiderar o efeito indutor de condutas que a jurisprudência, assim entendida como a reiteração de decisões judiciais em um determinado sentido, possui. Não é diferente a situação no que concerne às demandas consumeristas. Afinal, será mesmo que os agentes econômicos, na tomada decisões estratégicas acerca do exercício de suas atividades negociais, não considerarão a jurisprudência que a eles diga respeito (v.g., sobre inclusão indevida do nome do consumidor nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito)?

Evidente, neste caso, a existência de uma externalidade positiva. Afinal, a decisão judicial proferida em um determinado caso envolvendo direito do consumidor poderá beneficiar outros consumidores, diversos daquele que figura no processo, pois esta sentença contribuirá para que fabricantes, fornecedores ou prestadores de serviços envidem esforços para a melhoria dos meios produtivos. Acerca da ideia de externalidade, vejamos as lições MANKIW:

Uma externalidade surge quando uma pessoa se dedica a uma ação que provoca impacto no bem-estar de um terceiro que não participa dessa ação, sem pagar nem receber nenhuma compensação por esse impacto. Se o impacto sobre o terceiro é

adverso, é chamado de externalidade negativa; se é benéfico, é chamado de externalidade positiva. Quando há externalidades, o interesse da sociedade em um resultado de mercado vai além do bem-estar dos compradores e vendedores que participam do mercado; passa a incluir também o bem-estar de terceiros que são indiretamente afetados. Como os compradores e vendedores desconsideram os efeitos externos de suas ações quando decidem quanto demandar ou ofertar, o equilíbrio de mercado não é eficiente quando há externalidades. Ou seja, o equilíbrio não maximiza o benefício total para a sociedade como um todo. (MANKIOW, 2009, p. 204)

SZTAJN (2005, p. 252) pondera que, para os economistas, muitas externalidades decorrem de elevados custos de transação, os quais decorrem da organização das operações em mercados, o que pode ocasionar uma alteração nos mecanismos de alocação de recursos, por consequência, aumentando os custos sociais. A professora da Faculdade de Direito do Largo do São Francisco, partindo da ideia de externalidade, explica que cada ato ou ação, mesmo individual, pode se encontrar em uma cadeia de causa e efeito com repercussões externas ao agente. Destaca SZTAJN que, diante de uma externalidade negativa, deve-se impor ao agente “o custo correspondente ao valor das utilidades ou recursos de terceiros que sejam por ele atingidos ou consumidos”. Por fim, arremata:

“A escolha dos meios de imposição do ônus deve ser determinada mediante critérios específicos de forma a não ampliar custos de transação que se transformem em custos sociais. Oportunidades de ganhos extraordinários em virtude da percepção de externalidades quando não afetam terceiros podem ser aceitas. (SZTAJN, 2005, p. 252)

Carl J. Dahlman, professor da Universidade de Georgetown, a partir dos ensinamentos de Coase, pondera que a identificação do emissor e do receptor de uma externalidade mostra-se irrelevante. Assim, importante afiguram-se os critérios utilizados para a imposição dos riscos e custos – internalização – a uma das partes envolvidas:

It is notable how completely the Coase approach bypasses both the problem of deciding who is the emitter and who is the recipient of an externality and the rather shady distinction between pecuniary and technological externalities so central to the Pigovian tax rules. Perhaps the real significance of the court cases cited by Coase is that the distinction between emitter and recipient of an externality is irrelevant: what matters is whether we achieve a higher-valued output by putting the liability on one or the other of the parties involved, and not who is the “source” of the externality. Since at least two parties are necessarily involved, either may be considered the source. It is note worthy how the legal profession and the courts have come to grips with this point well before economists. The legal cases referred to by Coase show how courts in the presence of transaction costs have placed the liability sometimes with the “emitter” and sometimes with the “recipient” as these would be identified by an economist trained in modern welfare theory. Nor is the distinction between pecuniary and technological externalities in any way relevant for Coase’s arguments: what matters is the role of transaction costs, and how such costs affect the allocation of resources. (DAHLMAN, 1979, p. 159)

Especialmente no que se refere às relações de consumo, o professor da Universidade de Harvard, Lucian Bebchuk, e Richard Posner lecionam que, mesmo diante de assimetrias informacionais, o vendedor pode ser dissuadido da ideia de agir de forma oportunista, pois se preocupa com sua reputação perante o mercado. Por outro lado, o consumidor não está constrangido por esta situação, já que não

tem uma reputação a perder (desde que também não seja um agente do mercado, produtor de bens ou prestador de serviços), podendo desenvolver um comportamento oportunista em uma transação em particular que não será conhecido pelo mercado:

We focus on the following asymmetry between seller and buyer in cases in which the latter is a consumer rather than another business or comparable entity: The seller in such a case may be deterred from behaving opportunistically by considerations of reputation; the consumer is not constrained by such considerations, because he has no reputation to lose, assuming that his opportunistic behavior in a particular transaction will not become known to the market as a whole. This difference is important whenever it is difficult to specify contractual terms to cover every important contingency that courts could accurately and easily enforce. In such circumstances, opportunistic buyers might try to use “balanced” terms to press for benefits and advantages beyond those that the terms were actually intended to provide. (BEBCHUK; POSNER, 2005, pp. 1-2)

Logo, quando as empresas são influenciadas por considerações reputacionais, contratos que possam parecer draconianos (*one-sided contracts*) contra os consumidores tendem a ser implementados de uma forma balanceada. Desta maneira, se o prestador do serviço é um jogador atuante no mercado, suas expectativas em realizar novas operações com outros consumidores podem afastá-lo da ideia de se valer de determinadas cláusulas contratuais, ainda que não haja expectativas de realizar negócios com este mesmo consumidor. (BEBCHUK; POSNER, 2005, pp. 1-2).¹⁵⁰ Interessante notar como este

¹⁵⁰ *When firms are influenced by reputational considerations, contracts that appear on paper to be one-sided against the consumer may in reality be implemented in a balanced way. The distinction between contracts on paper and their actual implementation is one that has received much attention from the literature on relational contracts between businesses. As our analysis highlights, however, the distinction is also relevant to contracts that businesses enter into with consumers who are not repeat players. As long as the business is a repeat player*

tipo de análise bem se adequa à cultura capitalista norte-americana, na qual a reputação empresarial se constitui em um importante patrimônio. BEBCHUK e POSNER (2005, pp. 7-8) ponderam que, por outro lado, em determinados mercados, compradores podem não ser indiferentes a sua reputação. Eles podem ser empresas que atuam de forma repetitiva no mercado, enquanto os vendedores são indivíduos que não transacionam com frequência. Como exemplo, citam o caso dos contratos entre editoras de universidades e novos autores.¹⁵¹ Embora estes contratos possam estabelecer uma data limite para que o trabalho a ser publicado seja entregue, as editoras costumam dilatar este prazo, a fim de que seus autores tenham condições de revisar o trabalho. Afinal, as editoras atuam em um mercado competitivo e sua reputação no trato com produtores de conhecimento é relevante. Pode-se perceber, destarte, que o aperfeiçoamento das relações de consumo depende de esforço e comprometimento não só dos fabricantes e prestadores de serviços, que devem primar pela melhoria da qualidade de seus processos produtivos, mas também do Judiciário que pode agir como indutor de condutas eficientes, menos nocivas aos consumidores, mas observando as regras de mercado. Por sua vez, os consumidores devem identificar fornecedores que de forma reiterada adotam condutas oportunistas, privilegiando por consequência a contratação com agentes econômicos que prezam a boa-fé nas relações contratuais, o que contribuirá para atitudes que privilegiem condutas destinadas a valorizar a preocupação da reputação empresarial.

with the consumer side of the market, its expectation of doing business with other consumers in the future may dissuade it from enforcing a one sided-contract to the hilt even though the business does not expect to have further dealings with this consumer. (BEBCHUK, Lucian A.; POSNER, Richard A. One-Sided Contracts in Competitive Consumer Markets. John M. Olin Law & Economics Working Paper, n. 270, Chicago, Estado Unidos, dezembro de 2005, pp. 1-2.).

151 In some markets, of course, buyers are not indifferent to their reputation. They may be firms that are repeat players with powerful incentives to protect their reputation, while the sellers may be individuals that transact infrequently. An example is the agreements that university presses have with new authors. Our analysis applies to such markets as well. It can explain, for example, why the agreements that those presses have with their authors include provisions that seem one-sided against the author even though authors are likely to read the terms of these agreements and there is competition among the publishers. (BEBCHUK, Lucian A.; POSNER, Richard A. op. cit., pp. 7-8).

Em nosso país e diante do perfil sócio-econômico da maior parte da massa de consumidores, evidente se mostra a circunstância de que uma das partes na relação consumerista se afigura em condição evidentemente hipossuficiente, em especial no que se refere à assimetria informacional, o que exige a interferência estatal. Por outro lado, é preciso que se tenha em mente que sempre que o Estado interfere no mercado adotando medidas protetivas, favorecendo uma das partes nas relações de consumo, há certamente uma mitigação da autonomia privada, a qual corresponde a uma liberdade de contratar própria do regime do direito privado. O Poder Judiciário não pode ser considerado como a única (e final) solução para a resolução de conflitos havidos entre fabricantes, fornecedores, prestadores de serviços e consumidores. O Código de Defesa do Consumidor não pode ser uma solução perpétua para a busca do justo equilíbrio entre as partes que participam do mercado. É preciso, portanto, que os agentes econômicos e a massa consumidora vislumbrem a possibilidade de, sem a interferência estatal, adotarem condutas que contribuam para a justa distribuição de riqueza, mediante a implementação de medidas eficientes.

