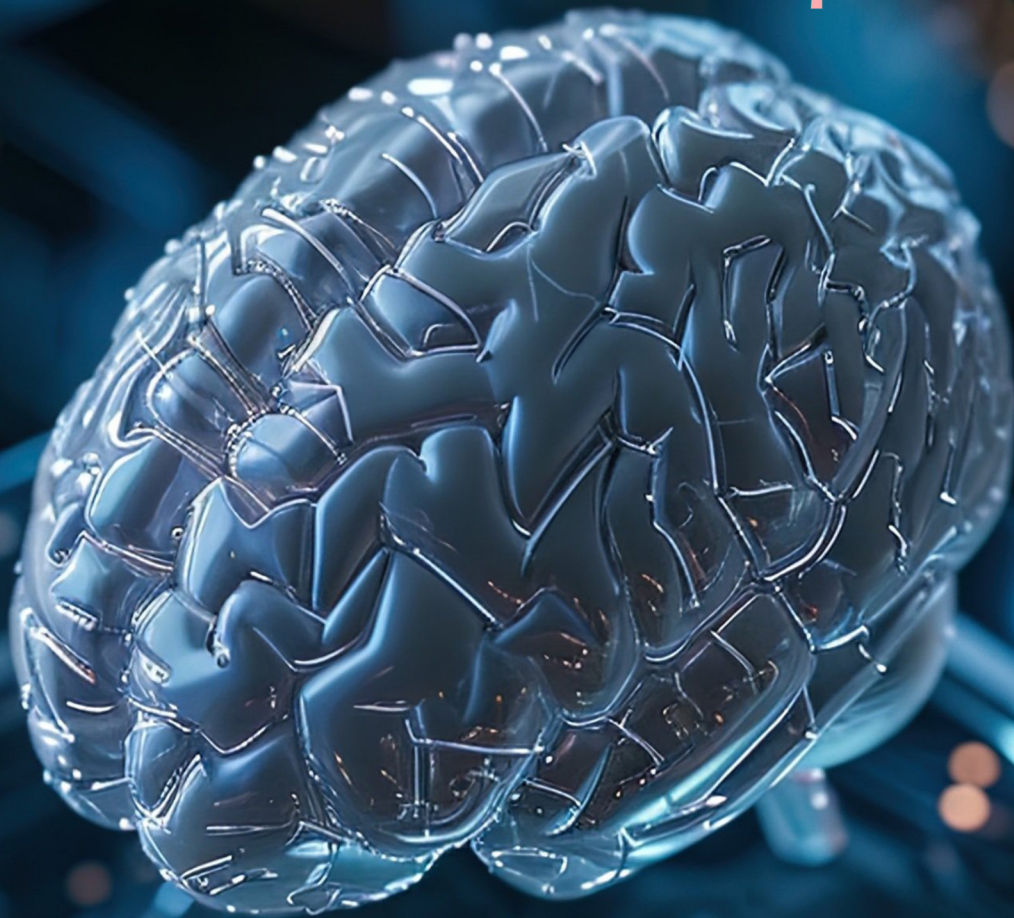


Propriedade Intelectual e Tecnologias Emergentes: visões internacionais e comparadas



Direito.UnB. Revista de Direito da Universidade de Brasília.
Programa de Pós-Graduação em Direito – Vol. 9, N. 1 (Jan../Dez
2025) –Brasília, DF: Universidade de Brasília, Faculdade Direito.

Anual 2025.

ISSN 2357-8009 (VERSÃO ONLINE)

ISSN 2318-9908 (VERSÃO IMPRESSA)

Multilíngue (Português/Inglês/Espanhol/Francês)

1. Direito – periódicos. I. Universidade de Brasília,
Faculdade de Direito.

CDU 340

Revista de Direito da Universidade de Brasília
University of Brasilia Law Journal

Revista vinculada ao Programa de pós-graduação
em Direito da Universidade de Brasília

Janeiro – Dezembro de 2025, volume 9, N. 01

CORPO EDITORIAL

EDITORA-CHEFE

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Inez Lopes Matos Carneiro de Farias

EDITORES

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Daniela Marques de Moraes

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Evandro Piza Duarte

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Fabiano Hartmann Peixoto

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Gabriela Garcia Batista Lima Moraes

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Janaína Lima Penalva da Silva

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Marcelo da Costa Pinto Neves

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Othon de Azevedo Lopes

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Simone Rodrigues Pinto

CONSELHO CIENTÍFICO

Universität Bielefeld, Alemanha – Ifons Bora

Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil – Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil – Ana Lúcia Sabadell

Universidade de Connecticut, Estados Unidos – Ángel Oquendo

Universidade of Northumbria, Reino Unido – Delphine Defossez

Universidade de Glasgow, Escócia – Emílios Christodoulidis

Universidade Federal de Goiás, Brasil – Francisco Mata Machado Tavares

Universität Flensburg, Alemanha – Hauke Brunkhorst

University of Luxembourg, Luxemburgo – Johan van der Walt

Universidade Agostinho Neto, Angola – José Octávio Serra Van-Dúnem

University of Glasgow, Escócia – Johan van der Walt

Universidade de Helsinque, Finlândia – Kimmo Nuotio
Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil – Leonel Severo Rocha
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil – Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira
Universidade Meiji, Japão – Masayuski Murayama
Universidade Clássica de Lisboa, Portugal – Miguel Nogueira de Brito
Universidade Federal do Piauí, Brasil – Nelson Juliano Cardoso Matos
Universidade Federal do Pará, Brasil – Paulo Weyl
Universidade Católica de Santos, Brasil – Olavo Bittencourt Neto
Universidad de Los Andes, Colômbia – René Fernando Urueña Hernandez
Universidade Federal de Uberlândia, Brasil – Thiago Paluma
Universidade Johann Wolfgang Goethe, Alemanha – Thomas Vesting
Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil – Valesca Raizer Borges Moschen
Universidade de São Paulo, Brasil – Virgílio Afonso da Silva

SECRETÁRIA EXECUTIVA

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Ida Geovanna Medeiros da Costa

EQUIPE DE REVISÃO E EDIÇÃO DE TEXTO

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Ida Geovanna Medeiros da Costa
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Inez Lopes Matos Carneiro de Farias
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Marcos Heleno Lopes Oliveira
Instituto Federal de Brasília, Tecnologia em Gestão Pública, Brasil - - Silvio Luiz Medeiros da Costa

DIAGRAMAÇÃO

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Ida Geovanna Medeiros da Costa
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Inez Lopes Matos Carneiro de Farias
Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Marcos Heleno Lopes Oliveira
Instituto Federal de Brasília, Tecnologia em Gestão Pública, Brasil - Silvio Luiz Medeiros da Costa

CAPA

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasil – Inez Lopes Matos Carneiro de Farias

IMAGEM

Imagem: <https://pixabay.com/pt/illustrations/c%c3%a9rebro-artificial-intelig%c3%aan-cia-8530786/>

ASSISTENTES Kelly Martins Bezerra – Universidade de Brasília, Brasil

DIREITO.UnB

Revista de Direito da Universidade de Brasília
University of Brasilia Law Journal

V. 09, N. 01

Janeiro–Dezembro de 2025

SUMÁRIO

NOTA EDITORIAL	13
Inez Lopes	
AGRADECIMENTOS	21
Inez lopes	
Ida Geovanna Medeiros	
PREFÁCIO	23
Guillermo Palao Moreno	
Thiago Paluma,	
Mônica Steffen Guise	
Fabício Bertini Pasquot Polido	
DOSSIÊ TEMÁTICO	
<i>Propriedade Intelectual e Tecnologias Emergentes: visões internacionais e comparadas</i>	27
SONORIDADE MARCÁRIA: EXPLORANDO AS IMPLICAÇÕES DO DIREITO INTERNACIONAL NA REGISTRABILIDADE DAS MARCAS SONORAS NO BRASIL	27
Rodrigo Róger Saldanha	
Ana Karen Mendes de Almeida	
¿EL DERECHO DE AUTOR MUERE DONDE NACEN LAS FAKE NEWS?	51
Janny Carrasco Medina	
Oscar Alberto Pérez Peña	
DESAFIOS PARA A CONCESSÃO DE PATENTES A SISTEMAS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DE DABUS: AN ANALYSIS FROM DABUS	79
Salete Oro Boff	
Joel Marcos Reginato	
William Andrade	

INFRAÇÃO DE MARCAS NA CHINA: O PROBLEMA DO MODELO DE NEGÓCIO ORIGINAL
EQUIPMENT MANUFACTURER – OEM 107

Eduardo Oliveira Agostinho
Fernanda Carla Tissot
Carlos Henrique Maia da Silva

A PROPRIEDADE INTELECTUAL COMO FERRAMENTA PARA DIFICULTAR O REPARO DE
EQUIPAMENTOS ELETROELETRÔNICOS 129

Patrícia Borba Marchetto
João Vítor Lopes Amorim

PROPRIEDADE INTELECTUAL E CAMPANHAS ELEITORAIS: A JUSTIÇA ELEITORAL NA
REGULAÇÃO DESSA RELAÇÃO 151

João Araújo Monteiro Neto
Victor Wellington Brito Coelho

ARTIGOS -

Direito e Tecnologias

DEEPFAKE PORNOGRAPHY: UMA ANÁLISE JURÍDICA SOBRE DIGNIDADE HUMANA E
INTELIGENCIA ARTIFICIAL 167

Márcia Haydée Porto de Carvalho
Isadora Silva Sousa, Pedro Bergê Cutrim Filh
Wiane Joany Batalha Alves

USO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PELO PODER PÚBLICO COM FINALIDADE DE
INVESTIGAÇÃO ADMINISTRATIVA: FUNDAMENTOS DO USO COMPARTILHADO DE
DADOS E COMPARAÇÃO COM A HERRAMIENTA DE LUCHA CONTRA EL FRAUDE
ESPANHOLA 195

Luis Henrique de Menezes Acioly
Alice de Azevedo Magalhães
Jéssica Hind Ribeiro Costa

MICRO TAREFAS, INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E TURKERS: NOVAS TECNOLOGIAS E O
FUTURO DO TRABALHO 229

Clarissa Maria Beatriz Brandão de Carvalho Kowarski
Ana Luiza de Moraes Gonçalves Correia,

O 'CONTRATO DIGITAL' NA ERA DA DESINFORMAÇÃO: REGULAÇÃO DE PLATAFORMAS
E CONSTITUCIONALISMO DIGITAL 251

João Victor Archegas
Eneida Desiree Salgad

ARTIGOS -

AS BARREIRAS DE GÊNERO NA AVIAÇÃO CIVIL: O QUE ESPERAR NO FUTURO? UMA
ANÁLISE DE DIREITO INTERNACIONAL COMPARADO E BRASILEIRO 287

Inez Lopes
Valeria Starling
Ida Geovanna Medeiros

PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO: EQUIDADE DE GÊNERO NA
DOCÊNCIA JURÍDICA: GENDER EQUITY IN JURIDICAL EDUCATION 315

Danielle Grubba
Fabiana Sanson

CAN WE CLOSE THE ISDS COFFIN? THE ROLE OF NATIONAL COURT IN ENFORCING
THE INTRA-EU ARBITRATION BAN 331

Delphine Defossez

PODER JUDICIÁRIO: DEMOCRATIZAÇÃO E RESGUARDO DOS DADOS DOS
CONSUMIDORES NO ÂMBITO DOS CADASTROS POSITIVOS 387

Antônio Carlos Efig
Nicolle Suemy Mitsuhashi

ASPECTOS CONSUMERISTAS RELATIVOS À ENERGIA SOLAR FOTOVOLTAICA 407

Monica Mota Tassigny
Cloves Barbosa de Siqueira

A FORMAÇÃO DO FACILITADOR EM JUSTIÇA RESTAURATIVA NO PODER JUDICIÁRIO
BRASILEIRO 431

Liliane Cristina De Oliveira Hespanhol
Eliana Bolorino Canteiro Martins,

O VAZIO NORMATIVO E A INVIABILIDADE DE ACESSO AO DIREITO À SAÚDE MENTAL PELA COMUNIDADE LGBTQIAP+:: A QUIMERA BRASILEIRA	463
Mikhail Vieira de Lorenzi Cancelier	
O FEDERALISMO COOPERATIVO, BOLSONARISTA E DE RESISTÊNCIA: DISPUTAS EM TEMPOS DE COVID-19	487
Vera Karam de Chueiri	
Gianluca Nicochelli	
SOBERANIA ALIMENTAR E POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À AGRICULTURA FAMILIAR	513
Jaime Domingues Brito	
Ana Cristina Cremonesi	
O USO DE ANIMAIS COMO FERRAMENTA DE APOIO AO DEPOIMENTO ESPECIAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES	543
Diego dos Santos Reis	
Malu Stanchi Carregosa	
INFLUXO DAS POLÍTICAS INTERNACIONAIS NO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO	579
Isabela Dutra Ribeiro	
Rosiane Maria Lima Gonçalves	
Ebio Viana Meneses Neto	
Carlos Eduardo Artiaga Paula,	
DA TRIBUTAÇÃO À CRIMINALIDADE: IMPACTOS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE TRANSFERÊNCIA DE RENDA	613
Luma Teodoro da Silva	
Renato Bernardi	
Ricardo Pinha Alonso	
RACISMO ESTRUTURAL E VIOLÊNCIA SIMBÓLICA NA CONSTRUÇÃO DA RACIONALIDADE JURÍDICA BRASILEIRA	663
Helena Loureiro Martins	
Andréa Santana	
“CRIME, LOUCURA E CASTIGO”:: PRECEDENTES SOCIOLÓGICOS INFRACIONAIS DE CUSTODIADAS NA BAHIA	661
Mayara Pereira Amorim	
Vinícius Gomes Casalino	



UnB



**conhecimento em movimento
sociedade em transformação**



CAPES



.periodicos.

latindex

Sistema Regional de Información
en línea para Revistas Científicas de América Latina,
el Caribe, España y Portugal

NOTA EDITORIAL

A Revista DIREITO.UnB, Volume 9, Número 1, está no ar! O periódico é um espaço dedicado a estudos e debates interdisciplinares sobre problemas jurídicos alinhados às linhas de pesquisa do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (PPGD/UnB), cuja Área de Concentração é Direito, Estado e Constituição.

O Programa organiza-se em cinco linhas de pesquisa: (1) Movimentos sociais, conflito e direitos humanos; (2) Constituição e democracia; (3) Internacionalização, trabalho e sustentabilidade; (4) Transformações na ordem social e econômica e regulação; e (5) Criminologia, estudos étnico-raciais e de gênero. Essas linhas orientam a produção acadêmica do PPGD/UnB e estruturam as contribuições que compõem a revista.

A Revista DIREITO.UnB, de periodicidade anual, constitui um espaço permanente para a publicação de artigos acadêmicos. Eventualmente, também são incluídos artigos-resenha, comentários e análises de jurisprudência e outras contribuições acadêmicas.

Esta edição conta com vinte e cinco artigos. A primeira seção é dedicada a um dossiê temático sobre Propriedade Intelectual e Tecnologias Emergentes: visões internacionais e comparadas, organizado pelos professores Dr. Guillermo Palao Moreno (Universitat de València – Espanha), Dr. Thiago Paluma (Universidade Federal de Uberlândia Brasil), Dra. Mônica Steffen Guise (Fundação Getúlio Vargas – São Paulo, Brasil) e Dr. Fabrício Bertini Pasquot Polido (Universidade Federal de Minas Gerais – Brasil), que também assinam o prefácio deste número.

A segunda seção reúne trabalhos voltados a temas de Direito e Tecnologias, destacando análises contemporâneas sobre transformações digitais, regulação e desafios jurídicos emergentes.

A terceira seção apresenta artigos de fluxo contínuo, que refletem a diversidade de pesquisas desenvolvidas no âmbito das cinco linhas do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (PPGD/UnB). Esses artigos espelham o caráter plural, crítico e interdisciplinar que marca a produção científica do Programa.

Inaugurando a segunda seção sobre Direito e Tecnologias, no artigo DEEPFAKE PORNOGRAPHY: UMA ANÁLISE JURÍDICA SOBRE DIGNIDADE HUMANA E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, escrito por Márcia Haydée Porto de Carvalho, Isadora Silva Sousa, Pedro

Bergê Cutrim Filho e Wiane Joany Batalha Alves, investiga o impacto da manipulação de imagens por IA na dignidade e privacidade das vítimas. Os autores realizam uma abordagem legislativa e jurisprudencial para demonstrar a atual insuficiência do ordenamento jurídico brasileiro em oferecer respostas rápidas e eficazes contra a produção de conteúdo pornográfico sem consentimento. Dessa forma, “o estudo é de grande importância porque cada vez mais a evolução tecnológica traz consigo problemas de natureza sociojurídica, que exige do Estado uma resposta efetiva e rápida para salvaguardar a dignidade humana”.

Na sequência, O ensaio USO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PELO PODER PÚBLICO COM FINALIDADE DE INVESTIGAÇÃO ADMINISTRATIVA: FUNDAMENTOS DO USO COMPARTILHADO DE DADOS E COMPARAÇÃO COM A HERRAMIENTA DE LUCHA CONTRA EL FRAUDE ESPANHOLA, de Luis Henrique de Menezes Acioly, Alice de Azevedo Magalhães e Jéssica Hind Ribeiro Costa, examina o avanço da IA na administração pública. Utilizando o sistema espanhol como parâmetro, o estudo busca “compreender o panorama técnico-jurídico de compartilhamento e interoperabilidade de dados pessoais nos respectivos ordenamentos, e consignar a delimitação conceitual de inteligência artificial e estado da arte da discussão sobre o uso ético de tais sistemas”.

Já o artigo MICRO TAREFAS, INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E TURKERS: NOVAS TECNOLOGIAS E O FUTURO DO TRABALHO, das autoras Clarissa Maria Beatriz Brandão de Carvalho Kowarski e Ana Luiza de Moraes Gonçalves Correia, alerta para as pesquisas e regulação sobre as microtarefas. Através da análise do caso Amazon Mechanical Turk, o artigo busca “compreender o conceito, o funcionamento e os riscos das plataformas de micro tarefas para os trabalhadores da plataforma (turkers), em especial, no contexto brasileiro, com a posterior exposição da ferramenta do cooperativismo de plataforma adotado por Trebor Scholz em prol de uma economia digital mais justa, de modo a auxiliar nas reflexões e no incentivo a mecanismos capazes de combater os princípios da ideologia do Vale do Silício, adotados pelas gigantes da tecnologia”.

Encerrando esta seção, o artigo O ‘CONTRATO DIGITAL’ NA ERA DA DESINFORMAÇÃO: REGULAÇÃO DE PLATAFORMAS E CONSTITUCIONALISMO DIGITAL, de João Victor Archegas e Eneida Desiree Salgado, analisa como as plataformas digitais, seus modelos de governança e as dinâmicas de moderação de conteúdo se entrecruzam com o constitucionalismo liberal e com a ameaça crescente da desinformação. A partir da comparação entre os eventos de 6 de janeiro nos EUA e 8 de janeiro no Brasil, o estudo discute o papel das plataformas na arquitetura da esfera pública digital e avalia criticamente propostas governamentais de regulação. Os autores defendem caminhos multissetoriais e estratégias de co-regulação para reconstruir confiança, preservar a

liberdade de expressão e enfrentar o tecnoautoritarismo em ascensão

Nesta seção de artigos de fluxo contínuo, reunimos quatorze contribuições que refletem a vitalidade da produção acadêmica contemporânea em Direito, marcada pela diversidade temática, rigor metodológico e profundo compromisso social.

O artigo “AS BARREIRAS DE GÊNERO NA AVIAÇÃO CIVIL: O QUE ESPERAR NO FUTURO? UMA ANÁLISE DE DIREITO INTERNACIONAL COMPARADO E BRASILEIRO”, de Inez Lopes, Valeria Starling e Ida Geovanna Medeiros, inaugura a seção com uma investigação abrangente sobre a permanência das desigualdades de gênero no setor aeronáutico. As autoras articulam normas da Organização da Aviação Civil Internacional, (OACI,) agência especializada das Nações Unidas responsável por estabelecer normas, padrões e práticas recomendadas para a aviação civil internacional, que adotaram diretrizes para desvendar mecanismos persistentes de exclusão e projetar caminhos institucionais para maior diversidade e inclusão.

Em “PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO: EQUIDADE DE GÊNERO NA DOCÊNCIA JURÍDICA”, DANIELLE GRUBBA E FABIANA SANSON analisam a sub-representação feminina nos programas de pós-graduação, demonstrando como estruturas de poder, progressão acadêmica desigual e barreiras institucionais comprometem a presença de mulheres em posições de prestígio e liderança. As autoras defendem transformações culturais profundas para a construção de um ambiente acadêmico verdadeiramente equitativo.

O artigo de Delphine Defossez intitulado “PODEMOS FECHAR O CAIXÃO DO ISDS?” analisa a crescente controvérsia na União Europeia sobre a resolução de litígios entre investidores e Estados, especialmente no contexto do Tratado da Carta da Energia (TCE). Mesmo após decisões do Tribunal de Justiça da UE, arbitragens continuam a ser movidas contra Estados-Membros, muitas vezes em jurisdições externas. Isso cria dificuldades para os Estados, agravadas pela pouca atenção dos tribunais arbitrais às metas de mitigação climática. O texto destaca, porém, que alguns tribunais nacionais têm oferecido resistência ao negar o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais intra-UE.

O artigo “PODER JUDICIÁRIO: DEMOCRATIZAÇÃO E PROTEÇÃO DOS DADOS DO CONSUMIDOR NOS CADASTROS POSITIVO”, de Monica Mota Tassigny, Cloves Barbosa de Siqueira e Rosanna Lima de Mendonça, examina a importância da atuação do Poder Judiciário na democratização do acesso às informações dos cadastros positivos e na proteção dos consumidores diante de possíveis desvios em sua finalidade pública. Analisa-se o funcionamento e o fundamento legal desses cadastros, as restrições de acesso impostas pelos bancos de crédito e a relação entre esse acesso e a Lei Geral de

Proteção de Dados (LGPD).

EM “ASPECTOS CONSUMERISTAS RELATIVOS À ENERGIA SOLAR FOTOVOLTAICA”, de Antônio Carlos Efig e Nicolle Suemy Mitsuhashi, os autores analisam como a crescente adoção de sistemas de micro e minigeração de energia solar no Brasil tem colocado consumidores diante de novas relações jurídicas e desafios específicos. A pesquisa destaca que a aquisição e instalação desses equipamentos exige atenção reforçada ao dever de informação, às garantias contratuais e ao manejo adequado dos resíduos pós-consumo.

O texto “A FORMAÇÃO DO FACILITADOR EM JUSTIÇA RESTAURATIVA NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO”, de Liliane Cristina De Oliveira Hespanhol E Eliana Bolorino Canteiro Martins, discute a formação ética e interdisciplinar necessária para consolidar práticas restaurativas no sistema de justiça. Os autores enfatizam que a efetividade da Justiça Restaurativa depende de profissionais capacitados para romper com lógicas punitivistas e promover práticas de diálogo e responsabilização transformadora.

Em “O VAZIO NORMATIVO E A INVIABILIDADE DE ACESSO AO DIREITO À SAÚDE MENTAL PELA COMUNIDADE LGBTQIAP+: A QUIMERA BRASILEIRA”, de Mikhail Vieira de Lorenzi Cancelier* analisa como a ausência de reconhecimento formal da comunidade LGBTQIAP+ no ordenamento jurídico brasileiro restringe seu acesso ao direito à saúde, especialmente à saúde mental. A partir de um método dedutivo, o autor discute o direito à saúde como direito social, fundamental e da personalidade, destaca a invisibilidade normativa dessa comunidade e diferencia reconhecimento simbólico e efetiva constituição de direitos. Por fim, examina os impactos psicológicos decorrentes desse vazio jurídico, relacionando a insegurança normativa aos danos à saúde mental da população LGBTQIAP+.

O artigo “O FEDERALISMO COOPERATIVO, BOLSONARISTA E DE RESISTÊNCIA: DISPUTAS EM TEMPOS DE COVID-19”, de Vera Karam de Chueiri e Gianluca Nicochelli, oferece uma leitura crítica dos conflitos federativos acirrados pela pandemia. As autoras examinam como a COVID-19 impactou o federalismo brasileiro, contrastando o modelo constitucional de 1988 com o chamado “federalismo bolsonarista”, marcado por tensões entre União e entes subnacionais. O texto analisa decisões do STF e a atuação do Consórcio do Nordeste, que contribuíram para redefinir a dinâmica federativa durante a crise sanitária.

Na sequência, em “SOBERANIA ALIMENTAR E POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À AGRICULTURA FAMILIAR”, de Jaime Domingues Brito e Ana Cristina Cremonezi,

discute-se a relação entre soberania alimentar, segurança alimentar e políticas públicas de agricultura familiar no contexto dos ODS da Agenda 2030. Parte-se da hipótese de que tais políticas podem contribuir significativamente para a erradicação da pobreza, especialmente diante do retorno do Brasil ao Mapa da Fome. O estudo aponta avanços, retrocessos e potencialidades, ressaltando a importância da participação social, do fortalecimento da atuação municipal e dos caminhos necessários para ampliar a soberania alimentar em comunidades vulnerabilizadas.

O artigo “O USO DE ANIMAIS COMO FERRAMENTA DE APOIO AO DEPOIMENTO ESPECIAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES”, de Ana Carolina Cezar Dias, Mariana Carvalho e Luiza Souza, explora experiências inovadoras com cães de assistência emocional no sistema de justiça. O estudo evidencia os efeitos positivos da presença dos animais na redução da ansiedade, no acolhimento das vítimas e na qualidade do depoimento especial, apontando potenciais de expansão dessa prática no âmbito nacional.

O artigo “INFLUXO DAS POLÍTICAS INTERNACIONAIS NO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO”, de Isabela Dutra Ribeiro, Rosiane Maria Lima Gonçalves, Ebio Viana Meneses Neto e Carlos Eduardo Artiaga Paula, examina como políticas internacionais influenciam o sistema tributário brasileiro. Por meio de pesquisa bibliográfica sistematizada, os autores demonstram que tais políticas afetam a tributação interna por meio de incentivos fiscais voltados ao crescimento econômico, à geração de emprego e à redução das desigualdades. Destacam, contudo, os desafios de implementação, que incluem o risco de enfraquecimento de setores econômicos e a necessidade de conciliar interesses divergentes entre países.

O artigo “DA TRIBUTAÇÃO À CRIMINALIDADE: IMPACTOS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE TRANSFERÊNCIA DE RENDA”, de Luma Teodoro da Silva, Renato Bernardi e Ricardo Pinha Alonso, examina a criminalidade sob a perspectiva da teoria econômica, enfatizando a relação entre desigualdades sociais e delitos patrimoniais. Com base em método dedutivo e análise de dados, defende a adoção de políticas públicas e incentivos fiscais que ampliem autonomia financeira, educação e cultura. Os autores propõem mecanismos tributários, como a taxação de grandes fortunas, para financiar programas de renda mínima e contribuir para a redução da criminalidade e o desenvolvimento socioeconômico.

O artigo “RACISMO ESTRUTURAL E VIOLÊNCIA SIMBÓLICA”, de Mayara Pereira Amorim e Vinícius Gomes Casalino, investiga o racismo estrutural na sociedade brasileira a partir das ferramentas epistêmicas da sociologia de Pierre Bourdieu, com especial

ênfase no conceito de violência simbólica. As autoras e autores demonstram como estruturas sociais historicamente consolidadas reproduzem privilégios e hierarquias raciais, sendo o direito um instrumento central de legitimação dessas arbitrariedades.

Por fim, o artigo “CRIME, LOUCURA E CASTIGO: PRECEDENTES SOCIOLÓGICOS INFRACIONAIS DE CUSTODIADAS NA BAHIA”, também de Helena Loureiro Martins e Andréa Santana Leone de Souza, apresenta um estudo de caso no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico da Bahia. A partir de entrevistas e análise normativa, as autoras identificam que, nos atos infracionais cometidos por mulheres sob custódia psiquiátrica, as principais vítimas são, majoritariamente, companheiros e filhos(as).

Desejamos a todas e todos uma excelente leitura. Que este volume inspire novas reflexões, diálogos e caminhos de pesquisa. Que 2026 seja um ano próspero, produtivo e repleto de investigações inovadoras, marcadas pelo compromisso ético, pela criatividade intelectual e pela construção coletiva de um campo jurídico mais inclusivo, plural e transformador.

Boa leitura!

Inez Lopes

Editora-chefe

Revista Direito.UnB



UnB



**conhecimento em movimento
sociedade em transformação**



Diretório de políticas editoriais das
revistas científicas brasileiras

latindex

Sistema Regional de Información
en línea para Revistas Científicas de América Latina,
el Caribe, España y Portugal

AGRADECIMIENTOS

Ao longo dos últimos anos em que estivemos à frente da edição e supervisão da Revista Direito.UnB, construímos uma trajetória marcada por compromisso acadêmico, rigor editorial e intensa cooperação. Este último volume é fruto de um esforço coletivo que envolve organização, planejamento, foco e dedicação contínua de todas as pessoas que passaram pela equipe editorial.

A Revista Direito.UnB conta com a valiosa participação de professoras e professores da Faculdade de Direito da UnB e de diversas instituições de ensino superior, além de estudantes da pós-graduação e da graduação, técnicas, técnicos, estagiárias e estagiários que contribuíram de forma decisiva para o fortalecimento deste periódico. Agradecemos profundamente a todas e todos pela colaboração essencial para a conclusão de mais uma etapa no processo de difusão do conhecimento jurídico.

Reiteramos nossos agradecimentos a todos os professores, diretores, coordenadores, técnicos, estagiários e discentes da pós-graduação e da graduação, cuja dedicação e parceria tornaram possível cada número publicado. Sem a colaboração e o compromisso conjunto de todas essas pessoas, a Revista Direito.UnB simplesmente não existiria.

Encerramos, assim, nossa contribuição ao PPGD/UnB, com gratidão pelo caminho trilhado.

Como lembrado por Antoine de Saint-Exupéry, “o essencial é invisível aos olhos, e só se vê bem com o coração”. É com esse espírito de reconhecimento e sensibilidade que celebramos o encerramento de mais um ciclo editorial.

Gratidão!

Inez Lopes

Ida Geovanna Medeiros

PREFÁCIO

PROPRIEDADE INTELECTUAL E TECNOLOGIAS EMERGENTES: VISÕES INTERNACIONAIS E COMPARADAS

A convergência entre os projetos, pesquisas e atividades desenvolvidas pelos organizadores desse Dossiê Temático, possibilitou a publicação conjunta e a chamada de artigos sobre temas que discutam a relação entre Direito, Propriedade Intelectual e Tecnologias com temas igualmente urgentes na contemporaneidade: a Democracia, as Fake News, a Inteligência Artificial e as Relações de Trabalho.

Após avaliação dos artigos recebidos, oito artigos foram aceitos para publicação no presente dossiê, os quais oferecem perspectivas críticas e interdisciplinares sobre a Propriedade Intelectual e as Tecnologias Emergentes.

Inaugurando este Dossiê, artigo **SONORIDADE MARCÁRIA: EXPLORANDO AS IMPLICAÇÕES DO DIREITO INTERNACIONAL NA RE-GISTRABILIDADE DAS MARCAS SONORAS NO BRASIL**, os autores Rodrigo Róger Saldanha e Ana Karen Mendes de Almeida analisam de maneira crítica a evolução das marcas não tradicionais no ordenamento brasileiro, com especial atenção aos desafios jurídicos e procedimentais que cercam a proteção dos sinais sonoros. A partir de uma abordagem que articula direito internacional, propriedade intelectual e práticas empresariais contemporâneas, o estudo examina como tratados multilaterais, a exemplo do Acordo TRIPs, e experiências estrangeiras influenciam a interpretação da Lei de Propriedade Industrial no país.

O estudo **¿EL DERECHO DE AUTOR MUERE DONDE NACEN LAS FAKE NEWS?**, de autoria de Janny Carrasco Medina e Oscar Alberto Pérez Peña, analisa a proteção conferida pelo direito de autor no contexto das notícias falsas, com foco especial nas chamadas obras órfãs e no cenário jurídico brasileiro. Os autores concluem que o sistema autoral tradicional é inadequado para lidar com as fake News.

Em **DESAFIOS PARA A CONCESSÃO DE PATENTES A SISTEMAS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DE DABUS**, Salete Oro Boff, Joel Marcos Reginato e William Andrade exploram o tratamento jurídico das invenções geradas por sistemas de IA. A pesquisa identifica a atual impossibilidade de proteger essas criações por meio de patentes e modelos de utilidade na legislação vigente, mas ressalta que o avanço tecnológico exige uma atenção contínua e uma possível evolução legislativa.

No trabalho **INFRAÇÃO DE MARCAS NA CHINA: O PROBLEMA DO MODELO DE NEGÓCIO ORIGINAL EQUIPMENT MANUFACTURER – OEM**, os autores Eduardo Oliveira Agostinho, Fernanda Carla Tissot e Carlos Henrique Maia da Silva abordam os desafios da propriedade industrial no país asiático decorrentes da fabricação de produtos por encomenda para exportação. O texto “visa debater o entendimento da legislação e jurisprudências chinesas nos casos mais relevantes sobre o tema, notadamente a questão da não circulação de um bem ou mercadoria dentro do território chinês poderá configurar violação à propriedade intelectual de terceiros na China”.

No artigo intitulado **A PROPRIEDADE INTELECTUAL COMO FERRAMENTA PARA DIFICULTAR O REPARO DE EQUIPAMENTOS ELETROELETRÔNICOS**, os autores Patrícia Borba Marchetto e João Vítor Lopes Amorim analisam o crescente movimento pela regulamentação do direito ao reparo e como as fabricantes utilizam a proteção da propriedade intelectual para restringir o conserto de dispositivos.

Por fim, no artigo **PROPRIEDADE INTELECTUAL E CAMPANHAS ELEITORAIS: A JUSTIÇA ELEITORAL NA REGULAÇÃO DESSA RELAÇÃO**, os autores João Araújo Monteiro Neto e Victor Wellington Brito Coelho discutem a necessidade de o Tribunal Superior Eleitoral regulamentar a interface entre os direitos de propriedade intelectual e sua utilização em campanhas políticas. Partindo da evolução dos meios tecnológicos nos pleitos, o trabalho analisa como a Justiça Eleitoral deve atuar para garantir a integridade dos processos democráticos frente ao uso de ativos protegidos.

Em suma, as contribuições reunidas neste dossiê não esgotam os temas debatidos, mas oferecem um panorama crítico e atualizado sobre as complexas interseções

entre Direito, tecnologia e Propriedade Intelectual a temas específicos. Espera-se que a leitura destes artigos fomente novas reflexões e inspire soluções que priorizem a ética, a sustentabilidade e a proteção dos direitos fundamentais perante os desafios contemporâneos

Boa leitura!

Guillermo Palao Moreno, Universidade de Valência (UV)

Thiago Paluma, Universidade Federal de Uberlândia (UFU)

Mônica Steffen Guise, (unidade Getulio Vargas, São Paulo, FGV/SP)

Fabrcio Bertini Pasquot Polido, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG),

DOSSIÊ TEMÁTICO

SONORIDADE MARCÁRIA: EXPLORANDO AS IMPLICAÇÕES DO DIREITO INTERNACIONAL NA REGISTRABILIDADE DAS MARCAS SONORAS NO BRASIL

BRAND SONORITY: EXPLORING THE IMPLICATIONS OF INTERNATIONAL LAW ON THE REGISTRABILITY OF SOUND TRADEMARKS IN BRAZIL

Recebido: 07/11/2023

Aceito: 29/12/2025

Rodrigo Róger Saldanha

Professor Universitário, tendo atuado no Programa Stricto-Sensu em Direitos Humanos e Políticas Públicas e da graduação em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos Universidade de Coimbra - Portugal (2023-2024). Doutor em Ciências Jurídicas pela Unicesumar (2019-2022). Mestre em Ciências Jurídicas pela Unicesumar (2015-2017). Especialista em Direito Administrativo pela Faculdade Metropolitana do Estado de São Paulo (2021-2022). Especialista em Educação Ambiental pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM (2014-2015). Especialista em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá - UEM (2012 - 2013). Bacharel em Direito pela Faculdade Metropolitana de Maringá - Bolsa PROUNI (2007-2011). É professor visitante na Universidad de Belgrano - Buenos Aires, lecionando anualmente temáticas complementares sobre legislação latino-americana de direitos humanos e organizar anualmente um evento internacional nesta instituição (2012-atualmente).

E-mail: rodrigo.roger@pucpr.br

 Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5329-2316>

Ana Karen Mendes de Almeida

E-mail: anakaren.mendes@gmail.com

RESUMO

A questão do registro de marcas não tradicionais, incluindo marcas sonoras, no Brasil, continua sendo um tópico controverso devido à abordagem legislativa conservadora do país no campo da propriedade industrial. Nesse contexto, este estudo tem por foco central, analisar a conformi-



Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.

This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that allows sharing in any format as long as the original work is properly acknowledged.

dade das marcas sonoras com a legislação de propriedade intelectual e industrial, considerando a importância dos ativos tangíveis e intangíveis. Assim, o principal objetivo é compreender como as normas internacionais afetam a legislação de propriedade industrial e, consequentemente, a aceitação de marcas sonoras no país. Esta abordagem multidisciplinar inclui análise legal e revisão bibliográfica, abrangendo tratados internacionais, como o Acordo TRIPs e análise de jurisprudências de várias jurisdições, abrangendo órgãos nacionais e internacionais relacionados à propriedade industrial e ao comércio exterior. Além disso, destaca-se o papel crucial das marcas no contexto econômico, empresarial e comercial atual, enquanto se considera a viabilidade do registro de sons como marca, bem como a falta de facilidades no registro para proteger os sinais de áudio, como também se aborda a propagação da concorrência desleal e a violação de direitos autorais neste contexto. Por fim, busca-se compreender o potencial de proteção do direito real dos sinais sonoros por meio de uma análise direta da legislação brasileira vigente, com base na interpretação teleológica da Lei de Propriedade Intelectual (Lei Federal nº 9.279/1996). O artigo visa fornecer uma visão esclarecedora sobre a complexa questão das marcas sonoras no cenário nacional e internacional, oferecendo insights valiosos para o desenvolvimento e adaptação da Lei de Propriedade Industrial que regula as marcas no Brasil.

Palavras-chave: Marcas sonoras. Direito da Propriedade Intelectual. Marcas. Estabelecimento comercial. Sobreposição de direitos.

ABSTRACT

The issue of registering non-traditional trademarks, including sound marks, in Brazil remains a contentious topic due to the country's conservative legislative approach in the field of industrial property. In this context, this study focuses on analyzing the compliance of sound marks with intellectual and industrial property legislation, considering the importance of tangible and intangible assets. The main objective is to understand how international standards affect industrial property legislation and, consequently, the acceptance of sound marks in the country. This multidisciplinary approach includes legal analysis and literature review, encompassing international treaties such as the TRIPs Agreement and the examination of jurisprudence from various jurisdictions, involving national and international bodies related to industrial property and foreign trade. Additionally, it highlights the crucial role of trademarks in the current economic, business, and commercial context, while considering the feasibility of registering sounds as trademarks and addressing the lack of registration facilities to protect audio signals. It also addresses issues related to unfair competition and copyright infringement in this context. Lastly, the study seeks to understand the potential for protecting the real rights of sound signals through a direct analysis of the current Brazilian legislation, based on a teleological interpretation of the Intellectual Property Law (Federal Law No. 9,279/1996). The article aims to provide an enlightening perspective on the complex issue of sound marks in both the national and international landscapes,

offering valuable insights for the development and adaptation of the Industrial Property Law that governs trademarks in Brazil.

Keywords: Sound marks. Intellectual Property Law. Brands. Store. Rights overlap.

1. INTRODUÇÃO

As marcas desempenham um papel fundamental na sociedade contemporânea, indo além da simples identificação e diferenciação de produtos e serviços. Atualmente ela tem por característica agregar valor e expressar a identidade de um produto, serviço ou entidade detentora do sinal distintivo. Sendo assim, o impacto das marcas se estende à concorrência no mercado e influencia as escolhas ativas dos consumidores.

Por essa razão, o mundo das marcas encontra-se em constante mudança, pois a influência do avanço tecnológico e das mídias digitais impulsionam as empresas a criarem métodos inovadores de marketing em áreas até então inexploradas no contexto das marcas, no qual são nominadas como “não tradicionais”. Podendo essas marcas ir além dos elementos visuais e abrangendo diversos aspectos sensoriais, como sonoros, olfativos, gustativos e táteis.

O contato imersivo da marca com os sentidos humanos supera o modelo tradicional de palavras, imagens figurativas ou mistas previstas por lei, o que ocasionalmente abre no mercado para a propagação deste novo método, com o objetivo central de trazer distinção entre os produtos ou serviços, além de destaque entre as indústrias concorrentes. Trata-se, portanto, da separação do *stricto sensu* dentro do conceito principal de produtos.

No entanto, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial, órgão responsável pelo registro de marcas no Brasil, não aceita marcas não tradicionais para esse fim, limitando somente a possibilidade de o registro ser um sinal tangível, em outros termos, pontuação (escrita e pronunciada); simbólicos (desenhos, modelos, logotipos, etc.); misturado (uma combinação desses elementos) também; Marcas tridimensionais (tipos plásticos de produtos ou embalagens, que são autoexplicativas, desde que não estejam associadas a nenhum aspecto técnico). Denota-se que no cenário internacional, onde países como Estados Unidos, União Europeia, Argentina e Uruguai já seguem a tendência do registro de marcas não tradicionais.

Neste contexto, a presente pesquisa tem como objetivo analisar a nova forma de identificação de produtos ou serviços, destacando a sua importância para as

comunidades empresariais e evidenciando os motivos pelos quais os sinais sonoros têm direito especial, através de tutela jurídica. Demais disso, pretende-se demonstrar através da interpretação teleológica do sistema jurídico, com base na percepção visual de um signo, que o som deverá ser visível para que os requisitos legais sejam atendidos e assim registrados.

2. O CONTEXTO DA MARCA

As marcas têm desempenhado um papel essencial na evolução econômica e empresarial ao longo da história, adaptando-se às necessidades de conexão com os consumidores. Dessa forma, compreender esse contexto histórico de evolução é fundamental para apreciar a importância e a trajetória das marcas, especialmente no que diz respeito à introdução das marcas não tradicionais, com destaque para as sonoras.

Nesse aspecto, foi somente em meados do século XX, que houve uma supervalorização dos sinais distintivos. Embora já fosse utilizada há mais de um século, sua eficácia nas estratégias comerciais só foi plenamente reconhecida naquela época. David Ogilvy (1998 apud TAVARES, 2003, p.44-50), renomado pesquisador e profissional do marketing, destacou em uma reportagem intitulada “O Poder da Marca”, feita para a Revista HSM Management que a era das marcas começou por volta de 1951, com o surgimento dos sinais distintivos como um elemento central nas estratégias de negócios.

No entanto, para Ogilvy (1998 apud TAVARES, 2003, p.44-50), o verdadeiro marco só ocorreu nos anos 80, dando início as discussões e análises dos profissionais de marketing sobre o conceito de “branding”. Nesse período houve um aumento significativo no número de fusões e aquisições de empresas, resultando na integração da marca ao valor total do contrato e, conseqüentemente, no valor financeiro do ativo, tornando a marca intrinsecamente ligada ao patrimônio da empresa. Assim, o valor de uma marca podia chegar até cinco vezes mais que o valor contábil da própria empresa que a detinha, fazendo com que os sinais se tornassem ativos tangíveis e econômicos essenciais para os negócios.

Diante desse cenário e da natureza dinâmica das relações sociais, do consumismo e da tecnologia, surgiu à necessidade de evolução e adaptação das marcas, incluindo a criação de sinais não convencionais. Portanto, o valor das marcas está intrinsecamente ligado aos elementos que as definem, sejam eles tradicionais e visualmente percebidos ou não tradicionais, como as marcas sonoras.

3. A AMPLIFICAÇÃO DA EXPERIÊNCIA DO CONSUMIDOR COM MARCAS SONORAS

A estratégia do marketing sensorial tem por enfoque a experiência do usuário como parte fundamental da comunicação da marca, o que ocorre especificamente no sound branding, que desempenha um papel essencial na atribuição de significado ao som para os consumidores, complementando a identidade visual da marca e evocando sensações, mesmo quando o logotipo não está visível (NASCIMENTO, 2013). Assim, a escolha de uma marca pode representar um senso de pertencimento para o indivíduo, permitindo-o expressar suas crenças e visões de vida.

Em outras palavras, as marcas sonoras já fazem parte da identidade dos produtos empresariais, por meio do método de ativação da memória auditiva do consumidor, que estabelecem uma conexão entre a marca e a identidade do consumidor, enfatizando um relacionamento humanizado e sensível.

Segundo o autor Oliver Sacks, a música é como um intrincado padrão de sons que ao longo do tempo se entrelaçam, com sua própria lógica e ritmo, podendo ela possuir repetições, que de uma forma misteriosa, possa transmitir emoção e “vontade” no ouvinte. Além disso, a música envolve ressonâncias especiais, sincronizações e outros fenômenos que entram em êxtase no complexo conjunto de circuitos neurais do ser humano, levando a uma autêntica percepção e apreciação à reprodução do som ouvido (SACKS, 2007). Dessa maneira, quando a música ou o som são usados para transmitir mensagens ou despertar lembranças no consumidor, atingem o objetivo central da marca.

Ainda, entende-se que a estratégia de marketing vinculada ao som está ligada ao condicionamento pavloviano, criado pelo neurofisiologista russo Ivan Pavlov, essa teoria foi comprovada através de um experimento realizado com cães. O pesquisador estudou o reflexo de salivar do animal, expondo-o a um som seguido da entrega de comida, o que nas primeiras tentativas não havia resultados eficazes, porém após algumas repetições, os animais começaram a salivar quando ouviram o som. (MOREIRA; MEDEIROS, 2019)

Isso ocorreu porque o cérebro associa o estímulo de comer com o som, fazendo com que os cães de Pavlov provavelmente sentissem algum tipo de antecipação do prazer ao ouvir e conseqüentemente os levava a sinalizar que sua fome seria saciada. Aplicando isso ao marketing, esse mecanismo é bem compreendido quando se trata de marcas, visto que quando o consumidor escuta anúncios com sons repetitivos e persuasivos, ele conscientemente e involuntariamente, sente vontade de consumir o produto.

Outra teoria, que também pode ser associada às marcas sonoras é a que foi idealizada por Peter Rentfrow e Samuel Gosling na Universidade de Cambridge e na

Universidade do Texas, na qual se reuniu um grupo grande de jovens em uma sala e registrou suas interações. Surpreendentemente, a música foi o primeiro tópico de discussão confortável para o grupo composto por pessoas completamente, enquanto o tema cálculo não fez parte das conversas (LUSENSKY, 2011)¹. Assim, fica comprovado que o uso de identidades sonoras tem como objetivo criar conexões com os clientes, tornando-se uma opção altamente atraente para empresas que buscam construir memórias e associações mentais.

Além disso, de acordo com a OMPI (2006):

Sons musicais podem ter sido criados expressamente (isto é, por ordem específica), ou tirados da grande variedade de partituras musicais existentes. Sons não musicais, por outro lado, podem ter sido criados ou simplesmente reproduzir sons encontrados na natureza (por exemplo, trovão ou o rugido de um leão) De acordo com o questionário, 38 dos 76 Escritórios que responderam indicaram que admitem sons musicais, e 28 dos 73 Escritórios que responderam afirmaram admitir o registro de sons não musicais como marcas. (OMPI, SCT 16/2, 2006, p.08, tradução nossa)².

Assim, com base nessa definição entende-se que no arsenal de ferramentas utilizadas pelo music branding para construir uma identidade sonora, destacam-se a marca sonora, a voz da marca que humaniza a empresa, o design sonoro incorporado aos produtos da marca com um banco de sons distintivos e os jingles, conhecidos como remixes exclusivos, trilhas sonoras e sonorização de locais em geral (BARBAS, 2015).

Em particular, as marcas sonoras, são protegidas em muitos países, como nos Estados Unidos, onde essa proteção existe há mais de 70 anos. Em outras palavras, essa

1 “Los sonidos pueden ser musicales o no musicales. Los sonidos musicales pueden haber sido creados expresamente (es decir, por encargo específico), o bien tomados de la amplia variedad de partituras musicales ya existentes. Los sonidos no musicales, por su parte, pueden haber sido creados, o bien simplemente reproducen sonidos que se encuentran en la naturaleza (por ejemplo, el trueno o el rugido de un león). Según el cuestionario, 38 de las 76 Oficinas que respondieron indicaron que admiten los sonidos musicales, y 28 de las 73 Oficinas que respondieron afirmaron admitir el registro de los sonidos no musicales como marcas.”(OMPO. Nuevos Tipos de Marca, 2006, p. 08).

2 Art.15.1 Objeto da proteção quando os sinais não forem intrinsecamente capazes de distinguir os bens e serviços pertinentes, os membros poderão condicionar a possibilidade do registro ao caráter distintivo que tenham adquirido pelo seu uso. Os membros poderão exigir, como condição para o registro, que os sinais sejam visualmente perceptíveis. (BRASIL, 1994)

proteção se torna vital para sua eficácia, pois requer permanência ao longo do tempo para se tornar parte da memória coletiva e, possivelmente, um ícone cultural (NASCIMENTO, 2013), um exemplo de registro é o ronco do motor das motocicletas Harley-Davidson. Já no Brasil a realidade é oposta, visto que as marcas sonoras têm ganhado destaque ao longo dos anos devido ao seu potencial para cumprir todas as funções de uma marca tradicional. No entanto, a ausência de procedimentos operacionais para o registro de tais marcas no órgão competente é uma questão puramente procedimental e não afeta o status jurídico desses sinais (BARBOSA, 2010).

Desta forma, como se observa, hoje o som tem um papel cognitivo fundamental para o desenvolvimento de uma marca e lucros financeiros de uma empresa, provando que não há justificativa para a falta de proteção legal como marca registrada. Portanto, é importante fazer algumas observações sobre a registrabilidade de marcas sonoras no cenário internacional.

4. O PANORAMA INTERNACIONAL DA REGISTRABILIDADE DAS MARCAS SONORAS

Antes de abordar a previsão legal no registro de marcas sonoras em ordenamentos jurídicos internacionais, é relevante frisar que o Brasil mantém uma abordagem conservadora em relação aos sinais registráveis e não registráveis. Fator este que consta justificável, visto que no art. 15³ do Acordo Internacional TRIPs (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio), há uma liberdade para cada país membro da Organização Mundial do Comércio (OMC) escolher como será definida a marcas, mesmo que o acordo forneça uma definição ampla, abrangendo “qualquer sinal ou qualquer combinação de sinais capazes de distinguir produtos ou serviços de uma empresa dos de outras empresas” (BRASIL, INPI, 2023).

Assim, países menos conservadores, como os Estados Unidos, onde a proteção das marcas abrange qualquer tipo de sinal, e a União Europeia, que abrange a todos os sinais que são visualmente perceptíveis e graficamente representados, como notas musicais, marcas sonoras e movimentos, demonstram maior seguridade e flexibilidade

3 “ most of the world currently protects at least “sound” as non-visual trademarks and single color trademark, the scope of which color or sound and to what extent they are protected is still quite different..” (CARAPETO, Roberto. A reflection about the introduction of non-traditional trademarks. Waseda bulletin of comparative law, n. 34, p. 25-60, 2016. Disponível em: <https://www.waseda.jp/foLaw/icl/assets/uploads/2016/02/c35688e10d1c61201172065546b98301.pdf>. Acesso em: 25 out. 2023.)

na proteção dos sinais sonoros e por isso suas legislações devem ser analisadas.

Conforme a definição da Organização Mundial da Propriedade Intelectual-OMPI (ou, World Intellectual Property Organization – WIPO) :

Marca é um sinal capaz de distinguir os produtos ou serviços de uma empresa dos de outras empresas. As marcas registradas são protegidas por direitos de propriedade intelectual. [...] Uma palavra ou combinação de palavras, letras e números pode perfeitamente constituir uma marca registrada. Mas as marcas registradas também podem consistir em desenhos, símbolos, características tridimensionais, como forma e embalagem de produtos, sinais não visíveis, como sons ou fragrâncias, ou tonalidades de cores usadas como características distintivas - as possibilidades são quase ilimitadas. (WIPO, 2021).

Dessa forma, entende-se que a marca é um ativo distintivo para as empresas no mercado e por essa razão, houve-se a necessidade de registrar as marcas distintas das convencionais.

No caso das marcas sonoras, o primeiro registro a ser aceito foi no meio do século XX, em 1950 nos Estados Unidos pela National Broadcasting Company, Inc. (NBC), que consistia em uma sequência de notas tocadas por sinos. (MARQUES, 2010). O que abriu a oportunidade para outros países como: França, Portugal, Suécia, Benelux, Uruguai, Pacto Andino, Noruega, Argentina, Espanha, Comunidade Europeia, Costa Rica e Cuba, a realizarem o registro de marcas sonoras. A tendência global de aceitar o registro de marcas sonoras é respaldada pelos sinais que atendem a três requisitos fundamentais: distinção, veracidade e novidade relativa (BARBOSA, 2010).

De acordo com Carapeto, “[...] A maioria do mundo atualmente protege pelo menos o ‘som’ como marcas não visuais e marcas de cor única, mas o alcance e a extensão da proteção para essas marcas não visuais, incluindo cor e som, ainda são bastante diferentes.” (CARAPETO, 2016, p. 34, tradução nossa)⁴, ou seja, a maioria dos países permite, pelo menos, o registro de marcas sonoras em seu ordenamento jurídico, no

4 Tradução livre: “ federal law sets the fame threshold very high: “A mark is famous if it is widely recognized by the general consuming public of the United States as a designation of source of the goods or services of the mark’s owner.” As applied to a texture or a scent mark, this requirement would be extremely difficult to overcome, but a sound mark with nationwide broadcast exposure would stand a better chance”(LALONDE, Anne Gilson, GILSON, Jerome. Getting Real With Nontraditional Trademarks: What’s Next After Red Oven Knobs, the Sound of Burning Methamphetamine, and Goats on a Grass Roof?101 Trademark, Rep. 186, 2011).

entanto, é importante observar que os procedimentos variam de país para país.

A lei federal estadunidense exige em sua lei requisitos para provar a fama que uma marca (tradicional ou não) tenha alcançado, adquirindo secondary meaning:

A lei federal estabelece um limite de fama muito alto: 'Uma marca é famosa se for amplamente reconhecida pelo público consumidor em geral dos Estados Unidos como uma designação de origem dos bens ou serviços do proprietário da marca'. Quando aplicado a uma marca de textura ou aroma, esse requisito seria extremamente difícil de ser atendido, mas uma marca sonora com exposição nacional de transmissão teria uma chance melhor.(LALONDE; GILSON, 2011, p. 192, tradução nossa)⁵.

Sendo assim, entende-se que demonstrar o renome de uma empresa é uma tarefa desafiadora, mas, no caso de marcas sonoras com exposição nacional, essa empreitada se torna relativamente mais simples, pois elas são reconhecidas como “eficazes e memoráveis” (LALONDE; GILSON, 2011, p. 201). Conforme McCormick, dos sinais não tradicionais, a marca sonora é o único que tem maior potencial para identificar produtos e serviços, observando que “o som, ao contrário de outras marcas não tradicionais, tem sido amplamente usado para indicar a origem e distinguir bens, embora só recentemente tenha obtido proteção legal” (MCCORMICK, 2006, p. 1105).

Outro cenário internacional importante é o da União Europeia que permite o registro de marcas sonoras e olfativas desde que apresentem distinção suficiente, muitas vezes requerendo a comprovação da distinção adquirida. Além disso, até meados do ano de 2017, conforme o Regulamento (UE) n.º 2015/2424 do Instituto de Propriedade Intelectual da União Europeia (EUIPO) era necessário representar esses sinais de forma gráfica. O que conforme o INTA:

Esses padrões geralmente evoluíram com base nos casos julgados e, uma vez

⁵ radução livre: “These standards have usually evolved based on the cases prosecuted, and since even in those countries the number of applications prosecuted have been very limited, any guidelines are not well developed. Those requirements that do exist usually require that the sound trademark be adequately represented in a graphic form and in some cases, must be supported by some evidence to demonstrate distinctiveness” (INTERNATIONAL TRADEMARK ASSOCIATION (INTA). Resolution of February 25, 1997. Protectability.

que mesmo nesses países o número de solicitações processadas tem sido muito limitado, diretrizes bem desenvolvidas não existem. Os requisitos que existem geralmente exigem que a marca sonora seja adequadamente representada em forma gráfica e, em alguns casos, deve ser apoiada por alguma evidência que demonstre distintividade. (INTA, 1997)⁶.

Sendo assim, o requisito de representação gráfica, embora ainda amplamente utilizado em muitos países ao redor do mundo, perdeu relevância no contexto da EUIPO (Escritório de Propriedade Intelectual da União Europeia), visto já ser possível protocolar os pedidos de registro de marcas utilizando apenas formatos digitais. XX

O Acordo TRIPs permite que os países possam requerer a comprovação do caráter distintivo adquirido pelo som através do uso. Portanto, quando um elemento não é naturalmente reconhecido pelo público como uma marca, ele não atende a um requisito essencial para a proteção, mas se ele é reconhecido, a marca pode ser superada. Um exemplo é a Rede Globo que tentou obter o registro de sua marca sonora na União Europeia, um caso relevante para análise.

Conforme a decisão do Tribunal Geral da Corte Europeia⁷, a empresa não conseguiu reverter à decisão do escritório de marcas europeu no qual determinou que o famoso “Plim-Plim” não possuía caráter distintivo e não apresentava evidências que comprovassem tal característica no mercado europeu. Em suma, a corte concluiu que o som composto por três notas “sol”, formando um ruído semelhante a uma espécie

6 ACÓRDÃO DO TRIBUNAL GERAL (Segunda Secção) 13 de setembro de 2016 (*) Marca da União Europeia — Pedido de marca sonora — Motivo absoluto de recusa — Falta de caráter distintivo — Artigo 7.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento (CE) n.º 207/2009 — Dever de fundamentação — Artigo 75.º do Regulamento n.º 207/2009. Nº processo T-408/15. Globo Comunicação e Participações S/A, versus Instituto da Propriedade Intelectual da União Europeia (EUIPO) O caráter distintivo de uma marca deve ser apreciado, por um lado, em relação aos produtos ou aos serviços para os quais o registo da marca é pedido e, por outro, em relação à percepção que deles tem o público relevante. [...] Um mínimo de caráter distintivo é, todavia, suficiente para que o motivo absoluto de recusa previsto no artigo 7.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 207/2009 não seja aplicável. [...] A Câmara de Recurso no n.º 20 da decisão impugnada salientou que, uma marca constituída por sons parecidos com uma campanha não tem condições para preencher a função de identificação, exceto se tiver elementos suscetíveis de a identificar em relação a outras marcas sonoras, tendo, no entanto, observado que não é necessário que a referida marca seja original ou de fantasia. Daqui se conclui que, contrariamente ao que alega a recorrente, a marca pedida não pode ser equiparada a uma sintonia pouco habitual dado o facto de ter um duplo timbre. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Nº processo T 408/15. Globo Comunicação e Participações S/A, versus Instituto da Propriedade Intelectual da União Europeia (EUIPO), 13 set. 2016. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=%2522MARCAS%2BSONORAS%2522&docid=183262&pageIndex=0&doclang=pt&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=43248#ctx1>. Acesso em: 03 nov. 2023.)

7 SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp n. 57.449/RJ, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Texeira. Brasília, DF: STJ, 24 jun. 1997. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200501514300&dt_publicacao=24/04/2006. Acesso em: 20 abr. 2022.

de campanha ou sino, não poderia ser diferenciado de outras marcas, pois a simples repetição de dois sons idênticos, por si só, não consegue transmitir uma mensagem que o consumidor consiga distinguir em meio a uma série de sinais comuns.

Isso torna difícil associar tal som a uma empresa e, portanto, não é considerada uma marca, a menos que tenha adquirido um caráter distintivo através do uso contínuo (TRIBUNAL DE JUSTIÇA UNIÃO EUROPEIA, 2016). O que comprova a complexidade da obtenção de registros de marcas sonoras, mesmo para empresas de renome internacional, pois o julgado reflete claramente a postura da União Europeia em relação à distinção para o registro de sinais sonoros, uma vez que para o público consumidor europeu a som não teria o mesmo impacto que as ações de marketing da emissora para institucionalizar a marca sonora no público brasileiro.

Dito isto, os consumidores devem considerar o sinal sonoro como tendo a capacidade de identificar, ou seja, ser identificável como uma marca. Portanto, um sinal sonoro que não vai além de uma combinação banal de notas que o compõem não permite que o consumidor o reconheça como uma função de identificação dos produtos e serviços em questão. Isso ocorre porque remete apenas a si mesmo e nada mais, não despertando a atenção do consumidor para reconhecer a função de identificação crucial desse sinal, assim, diante disso, deverá ser analisada a situação atual do registro de marcas sonoras no Brasil.

5. A PROTEÇÃO JURÍDICA DAS MARCAS SONORAS NO BRASIL

No Brasil, a legislação permite somente registro de marcas que “aparecem”, ou seja, conforme o artigo 122 a Lei de Propriedade Industrial, somente os “sinais visuais, que não fazem parte da proibição oficial, podem ser registrados como marca”. No entanto, este fato jurídico, doutrinariamente se torna incompatível com a realidade atual visto que para que a marca sonora seja registrada nacionalmente, deverá ela ser representada visualmente, não trazendo assim prejuízos aos princípios da publicidade e à publicação em informes e periódicos.

O maior questionamento doutrinário das marcas sonoras no Brasil é a necessidade de registrar para adquirir proteção, garantir a proibição da concorrência desleal e exigir a adaptação dos procedimentos administrativos de modo que não seja custoso para o INPI. Apesar dessas discussões, é importante considerar que a possibilidade de usar um sinal sonoro sem exclusividade inibe o desenvolvimento econômico e contraria o cenário internacional.

Como já mencionado, intencionalmente países como os EUA frequentemente exigem a registrabilidade de marcas não tradicionais em acordos de livre comércio. Portanto, o artigo 122 da Lei nº 9.279/1996 deve ser interpretado de acordo com a Constituição Federal, a fim de garantir a propriedade das marcas, o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do Brasil. Além disso, a adesão do Brasil ao Protocolo de Madri sobre o Registro Internacional de Marcas, em 2019, trouxe a discussão sobre a autorização do registro de marcas sonoras e sua possível implementação não solo nacional, com o objetivo de alinhar com o sistema internacional de marcas.

stema internacional de marcas.

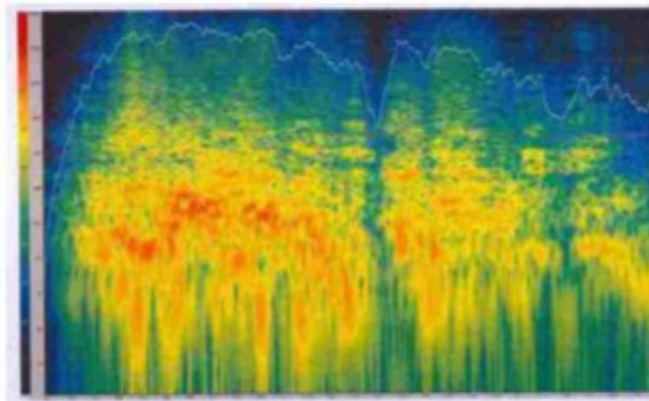
Por fim, vale destacar que as marcas sonoras desempenham um papel social importante, especialmente na assistência a consumidores com deficiência visual, facilitando a identificação de produtos e serviços para esse público. Portanto, a adaptação da legislação de marcas para incluir marcas sonoras é essencial para promover a inclusão e o desenvolvimento econômico no Brasil.

De acordo com do Instituto Dannemann Siemsen (IDS), em análise com no artigo 122 da LPI, tal proibição, decorre das imitações práticas do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), em tese a lei deveria evitar essa dificuldade, optando por uma solução mais simples para o problema, mas com o risco de expô-lo ao risco de expiração em futuro inesperado. Além disso, o direito da propriedade industrial é uma das fontes mais comercializadas no mundo, e por este motivo, não é considerado válido o posicionamento do governo nacional, pois este limita o direito fundamental dos criadores, nos termos do artigo 5º, XXIX da CRFB / 1988 e 2º LPI.

Todavia, é possível que tais barreiras jurídicas possam ser solucionadas e protegidas de outras formas além da proteção de símbolos proeminentes, não tornando inválido a legitimidade das leis reais, uma vez que elas têm significados qualitativos diferentes como todas as outras leis. Ainda, o limite estabelecido pelo artigo 122 da LPI prevê as marcas sonoras a oportunidade de representação por imagens, como por exemplo, partituras.

Os efeitos sonoros podem ser musicais ou não musicais e a forma como são representados pode variar de país para país, como partituras, descrição sonora, onomatopeia, entre outros. O MGM - Metro-Goldwyn-Mayer Lion Corporation, por exemplo, registrou seu famoso rugido de leão nos Estados Unidos com a definição simples “o sinal contém o rugido de um leão”, recebendo o número de registro 1395550. Ademais na União Europeia, a mesma empresa obteve o registro de seu sinal de áudio dois anos após o desenvolvimento do processo de gestão, com espectrograma e descrição adequada da marca.

Figura 1 - Registro de Marca Comunitária n° 5170113.



Fonte: euipo.europa.eu. MC 5170113.

Outro exemplo é a empresa Nokia que, por sua vez, obteve o registro do seu sinal de áudio através da sua representação ponto a ponto, acompanhada de uma definição simples de áudio.

Figura 2 - Registro de Marca Comunitária n° 1040955.



Fonte: euipo.europa.eu. MC 1040955.

É importante frisar que o som original, para ser registrado como marca, deve incluir a possível violação de direitos autorais devido à validade perpétua da marca (atualizado a cada 10 anos). Esse direito tem prazo de validade de 70 anos, podendo ser alterado a data de início da contagem a depender do tipo de obra. Portanto, é necessária uma consideração mais aprofundada quanto à possibilidade de gravação de áudio como

marca o que só ocorrerá caso não existam os requisitos de direitos autorais, ou seja, quando a criação não refletir adequadamente.

Também, para solucionar essa problemática é importante analisar o histórico, que é um requisito básico e essencial para a existência de propriedade. Dessa forma, o copyright- meio de proteção da propriedade intelectual das obras originais que dá o direito exclusivo de uso e distribuição da obra, independente de sua publicação- não protege apenas a ideia em si, mas seu tipo, a distinção individual de como a ideia é expressa-. Ou seja, para que exista uma obra autorizada, ela deve sair do campo do pensamento do autor, conforme previsto no artigo 7º da Lei de Direito Autorais, devendo ser excluída do campo verdadeiro (BARBOSA, 2005). Em outro tom, o símbolo deve ser coberto com distinção, tendo a função primária de reconhecer, comunicar e transmitir informações.

Para garantir que o som seja protegido por direitos autorais e pela lei de marcas, deve-se considerar a presença ou ausência do requisito real, presente nas obras criativas. Isso porque o papel desempenhado por cada criação deverá ser categorizado ordenadamente, respeitando as expectativas constitucionais de cada ramo do direito da propriedade intelectual.

No entanto, dada a noção preconcebida pela lei atual, o autor tem por viés de solução admitir que sua obra fosse usada como token (desde que ele tenha os requisitos para isso), e assim tal material poderá ser protegido pela lei de direitos autorais. Por consequência, o STJ se manifestou sobre o sistema, ao analisar um recurso específico envolvendo conflito entre eventos de design estaduais ou direitos autorais de logotipos.

A decisão discute a situação jurídica do logotipo, ou seja, se é copyright ou marca, e se a pessoa jurídica é capaz de fazer copyright. A votação do relatório reconheceu que a criação era “uma ação física, literária ou científica a partir da produção da engenhosidade humana, criada pelo uso da propriedade intelectual”, o que pode ser incluído neste conceito elegível para proteção legal por direitos autorais.

Logo, um logotipo, como marca feita pelo homem, por um esforço intelectual, seria um ato intelectual, na prática: Ainda que se fosse incluir o símbolo-marca como desenho, impróprio seria confundir o desenho industrial definido no Código de Propriedade Industrial (Lei 9.279/96) com o desenho do logotipo. O primeiro caracteriza-se pela sua utilização na fabricação industrial, como v. g. um vasilhame especial para café, enquanto no desenho tutelado pela lei autoral prepondera o valor artístico, sem preocupação com escala de produção. “.

Assim, o tribunal concluiu que, por ser o token uma obra de arte, ele deveria ser protegido por direitos autorais, e não um desenho industrial, que visa proteger um propósito

diferente. Com as inovações do direito, uma das inúmeras possibilidades existentes para proteção de uma marca sonora, é o uso do legal design. Diferente do visual law, o legal design proporciona a migração de técnicas de outras áreas do conhecimento ao direito, criando suporte a novos serviços jurídicos.

Por conseguinte, o legal design coloca-se como uma das alternativas que proporcionam melhorias ao desenvolvimento de técnicas e aprimoramentos de registro de imagens sonoras, proporcionando, entre uma das possíveis soluções, o instrumento de registro de forma inovadora e acessível à compreensão de todos os empresários e terceiros.

Diante disso, conclui-se que tendo a mesma razão de existência que os produtos tradicionais, não há razão para negar o direito exclusivo de distinção e, por conseguinte, a proteção dos sinais sonoros, uma vez que eles servem como uma ferramenta poderosa para distribuição de produtos e são capazes de se identificar e se diferenciar dos outros.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste estudo foi analisar a viabilidade do registro de sons como marcas no direito brasileiro, observando a relação e o impacto desses diferentes sinais na economia.

Assim, inicialmente, pretendeu-se mostrar que os sinais sonoros têm a mesma razão dos produtos tradicionais: identificar ou distinguir produtos e serviços, mas não pelo som. Portanto, aplicando a teoria da causa dos contratos, *mutatis mutandis*, nas marcas sonoras, é possível extrair a causa desta, e identificar a sua função, concluindo que, usando a mesma função dos símbolos tradicionais, não haveria razão para ser incluídos como marcadores no sistema jurídico atual.

Observou-se também que a lei de propriedade industrial brasileira, com o artigo 122 da LPI, parece ter optado por limitar o conceito de marca registrada apenas àquelas mais facilmente aparentes.

Nesse sentido, o INPI, órgão estadual responsável pela análise e registro no Brasil, por meio de tradução literal e única do artigo 122, não aceita como marcas que não apareçam em sua forma mais pura, como os sons. Desta forma, a proteção especial usando o direito real dos sinais de áudio é negada.

Constatou-se também que o produto é um importante elemento de inovação comercial, podendo desempenhar um papel relevante na azienda e, portanto, na

eficiência desta. Em um ambiente cada vez mais competitivo, o isolamento é importante e investir em produtos inusitados, como o sonoro, pode fazer a diferença. Os produtos são considerados ativos intangíveis e representam quantias significativas de dinheiro nas empresas, podendo exceder o valor total de todos os outros ativos das entidades comerciais.

Também são consideradas as possibilidades de produção do som como símbolo, desde que a exigência de obra autorizada - procedência - permaneça impecável, e a segregação seja sua função primordial. Como resultado, foram consideradas as ideias especulativas em que é possível colocar direitos de propriedade intelectual em uma única criação, levando em conta as funções que desempenham, e protegendo os interesses públicos pré-constitucionais.

Pretendeu-se também evidenciar a necessidade de um direito especial ao recebimento de marcas áudio, com real amparo jurídico, dado o baixo nível de segurança jurídica oferecido por outras instituições, como a concorrência desleal, na proteção desses sinais.

Os benefícios oferecidos pela assinatura do gerenciador de sinal de áudio foram avaliados. Se um logotipo não for registrado, seu titular tem o poder de exigir que todos ajam de maneira que respeite o uso de sua propriedade, tornando-o poderoso contra aqueles que não os respeitam, visto que tal propriedade se opõe a erga omnes. Além disso, a proteção de uma marca registrada, que já é aprovada pelo governo, dá ao seu titular um título claro e específico.

Assim, tendo em vista a necessidade de proteção pelo uso do direito real dos sinais de áudio, a possível utilização deles foi avaliada de acordo com a legislação em vigor. Isso porque o motivo do INPI ter aprovado o registro do qual é a definição literal de restrição do artigo 122 da LPI, colocando como limite para o registro que os sintomas apareçam “significativos”.

Por causa de sua função, o problema de registro de sinais sonoros, o áudio não pode ser verificado apenas à interpretação e a voz e a voz da lei. A terra mudou, e os anos atuais de tecnologia da informação tornaram os produtos de pesquisa errados, apesar aumentados. Para que os países que não os previram, a alteração das regras para aplicação dos sintomas não seja normal.

Portanto, acredita-se que, como alternativa ao Estado de Direito, que pode ou não ocorrer, o dispositivo em questão pode ser interpretado de acordo com a evolução da tecnologia nas últimas décadas, bem como a subsequente necessidade do mercado de acompanhar a evolução um ajuste tão natural, que tem aumentado a busca por objetos divisivos e muito raros, e os sinais sonoros são uma dessas características.

Além disso, é improvável que o país e o entendimento de autarquia se mantenham em 1996, quando a proclamação da LPI, conferia a proteção de marcas apenas aos chamados símbolos tradicionais. O sistema de marcas deve ser desenvolvido para se adaptar às mudanças sociais, tecnológicas e de mercado, não conectado ao modelo antigo.

Dessa forma, conclui-se que é compreensível que o artigo 122 da LPI seja traduzido tendo em vista essas circunstâncias, com base em métodos teleológicos e sistemas de tradução. Assim, a exigência de percepção visual do sinal pode ser considerada como meio de sua publicação. Portanto, a partir do momento em que o som é claramente visível, como as saídas de pontos, um requisito legal será atendido e o sinal sonoro poderá ser registrado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

_____. _____. _____. SCT/16/2 – 01/09/2006: “Nuevos tipos de marcas – decimo sexta sesión, Ginebra, 13 a 17 de noviembre de 2006. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/es/sct_16/sct_16_2.doc. Acesso em: 10 nov. 2023.

ABREU FILHO, José. O negócio jurídico e sua teoria geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. 2. ed. São Paulo: Renovar, 1997.

BARBAS, Leandro Moreira Valente. Marcas não tradicionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BARBAS, Leandro Moreira Valente; et al. Marcas não tradicionais: mapeamento, problemática e experiência internacional. 2015. 339f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2015. Disponível em: <https://dspace.mackenzie.br/handle/10899/23872>. Acesso em: 22 abr. 2022.

BARBOSA, Denis Borges. Da proteção real da marca não registrada no Brasil. Revista em propriedade intelectual direito contemporâneo, v.2, n.2, 2013. Disponível em: <https://>

dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4761005. Acesso em: 21 abr. 2022.

BARBOSA, Denis Borges. Do bem incorpóreo à propriedade intelectual - Ensaio sobre o direito imaterial: estudos dedicados a Newton Silveira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BARBOSA, Denis Borges. O direito constitucional dos signos distintivos. In: JABUR, Wilson Pinheiro; SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Propriedade intelectual: sinais distintivos e tutela judicial e administrativa. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARBOSA, Denis Borges. Uma introdução à propriedade intelectual. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARBOSA, Denis. A noção de originalidade e os títulos de obra, em particular, de software. Revista de Direito Autoral, 2005. Disponível em: <https://www.dbba.com.br/wp-content/uploads/a-noo-de-originalidade-e-os-ttulos-de-obra-em-particular-de-software-2005.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2022.

BARRETO FILHO, Oscar. Teoria do estabelecimento comercial: fundo de comércio ou fazenda mercantil. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BARROS, Carla Eugênia Caldas. Manual de Direito de Propriedade Intelectual. 1.ed. Aracaju: Evocati Editora, 2007.

BENETI, Sidnei. O Direito Comercial na Jurisprudência do STJ. Brasília, DF: Justiça Federal, 2013. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2022.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Tutela jurídica dos direitos da personalidade e dos direitos autorais. In: BITTAR FILHO, Carlos Alberto. A tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BITTAR, Carlos Alberto. Contornos Atuais do Direito do Autor. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Planalto, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 21 abr. 2022.

BRASIL. Lei n.º 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 - Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF: Planalto, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm. Acesso em: 21 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996 - Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, DF: Planalto, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm. Acesso em: 19 abr. 2022.

BRASIL. Lei no. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Brasília, DF: Planalto, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 19 abr. 2022.

CAMPINHO, Sérgio. O Direito de Empresa à Luz do Novo Código Civil. 3.ed. São Paulo: Renovar, 2003.

CERQUEIRA, João da Gama; GAMA, João da. Tratado da Propriedade Industrial. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 2.

COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORREA, José Antonio B. L. Faria. A Dimensão Plurissensorial das marcas: a proteção da marca sonora na lei brasileira. Revista da ABPI, 01 mar. 2004. Disponível em: <https://ids.org.br/a-dimensao-plurissensorial-das-marcas-a-protecao-da-marca-sonora-na-lei->

brasileira/. Acesso em: 19 abr. 2022.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI). A criação de uma marca: uma introdução às marcas de produtos e serviços para as pequenas e médias empresas. Rio de Janeiro: INPI, 2013.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI). Manual de Marcas: O que é marca. Brasília, DF: INPI, 2023. Disponível em: http://manualdemarcas.inpi.gov.br/projects/manual/wiki/02_O_que_%C3%A9_marca#:~:text=Marca%20%C3%A9%20um%20sinal%20distintivo. Acesso em: 6 nov. 2023.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI). Marcas Depositadas. Rio de Janeiro: INPI, 2013. Disponível em: http://www.inpi.gov.br/images/docs/dirma_marcas_depositadas_apresentacao_ago_13.pdf. Acesso em: 14 mai. 2023.

JABUR, Wilson Pinheiro; SANTOS, Manoel J. Pereira. Interface entre propriedade industrial e direito do autor: Direito autoral. São Paulo: Saraiva, 2014.

KUNTZ-GRAU, Karin. Domínio público e direito de autor. Do requisito da originalidade como contribuição reflexivo-transformadora. Revista Eletrônica do IBPI, n.6, 2012. Disponível em: http://manualdemarcas.inpi.gov.br/projects/manual/wiki/02_O_que_%C3%A9_marca. Acesso em: 15 abr. 2022.

LALONDE, Anne Gilson, GILSON, Jerome. Getting Real With Nontraditional Trademarks: What's Next After Red Oven Knobs, the Sound of Burning Methamphetamine, and Goats on a Grass Roof?. 101 Trademark, Rep., 186, 2011.

MÁRCIO BORGES MOREIRA; AUGUSTO, C. Princípios básicos de análise do comportamento. Porto Alegre (Rs): Artmed, 2007.

MARQUES, Ricardo Luiz Pereira. Marcas sonoras no direito brasileiro. Curitiba, PR: Juruá, 2010.

MCCORMICK, Kevin K. "Ding" You Are Now Free to Register That Sound. The Trademark Reporter. Official Journal of the International Trademark Association, v. 96, n.5, Sept./ Oct. 2006.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de; TOBIAS, Afonso Celso B. Avaliação econômica de ativos intangíveis: marcas. 2004. Disponível em: [http://www.expresstraining.com.br/exptrain/eollearn.nsf/0/e763deb336cd992883256bba006d61a4/\\$FILE/UPTODA210.pdf](http://www.expresstraining.com.br/exptrain/eollearn.nsf/0/e763deb336cd992883256bba006d61a4/$FILE/UPTODA210.pdf). Acesso em: 15 abr. 2022.

NASCIMENTO, Guto Guerra. Music branding: qual o som da sua marca? Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

OLIVEIRA, Natália Bonela de. Marcas Sonoras: uma análise sobre a figura da marca sonora a partir de documentos da Organização Mundial da Propriedade Intelectual-OMPI. 2019. 165f. Dissertação (Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação) - Instituto Nacional da Propriedade Industrial, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/academia/arquivo/arquivos-biblioteca/oliveira-natalia-bonela-de.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2022.

PORTO, Patrícia Carvalho da Rocha. A marca de alto renome e a marca notoriamente conhecida. São Paulo: DBBA. Disponível em: <https://www.dbba.com.br/wp-content/uploads/propriedade20.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2022.

PORTO, Patrícia. Limites à sobreposição de direitos de propriedade intelectual. Revista da ABPI, Rio de Janeiro, n.109, p. 3-15, nov./dez. 2010. Disponível em: https://www.dbba.com.br/wp-content/uploads/limites_sobreposicao_direitos_pi.pdf. Acesso em: 20 abr. 2022.

RAMOS, Carolina Tinoco. Contributo mínimo em direito do autor: o mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida: contornos e tratamento jurídico no direito internacional e no direito brasileiro. 2009. 213 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional e Integração Econômica) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro,

2009. Disponível em: <https://www.bdttd.uerj.br:8443/bitstream/1/9500/1/CAROLINA%20TINOCO%20RAMOS%20-%20TEXTO%20COMPLETO.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2022.

SACKS, Oliver. Alucinações musicais: relatos sobre a música e o cérebro. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2007.p.3.

SILVA, Hugo Daniel Lança. Marcas sonoras: sua admissibilidade. Verbo Jurídico, Beja, 2003. p. 24. Disponível em: http://www.verbojuridico.net/doutrina/autor/marcas_sonoras.html. Acesso em: 23 abr. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). REsp n. 57.449/RJ, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Texeira. Brasília, DF: STJ, 24 jun. 1997. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200501514300&dt_publicacao=24/04/2006. Acesso em: 20 abr. 2022.

TAVARES, Fred. Gestão da marca: estratégia e marketing. Rio de Janeiro: Editora E-papers, 2003. Cap. 1, p. 44-50.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Nº processo T-408/15. Globo Comunicação e Participações S/A, versus Instituto da Propriedade Intelectual da União Europeia (EUIPO), 13 set. 2016. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document>.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO). Marcas Registradas. Geneva, Switzerland. Disponível em: <https://www.wipo.int/trademarks/en/>. Acesso em: 20 out. 2022.



Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**

Gostaria de submeter seu trabalho a Revista Direito.UnB?

Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>
e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.



UnB



**conhecimento em movimento
sociedade em transformação**



Diretório de políticas editoriais das
revistas científicas brasileiras



Sistema Regional de Información
en línea para Revistas Científicas de América Latina,
el Caribe, España y Portugal

¿EL DERECHO DE AUTOR MUERE DONDE NACEN LAS FAKE NEWS?

IS COPYRIGHT DEAD WHERE FAKE NEWS THRIVE?

Recebido: 31.03.2024

Aceito: 04.05.2025

Janny Carrasco Medina

Profesora de la Universidad Católica de Brasília y de la Facultad Mackenzie Brasília. Pósdoctora por la Universidad de Brasília 2019-2020, Desigualdade e Justiça Social na América Latina. Doctora e Derecho Internacional y Propiedad Intelectual. Master en Comunicación Social por la Universidad Marta Abreu Las Villas. Licenciada en Derecho por la Universidad Marta Abreu Las Villas en 2007. Abogada en Brasil.

E-mail: jannycarrasco13@gmail.com.

 Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2183-9182>.

Oscar Alberto Pérez Peña

Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de Granada (2022) y Universidad de La Habana (2012). Máster y Diploma de Estudios de Avanzada (DEA) en Globalización y Derecho, Universidad de Girona. Licenciado en Derecho, Universidad Central de Las Villas. Abogado de Propiedad Intelectual y Derecho Cultural, consultor para Iberoamérica, profesor e investigador. Universidad Internacional de La Rioja, España.

E-mail: ppderechoautor@gmail.com.

 Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0628-9218>.

RESUMEN

Tradicionalmente las noticias son publicadas por periódicos, revistas, radio y televisión como obras literarias u otro modo de expresión, lo que supone tengan cabida en la protección por el derecho de autor. Con la llegada de la web 2.0 y sus posteriores actualizaciones los medios de comunicación han perdido el control y el poder sobre las informaciones que son divulgadas en noticias y la manera como ellas se propagan en Internet. Las redes sociales en línea, se han convertido en un terreno fértil para noticias falsas (*fake news*) mediante el empleo de dispositivos móviles y el acceso a las redes 4G-5G, *Facebook*, *Instagram*, *Youtube*, *Whatsap*, *Twiter*, *Tiktok*, etc. En ese contexto, surgen interrogantes acerca de si constituyen las fake news obras huérfanas para el derecho de autor, y, en consecuencia, si sería necesario readecuar la legislación brasileña en la materia. El objetivo del



Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.

This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that allows sharing in any format as long as the original work is properly acknowledged.

presente artículo es analizar la protección del derecho de autor y su asimilación a las fake news, exponiendo sus contradicciones, con énfasis en las obras huérfanas y el contexto jurídico brasileño.

La metodología empleada, de enfoque cualitativo, obedece a la combinación de métodos de las Ciencias Sociales con métodos de las Ciencias Jurídicas, como el análisis-síntesis, el histórico-lógico y el exegético; en cuanto a las técnicas, el análisis documental. Como resultado se concluye que la protección dispensada a las obras por el derecho de autor resulta inadecuada a las *fake news* pues aun cuando permitiría proteger y reconocer derechos morales de los creadores, este no es interés de ellos; el sistema autoral no resulta aplicable en cuanto a su contenido y fin; se caracterizan por la renuncia del autor a sus derechos patrimoniales y el asumir su autoría trae implicaciones en la esfera civil y penal. El aporte del estudio radica en un análisis del derecho de autor en su conexión con las obras empleadas como *fake news* y su expresión en la legislación brasileña.

Palabras-clave: derecho de autor, fake news, propiedad intelectual.

ABSTRACT

Traditionally, news has been published by newspapers, magazines, radio, and television as literary works or other forms of expression, which implies that they are protected by copyright law. With the advent of Web 2.0 and its subsequent updates, the media has lost control and power over the information disseminated in the news and the way it spreads on the Internet. Online social networks have become fertile ground for fake news through the use of mobile devices and access to 4G-5G networks, Facebook, Instagram, YouTube, WhatsApp, Twitter, TikTok, etc. In this context, questions arise as to whether fake news constitutes orphan works under copyright law and, consequently, whether it would be necessary to revise Brazilian legislation on the matter. The aim of this article is to analyze copyright protection and its application to fake news, highlighting its contradictions, with an emphasis on orphan works and the Brazilian legal context.

The methodology used, with a qualitative approach, is based on a combination of methods from the Social Sciences and Legal Sciences, such as analysis-synthesis, historical-logical, and exegetical methods; regarding techniques, documentary analysis was employed. As a result, it is concluded that the protection granted to works by copyright law is inadequate for fake news, since even though it could allow for the protection and recognition of moral rights of creators, this is not their interest; the copyright system is not applicable in terms of its content and purpose; fake news is characterized by the author's waiver of economic rights, and claiming authorship entails civil and criminal implications. The contribution of this study lies in an analysis of copyright law in its connection to works used as fake news and its expression in Brazilian legislation.

Keywords: copyright, fake news, intellectual property. .

1. INTRODUCCIÓN

El siglo XXI ha sido marcado por la proliferación de las tecnologías digitales y las redes sociales en la vida social del individuo, lo que consecuentemente aumenta la divulgación y proliferación de plagas digitales como las *fake news*. De facto, el escenario informativo nacional y global ha cambiado drásticamente. La mayoría de las noticias e informaciones tienen una vida corta y son transmitidas por redes sociales como *Facebook*, *Twitter*, *Instagram*, *Tiktok*, *Whatsap* y *Youtube*.

En el escenario del Derecho, esta cuestión específica no ha sido aun suficientemente tratada en cuanto a su vinculación con el derecho de autor. El Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (WCT), (WIPO, 1996, p. 2) para la protección de las obras y los derechos de sus autores en el entorno digital continúa sirviendo de marco jurídico internacional para muchos de los temas sobre derechos de autor en el espacio virtual. Por otro lado, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (ONU, 1948) y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966 (ONU, 1966) se han ido incorporando de manera paulatina la problemática digital y particularmente el acceso a la cultura. Lo que evidencia la importancia del tema en el contexto jurídico internacional.

Desde 1998 Brasil cuenta con la Ley nº9.610 que regula las cuestiones relativas al derecho de autor (BRASIL, 1998). La problemática de proteger las obras asociadas a *fake news* en el ámbito del derecho de autor, ocupa sin lugar a duda, una de las cuestiones más polémicas y desafiantes que enfrenta el sistema de derecho de autor, siendo poco discutido en el contexto académico dedicado a los estudios del Derecho de Autor. En este sentido, desde nuestro punto de vista, los estudiosos recientes del derecho autoral han pretendido, encajar su aplicabilidad o no, a los fenómenos de la tecnología y la Internet, inicialmente desde una visión reducida y estrictamente técnico-jurídica.

Intentar contextualizar las *fake news* y sus interfaces con el derecho de autor, es, sin dudas, ir en la búsqueda definitiva de los elementos técnicos jurídicos que ansían precisión en la aplicabilidad y percepción del derecho de autor frente a los desafíos de Internet. Se hacen necesarios también, nuevos estudios sobre el derecho de autor frente a la realidad tecnológica, lo que impone nuevas maneras de pensar el Derecho y sus desafíos. Las apreciaciones multidimensionales del fenómeno de las *fake news* posibilitan la necesidad de respuestas desde la positivación del derecho de autor.

Reconocer el derecho de autor como un conjunto de garantías morales y

patrimoniales, traspasa toda certidumbre basada en la exclusividad de sus facultades, pues se trata de creaciones que responden a pilares básicos del Derecho de autor pero que difícilmente serán reivindicadas ante esta área del Derecho, debido a las implicaciones penales o civiles que eso trae aparejado. En ese sentido, el debate jurídico de las *fake news* se ha concentrado en el discurso de odio, violaciones a derechos fundamentales e incentivo a actos criminosos, dejando de lado su conexión con el derecho de autor como otra prioridad jurídica. De este modo, esta pretensión encuentra obstáculos difícilmente evitables y que recaen en el valor jurídico del derecho de autor.

Por otro lado, desde el punto de vista del imprescindible análisis jurídico del tema, las normas de Derecho de autor en el espacio internacional suscitan un interés especial desde la realidad de Brasil, toda vez que es un tema poco explorado por la doctrina nacional, radicando ahí la novedad principal del estudio. Se debe enfatizar que la construcción teórica del Derecho de autor (en sus relaciones con Internet), no se agota en el reconocimiento formal normativo de este en el Derecho internacional, sino que, por el contrario, parte de un estudio que se extiende al plano doméstico donde se materializa.

El panorama que presentan las *fake news* en Brasil aún está pendiente de una resolución definitiva desde el ámbito del derecho de autor, lo que evidencia su realidad en la sociedad tecnológica del siglo XXI, sucumbida a una eterna agonía de ineficacia y baja aplicabilidad, lo que implica un retroceso y concreción de este derecho.

Para ello, fue definida como interrogante científica de este estudio: ¿Constituyen las *fake news* obras huérfanas en el contexto jurídico de Brasil, de manera que indican la necesidad de reinterpretar el derecho de autor?

Frente a este panorama, la principal motivación del estudio fue ofrecer un conjunto de argumentos, esbozados en la doctrina, en el orden jurídico internacional y nacional con el propósito de exponer la realidad brasileña para un mejor entendimiento de los derechos de autor frente a las *fake news*. Para ello, el estudio se apoya en documentos teóricos, estadísticos e informativos sobre el panorama jurídico social brasileño, teniendo en cuenta que esta realidad trasciende el plano local hacia el contexto global de cualquier país.

La metodología empleada tiene un enfoque cualitativo (SAMPIERI HERNÁNDEZ, COLLADO FERNÁNDEZ e BAPTISTA LUCIO, 2006, p. 235) e interdisciplinario pues integra métodos de las Ciencias Sociales, como el de análisis-síntesis (CALDUCH, 2014, p. 13), histórico-lógico (RODRÍGUEZ, 2017, p. 13), con el exegético (SANCHEZ, 2019, p. 40) de las Ciencias Jurídicas. En cuanto a las técnicas, se utiliza la revisión documental (SÁNCHEZ BRACHO, 2021, p. 15).

Con este estudio se pretende coadyuvar a un mejor entendimiento del lugar que ocupa el derecho de autor frente al fenómeno de las *fake news* en Brasil, facilitando esta comprensión tanto para el profesional del Derecho como para cualquier individuo.

En este sentido, se aborda el fenómeno de las *fake news*, el derecho de autor y su expresión en las relaciones con las *fake news* ante instituciones jurídicas del Derecho de Autor como la autoría, la originalidad y el objeto de protección, con particular énfasis en este último, de las obras huérfanas. En ese proceso de análisis se exponen los desafíos de las *fake news* para el derecho de autor, para finalmente desdoblarse todo el fundamento teórico en la compleja realidad jurídica brasileña.

Como resultado, se muestra que la ampliación e inclusión de las obras asociadas a *fake news* como parte del derecho de autor, son un fenómeno que evidencia la ineficacia del sistema jurídico actual ante los desafíos de internet. De ahí que el principal aporte del estudio sea dirigido a entender la oposición de las *fake news* al derecho de autor, lo que evidencia la importancia de este y su no aplicación ante determinado tipo de “creaciones”, constituyendo así un desafío global el ámbito tecnológico.

2. *Fake news* un concepto moderno para el Derecho de autor

Las noticias falsas no son nada nuevo; durante mucho tiempo han sido una táctica común de política para cambiar la verdad e ignorar las preguntas. En efecto, la publicación de noticias falsas se remonta al nacimiento de la imprenta, si no más temprano (MANSKY, 2018).

El término “noticias falsas” ha sido recientemente requisado por un número de figuras públicas y medios de comunicación para transmitir su descontento sobre lo que se informa en un informe de noticias (COLLINSON, 2017). Sin embargo, es importante hacer distinciones claves en cuanto a definiciones antes de proponer cómo la comunidad debería hacer ajustes a ese fenómeno. Para los efectos de su desarrollo reciente, las “noticias falsas” cubren únicamente artículos inexactos publicados en línea “con la apariencia de noticias genuinas”, historias que se crean sin ninguna preocupación en cuanto a su verdad o falsedad (GAUGHAN, 2017, p. 57-139).

La manipulación de las noticias e informaciones se ha convertido en la era digital en un instrumento eficaz contra la desinformación y propagación a gran escala de las llamadas noticias falsas o “*fake news*”. Cuando hablamos de noticias falsas en las palabras de (DAVID, 2017) se refiere a informaciones que fueron producidas a gran escala y propagadas con la intención de engañar y mentir, de modo que quien lee crea

en la falsedad del contenido o al menos siembre la duda de hechos reales o verificables (DAVID, 2017). Sin embargo, el auge de Internet y las redes sociales ha cambiado fundamentalmente las posibilidades en torno a la verdad y las noticias falsas. La gran mayoría de los brasileños, obtienen al menos algunas de sus noticias de internet y más específicamente de sus redes sociales.

Hoy es cada vez más frecuente la propagación y divulgación de noticias falsas en las redes sociales como: *Twitter*, *Facebook*, *Instagram*, *WhatsApp*. Por ejemplo, este año en Brasil varias noticias falsas circularon en las redes sociales: desde cuestiones relacionadas a salud pública, seguridad política y tecnología (G1, 2022). Aparentemente su circulación parece inofensiva, sin embargo, su propagación tiene implicaciones en la esfera política y democrática de cualquier país. Otro de los grandes peligros que representa esta modalidad creativa de generar contenido, está asociado a los grandes medios de comunicación, el paralelismo de estas noticias falsas es desarticular la verdad y enfatizar que los medios de comunicación ocultan este tipo de información.

Cuando las notifiacas falsas atacan los medios oficiales, colocan en peligro el desarrollo de la información veraz y real, ya sea en el contexto nacional o internacional. El resultado es palpable, la proliferación en escala de ciudadanos que perdieron la credibilidad en las informaciones de los medios tradicionales (MCSHERRY, 2018). Esto llama la atención de manera significativa, porque hoy los medios tradicionales fueron desplazados por las redes sociales y estas a su vez no han desarrollado un mecanismo eficaz que permita bloquear, o al menos no compartir de manera escalonada este tipo de contenido.

En 2016 el mundo vivió uno de los mayores escándalos sobre noticias falsas que envolvía al expresidente de los Estados Unidos Donald Trump y *Cambridge Analytic*. Durante este período, algunos expertos aseguran que la desinformación jugó un papel determinante en el resultado de las elecciones presidenciales de 2016. El caso de Brasil no fue diferente. Durante las elecciones presidenciales de 2022, varias noticias falsas fueron divulgadas, como, por ejemplo, discursos de odio contra candidatos de partidos opositores, desinformación y mentiras sobre los planes de gobierno, hasta acusaciones falsas y supuestos hechos de corrupción (TSE, 2022).

Después de las elecciones de 2016, las noticias falsas han seguido creciendo. Estados Unidos, uno de los países más afectado aún no tiene una respuesta legal consolidada frente a la crisis de noticias falsas. La respuesta dada por la legislación en la Primera Enmienda en la sección 230 protege las plataformas digitales, lo que impide cualquier posibilidad de impedir el flujo de noticias falsas. La solución vino de manos de la tecnología, cuando de manera gradual la autorregulación de los sitios web comenzó a llenar estas lagunas.

Por otro lado, la Ley de Derechos de Autor norteamericana *Digital Millenium Act* de 1998 (USA, 1998), si bien limita la responsabilidad de los proveedores de contenidos en línea por infracción de derechos de autor, impone la obligación de eliminar con celeridad el contenido infractor de los derechos al ser notificados de una presunta infracción por parte del propietario, titular o agente de representación, de lo contrario, no quedan eximidos de responsabilidad (USA, 1998). (*Title II of the DMCA*, 1998)

Las noticias falsas, se han convertido, sin dudas en un problema en Brasil debido a las pocas restricciones legales que este fenómeno encuentra en la legislación brasileña. Un ejemplo de ello es la Constitución Federal en su artículo 5º inciso IX:

Art 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (BRASIL, 1988, p. 17);

Sin embargo, eso no significa que esta garantía tenga un poder absoluto sobre lo que será expresado, ella también necesita respetar otras garantías constitucionales como el derecho a la intimidad, vida privada. El Marco Civil de Internet establece: art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;

Por otro lado, este instrumento jurídico, codifica en su artículo 7º inciso II la inviolabilidad del sigilo del flujo en las comunicaciones digitales, lo que evita que se retenga en sitios web que alojan noticias falsas algún resquicio o indicio sobre el usuario o autor que hospeda o aloja la noticia falsa.

art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei; (BRASIL, 2014).

Por tanto, el Marco Civil de Internet, opera como un escudo importante para las noticias falsas, protegiéndolas como libertad de expresión y consecuentemente concede a las plataformas digitales la exoneración de responsabilidad en virtud de un contenido divulgado por tercero, similar a la DMCA estadounidense. En respuesta a esta realidad, debemos entender que acaba siendo responsabilidad de los proveedores de contenidos, quienes deberían regular en línea el flujo de este tipo de contenido en lugar del gobierno.

Otro elemento para destacar sobre el Marco Civil de Internet en su art.19, está en

el hecho de la norma no cuestionar la obligación de actuar de los proveedores, dejando apenas cual sería el caso en que se configuraría su responsabilidad por dejar de actuar.

[...]art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. [...] (BRASIL, 2014).

Este artículo, a *priori* nos parece que intenta reproducir una práctica consagrada en la legislación norteamericana en la *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) (EUA, 1998) en su sección 512 (USA, 1998), que trata sobre los prestadores de servicios en línea y su respaldo contra violaciones de derechos de autor, causadas por usuarios, el llamado “*notice and takedown*”, donde se será responsabilizado si después de recibir una notificación de infracción no se toman las medidas necesarias para impedir la violación notificada.

Tal y como destaca Anderson Schreiber, esto representa una ruptura del sistema brasileño de responsabilidad civil, responsabilizando apenas (SCHREIBER, 2015, p. 277-375). Después de la falla o violación, se crea una especie de responsabilidad civil *ex post*, o sea, posterior al inicio del daño. De este modo, lo que sucede en la práctica es que, apenas después de la notificación, es exigida responsabilidad o retirado el contenido, siendo así, se posibilita que, al usuario autor de las *fake news*, se le garantice una inmunidad casi absoluta, ya que difícilmente alguien reclamaría autoría o reconocería su creación.