A crescente utilização dos Juizados Especiais no Brasil reflete uma tendência em direção a uma justiça mais acessível, eficiente e orientada para resolver disputas de forma rápida e econômica. Essa tendência tem implicações significativas para o estudo da análise econômica do direito (AED), pois a análise econômica oferece insights valiosos sobre como essas instituições podem ser otimizadas para alcançar seus objetivos sociais e econômicos. Os Juizados Especiais têm sido cada vez mais utilizados como um meio de aumentar o acesso à justiça, especialmente para aqueles que de outra forma teriam dificuldade em arcar com os custos e o tempo associados ao sistema judicial tradicional. Isso é particularmente relevante em questões de consumo, onde os litígios muitas vezes envolvem valores menores e os consumidores podem se sentir desencorajados a buscar reparação devido aos custos envolvidos. O aumento do acesso à justiça através dos juizados especiais pode levar a uma maior conformidade com as

leis de proteção ao consumidor e a uma redução das assimetrias de poder entre consumidores e fornecedores. Os Juizados Especiais têm se mostrado mais eficientes na resolução de disputas em comparação com os tribunais tradicionais. Os procedimentos simplificados, a ausência de formalidades excessivas e a maior ênfase na conciliação e na mediação ajudam a reduzir os custos de transação e o tempo necessário para resolver litígios. Isso não apenas beneficia os indivíduos envolvidos nas disputas, mas também contribui para uma alocação mais eficiente dos recursos judiciais, liberando espaço nos tribunais para casos

À medida que os Juizados Especiais se tornam uma parte cada vez mais importante do sistema jurídico brasileiro, é crucial realizar avaliações contínuas de seu desempenho e identificar áreas onde melhorias podem ser feitas. Isso requer uma abordagem multidisciplinar que incorpore insights da economia, do direito e de outras áreas relacionadas. A análise econômica do direito desempenha um papel importante nesse processo, fornecendo ferramentas e métodos para avaliar os custos e benefícios das políticas jurídicas e identificar maneiras de tornar o sistema jurídico mais eficiente e eficaz.

Acrescente utilização dos Juizados Especiais no Brasil destaca a importância de estudar a análise econômica do direito como uma ferramenta para entender e aprimorar as instituições legais que moldam o ambiente de negócios e o acesso à justiça. Essa tendência reforça a necessidade de uma abordagem interdisciplinar para resolver os desafios complexos enfrentados pelo sistema jurídico brasileiro.

CONCLUSÃO

A análise econômica do direito (AED) fornece uma lente útil para examinar as relações de consumo e os Juizados Especiais Cíveis de Relações de Consumo no direito brasileiro. A AED enfatiza a importância da eficiência na resolução de disputas legais. Os Juizados Especiais Cíveis de Relações de Consumo foram estabelecidos no Brasil

para oferecer uma via mais rápida e acessível para resolver litígios de consumo. Isso reduz os custos de transação e o tempo necessário para alcançar uma resolução, beneficiando tanto os consumidores quanto os fornecedores. A AED destaca a necessidade de minimizar os custos de transação associados à aplicação da lei. Os Juizados Especiais Cíveis oferecem procedimentos simplificados e custos reduzidos, tornando mais fácil para os consumidores buscar reparação por danos causados por fornecedores. Isso promove um ambiente onde os consumidores estão mais dispostos a exercer seus direitos e os fornecedores são incentivados a agir de maneira legal e ética.

A AED considera como as regras legais influenciam o comportamento das partes envolvidas. Os Juizados Especiais Cíveis atuam como um mecanismo de dissuasão, incentivando os fornecedores a aderir às leis de proteção ao consumidor. A rápida resolução de disputas e as penalidades proporcionadas pelos juizados especiais podem desencorajar práticas comerciais ilegais ou antiéticas. A AED destaca a importância da segurança jurídica para o funcionamento eficiente do mercado. Os Juizados Especiais Cíveis oferecem uma estrutura legal clara e previsível para resolver disputas de consumo, aumentando a confiança dos consumidores no mercado. Isso pode estimular o consumo e promover um ambiente de negócios mais estável e previsível. A AED reconhece a importância da concorrência para a eficiência econômica. Os Juizados Especiais Cíveis ajudam a garantir uma competição mais justa, ao permitir que os consumidores façam valer seus direitos contra práticas comerciais desleais ou anticompetitivas. Isso contribui para um mercado mais dinâmico e competitivo, beneficiando tanto consumidores quanto empresas.

Uma ferramenta fundamental da análise econômica do direito é a análise de custos e benefícios. Ao aplicar essa metodologia às relações de consumo e aos juizados especiais, podem-se avaliar os custos associados à litigância tradicional em comparação com os benefícios de utilizar os juizados especiais. Isso inclui não apenas os custos monetários diretos, como taxas judiciais e honorários

advocáticos, mas também os custos de tempo e energia envolvidos na resolução de uma disputa. Ao oferecer uma alternativa mais rápida e econômica, os juizados especiais podem aumentar os benefícios líquidos para os consumidores e fornecedores. A análise econômica do direito examina como as regras legais afetam o comportamento das partes envolvidas. No contexto das relações de consumo, os juizados especiais podem influenciar os incentivos tanto dos consumidores quanto dos fornecedores.

Por exemplo, ao tornar mais fácil para os consumidores buscar reparação por danos, os juizados especiais podem incentivar um comportamento mais cuidadoso por parte dos fornecedores, que podem se esforçar para evitar litígios dispendiosos, o que contribui para redução no número de violações das leis de proteção ao consumidor. A incerteza sobre os resultados legais é um aspecto importante a ser considerado na tomada de decisões legais. Os juizados especiais, ao oferecerem procedimentos simplificados e decisões mais previsíveis, podem ajudar a reduzir a incerteza para as partes envolvidas em disputas de consumo. Isso pode tornar mais fácil para os consumidores avaliarem se vale a pena buscar reparação por danos e para os fornecedores avaliarem os riscos associados a práticas comerciais específicas. Uma redução na incerteza pode levar a um comportamento mais eficiente por parte de ambas as partes.

A análise econômica do direito também se preocupa com a eficácia das regras legais na promoção de objetivos sociais desejados, como a proteção dos direitos do consumidor. Os juizados especiais podem ser vistos como uma tentativa de melhorar a eficácia do sistema jurídico ao lidar especificamente com questões de consumo de uma maneira mais ágil e acessível. Ao avaliar a eficácia dos juizados especiais, podem-se examinar se essas instituições estão alcançando seus objetivos de forma eficiente e, se não, como podem ser aprimoradas.

As ferramentas metodológicas da análise econômica do direito fornecem uma estrutura útil para examinar as relações de consumo e os Juizados Especiais Cíveis de Relações de Consumo no Brasil,

ajudando a entender como essas instituições afetam o comportamento das partes envolvidas, os resultados legais e a eficácia geral do sistema jurídico. A análise econômica do direito oferece insights valiosos sobre como as relações de consumo e os Juizados Especiais Cíveis de Relações de Consumo no Brasil podem promover uma maior eficiência, justiça e conformidade legal no mercado de consumo.

Os Juizados Especiais Cíveis podem desempenhar papel decisivo no aperfeiçoamento dos processos produtivos adotados por fabricantes e fornecedores de bens e serviços, na medida em que a reiteração de decisões acerca de determinada falha se constitui em verdadeiro instrumento que desestimula posturas oportunistas, desleais existentes nas relações consumeristas. É preciso notar que a apreciação judicial das lides desta natureza não pode desconsiderar a possibilidade de que os consumidores, despreocupados com sua reputação perante o mercado, podem também adotar condutas oportunistas, sob o pretexto exclusivo de que as contratações tenham sido realizadas sem que houvesse abertura para discussão das cláusulas contratuais. Evidente que os empresários que atendem uma grande clientela, no exercício da atividade negocial, podem identificar que a implementação de modificações no processo produtivo poderá ocasionar dispêndios bem maiores do que os custos com o pagamento de honorários advocatícios, custas judiciais e indenizações em favor de seus consumidores. Decisivo, neste ponto, o caráter pedagógico que devem conter as decisões judiciais proferidas no âmbito dos juizados de consumo, seja em favor ou mesmo contra os consumidores, punindo (de certa forma) condutas meramente oportunistas, que assegurem vantagens desleais e desproporcionais para uma das partes.

Desta forma, a eficiência do dano se constitui em um tênue limite entre (i) o somatório dos custos de transação ocasionados pela atuação em mercados competitivos (de um lado), e (ii) a incapacidade de os próprios agentes econômicos de internalizar suas externalidades negativas.

Assim, não pode o juiz desconsiderar a repercussão econômica de suas decisões, que no caso do direito do consumo, exercem

relevante papel indutor de condutas que podem contribuir para a alocação eficiente de recursos, maximizando o bem-estar social. Contudo, o aperfeiçoamento que se pretende alcançar não pode ter como impulsionador, apenas, o Poder Judiciário e as legislações consumeristas, que em diversas passagens tratam o consumidor como pessoa incapaz de tomar decisões e de assumir riscos. É preciso que todos os agentes econômicos, bem como a massa consumista se conscientizem de sua capacidade para superação de falhas de mercado, reprimindo condutas simplesmente oportunistas, contribuindo, desta forma, para a busca de meios de produção mais eficientes.