¿Pero cómo lo maneja la justicia brasileña? La falta de litigios, sobre *fake news* se debe a la dificultad de encontrar a los responsables, así como a que el marco jurídico existente no disuade lo suficiente a los procesos de creación de este tipo de contenido.

Hasta ahora, los estudios sobre *fake news* en Brasil han estado enfocados a la falta de regulación y a la aplicación de normas más genéricas a casos concretos como difamación, discriminación, xenofobia, etc. Pero los estudios jurídicos han pasado por alto en gran medida el hecho de que el modelo normativo aplicado a los proveedores /creadores de *fake news* obvia la responsabilidad de estos por el contenido generado hacia el usuario y su relación con la ley de derechos de autor.

3. El derecho de autor frente a las *fake news*

3.1 ¿Para quién existe el derecho de autor?

La creatividad es un elemento inherente del ser humano, sin embargo, no es hasta el desarrollo de las tecnologías de reproducción masiva que el derecho de autor adquiere relevancia en el ámbito legislativo. Varias leyes europeas (Gran Bretaña 170, Dinamarca 1741, España 1763, Francia 1777, EUA 1787) desde bien temprano, comienzan a ofrecer protección y garantías en favor de sus nacionales (BASSO, 2000, p. 43).

Al mismo tiempo que las leyes europeas comienzan a dar protección al derecho de autor, la doctrina intenta definir las categorías que acompañan el nuevo derecho existente, entre ellos destacan: Gierke, Kholer, Caselli, Picard y Arminjon.

Para Gierke, los derechos de autor están vinculados a los derechos de la personalidad del autor, donde la actividad creadora está englobando los elementos morales y patrimoniales y es inseparable del hombre (CHAVES, 1995, p. 23). Ya Kholer considera que no es posible considerar el derecho de autor, en ninguna categoría preexistente, pues su inmaterialidad no posibilita que se encuadre en el derecho de propiedad, siendo un derecho intrínseco de derechos reales y personales.

Por otro lado, Caselli resalta que existe un desacuerdo en el derecho de autor, donde es quebrada la unidad armónica entre el momento creativo del autor y el momento en que la obra es mostrada al público, donde se manifiestan los derechos patrimoniales (LIPSZYC, 2005, p. 35). Por su parte Picard, fue considerado, uno de los teóricos más avanzados de su época ya que enfatiza en la existencia de una nueva categoría de derecho: los derechos intelectuales. Para este autor las actividades provenientes del intelecto humano deben ser separadas del cuerpo físico, lo que llevo a definir que los derechos de autor pertenecen la realidad inmaterial e intelectual (PICARD, 1908).

Por último, Arminjon, ofrece una nueva perspectiva, al incluir tanto los derechos de autor como los derechos de propiedad industrial; de manera que ambos respondan a la nueva definición. Esta coexistencia deviene más tarde en posturas asumidas para esta materia en el espacio internacional, como se aprecia en el sistema internacional imperante de la propiedad intelectual (LIPSZYC, 2005, p. 41).

De acuerdo con el modelo neoclásico, amparados en el modelo neoliberal y de génesis norteamericana, el derecho de autor es explicado a través de términos y análisis económicos. Así el mercado justifica su protección, y la atribución al autor de un derecho de propiedad absoluto sobre la creación. La obra es, para esta doctrina, una mercancía, un bien o fuente de riqueza, y a partir de este presupuesto teórico se construye su discurso.

En el extremo opuesto, encontramos autores que amplían los estrechos límites del discurso neoclásico, ya no contemplan la cuestión de los contenidos protegidos desde la perspectiva única del propietario, sino que introducen el derecho de uso de los contenidos por parte de la colectividad (GROSHEIDE, 2014, p. 1-13).

La dimensión autor adquiere una interpretación diferente en cada momento histórico. Desde el anonimato medieval, el individualismo del genio romántico, las teorías de la muerte del autor, la exaltación del autor superestrella con éxito comercial, hasta llegar al anonimato de internet.

Se puede afirmar que, en la sociedad de la información, la cultura digital diseminada en internet, guarda cierta relación con aquella cultura popular primaria (aquella anterior a la aparición de la escritura), principalmente en lo que se refiere a la colectivización del saber (FILHO, 2000, p. 26-28). Aunque la cultura primaria tenía como foco la diseminación del conocimiento para que este pudiese ser difundido a otras personas de la tribu, o comunicada, la cultura digital inicialmente tenía este paradigma, pero con la llegada de las *fake news*, los objetivos cambiaron, este tipo de noticias o comunicaciones, que muchas veces son “obras” susceptibles de protección por el derecho de autor, busca segregar desinformar y dividir, empleando para ello la libertad y creatividad humana con objetivos turbios.

La tecnología de las *fake news*, se presenta como una nueva propuesta estética, calcada de interactividad, recombinando la creación con el acto colectivo. Sobre enfatizar que la génesis del derecho de autor no fue creada para entender y proteger este tipo de fenómenos y su recontextualización como obra intelectual. Para el derecho de autor, un texto o imagen utilizada en otro contexto, sería en lo mínimo, una copia, o una obra adaptada. El propio concepto de obra adaptada sea un artículo de noticias, un libro o un filme, necesita necesariamente una autorización del autor. En verdad, al establecer la posibilidad, las *fake news*, de ser consideradas obras adaptadas, eso permitiría la posibilidad de no autorizar su reproducción.

Se puede considerar que el derecho de autor es resultado de la propagación de invenciones tecnológicas a gran escala que tuvieron impactos significativos en la manera de hacer y difundir la cultura. Es un derecho nuevo con su propia teoría, que ha ido abriéndose paso por sobre el debate entre las teorías preexistentes del Derecho Civil (derecho real y derechos inherentes a la personalidad). Su contexto histórico, ha contribuido de manera significativa a reafirmar el sistema actual imperante en el Derecho Internacional.

La teórica de Delia Lipzyc plantea que “en sentido objetivo, Derecho de autor es la denominación que recibe la materia; en sentido subjetivo, alude a las facultades de que goza el autor en relación con la obra que tiene originalidad o individualidad suficiente

y que se encuentra comprendida en el ámbito de la protección dispensada” (LIPSYC, 2005, p. 54). A lo anterior, el autor Pérez Peña, agrega, respecto a la denominación que recibe la materia, que “está compuesta no sólo por el aspecto meramente normativo sino también por el conjunto de principios, reglas y procedimientos de adopción de decisiones, así como por la teoría o doctrina sistematizada al respecto. Por lo que, unificando ambas acepciones, puede decirse que Derecho de autor es la materia del Derecho que brinda protección a los autores respecto a sus obras literarias, musicales, científicas y artísticas (resultantes de su actividad intelectual) reconociéndole facultades exclusivas (PÉREZ PEÑA, 2012, p. 75).

Se puede concluir que el derecho de autor como derecho subjetivo compuesto por facultades, existe para el autor, el creador de las obras, pero también para los titulares a los que el autor cedió sus facultades patrimoniales; a ambos les interesa que la obra sea protegida y se respeten sus facultades por toda la sociedad. Existe para todas las personas, quienes al final se benefician de la creación y quienes deben respetarlo. Como materia, o disciplina jurídica dentro el Derecho le interesa, además de los propios autores o titulares, a los juristas y teóricos o estudiosos de la materia. En ambos casos, además de su autor o creador, existe para todas aquellas personas que utilicen las obras, usuarios, gestores, etc., quienes tienen la obligación de cumplirlo.

3.2 Que es la autoría?

De acuerdo con la definición de (PORRAS, 2007, p. 57): el concepto de autoría se establece a partir de la noción de autor en relación con la obra (puesto que una y otra cosa, se encuentran en una relación dialéctica), constituye un elemento esencial del sistema romano-francés del derecho de autor. En su relación con los derechos fundamentales y la necesidad de defensa de derechos morales del autor en su relación con la obra, como establece la doctrina continental europea y latina de Derecho Civil y de propiedad intelectual sobre estos derechos morales, así como la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”. Tal y como establece el art.27.2 Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948 (ONU, 1948).

En esta misma línea, Delgado Porras enfatiza que la ecuación autor=creador de la obra, nunca se rompe, opinión que merece discusión, frente a la realidad factico jurídica del proceso creativo de las *fake news* y su conexión como obra huérfana frente al derecho de autor (PORRAS, 2007, p. 60).

Aun cuando las *fake news*, en los casos que posean suficiente originalidad e incorporen expresiones formales creativas que se configuran en artísticas literarias y científicas protegidas por el derecho de autor como “obras” o “seudo-obras” en buena técnica jurídica, y cumplen con la mayoría de los elementos de obras huérfanas, existe una ruptura del binomio autor creador que se da en función de la necesidad de permanecer siempre en el anonimato.

3.3 ¿Que es la obra?

El derecho de autor está destinado a proteger la forma representativa, la exteriorización de su desarrollo en obras concretas aptas para ser reproducidas, representadas, ejecutadas, exhibidas, radiodifundidas, etc., según el género al cual pertenezcan, y a regular su utilización” (SALAMANCA, 2017, p. 34). Es decir, el derecho de autor no ampara las ideas (SALAMANCA, 2017, p. 46), sino únicamente las creaciones formales, que sólo deben satisfacer el requisito de originalidad, como una condición necesaria para su protección.

El requisito de originalidad, a decir de Martín Salamanca sólo es posible predicarlo para la creación protegible cuando sea propia “en cuanto expresión de la personalidad de su creador, y, además, no debe constituir un plagio (SALAMANCA, 2017, p. 67) y agrega: “conlleva que la obra tenga su origen en la personalidad del autor, aunque el resultado creativo no sea nuevo; de manera que basta con que, en la obra, se recoja algún aspecto del espíritu o personalidad del autor. Basta con haber creado sin copiar una obra ajena” Este requisito de la originalidad en cuanto a aspectos o elementos del espíritu del autor pueden hallarse en el estilo de elaborar la obra creativamente, o los recursos creativos recurrentes que emplea ese autor en la creación de ese tipo de obras y que resultan identificables pericialmente por resultar característicos del autor o su personalidad al momento de crear la obra. La doctrina autoral distingue originalidad subjetiva u objetiva, esta primera es la subjetiva pero respecto a la objetiva suelen referirse a requisito de haber creado algo nuevo, no existente previamente, esto es, como requisito de novedad. Aunque “tradicionalmente la doctrina ha venido entendiendo que la originalidad relevante para el caso es la subjetiva” (RODRÍGUEZ-CANO, 2019, p. 123). Este tipo de originalidad, en cuanto a su conexión directa con el autor, resulta complicado demostrarla en el caso de obras que se incorporen como *fake news* al ser el autor anónimo o desconocido, no obstante, se suele identificar este teniendo en cuenta la forma en que ha sido expresada la obra, por las características con que se expresa el autor, o se transmite el mensaje, que reside en los elementos creativos u originales, incluso sea en la composición u organización de estos en la expresión de su creación.

De acuerdo con la propia Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), la palabra obra se emplea para referirse a amplia gama de creaciones intelectuales, desde las novelas hasta las obras arquitectónicas, pasando por los programas informáticos, etcétera (WIPO, 1886).

En la definición del Convenio de Berna de 1886 para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886, se establece en su Artículo 2, Obras protegidas, que:

Los términos «obras literarias y artísticas» comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias (WIPO, 1886).

Visto así, el modo o forma de expresión es bien amplio, y es precisamente lo que define la protección a partir de los elementos creativos del modo de expresión. Es importante señalar acá lo que la doctrina también reconoce: el contenido de la obra resulta irrelevante a la conceptualización de obra en el derecho de autor, “el contenido no sirve como filtro para discernir una obra de lo que no lo es en consecuencia, puede considerarse obra una creación con *cualquier tipo de contenido*” (SALAMANCA, 2017, p. 92). Importante acá considerar también que, el derecho de autor “no incluye en su objeto más que la obra, no el método, o el estilo, o la técnica de la creación” (RODRÍGUEZ-CANO, 2019, p. 71).

Uno de los modos de expresión u obras, que suelen emplearse conjuntamente con el hecho de transmitir información, lo constituyen las obras literarias, en particular los artículos, ensayos, las conferencias, alocuciones y diferentes escritos, así como otras como, las fotografías, las ilustraciones, los dibujos, las obras audiovisuales y en determinados casos, hasta las obras musicales.

En correspondencia con ello, podemos entender que las *fake news*, serían una especie de obra periodística, si posee suficiente originalidad, lo que ganaría protección como cualquier obra literaria o intelectual. Con independencia de la tipología, en cuanto al acto comunicativo como el periodismo, o la comunicación de determinada noticia, se

va a reconocer la protección autoral “en atención a su medio de expresión (lenguaje, musical, plástico)” no importándole al derecho de autor, el contenido de la noticia o la información (SALAMANCA, 2017, p. 62).

En esta lógica vale destacar que el Convenio de Berna, en su art 2.8 establece que la “la protección del presente Convenio no se aplicará a las noticias del día ni de los sucesos que tengan el carácter de simples informaciones de prensa” (WIPO, 1886). Aunque las noticias y los sucesos no encuentran protección específica en el derecho de autor, sí lo están los artículos periodísticos relativos a noticias, pues en gran medida ellos constituyen obras literarias. De igual forma, son susceptibles de protección.

El gran dilema está en encuadrar las *fake news* entendidas como meros sucesos informativos, o en verdaderos artículos periodísticos, es decir, obras literarias per se u otras, como las audiovisuales, las artísticas o musicales, como que recrean y falsean un recorte de la realidad, para desinformar o crear estados de opinión sobre un determinado asunto. Como Wachowicz señala: “la pregunta aquí es si la creación de *fake news* a través de videos, imágenes y textos, así como su difusión en redes sociales, ¿puede o no estar protegida por la Ley de Derechos de Autor? (WACHOWICS, 2024).

Ya en el caso de la legislación de Brasil, se evidencia que son obras protegidas por el derecho de autor los textos de obras literarias, artísticas o científicas tal como prevé el art. 7 de la Lei 9610/98.

Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas; [...] (BRASIL, 1998)

Realizar esta interpretación no es un asunto simple, pues la creatividad de quien produce este tipo de noticias es considerable, llegando hasta colocar nombres falsos para atribuir una dosis de autoría, autoridad y credibilidad. Desde el prisma técnico-jurídico, podríamos asumir que esta nueva variante de noticias encuadraría perfectamente en trabajos periodísticos, lo que automáticamente le concedería protección por las normas del derecho de autor, sea en el ámbito nacional o internacional. Sin embargo, al analizar el caso de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos sobre *fake news* Nash Vs. CBS, Inc (USA, 1990), el profesor Wachowicz comenta:

“En la legislación estadounidense, los derechos de autor se aplican a las obras de ficción, pero las noticias falsas se presentan como una narración de hechos. Así, los autores de noticias falsas construyen sus narrativas ficticias como hechos, y la ley estadounidense percibe y trata las noticias falsas no como ficción, sino como un informe de los hechos que dicen ser, y por lo tanto se apartan de la

protección del derecho de autor. (...)

Por lo tanto, se puede admitir que las noticias falsas están protegidas de la copia literal y masiva, pero un autor de noticias falsas no tiene derecho a la historia subyacente, a pesar de que la historia haya sido inventada.

Así, la *Fake New* podría ser entendida por la Ley de Derechos de Autor como una obra original pero sólo en la forma y expresión en que fue creada (texto, imagen o video) sujeta a protección por la Ley de Derechos de Autor a los efectos de atribuir la autoría, pero para su posterior utilización como obras derivadas, no se requerirá autorización, pues se tratarían de relatos de hechos reales que los propios autores de estas últimas afirmarían haber hecho” (WACHOWICS, 2024).

De esta forma, en coincidencia con Wachowicz, queda claro que la expresión original en que se presente una *fake new*, siempre que encuadre en texto, imagen o video, afines a las obras literarias, artísticas o audiovisuales, tendría cabida en el derecho de autor, no obstante, como también reconoce el investigador, los relatos o el contenido, que constituyen esencia en las *fakes news*, escapan de la protección autoral.

Otro elemento que levanta inquietud es el derecho de reproducción, lo que sin dudas impacta las *fake news*. Desde 1996, la digitalización de las obras es considerada como parte del derecho de reproducción a partir del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y su correspondiente Declaración concertada sobre el artículo 1.4 (WIPO, 1886). Además, tal y como establece el art. 9.1 de la Convención del Berna, el derecho del autor de obras literarias y artísticas de gozar del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma (WIPO, 1886).

Concretamente lo pasa con el derecho de reproducción de *las fake news* es que el autor que por vez se asume anónimo, no le importa autorizar su divulgación o reproducción no autorizada. Para el creador de este tipo de trabajo, renunciar a los derechos de reproducción, comunicación pública y transformación, constituye un beneficio, pues entre mayor sea el número de compartidas, mayor será el impacto en el cumplimiento de los objetivos que se propone, fundamentalmente, el de desinformar. Aquí dejamos claro, que renunciar a los derechos de autor carece de significado frente a un “objetivo mayor” la desinformación.

Aun cuando la Ley 9610/98 determina que la reproducción no autorizada constituye violación a los derechos de autor, poco importa su aplicación porque se presenta una especie de renuncia a este derecho, lo que, unido al deseo de mantenerse en el anonimato, hace a los utilizadores de las *fakes news*, exentos de responsabilidad, como se vio con anterioridad respecto a la posibilidad de terceros de realizar obras derivadas de las *fake*

news.

A partir de lo anterior, hay dos elementos importantes a considerar: primero, el autor o creador de la obra (*fake news*), no tiene el mínimo interés en ser identificado; y segundo, toca definir si este tipo de obra sería una noticia y si ella se encuadraría en la protección de obras literarias periodísticas, u obras audiovisuales, o artísticas, incluso musicales, si se tratan de *fake news* que encuadren dentro de clase de obras protegidas por los derechos de autor. Por último, quedaría analizar si, a partir de los elementos anteriores, este tipo de obras podrían considerarse obras huérfanas por el Derecho de Autor.

La cuestión es, aun cuando estos conceptos sean perfectamente aplicados a las *fake news*, no existe un interés social en otorgar ninguna protección. En el 2024, no ha habido necesidad de explicar que la divulgación digital de noticias falsas forma parte del proceso de distribución digital, a ellas se puede acceder desde cualquier lugar y a cualquier momento, “es una nueva forma de explotación comercial” que viene ganando fuerza pero que no logra su protección en el derecho de autor. El derecho de reproducción aquí prevalece sobre el derecho moral del creador, pues la verdadera lógica de este fenómeno está en obviar los conceptos de derechos de autor para alcanzar un público mayor (SMITH, 2019).

En esta línea de pensamiento es importante destacar que potencialmente el derecho de autor, es capaz de atraer protección cuando, existe un interés público, sea por reclamar derechos morales, sea por violaciones a derechos patrimoniales. Siempre que una obra está protegida existe el interés en explorar el monopolio, o la facultad, que este derecho le concede al autor o titular, sea a través de ventas, o de licenciamiento de uso de obras, entre otras modalidades. Cuando analizamos esta perspectiva, en el lado lucrativo del derecho de autor, entendemos que las *fake news* pueden ser un nuevo modelo de negocio, que busca lucrar con la desinformación, pero este último interés puede estar en sujetos ajenos a la obra, vinculados al uso de esos relatos o “desinformación”.

4. Será posible usar la ley 9610 /98 frente a las Fake News?

La Ley 9610/98 fue promulgada en 1998. Entre sus múltiples disposiciones, están las de establecer en su art 152 las responsabilidades civiles por infracción al derecho de autor (BRASIL, 1998). La norma es anterior a la llegada y proliferación de internet, lo que posibilita que los proveedores de servicios en línea no sean responsabilizados por violaciones al derecho de autor. Esta ausencia normativa alcanza tanto a los proveedores

de contenido, como a los de servicio.

Otro instrumento que guarda relación en el mismo sentido con la Ley de derechos de autor es el Marco Civil de Internet que dispone que “las violaciones cometidas por terceros no serán de responsabilidad de los proveedores de conexión o proveedor de aplicaciones.

Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário (BRASIL, 2014).

En otras palabras, un proveedor de servicios no podrá ser responsabilizado por ninguna infracción de derecho de autor por motivo de almacenamiento por parte del usuario/autor, controlado u operado por el proveedor de servicio. O sea, el proveedor de servicios no tiene conocimiento de los hechos o circunstancias de las cuales se desprende una actividad infractora. De obtener este conocimiento podría actuar eliminado rápidamente el material disponible o inhabilitar el acceso a este.

Esa barrera de responsabilidad, en la que depende del prestador de servicios ejecutar fielmente toda la remoción del contenido, provoca una impunidad frente a la publicación y el intercambio de contenidos de esta naturaleza. Aun cuando el contenido sea removido o borrado, el proveedor de servicios debe notificar al usuario o creador, de esta situación. Esta realidad posibilita que el usuario pueda entrar con una contra notificación, de lo que el proveedor de servicios podrá dar fe que fue removido por error. Delante de esta situación el proveedor de servicio está en la obligación de restablecer el contenido después de 14 días, a menos que el propietario de los derechos de autor se presente o reclame su autoría, lo que es imposible en el caso de las *fake news*.

Si para el sistema de Derecho de *Common Law* existe el *fair use*, o sea, uso legítimo, en este caso de una copia material protegida por el derecho de autor, con un propósito transformador como: críticas, noticias, enseñanza, comentarios (MIKAYLA, 2021) etc. Para la legislación brasileña existen límites al uso del derecho de autor previstas en el art. 46 de la Ley 9610/98 inciso I a) lo que se encuadra perfectamente en la realidad de las *fake news*.

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

I - a reprodução:

na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos; (BRASIL, 1998).

Tres recomendaciones relevantes para crear un régimen paralelo de eliminación de noticias falsas. Actualmente no existe en Brasil una legislación específica que regule las noticias falsas. El Marco Civil de Internet y el derecho de autor abordan aspectos de manera somera sobre la responsabilidad indirecta.

El Marco Civil de Internet deja claro que los autores/creadores tienen la responsabilidad de notificar al proveedor de servicio que aquel material es infractor en un determinado sitio web. Por tanto, no existe para el proveedor de servicio un monitoreo activo a favor de todos los contenidos de su plataforma. Sin embargo, si bien el derecho de autor coloca la responsabilidad en el autor, las noticias falsas dejan esta salida mucho más ambigua y confusa; por lo tanto, podría ampliarse ese modelo para notificar la notificación falsa y así el contenido fuera retirado de los proveedores. Algunos proveedores como Facebook han comenzado a utilizar ese enfoque (FACEBOOK, 2020). Esta posibilidad tiene como ventaja que los propios usuarios se movilicen de manera masiva para monitorear el contenido falso (GELFET, 2018, p. 84-117).

Otra posibilidad sería clasificar las notificaciones falsas como infracciones al derecho de autor, lo que no resulta tan sencillo (GELFET, 2018, p. 87). A pesar de que Axel Gelfert, defiende que no es importante qué definición sea aceptada, es vital que sean reconocidas como violaciones al derecho de autor.

De acuerdo con la legislación brasileña, el distribuidor de contenido puede ser responsabilizado por transferir, distribuir o compartir una obra sin el debido consentimiento del autor (BRASIL, 1998). Normalmente cuando esto sucede estamos hablando de transferencias que envuelven venta, alquiler u otras formas de circular en internet. Aquí la responsabilidad es basada en el conocimiento y ubicación de la distribución, lo que configuraría la piratería o violaciones al derecho de autor.

Por otro lado, si los sitios web o redes sociales, fueran considerados como distribuidores de las informaciones, lo que se equipararía al agente comercial de los derechos de autor (editora, grabadora, galería de arte, industria de cine) y no simplemente como el medio de comunicación como las personas se comunican, entonces las noticias falsas podrían ser fuertemente combatidas en el contexto del derecho de autor.

En este sentido, la Ley nº 9610 /98, se podría aplicar de manera análoga, al tema de noticias falsas en cuanto a la responsabilidad civil prevista en el art. 105, cuando responsabiliza la comunicación o puesta a disposición del público de una obra no

autorizada.

Art. 105. A transmissão e a retransmissão, por qualquer meio ou processo, e a comunicação ao público de obras artísticas, literárias e científicas, de interpretações e de fonogramas, realizadas mediante violação aos direitos de seus titulares, deverão ser imediatamente suspensas ou interrompidas pela autoridade judicial competente, sem prejuízo da multa diária pelo descumprimento e das demais indenizações cabíveis, independentemente das sanções penais aplicáveis; caso se comprove que o infrator é reincidente na violação aos direitos dos titulares de direitos de autor e conexos, o valor da multa poderá ser aumentado até o dobro (BRASIL, 1998).

Respecto a las violaciones, en el sistema de derechos de autor, la autoría y la originalidad sobre la obra resultan importantes y tienen implicaciones asociadas a los derechos morales, sin embargo, aplicar esta lógica a las noticias falsas, no resulta eficaz ya que asumir la autoría de este tipo de contenido digital no es el interés de quien lo crea.

4.1 Obras Huérfanas

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), a través de su Comité Permanente de Derechos de Autor y Derechos Conexos, ha definido desde 2008 (WIPO, 2019) las obras huérfanas como aquellas obras que, aun estando protegidas por el derecho de autor, es imposible localizar o identificar su creador.

Como plantea López Maza “las obras huérfanas son aquellas cuyos titulares de derechos no están identificados o, estándolo, no están localizados a pesar de haber llevado a cabo una búsqueda diligente de los mismos” (LÓPEZ MAZA, 2019, p. 125). En ese mismo orden, López Maza refiere como se podría pensar que el ejemplo ideal de obra huérfana es la anónima pero no es así, pues en el caso de la anónima puede tenerse la figura del “representante aparente” encargado de divulgar la obra con la autorización del verdadero autor. “Lo importante para hablar de obra huérfana, es que no exista una persona a la que dirigirnos para pedirle la autorización correspondiente” (LÓPEZ MAZA, 2019, p. 127).

En ese orden, podría entenderse que las *fake news*, que posean suficiente originalidad como para ser consideradas obras, son un caso típico de obras huérfanas, pues no existe forma de identificar el autor o su titular de derecho. Sin embargo, la ausencia o desconocimiento de su creador no imposibilita publicar, digitalizar, o compartir este tipo de “obra intelectual”.

El Convenio de Berna, instituye “la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas” (1º) y el reconocimiento de derechos morales, como el de paternidad, que permite reclamar la autoría de la obra y oponerse a cualquier modificación de esta. Establece el principio de que “esa protección no debe estar condicionada al cumplimiento de formalidad alguna” y deja claro que “los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma” (art.9.1) (WIPO, 1886).

En el ámbito de las nuevas tecnologías, la situación de las obras huérfanas que pudieran quedar comprendidas en las *fake news* es compleja, porque estas últimas aun cuando se puedan entender como una obra sin dueño, la difusión de su contenido y su uso, no configuran técnicamente como violaciones de propiedad intelectual, ya que, por un lado, su contenido no resulta objeto de protección del derecho de autor y por otro, difícilmente el creador reclamará su autoría por las implicaciones que, de reconocerse autor, traería consigo.

Tal y como señalan Carrasco y Defossez, la principal raíz del problema en relación a las obras huérfanas está enfocada en la protección de manera automática de los derechos de autor (CARRASCO, 2020, p. 6). Aun cuando el desarrollo del derecho de autor busca garantizar mayor protección al creador, en el caso de las *fake news* su aplicabilidad es inviable, pues reconocer la autoría de este tipo de obra implicaría asumir la responsabilidad civil o penal de diseminar o propagar noticias falsas.

El problema de la *fake news*, frente al derecho de autor, radica en que no es obligatorio el registro para ganar protección. Lo que resulta en una forma ineficiente el sistema de protección de los derechos de autor, frente a este fenómeno, pues, aunque existen mecanismos que permiten protección, el creador prefiere mantenerse en el anonimato con carácter permanente. Como también se señala, en las palabras del ilustre Clóvis Beviláqua (BEVILÁQUA, 1859, p. 15) la relación autor obra constituye un vínculo entre los elementos patrimoniales y morales, debido a los rendimientos que la obra puede traer. Esta relación busca garantizar al titular de los derechos de la obra, una remuneración en virtud de su reproducción y distribución por las autorizaciones. Sin embargo, las *fake news*, tiene una aplicación diversa y un carácter colectivo, teniendo en cuenta que normalmente son presentadas al público y no se puede tener un control absoluto por su titular, y tampoco es interés del autor.

De acuerdo con Vizcarra Padilla 2009, queda claro que las “obras huérfanas” requieren de una mayor atención y protección, ya que en este grupo se pretende encuadrar un gran número de obras de extraordinario valor histórico, educativo y cultural (PADILLA VIZCARRA, 2009, p. 161-175). Sin embargo, en el caso de las noticias falsas

no sería pertinente su aplicación, ya que su valor histórico, educativo y cultural es en lo mínimo dudoso.

Desde otra perspectiva, el caso de las *fake news*, deja claro la inviabilidad del derecho exclusivo de autorizar su reproducción, pues exactamente el interés del creador o autor de este tipo de obra es no ser identificado, y consecuentemente, poco importa conceder su autorización para que sea reproducida a gran escala por medio de las redes sociales.

La diseminación de noticias falsas representa una amenaza importante a cuestiones como democracia, difamación, libertad de expresión. Encontrar los responsables de la difusión de este tipo de información no es tarea fácil desde la perspectiva del ordenamiento jurídico brasileño. Sin bien los daños que provocan son graves y hacen difícil definir cuál es el motivo de la creación y divulgación más allá de la cuestión de desinformar, el sistema legal tampoco puede apresurarse a condenar de manera extensa este fenómeno pues podría invadir la línea tenue de la libertad de expresión.

No existe una respuesta, simple o sencilla, de cómo podría la legislación de derecho de autor ayudar a la eliminación de este tipo de contenido y consecuentemente eliminar problemas como difamación, xenofobia, discursos de odio, etc.

Autores como Royster defienden en el caso del sistema norteamericano que sea aplicado el tratamiento del derecho de autor a las *fake news* (ROYSTER, 2017). No obstante, la omnipresencia y corrosividad de este fenómeno obliga a pensar en la posibilidad de ajustar el artículo 152 de la Ley de derechos de autor, en función de implementar un requisito de notificación y eliminación, similar al que es utilizado cuando son violados derechos de autor en la red. A partir de esta analogía, los sitios web tendrán la oportunidad de eliminar noticias falsas, como si fuese contenido protegido por el derecho de autor.

5. CONCLUSIONES

En la actualidad es más frecuente la divulgación de noticias falsas en el ámbito digital. Se han convertido en un problema para Brasil debido a las pocas restricciones legales que encuentra en la legislación nacional. En el contexto de los derechos de autor, la legislación nacional se comporta respecto al contenido infractor de derechos de autor divulgado por los proveedores, de manera similar al caso norteamericano y la DMCA, donde estos no son responsables, a menos que no eliminen el contenido ilícito al ser notificados por los propietarios de contenido o los titulares de derechos. De esta forma, el

Marco Civil de Internet en Brasil resulta un escudo de protección para las *fake news* bajo la consideración de la libertad de expresión, donde no se encuentran los responsables y no se disuade la creación de este tipo de contenido. Los estudios sobre la temática en el caso brasileño se centran en las normas sobre difamación, discriminación y xenofobia, pero se obvia la relación con el derecho de autor.

El derecho de autor, como derecho subjetivo compuesto por facultades que reconocen garantías al autor sobre su obra protege esta como creación con suficiente originalidad expresada en creaciones formales configuradas en obras artísticas, literarias y científicas. Dentro del modo de expresión se incluyen obras asociadas a la literatura, la música, las imágenes o el video, donde encuadran obras que a su vez son empeladas en *fake news* para transmitir o comunicar un contenido o información falsa, y donde, este último elemento no se corresponde con el sistema de protección del derecho de autor. Las *fake news* se presentan como una narración de hechos que en materia autoral puede ser similar a las obras de ficción pero que en el caso de la jurisdicción norteamericana se conciben como un informe de hechos que “dicen ser” y cuya protección se aparta del derecho de autor, donde su creador no tiene derecho a la historia.

La *fake news* puede ser entendida como una obra original si se expresa en texto, imagen o video, pero en la que su contenido, lo que constituye su esencia, escapa a la protección autoral. Desde el punto de vista de la autoría, las que incluyan expresiones originales susceptibles de ser reconocidas como obras, pueden ser empleadas en una posible utilización posterior, en una especie de obras derivadas para las que no se requerirá autorización, pues el interés de sus autores es el de mantenerse permanentemente sin ser identificados, por lo que en cuanto a violaciones de autoría asociadas a derechos morales, para las *fake news*, tampoco resultan eficaces las normas de derechos de autor. Otros elementos en los que no concuerda el derecho de autor con las *fake news*, lo constituyen el hecho de que sus creadores renuncian a los derechos de autor patrimoniales como el derecho de reproducción, comunicación pública o transformación. Si bien se está produciendo una nueva forma de explotación comercial de estas “creaciones”, lo cierto es que no logra su protección en el derecho de autor y no existe interés social en otorgarla.

En cuanto a las obras huérfanas del derecho de autor, si bien coinciden con las noticias falsas en que no se identifica el autor, en ambos casos, lo cierto es que, aun cuando determinadas *fake news* puedan constituir obras, la difusión de su contenido y su uso, no configuran técnicamente como violaciones de propiedad intelectual pues el contenido no constituye objeto de protección en derecho de autor, así como, el creador no reclamaría su autoría por las implicaciones que le traería hacerlo. Al no ser obligatorio el registro de obras para su protección, la valoración de su conveniencia de uso para controlar el fenómeno de las *fake news* resulta estéril. En conclusión, se considera que no resulta convincente suponer a las *fake news* como obras protegidas por el derecho de

autor, en cuyo caso, tampoco es suficiente su consideración como obras huérfanas en el contexto jurídico de Brasil, resultando inoperante la aplicación del sistema de protección autoral.

BIBLIOGRAFIA FINAL

ANDRÉS RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Alipio O. P. J. Métodos científicos de indagación y de construcción del conocimiento. **Revista Escuela de Administración de Negocios**, Bogotá , v. 82, n. 1, p. 20, enero-junio 2017.

ANTONIO, Porras. **Derecho de Autor y derechos afines al derecho de autor**. Madrid : Instituto de Derecho de Autor , v. 2, 2007.

BASSO, Maristela. **O Direito Internacional da Propriedade Intelectual**. 1era. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BEVILÁQUA, Clívis. **Direito das Cosas**. 3. ed. Brasília : Senado Federal , v. 1, 2003.

BRASIL. **Lei 9.610 Lei de Direitos Autorais**. Brasilia: Diario Oficial da União, v. 1, 1998.

BRASIL. **Lei 12.965 Marco Civil da Internet**. Brasília: Diario Oficial da União, v. 1, 2014.

BRASIL. **Constitución Federal**. Brasília : Diario Oficial da União , 1988.

CARRASCO, Janny. D. D. Orphan works regulation in Cuba: the EU model as a solution?. **Journal of Intellectual Property Law and Practice**, Oxford, v. 8, n. 15, p. 20, julio 2020.

CERVERA, RAFAEL C. **Métodos y Técnicas de Investigación en Relaciones Internacionales**. 2ª Edición. ed. Madrid: [S.n.], 2014.

CHAVES, Antonio. **Criador da obra intelectual**. São Paulo: Ltr, v. 1, 1995.

COLLINSON, Stephen. P. C. 2. **An Amazing Moment in History: Donald Trump's**. CNN, New York, 16 febrero 2017. 4.

DAVID, Klein &. W. Fake News: A legal Perspective. J, 8 Marzo 2017. 9. **Journal of Internet Law**, New York , p. 20, Abril 2017.

DAVID, Klein &. W. Fake News: A legal Perspective., 8 Marzo 2017. 9. **Journal of Internet Law**.

FACEBOOK. **HOW DO I MARK A FACEBOOK POST AS FALSE NEWS?** FACEBOOK PAGE. <https://www.facebook.com/help/572838089565953>, 2024. Disponível em: <https://>

www.facebook.com/help/572838089565953. Acesso em: 25 marzo 2024.

FILHO, Ciro M. **Pensar pulsar**: cultura comunicacional, tecnologias, velocidade. 1. ed. Rio de Janeiro : [S.n.], 1989.

GAUGHAN, Anthony J. Illiberal Democracy: The Toxic Mix of Fake News, Hyperpolarization, and Partisan Election Administration. **Duke Journal Constitutional Law & Public Policy.**, Carolina del Norte , v. 12, p. 53-139, marzo 2017.

GELFET, Axel. Illiberal Democracy: The Toxic Mix of Fake News, Hyperpolarization, and Partisan Election Administration. **Informal Logic Journal Law Review**, , Carolina del Norte , p. 84-117, Julio 2017.

GLOBO, G1-. G1, Globo. **Fato ou Fake**. Globo G1, p. 10, 2022. Globo. Rio de Janeiro. 2022.

GROSHEIDE, F. W. "Intellectual Property Protection for Video Games - a View from the European Union. **Journal of International Commercial Law and Technology**, 2014, v. 9, n. 1, p. 1-13, septiembre Berlin.

KLEIN, David O.; WUELLER, Joshua R. Fake News: A Legal Perspective..**Journal or Internet Law**, , 1 vol.20 2017., v. 1, p. 9, abril 2017.

LIPSZYC, Delia. **Derecho de Autor e Derechos Conexos**. La Habana : Abril , 2005.

LÓPEZ MAZA, Sebastián. 9na. ed. Madrid: [S.n.], **Los derechos de explotación**. In: RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo B. Manual de propiedad intelectual.

MANSKY, Jackie. **The Age-Old Problem of "Fake News**. Smithsonian Magazine, New York, 7, 7 mayo 2018.

MAREAM SÁNCHEZ BRACHO, Mariela F. D. Técnicas e instrumentos de recolección de información: análisis y procesamiento realizado por el investigador cualitativo.. **Revista UISRAEL**, Quito , v. 8, n. 1, p. 20, Agosto 2021.

MCSHERRY, Corynne. Platform Censorship: Lessons From the Copyright Wars. **Electronic Frontier Foundation**, New York , 26 septiembre 2018.

OMPI. **Convenção de Berna 1886**. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Berna: [s.n.]. 1886. p. 10.

OMPI. **Tratado sobre Derechos de Autor en el entorno digital**. Organización Nacional de la Propiedad Intelectual. Berna : [s.n.]. 1996. p. 10.

OMPI. **Comité Permanente de Derecho de Autor**. Organización Nacional de la Propiedad Intelectual. Berna : [s.n.]. 2019. p. 135.

ONU. **Declaración Universal de Derechos Humanos.** Conferencia sobre Derechos Humanos. San Francisco : [s.n.]. 1948. p. 20.

ONU. **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.** Assembleia Geral das Nações Unidas. New York : [s.n.]. 1966. p. 20.

PADILLA VIZCARRA, Ana. Autoría y obras huérfanas. **Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales**, Madrid, v. 78, n. 1, p. 161-175, sept-diciembre 2009.

PÉREZ PEÑA, Oscar. **Protección de las obras de la cultura popular tradicional por el derecho de autor:** especial referencia a Cuba. La Habana : Abril , v. 1, 2012.

PICARD, Edmond. **Des droits intellectuels à ajouter en quatrième terme à la division classique des droits en personnels, réels et obligationnels.** Bruxelas : Pandectes Belges, v. 2, 1879.

RODRIGUEZ- CANO, Rodrigo B. **Manual de propiedad intelectual.** 9na. ed. Valencia : Tiran lo Blanch , v. 1, 2019.

ROYSTER, Lee. Fake News: Potential Solutions to the Online Epidemic. **North Carolina Law Review.**, Greensboro, v. 96, n. 1, p. 271-291, 2017.

SALAMANCA, Sara M. **Manual de Derecho de la Propiedad Intelectual.** 3era. ed. Madrid : Tiran Lo Blanch, 2009.

SAMPIERI HERNÁNDEZ, Roberto; COLLADO FERNÁNDEZ, Carlos.; BAPTISTA LUCIO, Pilar. **Metodología de la Investigación.** 4ta. ed. Madrid : Tiran lo Blanch , 2006.

SCHREIBER, Anderson. **Marco Civil da internet:** avanços ou retrocesso? A responsabilidade civil por danos derivados do conteúdo gerados por terceiros. Rio de Janeiro: [S.n.], v. 1, 2015.

SMITH, Cathary. Truth, Lies and Copyright.. **Nevada Law Journal**, Las Vegas , v. 20, n. 201, p. 442, junio 2019.

SPENCER, Mikayla. Storytime: We're Being Sued. Copyright Infringement and Fair Use in the Digital Era. **University of Cincinnati College of Law** , Cincinnati, v. 6, n. 1, p. 24, Diciembre 2021.

TSE. **Comunicação sobre Notícias Falsas em 2022.** Tribunal Superior Eleitoral. Brasília , p. 10. 2022.

U.S.A. **Nash v. CBS, INC., 750 F. Supp. 328 (N.D. Ill. 1990)**. District Court for the Northern District of Illinois. <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/750/328/1473572/>. 1990.

VÁZQUEZ, Rafael S. **Metodología de la Ciencia del Derecho**. Buenos Aires : [S.n.], v. 1, 2014.

WACHOWICS, Marcos. Lucha contra las Fake News en el contexto de la Ley de Derechos de Autor y Parodias. 2024. **GEDAI**, Paraná, 02 febrero 2024.



Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**

Gostaria de submeter seu trabalho a Revista Direito.UnB?

Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>

e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.



Sistema Regional de Información
en línea para Revistas Científicas de América Latina,
el Caribe, España y Portugal

DESAFIOS PARA A CONCESSÃO DE PATENTES A SISTEMAS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DE DABUS

CHALLENGES FOR GRANTING PATENTS TO ARTIFICIAL INTELLIGENCE SYSTEMS: AN ANALYSIS FROM DABUS

Recebido: 13.03.2024

Aceito: 21.04.2025

Salete Oro Boff

Doutora e Mestre em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos. Estágio Pós-doutoral pela UFSC. Pesquisadora CNPq Pq-2. Coordenadora e docente do Programa de Pós-Graduação - Mestrado em Direito da ATITUS Educação.

E-mail: salete.oro.boff@gmail.com.



Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7159-1878>.

Joel Marcos Reginato

Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Atitus Educação - PPGD Atitus Educação e Taxista PROSUP/CAPES. Advogado.

E-mail: joelreginato@gmail.com.



Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3146-3521>.

William Andrade

Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Atitus Educação - PPGD Atitus Educação e Taxista PROSUP/CAPES. Advogado.

E-mail: andradewadv@gmail.com.



Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1082-755X>.

RESUMO

O propósito do presente estudo é analisar, de forma exploratória, como devem ser tratadas, juridicamente, as invenções provenientes de sistemas de Inteligência Artificial, considerando-se se é devida ou não a concessão de patentes a tais sistemas. Trata-se de uma temática emergente devido ao avanço constante e rápido da aplicação de sistemas de Inteligência Artificial. Assim, foram analisados prós e contras da concessão de patentes a invenções criadas por Inteligên-



Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.

This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that allows sharing in any format as long as the original work is properly acknowledged.

cia Artificial. Para tanto, este trabalho utilizou o método dialético, levantando-se como tese a possibilidade da garantia de patentes a invenções criadas por IA, e como antítese foram analisados pontos contrários à concessão. Como procedimento utilizou-se o método monográfico e a técnica de pesquisa foi a bibliográfica. Como síntese da pesquisa descobriu-se a impossibilidade de proteger pela propriedade intelectual as 'invenções e modelos de utilidade' criados por sistemas de Inteligência Artificial, mas notou-se um campo vasto e que merece atenção, pois está sendo confrontado e o avanço da tecnologia e da legislação pode ser promissor.

Palavras-chave: Algoritmos; Inteligência artificial; Invenção; Patentes; Regulação.

ABSTRACT

This work seeks to analyze in an exploratory way how inventions originating from Artificial Intelligence systems should be legally treated, considering whether or not the granting of patents to such systems is due or not. This is a topic that is bubbling up due to the constant and rapid advancement of the application of Artificial Intelligence systems. Thus, the pros and cons of granting patents to inventions created by Artificial Intelligence were analyzed. For this purpose, this work will use the dialectical method, raising as a thesis the possibility of granting patents to inventions created by AI, and as an antithesis, points contrary to the concession were analyzed. As a procedure we used the monographic research, and the research technique was the bibliography. As a summary of the research, the impossibility of protecting inventions and utility models created by artificial intelligence systems was discovered, but there was a vast field that deserves attention. It was noticed that this is a field that is being confronted and that with the advancement of technology and the legislative advance it can be very promising.

Keywords: Algorithms; Artificial intelligence; Invention; Patents; Regulation.

1. INTRODUÇÃO

A tecnologia e, especialmente as tecnologias de informação e comunicação – TICs rompem paradigmas que pareciam sólidos e intrincados. No entanto, pouco a pouco, os sistemas informáticos foram se adentrando nas mais diversas áreas e consolidando uma verdadeira revolução da forma como se vê o mundo.

Não é diferente com a evolução da Inteligência Artificial (IA) e com o que ela tem causado nas últimas décadas. E não se fala apenas nas conquistas garantidas até o momento, mas se projeta o futuro com base nas novas possibilidades proporcionadas

por sistemas de Inteligência Artificial.

O ChatGPT, possivelmente, é uma das grandes inovações trazidas a público nos últimos anos, por ser um sistema que revoluciona a forma de interação entre homem e máquina. Essa inteligência é capaz de interagir de forma dinâmica através do *prompt*, gerando respostas personalizadas que vão muito além daquelas padronizadas que até então se obtinha com modelos de assistentes tradicionais.

Apesar do ChatGPT ser mostrado aqui de forma explicativa para contextualização, o foco do trabalho é a compreensão jurídica do debate sobre a concessão (ou não) de patentes para invenções provenientes de sistemas de Inteligência Artificial, confrontando-se os diversos pontos para concluir-se qual é, em síntese, a melhor solução para o novo paradigma que se instala.

No contexto das invenções e dos processos de inovação tecnológica, a propriedade industrial funciona como uma espécie de proteção das invenções de cunho industrial (marcas e patentes), dando segurança ao inventor de que a sua invenção não será replicada sem sua autorização e repartição de benefícios financeiros.

Um caso emblemático que ganhou notoriedade foi o sistema DABUS (*Device for Autonomous Bootstrapping of Unified Sentience*) que é uma IA com tecnologia capaz de desenvolver protótipos. Esse sistema tem causado uma grande reviravolta nos escritórios de patentes e nos Tribunais em vários países, após ter criado de maneira autônoma um objeto industrialmente patenteável.

O DABUS já criou um porta-bebidas e um modelo de farol de emergência, no entanto, após diversas tentativas de reconhecimento das criações resultantes da IA, a emissão das patentes foi rejeitada pela Suprema Corte dos Estados Unidos¹.

A discussão sobre a concessão de tais patentes tem se acentuado diante do avanço tecnológico e da possibilidade cada vez maior de desenvolvimento de invenções e modelos de utilidade por sistemas autônomos. Juristas que apoiam a concessão de patentes nesses casos, defendem o impacto econômico provocado pela garantia de tais direitos².

Portanto, este trabalho analisa de forma exploratória como devem ser tratadas, juridicamente, as invenções provenientes de sistemas de Inteligência Artificial, considerando a controvérsia estabelecida nos Tribunais sobre a proteção patentária de

1 BRITAIN, Blake. US Supreme Court rejects computer scientist's lawsuit over AI-generated inventions. REUTERS. Washington. 24 abr. 2023. Disponível em: <https://www.reuters.com/legal/us-supreme-court-rejects-computer-scientists-lawsuit-over-ai-generated-2023-04-24/>. Acesso em: 01 mar. 2024.

2 Idem.

tais sistemas inteligentes.

A discussão é primordial para a compreensão da temática, visando-se desdobramentos que abarcam a necessidade de avanço das legislações para acompanhar tanto o avanço tecnológico quanto o avanço da sociedade. Isso se aplica a partir do fato de que a propriedade intelectual, apesar de ser derivada de invenções humanas, também possui esse condão de acompanhar a evolução social.

Para tanto a pesquisa foi construída a partir do método dialético, levantando-se como tese a possibilidade da garantia de patentes a invenções criadas por IA, e como antítese são abarcados pontos contrários à concessão. Como procedimento utilizou-se a pesquisa monográfica e a técnica de pesquisa empregada foi a bibliográfica e documental.

Ademais, este trabalho parte da premissa que os sistemas de Inteligência Artificial são capazes de operacionalizar e gerar invenções e modelos de utilidade patenteáveis. Ressalta-se que há discussão sobre o tema, mas para fins da construção aqui pretendida adota-se esse posicionamento a fim de possibilitar o enfoque e o recorte ora exposto.

Assim, buscou-se analisar de duas formas distintas: o porquê não pode ser concedida patente para criações de sistemas dotados de Inteligência Artificial; e o porquê de as conceder.

Por questões organizacionais e metodológicas, a análise inicia-se com um panorama do caso DABUS, buscando-se estabelecer o elo necessário entre a atividade inventiva dos sistemas autônomos e a sua proteção pela propriedade industrial.

2. CAPACIDADE INVENTIVA DE SISTEMAS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A CONTROVÉRSIA DO SISTEMA DABUS

Inicialmente, para melhor compreensão e análise do tema, se faz pertinente expor o conceito de Inteligência Artificial, ou seja, o que se compreenderá neste trabalho pelo termo. Adota-se, portanto, uma definição abrangente de IA, partindo da premissa que “Um sistema é racional se ‘faz a coisa certa’, dado o que ele sabe”³.

Conceitualmente, este trabalho abordará a IA de forma ampla, o que possibilita abarcar as mais diversas aplicações possíveis da tecnologia. Um conceito que também

3 RUSSELL, Stuart Jonathan. NORVIG, Peter. 3. ed. **Inteligência Artificial**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p.25.

deve ser destacado aqui é que “uma Inteligência Artificial é um sistema computacional criado para simular racionalmente as tomadas de decisão dos seres humanos, tentando traduzir em algoritmos o funcionamento do cérebro humano⁴.”

Além disso, acrescenta-se ao conceito central de IA moderna “o de agente inteligente — algo que percebe e age. O agente é um processo que ocorre ao longo do tempo, no sentido de que um fluxo de inputs perceptivos é convertido em fluxo de ações⁵.”