A crescente utilização dos Juizados Especiais no Brasil apresenta desafios e oportunidades para os estudiosos da análise econômica do direito. Por um lado, essa tendência destaca a importância de entender como as instituições legais podem ser projetadas para promover a eficiência, a equidade e outros objetivos econômicos e sociais. Por outro lado, também levanta questões sobre como garantir que os juizados especiais alcancem seus objetivos de maneira eficaz e justa, sem sacrificar os princípios fundamentais do devido processo legal e da proteção dos direitos das partes envolvidas.

REFERÊNCIAS

BEBCHUK, Lucian A.; POSNER, Richard A. One-Sided Contracts in Competitive Consumer Markets. *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, n. 270, Chicago, Estado Unidos, dezembro de 2005.

FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 11. ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

LANA, Henrique Avelino. *Dissolução Parcial nas Sociedades Limitadas: Análise Econômica sobre a inclusão do aviamento na apuração da haveres*. Belo Horizonte: Editora Arraes, 2012.

MANKIW, N. Gregory. *Princípios de microeconomia* (tradução Allan Vidigal Hastings). São Paulo: Cengage Learning, 2009.

LOBO, Marcello. *Repactuação de contratos durante a pandemia: comentários com base na análise econômica e comportamental do direito*. In: *Perspectivas da análise econômica do direito no Brasil / Antônio Maristrello Porto, Luiz Felipe Monteiro Seixas (orgs.)* - Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2022.

PIMENTA, Eduardo Goulart. *Recuperação de empresas: um estudo sistematizado da nova lei de falências*. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, 2ª reimpressão.

PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Org.); PINHEIRO, Armando Castelar (Org.). *Direito e Economia: Diálogos*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.

POSNER, Richard A. *Maximización de la Riqueza y Tor Law*. Una Investigación Filosófica.

REINALDO FILHO, Demócrito. A preocupação do juiz com os impactos econômicos das decisões. Uma análise conciliatória com as teorias hermenêuticas pós-positivistas. *Jus Navigandi*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13707>.

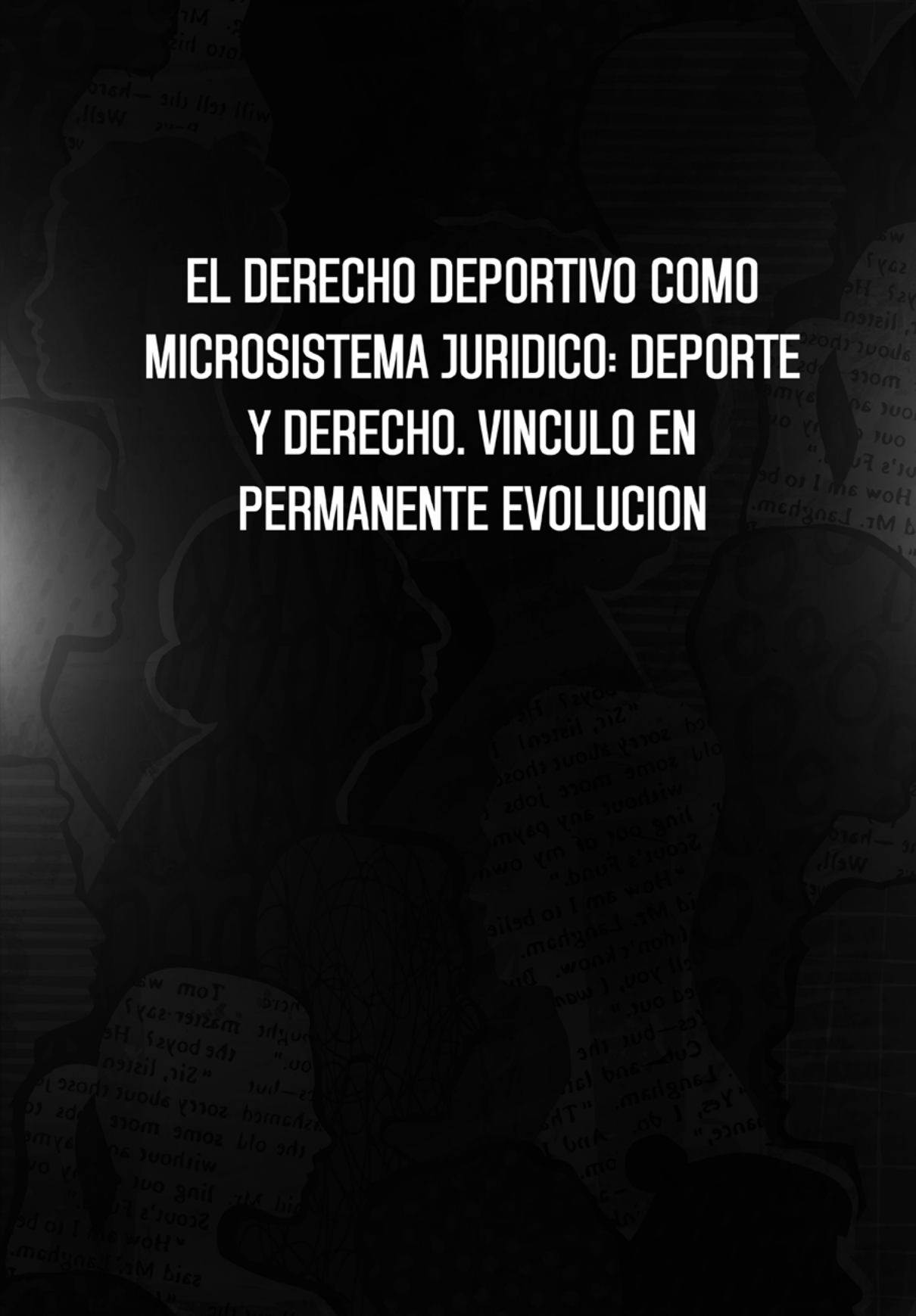
RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. *Teoria Geral dos Contratos*. Contratos empresariais e análise econômica. Ed. Elsevier. 2009.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? *Cadernos Direito GV*, v. 5, p. 24, 2008.

SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo, Atlas, 2004.

----- . Externalidades e custos de transação a redistribuição de direitos no novo código civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v.6,n.22,p.250-276, abr./jun.2005.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Law and Economics*. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (org.), *Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2005, 2ª reimpressão.



**EL DERECHO DEPORTIVO COMO
MICROSISTEMA JURIDICO: DEPORTE
Y DERECHO. VINCULO EN
PERMANENTE EVOLUCION**

RESUMEN

El artículo define al Derecho Deportivo como un Microsistema Jurídico y analiza algunas de las diferentes dimensiones posibles del vínculo entre el Deporte y el Derecho, buscando fundamentar la amplitud y el valor del Derecho Deportivo como nueva especialidad jurídica. También así destaca los aportes que brinda para el desarrollo del Deporte, desde cada una de esas seis dimensiones.

PALABRAS CLAVE:

Derecho Deportivo. Especialización. Autonomía. Microsistema Jurídico. Vínculo Deporte y Derecho. Dimensiones.

1. INTRODUCCIÓN.

El debate de una década atrás, sobre el reconocimiento de una posible “Autonomía del Derecho Deportivo”, en ámbitos académicos de nuestro continente latinoamericano ha quedado atrás.

Ya nadie discute la existencia de tal autonomía, sin embargo, la amplísima relación que existe entre Deporte y Derecho, abarca una cantidad tal de aspectos, tanto del hecho deportivo, como de las manifestaciones de la ciencia jurídica, que siguiendo las palabras de nuestro respetado y querido Jorge Mosset Iturraspe, fallecido pocos años atrás, definía como un “**microsistema jurídico**”, para cuyo conocimiento, atento a la transversalidad de temas que involucra, y a la especificidad propia tanto del deporte, como de cada disciplina en particular, fundamentalmente por sus disposiciones federativas, deben manejarse saberes muy diferentes ¹⁵³

Los distintos temas del Derecho Deportivo son alcanzados por regulaciones de otras ramas jurídicas de derecho común, pero

152 Carlos Raul Iparraguirre, abogado egresado en la Universidad Nacional del Litoral (UNL), argentino, especializado en Derecho Deportivo. EMAIL: ipacarlos@hotmail.com

153 Tratado de Derecho Deportivo tomo I pag. 20 Editorial RubinzalCulzoni

la aplicación de estas regulaciones a nuestra materia produce, por lo general, la necesidad de adecuar previamente aquella normativa común a la concreta cuestión jurídico-deportiva de que se trate.

La evolución del fenómeno deportivo, a interesado a los operadores jurídicos, ante la inadecuación de la normativa existente frente a los conflictos emergentes del ámbito deportivo

Hay un ámbito jurídico diferenciado por elementos y reglas propias

Ya con habitualidad se distinguen tanto los sujetos principales del hecho deportivo, como las fuentes de este microsistema tanto en leyes especiales, como en la multiplicidad de normas federativas. Lo mismo ocurre con una cada vez mas prolífica jurisprudencia específica, a través de laudos arbitrales de diferentes tribunales federativos, así como de sentencias judiciales también de jurisdicciones soberanas, que definen y actualizan criterios propios de interpretación y principios aplicables.