Importante é a contribuição apresentada por um grupo de peritos de alto nível na área, que foram nomeados pela Comissão Europeia em julho de 2018 para desenvolver um documento em que apresentam orientações para que se chegue em inteligências artificiais de confiança. Os membros do grupo, por meio de amplo debate e interação, partiram do pressuposto de que a IA tem potencial para transformar significativamente a vida em sociedade e melhorar as atividades humanas, contudo ela não se trata de um fim em si, mas de um meio, que pode ser muito promissor para o próprio desenvolvimento humano, o bem-estar individual e das sociedades, bem como promover o progresso e as mais variadas inovações. Salientaram que a IA pode, inclusive, dentre várias contribuições, facilitar a racionalização dos recursos naturais e os processos de produção⁶.

Pedro Domingos, em sua tentativa de desmistificar o *machine learning* e buscar “O Algoritmo Mestre”, sucintamente, diferenciou os algoritmos (de maneira ampla) dos programas de *machine learning*. O autor afirmou que enquanto os algoritmos possuem uma entrada de dados e, após o processamento, uma saída dos dados com o resultado obtido, no *machine learning* os dados entram juntamente com o resultado desejado, e é produzido um algoritmo capaz de obter aquele resultado⁷.

Ou seja, por mais magnífico e assustador que seja, vivemos em um momento em que “os computadores escrevem seus próprios programas”⁸, desenvolvem algoritmos, criam músicas e são capazes de inventar produtos ou utensílios que melhoram, ou tornam mais prática, a vida em sociedade.

Não há que se negar, portanto, quanto ao impacto da IA na sociedade atual, bem como a sua importância para o próprio desenvolvimento das sociedades, seja ele

4 TEIXEIRA, Tarcisio; CHELIGA, Rodrigo. 3 ed. **Inteligência Artificial: aspectos jurídicos**. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 14-15.

5 RUSSEL, Stuart. **Inteligência Artificial a Nosso Favor: como manter o controle sobre a tecnologia**. São Paulo: Schwarcz S.A., 2021. p. 60.

6 COMISSÃO EUROPEIA. **Grupo de Peritos de Alto Nível sobre Inteligência Artificial**. Orientações Éticas para uma IA de Confiança. Bruxelas. 2018. p. 5.

7 DOMINGOS, Pedro. **O algoritmo mestre: como a busca pelo algoritmo de machine learning definitivo recriará nosso mundo**. São Paulo: Novatec, 2015.

8 Idem. p. 29.

sustentável, tecnológico ou científico. O que se pretende mostrar é o impacto que o avanço da IA pode gerar no campo do direito, mais especificamente no direito da propriedade intelectual.

Não é mais novidade se ver notícias sobre a capacidade inventiva ou criativa de sistemas de IA. Mas se uma IA fosse capaz de desenvolver ela mesma, de forma autônoma, uma invenção com aplicação industrial, capaz de melhorar as condições de uso de determinado objeto, ferramenta ou utensílio? É o que aconteceu com o recipiente fractal criado pela DABUS (*Device for Autonomous Bootstrapping of Unified Sentience*), um sistema complexo desenvolvido na Universidade de Surrey, no Reino Unido, pelo físico Stephen Thaler, que é capaz de gerar ideias de potenciais invenções “quase como um computador especializado em brainstorming”⁹. Esse super sistema processa dados e analisa-os de modo crítico, graças à conhecimentos adquiridos por técnicas de *machine learning*. Dessa forma, segundo Lisboa, a IA consegue trabalhar sem a intervenção humana e com uma capacidade absurda de resolver problemas¹⁰.

Isso é possível pelo que se chama de Redes Neurais Artificiais – RNAs, que são um método constante em alguns sistemas de IA, capaz de simular o aprendizado natural dentro da própria rede. Devido as próprias experiências, a máquina possui a capacidade de transformar aquele conhecimento em uma perspectiva diferente, e até melhor do que a existente, o que possibilita à máquina a resolução de novos problemas e a criação de invenções industriais, por exemplo¹¹.

São essas Redes Neurais Artificiais que formam o DABUS, sistema que recentemente desenvolveu um recipiente que auxiliar no consumo de alimentos e bebidas, melhorando a aderência e a transferência de calor para fora do recipiente, conservando o conteúdo por mais tempo na temperatura desejada.

Um recipiente (10), para uso, por exemplo, com bebidas, possui uma parede (12) com uma superfície externa (14) e uma parede interna (16) de espessura substancialmente uniforme. A parede (12) possui um perfil fractal que fornece uma série de elementos fractais (18–28) nas superfícies interna e externa (14–16), formando reentrâncias (40) e saliências (42) no perfil da parede, em que uma reentrância (40), vista de uma das superfícies externa ou interna (12, 14), forma

9 LISBOA, Alveni. IA inventa produto, mas entidades não querem registrar a patente. **Portal Canaltech**. Inteligência Artificial. São Paulo. 2021. Disponível em <https://canaltech.com.br/inteligencia-artificial/ia-inventa-produto-mas-entidades-nao-querem-registrar-a-patente-entenda-o-caso-192517/>. Acesso em: 01 mar. 2024.

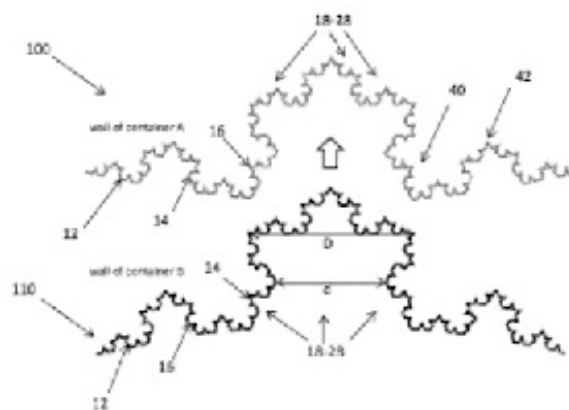
10 Idem.

11 OSÓRIO. F. S.; BITTENCOURT, J. R. Sistemas inteligentes baseados em redes neurais artificiais aplicados ao processamento de imagens. 2020. In: **I Workshop de Inteligência Artificial**. Disponível em: <http://osorio.wait4.org/oldsite/wia-unisc/wia2000-full.pdf>. p.2. Acesso em: 01 mar. 2024

uma saliência (42) na outra das superfícies externa ou interna (12, 14). O perfil permite que múltiplos recipientes sejam acoplados entre si por meio do encaixe entre reentrâncias e saliências correspondentes dos recipientes. O perfil também melhora a aderência, bem como a transferência de calor para dentro e para fora do recipiente¹². (tradução nossa).

Trata-se de explicação técnica da invenção, onde se pode perceber a complexidade do modelo inventado. De outro lado, percebe-se que gera um resultado simples – e útil – para atividades comuns do cotidiano, como comer e beber. Em uma leitura mais direta, é o formato composto pelas paredes internas e externas do recipiente que, em conjunto, geram poços e protuberâncias, permitindo o resultado prático positivo. Tudo isso, sem a intervenção humana, somente por meio das experiências da máquina e pelo *machine learning* das RNAs. Na figura 1 pode-se perceber parte do desenho final do recipiente desenvolvido pela DABUS, onde se percebem as indicações numéricas da citação anterior e, pode-se visualizar os detalhes da construção.

Figura 1 – Desenho técnico da invenção gerada de maneira autônoma pelo sistema DABUS



Fonte: Companies and Intellectual Property Commission¹³

12 CIPC - COMPANIES AND INTELLECTUAL PROPERTY COMMISSION. Patent Journal. **Including trade marks, designs and copyright in cinematograph films.** V. 54 N. 07. AFRICA DO SUL. 28 jul. 21. Original: “A container (10) for use, for example, for beverages, has a wall (12) with an external surface (14) and an internal wall (16) of substantially uniform thickness. The wall (12) has a fractal profile which provides a series of fractal elements (18-28) on the interior and exterior surfaces (14-16), forming pits (40) and bulges (42) in the profile of the wall and in which a pit (40) as seen from one of the exterior or interior surfaces (12, 14) forms a bulge (42) on the other of the exterior or interior surfaces (12, 14). The profile enables multiple containers to be coupled together by inter-engagement of pits and bulges on corresponding ones of the containers. The profile also improves grip, as well as heat transfer into and out of the container.” Disponível em: https://iponline.cipc.co.za/Publications/PublishedJournals/E_Journal_July%202021%20Part%202.pdf Acesso em: 01 mar. 2024. p. 255.

13 CIPC - COMPANIES AND INTELLECTUAL PROPERTY COMMISSION. Patent Journal. **Including trade marks, designs and copyright in cinematograph films.** V. 54 N. 07. AFRICA DO SUL. 28 jul. 21.

Explicado sucintamente o funcionamento de DABUS e a sua produção inventiva, extraem-se algumas questões: a) se DABUS realmente criou a referida invenção, sem intervenção humana, por meio de aprendizagem natural e conhecimento de máquina, poderia se atribuir tal invenção a outrem? b) Se o recipiente criado por DABUS preenche os requisitos para a concessão de uma patente de invenção ou modelo de utilidade, tendo em vista seu caráter inovador e a proteção da propriedade industrial contida na invenção, a quem será concedida a propriedade da patente e quem será o seu titular?

Várias discussões podem surgir dessa nova perspectiva de invenções criadas por IA, eis que poderiam ser levantadas hipóteses sobre a concessão de patentes ser concedida ao criador do sistema, nesse caso o físico Stephen Thaler, a instituição ou empresa que financiou ou possibilitou a descoberta, aqui a Universidade de Surrey, ou mesmo o próprio sistema inventor: DABUS.

Stephen Thaler juntamente com outros pesquisadores de Surrey entraram com alguns pedidos de patentes para o recipiente criado por DABUS. Os pedidos foram depositados inicialmente no Reino Unido, nos Estados Unidos e na União Europeia, sendo que, para cada local foram depositados dois pedidos: um trazendo Thaler como requerente e titular da patente e outro trazendo DABUS. “O pedido de patente [sob a titularidade de DABUS] se justifica, para Thaler, porquanto foi a máquina que identificou a novidade e não um ser humano”. Contudo, todos esses pedidos foram indeferidos¹⁴.

Nesse ponto, importante destacar a análise do Escritório de Patentes Europeu, que justificou sua decisão de indeferimento de acordo com o seu próprio ordenamento jurídico e, também, por se tratar do padrão aplicado internacionalmente. O pedido sob a titularidade da máquina foi indeferido, uma vez que somente pessoas físicas podem ser reconhecidas como inventoras. Muito embora a máquina tenha um nome, ela não se encaixou no requisito objetivo de ser uma pessoa jurídica. Ainda, sobre o pedido de titularidade de Stephen Thaler, o escritório europeu indeferiu sob o argumento de que sistemas de IA não podem ser empregados, ou seja, Thaler só poderia ser o titular da patente caso ela fosse inventada por um empregado seu, mas DABUS também não se encaixou nessa exigência¹⁵.

Esta decisão do escritório europeu de patentes, segundo os autores Nedel e

Disponível em: https://iiponline.cipc.co.za/Publications/PublishedJournals/E_Journal_July%202021%20Part%202.pdf. Acesso em: 01 mar. 2024. p. 255.

14 NEDEL, Nathalie Kuczura. CORRÊA, Maryana Zubiaurre. Processamentos internos criados a partir da Inteligência Artificial: uma análise referente ao titular da patente à luz da legislação brasileira. **Revista de Direito Viçosa**. v.13 n. 01. 2021. p. 21.

15 EPO, 2020 *apud* NEDEL, Nathalie Kuczura. CORRÊA, Maryana Zubiaurre. Processamentos internos criados a partir da Inteligência Artificial: uma análise referente ao titular da patente à luz da legislação brasileira. **Revista de Direito Viçosa**. v.13 n. 01. 2021.

Correa deixou a proteção ao direito de propriedade intelectual descoberta, uma vez que a invenção, de fato, existe e alguém deve ser o seu criador, possuindo a condição de exercer todos os direitos que lhe são possíveis¹⁶.

Parece que o caso DABUS também serviu para abrir a discussão sobre o patenteamento de tecnologias desenvolvidas por sistemas de IA em outros países. Nos Estados Unidos, o Escritório Nacional de Marcas e Patentes, bem como um Tribunal Federal da Virgínia rejeitou o pedido de patentes para as invenções, sob a justificativa de que DABUS não é uma pessoa. O Tribunal de Apelação do Circuito Federal, por sua vez, manteve a decisão aduzindo que a Lei de Patentes norte-americana exige que os inventores sejam seres humanos. Neste ano, o caso foi parar na Suprema Corte dos Estados Unidos, sendo igualmente rejeitado. Na situação a suprema corte apenas ratificou a decisão do Tribunal de Apelação decidindo com base na legislação do país, que prevê a necessidade do inventor ser um ser humano¹⁷.

Recentemente, a Companies And Intellectual Property Commission – CIPC, órgão de patentes da África do Sul, registrou a criação de DABUS, concedendo titularidade ao sistema como inventor de verdade. Contudo, segundo Lisboa para o portal Canaltech, é importante ressaltar que em âmbito mundial, a entidade sul africana não possui grande expressão e, por isso, o registro não é tão significativo¹⁸.

De toda forma, muito embora a criação da CIPC sul africana seja deveras recente, a entidade possui participação ativa na últimas Assembleias Gerais da Organização Mundial da Propriedade Intelectual¹⁹, o que a qualifica para a participação do debate internacional sobre o tema. Não se trata de decisão jurisdicionada, mas de caráter administrativa. Contudo, seu vanguardismo não deve ser desconsiderado.

Alguns dias após a decisão do órgão de patentes na África do Sul, o Tribunal Superior da Austrália, exarou decisão que fez precedente judicial inédito em nível mundial. Em 30 de julho de 2021, o Tribunal considerou que um sistema de IA pode sim ser um inventor, muito embora não possa ser o titular da patente ou realizar o requerimento.

16 NEDEL, Nathalie Kuczura. CORRÊA, Maryana Zubiaurre. Processamentos internos criados a partir da Inteligência Artificial: uma análise referente ao titular da patente à luz da legislação brasileira. **Revista de Direito Viçosa**. v.13 n. 01. 2021.

17 CYBER LEVIATHAN, Observatório do Mundo em Rede. Suprema Corte Americana rejeita pedido para garantir patentes de invenções criadas por IA., 2023. Disponível em: <https://www.cyberleviathan.com.br/post/suprema-corte-americana-rejeita-pedido-para-garantir-patentes-de-invenções-criadas-por-ia>. Acesso em: 01 mar. 2024.

18 LISBOA, Alveni. **IA inventa produto, mas entidades não querem registrar a patente. Portal Canaltech. Inteligência Artificial**. São Paulo. 2021. Disponível em <https://canaltech.com.br/inteligencia-artificial/ia-inventa-produto-mas-entidades-nao-querem-registrar-a-patente-entenda-o-caso-192517/>. Acesso em: 01 mar. 2024.

19 Informação colhida nas últimas duas listas de presenças de Assembleias Gerais da OMPI. Disponível em <https://www.wipo.int/about-wipo/en/assemblies/>. Acesso em 08 jul. 22.

Em resumo, na minha ótica, um inventor reconhecido pela lei pode ser um sistema ou dispositivo de inteligência artificial. Mas tal inventor não humano não pode ser requerente de uma patente nem titular de uma patente. Decidir assim é compatível com a realidade da tecnologia atual. É compatível com a legislação. E é compatível com a promoção da inovação²⁰. (tradução nossa)

A decisão é fruto do processo judicial em que Stephen Thaler contesta a decisão administrativa do Comissário da Agência de Propriedade Intelectual da Austrália, o qual exigiu que Thaler fornecesse o nome do inventor da invenção ao qual o pedido se referia, uma vez que no nome indicado constava o sistema de IA DABUS.

Inconformado com a decisão administrativa, Thaler recorreu ao judiciário Australiano para resolver a questão, em mais uma de suas batalhas judiciais pelo mundo para registrar a patente de DABUS. Nesse caso, o resultado foi positivo para Thaler, eis que o próprio reconhecimento de que seu sistema pode ser o criador/inventor de uma invenção já era o resultado desejado. Para o juiz Australiano, limitar as invenções apenas para seres humanos “inibiria a inovação não apenas no campo da ciência da computação, mas em todos os outros campos científicos que podem se beneficiar do resultado de um sistema de Inteligência Artificial.”²¹

Não há que se negar que a DABUS está movimentando o setor dos inventores não humanos pelo mundo. A decisão da Corte Federal Australiana abriu precedente judicial importante para a concessão do atributo de inventor para um sistema de IA.

Esse avanço exige a análise do papel da utilização de patentes para produtos ou processos desenvolvidos através de sistemas inteligentes, impactos jurídicos e econômicos são esperados seja na possibilidade ou impossibilidade da concessão. Assim, o próximo tópico explora um pouco mais sobre o tema.

3. A FUNÇÃO DAS PATENTES FRENTE AO DESENVOLVIMENTO DE SISTEMAS INTELIGENTES

²⁰ AUSTRÁLIA. Federal Court of Australia. **Thaler vs Commissioner of Patents**. VID 108 of 2021. Judgment of Beach J. 30 jul. 2021. Original: “In summary, in my view, an inventor as recognised under the Act can be an artificial intelligence system or device. But such a non-human inventor can neither be an applicant for a patent nor a grantee of a patent. So to hold is consistent with the reality of the current technology. It is consistent with the Act. And it is consistent with promoting innovation”. Disponível em <https://www.judgments.fedcourt.gov.au/judgments/Judgments/fca/single/2021/2021fca0879>. Acesso em: 01 mar. 2024.

²¹ AUSTRÁLIA. Federal Court of Australia. **Thaler vs Commissioner of Patents**. VID 108 of 2021. Judgment of Beach J. 30 jul. 2021. Disponível em <https://www.judgments.fedcourt.gov.au/judgments/Judgments/fca/single/2021/2021fca0879>. Acesso em: 01 mar. 2024.

A roda, a prensa, a máquina a vapor, o motor a combustão, a eletricidade, a telefonia, os computadores e a internet, são alguns exemplos de tecnologias que mudaram a forma de funcionamento do mundo. Todas essas inovações foram aptas em alterar o comportamento social a partir do impacto que causaram no cotidiano de onde foram inseridas.

Ao se tratar de inovações tecnológicas, não se pode dissociar-se do estudo dos direitos de propriedade industrial. Salienta-se que a propriedade industrial é um subgrupo da propriedade intelectual, sendo que esta é composta pela própria propriedade industrial, envolvendo marcas e patentes, pelos direitos de autor, direitos conexos e os programas de computador, e pela proteção *sui generes* de plantas e cultivares, por exemplo²².

Um dos principais instrumentos de proteção da propriedade industrial é a patente. A patente é um direito conferido pelo Estado, normalmente pelos escritórios oficiais, que dá ao seu titular a exclusividade de explorar determinada tecnologia por um tempo naquele país. Como contrapartida pelo acesso da população àquele conhecimento trazido pelo invento, a lei confere ao inventor um direito limitado no tempo, tendo como pressuposto que é socialmente mais produtiva em tais condições “a troca de exclusividade de fato (a do segredo da tecnologia) pela exclusividade temporária de direito”²³.

O Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, autarquia vinculada ao governo federal, que detém a competência de analisar pedidos e registro de patentes e marcas no Brasil, por meio de seu Manual para o Depositante de Patentes, buscou apresentar os principais conceitos e questões vinculadas à Propriedade Industrial em matéria de patentes, bem como esclarecer os depositantes de pedidos sobre questões básicas atinentes aos processos de registro.

Segundo o INPI patente é um título de propriedade temporário, oficial, concedido pelo Estado ao seu titular ou seus sucessores, que passam a possuir os direitos exclusivos sobre o bem, seja de um produto, de um processo de fabricação ou aperfeiçoamento de produtos e processos já existentes. Salienta o órgão que terceiros também podem explorar a patente, desde que com a permissão do titular, mediante uma licença²⁴.

22 INPI. **Manual Básico para Proteção por Patentes de Invenções, Modelos de Utilidade e Certificados de Adição**. Diretoria de Patentes, Programas de Computador e Topografias de Circuito Integrado. Ministério da Economia: Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/patentes/guia-basico/ManualBsicodePatentes20210607b.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2024.

23 BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Disponível em: https://www.dbba.com.br/wp-content/uploads/introducao_pi.pdf. Acesso em: 01 mar. 2024. p. 295.

24 INPI. **Manual Básico para Proteção por Patentes de Invenções**, Modelos de Utilidade e Certificados de Adição. Diretoria de Patentes, Programas de Computador e Topografias de Circuito

Seguindo este raciocínio do órgão, a intenção por trás da concessão de uma patente é que o seu titular seja recompensado pelos esforços e pelos investimentos empenhados durante a criação, servindo como incentivo à renovação tecnológica e estímulo ao investimento de empresas e pessoas para o desenvolvimento de novas técnicas, bem como sua disponibilização para o melhoramento do cotidiano da sociedade.

Assim, a concessão de patentes está estritamente ligada ao desenvolvimento econômico, social e tecnológico. A própria Lei nº 9.279/1996 – Lei da Propriedade Industrial, indica a existência de um elo entre o desenvolvimento tecnológico e o desenvolvimento econômico-social. Percebe-se da leitura do caput do artigo 2ª da referida legislação que o legislador propõe uma ligação direta entre os instrumentos de proteção da propriedade industrial, o interesse social e o desenvolvimento do País²⁵.

Não se pode deixar de destacar, ainda, o nono Objetivo do Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da ONU, o qual propõe a construção de infraestruturas resilientes, a promoção da industrialização inclusiva e sustentável e o fomento à inovação.

Daqui se extrai uma das ligações latentes entre os dois tópicos centrais deste trabalho: Inteligência Artificial e propriedade industrial. Ambas são meios indutores do desenvolvimento da sociedade. Uma por transformar significativamente a vida em sociedade e melhorar as atividades humanas e a outra por servir de incentivo à toda revolução tecnológica que se vivencia. Mas diante deste cenário, o próximo tópico analisa o porquê de conceder patentes para inovações provenientes de sistemas de IA e alguns dos desdobramentos que podem vir a ocorrer na possibilidade de uma eventual mudança.

3.1. Por que conceder patentes para inovações provenientes de sistemas de Inteligência Artificial?

Hoje, a tecnologia que está quebrando paradigma é a Inteligência Artificial, já que suas inúmeras aplicações são hábeis de revolucionar as áreas em que ela se insere. A informação capaz de ser processada pelos grandes *data centers* é tão grande que “Talvez a ciência não se desenvolva pela acumulação de descobertas e invenções individuais”²⁶.

Integrado. Ministério da Economia: Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/patentes/guia-basico/ManualBsicodePatentes20210607b.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2024. p.9.

25 BRASIL. **Lei nº 9.279/1996**. Regula os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, 1996. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm. Acesso em: 01 mar. 2024.

26 KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2020. p. 53.

Se a capacidade de produção e análise de informações, de forma artificial, supera a produção analógica humana de forma sistemática, como devem ser tratadas tais informações? E como devem ser protegidas e pensadas as inovações e modelos de utilidade produzidos por humanos, frente às inovações concebidas por sistemas de Inteligência Artificial? Essas são questões recorrentes quando se pensa na proteção inventiva.

Nota-se que existem sistemas como o DABUS, mencionado anteriormente, que criou um porta-bebidas e um modelo de farol de emergência. Hoje, devido ao alto poder computacional, a aplicação de modelos cada vez mais complexos de IA e o uso de grandes bancos de dados é possível a delegação de diversas atividades humanas para sistemas autônomos.

Sustenta-se neste primeiro momento, que a concessão de patentes para inovações e modelos de utilidade produzidos artificialmente podem ser considerados por diversos fatores, e, dentre eles, pode-se citar a celeridade na criação, a promoção da inovação devido ao acompanhamento humano no desenvolvimento de artefatos, além de questões econômicas.

Frank Pasquale na obra *As Novas Leis da Robótica* defende uma atualização dos comandos previstos por Isaac Asimov, reformulando-os numa proposta que busca uma relação simbiótica entre humanos e máquinas. Apesar do autor trabalhar com inúmeras reflexões sobre os assuntos, cabe, aqui, resumir os comandos apresentados no livro, tal que:

1. Os sistemas robóticos e IA devem complementar os profissionais, não os substitua.
2. Sistemas robóticos e IA não devem imitar a humanidade.
3. Sistemas robóticos e IA não devem intensificar corridas armamentistas de destruição total.
4. Sistemas robóticos e IA devem sempre indicar a identidade de seus criador(es), controlador(es) e proprietário(s)²⁷. (tradução nossa).

Percebe-se assim, que a partir dos imperativos de Pasquale, especialmente nos itens 1 e 4, são trazidos fatores que agregam o argumento da concessão das patentes aqui trabalhadas, tendo em vista o pensamento voltado ao uso da IA como ferramenta

27 Idem. p. 3, 7, 9 e 11.

auxiliar do ser humano. Nesta seara, o desenvolvimento de novas tecnologias poderia ser impulsionado vertiginosamente garantindo avanços sem precedentes a partir de inovações propostas pela IA.

Nesse sentido, Pedro Domingos, a melhor forma de garantir o trabalho é você mesmo automatizá-lo e, se a tarefa for automatizada deve-se beneficiar dela²⁸. Assim, as concessões, podem ser analisadas como uma libertação do ser humano inventivo, pois este poderia trabalhar em conjunto com as ferramentas autônomas, aprimorando e impulsionando os resultados das ferramentas.

Outro aspecto levantado por defensores do DABUS, em matéria da REUTERS, é o financeiro tendo em vista a competitividade no ramo, trazendo, assim, garantias aos desenvolvedores e pesquisadores que buscam investir em ferramentas automatizadas para gerar inovações e modelos de utilidade²⁹.

Da análise das características de desenvolvimento de sistemas autônomos de IA, percebe-se a necessidade de inclusão de milhões, bilhões, quiçá trilhões de parâmetros para tornar uma modelo de linguagem funcional no desenvolvimento de suas atividades. Assim, diante do abalo paradigmático se torna imperativo (re)pensar a forma de concessão de patentes.

Se até o momento a proteção de patentes é, obrigatoriamente, concedida ao inventor humano, talvez, diante de todas as mudanças que houve nas últimas décadas, seja necessário elaborar novas formas de proteção. Mas se as criações podem ser repassadas ao detentor da IA, por que pensar na criação de uma nova forma de proteção?

Um argumento importante seria do desenvolvimento e venda de sistemas de IA para terceiros, visando a garantia a empresa em garantir parte da receita das inovações e modelos de utilidade produzidos por suas IAs. O custo de criação de sistemas complexos é muito alto, vide a concentração das tecnologias de ponta nas *Big Techs*. Nesse sentido projeta-se o uso de tais tecnologias como um meio de garantir renda por meio de *royalties*, a partir do licenciamento dos direitos de propriedade das tecnologias que desenvolvem invenções e modelos de inovação de forma autônoma.

Dessa forma, seria possível a disponibilização de ferramentas tecnológicas que complementem a atividade laboral humana, em acordo com a primeira lei do Pasquale exposta acima.

28 DOMINGOS, Pedro. **O algoritmo mestre**: como a busca pelo algoritmo de machine learning definitivo recriará nosso mundo. São Paulo: Novatec, 2015. p. 366.

29 BRITAIN, Blake. US Supreme Court rejects computer scientist's lawsuit over AI-generated inventions. REUTERS. Washington. 24 abr. 2023. Disponível em: <https://www.reuters.com/legal/us-supreme-court-rejects-computer-scientists-lawsuit-over-ai-generated-2023-04-24/>. Acesso em: 01 mar. 2024.

Aqui, pode-se defender que apenas novos métodos de garantias de patentes podem se tornar aptos para a manutenção da indústria competitiva em nível de mercado global. Para tanto, Denis Borges Barbosa destaca que o valor da patente é o valor de sua solução técnica e de sua capacidade conseguir e manter espaço de mercado para o seu usuário³⁰.

Analisa-se, portanto, o impacto que as patentes têm no mercado e este tópico pretendeu abarcar pontos que indiquem a importância da concessão de patentes para invenções e modelos de utilidade desenvolvidos por sistemas autônomos. Aqui não se adentrará ao mérito do mercado de trabalho, mas apenas ressalta-se a importância econômica que pode ser proveniente do uso de sistemas autônomos.

Um argumento importante ressaltado por Ryan Abbott é que “[...]a designação da IA como inventor não implicaria oferecer direito às máquinas, mas protegeria os direitos morais de inventores humanos convencionais e a integridade do sistema de patentes³¹.” Percebe-se, portanto, uma convergência para a designação da IA como inventora, visando a adequada prestação jurídica ao sistema.

Acresce-se, também, a exposição de Boff sobre a temática da concessão de patentes:

O reconhecimento dos direitos sobre as criações humanas aos seus titulares por um país (monopólio temporário de exploração) pode colocar em desvantagem em relação aos países que não concedem esse direito. A internacionalização da propriedade da tecnologia possibilita a racionalização da distribuição física dos centros produtores. Nesse viés, situa-se a importância dos tratados, com a aplicação direta das normas internacionais na área, visando a uma uniformidade de tratamento (ou padrão mínimo) em matéria de propriedade intelectual entre os países membros³².

Deve-se pensar nos impactos trazidos a economia de uma nação a partir da garantia, ou não, de determinadas patentes. Percebe-se pelo destaque acima, que essa proteção pode gerar um benefício que se torna relativo, pois os países que efetuarem a concessão de patentes, ao garantirem o monopólio de exploração, acabam por fomentar

30 BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Disponível em: https://www.dbba.com.br/wp-content/uploads/introducao_pi.pdf. Acesso em: 01 mar. 2024. p. 549.

31 ABBOTT, Ryan. **O Projeto Inventor Artificial**. OMPI - WIPO (World Intellectual Property Organization). dez. 2019. Disponível em: https://www.wipo.int/wipo_magazine/pt/2019/06/article_0002.html. Acesso em: 01 mar. 2024.

32 BOFF, Salete Oro. Acordos e Tratados Internacionais Sobre Propriedade Intelectual. In: BOFF, Salete Oro; FORTES, Vinicius Borges; MENEGAZZO André Frandaloso; TOCHETTO, Gabriel Zanatta (Org.). **Propriedade Intelectual - Marcos Regulatórios**. Erechim: Deviant. 2017, v. 1, p. 19.

o desenvolvimento deste setor.

Mas até que ponto há benefício em garantir patentes aos modelos de sistemas autônomos? E como se encontra a legislação pátria, será possível essa concessão no modelo jurídico atual? Esses são questionamentos que se buscará responder no próximo tópico, ao passo, que estruturalmente, expõe-se a antítese para o que fora levantado até este ponto do trabalho.

4. Os entraves da concessão de patentes a inventos provenientes de sistemas inteligentes no Brasil

Atualmente, o instrumento legal que rege a propriedade industrial, no Brasil, é a Lei nº 9279/1996, chamada de Lei da Propriedade Industrial. Esta legislação entrou em vigor no país no ano seguinte ao Acordo TRIPs, o qual estabeleceu no âmbito internacional regras para “reduzir as distorções e empecilhos ao comércio internacional e estabelecer parâmetros mínimos para promover uma proteção efetiva e adequada aos direitos da propriedade intelectual” estabelecendo normas sobre mercadorias falsificadas, direitos dos inventores, tempo de vigência de patente, condições para pedido de patentes e uso sem autorização do detentor do direito³³.

Importante se ater mais ao disposto na própria Lei da Propriedade Industrial, uma vez que esta é a responsável por regular os direitos e obrigações relativos ao tema em âmbito nacional. No que tange às patentes, ela apresenta disposições sobre a patenteabilidade das invenções, seus requisitos básicos, a prioridade dos pedidos, as condições e o procedimento para o exame, concessão e vigência das patentes, dentre outros aspectos. O que nos interessa analisar de maneira mais profunda é o que está disposto nos artigos 6 e 7 da Lei, no capítulo da titularidade das patentes³⁴.

O parágrafo segundo do artigo 6 apresenta a possibilidade de o pedido de patente ser requerido em nome próprio, pelos herdeiros ou sucessores do autor, pelo cessionário, por funcionário ou prestador de serviço (desde que o contrato particular determine a titularidade). O parágrafo terceiro do mesmo dispositivo apresenta a possibilidade da patente ser requerida por duas ou mais pessoas, nos casos de invenção realizada em conjunto.

33 Idem. p. 22-23.

34 BRASIL. **Lei nº 9.279/1996**. Regula os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, 1996. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm. Acesso em: 01 mar. 2024.

Outra disposição relevante é a de que o inventor deverá ser nomeado e qualificado no requerimento, podendo optar pela não divulgação de sua nomeação, o que se extrai do texto do parágrafo quarto do artigo 6. Contudo, o que se percebe é que Lei não traz uma definição conceitual de quem pode ser o autor ou o inventor, tampouco se esse autor necessariamente precisa ser uma pessoa física, jurídica ou mesmo um ser humano.

De uma leitura mais ampla da legislação é perceptível que quando o texto se refere a um inventor, se fala de um ente personificado juridicamente, que possa ser sujeito de direito ou possa realizar exploração econômica de determinado bem jurídico. Vejamos alguns exemplos: no artigo 12 é apontada a necessidade de se obter declaração de consentimento do inventor; no artigo 39 verifica-se a necessidade de que conste o nome do inventor, qualificação e domicílio na Carta Patente; no artigo 93, quando apresenta a possibilidade de patente concedida à funcionário ou prestador de serviço, impõe que deva constar a premiação de parcela do valor das vantagens proporcionadas com a patente.

Tratam-se de disposições que pressupõe o exercício de direitos que vão além dos direitos da própria propriedade intelectual, mas direitos civis e econômicos, o que, como se sabe, ainda não se concedeu às máquinas em âmbito nacional.

Segundo Nedel e Correa, no âmbito da legislação brasileira, somente será possível a correta identificação da titularidade de patentes de invenções concebidas por sistemas de IA, sem qualquer intervenção humana, caso haja uma modificação legislativa, isso pois o sistema nacional não comporta tal possibilidade, sendo necessário hoje realizar análises que vão muito além do disposto no regramento³⁵.

Não obstante a isso, Stephen Thaler, cientista responsável pela máquina de Inteligência Artificial identificada como DABUS, mais recentemente, também colocou em exame o sistema patentário brasileiro e depositou o recipiente criado autonomamente pela máquina, junto ao INPI.

Antes de admitir o pedido de Thaler e dar início ao processo, a Diretoria de Patentes Programas de Computador e Topografias de Circuitos Integrados – DIRPA/INPI, formulou uma exigência para que o requerente apresentasse esclarecimentos quanto à indicação do inventor do recipiente, já que a máquina DABUS havia sido apresentada como inventora.

Em sua resposta, Thaler apontou que “o artigo 6º da LPI não estabelecerá os requisitos indicados pela Autarquia para fins de nomeação do inventor” e completou aduzindo que “[...] havendo propriedade [dele] sobre a máquina indicada como inventora,

35 NEDEL, Nathalie Kuczura. CORRÊA, Maryana Zubiaurre. Processamentos internos criados a partir da Inteligência Artificial: uma análise referente ao titular da patente à luz da legislação brasileira. **Revista de Direito Viçosa**. v.13 n. 01. 2021. p.22-23.

também seria o requerente titular dos seus respectivos frutos e produtos, na forma do Código Civil³⁶”.

Assim instalou-se a controvérsia em solo nacional. Para resolver a questão, até então novidade no sistema brasileiro, o INPI solicitou Parecer Jurídico à Procuradoria Federal Especializada em Propriedade Industrial do INPI, vinculada a Advocacia-Geral da União, sobrevivendo Parecer recente em 08 de agosto de 2022.

Nas palavras do Procurador Federal Marco Fioravante Villela Di Iulio, “no momento, eventuais patentes de invenção desenvolvidas ou geradas por Inteligência Artificial desafiam o atual sistema de proteção dos direitos da propriedade industrial” sendo que o ponto de discussão levantado pelo Procurador “fixa-se na questão de ‘quem’ ou ‘o que’ realizou a descoberta, em detrimento do resultado obtido³⁷”.

Dessa forma, manifestou-se pela impossibilidade de concessão de patentes à um sistema dotado de Inteligência Artificial, tendo em vista que, na interpretação do artigo 6º da LPI, o inventor deve ser uma pessoa de direito.

Esse documento corrobora o posicionamento em argumentos ímpares que foram utilizados para sua sustentação, um deles fora destacado da obra de Denis Borges Barbosa, que se reproduz aqui para os fins argumentativos deste trabalho: “O direito de ser nomeado como autor na patente é uma decorrência do direito de personalidade; este se exerce seja em relação ao direito de pedir patente, seja quanto ao direito ao segredo, seja quanto à liberdade de lançar o invento em domínio público³⁸”.

Nesta seara, acrescenta-se também a compreensão exposta em material de divulgação no INPI, elaborado para contribuir e orientar as solicitações de patentes, de invenções e modelos de utilidade. No Manual do INPI é possível visualizar a reiteração dos artigos da lei, mencionados anteriormente, ou seja, os Art. 6º e 7º da LPI, destacando que aquelas são as condições para depósito³⁹.

Dessa forma, percebe-se que a posição legislativa presente no Brasil adota essa

36 ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. PROCURADORIA-GERAL FEDERAL. PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO AO INPI. **Parecer nº 00024/2022**. Rio de Janeiro. 08 ago. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/central-de-conteudo/noticias%202022/inteligencia-artificial-nao-pode-ser-indicada-como-inventora-em-pedido-de-patente/ParecerCGIPROCSobreInteligenciaartificial.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2024.

37 Idem.

38 BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Disponível em: https://www.dbba.com.br/wp-content/uploads/introducao_pi.pdf. Acesso em: 01 mar. 2024. p. 1.306- 1.307.

39 INPI. **Manual Básico para Proteção por Patentes de Invenções, Modelos de Utilidade e Certificados de Adição**. Diretoria de Patentes, Programas de Computador e Topografias de Circuito Integrado. Ministério da Economia: Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/patentes/guia-basico/ManualBsicodePatentes20210607b.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2024. p.100.

leitura voltada a exclusão de quaisquer sujeitos que não aqueles considerados “pessoas”.

Para além disso, sabe-se que o Brasil ratificou o Acordo TRIPs, por meio do Decreto 1.355 de 30 de dezembro de 1994, que entrou em vigor a partir de 1º de janeiro de 1995, sendo que em sua Seção 5, que compreende os artigos 27 a 34, é totalmente voltada à disposição de normas sobre Patentes.

Ao se analisar os artigos do tratado percebe-se que não há a especificação de quem seria o titular dos direitos, mas apenas são descritos os direitos conferidos no artigo 28, que explicita o que o titular de direitos receberá. Ainda, o artigo 27 fornece informações sobre as matérias que podem ser patenteáveis, ou seja, os artigos tratam diretamente sobre o objeto, mas não sobre o sujeito detentor.

Os demais artigos que se seguem no tratado também não dispõem sobre a temática, assim, ficando a cargo da hermenêutica a concessão ou não de patentes para sistemas dotados de Inteligência Artificial.

Nota-se que, apesar de as normativas apresentarem essa previsão voltada à pessoa e não à Inteligência Artificial como inventora, acaba por descartar, ainda que inicialmente, o uso de sistemas autônomos. No entanto, o assunto carece de maiores estudos para se solidificar a temática, afastando assim de vez a previsão de garantias para sistemas dotados de Inteligência Artificial.

Outro ponto que merece destaque nesta antítese que se constrói, é que o direito da humanidade de possuir acesso aos bens públicos globais. Frisa-se o acesso ao conhecimento e à informação para o desenvolvimento sustentável e melhoria das condições de vida das sociedades, assim como os desafios relacionados à disseminação do conhecimento em razão da proteção pela propriedade intelectual e as desigualdades de acesso aos bens⁴⁰.

Esse debate pode ser fomentado, nesse estudo, a partir da visão de que sistemas autônomos podem trabalhar incansavelmente para a obtenção de patentes e modelos de utilidade. Isso poderia acarretar uma privatização exponencial do conhecimento, de forma a acentuar ainda mais a concentração de bens e a desigualdade social.

Portanto, a quebra do paradigma dominante, aqui entendido como a impossibilidade de conceder-se patentes para invenções e modelos de utilidade criados exclusivamente por sistemas inteligentes e automatizados, é algo a ser analisado exaustivamente. São inúmeros aspectos a serem analisados numa decisão legislativa dessa monta. O que se estabelece, dessa maneira, é uma projeção a partir de tecnologias que ainda estão em

40 STIGLITZ, Joseph E. O Conhecimento como um bem público global. in: KAUL, Inge; GRUNBERG, Isabelle; STERN, Marc A. **Bens públicos globais**. Rio de Janeiro: Record, 2012.

desenvolvimento, mas que ainda não é possível traçar o impacto que elas podem causar no ambiente industrial.

Nota-se que a IA tem sido um campo de ampla discussão, mas que no Brasil, até o momento, não há legislação para a regulamentação específica de sistemas de Inteligência Artificial, apesar dos esforços legislativos para buscar dispor sobre o seu uso.

Um projeto que possui uma tramitação avançada é o Projeto de Lei nº 2338, de 2023 que tramita no Senado Federal e mobilizou diversos debates, incluindo inúmeros especialistas na área. Outro marco legislativo relevante, são orientações alienígenas advindas das Orientações Éticas para uma IA de confiança elaboradas pelo grupo de peritos de alto nível sobre a Inteligência Artificial da União Europeia. Nesse documento podem-se destacar diversos pontos essenciais propostos para o desenvolvimento ético de IAs⁴¹.

Dentre as previsões pode-se destacar a previsão de princípios voltados ao “respeito da autonomia humana, prevenção de danos, equidade e explicabilidade”⁴². Percebe-se que já neste primeiro ponto, há uma previsão de respeito à autonomia humana que pode conversar diretamente com a abordagem deste trabalho.

No primeiro capítulo o documento europeu prevê a necessidade de reconhecimento da existência de riscos e impactos gerados pela IA difíceis de prever, que podem ser de toda a monta. Aqui seria possível a inclusão dos impactos de uma IA capaz de gerar inovações e modelos de utilidade da qual houvesse uma exploração econômica. Um cenário desses seria capaz de ocasionar impactos até então não pensados para a sociedade e, portanto, há uma necessidade de cautela no tema.

Evidenciaram-se, neste tópico, portanto, repercussões estrangeiras, impactos legislativos nacionais e supranacionais através de tratados incorporados. Foram feitas reflexões a partir de impactos econômicos e, também, de orientações estrangeiras capazes de jogar luz sobre o tema ora estudado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho buscou ao longo do seu desenvolvimento apresentar o recorte

41 UNIÃO EUROPEIA. Grupo de Peritos de Alto Nível sobre Inteligência Artificial. **Orientações éticas para uma IA de confiança**. 2019. Disponível em: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1>. Acesso em: 01 mar. 2024.

42 Idem. p.2.

pretendido do estudo e, na sequência, enfrentar os pontos positivos e os entraves para a concessão de patentes aos sistemas de Inteligência Artificial.

Iniciou-se pela apresentação do caso DABUS, que tem movimentado os escritórios de patentes e os Tribunais pelo mundo e instigado o estudo sobre a temática, gerando decisões e posicionamentos jurídicos em diferentes correntes.

Após, apresentou-se o paradigma emergente, ou seja, uma nova possibilidade para a concessão de patentes. Construiu-se argumentos como a celeridade na criação, a promoção da inovação e o desenvolvimento econômico que pode ser possibilitado pela adoção de um novo modelo.

Foram elencados também, pontos que buscam a sinergia entre os seres humanos e máquinas, deslocando-se trabalho do humano para a máquina, a fim de existir uma complementação nos trabalhos dentro das áreas que possam ser mais bem desempenhadas por humanos e máquinas.

Outro fator importante, ainda dentro do primeiro tópico, seria a questão econômica, pois pensa-se na possibilidade de arrecadação de *royalties* a partir do uso conjunto dos sistemas autônomos.

Por outro lado, no tópico seguinte foram abordados pontos contrários à concessão de patentes para inovações e modelos de utilidade provenientes de sistemas de Inteligência Artificial.

Primeiramente, destacou-se a impossibilidade legal, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, para a concessão de patentes a sistemas autônomos tendo em vista o constante da legislação pátria que prevê que os detentores dos direitos serão “pessoas”, incluindo-se apenas pessoas físicas e jurídicas nos termos da lei. Além disso, foram analisados tratados internacionais ratificados pelo Brasil, bem como o recente parecer da AGU que reforça o argumento contrário à concessão.

Alencar aponta que a evidência do problema é que as legislações sobre patentes ao redor do mundo surgiram em um contexto histórico diferente e que seus legisladores não poderiam ter previsto a existência de máquinas inventadas no futuro (hoje)⁴³. Essa é a razão pela qual a legislação atual só admite pessoas naturais como titulares de invenções.

Ademais, foram apresentadas, também, questões sobre a privatização em massa

43 ALENCAR, Ana Catarina de. **Sistemas de Inteligência Artificial podem receber patentes como inventores**. Portal ABC do ABC. 2023. Disponível em <https://www.abcdabc.com.br/brasil-mundo/noticia/sistemas-inteligencia-artificial-podem-receber-patentes-como-inventores-198708>. Acesso em: 01 mar. 2024.

de bens intelectuais que pode acarretar diversos problemas econômicos como a hiperconcentração de propriedade e a acentuação da desigualdade social.

Por fim, levantou-se questões de segurança da IA e seus desdobramentos que, de forma inerente à tecnologia, podem ser inúmeros. Assim há um risco acentuado de surgimento de efeitos colaterais pela aplicação de IA que sequer foram levantados neste trabalho, mas que devem ser referenciados e projetados diante das consequências do uso deste tipo de tecnologia.

Independentemente de estar emergindo a possibilidade de um novo paradigma nesse tema, o assunto carece de muito estudo e reflexão. São diversos pontos que devem ser contemplados para uma solução adequada do tema.

A importância social deve ser primordial nessa discussão e isso se reflete na necessidade de modernizarem-se as legislações para acompanhar o avanço das sociedades e das tecnologias que se apresentam. Apesar dos possíveis benefícios apresentados no tópico inicial, os riscos de uma liberação massiva de concessões de patentes a invenções desenvolvidas por IAs ainda são grandes e não sustentam a mudança, neste momento, do *status quo*.

A propriedade intelectual, conforme destaque feito a partir do uso de bens públicos globais, deve não apenas acompanhar o avanço social, mas se projetar para um uso adequado e sustentável a partir das intervenções humanas que a criam ou que possibilitaram sua criação automatizada.

No momento, o cenário que se apresenta é o da impossibilidade de concessão de patentes a inovações e modelos de utilidade desenvolvidos por sistemas autônomos tendo em vista o entrave legislativo. Apesar de decisões diversas a nível mundial e de uma grande discussão sobre o tema, o Brasil segue sendo um sistema jurídico que não oferece proteção patentária à invenção de DABUS. Entretanto, com o aprimoramento da tecnologia, sua futura regulação e projeções de impactos e riscos, talvez seja possível rever o cenário.

Dessa forma, a partir do debate dialético entre a necessidade de conceder-se proteção jurídica às invenções provenientes de sistemas de IA e a impossibilidade legal da legislação brasileira para tal proteção, extraiu-se, em síntese, um cenário de perspectivas positivas para a intensificação do debate público sobre a temática e uma consequente evolução legislativa para dar conta da demanda que emerge.

Esse trabalho não busca exaurir o tema, e é importante destacar que também não há a busca de engessá-lo em conclusões e considerações, mas apenas refletir e buscar conhecer os parâmetros que o compõem. A tecnologia aqui abordada tem-se mostrado

extremamente promissora e é possível que em anos próximos ela possibilite a revisão e ampliação do estudo ora efetuado.

Se a aplicação de tecnologias que possibilitam a criação de invenções de forma totalmente autônoma está, hoje, em fase inicial, também está o marco legislativo e de proteções. A área de Inteligência Artificial, como um todo, ainda está em fase embrionária, com criações de legislações e discussões extremamente amplas sobre o assunto. Embora, em situação inicial, há que se discutir esses modelos de proteção de patentes para os casos aqui expostos, somente isso trará frutos para futuras implementações.

Tanto os entraves quanto os consentimentos no uso da tecnologia, tiveram uma análise inaugural a fim de visualizar-se, aqui, o assunto de forma ampla. Apesar do estudo exploratório, foi possível averiguar de forma clara diversos pontos importantes que estas novas tecnologias baseadas em Inteligência Artificial proporcionam.

Assim, apesar dos entraves na concessão de patentes para inovações e modelos de utilidade superarem os pontos favoráveis, percebe-se que há a construção de um ambiente propício para a discussão do tema. Por certo que a controvérsia seguirá enquanto o sistema jurídico não estiver preparado para o futuro criativo conduzido por entes despersonalizados. Isto talvez o futuro responderá, ainda que o futuro das máquinas de Inteligência Artificial já tenha chegado.

Vislumram-se inúmeros desafios, que, possivelmente, serão enfrentados paulatinamente nos próximos anos, entretanto espera-se que este trabalho possa contribuir, ainda que de forma breve, para o desenvolvimento deste vasto campo.

BIBLIOGRAFIA FINAL

ABBOTT, Ryan. **O Projeto Inventor Artificial**. OMPI - WIPO (World Intellectual Property Organization). dez. 2019. Disponível em: https://www.wipo.int/wipo_magazine/pt/2019/06/article_0002.html. Acesso em: 01 mar. 2024.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. PROCURADORIA-GERAL FEDERAL. PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO AO INPI. **Parecer nº 00024/2022**. Rio de Janeiro. 08 ago. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/central-de-conteudo/noticias%202022/inteligencia-artificial-nao-pode-ser-indicada-como-inventora-em-pedido-de-patente/ParecerCGPIPROCsobrelnteligenciaartificial.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2024.

ALENCAR, Ana Catarina de. **Sistemas de Inteligência Artificial podem receber**

patentes como inventores. Portal ABC do ABC. 2023. Disponível em <https://www.abcdoabc.com.br/brasil-mundo/noticia/sistemas-inteligencia-artificial-podem-receber-patentes-como-inventores-198708>. Acesso em: 01 mar. 2024.

AUSTRÁLIA. Federal Court of Australia. **Thaler vs Commissioner of Patents**. VID 108 of 2021. Judgment of Beach J. 30 jul. 2021. Disponível em <https://www.judgments.fedcourt.gov.au/judgments/Judgments/fca/single/2021/2021fca0879>. Acesso em: 01 mar. 2024.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Disponível em: https://www.dbba.com.br/wp-content/uploads/introducao_pi.pdf. Acesso em: 01 mar. 2024.