Por más que estemos frente a aristas del Derecho Constitucional, del derecho laboral, de Daños, administrativo, o a la interpretación de normas contractuales, o sobre personas jurídicas, de Derecho Penal, marcario, concursal o fiscal, por citar tan solo algunas de las manifestaciones jurídicas requeridas, siempre frente a la materia deportiva, se deberá ADECUAR PREVIAMENTE ESA NORMATIVA COMUN A LA CONCRETA CUESTION JURIDICA-DEPORTIVA DE QUE SE TRATE.

Esto no significa que la incumbência profesional de quienes estamos abocados al Derecho Deportivo, nos brinde la especialidad necesaria para actuar en cada uno de esos ámbitos, cuando un hecho vinculado al deporte requiere de esa mirada jurídica, pero claro que seremos quienes estemos en mejor situación para abordarlo de manera conjunta, señalando el camino adecuado en el caso, dada la especificidad del ámbito deportivo.

La evolución del fenómeno deportivo y de los conflictos que del mismo emergen, incluso va generando la sanción de leyes especiales, fruto del interés despertado en los operadores políticos y jurídicos. Y

poco a poco también, va marcando especialidades hacia el interior del propio derecho deportivo, según la transversalidad jurídica específica que se requiera.

Sin dudas que la legislación de Brasil en la materia, es una de las más desarrolladas y siempre la tomamos como ejemplo desde los países vecinos.

En este trabajo abordaremos las distintas dimensiones del vínculo entre Derecho y Deporte, que justifican y asientan las bases de este Microsistema Jurídico que constituye el Derecho Deportivo

2. DISTINTAS DIMENSIONES DEL VINCULO ENTRE DEPORTE Y DERECHO.

Tratemos de enumerar las distintas circunstancias en las cuales el Deporte, requiere del Derecho, en su desarrollo y crecimiento, anticipando, que seguramente nos olvidaremos de algún otro caso, que podrá ir completando este intento.

Me permito esbozar un listado, que a continuación desarrollaremos con alguna mayor precisión:

El Deporte como derecho. El Derecho para la organización del deporte. El Derecho en la regulación de la práctica deportiva. El Derecho en las relaciones entre los sujetos deportivos y de estos con terceros. El derecho, al momento de prevenir y/o resolver los conflictos en la materia deportiva. El Derecho como aporte científico al desarrollo del deporte.

Desarrollemos entonces estas seis dimensiones planteadas, sobre el impacto que el Derecho tiene hoy en el Deporte.

2.1 EL DEPORTE COMO DERECHO.

En esta dimensión del vínculo, nos referimos al Deporte, como un Derecho subjetivo. Aquí necesariamente debemos destacar los diferentes valores que hacen de la actividad física en general y de

la práctica deportiva en particular, un bien en sí mismo al que todos deberíamos tener acceso.

Considerado como un **hecho social espontáneo** incorporado a la vida cotidiana se encuentra íntimamente vinculado con el **acervo cultural** de cada comunidad. Su práctica mejora la identificación y los lazos que unen a los miembros de una comunidad. En este punto, se incluyen también las actividades recreativas vinculadas a la utilización del tiempo libre y que tienen **un impacto muy positivo en la calidad de vida de los integrantes de una comunidad**.

Las virtudes educativas del deporte, claramente son esenciales **al desarrollo integral de la personalidad del individuo**. Desde esta perspectiva, la actuación de los poderes públicos frente a la educación física no puede ser otra que la de garantizar el acceso de todos, en el marco de un proceso educativo general. Justamente, al formar parte de la educación integral, la educación física ha de recibir el mismo tratamiento por parte de los poderes públicos que la educación intelectual. También podemos incluir **aquí los valores que inculca su ejercicio**, como el respeto a las reglas, al árbitro o juez que las impone, la solidaridad y la cooperación que exige cuando el deporte se practica en grupo o equipo, la responsabilidad, el sacrificio, la tolerancia, valores que en general ayudan a la inclusión social y la convivencia.

Los beneficios que genera para la salud. Tengamos en cuenta que al hablar de los beneficios para la salud, no solo incluimos la salud física sino también la mental. La propia OMS en el año 2010 dictó las “Recomendaciones mundiales sobre actividad física para la Salud” a partir de reconocer al sedentarismo, como la 4ª causa de muerte en el mundo.¹⁵⁴

Pero además el deporte, contiene elementos que lo transforman en apasionante y muy atractivo. Esta espectacularidad del deporte puede generar enorme demanda de personas ávidas de practicarlo, disfrutarlo o mirarlo, determina en ciertos niveles su profesionalización, es decir genera que exista un grupo de deportistas dedicados a la

154 <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/physical-activity>

práctica deportiva como su actividad profesional, excluyente. En este tipo de manifestación deportiva el objeto pasa a ser, la mejora de un determinado registro o barrera física, o bien el afán propio de la competencia, lo que amen del espectáculo que brinda, puede generar también liderazgos positivos o modelos de popularidad, útiles para la identidad muchas veces, de la comunidad.

Aquí, debemos considerar además, el impacto económico que genera, no solo la realización de los grandes eventos, sino que la propia masividad de la práctica deportiva, se convierte en una herramienta de movilización de gente y recursos, que lo transforma en una herramienta eficaz para la generación de recursos para localidades, regiones o países. Habrá lugares que son propicios y se destacan por determinados paisajes y su vínculo natural con la práctica deportiva (montañas, lagos, ríos, etc.) pero los deportes más populares pueden ser practicados en cualquier lugar y ello posibilita su desarrollo también como eventos convocantes a deportistas, familiares y público de la región, pensemos en los eventos de deporte infantil, en cuanto a la movilización que generan en relación a las propias familias al seguirlos en su desarrollo.

Todas estas consideraciones, fundamentan el Derecho al Deporte, y obligan a que la actividad deportiva, deba ponerse al alcance de todas las personas, sin restricciones por sus capacidades, género ni discriminaciones por motivo alguno.

El deporte entonces tiene directa relación con el desarrollo de la persona humana, y desde ese lugar, lo reconocemos como un Derecho, que incluso ha tenido ya recepción en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, enumeramos aquí, solo algunos de los tratados o resoluciones internacionales que así lo reconocen.

Si bien la propia Declaración Universal de Derechos Humanos expresa en su art. 24 que “Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre...” debemos considerar comprendidas las actividades deportivas y recreativas. Lo mismo cuando en el art. 26, menciona dentro del derecho a la educación, la formación integral

del hombre, a la cual –como hemos visto- contribuye la actividad deportiva y de recreación.

Em lo que respecta específicamente al derecho al deporte, su consagración internacional se inicia con el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en 1976. Allí se dispuso que: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” (art. 12: 1). Resulta indiscutible que no es posible alcanzar un alto nivel de salud física y mental sin actividades deportivas en su más amplia expresión.

La importancia que se reconoció a este derecho, derivó dos años más tarde en la Carta Internacional de Educación Física y Deporte, adoptada por la UNESCO en París, en el año 1978¹⁵⁵. Los puntos salientes de este documento son los siguientes:

- La práctica de la educación física y el deporte constituye un derecho fundamental para todos (art.1).
- La educación física y el deporte constituyen un elemento esencial de la educación permanente dentro del sistema global de educación (art.2).
- Los programas de educación física y deporte deben responder a las necesidades individuales y sociales (art. 3).
- La enseñanza, el encuadramiento y la administración de la educación física y el deporte deben confiarse a personal calificado y debe contarse con instalaciones y materiales adecuados (arts. 4 y 5).
- La investigación y la evaluación son elementos indispensables del desarrollo de la educación física y el deporte. La información obtenida debe contribuir a promover la educación física y el deporte, debiendo los medios de comunicación ejercer una influencia positiva al respecto (arts. 6 a 8).

155 El texto completo de la carta puede consultarse en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13150&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

- Las instituciones nacionales desempeñan un papel primordial en la educación física y el deporte, debiendo coordinar una acción coherente, global y descentralizada (art.9).
- La cooperación internacional en la materia contribuye al mantenimiento de una paz duradera, al respeto mutuo y a la amistad, condiciones esenciales para el desarrollo universal (art. 10).

En esta misma línea, pero mucho más cercana en el tiempo, debemos destacar la Declaración de Niza sobre el deporte (2/2/2005), emanada del Consejo Europeo y relativa a las características específicas del deporte y a su función social en Europa, las cuales deben tenerse en cuenta al aplicar las políticas comunes¹⁵⁶. Allí, al referirse a la Práctica del deporte aficionado y deporte profesional, pueden destacarse los siguientes postulados:

- El deporte se basa en valores sociales, educativos y culturales esenciales. Es factor de inserción, de participación en la vida social, de tolerancia, de aceptación de las diferencias y de respeto de las normas.
- La actividad deportiva debe ponerse al alcance de todas las personas cualesquiera que sean sus capacidades o intereses.
- La actividad física de las personas con discapacidad es de gran importancia y debe fomentarse. Representa un medio significativo de rehabilitación, reeducación, integración social y desarrollo personal.
- Los Estados miembros promoverán el voluntariado deportivo, con el apoyo, en su caso, de la Comunidad en el marco de sus competencias.