BOFF, Salete Oro. Acordos e Tratados Internacionais Sobre Propriedade Intelectual. In: BOFF, Salete Oro; FORTES, Vinicius Borges; MENEGAZZO André Frandaloso; TOCHETTO, Gabriel Zanatta (Org.). **Propriedade Intelectual - Marcos Regulatórios**. Erechim: Deviant. 2017, v. 1, p. 11-30.

BRASIL. **Lei nº 9.279/1996**. Regula os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, 1996. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm. Acesso em: 01 mar. 2024.

BRASIL. **Decreto 1.355 de 30 de dezembro de 1994**. Promulgo a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguaí de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/backup/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 2.338, de 2023**. Dispõe sobre o uso da Inteligência Artificial. Brasília: Senado Federal, 2023. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233>. Acesso em: 01 mar. 2024.

BRITAIN, Blake. US Supreme Court rejects computer scientist's lawsuit over AI-generated inventions. **REUTERS**. Washington. 24 abr. 2023. Disponível em: <https://www.reuters.com/legal/us-supreme-court-rejects-computer-scientists-lawsuit-over-ai-generated-2023-04-24/>. Acesso em: 01 mar. 2024.

CYBER LEVIATHAN, Observatório do Mundo em Rede. Suprema Corte Americana rejeita pedido para garantir patentes de invenções criadas por IA., 2023. Disponível em: <https://www.cyberleviathan.com.br/post/suprema-corte-americana-rejeita-pedido-para-garantir-patentes-de-invenções-criadas-por-ia>. Acesso em: 01 mar. 2024.

CIPC - COMPANIES AND INTELLECTUAL PROPERTY COMMISSION. Patent Journal. **Including trade marks, designs and copyright in cinematograph films**. V. 54 N. 07. AFRICA DO SUL. 28 jul. 21. Disponível em: <https://iponline.cipc.co.za/Publications/>

- [PublishedJournals/E_Journal_July%202021%20Part%202.pdf](#). Acesso em: 01 mar. 2024.
- COMISSÃO EUROPEIA. Grupo de Peritos de Alto Nível sobre Inteligência Artificial. **Orientações Éticas para uma IA de Confiança**. Bruxelas. 2018
- DE SOUZA, Cesar Junior; JACOSKI, Claudio Alcides. Propriedade intelectual para criações de Inteligência Artificial. **Revista Brasileira de Desenvolvimento** v. 6, n. 5, p. 32344–32356, 2020. Disponível em: <https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/10830>. Acesso em: 01 mar. 2024.
- DIVINO, Sthéfano Bruno Santos. JESUS, Luis Henrique Soares de. A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial de Inteligência Artificial: reflexões nas legislações brasileira e estrangeira. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**. Ano 6, nº 3, 2020, p. 1827-1855.
- DOMINGOS, Pedro. **O algoritmo mestre: como a busca pelo algoritmo de machine learning definitivo recriará nosso mundo**. São Paulo: Novatec, 2015.
- INPI. **Manual Básico para Proteção por Patentes de Invenções, Modelos de Utilidade e Certificados de Adição**. Diretoria de Patentes, Programas de Computador e Topografias de Circuito Integrado. Ministério da Economia: Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/patentes/guia-basico/ManualBsicodePatentes20210607b.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2024.
- JONES, Alexandra. Artificial intelligence can now be recognized as an inventor after historic Australian court decision. **Portal ABC News**. Austrália. 31 jul. 21. Disponível em <https://www.abc.net.au/news/2021-08-01/historic-decision-allows-ai-to-be-recognised-as-an-inventor/100339264>. Acesso em: 01 mar. 2024.
- KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2020.
- LISBOA, Alveni. IA inventa produto, mas entidades não querem registrar a patente. **Portal Canaltech**. Inteligência Artificial. São Paulo. 2021. Disponível em <https://canaltech.com.br/inteligencia-artificial/ia-inventa-produto-mas-entidades-nao-querem-registrar-a-patente-entenda-o-caso-192517/>. Acesso em: 01 mar. 2024.
- NEDEL, Nathalie Kuczura. CORRÊA, Maryana Zubiaurre. Processamentos internos criados a partir da Inteligência Artificial: uma análise referente ao titular da patente à luz da legislação brasileira. **Revista de Direito Viçosa**. v.13 n. 01. 2021.
- OSÓRIO. F. S.; BITTENCOURT, J. R. Sistemas inteligentes baseados em redes neurais artificiais aplicados ao processamento de imagens. 2020. In: **I Workshop de Inteligência**

Artificial. Disponível em: <http://osorio.wait4.org/oldsite/wia-unisc/wia2000-full.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2024.

PASQUALE, Frank. **New laws of robotics:** defending human expertise in the age of AI. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2020.

RUSSELL, Stuart Jonathan. NORVIG, Peter. **Inteligência Artificial.** 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

RUSSEL, Stuart. **Inteligência Artificial a Nosso Favor:** como manter o controle sobre a tecnologia. São Paulo: Editora Schwarcz S.A., 2021.

STIGLITZ, Joseph E. O Conhecimento como um bem público global. in: KAUL, Inge; GRUNBERG, Isabelle; STERN, Marc A. **Bens públicos globais.** Rio de Janeiro: Record, 2012.

TEIXEIRA, Tarcisio; CHELIGA, Rodrigo. **Inteligência Artificial:** aspectos jurídicos. 3 ed Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Grupo de Peritos de Alto Nível sobre Inteligência Artificial. **Orientações éticas para uma IA de confiança.** 2019. Disponível em: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1>. Acesso em: 01 mar. 2024.



DIREITO.UnB

Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB**?

Gostaria de submeter seu trabalho a Revista Direito.UnB?

Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>
e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.



UnB



conhecimento em movimento
sociedade em transformação



Sistema Regional de Información
en línea para Revistas Científicas de América Latina,
el Caribe, España y Portugal

INFRAÇÃO DE MARCAS NA CHINA: O PROBLEMA DO MODELO DE NEGÓCIO ORIGINAL EQUIPMENT MANUFACTURER – OEM

TRADEMARK INFRINGEMENT IN CHINA: THE PROBLEM OF THE ORIGINAL EQUIPMENT MANUFACTURER – OEM BUSINESS MODEL

Recebido: 29/02/2024

Aceito: 03/05/2025

Eduardo Oliveira Agostinho

Professor Titular de Direito Empresarial no Curso de Graduação e do Programa de Pós-graduação em Direito da PUCPR. Doutor em Direito Econômico e Desenvolvimento pela PUCPR. Pesquisador visitante da Université Paris I – Panthéon-Sorbonne. Membro do Grupo de Estudos em Análise Econômica do Direito - GRAED da PUCPR. Advogado em Curitiba com atuação no campo do Direito Empresarial, sócio da NGA Advogados.

E-mail: eduardo.agustinho@pucpr.br



Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0216-4557>

Fernanda Carla Tissot

Advogada inscrita na OAB/PR sob nº 50.688. Especialista em Direito da Propriedade Intelectual pela Fundação Getúlio Vargas – São Paulo – FGV/SP. Especialista em Direito Empresarial e Civil pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst, Mestre em Tecnologia e Sociedade pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná – UTFPR. Vice-Presidente da Comissão de Propriedade Intelectual da OAB/PR. Integrante da Associação Brasileira dos Agentes da Propriedade Industrial – ABAPI, Associação Brasileira de Propriedade Intelectual – ABPI, Associação Paulista da Propriedade Intelectual – ASPI e Associação Internacional para Proteção da Propriedade Intelectual – AIPPI. Sócia do escritório Ritter Advogados.

E-mail: f.tissot@ritteradvogados.com.br



Orcid: <https://orcid.org/0009-0006-8447-030X>

Carlos Henrique Maia da Silva

Advogado inscrito na OAB/PR sob o nº 120.542. Mestrando em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR). Pós-graduado em Direito Societário e Contratos Empresariais pela PUCPR. Membro do Grupo de Estudos em Análise Econômica do Direito (GRAED/PUCPR). Membro da Comissão de Direito Empresarial da OAB/PR. Membro da Comissão de Propriedade Intelectual da OAB/PR.

E-mail: carloshenriquem18@gmail.com



Orcid: <https://orcid.org/0009-0003-3896-4278>



Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.

This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that allows sharing in any format as long as the original work is properly acknowledged.

RESUMO

A transformação tecnológica da China permitiu que o país tornasse um centro industrial global. Empresas, buscando resposta rápida e custo baixo, adotam o modelo de *Original Equipment Manufacturer - OEM*, no qual fábricas chinesas produzem produtos com a marca do cliente e os exportam para o país de origem da marca. No entanto, desafios relacionados à infração de marcas na China têm afetado as negociações comerciais, pois residentes chineses registram marcas estrangeiras de má-fé com o objetivo de impedir a exportação de produtos. Aliado a isso, a jurisprudência chinesa é contraditória sobre o tema, incluindo casos em que o tribunal chinês entendeu que haverá violação quando a função primordial da marca estiver presente, bem como casos que compreendeu que haverá violação caso exista a possibilidade de confusão ou associação entre as marcas.

Palavras-chave: Propriedade Intelectual; Concorrência Desleal; Desenvolvimento; Infração de Marcas na China; Tribunal Chinês.

ABSTRACT

China's technological transformation has allowed the country to become a global industrial hub. Companies, seeking quick response and low costs, adopt the Original Equipment Manufacturer - OEM model, in which Chinese factories produce products with the customer's brand and export them to the brand's country of origin. However, challenges related to trademark infringement in China have affected trade negotiations as Chinese residents register foreign trademarks bad faith with the aim of preventing the export of products. In addition to this, Chinese jurisprudence is contradictory on the subject, including cases in which the Chinese court understood that there will be infringement when the primary function of the trademark is present, as well as cases in which it understood that there will be infringement if there is the possibility of confusion or association between the brands.

Keywords: Intellectual property; Unfair competition; Development; Trademark Infringement in China; Chinese Court.

1. INTRODUÇÃO

A virada tecnológica experimentada pela China, passando de país essencialmente agrário, para um dos principais polos industriais tecnológicos do mundo envolveu estratégia governamental objetivando concentrar o comércio internacional e redes produtivas globais, oferecendo, a preços competitivos, produtos de qualidade e elevada aceitação.

Não por outro motivo que o país asiático recebeu a alcunha de “fábrica do mundo” por sabidamente realizar o *copycat* de tecnologias já conhecidas, não respeitando a propriedade intelectual de terceiros, mas produzindo com rapidez, gama infinita de produtos que se espalharam pelo mundo todo. Hoje o país produz, exporta e desenvolve tecnologias próprias competitivas e de alto nível e, por tal razão, produtos com marcas brasileiras saem das fábricas chinesas para serem vendidos no Brasil e eventualmente reexportados ao resto do mundo.

Para alcançar o atual estágio de segunda maior economia do mundo, direitos de propriedade intelectual fortes e a respectiva reforma havida no final da década de 70 na legislação relacionada à proteção de tais direitos na China foram cruciais para se garantir certa segurança jurídica aos investidores e para a adequação à realidade global.

Nesse contexto, portanto, a China passou a estabelecer importância à direitos de propriedade intelectual no final da década de 70, promulgado sua Lei de Marcas em 1982, Lei de Patentes em 1984, Direitos de Autor em 1990 e medidas de repressão à Concorrência Desleal em 1993, além de inúmeras emendas e modernizações legislativas.

Assim, ao longo dos anos, com seu ecossistema inovador em exponencial crescimento, o país tornou-se estratégico para empresas do mundo todo, inclusive para as empresas brasileiras que em muitos casos optaram por encerrar ou transferir grande parte de suas atividades fabris aos modernos parques industriais chineses.

Dessa forma, ao buscar a necessária competitividade para a manutenção e sobrevivência na economia de mercado, empresas do mundo todo, inclusive as brasileiras, miram seus investimentos na combinação de fatores como baixo custo de produção, qualidade técnica e rápida taxa de resposta, optando assim, em alguns casos, pelo uso do modelo de negócio e contratação chamado *Original Equipment Manufacturer – OEM*.

Para fins do presente artigo, o OEM será considerado como o modelo de negócio em que a fábrica chinesa, além de fabricar determinado produto, o fabrica com a marca do cliente, e em seguida, exporta esses bens ao país de origem da marca.

De modo prático, a fábrica chinesa, contratada, produz em escala determinado produto com a marca de seu cliente, contratante, e o exporta ao destino final, sem haver a circulação do produto com a marca em território chinês. Como se nota, o objetivo não é o mercado chinês, mas sim o mercado local do cliente/contratante, onde, inclusive, em muitos casos, a marca é conhecida e devidamente registrada.

Contudo, apesar dos esforços legislativos na proteção da propriedade intelectual na China, não raro, residentes chineses realizam, aparentemente de má-fé, registros de marcas originariamente de titularidade de terceiros em seus países de origem, no intuito de impedir a exportação de produtos, ante ao suposto uso indevido de marca.

Assim, questão estritamente legal, envolvendo a possível violação de marca em território chinês, tem afetado as negociações entre chineses e contratantes do mundo todo, visto que em alguns casos são impedidos de receber a mercadoria no país de

destino, em razão da existência de um suposto titular do registro de marca na China, que, utilizando a regra vigente, impede a circulação de bens que perfazem forçosa violação, gerando insegurança jurídica e afetando as negociações comerciais.

Dessa forma, o presente artigo visa debater o entendimento da legislação e jurisprudências chinesas nos casos mais relevantes sobre o tema, notadamente a questão da não circulação de um bem ou mercadoria dentro do território chinês poderá configurar violação à propriedade intelectual de terceiros na China.

2. O PROTAGONISMO CHINÊS E A LEGISLAÇÃO RELACIONADA À PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

O grande interesse da China em promover, receber e entregar resultados à grande demanda por fabricação de produtos de boa qualidade a preços reduzidos deve caminhar lado a lado à legislações fortes relacionadas à propriedade intelectual, tudo no intuito de se garantir a proteção de investidores, clientes, bem como para o fortalecimento de redes produtivas globais, que conglomeram diversas multinacionais de renome.

Assim, para o cumprimento da estratégia desenvolvimentista chinesa, a insegurança jurídica diante de uma possível violação de marca registrada de má-fé naquele território, visando exclusivamente impedir a exportação de produtos senão mediante ao pagamento de vultosos royalties, não poderá ser entrave à comercialização e até mesmo ao tão buscado crescimento da economia chinesa.

Para a compreensão do tema, é importante resgatar o histórico desenvolvimentista da China que, com estratégia minuciosa, retirou da Inglaterra a alcunha de “fábrica do mundo” dada na primeira revolução industrial.

A chamada “reorientação da estratégia de desenvolvimento”⁴⁴, comandada por Deng Xiaoping (secretário-geral do Partido Comunista Chinês, responsável por entabular o chamado “socialismo de mercado”), foi iniciada nos primeiros anos da década de 80, logo após o processo de abertura econômica da China em 1979, com o estabelecimento das Zonas Econômicas Especiais – ZEEs, como as de Shenzhen, Zhulai, Shantou e Xiamen, consideradas cruciais para a inserção chinesa nos fluxos de comércio internacionais⁴⁵.

44 DIEGUES, A. **Interdependência nas relações China - EUA: a formação da economia Sino-Americana e sua importância para o ciclo de crescimento econômico mundial entre 2.000 e 2.006**, p.7.

45 DIEGUES, A. **Interdependência nas relações China - EUA: a formação da economia Sino-**

As chamadas ZEEs tinham como objetivo integrar, absorver e aplicar o capital e tecnologias internacionais, sendo fortemente responsáveis pelo exponencial aumento do PIB e dos fluxos globais de comércio, saltando de US\$ 30 bilhões em 1979 para impressionantes US\$ 1,76 trilhões em 2006.

Dessa sorte, a ascensão chinesa e protagonismo no cenário internacional é evidenciado pelo grande aumento de sua participação na renda mundial, passando de 2,2% em 1890 para 15,6% no ano de 2013⁴⁶.

Essa evolução, apesar de contínua, teve seu ápice a partir da segunda metade dos anos 2000 quando foi observado grande aumento nos superávits comerciais, figurando o ano de 2001 como marco importante para a economia global, tendo sido o ano de ingresso da China na Organização Mundial do Comércio – OMC.

Assim, entre a data de adesão à OMC até o ano de 2010, a participação de mercado nas exportações saltou de 3,5% para 11,1%⁴⁷. De acordo com Diegues⁴⁸, esse fenômeno se deu por dois fatores, estando o primeiro relacionado ao fato de que grande parte das atividades fabris da China, apresentaram-se como verdadeiras redes produtivas globais, e estavam direcionadas ao mercado externo, o que gerou, por consequência, aumento da demanda de partes, peças e insumos produzidos por outros atores pertencentes a essas redes produtivas.

O segundo fator, de acordo com Diegues⁴⁹, estaria relacionado à superação das deficiências de estrutura produtiva, visto que com o aumento da demanda por produtos destinados à exportação, ocorreu, de modo paralelo, a demanda por bens de capitais, máquinas e equipamentos importados, viabilizando, assim, o “aumento da capacidade produtiva associado tanto à expansão do mercado interno quanto externo”.

Ademais, a inserção da China como um dos principais fabricantes e exportadores de produtos manufaturados foi impulsionada pela grande adesão de setores têxteis, vestuário e calçados e, na década de 80, a produção chinesa passou a abarcar montagem de complexos eletrônicos. Já na década de 90, a China se consolidou como líder mundial

Americana e sua importância para o ciclo de crescimento econômico mundial entre 2.000 e 2.006, p.6.

46 PINTO, E. C.; GONÇALVES, R. **Globalização e poder efetivo: transformações globais sob efeito da ascensão chinesa**. Economia e Sociedade, v. 24, n. 2, p. 449–479, ago. 2015, p.453.

47 TERAOKA, L. Y. **O crescimento chinês e seus efeitos sobre a indústria brasileira**. p. 68, 2012, p.2.

48 DIEGUES, A. **Interdependência nas relações China - EUA: a formação da economia Sino-Americana e sua importância para o ciclo de crescimento econômico mundial entre 2.000 e 2.006**, p.8.

49 DIEGUES, A. **Interdependência nas relações China - EUA: a formação da economia Sino-Americana e sua importância para o ciclo de crescimento econômico mundial entre 2.000 e 2.006**, p.8.

na exportação de complexos eletrônicos, além de outros produtos de telecomunicações, informática e outros setores industriais⁵⁰.

De toda forma, é importante que se diga que o crescimento da economia chinesa não se deu somente pela criação das ZEEs, redes produtivas globais, modernização fabril, mas também diante do baixo custo da mão de obra e da moeda local desvalorizada.

Nesse sentido, a velocidade das exportações chinesas e do aprimoramento de sua indústria, demandou alterações legislativas para que se adequassem à nova realidade do país. Contudo, a exemplo do Brasil, a promulgação ou alteração de Leis de Propriedade Intelectual na China é processo complexo, envolvendo diversas etapas.

De acordo com a Constituição Chinesa⁵¹, o Estado é unificado, composto por quatro níveis de divisões administrativas: províncias (incluindo municípios sob o controle governamental e regiões autônomas), municípios (prefeituras), condados (nível cantonal) e distritos. Acima do nível cantonal, há pelo menos três órgãos governamentais: o (i) Congresso Nacional Popular, órgão supremo do poder político e sua Comissão Permanente; o (ii) Conselho de Estado⁵² e os (iii) Tribunais, sendo esses dois últimos organizados de tal forma que pertencem ao mesmo nível que o Congresso Nacional Popular e sua Comissão Permanente.

De acordo com a Constituição Chinesa e as normas que regulam a criação de Leis naquele país, o Congresso Nacional Popular e sua Comissão Permanente possuem poderes para sancionar e emendar a Constituição e Leis básicas como o Código Civil, Lei de Contratos, Lei de Processo Civil e Código Penal. De outro lado, as chamadas “outras leis”⁵³, como Código Comercial, Lei de Seguros, Leis que regulam o casamento, dentre outras deverão ser aprovadas ou emendadas pela Comissão Permanente do Congresso Nacional Popular.

Em suma, para que uma Lei relacionada à Propriedade Intelectual seja promulgada

50 TERAOKA, L. Y. **O crescimento chinês e seus efeitos sobre a indústria brasileira**. p. 68, 2012, p.68.

51 Art. 30. A divisão administrativa da República Popular da China é a seguinte: 1.º O país divide-se em províncias, regiões autônomas e municipalidades diretamente dependentes do Governo Central; 2.º As províncias e as regiões autônomas dividem-se em prefeituras autônomas, distritos, distritos autônomos e cidades; 3.º Os distritos e os distritos autônomos dividem-se em cantões, cantões de nacionalidades e vilas. As municipalidades diretamente dependentes do Governo Central e outras grandes cidades dividem-se em distritos e bairros. As prefeituras autônomas dividem-se em distritos, distritos autônomos e cidades. Todas as regiões autônomas dividem-se em distritos, distritos autônomos e cidades. Todas as regiões autônomas, prefeituras autônomas e condados autônomos são zonas autônomas nacionais. Disponível em <<https://bo.io.gov.mo/bo/i/1999/constituicao/index.asp>>, acesso em 15.11.2018.

52 Art. 85. O Conselho de Estado é o Governo Central Popular da República Popular da China, o corpo executivo do órgão supremo do poder político e o órgão supremo da administração pública.

53 MINGDE, L. **The process of intellectual property law reform in China**. 2018, p. 27.

ou alterada, um longo caminho deve ser percorrido, já que Leis relacionadas à propriedade intelectual integram à classe de “outras leis”, ensejando aprovação da Comissão Permanente do Congresso Nacional Popular, o que pode levar de oito a dez anos⁵⁴.

Dessa forma, a Comissão Permanente do Congresso Nacional Popular nos níveis municipais e provincial podem aprovar e emendar normas locais que não conflitem com a Constituição, com as leis básicas (e.g. Código Penal) e com outras Leis e Regulamentos Administrativos.

Assim, no intuito de promover a inovação, muitas províncias, municípios e regiões autônomas aprovaram regulamentos locais para a implementação de Leis relacionadas à Propriedade Intelectual. Mingde⁵⁵ comenta exemplos como o do Governo de Pequim, que aprovou regras para o Marco da Ciência e Tecnologia de 2002 e do Congresso de Xangai que aprovou normas relacionadas à proteção de patentes em 2001.

Nesse contexto, é importante destacar que o Conselho de Estado pode, igualmente, aprovar ou emendar regulamentos administrativos relacionados à questões específicas atinentes à Propriedade Intelectual, tais como a regulamentação relacionada à proteção de signos olímpicos, regulamento da proteção aduaneira da Propriedade Intelectual, dentre outros, desde que tais normas não infrinjam a Constituição e às leis promulgadas pelo Congresso Nacional Popular e sua Comissão Permanente⁵⁶.

A Administração Nacional Da Indústria e Comércio, fundada em 1950, como o próprio nome indica, era o órgão responsável pelos temas relacionados à indústria e comércio, tendo promulgado, no mesmo ano de sua criação, o Regulamento Provisório para Registro de Marcas. Já no ano de 1978, o referido Órgão iniciou a elaboração da Lei de Marcas, aprovada em 1982 pelo Congresso Nacional Popular e sua Comissão Permanente.

No final da Década de 80, a Administração Nacional Da Indústria e Comércio iniciou a elaboração a Lei de Concorrência Desleal, promulgada em 1993. Ademais, dentro da estrutura da Administração Nacional Da Indústria e Comércio, havia um Escritório de Marcas responsável pelo registro de marcas e um Escritório voltado à repressão e tomada de medidas administrativas relacionadas à Concorrência Desleal e Antitruste.

Já no ano de 1998 foi criado o Escritório de Propriedade Intelectual da China – SIPO, o qual tinha como função a administração e regulamentação de patentes. De outro lado, a administração das marcas era realizada pela Administração Estatal de Indústria

54 MINGDE, L. **The process of intellectual property law reform in China**. 2018, p. 27-33.

55 MINGDE, L. **The process of intellectual property law reform in China**. 2018, p. 27-33.

56 MINGDE, L. **The process of intellectual property law reform in China**. 2018, p. 27-33.

e Comércio (SAIC) da China. Quanto aos direitos autorais, o principal órgão responsável era a Administração Nacional de Copyright da China (NCAC).

No entanto, em 2018 houve uma reorganização no sistema de propriedade intelectual na China, assumindo a Administração Nacional de Propriedade Intelectual da China (CNIPA - *China National Intellectual Property Administration*) o controle da propriedade intelectual no país.

A CNIPA foi criada para consolidar a gestão da propriedade intelectual na China, unificando as funções relacionadas a patentes, marcas, desenhos industriais e direitos autorais, embora a parte de direitos autorais esteja frequentemente associada à Administração Nacional de Copyright da China (NCAC).

Diante disso, passado o breve resumo sobre o funcionamento do sistema legislativo e dos órgãos administrativos e legislação relacionada à propriedade intelectual⁵⁷, é importante destacar o funcionamento do Poder Judiciário Chinês que, em última instância, irá analisar as questões de suposta violação de marcas relacionadas à contratos OEM.

O sistema judiciário chinês é composto por quatro níveis de Tribunais: Tribunal Inferior, atuando no nível municipal ou de condado, lidando com casos de menor complexidade; Tribunal Intermediário, também no nível municipal ou de condado, mas analisam recursos de casos julgados pelo Tribunal Inferior; o Tribunal Superior, no nível da província e município, regido pelo Governo Central ou a uma região autônoma, tendo como competência recursos de julgados do Tribunal Intermédio e alguns casos de jurisdição originária e, por último, o Supremo Tribunal ("*Supreme People's Court*"), o qual é a última instância dentro do poder judiciário chinês⁵⁸.

De acordo com a Lei de Processo Civil Chinesa, há apenas duas instâncias recursais, ou seja, caso haja discordância de uma decisão judicial de primeiro grau, ou seja, de um Tribunal Inferior, abre-se a possibilidade de se apresentar apelação, que quando decidida pelo Tribunal Intermediário, encerrará a questão, devendo a decisão transitar em julgado⁵⁹.

O Supremo Tribunal ("*Supreme People's Court*"), de outro lado, em determinados casos, poderá receber novas apelações, alterando a decisão anterior ou remetendo o caso novamente ao Tribunal Intermediário. A Suprema Corte poderá emitir interpretações judiciais a determinadas Leis, o que poderá nortear a melhor aplicação das Leis. Tais interpretações podem vincular os Tribunais inferiores, intermediários, órgãos

57 MINGDE, L. **The process of intellectual property law reform in China.** p. 10, 2018.

58 MINGDE, L. **The process of intellectual property law reform in China.** 2018, p. 29.

59 MINGDE, L. **The process of intellectual property law reform in China.** 2018, p. 29.

administrativos e agencias a eles relacionadas.

Destaque-se, ainda, que um Tribunal Superior no nível das províncias, poderá emitir opiniões sobre a interpretação de legislações, como a legislação de marcas e concorrência desleal, garantindo aos juízes inferiores uma linha interpretativa sobre determinada legislação. Como Exemplo, cita Mingde⁶⁰ o Tribunal Superior de Pequim que em 2005, promoveu critérios para determinação de indenizações em casos de infrações de direitos autorais, bem como o Tribunal Superior de Tianjin, que em 2015, promoveu orientações sobre violações de desenhos (*design patents*).

Em suma, a partir da compreensão dos aspectos básicos relacionados à propriedade intelectual na China, trazidos por Mingde⁶¹, foi possível compreender que Leis de Patentes, Marcas, Concorrência Desleal e de Direitos Autorais são Leis básicas, que possuem regulamentos administrativos que passaram pelo Conselho de Estado; além de regras administrativas aprovadas pelas administrações relevantes; interpretações judiciais emitidas pelos Tribunais Superiores e pelo Supremo Tribunal (*Supreme People's Court*).

Dessa forma, para compreensão total de casos envolvendo violações de marcas, notadamente relacionadas aos casos OEM de que trata o presente artigo, será necessário além de analisar, ainda que de modo sucinto, artigos importantes da Lei de Marcas, Concorrência desleal e outras, as orientações emitidas pelos Tribunais em todos os níveis, bem como as regras administrativas.

Noutro ponto, a despeito das normas relacionadas à propriedade intelectual estarem plenamente vigentes na China e adequadas à realidade global, notadamente após o ingresso do país na OMC (marco histórico relevante visto que a pressão pela proteção de direitos de propriedade intelectual deixaram de ser meramente diplomáticos e passaram a ser legais) crítica importante trazida por alguns autores⁶², não sem razão, está no fato de que normas sociais locais geram conflitos com o ideal de proteção de direitos de propriedade intelectual imposto à China, na medida em que tais regras foram simplesmente copiadas e adaptadas de países com longa experiência e tradição na proteção à propriedade intelectual à realidade chinesa.

Referida “importação” de normas do mundo ocidental, que gerou o sistema atual de Propriedade Intelectual na China, acarretou forte divergência entre as regras formais e o que é executado na prática, resultando na grande dificuldade em se aplicar as Lei

60 MINGDE, L. **The process of intellectual property law reform in China**. 2018, p. 29.

61 MINGDE, L. **The process of intellectual property law reform in China**. 2018, p. 29.

62 ZHANG, L.; BRUUN, N. **Legal Transplantation of Intellectual Property Rights in China: Resistance, Adaptation and Reconciliation**. IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law, v. 48, n. 1, p. 5, fev. 2017.

de Propriedade Industrial vigentes, posto que em alguns casos não se coadunam com a realidade cultural, fática e econômica local⁶³.

Na opinião daqueles autores⁶⁴, tendo em vista que a legislação de propriedade intelectual obedece a certas regras e princípios básicos internacionais, trazidos por Tratados como o TRIPS, CUP e Berna, houve pouco espaço para adequar as legislações chinesas relacionadas ao tema ao contexto local, o que acaba por gerar algumas distorções.

Para que se possa compreender os motivos pelos quais a China traz certa resistência no cumprimento de algumas normas relacionadas à Propriedade Intelectual, como nos casos de pedidos de registros de marcas realizados de má-fé impedindo a exportação de produtos OEM senão ante ao pagamento de royalties, é importante compreender algumas questões culturais, históricas e sociais que atuam como pano de fundo.

A China possui normas sociais conflitantes com o ideal de proteção de direitos de propriedade intelectual imposto à China notadamente após a entrada na OMC. Assim, aparentemente, elementos culturais, sociais e econômicos contribuíram de modo mais significativo para a resistência na adoção de normas de propriedade intelectual naquele país.

Apesar da necessidade de aprovação das normas relativas à proteção de direitos de propriedade intelectual, a cultura tradicional chinesa inconscientemente acaba por influenciar as atitudes de seus cidadãos em todas as esferas. De acordo com os Autores⁶⁵ o Confucionismo, sistema filosófico criado por Confúcio, ainda é muito influente na cultura chinesa e reflete, de modo latente, nas atitudes, negócios e na vida cotidiana da população.

O Confucionismo nega o conceito de individualismo e prega a difusão do conhecimento, portanto, o monopólio do conhecimento, ainda que temporário, que é a base da propriedade intelectual é culturalmente difícil de ser adotado na cultura chinesa. Na sociedade chinesa “o roubo de um bem tangível, geralmente será considerado ato reprovável, contudo, realizar a cópia de um livro para fins de estudo, será geralmente considerado aceitável, pois demonstra o esforço do aprendizado”⁶⁶.

63 CHU, J. M. **Trademark Infringement of Original Equipment Manufacturer (OEM) For Export in China.** p. 5, 25 maio 2015.

64 ZHANG, L.; BRUUN, N. **Legal Transplantation of Intellectual Property Rights in China: Resistance, Adaptation and Reconciliation.** IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law, v. 48, n. 1, p. 6, fev. 2017.

65 ZHANG, L.; BRUUN, N. **Legal Transplantation of Intellectual Property Rights in China: Resistance, Adaptation and Reconciliation.** IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law, v. 48, n. 1, p. 13, fev. 2017.

66 ZHANG, L.; BRUUN, N. **Legal Transplantation of Intellectual Property Rights in China:**

De igual forma, na Sociedade Confucionista, a criação intelectual não deverá servir á propósitos egoístas, mas sim ao fim social. Assim, “quando um trabalho escolar é imitado, tal reprodução é considerada demonstração de honra e respeito”⁶⁷.

Por fim, quando da análise de casos envolvendo a suposta violação de marcas em território chinês, via casos OEM, é importante ter em mente tais questões culturais que muito embora possam não justificar os registros de marcas de terceiros por residentes chineses, facilitam a compreensão do panorama fático e extralegal que circundam questões meramente legais.

3. O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS CHINESES SOBRE VIOLAÇÕES DE MARCAS EM CASOS OEM

Conforme destacou-se, para fins do presente artigo, o OEM será considerado como o tipo de acordo comercial em que o fabricante apõe uma marca de um terceiro, cliente, protegida em outras localidades, e em seguida, exporta esses bens ao país de origem do cliente⁶⁸.

Como visto, nos casos caracterizados como OEM, o fabricante local não é responsável pela venda ou promoção da venda dos produtos.

Assim, com relação aos elementos que configuram uma relação/modelo de negócio OEM, é importante trazer ao presente a compreensão emitida no julgamento do caso *Shenda Stereo Electronic Co., Ltd. vs. Jiulide Electronic Shanghai Co., Ltd.* proferido pelo Tribunal Intermediário de Xangai. De acordo com aquele julgado, para que a relação OEM seja configurada, tais hipóteses devem ocorrer: (i) o fabricante deve fabricar os produtos de acordo com as requisições do cliente; (ii) os produtos fabricados devem ser destinados exclusivamente ao cliente ou vendidos pelo fabricante diretamente.

Já a natureza jurídica da relação entre o fabricante chinês e o cliente, contudo, é controversa, posto que há três correntes possíveis: a primeira delas compreende que a (i) relação seria relacionada a um contrato comercial/fabricação; (ii) relação de compra e venda ou (iii) relação mista, mais adequada à realidade da contratação, na medida em que

Resistance, Adaptation and Reconciliation. IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law, v. 48, n. 1, p. 13, fev. 2017.

67 ZHANG, L.; BRUUN, N. **Legal Transplantation of Intellectual Property Rights in China: Resistance, Adaptation and Reconciliation.** IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law, v. 48, n. 1, p. 14, fev. 2017.

68 SHANG, L. **Intellectual Property Protection in China (Shanghai) Pilot Free Trade Zone- Judicial and Administrative Practice in Trademark Infringement of OEM.** The Chinese Economy, v. 50, n. 4, p. 260, 4 jul. 2017.

cumularia uma relação comercial/fabricação e de licença de propriedade intelectual⁶⁹.

Usualmente os casos envolvendo infração de marcas via contratos OEM, que se destinam usualmente ao despacho dos produtos ao país do cliente/contratante, ocorrem quando um terceiro alheio à relação contratual, registra, no território chinês, a marca aposta aos produtos que serão comercializados somente no país e destino.

Assim, muito embora haja a titularidade da marca no país de destino da mercadoria, a falta de registro da marca na China, poderá causar sérios transtornos, na medida que caso a marca tenha sido registrada na China por um terceiro alheio à contratação OEM, o uso dessa marca em território chinês, ainda que não haja circulação da mercadoria, poderá configurar infração marcária.

Assim, o uso de uma marca idêntica ou semelhante, de titularidade de um residente chinês, sem a autorização deste, poderá configurar infração de direitos de propriedade intelectual, muito embora o real titular tenha os direitos no seu país de origem.

Nesse contexto de incertezas – que certamente afeta as relações comerciais nesse modelo de negócio amplamente adotado – havia certa confusão relacionada ao art. 52⁷⁰ da Lei de Marcas Chinesa (Decreto nº 10 de 23 de agosto de 1982, revisado pela Decisão do de 27 de outubro de 2001, Comissão Permanente do Congresso Nacional Popular) sobre o uso indevido de marcas.

A confusão pairava, pois, por mais que o artigo em questão mencionasse o que seria considerado como uso indevido de marcas, dito artigo não definia o que seria considerado “uso”, para fins de infração de marcas.

Assim, as Regras de Implementação da Lei de Marcas Chinesa (Decreto nº 358 de 22 de agosto de 2002)⁷¹, que figura como regra suplementar à Lei de Marcas Chinesa, (conforme previsto no então art. 42⁷² da Lei de Marcas Chinesa), determinou que o “uso”

69 No original: “However, the nature of legal relationship between the manufacturer and the client is controversial. There are three debatable opinions on this issue: (1) contract for work relationship, (2) sales contract relationship, and (3) mixed legal relationship (Li, 2008). This article inclines to adopt the view of the mixed legal relationship. Furthermore, this article states that the components of the OEM relationship should include the traditional contract for work relationship and the intellectual property licensed relationship.”

70 Article 52. “Any of the following acts shall constitute an infringement on the exclusive rights to the use of a registered trademark: (1) using a trademark that is identical with or similar to the registered trademark on the same or similar goods without permission of the owner of the registered trademark; (2) selling goods that infringe on the exclusive right to the use of a registered trademark; (3) counterfeiting, or making without authorization, representations of another person’s registered trademark, or selling such representations; (4) altering a registered trademark without permission of its owner and selling goods bearing such an altered trademark on the market; and (5) impairing in other manners another person’s exclusive right to the use of its registered trademark.” Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=131395> acesso em 15.11.2018.

71 Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=125979> acesso em 15.11.2018.

72 Article 42. “The Implementing Regulations under this Law shall be drawn up by the administrative authority for industry and commerce under the State Council. They shall enter into force after they have been submitted to and approved by the State Council.” Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=181327> acesso em 15.11.2018.

indevido de uma marca poderá se dar em produtos, embalagens, documentos comerciais, e containers⁷³. Assim, produtos contendo marcas que fizeram uso do modelo de negócio OEM e que não estariam registradas na China pelo seu real titular, mas por um residente local, encontrariam óbice para sua exportação, já que fariam parte da definição de “uso indevido”.

O referido artigo 52 foi posteriormente substituído pelo art. 57⁷⁴ na Lei de Marcas Chinesa (Revisada pela Decisão de 30 de agosto de 2013 da Comissão Permanente do Congresso Nacional Popular), que acabou por trazer a questão da “confusão e associação indevida”, como elemento para verificação de uso indevido de marca.

Não obstante, em uma quarta alteração (Revisada pela Decisão de 23 de abril de 2019 pela Comissão Permanente do Congresso Nacional Popular), foi incluído, dentre outras alterações, a inclusão do artigo 4⁷⁵, que traz a questão do depósito de marca feito de má-fé, estabelecendo que “um pedido de registro de marca de má-fé não feito com a finalidade de usar a marca registrada será rejeitada.”

De toda forma, muito embora a nova redação tenha trazido questão até então não debatida, qual seja, a rejeição do depósito de marca feito de má-fé, mesmo assim o novo artigo não foi capaz de levar à cabo as dúvidas interpretativas, posto que até o momento não há conceituação do que seriam pedidos feitos de “má-fé”, bem como não previsão de penalidades para tal comportamento.

Assim, observa-se que a legislação que rege o uso de marcas e as relações de OEM apresenta inúmeras fragilidades e dúvidas interpretativas, as quais acabam por gerar insegurança jurídica aos estrangeiros.

73 Art. 3. “The use of a trademark, as referred to in the Trademark Law and these Regulations, shall include the use of the trademark on goods, packages or containers of the goods or in trading documents, and the use of the trademark in advertising, exhibition or any other business activities.” Disponível em <<http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=856>> acesso em 15.11.2018.

74 Article 57. “Any of the following acts shall constitute an infringement on the exclusive rights to the use of a registered trademark: (1) Using a trademark that is identical with a registered trademark on the same kind of goods without obtaining licensing from the registrant of the registered trademark; (2) Using a trademark that is similar to a registered trademark on the same kind of goods, or using a trademark that is identical with or similar to the registered trademark on similar goods without obtaining licensing from the registrant of the registered trademark, and is likely to cause confusion (3) Selling goods that infringe on the exclusive right to the use of a registered trademark; (4) Counterfeiting, or making without authorization, representations of another person's registered trademark, or selling such representations; (5) Altering a registered trademark without permission of its owner and selling goods bearing such an altered trademark on the market; (6) Providing, intentionally, convenience for such acts as infringe upon others' exclusive right of trademark use, to facilitate others to commit infringement on the exclusive right of trademark use (7) Impairing in other manners another person's exclusive right to the use of its registered trademark.” Disponível em <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=341321> acesso em 15.11.2018.

75 Article 4 Any natural person, legal person or other organization that needs to obtain the exclusive right to use a trademark for its goods or services during production and business operations shall apply for trademark registration with the trademark office. A mala fide trademark registration application not made for the purpose of using the trademark shall be rejected. 2 Provisions regarding the goods trademarks in this Law shall be applicable to service trademarks. Disponível em: <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/578020>. Acesso em: 22.08.2023.

De outro modo, passado a breve análise acerca da legislação, observa-se que no cenário judicial, apesar dos precedentes judiciais na China inicialmente testemunharem uma longa transição exponencial no que diz respeito à aplicação de leis para lidar com infrações de marcas comerciais relacionadas com OEM, tal aplicação ainda apresenta inúmeras contradições interpretativas pelo Supremo Tribunal, especialmente após o julgamento de 2019 do caso “Honda”.

Por exemplo, antes de 2009, os Tribunais Chineses interpretavam como infração marcária qualquer uso indevido de signos idênticos ou similares, independentemente se o produto com a marca então infratora não circularia em território chinês⁷⁶.

Assim, antes de 2009 e ao estabelecimento da Zona de Livre Comércio de Xangai, autoridades administrativas, notadamente as alfandegárias, insistiam na declaração de infração de marcas, independentemente da possibilidade de confusão ou associação, isso pelo fato de o então art. 52 da Lei de Marcas não estabelecer tal previsão; ante ao princípio da territorialidade das marcas; e ainda pelo fato de as leis alfandegárias não garantirem a não circulação dos bens fabricados por meio de contratos OEM.

Nesse ponto, a alfândega da Zona de Livre Comércio de Xangai havia implementado medidas compulsórias no sentido de apreender temporariamente bens relacionados à contratos OEM se houvesse suspeita de violação de marcas registradas na China. Assim, até o final de 2014⁷⁷, observou-se que a média de dias, entre a apreensão da carga até sua liberação, era de 178 dias, sendo o caso mais moroso tendo levado 224 dias e o mais célere, 13 dias. Inegável, portanto, que questões relacionadas à suposta infração poderiam afetar a competitividade da produção chinesa.

De outro lado, após 2010, as decisões judiciais tomadas pelo Supremo Tribunal forneceram inúmeras modificações interpretativas ao que se refere a questão de marcas comerciais relacionadas a OEM, algumas mais favoráveis, como é o caso de *Shenda vs. Jiulide*, o caso “PRETUL” em 2015, e outras nem tanto, como é o caso “Honda” em 2019.

No caso “*Shenda vs. Jiulide*”, restou demonstrando que há diferentes fatores que devem ser levados em consideração quando da análise de infração de marcas em modelos de negócio OEM.

Os fatores estipulados pelo Tribunal de Xangai foram os seguintes⁷⁸: (i) Considerando que a possibilidade de confusão ou associação seria considerada requisito importante

76 SHANG, L. **Intellectual Property Protection in China (Shanghai) Pilot Free Trade Zone- Judicial and Administrative Practice in Trademark Infringement of OEM**. *The Chinese Economy*, v. 50, n. 4, p. 261, 4 jul. 2017.

77 SHANG, L. **Intellectual Property Protection in China (Shanghai) Pilot Free Trade Zone- Judicial and Administrative Practice in Trademark Infringement of OEM**. *The Chinese Economy*, v. 50, n. 4, p. 262, 4 jul. 2017.

78 SHANG, L. **Intellectual Property Protection in China (Shanghai) Pilot Free Trade Zone- Judicial and Administrative Practice in Trademark Infringement of OEM**. *The Chinese Economy*, v. 50, n. 4, p. 262, 4 jul. 2017.

para a determinação de uma possível infração de uma marca chinesa, e, considerando que os produtos objetos da lide não eram destinados ao público chinês, mas sim ao público americano, compreendeu o Tribunal não seria possível haver confusão; (ii) O cumprimento do contrato OEM por parte do fabricante chinês é importante para determinação de sua participação na possível infração marcária. Dessa sorte, se o fabricante chinês tomou todas as medidas cabíveis para cumprir o contrato e para que o produto seja exportado ao país de origem, não deverá ser responsável por uma possível infração de marca; e (iii) Há que se analisar o “dever de cuidado” do fabricante chinês em uma relação OEM, ou seja, o fabricante deve tomar os cuidados necessários e averiguar se a titularidade da marca que está apondo aos produtos, é, de fato, registrada pelo cliente em seu país de origem.

Tal julgado foi importante para que fosse possível estabelecer critérios adicionais e cuidados aos contratantes do modelo de negócio OEM, diferentemente do que ocorria com as primeiras análises antes de 2009, que simplesmente consideravam o uso indevido, mesmo que não houvesse a possibilidade de confusão ou associação.

Outro caso relevante que também trouxe critérios importantes para análise infração de marcas é o chamado caso “PRETUL”, em 2015⁷⁹.

Em suma, no ano de 2003 o Sr. XU Haorong registrou com sucesso a marca “PRETUL” em território chinês, marca esta posteriormente cedida e transferida à empresa Focker Security Products International Limited.

Contudo, a titular da marca “PRETUL” é a empresa mexicana Truper Herramientas S.a. De C.v., que possui registros válidos no México e em diversos outros países e que em agosto de 2010, firmou contrato OEM com o fabricante chinês Pujiang Yahuan Lock Co., para fabricação de seus produtos (fechaduras, cadeados, ferramentas manuais, etc.) com a marca “PRETUL”, para posterior exportação ao México.

Ocorre que em dezembro de 2010 e em janeiro de 2011, lotes de cadeados que faziam uso da marca “PRETUL” foram apreendidos pelas autoridades alfandegárias de Ningbo, haja vista a violação da marca local “PRETUL”, de titularidade de empresa chinesa Focker Security Products International Limited.

Após, em janeiro de 2011 a empresa chinesa Focker Security Products International Limited interpôs ação judicial alegando o uso indevido de sua marca, de acordo com o então Art. 52 da Lei de Marcas de 2001. De outro lado, o Réu Pujiang Yahuan Lock Co., fabricante chinês, argumentou que a marca não circularia em território chinês, de modo que não haveria o “uso”, conforme previsto pela Lei de marcas, visto que os produtos seriam exportados ao México, local em que marca “PRETUL” estaria devidamente

79 FOCKER SECURITY PRODUCTS INTERNATIONAL LIMITED V. PUJIANG YAHUAN LOCK CO., LTD. TRADEMARK LAW (2001), ART. 52.1; **TRADEMARK IMPLEMENTING REGULATION (2002)**, ART. 3; TRADEMARK LAW (2013), ARTS. 48, 57.1, 57.2, 2016)

registrada em nome do seu titular Truper Herramientas S.a. De C.v., sendo impossível a confusão entre o público consumidor ou prejudicar a função de “origem” da marca registrada pelo Autor da ação.

Em julho de 2012, o Tribunal intermediário de Ningbo proferiu decisão a favor do Autor, visto que de acordo com a Lei de Marcas, haveria o uso indevido da marca chinesa “PRETUL”, de titularidade da Focker Security Products International Limited, tendo sido o fabricante chinês condenado a cessação a infração da marca, bem como ao pagamento de indenização.

Ambas as partes apelaram da decisão e, em segunda instância, no ano de 2013, a decisão de primeiro grau foi mantida e o valor de indenização foi aumentado de 50,000 RMB para 80,000 RMB. Irresignado com a decisão, o fabricante chinês recorreu ao Supremo Tribunal.

O Supremo Tribunal da China (Supreme People’s Court), após análise do caso, modificou as decisões de primeira e segunda instâncias ante à compreensão de que a função marcária é a de identificar a origem dos produtos e, nesse sentido, o comportamento do Réu, em apor as marcas nos produtos e embalagens, não teria como constituir ou ser possível de identificar a origem dos produtos. Assim, o signo “PRETUL” aposto aos cadeados e embalagens, não poderia ser caracterizado como marca e, por consequência, não poderia ser caracterizado o “uso” nos termos da Lei de Marcas.

Contudo, em um resultado muito diferente das decisões anteriores do Supremo Tribunal sobre a mesma questão, em 23 de setembro de 2019, a Suprema Corte proferiu sua decisão em um caso de marca registrada de fabricação OEM movido por Honda Giken Kogyo Kabushiki Kaisha (“Honda”) contra Chongqing Heng Sheng Xin Tai Trading Co. Ltd e Chongqing Heng Sheng Group Co Ltd. (“Heng Sheng”).

Em seu julgamento, o Supremo Tribunal entendeu que o ato de aposição de marcas no produto constitui o uso de uma marca nos termos da lei, e a forma ossificada de pensar que o processo OEM é determinado como um a exceção da violação da marca deve ser evitada. Por conseguinte, no caso de uma marca ser registada fora da RPC, não pode beneficiar do direito exclusivo de uma marca registada na China. Da mesma forma, o licenciado na China de uma marca registada estrangeira não protegida pelas leis de marcas chinesa não pode utilizar o direito de utilização da marca como defesa contra a infração.

Assim, a Suprema Corte considerou que as duas entidades de Heng Sheng fabricavam kits de motocicletas OEM na China para uma entidade de Mianmar e isso infringia as marcas registradas da Honda na China.

Ao analisar o caso, o Tribunal de primeira instância emitiu sua decisão em 1º de junho de 2017, o qual considerou que as provas apresentadas por Heng Sheng não podiam provar que o contrato com a Empresa de Mianmar era realmente um contrato de fabricação OEM, portanto, era um contrato de venda. Segundo o Tribunal, na marca

anexa aos Kits de Moto a palavra “HONDA” era maior que “KIT”, o que difere da marca registrada em Mianmar. Assim, o Tribunal de primeira instância entendeu que tal uso por Heng Sheng foi para tirar vantagem da “HONDA e, portanto, Heng Sheng deveria ser considerado um infrator de marca registrada.

Em segunda instância, o Tribunal Intermediário reformou a decisão de primeira instância e considerou que o contrato de venda assinado entre a empresa de Mianmar e a Heng Sheng era, nos seus termos, na verdade um contrato de fabricação OEM. Assim, o Tribunal de segunda instância entendeu que os kits de motocicleta fabricados por Heng Sheng para a Myanmar Company foram todos para exportação para Mianmar, de forma que os clientes chineses não teriam acesso a estes produtos. Por causa disso, não haveria violação de marca registrada.

Em sede de recurso sobre a mesma questão, em 23 de setembro de 2019, o Supremo Tribunal da China reformou a decisão do tribunal intermediário e considerou que Heng Sheng havia infringido os direitos de marca registrada da Honda. Em suas razões, o Supremo Tribunal da China entendeu que⁸⁰: (i) Não é correto considerar o “uso de uma marca registrada da China na fabricação OEM” como uma exceção à violação de marca registrada porque isso é contra os princípios básicos de decisão sobre violação de marca registrada; (ii) O registro e a proteção da marca são territoriais e uma marca registrada em um país estrangeiro não é protegida na China. Daqui resulta que uma autorização para um fabricante OEM nacional utilizar uma marca registrada offshore não deve ser considerada como um direito legítimo a ser protegido na China. Nem uma defesa contra violação de uma marca registrada na China; (iii) A principal função de uma marca é identificar a origem dos bens ou serviços; (iv) O uso de uma marca registrada consiste em muitos processos, incluindo a anexação da marca às mercadorias, a distribuição das mercadorias no mercado, sua venda, etc; (v) Em um caso de fabricação OEM, o público relevante inclui os clientes e os operadores comerciais envolvidos nos processos de fabricação e logística. Um operador comercial, como uma empresa de logística, pode acessar a marca e os produtos relevantes. Por causa disso, ainda existe a possibilidade de causar confusão ao público relevante em um acordo OEM. Além disso, com o desenvolvimento do comércio eletrônico e da Internet, os produtos fabricados por OEM podem retornar de alguma forma ao mercado chinês; e (vi) Os consumidores chineses podem viajar para o exterior e entrar em contato com os produtos fabricados OEM.

Dessa forma, embora as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal nos casos Shenda vs. Jiulide e “PRETUL” tenham sido, em um primeiro momento, esclarecedoras e norteadoras para compreender as estratégias a serem adotadas em caso de alegações de violações de marcas registradas na China, na medida em que deles foi possível extrair

80 INTERNATIONAL, LIUMING. Disponível em: <http://www.liuminginternational.com/oem-in-china-important-changes-to-tm-regime/> Acesso em 17.09.2023.

critérios de análise que garantiram certa segurança jurídica às empresas que tiveram suas marcas registradas na China, por um terceiro, e tiveram seus bens impedidos de chegar ao destino, cabe ressaltar que, após o julgamento do caso Honda, em 2019, a jurisprudência deixa certa insegurança jurídica, na medida em que apresenta certa mudança de interpretação com relação aos julgados anteriores.

Diante disso, como visto, apesar de importantes as decisões relacionadas aos casos OEM terem sido tomadas pelos Tribunais, a única proteção que oferece total segurança jurídica para a fabricação OEM é o registro de marcas na China antes de contratar a produção OEM, vez que a partir da decisão do caso “Honda”, é possível compreender que a violação de uma marca chinesa ocorrerá nos casos em que a função primordial da marca esteja presente, ou seja, a marca seja capaz de identificar o produto ou serviço.

De toda forma, recomendações estratégicas puderam ser retiradas daqueles julgamentos, que poderão nortear a tomada de medidas que visem a continuidade das relações comerciais com a China, com maior tranquilidade.

Por fim, cabe destacar que a Administração Nacional de Propriedade Intelectual da China - CNIPA discute um novo projeto contendo melhorias na lei de propriedade industrial. O Projeto é a quinta revisão da lei de marcas chinesa desde sua adoção em 1982 e visa deter depósitos de má-fé, instaurar e enfatizar a obrigatoriedade do uso e eventualmente reduzir o enorme volume de depósitos de pedidos de marcas. Entretanto, até a data deste artigo, tal legislação encontra-se em fase de avaliação pública.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A China, segunda maior economia do mundo, trouxe às empresas do mundo toda a possibilidade de encerrar atividades fabris em seus países de origem, ante à facilidade e boas condições comerciais para fabricação de seus produtos, via contratos OEM. Ditos contratos permitem que os produtos cheguem ao seu destino já com a marca de seu titular, prontos para a venda e distribuição, reduzindo custos operacionais, maximizando assim, os lucros.

De toda forma, questão meramente legal, relacionada à possível violação de marcas registradas em território chinês tem abalado relações comerciais, na medida em que cargas prontas para exportação permanecem paradas nos portos até que a questão se resolva judicialmente.

Nesse sentido, analisou-se casos envolvendo supostas violações de marcas objeto de contratos OEM, concluindo-se que a violação de uma marca chinesa ocorrerá somente nos casos em que a (i) função primordial da marca, qual seja, sua capacidade

de identificar a origem do produto ou serviços estiver presente; (ii) nos casos em que a haja a possibilidade de confusão ou associação entre as marcas.

Assim, recomendações estratégicas poderão ser extraídas da interpretação daquelas decisões judiciais, dentre elas, citam-se as seguintes: (i) garantir que os contratos de OEM sejam devidamente firmados entre as partes, com a autorização específica para que o fabricante possa utilizar a marca para aposição nos produtos e para exportação (dever de cuidado); (ii) possuir registro de marca no país da fabricação OEM (dever de cuidado); e (iii) exportação de todos os produtos ao país de destino.

Como dito, é importante garantir que os contratos OEM sejam bem redigidos, para que não restem dúvidas quanto à configuração desse modelo de negócio, restando claro que as marcas que serão apostas aos produtos objeto do contrato, são de titularidade do contratante, de acordo com os certificados de registros de marcas em seu país de origem, atestando que os produtos não serão vendidos na China.

Ademais, considerando a complexidade do tema e a ausência de uma uniformidade de decisões entre as alfândegas chinesas, cabe ao contratante OEM ter em mãos, de modo proativo, os certificados de registro de marcas em seu país de origem devidamente traduzidos, notariados e legalizados, caso haja questionamentos pelas autoridades chinesas.

Além disso, considerando que a falta de uniformidade nas decisões, cabe ao interessado em manter contratos OEM, possuir rede de fabricantes, em diferentes localidades da China, como estratégia recomendada, caso toda a produção seja barrada por questões marcárias.

REFERÊNCIAS

. CHU, J. M. **Trademark Infringement of Original Equipment Manufacture (OEM) For Export in China**. p. 5, 25 maio 2015.

DIEGUES, A. “**Interdependência nas relações China - EUA: a formação da economia Sino- Americana e sua importância para o ciclo de crescimento econômico mundial entre 2.000 e 2.006**”. [s.l: s.n.].

FOCKER SECURITY PRODUCTS INTERNATIONAL LIMITED V. PUJIANG YAHUAN LOCK CO., LTD. TRADEMARK LAW (2001), ART. 52.1; **TRADEMARK IMPLEMENTING REGULATION (2002)**, ART. 3; TRADEMARK LAW (2013), ARTS. 48, 57.1, 57.2. “PRETUL”: Decision of the Supreme People’s Court 26 November 2015 – Case No. (2014) Min Ti Zi No. 38. IIC -

International Review of Intellectual Property and Competition Law, v. 47, n. 5, p. 629–632, ago. 2016.

MINGDE, L. **The process of intellectual property law reform in China.** p. 10, 2018.

PINTO, E. C.; GONÇALVES, R. **Globalização e poder efetivo: transformações globais sob efeito da ascensão chinesa.** Economia e Sociedade, v. 24, n. 2, p. 449–479, ago. 2015.

SHANG, L. **Intellectual Property Protection in China (Shanghai) Pilot Free Trade Zone-Judicial and Administrative Practice in Trademark Infringement of OEM. The Chinese Economy,** v. 50, n. 4, p. 259–265, 4 jul. 2017.

TERAOKA, L. Y. **O crescimento chinês e seus efeitos sobre a indústria brasileira.** p. 2-68, 2012.

ZHANG, L.; BRUUN, N. **Legal Transplantation of Intellectual Property Rights in China: Resistance, Adaptation and Reconciliation.** IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law, v. 48, n. 1, p. 4–41, fev. 2017.

INTERNATIONAL, LIUMING. Disponível em: <http://www.liuminginternational.com/oem-in-china-important-changes-to-tm-regime/> Acesso em 17.09.2023.



Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB**?

Gostaria de submeter seu trabalho a Revista Direito.UnB?

Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>

e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.



UnB



**conhecimento em movimento
sociedade em transformação**



Sistema Regional de Información
en línea para Revistas Científicas de América Latina,
el Caribe, España y Portugal

A PROPRIEDADE INTELECTUAL COMO FERRAMENTA PARA DIFICULTAR O REPARO DE EQUIPAMENTOS ELETROELETRÔNICOS

INTELLECTUAL PROPERTY AS A TOOL TO MAKE IT DIFFICULT TO REPAIR ELECTRO-ELECTRONIC EQUIPMENT

Recebido: 15/03/2024

Aceito: 27/12/2025

Patrícia Borba Marchett

Doutora em Direito pela Universidad de Barcelona (2001), com título reconhecido pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora na graduação e pós-graduação da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP).

E-mail: patricia.marchetto@unesp.br.

 Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7507-961X>.

João Vítor Lopes Amorim

Bolsista CAPES. Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho (UNESP) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (2020).

E-mail: joaovitorlamorim@gmail.com.

 Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5269-2764>.

RESUMO

O presente artigo aborda o movimento que pleiteia a regulamentação do direito ao reparo e suas consequências no modo de produção de equipamentos elétricos e eletrônicos. Partindo dessa premissa, identifica-se a necessidade de demonstrar quais as práticas utilizadas pelas fabricantes desses equipamentos para dificultar ou impedir o seu reparo. Diante disso, foi possível compreender que a proteção legal da propriedade intelectual é amplamente utilizada pelas fabricantes com a finalidade de garantir os seus lucros, e não para que sejam incentivadas a pesquisa e a inovação tecnológica, o que resulta em sérias consequências para o direito do consumidor, meio ambiente, livre mercado e sociedade como um todo. Para o desenvolvimento da pesquisa, utilizou-se do método analítico, exercendo um raciocínio dedutivo com base nas conclusões verificadas na bibliografia especializada. A análise permitiu concluir que, de fato, a proteção da propriedade intelectual vem sendo utilizado pelas fabricantes para a manutenção de interesses escusos, sendo necessário que eventual regulamentação do direito ao reparo determine, também, a flexibilização dos direitos autorais em favor dos próprios consumidores.



Palavras-chave: Direito ao reparo. Equipamentos elétricos e eletrônicos. Propriedade Intelectual. Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that allows sharing in any format as long as the original work is properly acknowledged.

ABSTRACT

This article addresses the movement that pleads for the regulation of the right to repair and its consequences on the means of production of electrical and electronic equipment. Based on this premise, it becomes necessary to demonstrate the practices used by the manufacturers of this equipment to hinder or prevent its repair. Therefore, it was possible to understand that the legal protection of intellectual property is widely used by manufacturers in order to guarantee their profits, and not to encourage research and technological innovation, which results in serious consequences for consumer rights, the environment, the free market and society as a whole. That said, the analytical method is used, exercising a deductive reasoning based on the conclusions verified in the specialized bibliography. The analysis allowed us to conclude that, in fact, the protection of intellectual property has been used by manufacturers to maintain vested interests, and it is necessary that any regulation of the right to repair also determines the flexibility of copyright in favor of the consumers themselves.

Keywords: Right to repair. Electrical and electronic equipment. Intellectual property.

1. Introdução

A evolução tecnológica vem desempenhando um significativo papel na melhora da qualidade de vida, no entanto, esse progresso também vem acompanhado de desafios. Dentre tais desafios, encontram-se as restrições impostas pelas fabricantes de equipamentos elétricos e eletrônicos (“EEE”) ao reparo desses dispositivos, fazendo uso de práticas como a obsolescência programada e da proteção conferida à propriedade intelectual.

Nesse contexto, o movimento pelo direito ao reparo demanda o acesso às informações, ferramentas e peças necessárias para que os EEEs sejam mantidos em suas funcionalidades originais e devidamente reparados, quando avariados. O movimento considera não somente o direito do consumidor em exercer o seu direito de propriedade perante o dispositivo adquirido, mas também, os impactos negativos resultantes do excessivo descarte dos EEEs enquanto ainda não alcançado o termo final do seu tempo de vida útil.

No entanto, a proteção concedida à propriedade intelectual representa um grande entrave aos objetivos do movimento, tendo em vista que patentes e direitos autorais garantem direitos das fabricantes quanto ao reparo.

Diante disso, o presente artigo tem por objetivo identificar como a propriedade intelectual é utilizada pelas fabricantes de EEEs para dificultar o reparo dos dispositivos por elas produzido, abordando brevemente, também, a obsolescência programada como ferramenta danosa de incentivo ao consumo.

Para tanto, utilizou-se da metodologia representada pelo modelo analítico, exercendo um raciocínio dedutivo com fundamento na bibliografia especializada, encontrada em livros, artigos de periódicos e revistas que tratam dos temas abordados neste trabalho.

Ao final, a análise possibilitou identificar que, muito embora a proteção à propriedade intelectual tenha por objetivo principal garantir a inovação, remunerando os criadores pela descoberta de novas tecnologias, essa mesma proteção vem sendo utilizada pelas fabricantes para constituir um verdadeiro monopólio no mercado de pós-venda de EEEs, em detrimento dos direitos do consumidor, da livre concorrência e da preservação ambiental.

Diante disso, é importante reconhecer que as disposições legais referentes à proteção da propriedade intelectual não podem ser aplicadas exclusivamente em benefício das fabricantes de EEEs, sendo necessária sua flexibilização, mediante a regulamentação do direito ao reparo, equilibrando os interesses da indústria, dos consumidores e da sociedade como um todo.

2. O movimento pela regulamentação do direito ao reparo

As fabricantes de componentes eletrônicos passaram a, rapidamente, exercer grande influência nos mais diversos mercados. Produtos que anteriormente funcionavam tão somente de forma analógica agora são fabricados incluindo, entre as suas peças, esses componentes eletrônicos que adicionam as mais diversas funcionalidades e formas de interação.

De certa forma, essa inovação tecnológica traz grandes possibilidades, como a interconexão entre dispositivos, formando a chamada internet of things. Contudo, a adição de tais componentes eletrônicos, sensíveis e mais suscetíveis ao desgaste, podem até mesmo resultar na completa inutilização de um produto antes do termo final de sua

vida útil⁸¹.

Na hipótese em que forem encontrados vícios não cobertos por garantia que impeçam a utilização dos EEEs recém-adquiridos, os consumidores podem se ver diante de duas principais opções: reparar tais equipamentos, para que mantenham as suas funcionalidades originais, ou então adquirir um novo produto, de modelo mais novo, disponível no mercado.

Ao levar em consideração os pontos positivos e negativos relacionados a cada uma das opções acima elencadas, é comum que a decisão final seja em favor da aquisição de um produto novo, tendo em vista, principalmente, a conveniência do ato. Isso porque ao avaliar as possibilidades disponíveis para o reparo do EEE avariado, questões como o alto valor cobrado pelas assistências técnicas, o tempo por elas requerido e a grande dificuldade em realizar o reparo por si próprio, o consumidor se vê completamente desincentivado.

Nessa realidade, o right to repair, que pode ser traduzido como “direito ao reparo”, surge como um movimento pró-consumidor, que tem por objetivo principal demandar a regulamentação da fabricação de EEEs para que tanto os próprios consumidores, como assistências técnicas terceirizadas, tenham mais facilmente à sua disposição as peças, software, equipamentos, ferramentas e manuais necessários para reparar produtos que sofreram algum tipo de avaria não coberta por garantia⁸².

Assim, o movimento advoga para que as fabricantes de EEEs sejam compelidas a repensar o design dos produtos por elas fabricados, no intuito de que, desde sua concepção inicial, sejam projetados para que o reparo seja permitido e facilitado.⁸³

Aqueles que se movimentam em favor do direito ao reparo têm como intuito permitir que os consumidores possam ter livre acesso ao mercado de pós-venda dos produtos por eles adquiridos, exercendo uma integral relação de propriedade que tem por consequência a extensão do tempo de vida útil de tais EEEs, uma vez favorecida a sua manutenção e conserto⁸⁴.

81 HANLEY, Daniela A.; KELLOWAY, Clair; VAHEESAN, Sandeep. Fixing America: breaking manufacturers' aftermarket monopoly and restoring consumers' right to repair. Open markets, [s.l.], abr. 2020. Disponível em: <https://www.openmarketsinstitute.org/publications/fixing-america-breaking-manufacturers-aftermarket-monopoly-restoring-consumers-right-repair>. Acesso em: 12 mar. 2024.

82 MOESLINGER, Margot; ALMASY, Kristof; JAMARD, Marion; DE MAUPEAU, Hugues. Towards an effective right to repair for electronics. Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2022. Disponível em: <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC129957>. Acesso em: 12 mar. 2024.

83 HERNANDEZ, Ricardo J.; MIRANDA, Constanza; GOÑI, Julian. Empowering sustainable consumption by giving back to consumer the right to repair. Sustainability, [s.l.], v. 12, n. 13, jan. 2020, p. 850. Disponível em: <https://doi.org/10.3390/su12030850>. Acesso em: 12 mar. 2024.

84 GRINVALD, Leah Chan; TUR-SINAI, Ofer. The right to repair: perspectives from the United States.

Além das implicações econômicas voltadas ao consumidor, o direito ao reparo também tem por objetivo prevenir danos ambientais causados pela grande quantidade de resíduos formada pelos EEEs avariados, uma vez que estendido o seu período de vida útil, evita-se que sejam descartados precocemente.

O movimento, dessa forma, traz inúmeras implicações que não se limitam ao direito do consumidor, conforme ressaltam Manwaring et al:

O reparo também vem sendo cada vez mais reconhecido como uma resposta urgente aos legados tóxicos da cultura de consumo contemporânea, uma forma importante de aumentar a vida útil dos bens e lidar com o lixo eletrônico global. Nesse contexto, o direito ao reparo poderia ser considerado como um elemento da construção de culturas de consumo mais regenerativas, adicionando uma dimensão social ao crescente interesse em iniciativas de economia circular que estão empurrando os limites dos ciclos de produção física em direções mais regenerativas⁸⁵ (Tradução nossa).

Destaca-se que a priorização do reparo já é uma realidade observada no mercado de veículos, por exemplo, tendo em vista que o alto valor de comercialização dos automóveis figura como importante fator para que os consumidores mantenham por mais tempo um mesmo bem como sua propriedade. Além disso, verifica-se uma ampla disponibilidade de opções no mercado de pós-venda, no qual é possível adquirir tanto as peças originais quanto aquelas de marcas paralelas, ao mesmo tempo em que existe uma certa compatibilidade de conhecimento do funcionamento de diversos modelos, ainda que produzidos por diferentes fabricantes.

A realidade do mercado de EEEs, no entanto, não poderia ser mais diferente, tendo em vista que, muito embora o consumidor tenha à sua disposição algumas possibilidades para realizar por si mesmo ou contratar um serviço de reparo, seu alto

Australian Intellectual Property Journal, Sidney, v. 31 n. 98, 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3763088>. Acesso em: 12 mar. 2024.

85 No original: "Repair is also increasingly being recognized as an urgent response to toxic legacies of contemporary consumer culture, as an important way of increasing the lifespan of goods and addressing global e-waste. In this context, the right to repair could be considered as one element of constructing more regenerative cultures of consumption, adding a social dimension to the growing interest in circular economy initiatives that are pushing the boundaries of physical production cycles in more regenerative directions". MANWARING, Kaylee et al. What does a right to repair tell us about our relationship with technology. *Alternative Law Journal*, [s.l.], n. 47, vol. 3, 06 jun. 2022. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4139295. Acesso em: 12 mar. 2024.

valor, principalmente, atua como um desincentivo para que o produto seja consertado.

Ainda, verificadas as diversas práticas das fabricantes para proteção de sua propriedade intelectual, o reparo dos EEEs deve ser realizado nos estritos termos por elas determinados, sob pena de que o dispositivo que se pretende consertar não retorne às suas completas funcionalidades, tendo em vista os diversos empecilhos criados para dificultar o reparo por terceiros.

O movimento pela regulamentação do direito ao reparo é originado nos Estados Unidos, país em que mais de 20 (vinte) estados atualmente possuem projetos de lei em tramitação a regulamentação do tema. Até o momento, os estados de New York⁸⁶, Minnesota⁸⁷ e Califórnia⁸⁸ já tiveram um texto legal devidamente aprovado por suas respectivas câmaras, sendo esse último o mais recente a contar com uma legislação outorgada.

Ainda, logo após sua nomeação como presidente, Joe Biden promulgou Ordem Executiva que informa as diretrizes base de seu governo. Dentre essas diretrizes, a Section Three trata especificamente da regulamentação do direito de reparo como forma de combater o monopólio de fabricantes no mercado de pós-venda dos produtos eletrônicos⁸⁹. Embora analisado sob o foco do antitruste, a Ordem Executiva também destaca a relação direta do tema com os objetivos de desenvolvimento sustentável e o gerenciamento de resíduos eletrônicos.

Na União Europeia, por sua vez, o direito ao reparo tem sido colocado em pauta para discussão, sendo que já fora anunciada a iniciativa de regulamentá-lo oficialmente, perfazendo uma agenda pró-consumidor no intuito de incentivar o reparo de EEEs⁹⁰.

Diante disso, é possível verificar que a União Europeia vem atuando ativamente para legislar sobre a questão, com o objetivo principal de estabelecer uma economia

86 STATE OF NEW YORK. Senate Bill S1320. Digital Fair Repair Act. New York Senate, 03 mar. 2023. Disponível em: <https://www.nysenate.gov/legislation/bills/2023/S1320>. Acesso em: 12 mar. 2024.

87 STATE OF MINNESOTA. Senate Bill SF 1598. Digital Fair Repair Act. Minnesota Senate, 27 mar. 2023. Disponível em: https://www.revisor.mn.gov/bills/text.php?number=SF1598&version=latest&session=ls93&session_year=2023&session_number=0&format=pdf. Acesso em: 12 mar. 2024

88 STATE OF CALIFORNIA. Senate Bill no. 244. Right to repair act. California Senate, 10 out. 2023. Disponível em: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=202320240SB244. Acesso em: 12 mar. 2024.

89 UNITED STATES OF AMERICA. Executive order on promoting competition in the american economy. The White House: Washington, 09 jul. 2021. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/07/09/executive-order-on-promoting-competition-in-the-american-economy/>. Acesso em: 13 mar. 2024.

90 EUROPEAN PARLIAMENT. Briefing on right to repair. Strasburg, France. 12 jan. 2022. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/698869/EPRS_BRI\(2022\)698869_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/698869/EPRS_BRI(2022)698869_EN.pdf). Acesso em: 12 mar. 2024.

circular, aumentando a eficiência dos recursos naturais utilizados na fabricação de EEEs. Na prática, uma economia circular demanda o desenvolvimento de modelos de negócio que atribuam uma maior vida útil aos dispositivos eletroeletrônicos, que deveriam ser reparados, reutilizados e remanufaturados quantas vezes fosse possível⁹¹. Por último, quando sua vida útil tiver se esgotado e, de fato, forem considerados resíduos, poderão ser descartados e reciclados, conforme as políticas de gerenciamento⁹².

Esse é, por exemplo, o caso da recente Diretiva 2022/2380, que determinou a padronização do conector de carregamento padrão USB-C em todos os EEEs portáteis comercializados no território dos países-membros do bloco econômico, com o objetivo de “[...] reduzir a extração de matérias-primas e as emissões de CO2 geradas pela produção, transporte e eliminação de carregadores, promovendo assim uma economia circular”.⁹³

Especificamente no contexto nacional, é possível afirmar que as disposições contidas no artigo 32 e seu parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, representam uma breve aparição dos objetivos do direito ao reparo na legislação brasileira⁹⁴. O dispositivo em comento determina que as fabricantes são responsáveis por assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto vigente a fabricação ou importação do produto no mercado nacional. Em mesmo sentido, ainda que cessada a fabricação ou importação, tais componentes devem ser ofertados pelas fabricantes por um período razoável, pendente de determinação específica em legislação ainda não promulgada.

O tema também é objeto central dos Projetos de Lei 959/2015, 5.421/2019, 5.939/2019, 6.151/2019 e 1.842/2023, todos em tramitação prioritária para que o Código de Defesa do Consumidor seja modificado, no intuito de inserir no texto legal disposição expressa que assegure o direito ao reparo.

Verifica-se, portanto, a inovação trazida pelo movimento em requerer não somente uma maior liberdade dos consumidores para consertar os EEEs por eles adquiridos, mas

91 WORLD ECONOMIC FORUM. A new circular vision for electronics - time for a global reboot. Geneva, jan. 2019. Disponível em: https://www3.weforum.org/docs/WEF_A_New_Circular_Vision_for_Electronics.pdf. Acesso em: 12 mar. 2024.

92 HERNANDEZ, Ricardo J.; MIRANDA, Constanza; GOÑI, Julian. Empowering sustainable consumption by giving back to consumer the right to repair. *Sustainability*, [s.l.], v. 12, n. 13, jan. 2020, p. 850. Disponível em: <https://doi.org/10.3390/su12030850>. Acesso em: 12 mar. 2024.

93 EUROPEAN PARLIAMENT. Directive (EU) 2022/2380 of the European Parliament and of the Council of 23 November 2022 amending Directive 2014/53/EU on the harmonisation of the laws of the Member States relating to the making available on the market of radio equipment (Text with EEA relevance). Strasbourg, France: Official Journal of the European Union, 2022. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32022L2380>. Acesso em: 12 mar. 2024.

94 BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1990]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 12 mar. 2024.

também, a mudança de paradigma na cultura de consumo e descarte que resulta em nefastas implicações ambientais, considerando a extensa utilização de recursos naturais que são desperdiçados quando esses produtos são descartados antes do termo final de sua vida útil.

3. Implicações ambientais da regulamentação do direito ao reparo

A já mencionada inserção de componentes eletrônicos nos produtos de uso cotidiano resulta na redução de sua vida útil, uma vez que tais componentes são considerados mais frágeis. Em razão disso, os EEEs são mais facilmente descartados, considerando as dificuldades dos consumidores em repará-los. Após descartados, esses dispositivos passam a ser considerados resíduos de equipamentos elétricos e eletrônicos (“REEE”), que raramente são devidamente geridos ou processados, ocasionando diversos problemas ambientais⁹⁵.

Relatórios atuais informam a produção anual de mais 50 (cinquenta) milhões de toneladas de REEE no mundo todo, com grande potencial para que essa cifra cresça de forma exponencial. Assim, projeções apontam que a produção anual poderá alcançar a marca de 74 (setenta e quatro) milhões de toneladas em 2030⁹⁶. Importante considerar, ainda, que o Brasil é um dos principais destinos dos movimentos transfronteiriços de REEE⁹⁷.

Tendo em vista todos os componentes químicos presentes nos REEE, o seu gerenciamento, quando não adequado, pode gerar sérios prejuízos ao meio ambiente e à saúde daqueles que vivem nas proximidades dos depósitos de descartes. Metais como arsênio, cádmio, cromo, chumbo, mercúrio e poluentes orgânicos persistentes como dioxinas e furanos são comumente encontrados nos mencionados resíduos, podendo causar os mais diversos tipos de cânceres, problemas respiratórios, infertilidade e problemas de desenvolvimento infantil⁹⁸.

95 KAWAMOTO, Leonardo Eiji; FIORATI, Jete Jane. A gestão de e-waste como instrumento para a cooperação internacional: uma análise integrada entre os direitos do comércio internacional, ao desenvolvimento e ao meio ambiente. In: OLIVEIRA, Mario Alfredo de et al. Prêmio Bruno Guerra Carneiro Leão: monografias em direito do comércio internacional. Brasília: FUNAG, 2019. p. 55.

96 FORTI et al. The Global E-waste Monitor 2020: Quantities, flows, and the circular economy potential. UNU/UNITAR and ITU, 2020: Bonn/Geneva/Rotterdam, 2020. Disponível em: https://ewastemonitor.info/wp-content/uploads/2020/11/GEM_2020_def_july1_low.pdf. Acesso em: 12 mar. 2024.

97 Ibid.

98 Ibid.

A título de exemplo, a fabricação de um smartphone, um dos menores EEE em tamanho comparado, representa um grande consumo de recursos: os minerais e metais raros utilizados em sua composição; as pesquisas e avanços tecnológicos acumuladas durante anos; os inúmeros testes para aprovação de seu design final; o trabalho desempenhado por todos os funcionários da fabricante; a matéria-prima utilizada em sua embalagem; a energia gasta durante todo o processo de produção e transporte; entre outras questões correlatas.

Ainda com relação a um smartphone, necessário considerar que ao menos 75 dos 83 elementos químicos encontrados no planeta são necessários para a sua fabricação, em quantidades variadas, incluindo alumínio, cobalto, cobre, ouro, ferro, lítio, níquel, silício, prata e outros metais raros⁹⁹.

A utilização desses mesmos recursos aumenta exponencialmente quando considerada a fabricação de outros EEEs como computadores, televisores, geladeiras, máquinas de lavar e outros aparatos domésticos utilizados pela maioria da população diariamente.

Muitos desses elementos químicos e metais raros são extraídos em condições de grande sofrimento humano. O cobalto, por exemplo, componente essencial para fabricação de baterias de íon-lítio, é extraído em grande parte por trabalhadores da República Democrática do Congo que recebem menos de um dólar por dia para exercerem esse trabalho sem o uso adequado de equipamentos de proteção individual, o que permite o desenvolvimento de doenças respiratórias em razão das partículas do minério¹⁰⁰. Além disso, esses trabalhadores são, em sua maioria, crianças, considerando a facilidade de adentrarem as estreitas minas escavadas, com grande risco de colapso¹⁰¹.

Permitir que todos esses recursos naturais, trabalho humano, tempo e dinheiro sejam totalmente descartados em conjunto com EEEs que ainda poderiam ser reparados é um enorme desperdício, além de que todo esse resíduo gerado também importa em custos para o seu devido gerenciamento. Portanto, sob essa ótica, “[...] o reparo não é um esforço para um retorno ao passado, mas um projeto fundado em uma sóbria visão

99 KAKAES, Konstantin. The all-american iPhone. MIT technology review, Cambridge, Massachusetts, 09 jun. 2016. Disponível em: <https://www.technologyreview.com/2016/06/09/159456/the-all-american-iphone/>. Acesso em: 13 mar. 2024.

100 KARA, Siddhart. Is your phone tainted by the misery of the 35,000 children in Congo's mines? The guardian, [s.l.], 12 out. 2018. Disponível em: <https://www.theguardian.com/global-development/2018/oct/12/phone-misery-children-congo-cobalt-mines-drc>. Acesso em: 12 mar. 2024.

101 SOVACOOL, Benjamin K. The precarious political economy of cobalt: balancing prosperity, poverty, and brutality in artisanal and industrial mining in the Democratic Republic of the Congo. The Extrative Industries and Society, vol. 6, n. 3, jul. 2019, p. 915-939. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S2214790X1930084X?via%3Dihub>. Acesso em: 13 mar. 2024.

do futuro”¹⁰².

Nesse cenário, a regulamentação do direito de reparo poderia contribuir no aumento da vida útil dos elétricos e eletrônicos desde o início da cadeia produtiva, permitindo que seja evitado o descarte desnecessário. Esses fatores determinariam o início de uma economia circular e sustentável, na qual os produtos passariam por processos de reparo, reuso e reciclagem antes que sua vida útil seja realmente esgotada, quando finalmente poderão ser devidamente descartados¹⁰³.

Assim, quando os custos da inovação tecnológica são devidamente computados, o reparo de produtos avariados demonstra-se um necessário projeto a longo prazo, permitindo a extração do máximo potencial dos EEEs já fabricados ao reconhecer que os recursos naturais são limitados e uma sociedade que ignora esse fato crucial coloca em perigo o seu próprio futuro¹⁰⁴.

Ainda que os consumidores decidam por adquirir um novo EEE em detrimento de outro que já possuíam, a disponibilidade de opções de reparo permite que esse antigo possa retornar ao mercado de usados, reduzindo a chance de que seja diretamente descartado. Essa hipótese é ainda mais forte quando os próprios consumidores, tendo a certeza da possibilidade de reparo, terão mais confiança em comprar produtos usados.

Portanto, considerando os impactos ambientais relacionados ao descarte dos REEEs e o seu correto gerenciamento, verifica-se que o direito de reparo é tema que contribui diretamente para o objetivo global de um desenvolvimento sustentável incorporando a preocupação com os elementos naturais aos aspectos do sistema vigente de produção e consumo¹⁰⁵.

4. As práticas utilizadas pelas fabricantes para dificultar o reparo de EEEs

102 PERZANOWSKI, Aaron. *The right to repair: reclaiming the things we own*. Cambridge University Press, 2022. p. 17.

103 FORTI et al. *The Global E-waste Monitor 2020: Quantities, flows, and the circular economy potential*. UNU/UNITAR and ITU, 2020: Bonn/Geneva/Rotterdam, 2020. Disponível em: https://ewastemonitor.info/wp-content/uploads/2020/11/GEM_2020_def_july1_low.pdf. Acesso em: 12 mar. 2024.

104 PERZANOWSKI, Aaron. *The right to repair: reclaiming the things we own*. Cambridge University Press, 2022. p. 17.

105 COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso futuro comum*. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4245128/mod_resource/content/3/Nosso%20Futuro%20Comum.pdf. Acesso em: 12 mar. 2024.

Por mais que os benefícios relacionados à regulamentação do direito ao reparo sejam reconhecidos, integrando o já mencionado projeto de implementação de uma economia circular, as fabricantes ainda relutam em facilitar o conserto desses dispositivos, temendo uma possível redução de seus lucros.

Isso porque toda a indústria dos EEEs é voltada para incentivar que os consumidores periodicamente adquiram novas e atualizadas versões de dispositivos, em detrimento do descarte dos aparelhos dos quais já eram proprietários, na promessa de que estariam sendo beneficiados pelas suas novas funcionalidades e avanços tecnológicos.

Nesse contexto, ao longo dos anos as fabricantes de EEEs desenvolveram estratégias específicas para que esse desejo pelo consumo seja despertado, ao mesmo tempo em que são dificultados qualquer modificação, manutenção ou reparo não autorizados.

4. A obsolescência programada

A primeira dessas estratégias se resume à obsolescência programada, prática inicialmente cunhada desde a década de 1920 na tentativa de alavancar as vendas. Após a Crise Econômica de 1929, autores como Bernard London passaram a defender que a obsolescência programada poderia ser interpretada como uma manobra essencial para que os Estados Unidos retomassem sua economia, por intermédio do incentivo ao consumo¹⁰⁶. Atualmente, a prática continua sendo aplicada pelas fabricantes de EEEs com o mesmo objetivo de despertar nos consumidores o desejo pela aquisição de novos produtos, mantendo o mercado aquecido.

Conforme destaca a associação francesa Halte à l'Obsoléscente Programmée, a obsolescência programada contemporânea é exercida de três formas principais, utilizando-se da técnica, da estética e de software para reduzir consideravelmente o termo de vida útil dos produtos disponíveis para consumo¹⁰⁷

A associação em referência informa que a obsolescência técnica implica na existência de algum componente essencial que, ao demonstrar problema de funcionamento, não pode ser devidamente reparado, implicando na completa inutilização

106 LONDON, Bernard. Ending the depression through planned obsolescence. New York, 1932. Disponível em: https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/2/27/London_%281932%29_Ending_the_depression_through_planned_obsolescence.pdf. Acesso em: 12 mar. 2024.

107 HALTE À L'OBSOLESCENTE PROGRAMMÉE. Questions & answers. Paris, France, 2023. Disponível em: <https://www.stopobsolescence.org/#faq>. Acesso em: 12 mar. 2024.

do produto. De forma indireta, a obsolescência técnica também se faz presente quando, constatado um defeito, não é possível encontrar as peças ou ferramentas necessárias para o reparo do dispositivo avariado¹⁰⁸.

Conforme destaca a associação francesa Halte à l'Obsolescente Programmée, a obsolescência programada contemporânea é exercida de três formas principais, utilizando-se da técnica, da estética e de software para reduzir consideravelmente o termo de vida útil dos produtos disponíveis para consumo¹⁰⁹.

A obsolescência estética, por sua vez, tem por fundamento estratégias de marketing e publicidade que induzem o consumidor a entender ser necessária a aquisição de um novo produto, ao considerar que aquele que já possui é obsoleto. Normalmente, essa modalidade de obsolescência é verificada quando as fabricantes apresentam, periodicamente, um produto novo acrescentando à nova geração funcionalidades ou elementos pouco relevantes, mas que ainda assim convencem o consumidor a substituir o dispositivo que já possui¹¹⁰.

Finalmente, a obsolescência por software se assemelha muito à obsolescência técnica, considerando se tratar de prática em que, por meio atualizações disponibilizadas pelas próprias fabricantes, dispositivos de gerações anteriores vão aos poucos perdendo funcionalidades, sob a alegação de uma suposta incompatibilidade com o seu hardware¹¹¹¹¹². Destaca-se que essa modalidade representa grande relevância na atualidade, uma vez que anteriormente limitada a dispositivos como smartphones e computadores, hoje, diante da inserção de componentes eletrônicos nos mais diversos produtos, ela também pode ser aplicada a veículos, eletrodomésticos e outros EEEs.

As práticas anteriormente citadas, quando somadas, resultam na significativa diminuição do tempo de vida útil dos EEEs. Um estudo conduzido na Suécia em 2015 identificou que as televisões de tubo de raios catódicos duravam, em média, 15 (quinze anos) antes de apresentarem algum defeito, período que foi reduzido para 06 (seis) anos quando comparado com o ciclo de vida útil de televisores LCD e LED . O mesmo estudo concluiu que 40% (quarenta por cento) dos televisores com tela plana são descartados nos seus primeiros 05 (cinco) anos de utilização, enquanto apenas 20% (vinte por cento)

108 Ibid.

109 Ibid.

110 Peças de um equipamento elétrico e eletrônico que compõe sua parte física.

111 HALTE À L'OBSOLESCEMENTE PROGRAMMÉE. Questions & answers. Paris, France, 2023. Disponível em: <https://www.stopobsolescence.org/#faq>. Acesso em: 12 mar. 2024.

112 KALMYKOVA, Yuliya; PATRÍCIO, João; ROSADO, Leonardo. Out with the old, out with the new – the effect of transitions in TVs and monitors technology on consumption and WEEE generation in Sweden 1996–2014. *Waste management*, v. 46, p. 511-522, 2015. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0956053X1530101X>. Acesso em: 12 mar. 2024.

dos modelos mais antigos eram descartados nesse mesmo período¹¹³.

Em mesmo sentido, foi possível constatar que, nos Estados Unidos da década de 1980, um computador adquirido era utilizado por 10 (dez) anos até que fosse descartado, mas em 2005 a vida útil desses dispositivos foi reduzida para 02 (dois) anos¹¹⁴.

No entanto, a obsolescência programada não é a única prática utilizada pelas fabricantes para reduzir o tempo de vida útil dos EEEs, tendo em vista que os recursos legais inerentes à proteção da propriedade intelectual são por elas empregados para dificultar ou até mesmo impedir o reparo de produtos avariados, seja pelos próprios consumidores ou por assistências técnicas independentes.

A partir disso, deturpa-se o intuito principal da proteção da propriedade intelectual, que é o incentivo à inovação, uma vez que o exercício de tal direito resulta no aumento injustificado do lucro das fabricantes, em prejuízo dos consumidores e do meio ambiente.

3. A proteção da propriedade intelectual

O principal argumento utilizado pelas fabricantes para dificultar o reparo de EEEs faz referência à construção de que a disponibilidade de peças sobressalentes, o compartilhamento de manuais e o amplo acesso aos softwares de diagnóstico violaria seus direitos autorais, patentes registradas e segredos comerciais.

Os direitos autorais das fabricantes impactam o reparo de duas principais formas: o compartilhamento de manuais e informações dos produtos, bem como a obtenção e acesso aos softwares de diagnóstico que permitem identificar as peças defeituosas em um dispositivo para que sejam consertadas. Alegam as fabricantes que o compartilhamento de informações específicas sobre os EEEs, na forma de manuais, infringiria diretamente os direitos autorais mantidos sobre tais documentos.

Importante considerar que, muito embora os manuais contenham as instruções essenciais do passo a passo para que EEEs sejam desmontados e devidamente reparados, é muito comum que os consumidores percam esses manuais ao longo do tempo, principalmente aqueles relacionados a dispositivos mais antigos.

113 Ibid.

114 KANG, Hai-Yong; SCHOENUNG, Julie M. Estimation of future outflows and infrastructure needed to recycle personal computer systems in California. *Journal of hazardous materials*, v. 137, n. 2, p. 1.165-1.164, 2006. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0304389406003360>. Acesso em: 12 mar. 2024.

Enquanto algumas fabricantes disponibilizam versões digitais dos manuais, ou então deixam informações específicas já afixadas ao próprio produto, outras insistem em limitar o acesso a essas informações¹¹⁵.

Exemplificativamente, é possível citar o iFixit, site constituído por uma rede de técnicos especializados que disponibilizam manuais, informações e até mesmo comercializam ferramentas e peças para que os mais diversos EEEs possam ser devidamente reparados pelos próprios consumidores ou por técnicos independentes¹¹⁶.

Em 2020, em meio à pandemia originada pela disseminação da covid-19, o iFixit iniciou projeto de disponibilização, em seu site, dos manuais de mais de 13.000 (treze mil) dispositivos médicos, incluindo respiradores, que foram amplamente utilizados durante os picos de contaminação da doença¹¹⁷. Os esforços do site foram essenciais durante a pandemia para que o próprio corpo médico dos hospitais pudesse realizar reparos rápidos nesses equipamentos, enquanto outros pacientes aguardavam atendimento.

Caso não tivessem as peças e informações disponíveis para realização do reparo, os equipamentos teriam que ser encaminhados à assistência técnica da fabricante, o que poderia implicar em um longo tempo de espera que não se fazia disponível durante a pandemia.

Nesse sentido, muito embora seja possível alegar que os manuais de EEEs também são protegidos pelo direito autoral, essa proteção não pode ocorrer a qualquer custo, considerando que são documentos que contém informações essenciais sobre o funcionamento desses equipamentos, de modo que o reparo seria praticamente impossível sem o acesso às informações técnicas detalhadas¹¹⁸.

Ao mesmo tempo, conforme já informado, as fabricantes também usam do direito autoral para requerer a integral proteção do software que permite o diagnóstico dos defeitos constantes nos dispositivos avariados. Além disso, muitas fabricantes inclusive impedem que novas peças instaladas nos dispositivos sejam reconhecidas sem a inserção de um código específico no software, o que também dificulta o reparo.

Esse é o caso, por exemplo, da estratégia traçada pela John Deere para impedir que os fazendeiros consertem tratores por eles adquiridos. Não bastasse a grande

115 PERZANOWSKI, Aaron. The right to repair: reclaiming the things we own. Cambridge University Press, 2022. p. 116.

116 Disponível em: <https://pt.ifixit.com/>. Acesso em: 12 mar. 2024.

117 WIENS, Kyle. Introducing the world's largest medical repair database, free for everyone. iFixit, [s.l.], 19 maio 2020. Disponível em: <https://pt.ifixit.com/News/41440/introducing-the-worlds-largest-medical-repair-database-free-for-everyone>. Acesso em: 13 mar. 2024.

118 PERZANOWSKI, Aaron. The right to repair: reclaiming the things we own. Cambridge University Press, 2022. p. 119.

dificuldade para a aquisição de peças sobressalentes, os tratores somente reconhecem as peças substituídas após uma autorização por software, necessariamente realizada por um técnico da fabricante que deve se deslocar até a fazenda. Dessa forma, muitos fazendeiros sofrem prejuízo nas colheitas, visto que um reparo que poderia ser realizado rapidamente passa a depender de agendamentos com um técnico da empresa¹¹⁹.

Em mesmo sentido, franqueados da rede McDonald's nos Estados Unidos também tiveram problemas com a fabricante Taylor, fornecedora obrigatória das máquinas de sorvete dos restaurantes. Conforme relatado, as máquinas frequentemente paravam de funcionar após um ciclo de aquecimento de seus componentes para limpeza. Quando chamados, os técnicos da Taylor cobravam o preço de uma visita técnica apenas para inserir um código que reprogramava a máquina e a fazia voltar a funcionar¹²⁰. Taylor e McDonald's agiram diretamente para impedir que os franqueados contratassem a empresa Kytch para reparo das máquinas. Até mesmo a Federal Trade Commission estadunidense solicitou esclarecimentos da rede de franquias sobre a forma como as operações com as máquinas estavam sendo conduzidas¹²¹.

Além dos direitos autorais sobre manuais e software, as fabricantes também se utilizam da proteção conferida às patentes por elas registradas para dificultar o reparo dos EEEs que produzem, sendo que principal argumento para tanto reside no suposto fato de que o reparo alteraria o design inicialmente concebido para o produto¹²².

Indiretamente, a proteção concedida às patentes também representa um grande empecilho para o reparo: as próprias peças que compõem um EEE também são patenteadas, garantindo que apenas a própria fabricante poderá produzir e comercializar esses componentes, atribuindo a eles preços exorbitantes e dificultando a concorrência no mercado de pós-venda dos dispositivos¹²³.

Verifica-se, dessa forma, que a proteção da propriedade intelectual vem sendo utilizada como principal ferramenta, pelas fabricantes de EEEs, para dificultar o reparo dos dispositivos por elas produzidos, garantindo o seu lucro. Contudo, tal proteção ocorre

119 WALDMAN, Peter; MULVANY, Lydia. Farmers fight John Deere over who gets to fix an \$800,000 tractor. Bloomberg, [s.l.], 2020. Disponível em: <https://www.bloomberg.com/news/features/2020-03-05/farmers-fight-john-deere-over-who-gets-to-fix-an-800-000-tractor>. Acesso em: 13 mar. 2024.

120 CRAMER, Maria. McDonald's ice cream woes have inspired memes, mockery and now, a federal lawsuit. The New York Times, New York, 2022. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2022/03/12/business/mcdonald-kytch-ice-cream-lawsuit.html>. Acesso em: 13 mar. 2024.

121 HADDON, Heather. McDonald's McFlurry machine is broken (again) - now the FTC is on it. Wall Street Journal, New York, 2021. Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/mcdonalds-mcflurry-machine-is-broken-again-now-the-ftc-is-on-it-11630522266>. Acesso em: 13 mar. 2024.

122 PERZANOWSKI, Aaron. The right to repair: reclaiming the things we own. Cambridge University Press, 2022. p. 127.

123 Ibid. p. 132.

em detrimento dos próprios consumidores, do meio ambiente e até mesmo do livre mercado, uma vez que as mencionadas práticas importam em um verdadeiro monopólio na venda de peças sobressalentes e prestação de serviços de assistência técnica para reparo de dispositivos avariados.

5. Por que o direito de reparo não impede a inovação objetivo da propriedade intelectual?

É inegável que a proteção legislativa da propriedade intelectual tem o principal objetivo de garantir a continuidade da inovação, incentivando as fabricantes e cientistas a conduzirem novas pesquisas que resultarão em avanços tecnológicos. Nesse contexto, é justo que as fabricantes tenham o direito de proteger o resultado das pesquisas por elas conduzidos, garantindo o seu lucro. Contudo, tal proteção não pode ser levada ao extremo de impedir que os EEEs sejam reparados, em detrimento do consumidor e do meio ambiente.

A principal preocupação relacionada à regulamentação do direito ao reparo seria exatamente essa: reduzindo o consumo de novos EEEs, as fabricantes não mais seriam incentivadas a desenvolver tecnologias inovadoras para os dispositivos. Alegam os críticos do movimento do direito ao reparo que, nesse cenário, os próprios consumidores sofreriam ao não mais poder encontrar no mercado novos produtos¹²⁴.

No entanto, conforme afirma Perzanowski, tal preocupação não encontra guarida, tendo em vista que, impedidas de obter um lucro fácil com a utilização de táticas como a obsolescência programada, as fabricantes seriam compelidas a desenvolver novas tecnologias que, de fato, impliquem em inovação¹²⁵.

Não mais seria socialmente aceito o lançamento de uma nova geração de um dispositivo que não traz nenhuma novidade relevante além de uma revitalização de seu design, por exemplo. Essa, no entanto, é a realidade atual do mercado de EEEs, onde as fabricantes apresentam anualmente dispositivos novos que em pouco acrescentam à geração anterior, tão somente para incentivar o consumo fazendo uso da tática da obsolescência estética.

124 HARTLINE, Delvin; MOSSOFF, Adam. State right-to-repair laws need to respect federal copyright laws: a constitutional, legal and policy assessment. Hudson Institute, Washington, ago. 2022. Disponível em: <http://media.hudson.org.s3.amazonaws.com/State+Right-to-Repair+Laws+Need+to+Respect+Federal+Copyright+Laws.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2024.

125 PERZANOWSKI, Aaron. The right to repair: reclaiming the things we own. Cambridge University Press, 2022. p. 26.

Se os consumidores tivessem garantido que os EEEs adquiridos podem ser mantidos por diversos anos, reparando-os e executando serviços de manutenção a preços acessíveis, não seriam tentados a adquirir um novo modelo desse mesmo produto a não ser que a atualização de fato incorporasse uma verdadeira inovação tecnológica.

Além disso, a proteção dos direitos de propriedade intelectual, utilizada pelas fabricantes para ameaçar os consumidores ou técnicos que tentem realizar a manutenção ou reparo dos dispositivos adquiridos sem a devida autorização, na verdade não cumpre o seu papel original de garantir a inovação.

Isso porque, quando o tema é analisado de perto, esses argumentos são utilizados pelas fabricantes para garantir um extenso monopólio no mercado de pós-venda de EEEs, controlando toda a cadeia de produção desses dispositivos, desde a sua concepção inicial, até o momento em que necessitam de manutenção e reparo, impedindo qualquer concorrência no preço de peças e serviços de assistência:

Acessar o software integrado a um trator para repará-lo não infringe nenhum direito autoral. A reparação de um aspirador não infringe quaisquer patentes. A importação de peças autênticas com logotipos microscópicos não confunde os consumidores. E compartilhar técnicas de reparo não expõe segredos comerciais. É certo que essas atividades podem reduzir a receita dos fabricantes de dispositivos. [...] Os direitos de propriedade intelectual não são concebidos para isolar as empresas de todas as pressões concorrenciais ou garantir a sua rentabilidade¹²⁶ (Tradução nossa).