¹⁵⁶ La declaración completa puede consultarse en <http://www.iurismuga.org/html2pdf/pdf/26082010155316.pdf>

Asimismo, al referirse a la Protección de los jóvenes deportistas destaca lo siguiente:

- La práctica deportiva implica enormes beneficios para los jóvenes y por ello es necesario que las organizaciones deportivas, presten una atención especial a la educación y a la formación profesional de los jóvenes deportistas de alto nivel, preservando su equilibrio psicológico, los lazos familiares y su salud.
- Constituye una preocupación para el Consejo Europeo las transacciones comerciales cuyo objeto son los deportistas menores de edad, incluidos los procedentes de terceros países, por cuanto no se ajustan a la legislación laboral en vigor o ponen en peligro la salud y el bienestar de los jóvenes deportistas.

Continuando con el plano internacional, debemos mencionar también que la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de discriminación contra la Mujer, en su art. 10, inc. g)¹⁵⁷, les asegura la igualdad de oportunidades para participar activamente en el deporte y la educación física; mientras que el art. 13 inc. c)¹⁵⁸, les garantiza la igualdad en la participación en actividades de esparcimiento, deportes y en todos los aspectos de la vida cultural.

También la Convención sobre los Derechos del Niño contiene disposiciones en las que este derecho se reconoce de forma categórica. Vale la pena señalar aquí que el artículo 31.1 de la Convención dispone

157 CEDM, art. 10, g): Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: Las mismas oportunidades para participar activamente en el deporte y la educación física.

158 CEDM, art. 13, c): Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en otras esferas de la vida económica y social a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: El derecho a participar en actividades de esparcimiento, deportes y en todos los aspectos de la vida cultural.

que “los Estados Partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes”.

Y en el año 2003, la Organización de las Naciones Unidas (ONU), emite una resolución titulada “El deporte como medio para fomentar la Educación, la Salud, el Desarrollo y la Paz”, reconociendo el poder del deporte para contribuir al desarrollo humano y la salud, sobre todo en la infancia, proclamando el 2005 como el Año Internacional del Deporte y la Educación Física

Todo esto ha llevado al reconocimiento constitucional de este Derecho, en distintos países del mundo, así como en otros, a través de leyes generales de fomento o desarrollo del deporte por parte de los Estados.

2.2 EL DERECHO EN LA ORGANIZACIÓN DEL DEPORTE.

Es el Derecho, el que permite la organización del mundo del deporte.

A través de las normas que regulan el reconocimiento de las personas jurídicas en cada jurisdicción, se les da nacimiento, organización y regulación a las instituciones deportivas.

Desde el Club en la base de dicha organización, a las instituciones a nivel internacional más importantes de Deporte, se constituyen de esa manera.

Podemos citar en el otro extremo de la pirámide organizacional del Deporte, al Comité Olímpico Internacional, que también es una persona jurídica. El **Comité Olímpico Internacional** es una organización **internacional** no gubernamental, con sede en Lausana (Suiza), sin fines de lucro, constituida como **asociación** dotada de personalidad jurídica, reconocida por decreto del Consejo Federal suizo de 17 de septiembre de 1981.

Así es que el Derecho, es el que permite el reconocimiento de cada institución deportiva, fija los parámetros que tendrán sus estatutos, garantizando a partir de ellos, su vida democrática, su orden

interno, como serán sus relaciones, y permite además de su propia organización, su protección y fortalecimiento. Desde el COI, hasta el club mas pequeño de una localidad, pasando por asociaciones, federaciones, tanto nacionales como internacionales, así como las ligas o asociaciones de segundo grado a nivel local.

Si en la dimensión anterior, valoramos la importancia de los Estados en la necesidad de garantizar al Deporte como un Derecho. Aquí es el Derecho, el que le brinda sustento jurídico y legal a toda la construcción de carácter autónoma que el Deporte ha generado cada vez con mayor desarrollo, para garantizar su internacionalidad y autonomía precisamente frente a los intentos regulatorios por parte de los estados.

2.3 EL DERECHO Y LA REGULACION DE LA PRACTICA DEPORTIVA.

Si en la definición de deporte, todos coinciden que supráctica debe estar sujeta a reglas que pongan límites a la competencia. Es el Derecho, el que brinda las herramientas y las construcciones jurídicas para fijar esas reglas y para definir los marcos dentro de los cuales se desarrollaran las competencias, en cada una de las disciplinas deportivas, tanto a nivel local, como nacional o internacional.

Como se organizarán las competencias, cuales son los reglamentos que las regularán, las categoría o edades permitidas, todo ello se regula en base a las normas que cada una de las autoridades competentes en cada disciplina, establecerá en base a los estatutos y facultades que los mismos les han brindado.

Otra vez el Derecho, es fundamental, no ya en la organización de la propia institucionalidad, sino de las regulaciones que permitan la practica deportiva y sus competencias.

Tambien el Derecho, brinda las herramientas para regular la materia disciplinaria entre los sujetos que practiquen cada actividad.

Los reglamentos de penas, cuales serán las sanciones ante los incumplimientos, quienes serán los que interpreten esas normas, como

se constituyen los Tribunales Disciplinarios, quienes los designan y los procedimientos que deberan aplicar para respetar el derecho a una debida defensa

Tambien el Derecho aporta otro tipo de disposiciones y organizaciones para prevenir o resolver conflictos entre los sujetos deportivos, al momento de practicar cada disciplina, a traves de sus federaciones.

Nadie pone em discusion, la autonomia de estas instituciones para regular hacia su interior las competencias y su materia, tanto organizativa como disciplinaria, pero siempre las mismas podran sustentarse en sus propias normas federativas, **en la medida que las mismas se ajusten a Derecho...como usualmente decimos, haciendo referencias a las normas de orden público, que siempre surgen de los estados soberanos.**

2.4 EL DERECHO Y LAS RELACIONES ENTRE LOS SUJETOS DEPORTIVOS Y ENTRE ESTOS CON TERCEROS.

Ya vimos la importancia del Derecho, tanto en la organizacion del deporte como en la regulacion de la practica deportiva, em esta dimension, resaltamos que a traves del Deporte tambien se regulan las relaciones en general, entre los propios sujetos deportivos y aquellas que tambien deban mantener estos con terceros.

A veces seran reguladas por los mismos estatutos que le dieron reconocimiento a la institucion, por ejemplo en el caso de los socios de un club.

En otras seran disposiciones especiales de caracter federativo, por ejemplo, el fichaje de um deportista, que le permite la practica deportiva em aquella federacion que la regula, pero representando a un club, que es quien le permite incorporarse a sus planteles.

A veces seran de caracter amateur, otras, en base a esas mismas disposiciones, seran profesionales. Y esos modelos contractuales, pasaran a ser de caracter laboral, si asi estan reconocidas por las

normas de cada estado. Lo mismo ocurrirá con los árbitros y con los entrenadores serán técnicos o físicos.

Pero también, los sujetos deportivos, se relacionan con terceros, y aquí las regulaciones que brinda el derecho para contratar, serán a veces de carácter comercial, otras de carácter civil, pero siempre esas relaciones tendrán un marco contractual que los brinda el Derecho. Los contratos por derechos de televisión, de seguros, de merchandising, y cuanta relación pueda o deba generarse desde cada sujeto deportivo, con terceros.

2.5 EL DERECHO EN LA PREVENCIÓN Y EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL DEPORTE.

Pero, más allá de los aportes del Derecho, para la organización, para regular la actividad por parte de cada autoridad constituida legítimamente en cada disciplina, y para establecer los modelos de contratos entre los sujetos deportivos y entre estos y terceros, igual, siempre habrá conflictos.

Y a mayor actividad, a mayor competencia, a mayor internacionalidad, habrá también mayores conflictos. Allí nuevamente aparece el Derecho, en otra dimensión de este apasionante vínculo con el Deporte.

El Deporte procura medios alternativos a la resolución de los mismos, en general, de la misma manera que en la organización, el mundo del deporte defiende su autonomía, y ha ido generando una construcción piramidal a nivel internacional, que también procura que los conflictos deportivos se resuelvan fuera de los tribunales ordinarios, promoviendo instancias de conciliación y arbitraje.

El mayor exponente a nivel internacional es el TAS/CAS (dependerá la denominación de acuerdo al idioma). Pero también existen ya Tribunales arbitrales, a nivel federativo, o constituidos de manera independiente. Hay países, que comienzan a desarrollar fueros específicos en materia deportiva.

En fin. Otra vez el Derecho y el Deporte, vuelven a vincularse, esta vez para resolver los conflictos que no fueron posible evitar en las dimensiones anteriores.

2.6 EL DERECHO Y SU APOORTE CIENTIFICO AL DEPORTE.

En esta dimensión, el aporte es del Derecho como ciencia. Y así como el Deporte en su desarrollo va teniendo el estímulo y la retroalimentación de otras ciencias, pudiendo citar, las de la educación, de la psicología, de la antropología, de la sociología, de la fisiología, de la medicina, de la anatomía, de la biomecánica, de la bioquímica, de labiocinética y hasta de latecnología, tambien lo tiene desde elDerecho.

Aquí, el reconocimiento del Derecho Deportivo, como nueva rama o especialidad del Derecho, reconociendo su transversalidad con otras ramas preexistentes, pero con las particularidades que presenta el mundo deportivo, es quizás el mayor aporte, que en este campo puede realizar.

La formación en Derecho Deportivo, a través de cursos, posgrados, seminarios, Congresos.

La constitución de asociaciones de profesionales especializados , sean de carácter nacional o internacional, permiten y facilitan elestudio de esas particularidades, y obviamente, esa mejor preparación, fortalece y mejora nuestras instituciones deportivas, protege y da tranquilidad a los sujetos deportivos, y en definitiva permite prevenir o resolver con mayor justicia y equidad, de manera pacifica los conflictos que se presentan.

Todo ello coadyuva tambien al desarrollo del Deporte.

3. CONSIDERACIONES FINALES.

Esta estrecha relación se ha ido transformando con el tiempo y a partir del crecimiento impensado del deporte, en los últimos 30 años,

en un vínculo apasionante, que se ha ido extendiendo de manera evidente y palpable.

Ahora bien, **es posible, limitar el contenido de esta nueva especialidad solamente, a determinados aspectos de dicho vínculo?**

En lo personal, creo que limitar el concepto del derecho deportivo o derecho del deporte, solamente a la materia que corresponde a laproducción normativa de carácter federativa, es no solo mezquino, sino tan inconducente, como el anterior debate sobre su autonomía.

El continuo crecimiento del deporte, en nuevas disciplinas, en nuevas organizaciones, en una mayor internacionalidad de sus competencias, genera la proyección también del vínculo con el derecho, encontrándolos (al Deporte y al Derecho) no solo en permanente evolución sino en una obligada complementariedad, que permite superar los distintos conflictos y tensiones que a diario se generan.

Son tan específicas las situaciones que pueden darse, incluso según la disciplina de la que se trate, sea por sus reglamentos, por el tipo de desarrollo de sus competencias, entre otros factores, que siempre exige al momento de un conflicto, sea para resolverlo o prevenirlo, tal nivel de especialización, que solo puede darlo el derecho deportivo, al cruzarse transversalmente con las distintas ramas tradicionales del Derecho.

No se trata de una competencia por incumbencias, todo lo contrario, a la hora de la búsqueda de mayor justicia, sentido principal del derecho, la adecuación de las normas, sea en su etapa de elaboración, así como para su aplicación o interpretación, sobre un hecho deportivo, requiere ya un nivel de especialización tal, que no alcanza con la mirada del derecho laboral, por ejemplo, o del derecho civil o comercial, ni siquiera del derecho penal, exigiendo ya una mirada específica, propia desde el universo del derecho deportivo, para cada caso en particular.

REFERÊNCIAS

1-Tratado de Derecho Deportivo Tomo I pag. 20 Editorial Rubinzal Culzoni, Mosset Iturraspe, director; Carlos Iparraguirre coordinador.

2-OMS en <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/physical-activity>

3- Carta Internacional de Educación Física y Deporte, adoptada por la UNESCO en París http://portal.unesco.org/es/ev.php URL_ID=13150&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

4-Declaracion de Niza <http://www.iurismuga.org/html2pdf/pdf/26082010155316.pdf>

EL DERECHO HUMANO AL DEPORTE



Los derechos humanos en el deporte se refieren a un mandato genérico que abarca una serie de derechos relacionados entre sí. La base del movimiento a favor de los derechos radica en aceptar el concepto fundamental de que el deporte y el tiempo libre son un derecho de todos los seres humanos, necesario para su desarrollo, su salud y para el bienestar tanto de los individuos como de la sociedad. Los deportistas han luchado por el derecho a ser tratados con justicia y dignidad en todos los aspectos del entrenamiento y de la competición. Bajo la protección de las normas legales referentes a la justicia natural y sus procesos los deportistas pueden oponerse a decisiones y a formas de tratamiento que les afectan y que infringen sus derechos humanos. El tema de los derechos de los niños en el deporte requiere consideración especial. Dado que carecen de los recursos y oportunidades para poder luchar por sus derechos, los adultos deben hacerlo por ellos, para asegurarse de que todos los niños tengan acceso a actividades deportivas y de tiempo libre que sean seguras y apropiadas para su desarrollo. Aunque se ha adelantado mucho en la articulación de los derechos del deporte para todos, deportistas y niños, queda todavía mucho trabajo por hacer para que estos derechos se apliquen de forma efectiva. Además, debemos trabajar para extender los derechos humanos al asociacionismo deportivo y a la mejora de las oportunidades de vida para todos. La lucha por los derechos de los trabajadores dedicados a la fabricación de prendas deportivas es la batalla emergente en la lucha por los derechos humanos en el campo del deporte.

Los Derechos Humanos son derechos inherentes que comparten todos los seres humanos y se encuentran establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Como parte de los Derechos Humanos, se contemplan derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Estos derechos se establecen bajo los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Por lo que son aplicables a todos los seres humanos sin discriminación

alguna y deben de entenderse como un conjunto; es decir, que el goce y ejercicio de un derecho está vinculado a que se garanticen los demás derechos y no deben ser fragmentados. Es importante señalar que, los gobiernos tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar estos derechos. Para lo cual, se deben de tomar medidas en determinadas situaciones, así como abstenerse de actuar en determinada forma en otras.

Por su parte, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) reconoce como derecho fundamental el acceso a la educación física, la actividad física y el deporte sin discriminación alguna. Además, señala que estas actividades deben desarrollarse de manera inclusiva, segura y en igualdad de oportunidades, sin importar género, edad o capacidades. Conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, todas las personas gozan de todos los derechos y libertades proclamados sin distinción alguna. Derivado de ello, los gobiernos tienen la obligación de garantizar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres. Tomando así las medidas apropiadas para eliminar la discriminación de la mujer, tanto en la esfera social, económica política y cultural. Por ello, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) condena la discriminación y favorece la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer. En cuanto a la actividad física y deporte, la CEDAW señala el derecho a participar en actividades de esparcimiento, deportes y todos los aspectos de la vida cultural en igualdad de oportunidades y sin importar la distinción de género. Considerando los ejes descritos en los distintos convenios internacionales, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) reconoce el derecho a la cultura física y a la práctica del deporte como un Derecho Humano, por lo cual toda persona debe tener la posibilidad de practicar cualquier tipo de actividad física o deporte sin que exista algún tipo de discriminación, logrando de esta manera un desarrollo de inclusión en igualdad de oportunidades y libre de violencias; así como a su desarrollo en un contexto de inclusión e igualdad de oportunidades. El género es un conjunto de

simbolización y representaciones que una cultura desarrolla desde la diferencia anatómica entre hombres y mujeres, la categoría de género consiste en la construcción de significados y prácticas socialmente aceptadas y compartidas que parten de la distinción fisiológica y sexual entre individuos. Lo cual explica cómo a partir de la diferencia física se otorga una clasificación cultural y así surge una definición que comprende aspectos sociales y políticos como la división de trabajo, acceso a derechos y recursos en general, así como prácticas y rituales.

El deporte no sólo es una actividad lúdica que realza el cuerpo y el espíritu que tiene su máxima manifestación en los Juegos Olímpicos, sino que constituye también un derecho humano, ya expresamente reconocido en algunos países dentro de los que se encuentra México y en la Carta Internacional de la Educación Física y el Deporte de la UNESCO.

El último párrafo del artículo 4º. de la Constitución Federal, dispone que toda persona tiene derecho a la cultura física y a la práctica del deporte, esto significa que corresponde al Estado su promoción, fomento y estímulo conforme a las leyes en la materia. El derecho a la cultura física y el deporte, se inscribe dentro de la categoría de los derechos económicos, sociales y culturales y debe promover vínculos más estrechos entre las personas, la solidaridad, el respeto y el entendimiento mutuos, así como el respeto de la integridad y la dignidad de todo ser humano.

El derecho al deporte es interdependiente, esto es, guarda estrechas relaciones con otros derechos como lo son la vida, la salud, la integridad personal, la educación, el mínimo vital y, en última instancia con la dignidad de las personas. Es un derecho que no sólo incide con una dimensión individual, sino sobre todo colectiva, por el papel que puede tener para promover una cultura sana, valores, armonía, la autoestima y una relación armónica con los demás, esto es, una cultura de paz, indispensable para los momentos en que nuestro país atraviesa.

Sin embargo, este derecho implica obligaciones de respeto y de promoción para todos los niveles de gobierno, Federación, entidades

federativas, los Municipios, coordinados a través de la Ley General de Cultura Física y Deporte, quienes tienen deberes no sólo de respetar la práctica deportiva, sino de fomentarla y promoverla, labor en la que deben participar los sectores social y privado.

El derecho a la cultura física y al deporte, no sólo se desdobra en una dimensión del deporte del alto rendimiento, sino que implica la promoción de todas las prácticas deportivas, a todos niveles, desde los niños que tienen contacto con el sistema educativo nacional a nivel preescolar, pasando por todos los niveles educativos, asimismo, debe comprender a las mujeres y a los hombres, adultos mayores, personas con discapacidad y de los pueblos indígenas, lo cual implica no sólo garantizar su acceso en las mismas condiciones, sino de promover a quienes se encuentran en una situación de rezago.

Por ello se han de ofrecer posibilidades inclusivas, adaptadas y seguras de participar en la educación física, la actividad física y el deporte a todos los sin excepción.

Ahora bien, la realización de este derecho no sólo se puede quedar en el ámbito gubernamental, sino que implica la participación del sector social y del sector empresarial.

Todas las partes interesadas, incluido el sector empresarial, deben participar en la creación de una visión estratégica que determine las opciones y prioridades en materia de políticas.