Uma das funções do Estado é justamente atuar para manter a livre concorrência no mercado, impedindo a formação de monopólios, conforme prevê o artigo 170, inciso IV, da Constituição Federal¹²⁷. Nesse contexto, defender a regulamentação do direito ao reparo coaduna com essa visão, possibilitando aos consumidores melhores opções para

126 No original: “Accessing a tractor’s embedded software to repair it does not infringe any copyrights. Repairing your vacuum cleaner does not infringe any patents. The importation of authentic parts with microscopic trademarked logos does not confuse consumers. And sharing repair techniques does not expose trade secrets. Admittedly, these activities might reduce device makers’ revenue. [...] IP rights are not designed to insulate companies from all competitive pressures or guarantee their profitability”. PERZANOWSKI, Aaron. *The right to repair: reclaiming the things we own*. Cambridge University Press, 2022. p. 110.

127 BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 mar. 2024.

reparar os EEEs por eles adquiridos¹²⁸.

O mesmo se verifica das disposições constantes do artigo 1º da Lei 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, determinando, especificamente, a proteção da liberdade de iniciativa, livre concorrência e defesa dos consumidores, reprimindo os abusos de poder econômico¹²⁹.

Tais princípios não serão integralmente respeitados enquanto somente as fabricantes forem detentoras das peças, informações, ferramentas e software essenciais ao reparo, reduzindo significativamente as opções de atuação dos próprios consumidores ou de assistências técnicas independentes.

Por fim, há que se argumentar também que a própria noção de propriedade exercida pelos consumidores para com os EEEs por eles adquiridos é ferida pela impossibilidade de reparo, considerando que o Código Civil estabelece expressamente, em seu artigo 1.225, inciso I, a propriedade como um direito real, ao mesmo tempo que também prevê que ao proprietário é garantida a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, nos termos do artigo 1.228¹³⁰.

Mais especificamente, o §1º do já mencionado 1.228 determina que o direito de propriedade deve sempre ser condizente com as suas finalidades econômicas e sociais, preservando o equilíbrio ecológico¹³¹.

Nesse contexto, os objetivos do direito ao reparo respeitam todas as condições relacionadas ao exercício da propriedade, uma vez que tem inegáveis benefícios econômicos, sociais e ambientais, não implicando, de qualquer forma, no prejuízo da proteção da inovação objeto principal da propriedade intelectual.

6. Conclusão

Diante de todo o anteriormente exposto, verifica-se que o objetivo do movimento

128 LUCENA, Marina Giovanetti Lili. Right to repair no contexto jurídico brasileiro e proteção dos stakeholders. Revista eletrônica Direito & TI, Porto Alegre, v. 1, n. 15, p. 108-128, jan./abr. 2023. Disponível em: <https://direitoeti.com.br/direitoeti/article/view/129/121>. Acesso em: 13 mar. 2024.

129 BRASIL. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Brasília, DF: Presidência da República, [2011]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 13 mar. 2024.

130 BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 13 mar. 2024.

131 BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 13 mar. 2024.

requerendo a regulamentação do direito ao reparo tem por fundamento o exercício do direito à propriedade dos consumidores ao adquirir um equipamento elétrico e eletrônico, visando também, como resultado, as consequências relacionadas à redução do descarte de EEEs.

Os impactos ambientais, principalmente, são notórios e perigosos, considerando que com o aumento da inserção de componentes eletrônicos em dispositivos que anteriormente funcionavam tão somente de forma analógica os torna mais frágeis e suscetíveis ao desgaste. Nessa realidade, quando apresentam avarias não cobertas pela garantia, o consumidor se vê desincentivados em repará-los, tendo em vista os altos custos praticados no mercado de pós-venda, dominados pelas políticas das próprias fabricantes.

O atual grande empecilho que impede o exercício desse direito são as práticas das fabricantes desses dispositivos, que ao mesmo tempo em que incentivam o consumo, por meio da obsolescência programada, também se utilizam das proteções conferidas à propriedade intelectual para justificar medidas que dificultam o reparo.

Constata-se, portanto, que o direito ao reparo como movimento não tem a intenção de reduzir os lucros das fabricantes ou desacelerar as inovações tecnológicas, pelo contrário. Caso, de fato, a cada geração de um EEE apresentada fossem incluídas novas funcionalidades que implicassem em uma verdadeira inovação, em vez de alterações simplórias ou tão somente estéticas, as fabricantes poderiam auferir lucros ainda maiores.

O intuito do movimento é incentivar que as fabricantes adequem os modos de produção de EEEs para que, desde a concepção de seu design, sejam projetados para permitir o reparo, seja pelos próprios consumidores, seja por assistências técnicas independentes. Além disso, necessário que estejam amplamente disponíveis no mercado manuais, informações, ferramentas, peças e software para que o reparo dos EEEs seja devidamente realizado.

Conclui-se, dessa forma, que é possível manter os direitos de propriedade intelectual das fabricantes perante os EEEs por elas produzidos ao mesmo tempo em que o direito ao reparo é garantido aos consumidores, em um estado de equilíbrio que beneficia as próprias fabricantes, os consumidores, o meio ambiente e a sociedade.

Portanto, a regulamentação do direito ao reparo deve implicar em uma flexibilização da proteção legal da propriedade intelectual para que essa não sirva estritamente os interesses das fabricantes em angariar lucro às custas do prejuízo econômico dos consumidores e dos graves danos ambientais resultantes do excessivo descarte de REEEs.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 mar. 2024.

BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1990]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 12 mar. 2024.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 13 mar. 2024.

BRASIL. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Brasília, DF: Presidência da República, [2011]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 13 mar. 2024.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. Nosso futuro comum. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4245128/mod_resource/content/3/Nosso%20Futuro%20Comum.pdf. Acesso em: 12 mar. 2024.

CRAMER, Maria. McDonald's ice cream woes have inspired memes, mockery and now, a federal lawsuit. The New York Times, New York, 2022. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2022/03/12/business/mcdonald-kytch-ice-cream-lawsuit.html>. Acesso em: 13 mar. 2024.

EUROPEAN PARLIAMENT. Briefing on right to repair. Strasbourg, France. 12 jan. 2022. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/698869/>

EPRS_BRI(2022)698869_EN.pdf. Acesso em: 12 mar. 2024.

EUROPEAN PARLIAMENT. Directive (EU) 2022/2380 of the European Parliament and of the Council of 23 November 2022 amending Directive 2014/53/EU on the harmonisation of the laws of the Member States relating to the making available on the market of radio equipment (Text with EEA relevance). Strasbourg, France: Official Journal of the European Union, 2022. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32022L2380>. Acesso em: 12 mar. 2024.



DIREITO.UnB

Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**

Gostaria de submeter seu trabalho a Revista Direito.UnB?

Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>
e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.

PROPRIEDADE INTELECTUAL E CAMPANHAS ELEITORAIS: A JUSTIÇA ELEITORAL NA REGULAÇÃO DESSA RELAÇÃO

INTELLECTUAL PROPERTY AND ELECTORAL CAMPAIGNS: THE ELECTORAL JUSTICE IN THE REGULATION OF THIS RELATIONSHIP

Recebido: 31/03/2024

Aceito: 27/07/2025

João Araújo Monteiro Neto

PhD em Direito pela Universidade de Kent no Reino Unido. Curso de Aperfeiçoamento em Resposta a Incidentes pela Organização dos Estados Americanos em parceria com o Instituto de Cibersegurança da Espanha (INCIBE) e a Universidade de Leon na Espanha. Ex pesquisador da Universidade de Malta e Voluntário no Mandato do Relator Especial da ONU para o Direito a Privacidade. Professor de Direito Digital, Proteção de Dados Pessoais e Engenharia Jurídica no curso de Direito da Universidade de Fortaleza. Advogado especializado em Proteção de Dados e Privacidade, Presidente da Comissão de Direito Digital da OAB/CE. Certified Information Privacy Professional/Europe (CIPP/E) pela International Association of Privacy Professionals (IAPP) e Privacy Fellow pela Onetrust. Coordenador do Grupo e Estudos de Estudos em Tecnologia, Informação e Sociedade - GETIS e com atividades nas áreas de Direito da Tecnologia da Informação, Governança e Regulação da Internet, Digital Human Rights, Privacidade e Proteção de Dados Pessoais, Inteligência Artificial e Cibersegurança.

E-mail: joaoneto@unifor.br



Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0690-2449>

Victor Wellington Brito Coelho

Acadêmico de Direito (UFMA). Membro-pesquisador do Grupo de Estudos em Direito, Inovação e Desenvolvimento (GEDID/UFMA). Membro do Grupo de Estudos em Tecnologia, informação e Sociedade (GETIS/UNIFOR) no AT5 - Propriedade Intelectual Digital. Pós-Júnior na IUS (Empresa Júnior de Direito/UFMA).

E-mail: vwbcoelho@gmail.com



Orcid: <https://orcid.org/0009-0004-3069-117X>

RESUMO

Objetiva-se, com o presente artigo, discutir acerca da necessidade de regulação da relação entre propriedade intelectual e sua utilização nas campanhas eleitorais, pelo



Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.

This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that allows sharing in any format as long as the original work is properly acknowledged.

Tribunal Superior Eleitoral. Partiu-se da concepção de evolução dos meios tecnológicos utilizados nos pleitos eleitorais e como as formas de comunicação mudaram junto com a sociedade. Além disso, analisou-se as legislações e resoluções pertinentes ao caso para avaliar a sua aplicação e efetividade no que diz respeito à problemática. De tal modo, o presente trabalho objetiva analisar as campanhas eleitorais a partir da propriedade intelectual, de forma a estudar os dispositivos legais que regulam essa relação e a sua efetividade prática, principalmente no âmbito da internet. Ainda, analisar a inclusão da propriedade intelectual nas resoluções que estabelecem as regras do pleito eleitoral de 2024, de forma que importância dessa regulação seja reconhecida. Concluiu-se que falta um posicionamento mais firme do TSE quanto a essa temática nas resoluções atualizadas para os pleitos eleitorais, de modo que os processos que envolvam a temática sejam mais objetivos e a jurisprudência mais clara quanto a problemática. Neste sentido, foi realizada uma ampla análise, por meio de pesquisa documento-bibliográfica, de todo o contexto envolto nos materiais que versam sobre a temática e a sua aplicabilidade na realidade brasileira.

Palavras-chave: propriedade intelectual; propaganda eleitoral; direitos autorais; política; tecnologia.

ABSTRACT

The aim of this article is to discuss the need for regulation of the relationship between intellectual property and its use in electoral campaigns, by the Superior Electoral Court. The starting point was the conception of the evolution of technological means used in electoral elections and how forms of communication changed along with society. Furthermore, analyze the legislation and resolutions relevant to the case to assess their application and effectiveness with regard to the problem. Therefore, the present work aims to analyze electoral campaigns based on intellectual property, in order to study the legal provisions that regulate this relationship and their practical effectiveness, mainly in the context of the internet. Even so, analyze the inclusion of intellectual property in the resolutions that establish the rules for the 2024 electoral election, so that the importance of this regulation is considered. It was concluded that there is a lack of a firmer position from the TSE on this issue in the updated resolutions for electoral claims, so that the processes involving the issue are more objective and are required to be clearer regarding the issue. In this sense, a broad analysis was carried out, through document-bibliographical research, of the entire context involved in materials that deal with the theme and its applicability in the Brazilian reality.

Keywords: intellectual property; electoral propaganda; copyright; politics; technology.

1. INTRODUÇÃO

A *internet* revolucionou toda a forma de comunicação no que se convencionou a chamar de era digital, na qual as relações e os novos mecanismos são orientados pela utilização da tecnologia. Tal relação pode ser compreendida pela sinergia entre Direito e Tecnologia como fenômenos sociais, os quais podem ser regulados um pelo outro. Na medida em que são adotadas novas tecnologias no campo do direito, também, é necessário estabelecer uma função emancipatória nessa relação, pois a partir de uma possível perda da criatividade e criticidade, o campo do Direito corre o risco de manter-se inerte frente a essas mudanças, alicerçado pelo pragmatismo tecnológico (MARTINEZ; SCHERCH, 2020).

O manejo da tecnologia deve ser amplamente estudado levando em consideração contextos como os pleitos eleitorais. Enquanto a democracia depende da participação da população, a qual está sujeita às informações veiculadas, a tecnologia pode figurar como uma ferramenta que fortalece esses princípios, ou como uma ameaça caso não seja gerenciada de maneira adequada. Nesse sentido, a tecnologia desempenha um papel fundamental na modernização e eficiência dos processos eleitorais, embora, tais tecnologias se desenvolvam de maneira veloz, impondo diversos riscos para o uso dessas ferramentas.

A utilização dessas novas ferramentas deve ser estudada e regulada no que diz respeito à influência na formação das opiniões dos eleitores, uma vez que artifícios como a Inteligência Artificial podem ser amplamente utilizados no manejo de informações de interesse público ou para a criação e propagação de *fake news* ou *deepfakes*, ou no que se refere o estudo acerca da proteção de obras e criações utilizadas nas campanhas eleitorais à luz da Propriedade Intelectual. Tais mecanismos também podem agir a favor da democracia em processos eleitorais como um meio de verificação de fatos, comparação de propostas de candidatos e detecção de notícias falsas, de modo que se faz mister a atuação da Justiça Eleitoral na regulação dessa relação entre Tecnologia e Eleições no Brasil.

Nesse sentido, na atualidade, *internet* é utilizada como uma nova estratégia de comunicação política. Desse modo, assim como diversos grupos utilizam a internet como plataforma de comunicação e fortalecimento de identidade, candidatos políticos passaram a utilizá-la como uma nova forma de atingir públicos antes inalcançáveis (KLEINA; PRUDENCIO, 2016, p. 223). Considerando os pioneiros a utilizarem-se da internet como ferramenta política nos pleitos de 2002 e 2006 no Brasil, já se verificava a existência de *sites* informativos, com propostas, biografias, possibilidade de escutar *jingles* e assistir vídeos das campanhas eleitorais, de modo a complementar o horário gratuito de propaganda eleitoral televisivo (JAMIL; SAMPAIO, 2011, p. 210).

Com base nessa conjuntura, muito se evoluiu no que diz respeito à pluralidade de plataformas digitais e, por conseguinte, da utilização dessas plataformas como meio de propaganda eleitoral. Assim, para o pleito eleitoral de 2024, o Tribunal Superior Eleitoral,

por redação do Ministro Luís Roberto Barroso, divulgou a Resolução N° 23.732, a qual alterou a Instrução N° 0600751-65.2019.6.00.0000, ditando, dentre outras temáticas, sobre a utilização de novas tecnologias na campanha eleitoral de 2024..

Para a apuração da referida Resolução N° 23.732, foram realizadas uma série de audiências públicas, que ouviram sugestões dos Tribunais Regionais Eleitorais (TREs), de partidos políticos, de cidadãos, de universidades e de entidades da sociedade civil, os quais, embora tenham aprovado cerca de 12 novas resoluções que regerão as campanhas políticas de 2024, não levantaram a pauta da propriedade intelectual nesse cenário. Dentre as novas resoluções aprovadas, constam temas que versam sobre o calendário eleitoral, o cronograma operacional do cadastro eleitoral, as pesquisas eleitorais, a fiscalização do sistema eletrônico de votação e acerca das propagandas eleitorais.

Contudo, infere-se uma problemática de grande importância no âmbito da propaganda eleitoral na Era Digital, a qual seria a utilização e fiscalização de aspectos que envolvem a Propriedade Intelectual nesses mais diversos tipos de propagandas. Nesse cenário, não há uma evidente regulação da relação entre a Propriedade Intelectual e a sua utilização nas campanhas eleitorais, de modo que diversas obras e criações são utilizadas como propaganda eleitoral sem sua devida regulação e proteção conforme a Lei 9.610/98.

Partindo de tal premissa esse trabalho tem o objetivo de analisar as campanhas eleitorais sob a ótica da propriedade intelectual, de modo a estudar os dispositivos legais que regulam essa relação e sua efetividade prática, principalmente no âmbito da Internet. Ademais, analisar a inclusão da propriedade intelectual das resoluções que dispõem as regras das campanhas eleitorais de 2024, de modo a reconhecer a importância dessa regulação.

Para isso utilizou-se a metodologia utilizada fez uso do método qualitativo, por meio de pesquisa documental-bibliográfica, de modo que foi possível analisar o desenvolvimento da temática a partir da discussão da evolução histórica da relação entre direito e tecnologia, noções introdutórias acerca da propriedade intelectual e sua relação com a propaganda eleitoral, acessar resoluções do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) pertinente à discussão do objeto estudado, além de artigos e livros voltados ao tema.

Sendo assim, o estudo passou pelas etapas de: verificação de fontes de pesquisa, leitura das fontes pertinentes encontradas, coleta e esquematização de informações, sintetização das ideias e o desenvolvimento dos resultados e conclusões a partir do conteúdo exposto.

2. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE PROPRIEDADE INTELECTUAL E A LEI DE DIREITOS AUTORAIS

A propriedade intelectual pode ser definida, a partir da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), pela soma dos direitos envolvidos em obras literárias, artísticas e científicas, ou seja, um direito estabelecido, de acordo com regras legais, a criações intelectuais, por um determinado período de tempo. Nesse sentido, o conceito torna-se muito mais amplo ao se debruçar pelos símbolos, fonemas, interpretações e novas descobertas científicas no que tange a uma criação intelectual (BARBOSA, 2010, p. 10).

No Brasil, a legislação que inaugurou o tratamento político da propriedade intelectual foi a Lei de Patentes de 28 de abril de 1809, promulgada por D. João VI, levando o país a se tornar uma das quatro primeiras nações do mundo a abordar a temática. Nessa Lei, instituiu-se um programa de incentivos ao desenvolvimento da tecnologia, o qual passou de um sistema de privilégios individualizados à instituição de patentes industriais previstas em nessa legislação (BARBOSA, 2010, p. 13).

Após uma série de evoluções, a propriedade intelectual como se entende hoje pode ser revisitada pela Lei nº 9.279, de 15 de maio de 1996, a qual afirma:

Art. 2º - A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, se efetua mediante: I - concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade; II - concessão de registro de desenho industrial; III - concessão de registro de marca; IV - repressão às falsas indicações geográficas; e V - repressão à concorrência desleal.

Para além dessa legislação, a propriedade intelectual também é tratada por uma série de normas, como a Lei de Inovação, a qual estabelece preceitos do que seria uma criação, e quem seria a pessoa obtentora dessa criação. Assim, como a propriedade intelectual se divide em espécies, há, também, legislações mais específicas acerca da matéria, como a Lei Cultivares, a qual dispõe acerca da propriedade intelectual sobre variedades vegetais e a Lei de Direitos Autorais, de modo que são regulados os direitos dos criadores de obras literárias, artísticas ou científicas ao conhecimento público.

Logo, depreende-se que tal proteção se torna de suma importância ao conferir ao criador de um conhecimento a sua devida proteção e poder sobre essas criações, de modo que podem executar procedimentos que mantenham esses direitos protegidos. Assim, aos detentores de suas criações, a propriedade intelectual lhes confere o poder de proibir terceiros utilizar, produzir, vender, reproduzir ou imitar, sem o seu consentimento,

as suas obras, haja vista que possuem a propriedade da criação em questão. Além de garantir ao criador a plena utilização de sua criação, a propriedade intelectual ainda lhe proporciona meios de defesa contra o uso indevido do seu conhecimento, aliando, por sua vez, os interesses do inventor e a sua devida proteção (ARAÚJO; BARBOSA; QUEIROGA; ALVES, 2010, p. 2).

Observa-se a propriedade intelectual como um elemento de suma importância para as inovações tecnológicas atuais, de modo que confere aos criadores a proteção do uso do seu conhecimento, em um mundo virtual composto por um emaranhado de informações, as quais nem sempre são devidamente reguladas. Sob tal ótica, é possível fazer uma análise da propriedade intelectual no que diz respeito ao poder econômico, haja vista que o titular de um direito, pela proteção que lhe é dada, ocupa uma posição de poder sobre o mercado, de modo que tal relação se estabeleça no campo dos poderes, e não no das liberdades. Infere-se a importância da ligação entre esse tipo de conhecimento e a sociedade, para a qual essa regulação e tecnologia são utilizados para a garantia da inovação.

Tal ponto de vista pode ser observado no conflito entre particulares sobre a exploração de um bem comum, de modo que as ações do detentor de tal direito possam vir a se tornar uma lesão do interesse público na iminência de eliminar uma concorrência (BARBOSA, 2010). De tal forma, observa-se como a relação entre a propriedade intelectual e o poder econômico, se mostra como uma relação complexa, haja vista que regula uma série de interesses, em um cenário que busca proteger as criações de um indivíduo frente a um mercado altamente competitivo.

Outrossim, a propriedade intelectual também deve ser observada sob o aspecto dos Direitos Autorais, os quais são regidos pela Lei 9.610/98, seguindo a mesma premissa de se caracterizar pelos direitos que um criador detém sobre a obra intelectual de sua criação, ou seja, os direitos do autor e os que lhe são conexos.

A referida lei dispõe acerca do que é considerado como vedação aos direitos autorais e quais são os tipos de obra protegidas por esse dispositivo. Além disso, são caracterizados os titulares dessas criações e quais os seus direitos morais e patrimoniais, e o que não se configura como ferimento aos direitos autorais, como a reprodução ou a citação.

De maneira complementar, a temática da transferência dos direitos de autor é tratada no Art. 49 do dispositivo, no que se lê:

Art. 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito (...).

Com base nessa conjuntura, torna-se evidente o valor que a posse dos direitos de uma obra possui, os quais a protegem contra possíveis violações e usos indevidos por terceiros, de maneira que o criado possa ter a liberdade de uso e assegurados os seus direitos como consequência de obra por ele elaborada. Para além disso, a posse do registro de uma obra fomenta a preservação da memória nacional, ainda mais frente às constantes informações lançadas nas redes diariamente. Nesse sentido, conforme discutido, podem ser protegidas os mais diversos tipos de obras, de modo que essa lei impacta em uma infinidade de setores da sociedade, os quais devem ser amplamente difundidos, analisados e, mais importante, devidamente fiscalizados pela Justiça.

3. PROPRIEDADE INTELECTUAL E CAMPANHAS ELEITORAIS

Conforme amplamente analisado, torna-se evidente a importância da regulação da propriedade intelectual e dos direitos autorais sobre os mais diversos campos do direito, de modo que esse tipo de controle e proteção impacta diretamente os envolvidos, como um sistema de freios e contrapesos para limitar o uso desenfreado e irregular de criações protegidas por esses dispositivos. Dentro desse aspecto, a partir do avanço da tecnologia e da sua aplicação dentro do contexto eleitoral, é possível fazer uma análise da aplicação da propriedade intelectual dentro das propagandas eleitorais.

Para além dos avanços puramente tecnológicos, a comunicação também acompanhou essas mudanças dentro do tipo de propaganda realizada nas campanhas eleitorais. Nesse sentido, a popularidade da comunicação em redes sociais digitais é vista para muitos líderes como uma estratégia populista clássica da representação direta e genuína das vontades do povo, embora sem as intermediações tradicionais, condicionadas a barreiras que impedem o estabelecimento de uma comunicação honesta e verdadeira entre políticos e o povo, fenômeno caracterizado como “desintermediação” (AGGIO, 2019, p. 3). Sendo assim, as novas tendências da comunicação são vistas por líderes políticos como uma forma de manter uma proximidade com seus eleitores, sem regulações tão diretas como se vê na mídia tradicional.

Diversos foram os avanços da relação entre a propriedade intelectual e o sistema eleitoral no Brasil, de modo que, até símbolos político-partidários sejam registrados como marca no Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI). Tal avanço surgiu do processo REsp 1353300/DF, do qual foi julgado o recurso de origem na ação ajuizada pelo Partido Federalista contra o Democratas (DEM), sob alegação de que o DEM estava usando um símbolo que imitava a marca da sua propriedade.

No julgamento, foi reconhecido o uso de símbolos político-partidários para

exploração econômica da utilização das marcas por agremiações políticas, sem que, necessariamente, estes exerçam atividades empresariais, de modo que possam até registrá-los no INPI, a fim de manterem a sua marca protegida. Logo, os símbolos político-partidários encontram-se sob dois regimes de proteção: a Lei 9.096/1995, a qual se refere ao uso de símbolos para finalidade eleitoral e a Lei 9.279/1996, que dita acerca da exploração econômica do uso dos símbolos.

A relação entre propagandas eleitorais e a propriedade intelectual pode ser analisada no que diz respeito aos direitos autorais para a criação de paródias ou *jingles*. Nesse cenário, diversos são os candidatos políticos que se utilizam de alguma música ou criação que já faz sucesso, para fazer sua própria propaganda, sem a devida atenção aos direitos autorais do detentor da obra. Logo, a utilização de alguma criação intelectual para fins eleitorais deve preceder da autorização do autor e, caso seja remunerada, deve adequar-se aos padrões da Justiça Eleitoral, os quais não são amplamente estabelecidos e, por conseguinte, também não são devidamente fiscalizados.

Há uma série de casos práticos que abarcam essa situação, os quais são marcados por uma divisão de opiniões e ausência de um ponto de vista jurisprudencial prático. A exemplo disso, o Deputado Federal Tiririca (PR-SP) foi inicialmente condenado ao pagamento de indenização de direitos autorais a gravadora pela utilização da música “O Portão”, de Roberto Carlos e Erasmo Carlos, para uma paródia nas eleições de 2014. Inicialmente o pedido da gravadora foi julgado procedente pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), embora, posteriormente o Ministro Villas Bôas Cueva, no REsp 1.598.678, tenha aberto uma discussão sobre a proteção das paródias sem causar riscos à obra original, como elemento de humor e asseguradas pelo Art. 47 da Lei dos Direitos Autorais, por não serem verdadeiras reproduções da obra original e não implicarem descrédito. Somente em 2023 o caso foi finalizado e o Deputado não precisou pagar os direitos do uso da obra aos cantores.

De forma evidente, é possível observar que a jurisprudência dos tribunais eleitorais acerca da temática dos direitos autorais nas propagandas eleitorais é esparsa, de modo que não há um ponto de vista concreto, em meio a um cenário diverso. Desse modo, a falta de atuação da Justiça Eleitoral nesses casos torna controversa a discussão entre a liberdade de criação dos líderes políticos e a proteção de obras e criações pela propriedade intelectual.

4. ANÁLISE DA RESOLUÇÃO 23.732 DO TSE À LUZ DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

Datada de fevereiro de 2019, a Resolução nº 23.610 da Instrução nº 0600751-

65.2019.6.00.0000, de redação do Ministro Luís Roberto Barroso, rege os ditames sobre a propaganda eleitoral, utilização e geração do horário gratuito e condutas ilícitas em campanha eleitoral. Dessa forma, é abordado de maneira detalhada, as práticas reprováveis, ou as que podem ser utilizadas em campanhas eleitorais, de modo que são apresentadas todas as regras de conduta e possíveis multas em casos de não cumprimento da norma. Para além disso, são apresentadas as possíveis datas de início de propagandas eleitorais, bem como os tipos de veículos que podem ser utilizados.

Ademais, o documento rege o tipo de propaganda que pode ser realizada dentro do pleito eleitoral, de modo que, por exemplo, não possa haver pedido explícito de votos. De maneira ainda incipiente, são abordados alguns aspectos que envolvem a proteção contra a criação e disseminação de *Fake News*, ou a abordagem da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), sob a utilização de tratamento de dados pessoais para fins de propagandas eleitorais. Dessa forma, o Capítulo IV da referida resolução aborda práticas da propaganda eleitoral na Internet, embora não apresente aspectos mais pujantes dessa relação para a sociedade atual, a qual carece da abordagem da Propriedade Intelectual no que diz respeito às campanhas eleitorais.

Nesse sentido, no dia 27 de fevereiro de 2024, os ministros do Tribunal Superior Eleitoral aprovaram a resolução nº 23.732, que entrará em vigor para as Eleições Municipais de 2024, de modo que, após sugestões dos Tribunais Regionais Eleitorais (TREs), de partidos políticos, de cidadãos, de universidades e demais entidades da sociedade civil em audiências públicas, foram inseridos aspectos mais modernos em uma das normatizações, a qual diz respeito à desinformação, às *Fake News* e ao uso ilícito da Inteligência Artificial (IA). Sob esse aspecto, o Presidente do TSE Alexandre de Moraes afirma que as novas resoluções permitirão que a Justiça Eleitoral possa colocar barreiras na criação de vídeos ou falas inverídicos para prejudicar – ou promover – um candidato.

A nova resolução, além de incluir novos aspectos sobre os atos gerais do processo eleitoral, ou o cronograma operacional do cadastro eleitoral, traz novidades para a propaganda eleitoral, principalmente no que tange a regulação do uso da inteligência artificial e a restrição ao uso de *chatbots* e avatares para a intermediação da comunicação durante a campanha. Contudo, ficou de fora da nova resolução a abordagem da questão dos Direitos Autorais como um ramo da Propriedade Intelectual.

De modo cristalino a partir das discussões anteriores, a ausência da menção a essa temática dentro da nova resolução ainda põe em evidência a inércia da Justiça Eleitoral em casos de utilização de obras protegidas por candidatos políticos, sem qualquer tipo de regulação. Com base nisso, torna-se evidente a importância da abordagem da temática envolta aos Direitos Autorais nas campanhas eleitorais, uma vez que a jurisprudência acerca da temática não é objetiva e pautada em casos pontuais, incapazes, por natureza, de exaurir toda a discussão.

A ausência de uma posição firme, e de uma regulação eficaz da propriedade

intelectual nas campanhas eleitorais por parte da Justiça Eleitoral, faz com que as criações intelectuais não sejam efetivamente protegidas e a sua utilização por terceiros siga contrariando o rigor da legislação.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo teve como objetivo evidenciar a importância da regulação da relação entre propriedade intelectual e as campanhas eleitorais pela Justiça Eleitoral. Para isso, foi traçada uma linha temporal do avanço da tecnologia frente aos diversos setores da sociedade, e como os pleitos eleitorais acompanharam tal evolução. Dessa forma, foi estudado como o manejo dessas tecnologias impacta na realização das campanhas eleitorais, de modo que passam a fazer parte de diversas resoluções do Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

Ademais, ao analisar de forma mais aprofundada a relação da propriedade intelectual sobre os pleitos eleitorais, fez-se um apanhado geral de como surgiram as principais legislações que abordam a temática e quais são seus impactos na sociedade, abordando, por sua vez, a relação com a proteção de direitos de criadores, em um contexto de controle econômico e a questão da liberdade de expressão nas redes. De maneira mais específica, estudou-se um dos principais aspectos da propriedade intelectual, os Direitos Autorais, utilizando como base a Lei 9.610/98, de forma a evidenciar o valor que a detenção dos direitos sobre uma obra possui e quais são as proteções contra possíveis violações de terceiros.

A partir desse estudo, foi visto como a comunicação entre líderes políticos mudou junto com a evolução das novas tecnologias. Nesse cenário, diversos líderes observam a internet como uma forma de manter uma relação mais próxima com o seu eleitorado, em contraposição às regulações mais tradicionais da Justiça Eleitoral. Além disso observou-se como a propriedade intelectual está inserida nesse contexto a partir da disputa por usos de símbolos como marca registrada no INPI, a qual coloca em evidência a importância da proteção de uma marca, e como essa decisão foi estabelecida levando em consideração a atividade não empresarial de entidades políticas.

O cerne dessa questão encontra-se na aplicação dos direitos autorais na utilização de criações musicais para paródias ou *jingles* por políticos em propagandas eleitorais. Sob esse aspecto, a jurisprudência dos tribunais eleitorais ainda é esparsa, a qual torna alguns conflitos difíceis de se resolver. Por conseguinte, essa ausência de atuação ativa da Justiça Eleitoral impacta na lentidão dos processos que envolvem a temática, e torna cada vez maior a polarização das discussões quanto a liberdade de criação das

propagandas políticas e a proteção de obras intelectuais por seus criadores.

Para as eleições de 2024, o TSE aprovou em fevereiro a Resolução 23.732/2024, a qual abarca a série de inovações tecnológicas, como o uso de inteligência artificial, chatbots e a criação de *deepfake*, e sua relação com o pleito eleitoral. Contudo, a resolução aprovada ainda não abarcou a situação da aplicação efetiva da propriedade intelectual nas campanhas eleitorais, de modo que os casos de violação das criações por terceiros não sejam efetivamente combatidos, o que torna essa problemática ainda mais difícil de ser resolvida.

Ao final do ensaio, defende-se a ideia de que ainda falta um posicionamento mais firme do TSE acerca da regulação entre propriedade intelectual e propagandas eleitorais, de modo que a temática esteja presente nas resoluções mais atualizadas utilizadas nos pleitos eleitorais, a fim de que os processos que envolvam a temática sejam mais objetivos e a jurisprudência mais clara quanto a problemática.

Com base nessa conjuntura, verifica-se a importância do estudo e regulação da propriedade intelectual dentro das campanhas eleitorais. Desse modo, torna-se evidente a importância da Justiça Eleitoral nessa regulação, uma vez que esta precisa estabelecer um sistema que ao mesmo tempo, mantenha a liberdade de expressão dos líderes políticos nas suas campanhas e proteja as obras intelectuais asseguradas pela propriedade intelectual e pelos direitos autorais.

REFERÊNCIAS

AGGIO, Camilo. Comunicação Eleitoral “desintermediada”, Mas O Quão Realmente Interativa? Jair Bolsonaro e o Twitter Nas Eleições 2018. E-compós (Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação), Belo Horizonte, ISSN 1808-2599, v. 23, jan–dez, publicação contínua, 2020, p. 1–18. Disponível em: <https://doi.org/110.30962/ec.1994>. Acesso em: 02 mar. 2023.

ARAÚJO, Elza; BARBOSA, Cynthia; QUEIROGA, Elaine; ALVES, Flávia. Propriedade Intelectual: proteção e gestão estratégica do conhecimento. Revista Brasileira de Zootecnia, Viçosa, V. 39, p. 1-10, 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbz/a/qvhFGsx5DspgdHZkRSv9pf/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 27 fev. 2024.

BABROSA, Denis. Uma Introdução À Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

BRASIL, Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília/DF, 19 fev 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 01 mar. 2024.

BRASIL, Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996. Regula Direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 15 mai 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm. Acesso em: 01 mar. 2024.

BRASIL, Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 2 dez 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.973.htm. Acesso em: 13 mar 2024.

BRASIL, Lei nº 9.456, de 25 de abril de 1997. Institui a Lei de Proteção de Cultivares e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25 abr 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9456.htm. Acesso em: 13 mar 2024.

BRASIL, Lei nº 9.096 de 19 de setembro de 1995. Regula a atividade de partidos políticos. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9096.htm. Acesso em: 01 mar. 2024.

JAMIL, Francisco Paulo; SAMPAIO, Rafael. Internet e eleições 2010 no Brasil: rupturas e continuidades nos padrões midiáticos das campanhas políticas online. Revista Galáxia, São Paulo, n. 22, p. 208-221, dez. 2011. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/galaxia/article/view/7065>. Acesso em: 03 mar. 2024.

KLEINA, Nilton; PRUDENCIO, Kelly. Aplicativos Para Dispositivos Móveis Como Estratégia Eleitoral: Da expectativa à experimentação. *In*: CERVI, Emerson; MASSUCHIN, Michele; CARVALHO, Fernanda. Internet e Eleições no Brasil. Curitiba: CWBCom, 2016, p. 223-248.

MARTINEZ, Vinício; SCHERCH, Vinícius. Relações entre Direito e Tecnologia no Século XXI. Revista de Direito, Viçosa, V. 12, N. 01, 2020. Disponível em: file:///C:/Users/vwbc0/Downloads/Rev-Dir-Vi%20C3%A7osa_v.12_n.1.03.pdf. Acesso em: 19 out. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2021. Quarta Turma decide ser possível registro de símbolo político-partidário como marca no INPI. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/28062021-Quarta-Turmadecide-ser-possivel-registro-de-simbolo-politico-partidario-como-marca-no-INPI.aspx>. Acesso em: 06 mar. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2019. Tiririca não terá de indenizar gravadora por paródia de música de Roberto Carlos na campanha de 2014. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Tiririca-nao-tera-de-indenizar-gravadora-por-parodia-de-musica-de-Roberto-Carlos-na-campanha-de-2014.aspx>. Acesso em: 06 mar. 2024.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Dispõe sobre a propaganda eleitoral. Resolução N° 23.610, de 18 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-610-de-18-de-dezembro-de-2019?texto=compilado>. Acesso em: 02 mar 2024.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Altera a Res.-TSE n° 23.610, de 18 de dezembro de 2019, dispendo sobre propaganda eleitoral. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2024/resolucao-no-23-732-de-27-de-fevereiro-de-2024>. Acesso em: 02 mar. 2024.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2024. Eleições 2024: TSE aprova todas as resoluções que regerão o pleito. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2024/Fevereiro/eleicoes-2024-tse-aprova-todas-as-resolucoes-que-regerao-o-pleito>. Acesso em: 05 mar. 2024.



Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB**?

Gostaria de submeter seu trabalho a Revista Direito.UnB?

Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>

e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.



UnB



**conhecimento em movimento
sociedade em transformação**



latindex

Sistema Regional de Información
en línea para Revistas Científicas de América Latina,
el Caribe, España y Portugal

DIREITO E TECNOLOGIAS

DEEPPAKE PORNOGRAPHY: UMA ANÁLISE JURÍDICA SOBRE DIGNIDADE HUMANA E INTELIGENCIA ARTIFICIAL

DEEPPAKE PORNOGRAPHY: A LEGAL ANALYSIS ON HUMAN DIGNITY AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE

Márcia Haydée Porto de Carvalho

Doutora em Direito do Estado (PUC/SP). Professora Permanente do Departamento de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMA.

E-mail: marciahaydee@uol.com.br

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0783-4302>

Isadora Silva Sousa

Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da UFMA.

E-mail: adv.isadorasousa@gmail.com

Orcid: <https://orcid.org/0009-0004-2368-6022>

Pedro Bergê Cutrim Filho

Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da UFMA.

E-mail: pedroberge@gmail.com

Orcid: <https://orcid.org/0009-0003-2287-8260>

Wiane Joany Batalha Alves

Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da UFMA.

Bolsista CAPES/BRASIL

E-mail: wiane.batalha@discente.ufma.br

Orcid: <https://orcid.org/0009-0008-8711-0734>

RESUMO:

Este artigo visa compreender a ascensão da Inteligência Artificial na sociedade, em especial na atividade de manipulação de imagens, a fim de discutir juridicamente a interseção entre a dissimulação virtual de conteúdo pornográfico e a dignidade da



Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.

This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that allows sharing in any format as long as the original work is properly acknowledged.

vítima, realizando uma abordagem legislativa e jurisprudencial acerca desse tema, com o propósito de responder o seguinte problema: de que maneira esses *deepfakes* afetam a dignidade humana, a privacidade e a imagem das vítimas? Para tanto, realiza-se um percurso histórico acerca dos avanços tecnológicos e o surgimento da IA, bem como sua influência nos programas de manipulação de imagem. Em seguida, trata-se da dignidade humana e a sua relação com a prática ilegal de produção e a divulgação de conteúdo pornográfico montado de maneira dissimulada e sem o consentimento da vítima. Ao final, aborda-se o *deepfake pornography*, demonstrando a insuficiência legislativa para tratamento do assunto. O estudo é de grande importância porque cada vez mais a evolução tecnológica traz consigo problemas de natureza sociojurídica, que exige do Estado uma resposta efetiva e rápida para salvaguardar a dignidade humana. Para a consecução deste estudo foi adotado o método indutivo para construção do argumento, com o método de procedimento descritivo, a partir da técnica de pesquisa exclusivamente bibliográfica.

Palavras-chave: Dignidade humana; Inteligência Artificial; direito à imagem; manipulação de imagem; *deepfake pornography*.

ABSTRACT

This article aims to understand the rise of Artificial Intelligence in society, especially in the activity of image manipulation, in order to legally discuss the intersection between the virtual concealment of pornographic content and the dignity of the victim, taking a legislative and jurisprudential approach to this issue, with the purpose of answering the following problem: how do these deepfakes affect the human dignity, privacy and image of the victims? To this end, we take a historical look at technological advances and the emergence of AI, as well as its influence on image manipulation programs. Next, we look at human dignity and its relationship with the illegal practice of producing and disseminating pornographic content covertly and without the victim's consent. Finally, deepfake pornography is addressed, demonstrating the lack of legislation to deal with the issue. The study is of great importance because technological evolution increasingly brings with it problems of a socio-legal nature, which demand an effective and rapid response from the state in order to safeguard human dignity. In order to carry out this study, the inductive method was adopted to construct the argument, with the descriptive method of procedure, using an exclusively bibliographical research technique.

Keywords: Human dignity; Artificial Intelligence; right to image; image manipulation; deepfake pornography.

1. INTRODUÇÃO

A sociedade passa por transformações contínuas, levando à evolução dos meios de comunicação e interação social, com destaque, nas últimas décadas, para a internet, que tem funcionado como catalisadora na formação de várias plataformas e aplicativos digitais que possibilitam a interação em nível global.

Nesse sentido, a tecnologia ocupa um papel de extrema relevância na vida social, desempenhando uma função crucial no avanço da sociedade, especialmente por meio do uso das Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs), que representam os principais meios de comunicação em nosso mundo globalizado. Esse contexto, por sua vez, tem um impacto significativo na disseminação de informações e na facilitação da realização das atividades sociojurídicas.

Atualmente, os computadores e a internet estão integrados a uma ampla gama de atividades cotidianas e profissionais. Contudo, para além da contribuição que as ferramentas digitais concedem ao avanço das ciências sociais e jurídicas, é fundamental discutir os potenciais riscos relacionados ao uso inapropriado da Inteligência Artificial, incluído a criação e a disseminação de imagens extremamente realistas, dificultando a identificação de conteúdos falsos, o que conseqüentemente, abre espaço para eclosão de *deepfakes* pornográficos.

Outrossim, a propagação desses conteúdos pode propiciar a prática de atos ilegais como os crimes de chantagem e *cyberbullying*, os quais podem gerar danos à reputação das vítimas e, conseqüentemente, ferir o princípio da dignidade humana, assim como violar direitos fundamentais, tais como a privacidade e a imagem do indivíduo. Portanto, é notória a necessidade de um debate acerca dos *deepfakes* pornográficos, bem como sua regulamentação internacional e nacional no ordenamento jurídico.

Desta feita, este artigo levanta o seguinte problema: de que maneira esses *deepfakes* afetam a dignidade humana, a privacidade e a imagem das vítimas? A partir disso, a hipótese levantada é que a disseminação desse tipo de conteúdo falso, manipulado por Inteligência Artificial, impacta negativamente esses bens constitucionalmente protegidos.

Dessa forma, esta pesquisa intenciona compreender a ascensão da Inteligência Artificial na sociedade, em especial na atividade de manipulação de imagens, a fim de discutir juridicamente a influência da dissimulação virtual de conteúdo pornográfico na dignidade da vítima, realizando uma abordagem legislativa e jurisprudencial acerca desse tema, para verificar se essa situação já está devidamente definida como crime, bem assim examinar como o judiciário tem enfrentado essa questão do ponto de vista penal.

Como metodologia, adotou-se o raciocínio indutivo para a construção do argumento, através do procedimento descritivo, utilizando-se a pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial como técnicas de pesquisa.

2. A ASCENÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA MANIPULAÇÃO DE IMAGENS

A Inteligência Artificial desempenha um papel significativo na sociedade contemporânea, sendo capaz de realizar tarefas que tradicionalmente exigiriam habilidades cognitivas humanas. A sua presença é amplamente difundida em diversos aspectos da vida cotidiana, como em assistentes virtuais instalados em dispositivos móveis, em sistemas de monitoramento, em veículos autônomos, na edição e produção de vídeos, nas ciências (em especial a ciência do direito¹³²), dentre muitas outras aplicações.

Existem teorias que procuram compreender os fatores que motivaram as mudanças na sociedade, com a conseqüente adoção da Inteligência Artificial. Essas teorias fornecem construções teóricas para explicar essas transformações, como por exemplo, a proposta por Bell (1973), sobre a sociedade pós-industrial¹³³; e a abordagem de Castells (2011), que trata sobre a sociedade em rede¹³⁴.

A teoria da sociedade pós-industrial, conforme Medeiros (2019), surgiu nas décadas de 1960 e 1970, e se fundamentou no predomínio do conhecimento de novas tecnologias. Bell (1973) conceitua a sociedade pós-industrial a partir de 5 componentes, são eles: a) setor econômico, constituído pela modificação de uma economia de produção de bens para uma economia de direção de serviços; b) distribuição ocupacional, evidenciada pela excelência da classe profissional e técnica; c) princípio axial, embasada no conhecimento teórico como alavanca de inovação e de concepção política para a sociedade; d) orientação futura, caracterizada pelo monitoramento da tecnologia e a distribuição tecnológica e; e) tomada de decisões, referente à elaboração de uma nova tecnologia intelectual.

Nessa era pós-industrial houve um notável crescimento na economia de serviços, resultando em uma rápida mudança nas características das ocupações. Isso acarretou em um aumento significativo do número de profissionais que passaram a trabalhar em escritórios, a exemplo dos cientistas, engenheiros, educadores e funcionários públicos, refletindo, então, no aumento substancial de trabalhadores envolvidos em atividades de natureza profissional, as quais exigem um nível mais alto de educação (Bell, 1973)¹³⁵.

132 A exemplo do Robô Victor, utilizado pelo STF e, o Robô Sócrates, utilizado pelo STJ.

133 Para Bell, os períodos são caracterizados, por pré-industrial, industrial ou pós-industrial. (BELL, Daniel. O advento da sociedade Pós-Industrial: uma tentativa de previsão social, 1973)

134 Em relação à sociedade em rede, esta é constituída por pessoas, tecnologia e informação, elementos inseparáveis (MEDEIROS. Heloísa Gomes. Software e direitos de propriedade intelectual, 2019.).

135 Enquanto para Bell a sociedade está na fase pós-industrial, Castells por sua vez, entende que, contemporaneamente, as tecnologias de rede estimulam a formação de redes sociais, gerando uma expansão contínua e uma reconfiguração que transcende as limitações tradicionais. (BELL,

Nesse mesmo sentido, as telecomunicações passaram por mudanças significativas devido ao progresso da informática e à emergência da internet¹³⁶, ficando evidente, na atualidade, as transformações que essas novas tecnologias de informação e comunicação (TICs) têm causado, especialmente na produção, distribuição e consumo de mercadorias, além das dinâmicas entre o capital e o trabalho (Medeiros, 2019). Corroborando com esse entendimento, Castells (2011) dispõe que as TIC's, além de redefinirem a sociedade, estão possibilitando uma interconexão entre indivíduos e instituições em escala global, tendo repercussões abrangentes nos domínios econômico, político, cultural e nas relações sociais, influenciando a maneira como as pessoas interagem com o conhecimento, o trabalho e a comunicação.

Nesse contexto de sociedade em rede, a Inteligência Artificial, através de seus diferentes tipos, ganha notoriedade, por sua capacidade de realizar cada vez mais atividades cognitivas que antes eram somente desempenhadas tipicamente por seres humanos.

Assim, para a compreensão do tema proposto, faz-se necessário compreender a conceituação do que seja Inteligência Artificial, sua origem, e suas implicações sociojurídicas.

Peixoto (2020) explica que a Inteligência Artificial é uma disciplina da informática que visa criar sistemas capazes de emular as capacidades cognitivas humanas, no qual esse objetivo é alcançado por meio da colaboração interdisciplinar com outras áreas do conhecimento, com o intuito de reproduzir as habilidades desenvolvidas pelos seres humanos.

Para Searle (1997), muito embora o computador e seus programas sejam ferramentas valiosas para entender o ser humano e impulsionar o avanço da tecnologia, a Inteligência Artificial diferiria da capacidade cognitiva humana, posto que não seria capaz de expressar vontades, ficando patente a sua crítica quanto à ideia da busca incessante em se igualar a capacidade mental humana a de um computador (Searle, 1997).

Nesse sentido, os sistemas de Inteligência Artificial correspondem àqueles sistemas capazes de realizar diversas funções e tarefas tradicionalmente realizadas

Daniel. O advento da sociedade Pós-Industrial: uma tentativa de previsão social, 1973); (CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede: a era da informação, economia, sociedade e cultura, 2011. v. 1.)

136 A criação e o desenvolvimento da internet nas três últimas décadas do século XX foram consequência de uma fusão singular de estratégia militar, grande cooperação científica, iniciativa tecnológica e inovação contracultural, sendo que a Internet teve origem no trabalho de uma das mais inovadoras instituições de pesquisa do mundo: a Agência de Projetos de Pesquisa Avançada (ARPA), do Departamento de Defesa dos EUA. (CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede: a era da informação, economia, sociedade e cultura, 2011. v. 1, p. 82).

por humanos, com autonomia e tomada de decisões. Embora tenham surgido durante a Segunda Guerra Mundial, para fins militares, a Inteligência Artificial passou a ser usada em indústrias e universidades, estimulando a pesquisa de *softwares*, *hardwares* e linguagens de programação (Lopes; Santos; Pinheiro, 2014).

Esses sistemas têm, atualmente, três áreas de aplicação. A primeira delas é a *Natural Language Processing*, que corresponde à possibilidade de os computadores analisarem e interpretarem a linguagem humana (Coppin, 2017). A segunda área de aplicação é a *Machine Learning*, que corresponde à capacidade dos computadores, a partir de algoritmos, reconhecerem padrões e previsões acerca de algum fato ou acontecimento, com finalidade precípua da tomada de decisões de forma natural (Damilano, 2019). Já o *Deep Learning*, que se trata da terceira aplicação, é conhecido como o aprendizado profundo, que tem capacidade de aprender por conta própria, a partir da absorção de comportamentos e padrões, bem como são capazes de separar e de identificar fotos de uma pessoa (Siqueira; Vieira, 2022)¹³⁷.