El deporte nos involucra a todos, también al sector empresarial, que tiene el deber de participar activamente en la promoción del deporte a todos sus niveles. Hacer una realidad el derecho a la cultura física y al deporte es algo que nos beneficia a todos. Hacer realidad este derecho humano tiene un potencial de transformación de nuestra sociedad en múltiples niveles, la salud y con ello la disminución de enfermedades cardíacas o de la diabetes, la inclusión social, así como el fortalecimiento de los valores y de la comunidad; asimismo, a través del impulso al deporte del alto rendimiento, y el fortalecimiento de los deportistas mexicanos se pueden potenciar los resultados y a través de ellos, inspirar a la sociedad para realizar una activación física, es necesario buscar los mecanismos adecuados para consolidar

las políticas públicas que permitan una mejor colaboración entre el sector público, el privado y el social.

En México, desde 2009 se adicionó un párrafo al artículo 4° con relación al deporte, el cual dice lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a la cultura física y a la práctica del deporte. Corresponde al Estado su promoción, fomento y estímulo conforme a las leyes en la materia”.

Aunque no lo parezca, el derecho al deporte tiene un papel muy importante para el desarrollo humano pues se encuentra íntimamente relacionado con otras garantías universales como la vida, la salud, la educación, la integridad personal y el mínimo vital para el desarrollo personal y la dignidad. Además, al estar estrechamente relacionado con prácticas colectivas, ocupa una posición privilegiada para el desarrollo social y cultural en la promoción de valores y la sana convivencia.

La relevancia de la educación física y el deporte para la sociedad ha llevado a muchos a considerar que puede ser una poderosa herramienta para el cambio social y la promoción de la cultura de paz. Es por eso que los gobiernos de cada país no sólo deben prometer con palabras el derecho al deporte, sino que su deber es fomentar y garantizar que se lleve a cabo.

En México, existen distintos organismos responsables de hacer valer el derecho fundamental a la educación física y el deporte. Sin embargo, a cada uno de nosotros nos corresponde analizar y denunciar si estas instituciones verdaderamente funcionan, y si el Estado realmente cumple con ofrecer esta garantía universal.

Un futbolista iraní afronta su próxima ejecución por defender públicamente los derechos de las mujeres.

Amir Nasr-Azadani ha sido condenado a muerte por defender los derechos de las mujeres en su país. El régimen ya ejecutó a los luchadores Navid Afkari y Majid Reza Rahnava.

Amir Nasr-Azadani es uno de los pocos futbolistas que se ha enfrentado directamente al gobierno de Irán para reivindicar los derechos de las mujeres. El jugador del Iranjavan fue detenido por

defender públicamente las libertades y ahora vive sus momentos más duros tras ser condenado a pena de muerte.

Según denuncia FIFPRO, “el mundo del fútbol está conmocionado y asqueado por los informes de que el futbolista profesional Amir Nasr-Azadani se enfrenta a la ejecución en Irán después de hacer campaña por los derechos de las mujeres y las libertades básicas en su país. Nos solidarizamos con Amir y pedimos la eliminación inmediata de su castigo”.

Las polémicas del equipo iraní en el Mundial pasado fueron frecuentes. La de mayor repercusión fue en el primer partido donde no quisieron cantar el himno como acto de queja ante la situación que viven con el gobierno.

No es la primera condena a muerte de un deportista por parte del régimen iraní. Pese a los reclamos internacionales para salvarle la vida, el gobierno de Irán ya ejecutó en septiembre al luchador Navid Afkari.

Afkari, de 27 años, luchador en la disciplina greco-romana de Irán, fue condenado a muerte por el asesinato de un guardia de seguridad durante una ola de protestas contra el gobierno en 2018. Muchos sostienen que los cargos en contra del atleta fueron falsificados y que su ejecución fue utilizada utilizada como escarmiento contra la disidencia en Irán. En una grabación de audio, sacada secretamente de la cárcel donde estaba detenido, Afkari dijo que fue torturado y forzado a confesar el crimen.

Las autoridades iraníes ejecutaron también en público a Majid Reza Rahnavard, que, de acuerdo con algunas informaciones, era luchador de wrestling y fue ahorcado en público en la ciudad santa de Mashad.

La práctica del deporte tiene casi cuatro décadas de haber sido señalada por primera vez como un derecho humano. Sin embargo, ha sido en las últimas dos décadas en las que ha sido reconocida como tal, principalmente en textos constitucionales latinoamericanos. México ha sido uno de los últimos países en sumarse a ese reconocimiento constitucional. Ante esa realidad, resulta indispensable discutir qué

significa dicho reconocimiento y cuál es su contenido, alcances y límites de este joven derecho humano. Ante los escasos estudios de este tema y más desde una perspectiva de derechos humanos, en este artículo se proponen algunas ideas de la forma en la cual podría caracterizarse y configurarse el derecho humano a la práctica del deporte. No sólo para México que es la norma base de estudio, sino con el fin de alcanzar un entendimiento más amplio que permita que dicho derecho sea una realidad y no sólo retórica discursiva positivizada.

Cuando en México se habla de derechos humanos y se menciona el año 2011, lo común es pensar en el conjunto de modificaciones constitucionales que en esa materia entraron en vigor el 11 de junio del referido año. Sin embargo, hay más que eso, ya que en octubre de ese mismo año México se unió a una lista de países que han reconocido en el máximo nivel de su estructura jurídica al deporte o la práctica del deporte como un derecho humano. Lamentablemente, esto último ha pasado desapercibido en muchos ámbitos, en gran medida porque el texto constitucional mexicano es reformado tantas veces al año que no siempre resulta sencillo dar seguimiento a sus actualizaciones. Pero también, porque las prácticas deportivas más comercializadas como los son los Juegos Olímpicos y el Mundial de fútbol sólo nos dan esporádicas y contadas alegrías, en tanto que otras, muchas veces pasan inadvertidas por su falta de difusión más allá de quienes las practican o porque sólo son noticia ante los evidentes actos de corrupción de sus dirigentes. Con lo que, sumado a la ineficacia en la garantía y protección que hay respecto de otros derechos humanos en México, que se reconozca uno más y especialmente éste, parece que ha significado poco. Siendo consciente de que el México actual tiene frente a sí debates que podrían considerarse más importantes por la situación de inseguridad y violencia, considero que en la búsqueda de la construcción de un verdadero Estado de Derecho que pretenda recomponer muchas de las lamentables situaciones que nos aquejan hoy, la definición y concreción de los derechos que tenemos reconocidos en la Constitución es de la mayor importancia para alcanzar su materialización, pues han sido justamente las indefiniciones

y vacíos lo que nos han llevado a esa apatía y desesperanza en lo constitucional. Además de que, es justamente la práctica del deporte, lo que mucho podría ayudarnos a superar la situación que vivimos desde varios años a lo largo y ancho del país. Así las cosas, en este artículo intentaré demostrar que el derecho a la práctica del deporte no es un derecho exclusivo de quienes se dedican a ello, aunque esas personas deban tener una especial protección. Trataré de establecer cuáles son las coordenadas en las que actualmente se encuentra el derecho a la práctica del deporte, no sólo en México, sino a través de una revisión mundial, luego daremos algunas razones y argumentos por los cuales la práctica del deporte debe ser considerada como un derecho humano, al menos en México y en todos los países en los que de manera similar se ha reconocido. Posteriormente, desarrollaré algunas ideas, al menos iniciales y base para futuras discusiones, de cómo puede caracterizarse y configurarse la práctica del deporte como derecho humano. Lo que implicará establecer su núcleo esencial, sus ámbitos de aplicación, sus alcances mínimos y límites admisibles. Si bien lo anterior lo haré teniendo como base el sistema jurídico mexicano, pretendo que ello se pueda hacer extensivo a cualquier texto constitucional que reconozca ese derecho de manera similar, esto es, como un derecho humano.

En casi todas las regiones del mundo, con muy contadas excepciones, pero con constantes exclusiones en todas, los derechos humanos se han convertido en una parte central de la retórica de los discursos políticos, en palabras que es bueno e incluso necesario pronunciar para asegurar que un mensaje sea bien recibido, a pesar de que la realidad demuestre lo lejos que está el hecho de que esas palabras se transformen en algo concreto y efectivo para todas y todos. Bajo esa perspectiva, reconocer derechos en los textos legales, de tratados o constitucionales se ha convertido en la parte más simple de la ecuación, en la prueba más fácil de aportar a fin de demostrar interés y compromiso con los derechos humanos. Más cuando ese reconocimiento no va acompañado de las garantías necesarias para que la expectativa de derecho sea una real posibilidad de exigencia y

protección o cuando el derecho reconocido es tan amplio, ambiguo o complejo que concretar su contenido llevará largos debates en diversos ámbitos antes de su efectiva puesta en marcha en el mundo jurídico por más que sea una actividad, atributo, condición o característica inherente a la naturaleza humana. Con lo que, en la compleja realidad actual, el tener derechos humanos reconocidos en normas de origen nacional (Constitución, leyes, reglamentos) o normas de origen internacional (tratados) de las cuales se componga el sistema jurídico de un país es una expectativa formal, pero lamentablemente no siempre una realidad para toda persona. Es un auxiliar discursivo para la legitimación de políticas públicas, de instituciones y de gobiernos; pero no necesariamente una garantía del bienestar y del respeto de la dignidad humana sin discriminación. Lo anterior tiene grados y ciertamente no puede ser generalizado en todas las latitudes del mundo para todos los derechos y libertades. Pero tampoco puede negarse que ello ocurre con independencia de los valores que cada sociedad legítimamente desee priorizar en el marco jurídico que se haya dado por medio del Estado. Con lo que quiero decir que no necesariamente son los valores de la llamada sociedad occidental los que deben de prevalecer para que se pueda considerar como efectiva la protección de los derechos humanos. Pero sí que, con independencia de ello, muchos de los valores convertidos en derechos, con independencia del lugar que en cada región del mundo se les asigne, son en muchos casos tan sólo palabras, letras, expectativas y no realidades para las personas. Y sino para todas, sí para algunos tipos de personas que históricamente han sido excluidas de la posibilidad de contar incluso con meras expectativas de derechos a pesar de cumplir con la característica esencial de ser un ser humano. Así, el reconocimiento de derechos es tan sólo el primer paso: la formalización por medio del derecho de una actividad, atributo, condición o característica inherente a la naturaleza humana. Primer paso de gran importancia, pues es con éste con el que se inicia el camino. Los pasos siguientes, en mucho dependen del derecho del que se trate, por lo que no me atrevo a generalizar si en todos los casos es fácil o difícil su efectiva puesta

en marcha. En el caso de la práctica del deporte, que es el derecho humano que interesa, el camino se inició en el ámbito internacional con la aprobación de la Carta Internacional de la Educación Física y el Deporte el 21 de noviembre de 1978 en el marco de la 20ª reunión de la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). Documento que no puede ser clasificado como un tratado y, por tanto, no genera obligaciones internacionales de naturaleza jurídica para los Estados que la aprobaron, sino tan sólo deberes genéricos de tipo político y respaldo frente a la comunidad internacional.

En dicha Carta Internacional de manera expresa, en cuanto a lo que aquí interesa, se establece:

Artículo primero. La práctica de la educación física y el deporte es un derecho fundamental para todos.

1.1. Todo ser humano tiene el derecho fundamental de acceder a la educación física y al deporte, que son indispensables para el pleno desarrollo de su personalidad. El derecho a desarrollar las facultades físicas, intelectuales y morales por medio de la educación física y el deporte deberá garantizarse tanto dentro del marco del sistema educativo como en el de los demás aspectos de la vida social.

Anterior a esa Carta Internacional, pero no con la claridad de ésta, aunque sí con la misma naturaleza declarativa, en el marco del Consejo de Europa fue aprobada en 1975 en Bruselas por la Conferencia de ministros europeos responsables de Deporte, la Carta Europea Deporte para Todos. Documento que en su artículo 1 establece: “Todo individuo tiene derecho a participar en el deporte”. Al ser el término participar más amplio y ambiguo y, con ello, poder incluir actividades pasivas frente al deporte y no necesariamente activas, destaco la importancia de su existencia, pero no la forma en que se reconocía el derecho. Con una redacción prácticamente idéntica a la antes transcrita, aunque con la inclusión de tres descripciones respecto a lo que incluye dicha participación, el 24 de septiembre de 1992 el Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobó la Carta Europea del Deporte en la que se establece de manera expresa la práctica del

deporte como 12 derecho de todos. Documento que tampoco tiene la naturaleza de tratado, por lo que no es jurídicamente obligatorio, pero que sin duda alguna establece compromisos que deben asumir los 47 Estados europeos que participan en dicho Consejo. Posterior a los dos documentos antes referidos, en 1996 la Carta Olímpica incluyó por primera vez en su texto, como octavo principio fundamental que: “La práctica del deporte es un derecho humano. Toda persona debe tener la posibilidad de practicar deporte de acuerdo con sus necesidades”. Aunque el texto más actualizado (2011) de dicha Carta Olímpica establece: La práctica del deporte es un derecho humano. Toda persona debe tener la posibilidad de practicar deporte sin discriminación de ningún tipo y dentro del espíritu olímpico, que exige comprensión mutua, espíritu de amistad, solidaridad y juego limpio. Este documento tiene una naturaleza aún menos vinculante jurídicamente para los Estados, ya que no es aprobado en el seno de un órgano multilateral internacional como lo es la Organización de Naciones Unidas, el Consejo de Europa, la Organización de Estados Americanos o la Unión Africana, sino por un organismo encargado de promover el olimpismo en el mundo y de coordinar las actividades del llamado Movimiento Olímpico. De manera específica, se trata de una organización constituida bajo las leyes suizas a manera de asociación. Con lo cual, no tiene sustento en ningún tratado, sino en la referida Carta Olímpica y las representaciones de cada país son más a modo asociativo que de tipo diplomático, esto es, sin facultades para generar normas jurídicas vinculantes para los Estados, aunque sí obligaciones para sus asociados. Pese a ello, la Carta Olímpica es el documento que en el ámbito internacional reconoce de manera más clara y expresa a la práctica del deporte su calidad de derecho humano. Ningún tratado internacional, ni regional de derechos humanos reconoce expresamente esa calidad a la práctica del deporte. Lo más cercano a ello que existe es lo que establece la Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (artículos 10 y 13); y la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con Discapacidad (artículo 30). Tratados

internacionales, con toda la fuerza jurídica que conllevan, en los que se reconoce a la práctica del deporte como un derecho humano que debe reconocerse a las mujeres y las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que el hombre, en igualdad de condiciones que las demás personas, respectivamente. Con lo que implícitamente se reconoce que toda persona, sin discriminación, tiene derecho a la práctica del deporte. No como un derecho independiente, pero sí como un derecho específico. Otros tratados reconocen el derecho a jugar o al juego, la eliminación de la discriminación en el deporte o la prohibición del apartheid en el deporte, pero ninguno reconoce aún de manera expresa, ni como un derecho autónomo a la práctica del deporte. Posiblemente eso ocurre atendiendo a la responsabilidad que reclamaba al inicio o por no considerarse necesario su reconocimiento con todas sus letras. Aunque lo cierto es que el mayor número de reconocimientos explícitos de la práctica del deporte como un derecho específico se han hecho en textos constitucionales latinoamericanos.

Así, en la Constitución de Bolivia (artículo 104), Colombia (artículo 52, tercer párrafo), Cuba (artículo 52), Ecuador (artículo 24), México (artículo 4, último párrafo), Nicaragua (artículo 65), República Dominicana (artículo 65) y Venezuela (artículo 111) se reconoce el derecho al deporte o a la práctica del deporte. En Surinam (artículo 37) sólo se reconoce ese derecho a las personas jóvenes. En Europa, sólo se introduce de manera similar a lo antes referido en la Constitución de Portugal (artículo 79) pero de esa región del mundo sólo en ese país se ha hecho hasta 32 hoy. La gran mayoría de textos constitucionales tanto de América como de Europa que hacen mención del deporte, lo recogen como un deber del Estado o de algunas autoridades específicas, pero sólo en cuanto a su fomento, promoción y subvención. No como un derecho de las personas. Así, a manera de ejemplo tenemos los textos constitucionales de Brasil, Bulgaria, Chile, España, Guatemala, Grecia, Honduras, Hungría, Panamá, Paraguay, Rumania, Turquía, Ucrania y Suiza. De manera similar a todo lo anterior se hace en Kenia.

Hay quien considera, por ejemplo, en España, que esa encomienda o mandato constitucional de fomento, apoyo o subvención

dirigido a uno o varios poderes públicos del Estado cumple con una función semejante a la de las normas que reconocen expresamente el derecho. Afirmación que es parte importante de muchos debates cuando se habla de derechos fundamentales y su reconocimiento, en los cuales no entraré por no ser el fin de este artículo. Sin embargo, la referida posición no la comparto desde un punto de vista estrictamente jurídico-constitucional, por una parte, en la medida de que esos mandatos toman al deporte como un objeto que el Estado debe desarrollar y del cual se pueden beneficiar sólo algunas personas al ser simplemente parte de una política pública o herramienta para alcanzar otros derechos. Pero no lo asumen como un derecho que se debe garantizar a toda persona, ni establecen qué es lo que implica su reconocimiento expreso como derecho humano, esto es, su contenido esencial, sus destinatarios, alcances y límites. Y, por otra parte, esos mandatos pocas veces van acompañados de garantías (recursos judiciales) para exigir su cumplimiento o peor aún, para ser cumplidos deben ser considerados como parte de uno que sí sea considerado un derecho y que por tanto sí tenga garantías de exigencia. Con lo cual, por más que se tenga una visión positiva, difícilmente se equiparán con un reconocimiento expreso. Situación que, por ejemplo, quedó demostrada en España desde hace mucho tiempo cuando el Tribunal Supremo español al resolver casos en los que se reclamaba ese derecho al deporte, para hacer su estudio se ocupó del derecho a la salud y del derecho a la educación, y dentro de éstos y para el respeto de éstos valoró la importancia que tenía el desarrollo de actividades deportivas. Al igual que ha ocurrido en Colombia. Pero no como un derecho autónomo con el que cuentan las personas, sino como un objeto o medio para la satisfacción de otros, como un objeto de regulación no como derecho subjetivo autónomo. Con todo lo anterior, parece quedar claro que la práctica del deporte es considerada de forma mayoritaria a nivel mundial como una actividad que requiere de regulación, antes que un derecho de las personas. Sólo en algunas constituciones de la región latinoamericana y en algunos documentos internacionales sin fuerza vinculante se ha venido reconociendo como un derecho de las

personas, como un derecho humano. De manera general, este es el panorama del estado que guarda el derecho a la práctica del deporte.