A definição de sistema de Inteligência Artificial (IA) na legislação brasileira existe somente em nível de projeto de lei. Trata-se do artigo 2º, inciso I, do Substitutivo ao Projeto de Lei (PL) 2.338/2023, que visa regulamentar o uso de IA, no qual ela é definida como um sistema computacional com diferentes níveis de autonomia, projetado para deduzir a melhor maneira de alcançar um conjunto específico de objetivos, sendo realizado por meio de abordagens que se baseiam em aprendizado de máquina e que utilizam dados de entrada provenientes tanto de máquinas quanto de seres humanos (Brasil, 2023).

No entanto, o Conselho Nacional de Justiça deu passo importante nesse íterim, quando da edição da Resolução 332, de 21 de agosto de 2020, que dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário, dando outras providências. Essa resolução é fruto de um grupo de trabalho proposto pela Portaria 197, de 22 de novembro de 2019, do CNJ, que teve como objetivo a realização de estudos e propostas para sugerir a dita regulação. Acerca dessa temática, Peixoto (2020) pondera que para que essa orientação tenha efetividade, faz-se necessário o emprego de uma variedade de técnicas e estratégias que melhorem a eficiência desses sistemas a fim de que sejam automatizadas aquelas tarefas rotineiras e repetitivas. E, recentemente, o CNJ editou a Resolução-CNJ n. 615, de 11 de março de 2025, estabelecendo diretrizes para o desenvolvimento, utilização e governança de soluções desenvolvidas com recursos de inteligência artificial no Poder Judiciário.

137 Shinohara acrescenta que esses sistemas de Inteligência Artificial são compostos “por uma rede neural artificial, uma versão matemática de como uma rede neural biológica funciona, composta de camadas que se conectam para realizar tarefas de classificação” (SHINOHARA, Luciane. Inteligência Artificial, Machine Learning e Deep Learning. In: PINHEIRO, Patrícia Peck (Coord.). Direito digital aplicado 3.0, 2018. P. 40).

Para além das fronteiras do Poder Judiciário, a Inteligência Artificial vem sendo aplicada em diversos setores, tais como na ciência, no cinema e na arte. Alguns exemplos dessas utilizações incluem a produção de textos jornalísticos a partir de algoritmos, livros escritos por robôs, obras de arte e a edição de imagens e vídeos produzidas por IA.

Nesse sentido, Araújo (2016) assevera que aplicativos de computadores são, recorrentemente, utilizados para a produção de conteúdo jornalístico pela imprensa inglesa, bem como há uma série de livros disponíveis para a venda, na Amazon, os quais foram escritos por algoritmos aprimorados, capazes de criar textos sobre assuntos específicos usando dados disponíveis na rede. A título de curiosidade, ressalta-se que, em 2014, uma pesquisa realizada pela editora Springer descobriu que mais de 120 textos gerados por algoritmos foram publicados em algumas de suas revistas (Araújo, 2016)¹³⁸.

Na área da pintura, o *DeepDream* é uma Inteligência Artificial capaz de gerar obras sem intervenção humana. Ao analisar fotografias, a IA as aprimora fazendo suposições, que resultam em paisagens distintas e surrealistas, além disso, produz imagens que surgem de interpretações aleatórias e de detalhes ampliados em fotografias (Passos, 2022).

Vale destacar que, ao mesmo tempo em que a Inteligência Artificial pode ser usada para fins benéficos, o seu uso inadequado pode acarretar na violação de diversos direitos da personalidade, abrangendo áreas como a honra, privacidade, imagem e discriminação relacionada à identidade pessoal (Tomasevicius Filho, 2018).

3. DIGNIDADE HUMANA E DISSIMULAÇÃO VIRTUAL DE CONTEÚDO PORNOGRÁFICO

Historicamente, a humanidade tratou de reconhecer a dignidade humana como fundamento e limite da atuação estatal, erigindo-a como núcleo central das ordens jurídicas constitucionais que se autodenominaram estados democráticos de direito¹³⁹

138 O Canva é outra plataforma digital voltada para fazer design e a comunicação visual, permitindo aos seus usuários projetarem e publicarem conteúdos em qualquer lugar. Este *software* disponibiliza um amplo conjunto de recursos, facilitando a elaboração de documentos visuais, fotografias, vídeos, conteúdos para mídias sociais, entre outros (HAPSARI, Anita Dwi. Students' Perception toward Using Canva in EFL Business Correspondence Class. *Edulitics (Education, Literature, and Linguistics) Journal*, v. 8, n. 2, 2023, p. 47-56).

139 Nesse mesmo sentido, Sarlet entende a dignidade como qualidade integrante e irrenunciável da condição humana, a qual deve ser reconhecida, promovida, respeitada e protegida (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2018). Pensamento com o qual corrobora Larenz, que a entende como prerrogativa inerente de todo ser humano, no sentido de que ele deve ser respeitado como pessoa e de que não pode ser prejudicado em sua existência (LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*,

(Canotilho, 2003).

O primeiro relato da evolução histórica desse atributo ocorreu na Era Axial, quando surgiu a ideia de o homem como um ser dotado de razão, liberdade e igualdade essencial (Comparato, 2015).

Mas foi em Roma que se ouviu pela primeira vez a expressão dignidade do homem, quando Cícero entendeu a dignidade como prestígio (*dignitas*)¹⁴⁰, no sentido de que a cada um era dado de acordo com o que se merecia, sendo pensamento intrinsecamente ligado à ideia de estamentos sociais, que remete à visão de desigualdade entre homens (Bechi, 2013).

Por sua vez, foi na idade Média que Kant compreendeu o homem como possuidor de uma dignidade indisponível, ou seja, que não teria preço, concebendo, ainda, que o direito e o Estado deveriam proporcionar garantias ao homem (Pires; Pozzoli, 2020). Para ele, todos, independentemente de origem, condição social, profissão, ou qualquer outro diferencial, possuíam igual medida de liberdade, por pressuposto e postulado (Kant, 2003).

Esse conceito evoluiu de tal forma que, na primeira metade do século XX, passou a prevalecer a visão do caráter único e insubstituível de cada pessoa, a qual define que cada ser humano tem um valor próprio e uma dignidade singular (Comparato, 2015). Prova disso é que esse valor historicamente consagrado foi codificado, passando a ser uma tendência entre os estados democráticos de direito, que passaram a reconhecer, respeitar e proteger a dignidade humana (Sarlet, 2018).

Todavia, somente após a Segunda Guerra mundial houve um reconhecimento internacional da dignidade como direito humano, quando a Organização das Nações Unidas proclamou, por meio da Declaração Universal de Direitos Humanos que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos” (Comparato, 2015, p. 24). Após esse advento, esse mandamento passou a ocupar um espaço de destaque nas cartas políticas de vários países, como por exemplo ocorreu na Alemanha (1919), Espanha (1978), Paraguai (1992) e o Brasil (1988).

A dignidade humana é reconhecida pela maioria dos doutrinadores, entre eles Sarlet (2018), como elemento norteador de toda a teoria dos direitos fundamentais, que são os direitos humanos reconhecido no interior dos Estados Nacionais através de suas constituições, admitindo que todos eles estão destinados a proteger de alguma forma a dignidade humana. Por outro lado, a dignidade humana representa o núcleo imutável e o valor mínimo de todos os direitos que foram criados pela sociedade ocidental durante muito tempo. Dito de outra forma, trata-se de um critério para a análise de receptividade

1978).

140 Sobre o termo “*dignitas*”, vale ressaltar que Rosen comenta que Cícero vale-se do termo para caracterizar o status elevado de um número definido de indivíduos, isto é, “os melhores”. O termo “*dignitas*” concerne a um lugar honrado ou honra (ROSEN, Michael. *Dignity: Its History and Meaning*, 2012).

de um direito novo pela constituição¹⁴¹.

Um dos direitos fundamentais mais emblemáticos que asseguram a dignidade humana é o direito à imagem. Muito embora tenha evoluído historicamente, o amparo a esse direito já foi restrito apenas ao que constava em fotografias, ao que era pintado ou que estivesse em película de filmes. Com o advento da vida cibernética, a percepção do direito à imagem foi ampliada, notadamente porque os modos de captação, tratamento e divulgação da imagem transpuseram a mera barreira da representação visual do homem, passando esse direito a representar, também, as características de sua personalidade (Araújo, 1996).

Esse aprimoramento teórico fica perceptível quando os doutrinadores, como Reis e Dias (2011) e Moraes (2010), passaram a classificar a imagem em dois tipos: a imagem como retrato e a imagem como atributo.

A imagem-retrato corresponde à expressão física da pessoa e a tutela desse direito restringe-se à captura, à reprodução e à divulgação da imagem que contenha a representação das características físicas do indivíduo, sem a sua anuência (Reis e Dias, 2011). Já a imagem enquanto atributo¹⁴², compreende o conjunto de particularidades inerentes à personalidade do indivíduo, representando a forma que o sujeito se apresenta socialmente, ou seja, a forma como é conhecido (Moraes, 2010. p. 136).

No ordenamento brasileiro, o direito de imagem é tanto um direito fundamental (CF, art. 5º, incisos V e X), quanto um direito de personalidade (CC, art. 20), sendo um direito essencial, personalíssimo, oponível contra todos, imprescritível, intransmissível, indisponível, irrenunciável e que não pode ser tratado como mercadoria¹⁴³.

Portanto, o direito de imagem é fortemente preservado no Brasil, com tutela constitucional robusta, e com tutela processual extensa e potencialmente eficaz. Em outras palavras, em todos os casos de exposição indevida, tanto da imagem-retrato ou da imagem-atributo, o indivíduo ofendido poderá reclamar seu direito judicialmente, por força do art. 12 do Código Civil, não dependendo da violação de outro direito de personalidade para ser reclamado, porquanto é um direito autônomo (Fachin, 1999).

É por isso que autores, como De Cupis (2008), entendem que, independentemente da forma como é representada a imagem de alguém, o direito assegura ao indivíduo

141 A Constituição Federal brasileira, por exemplo, em seu art. 5º, § 2º, prevê que os direitos e garantias expressos em seu texto não excluem outros que decorram do regime e princípios consagrados tanto no texto constitucional, quanto nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

142 Para Souza, reconhecimento da imagem como atributo é o reflexo da ampliação das possibilidades de proteção à pessoa humana, tratando-se de fenômeno que desenha a mudança do modelo civilista patrimonialista para o paradigma existencial (SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Contornos atuais do direito à imagem. Revista Trimensal de Direito Civil, v. 4, n. 13, p. 33-72, jan.-mar. 2003).

143 Súmula 403 do STJ - "Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais"

ofendido defesa contra a forma da representação de sua imagem, bem como contra os meios utilizados para sua difusão.

No entanto, o próprio Direito pátrio admite algumas flexibilizações quanto ao uso da imagem. O Código Civil, por exemplo, em seu art. 20, permite o uso da imagem sem a anuência do indivíduo, quando necessária para a administração da justiça ou para a manutenção da ordem pública. Além dessas hipóteses, alguns doutrinadores, como Teffé (2017) preveem a divulgação de imagens de pessoas em festas e em locais públicos, desde que, por meio de notícia que essa divulgação não constranja ou abuse de outro direito, devendo se referir, tão somente, ao fato noticiado.

O mesmo entendimento é usado para a divulgação da imagem das pessoas públicas ou famosas, quando não será necessária a anuência desde que essa difusão esteja vinculada ao motivo que tornou aquele personagem em pessoa pública ou famosa (Diniz, 2014).

Levando em conta o que foi dito acima, é possível inferir que a privacidade é o limite da divulgação da imagem, posto que é o valor que deve ser resguardado quando de sua divulgação¹⁴⁴ (Teffé, 2017). Assim, mesmo que a imagem divulgada seja de pessoa pública ou famosa, esta veiculação deve ser responsável, não podendo a condição dessas pessoas servir de pressuposto para que se legitime “invasões à sua privacidade, aí abrangidos não apenas o espaço doméstico de desenvolvimento de sua intimidade, mas também os mais variados aspectos do seu cotidiano e de sua vida privada” (Schreiber, 2013, p. 144).

Nesta quadra do século, a sociedade global experimenta as consequências da quarta revolução industrial¹⁴⁵, porque foi introduzida uma diversidade de novas tecnologias, como exemplo, as plataformas digitais, a computação em nuvem, a robótica, os sistemas *blockchain* e os sistemas de Inteligência Artificial (Russel, 2013).

Nesse contexto, o direito de imagem passou a ocupar posição de destaque, sobretudo com o surgimento das redes sociais, dos dispositivos de comunicação portátil e dos repositórios em nuvens, que facilitaram a captação e a difusão de fotografias e vídeos. Essa exposição exacerbada tornou-se um terreno fértil para o desenvolvimento

144 Nesse mesmo sentido, o voto da Ministra Nancy Andrighi no REsp n. 1.082.878/RJ: “[...] por ser ator de televisão que participou de inúmeras novelas (pessoa pública e/ou notória) e estar em local aberto (estacionamento de veículos), o recorrido possui direito de imagem mais restrito, mas não afastado; Na espécie, restou caracterizada a abusividade do uso da imagem do recorrido na reportagem, realizado com nítido propósito de incrementar as vendas da publicação; -A simples publicação da revista atinge a imagem do recorrido, artista conhecido, até porque a fotografia o retrata beijando mulher que não era sua cônjuge”. (STF, 3ª T. REsp 1.082.878/RJ, julg. 14.10.2008, DJe 18.11.2008).

145 Conhecida como quarta Revolução Industrial, é caracterizada pela crescente automação e o emprego de máquinas e fábricas inteligentes. Os dados informados ajudam a produzir mercadorias de forma mais eficiente e produtiva em toda a cadeia de valor. Os fabricantes têm mais flexibilidade para atender melhor às demandas dos clientes usando a personalização em massa. A Inteligência Artificial é aliada nessa etapa evolucionista do conceito, porque uma indústria, por exemplo, pode alcançar transparência de informações e tomar melhores decisões.

de ferramentas informatizadas para manipulação e reconstrução de imagens e sons, bem como o surgimento dos *deepfakes* (Moura, 2021).

Os *deepfakes* correspondem a uma técnica de adulteração de fotografias e/ou vídeos para a criação de conteúdo multimídia falso, por meio de Inteligência Artificial. Esse tipo de manipulação de imagens ganhou notoriedade no ano de 2017, quando um usuário da rede social “Reddit”, que se identificava pelo nome *deepfakes*, lançou um aplicativo gratuito denominado *FakeApp*, permitindo aos usuários criarem falsos vídeos de forma intuitiva e sem a necessidade de um conhecimento técnico mais aprofundado (Schreiber, 2020)¹⁴⁶.

Antes do desenvolvimento desse aplicativo, a produção de vídeos realistas adulterados era um processo caro e árduo, confinado aos estúdios de cinema de Hollywood, o que foi simplificado com a criação do programa, que passou a ser disponível para todas as pessoas, inclusive para aquelas sem formação técnica ou experiência em programação¹⁴⁷. O *FakeApp* funciona a partir de um algoritmo de aprendizado de máquina que é treinado para costurar um rosto em cima do outro, também conhecido como aprendizado profundo de IA. Essa tecnologia analisa e manipula imagens do rosto de uma pessoa e, em seguida, mapeia-as no corpo de uma pessoa diferente, em um vídeo. O processo de criação de um vídeo de “troca de rosto” nessa aplicação possui apenas cinco etapas, tendo a opção de extrair imagens do Google, Instagram e Facebook para a criação de pornografia com troca de rosto. Daí a prevalência de *deepfakes* de celebridades (Delfino, 2019).

Um outro caso emblemático no histórico do *deepfake* pornográfico ocorreu com a criação do aplicativo *DeepNude*, lançado no ano de 2019. O aplicativo possuía um algoritmo que realizava a remoção das roupas da imagem em que era realizado o *upload*. Uma particularidade desse aplicativo é que a Inteligência Artificial foi desenvolvida para assimilar apenas o corpo feminino, não sendo possível obter resultados com corpos masculinos, auxiliando as estatísticas quanto ao dano de gênero. O alcance do aplicativo foi exponencial, atingindo 545.162 visitas e 95.464 usuários ativos em um mês (Pinto, Oliveira, 2023).

As ferramentas capazes de produzir esse tipo de conteúdo, além de criarem desinformação, facilitam a disseminam conteúdo pornográfico falso e pornografia de

146 Ajder *et al* apontam que esse é o marco inicial do aprimoramento desse tipo de aplicação de Inteligência Artificial (AJDER, Henry *et al*. DEEPTRACE. The State of deepfakes: Landscape, Threats, and Impact. [S.l.], set. 2019. p. 3. Disponível em: https://regmedia.co.uk/2019/10/08/deepfake_report.pdf. Acesso em: 04 fev. 2024).

147 Segundo Ajder *at al*, os “*deepfakes*” tornaram-se tão comuns, que existem empresas especializadas na busca desse tipo de prática. (AJDER, Henry *et al*. DEEPTRACE. The State of deepfakes: Landscape, Threats, and Impact. [S.l.], set. 2019. p. 3. Disponível em: https://regmedia.co.uk/2019/10/08/deepfake_report.pdf. Acesso em: 04 fev. 2024). A exemplo, tem-se a empresa alemã Sensity que criou um relatório demonstrando os principais tipos de “*deepfakes*” que circulam na internet no ano de 2019. O nome do relatório é “The state of *deepfakes*”.

vingança (*revenge porn*), tudo porque fotos e vídeos passaram a ser mais facilmente acessados, ainda mais com o uso desenfreado das redes sociais, que funcionam como verdadeiros repositórios¹⁴⁸ de arquivos vulneráveis à captação criminosa para fins de manipulação e disseminação dos *deepfakes*.

Todo esse percurso, demonstra a necessidade da criação de limites para o fenômeno da reconstrução digital não autorizada da imagem de pessoas, posto que essa prática, quando descamba para a produção e disseminação de *deepfakes* ou *revenge porn*, ameaça e viola direitos fundamentais e de personalidade, como é o caso do direito de imagem.

4. UMA ABORDAGEM LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL ACERCA DO CRIME DE MONTAGEM DE IMAGEM

Os *deepfakes* podem gerar consequências avassaladoras, especialmente quando são utilizadas com o fim de gerar conteúdo pornográfico não autorizado. A empresa de cibersegurança, antes denominada *Deepttrace*, hoje se chamada *Sensity*, constatou que desde o surgimento da *deepfake*, em 2017, houve um aumento de 100% do compartilhamento desse tipo de conteúdo na internet. Ainda, o relatório apontou que 96% dos *deepfakes* possuem conteúdo pornográfico e que 100 % das vítimas eram mulheres (Ajder *et al*, 2019).

Segundo Pinto e Oliveira (2023), em junho de 2020 existiam 49.081 vídeos *deepfakes* circulando na internet, demonstrando um crescimento de 330% entre os meses de julho de 2019 e junho de 2020. O estudo ainda apontou que 99% dessas vítimas eram mulheres e que o conteúdo disseminado foi criado de forma não consensual.

Recentemente, uma outra empresa de segurança denominada *Home Security Heroes* publicou o relatório *2023 State of Deepfake*, que conta com a informação de que 98% das *deepfakes* disponíveis na internet envolvem pornografia e que as mulheres continuam na posição majoritária das pessoas atingidas por este fenômeno, mantendo a estatística de 99% dos casos. A pesquisa definiu como amostra cerca de 95 (noventa e cinco) mil vídeos disponíveis online que fizeram uso desta tecnologia, bem como analisou mais de 85 canais online e 100 sites dedicados ao tema. O documento ainda demonstrou que o crescimento do número de *deepfakes* elaboradas é meteórico, na medida que houve um aumento de 550% em relação ao ano de 2019. Em relação aos *deepfakes*

148 Nesse mesmo sentido, Teffé esclarece que a utilização de repositórios de arquivos avançou com o uso da internet móvel e dos smartphones, facilitando a disseminação de conteúdo na rede, passíveis de causar danos a terceiros (TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. Considerações sobre a proteção do direito à imagem na internet. RIL Brasília. Brasília, v. 54, n. 213, p. 173-198, jan.-mar. 2017.p. 179. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p173.pdf. Acesso em: 07 fev. 2024.).

pornográficos, o estudo demonstra que no ano de 2023 contabilizou-se mais de 21 mil, contra pouco mais de 3.500 no ano de 2022, representando um aumento de 464% (Home Security Heroes, 2023).

Nesse sentido, pode-se afirmar que a essência do assunto em questão diz respeito a vários aspectos. Em primeiro lugar, à tendência de crescimento estatístico de *deepfakes* relacionada com o número e frequência de tais infrações, correlacionada com a enorme disponibilidade de ferramentas para cometê-las (Flynn *et al.*, 2019). Em segundo lugar, tais violações da lei são de natureza específica, uma vez que visam, principalmente, as mulheres, ferindo muitos dos seus direitos, incluindo a propriedade intelectual ou direitos não materiais, como o bom nome (Delfino 2019). Em terceiro lugar, a evolução mundial acelerada pelo desenvolvimento tecnológico mostra novas faces de velhos fenômenos. As infrações aqui discutidas são um exemplo pictórico das mudanças que ocorrem diante dos olhos de todos enquanto os sistemas jurídicos procuram (com melhores ou piores resultados) satisfazer as expectativas do público em termos de aplicação eficaz da lei (Pina *et al.* 2017).

Em resumo, muito embora existam artigos de lei que condenam a prática de criação e compartilhamento de vídeos contendo conteúdo pornográfico sem a autorização da vítima, não existe, ainda no Brasil, legislação específica que condene as práticas de *deepfake* e de *deepfake porn* como ilegais. Nesses casos, as vítimas têm que recorrer a outras leis relacionadas com a exploração cibernética para processar indivíduos que praticam a conduta ilícita.

Embora alguns sites como Reddit, Pornhub e Twitter tenham se preocupado em atualizar sua política de ética e privacidade, exigindo a identificação dos conteúdos gerados, a partir de Inteligência Artificial, essa ação, isoladamente, não tem sido suficiente para coibir o avanço da disseminação de *deepfakes*, fato que se agrava com o crescimento dos aplicativos de transformação facial, onde mais indivíduos passaram a ter acesso à possibilidade da criação de conteúdos falsos e realistas. Portanto, para proteger as vítimas de *deepfakes* e evitar as consequências sociais que eles causam, as leis precisam acompanhar essa revolução tecnológica (Delfino, 2019).

4.1 Breves considerações acerca do uso da Inteligência Artificial e a manipulação de imagens no âmbito da legislação internacional

Em 2015, a Assembleia Geral das Nações Unidas reuniu-se em Nova York e estabeleceu 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), denominando-os de Agenda 2030, ocasião em que os países signatários se comprometeram a cumprir todas as metas ali definidas até o ano de 2030, a partir de programas de ação para efetivação das metas. Esse compromisso internacional compreende a adoção de medidas que

pretendem promover o Estado Democrático de Direito, com ênfase na efetividade dos direitos humanos e na maior responsividade das instituições.

Recentemente, a Organização das Nações Unidas (ONU) lançou um informe específico para incentivar a integridade da informação nas Plataformas Digitais, justificando que qualquer informação falsa ameaça diretamente a implementação de todos os 17 ODS (ONU, 2023).

Em se tratando de *deepfakes*, pode-se dizer que ele é um fenômeno que retrata necessariamente informações falsas, podendo gerar consequências irreversíveis. Por exemplo, as *deepfakes* podem comprometer a lisura de eleições ou causar danos à imagem de celebridades ou de pessoas “comuns”, quando distorcem uma realidade não experimentada pelo público-alvo, influenciando, potencialmente, a opinião pública a partir de notícias inverídicas (Greengard, 2019).

Sobre o uso das *deepfakes* para fins eleitorais, menciona-se notícia amplamente divulgada de caso ocorrido no Brasil em que foi realizada uma montagem vídeo contendo o atual Presidente da República fazendo alerta à população quanto ao fim do prazo de resgate de valores esquecidos em bancos (Longo, 2023). No mesmo contexto, outra notícia também muito difundida foi a referente àquela ocorrida nas vésperas das eleições primárias da legenda, nos Estados Unidos da América, quando um *deepfake*¹⁴⁹ reproduziu uma gravação falsa que simulou a voz do então presidente Joe Biden, pedindo aos membros do Partido Democrata que ficassem em casa e não votassem (Martins, 2024).

Já em relação ao dano de imagem de pessoas públicas ou privadas, podem ser citados vários casos. Em especial, quanto à pessoa pública, aponta-se o fato amplamente exposto na plataforma *Twitter* das imagens obscenas que falsamente manipuladas se utilizaram do rosto da cantora Taylor Swift, reproduzidas 5 milhões de vezes, apesar de ficarem apenas 17 horas disponíveis na plataforma (Gilbourne, 2024). Quanto às pessoas privadas, rememora-se o caso que aconteceu em uma escola Recife, onde cerca de 18 alunas, entre 13 e 14 anos, foram vítimas de *deepnude* produzido por colegas da mesma instituição, fazendo uso de aplicativos de rede que facilitavam a manipulação de imagens por meio de Inteligência Artificial (Alcântara, 2023).

Com o objetivo de evitar e coibir essas e outras formas de incidentes ligados à disseminação de informações falsas, através do uso de *deepfakes*, em 2023, a China tornou-se o primeiro país a ter uma legislação que regulamenta a utilização de Inteligência Artificial voltada para coibir essa prática (Reina, 2023).

Em contrapartida, por exemplo, os Estados Unidos da América ainda não possuem uma legislação federal que regulamente o uso da Inteligência Artificial e criminalize a prática de *deepfakes*. No caso dos EUA, apenas alguns estados-membros, como Califórnia e Virgínia, apresentam legislação que trata do tema. Esse panorama estadunidense expõe

149 Nesse caso, um arquivo de vídeo falso.

um sistema jurídico que concede um tratamento marcadamente diferente acerca da utilização da Inteligência Artificial. Em outros termos, às vezes, um mesmo fato é tratado como uma ofensa ou como um crime, a depender do interesse econômico (Najdowski, 2017).

Em nível europeu, foi criada em 2021 a Convenção de Budapeste, tratando-se de instrumento internacional idealizado para o combate dos crimes cibernéticos, tais como pornografia infantil e a violação à segurança de dados, o qual conta com três capítulos: o primeiro deles estipula conceitos para uma mútua compreensão e possibilita o desenvolvimento dos trabalhos; o segundo aborda as medidas a serem adotadas nas jurisdições pátrias, subdividindo-se em três seções: Direito Penal, Direito Processual e Jurisdição; e o terceiro trata acerca da cooperação internacional, incentivando principiologicamente os mecanismos de assistência jurídica internacional. Ressalta-se que passados mais de vinte anos desde sua vigência no ordenamento internacional, a Convenção se mantém relevante e atual, já tendo sido ratificada por 68 Estados-Membros e não membros do Conselho da Europa, sendo o Brasil um deles¹⁵⁰ (Torres; Murrata, 2023).

Também está em vigor na União Europeia, a Lei de Serviços Digitais (DSA) que determina a obrigatoriedade de rotulação dos conteúdos gerados por Inteligência Artificial em todas as plataformas digitais que operam em sua circunscrição, prevendo inclusive a aplicação de multa pecuniária de até 6% do faturamento anual da empresa no caso de desobediência à regra imposta (RFI, 2023).

Recentemente, no Brasil, a Resolução 23.610/2019, que regulamenta a propaganda eleitoral no país, foi alterada pela Resolução 23.732/2024, e naquela foram incluídas novas regras que terão vigência a partir das Eleições Municipais de 2024. Dentre essas novas normas estão: a) a proibição do uso de *deepfakes* e a obrigação de aviso sobre o uso de IA na propaganda eleitoral; b) a restrição do emprego assistentes virtuais que simulem os candidatos eleitorais e; c) a responsabilização das *big tech* quando estas não retiram, imediatamente, de suas redes, conteúdos com desinformação, discurso de ódio, ideologia nazista e fascista, bem como conteúdos de cunho antidemocrático, racista e homofóbico (Brasil, 2024).

4.2 A questão do *deepfake pornography* à luz do ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil, não há uma legislação específica para tratar sobre os *deepfakes*. Em razão disso, os casos são analisados com base em suas peculiaridades.

150 O Brasil ratificou a Convenção de Budapeste em 2022 e a promulgou internamente com o Decreto 11.491/2023.

De maneira geral, as vítimas de *deepfake* possuem amparo legal na Lei de Crimes Cibernéticos (Lei 12.737/2012), no Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) e na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/2018), pois são os textos legais que defendem os direitos de personalidade e disciplinam sobre o procedimento que pode ser adotado para identificação dos agentes infratores, bem como sobre algumas penalidades, seja no âmbito cível ou criminal.

Na seara cível, por exemplo, o Marco Civil da Internet (MCI) disciplina alguns casos de uso indevido de imagem para fins pornográficos, que possuem conteúdo manipulado e propositalmente fraudulento, sem o consentimento da pessoa exposta. O artigo 21 da referida legislação impõe ao próprio provedor de internet retirar do ar conteúdo desse tipo sem a necessidade de autorização judicial prévia, o que deve ser feito logo após ser notificado pela vítima ou seu representante legal, sob pena de responsabilização pela violação da intimidade¹⁵¹. Para auxiliar na identificação dos usuários, os servidores de internet podem compartilhar esses dados pessoais com base nos arts. 7º, II e III e 10º, da Lei 12.965/2014, desde que seja autorizado judicialmente (Pinto; Oliveira, 2023).

A vítima que teve sua personalidade violada também pode requerer a indenização pelos danos morais e materiais decorrentes destes atos, conforme a autorização legislativa concedida no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal; art. 7º, inciso I, do Marco Civil da Internet; art. 42, §1º da Lei Geral de Proteção de Dados; e arts. 186 e 927 do Código Civil.

Na esfera criminal, para aqueles *deepfakes* que possuem conteúdos caluniosos, difamatórios ou injuriosos, o Código Penal ampara as vítimas de acordo com o disposto no art. 138 a 140 do Código Penal.

Em relação aos *deepfakes* pornográficos, importa falar que o Código Penal sofreu alteração com a promulgação da Lei 13.772/2018, que acresceu alguns tipos criminais ao rol dos crimes de violência sexual. Destaque ao art. 216-B, constante do capítulo denominado “Da exposição da intimidade sexual”, condenando a prática de registro não autorizado da intimidade sexual. No parágrafo único do retromencionado dispositivo legal, há a caracterização de conduta ilegal para aqueles que realizam a “montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo”

O texto legal do parágrafo único do art. 216-B do Código Penal é o que mais se aproxima da criminalização do ato de elaborar um *deepfake pornography* (*deepfake*

151 Sobre o tema, traz-se à colação importante julgado do STJ, no REsp n. 1.840.848/SP, no qual o referido Tribunal Superior entendeu que, para a aplicação do artigo 21 do Marco Civil da Internet, é imprescindível o caráter não consensual da imagem íntima, a natureza privada das cenas de nudez ou dos atos sexuais disseminados e a violação à intimidade (STJ. 3ª T. REsp 1.840.848/SP, julg. 26/04/2022, DJe 05/05/2022). No entanto, a mesma corte, em recente julgado, entendeu que o artigo 21 do Marco Civil da Internet não se aplica para os casos de divulgação não autorizada de imagens de nudez produzidas para fins comerciais (STJ. 3ª T. REsp 1930256/SP, julg. 07/12/2021, DJe 17/12/2021).

pornográfico). Todavia, como dito anteriormente, devido à ausência de legislação específica, cada caso deve ser analisado de acordo com sua especificidade. A exemplo, quando o *deepfake pornography* envolver criança ou adolescente, aplica-se a lei penal específica, subsumindo-se os casos ao previsto nos arts. 240 e 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Nesse contexto, é válido mencionar que o ECA sofreu uma alteração recente por meio da Lei 14.811, de 12 de janeiro de 2024, abrangendo, também, como conduta ilícita os crimes de *bullying* e *cyberbullying*, modificando inclusive o art. 240 do referido Estatuto¹⁵².

Além disso, o *deepfake pornography* quando divulgado/compartilhado já incorre em outro tipo penal, a saber o art. 218-C do Código Penal que prevê um crime de múltiplos núcleos de ação, em que o agente, mesmo que cometa alguma das ações dos núcleos, incorre na prática delituosa¹⁵³. Esse tipo criminal ficou conhecido porque uma de suas modalidades é o *revenge porn* (pornografia de vingança).

A divulgação não autorizada de material íntimo ou de teor sexual é identificada pela literatura jurídica como exposição pornográfica não consensual. Inclusive o próprio Código Penal brasileiro utiliza termos similares, como é o caso do previsto nos artigos 216-B e 218-C do Diploma Penal.

Castro e Sydow (2017) defendem que o referido fenômeno ocorre quando há o compartilhamento de imagens sexualmente explícitas através de qualquer meio – fotografias, vídeos, áudios, etc – sem o consentimento da pessoa exposta. Nesse sentido, os autores classificam a exposição pornográfica não consentida a partir de quatro parâmetros: (a) conforme a fonte: (a.1) oriunda da própria vítima, (a.2) oriunda do parceiro do ou da parceira sexual, (a.3) oriunda de terceira pessoa não participante do ato ou (a.4) de captação pública (e) de origem ignorada; (b) conforme a obtenção do material: (b.1) consentida ou (b.2) não-consentida; (c) conforme a permissão para divulgação do material: (c.1) de divulgação consentida, (c.2) de divulgação parcialmente consentida ou (c.3) de divulgação não-consentida/ de divulgação proibida; (d) conforme a motivação da publicação: (d.1) por vingança, (d.2) para humilhação da vítima, (d.3) por vaidade ou fama do divulgador, (d.4) com o objetivo de chantagem ou para obtenção de vantagem ou (d.5) com o objetivo de lucro.

Assim sendo, tanto o *revenge porn* como o *deepfake pornography* são caracterizados como uma espécie do gênero de pornografia não consensual.

A natureza multifacetada da pornografia não consensual se manifesta nas

152 CP, art. 240: Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente.

153 CP, art. 218-C: Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia.

diferentes consequências que o ato pode gerar, por isso, pode repercutir em mais de uma seara jurídica. Ou seja, as vítimas da pornografia não consensual podem requerer investigação, tanto amparadas no direito civil como no penal, ou em ambos, buscando a legislação que mais se adeque ao caso concreto (Mania, 2020). Outra singularidade da exposição de pornografia não consensual é que ela pode ocorrer tanto no mundo analógico como no mundo digital (Suzor *et al.* 2016).

Sobre o assunto, há uma menção importante na jurisprudência resultante do julgamento do REsp 1.735.712 – SP, de relatoria da então Ministra Nancy Andrighi. Nesse julgamento restou claro que a exposição pornográfica não consentida é um gênero e que caracteriza um desrespeito aos direitos de personalidade, em especial à dignidade sexual. Abaixo a ementa, *ipsis litteris*:

A exposição pornográfica não consentida, da qual a pornografia de vingança é uma espécie, constituiu uma grave lesão aos direitos de personalidade da pessoa exposta indevidamente, além de configurar uma grave forma de violência de gênero que deve ser combatida de forma contundente pelos meios jurídicos disponíveis. O fato de o rosto da vítima não estar evidenciado nas fotos de maneira flagrante é irrelevante para a configuração dos danos morais na hipótese, uma vez que a mulher vítima da pornografia de vingança sabe que sua intimidade foi indevidamente desrespeitada e, igualmente, sua exposição não autorizada lhe é humilhante e viola flagrantemente seus direitos de personalidade (STJ. 3ª T. Resp. 1.735.712/SP, Julg. 19/05/2020, DJe 27/05/2020).

Por fim, ressalta-se que está em tramitação no Congresso Nacional alguns projetos de lei que pretendem regulamentar o uso da Inteligência Artificial no ordenamento jurídico pátrio. Entre eles, salienta-se o Projeto de Lei 5342/2023, de autoria do Deputado Marcelo Álvaro Antônio - PL/MG, que possui o apensamento do Projeto de Lei 5394/2023, de autoria da Deputada Erika Kokay - PT/DF.

O PL 5342/2023 pretende acrescentar um novo artigo identificado ao Código Penal, sendo identificado como art. 218-D a fim de tipificar o crime de criação, divulgação e comercialização de imagem de nudez ou de cunho sexual não autorizada, gerada por softwares e Inteligência Artificial (IA), bem como mudar a natureza da ação penal dos crimes contra a dignidade sexual para o tipo pública incondicionada, além de estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes. Até então, a última tramitação do PL 5342/2023 ocorreu em 09 de novembro de 2023, estando atualmente na dependência de parecer do relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados.

Dessa forma, constata-se que ainda é necessário é definir novas normas para controlar “maus atores” e “maus aplicativos” através de leis civis e penais. Essa ausência de legislação reflete o consenso que incentivos de mercado e apenas autorregulação tem falhado para proteger consumidores de danos (Moore; Tambini, 2022). Em outras

palavras, a previsão de crimes e ilícitos civis que visem prevenir e reprimir danos a direitos fundamentais é imprescindível para sua garantia, em face da vulnerabilidade dos consumidores dos serviços prestados pelas Big Tech.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crescente evolução da Inteligência Artificial (IA) tem trazido consigo uma série de avanços e desafios para a sociedade contemporânea. Um dos desafios mais preocupantes é o surgimento de *deepfakes*, uma técnica que utiliza algoritmos de aprendizado profundo para criar vídeos falsos extremamente convincentes. Entre os diversos usos dessa tecnologia, um dos mais perturbadores é o *deepfake* pornográfico, que envolve a substituição dos rostos de pessoas em vídeos pornográficos por meio da IA, muitas vezes sem o consentimento das vítimas.

No Brasil, assim como em muitos outros países, a legislação ainda não está adequadamente preparada para lidar com os desafios trazidos pelos *deepfakes* e sua aplicação em contextos pornográficos. Essa situação levanta sérias questões sobre a proteção dos direitos individuais, a privacidade e a dignidade humana.

A falta de regulamentação específica deixa as vítimas desses *deepfakes* em uma situação vulnerável, tendo que buscar uma legislação dispersa, ou seja, existente em vários diplomas legais, para obter uma tutela jurídica para o seu caso. Nesse sentido, a legislação existente afigura-se muitas vezes insuficiente para lidar com a complexidade dessa questão, pois não aborda diretamente a temática da manipulação de mídia digital realizada de modo sofisticado e malicioso, para fins pornográficos.

Além disso, a disseminação dos *deepfakes pornography* pode ter consequências devastadoras para as vítimas, afetando não apenas sua reputação e bem-estar emocional, mas também colocando em risco suas relações pessoais e profissionais por causa da exposição. Por essa razão, o presente trabalho se preocupou em demonstrar que a dignidade humana é fundamentalmente violada quando uma pessoa é objetificada e explorada da maneira apresentada no artigo, sem seu consentimento e controle sobre sua própria imagem e identidade.

Diante desse cenário, esta pesquisa identificou ser urgente e necessária a aprovação de uma legislação atualizada e fortalecida, em âmbito nacional, a fim de enfrentar de forma eficaz os *deepfakes* de cunho pornográfico e proteger os direitos de suas vítimas, o que inclui a definição de normas claras e específicas que sejam efetivas na criminalização do ato de criar e disseminar *deepfakes* pornográficos sem consentimento, além de estabelecer mecanismos para identificar e responsabilizar os autores desses atos e prever uma punição mais gravosa.

Por fim, cabe uma pequena reflexão. Na verdade, além da resposta legal, é essencial investir em educação e conscientização pública sobre os riscos associados aos *deepfakes* e promover uma cultura de respeito à privacidade e dignidade das pessoas online. Somente com uma abordagem abrangente e multidisciplinar será possível enfrentar efetivamente os desafios colocados pela IA e garantir que a tecnologia seja utilizada de maneira ética e responsável em benefício da sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS

AJDER, Henry et al. **DEEPTRACE. The State of deepfakes: Landscape, Threats, and Impact.** [S.l.], set. 2019. p. 3. Disponível em: https://regmedia.co.uk/2019/10/08/deepfake_report.pdf. Acesso em: 04 fev. 2024.

ALCÂNTARA, Maria Clara. **Alunos de colégio particular do Recife usam IA para criar “nudes” falsos de colegas.** CNN Brasil, 14 de novembro de 2023. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/alunos-de-colegio-particular-do-recife-usam-ia-para-criar-nudes-falsos-de-colegas/>. Acesso em: 26 de jan. 2024.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A Proteção Constitucional da Própria Imagem: Pessoa Física, Pessoa Jurídica e Produto.** Belo Horizonte: Dey Rey, 1996.

ARAÚJO, Marcelo. O uso de inteligência artificial para a geração automatizada de textos acadêmicos: plágio ou meta-autoria? **Logeion: Filosofia da Informação.** Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 89-107, 2016. Disponível em: <https://revista.ibict.br/fiinf/article/view/3012/2761>. Acesso em: 08 fev. 2024.

BECCHI, Paolo. **O princípio da dignidade humana.** Aparecida, São Paulo: Santuário, 2013.

BELL, Daniel. **O advento da sociedade Pós-Industrial: uma tentativa de previsão social.** São Paulo: Editora Cultrix, 1973.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 403.** Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2009]. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2014_38_capSumula403.

pdf. Acesso em: 31 fev. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.082.878/RJ**. Recorrente: Editora Globo S/A. Recorrido: Marcos Fábio Prudente. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 14 de outubro de 2008. DJe em 18/11/2008. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801875678&dt_publicacao=18/11/2008. Acesso em: 07 fev. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.840.848/SP**. Recorrente: KKS. Recorrido: Google Brasil Internet Ltda.. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. 26 de abril de 2022. DJe em 05/05/2022 . Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=151617285®istro_numero=201902924723&peticao_numero=&publicacao_data=20220505&formato=PDF. Acesso em: 07 fev. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.930.256/SP**. Recorrentes: FBC e GBIL. Recorridos: FBC e GBIL. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 07 de dezembro de 2021. DJe 17/12/2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=142674902®istro_numero=202100934040&peticao_numero=&publicacao_data=20211217&formato=PDF. Acesso em: 07 fev. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.735.712/SP**. Recorrente: VWZ. Recorrido: Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 19 de maio de 2020. DJe: 27/05/2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800428994&dt_publicacao=. Acesso em 07 fev. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **TSE proíbe uso de inteligência artificial para criar e propagar conteúdos falsos nas eleições**. TSE, 29 de fevereiro de 2024. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2024/Fevereiro/tse-proibe-uso-de-inteligencia-artificial-para-criar-e-propagar-conteudos-falsos-nas-eleicoes>. Acesso em: 01 mar. 2024.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**: a era da informação, economia, sociedade e cultura. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011. v. 1.

CASTRO, Ana Lara Camargo de; SYDOW, Spencer Toth. **Exposição pornográfica não consentida na internet: da pornografia de vingança ao lucro**. 1 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva: 2015.

COPPIN, Ben. **Inteligência artificial**. Tradução: Jorge Duarte Pires Valério. Rio de Janeiro: LTC, 2017.

DAMILANO, Cláudio Teixeira. Inteligência artificial e inovação tecnológica: as necessárias distinções e seus impactos nas relações de trabalho. **Brazilian Journal of Development**. Curitiba, PR, v. 5, n. 10, p. 19985-20001, out. 2019. p. 19987. ISSN: 2525-8761. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/563/2019/09/12.4.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2024.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008.

DELFINO, Rebeca. (2019). Pornographic *deepfakes*: the case for federal criminalization of revenge porn's next tragic act. **Fordham Law Review**, v. 88, n.3, 2019. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol88/iss3/2/>. Acesso em: 06 fev. 2024.

DIAS, Jacqueline Sarmiento. O direito à imagem. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 71; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Contornos atuais do direito à imagem. **Revista Trimensal de Direito Civil**, v. 4, n. 13, p. 33-72, jan.-mar. 2003. p. 51.

DINIZ, Maria Helena. **Teoria geral do direito civil**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FACHIN, Zulmar Antonio. **A proteção jurídica da imagem**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

FLYNN, Asher *et al.* Shattering lives and myths: Report on image-based sexual abuse. **Australian Research Council (ARC)**. 2019. Disponível em <https://claremcglynn.files.wordpress.com/2019/10/shattering-lives-and-myths-revised-aug-2019.pdf>. Acesso: 15 fev. 2024.

GILBOURNE, Jade. **Taylor Swift deepfakes: a legal case from the singer could help other victims of AI pornography**. The Conversation, 31 janeiro 2024. Disponível em:

<https://theconversation.com/taylor-swift-deepfakes-a-legal-case-from-the-singer-could-help-other-victims-of-ai-pornography-222113>. Acesso em: 26 de fev. 2024.

GREENGARD, Samuel. Will *deepfakes* do deep damage?. **Communications of the ACM**, v. 63, n.1, 17-19, 2019. Disponível em: <https://cacm.acm.org/news/will-deepfakes-do-deep-damage/>. Acesso em 07 fev. 2024.

HAPSARI, Anita Dwi. Students' Perception toward Using Canva in EFL Business Correspondence Class. **Edulitics (Education, Literature, and Linguistics) Journal**, v. 8, n. 2, p. 47-56, 2023. Disponível em: <https://www.e-jurnal.unisda.ac.id/index.php/edulitic/article/view/5268>. Acesso em: 07 fev. 2024.

HOME SECURITY HEROES. **2023 State of Deepfakes: Realities, Threats, and Impact**. Home Security Heroes, 2023. Disponível em: <https://www.homesecurityheroes.com/state-of-deepfakes/>. Acesso em 15 jan. 2024.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LARENZ, Karl. **Derecho civil: parte general**. Madri: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978.

LONGO, Ivan. **Lula é alvo de deepfake usado por criminosos para aplicar golpes; veja como não cair**. Fórum, Brasil, 11 de dezembro de 2023. Disponível em: <https://revistaforum.com.br/brasil/2023/12/11/lula-alvo-de-deepfake-usado-por-criminosos-para-aplicar-golpes-veja-como-no-cair-149271.html>. Acesso em: 26 fev. 2024.

LOPES, Isaia Lima; SANTOS, Flávia Aparecida Oliveira; PINHEIRO, Carlos Alberto Murari. **Inteligência Artificial**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

MARIA, Carolina. The Legal Implications and Remedies Concerning *revenge* Porn and Fake Porn: A Common Law Perspective. **Sexuality & Culture**, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s12119-020-09738-0>. Acesso em: 07 fev. 2024.

MARTINS, Américo. **Eleições nos EUA: uso de deepfake e IA revela problema que pode se repetir no Brasil**. CNN Brasil, Londres, 23 de janeiro de 2024. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/eleicoes-nos-eua-uso-de-deepfake-e-ia-revela-problema-que-pode-se-repetir-no-brasil/>. Acesso em: 26 fev. 2024.

MEDEIROS, Heloísa Gomes. **Software e direitos de propriedade intelectual**. Curitiba: Gedai, 2019.

MOORE, Martin; TAMBINI, Damian. **Policy Responses to Digital Dominance Regulating Big Tech**. New York: Oxford University, 2022.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: renovar, 2010.

MOURA, Camila Stéffane Fernandes Teixeira de. Detecção de *deepfakes* a partir de técnicas de visão computacional e aprendizado de máquina. Orientador: Anderson de Rezende Rocha. 2021. 105 f. **Dissertação** (Mestrado em Ciência da Computação) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Computação, Campinas, SP, 2021. Disponível em: <https://repositorio.unicamp.br/acervo/detalhe/1162078>. Acesso em: 05 fev. 2024.

NAJDOWSKI, Cynthia. Legal responses to nonconsensual pornography: Current policy in the United States and future directions for research. **Psychology, Public Policy, and Law**, v. 23, n. 2, p. 154–165, 2017. Disponível em <https://psycnet.apa.org/doiLanding?doi=10.1037%2Flaw0000123>. Acesso em 07 jan. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Informe de política para a nossa agenda comum**: integridade da informação nas plataformas digitais. 2023. Disponível em: https://brasil.un.org/sites/default/files/2023-10/ONU_Integridade_Informacao_Plataformas_Digitais_Informe-Secretario-Geral_2023.pdf. Acesso em 07 jan. 2024.

PASSOS, Hugo Assis. **Inteligência Artificial e a Repercussão Geral da Questão Constitucional**: análise crítica e parâmetros de utilização. 2022. Tese (Doutorado de Direito Constitucional) - Faculdade de Direito, Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa. Brasília, 2022.

PEIXOTO, Hartmann Fabiano. **Direito e Inteligência Artificial**: referenciais básicos com comentários à Resolução CNJ 332/2020. Brasília: DR.IA, 2020.

PINA, Afroditi; HOLANDA, James; JAMES, Mark. The malevolent side of *revenge* porn proclivity: Dark personality traits and sexist ideology. **International Journal of Technoethics** (IJT), v. 8, n.1, p. 30–43, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.4018/IJT.2017010103>. Acesso em: 06 jan. 2024.

PINTO, Felipe Chiarello de Souza; OLIVEIRA, Gabriela Franklin de. Não acredite em tudo que vê: deepfake pornography e responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro. **Direito e Política**, vol. 18, n. 2, 2023. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/19869/11490>. Acesso em: 07 jan. 2024.

PRADO, Magaly Parreira do. Deepfake de áudio: manipulação simula voz real para retratar alguém dizendo algo que não disse. **Revista Digital de Tecnologias Cognitivas**, nº 23, jan./jun. 2021, p. 45-68. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/teccogs/article/view/55977>. Acesso em: 29 dez. 2023.

RÁDIO PÚBLICA FRANCESA (RFI). **Europa impõe novas regras para combater conteúdos ilícitos**. Carta Capital, 25 de agosto de 2023. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/tecnologia/internet-europa-impoee-novas-regras-para-combater-conteudos-ilicitos/>. Acesso em: 26 de jan. 2024.

REINA, Eduardo. **China cria lei para combater informações falsas formatadas por meio de deepfakes**. Consultor jurídico, 8 de abril de 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-abr-08/china-cria-lei-informacoes-falsas-meio-deepfakes/#:~:text=A%20China%20%C3%A9%20o%20primeiro,dos%20aplicativos%20que%20usam%20IA.> Acesso em: 26 fev. 2024.

REIS, Jorge Renato dos; DIAS, Felipe da Veiga. O Direito de imagem sob a ótica da constitucionalização do direito privado: um panorama jurisprudencial no estado democrático de direito. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 15, n. 1, p. 51-70, 2011.

ROSEN, Michael. **Dignity: Its History and Meaning**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson; RIBAS, Felipe; MANSUR, Rafael. *deepfakes: regulação e responsabilidade civil*. In: TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia (Coord.). **O direito civil na era da inteligência artificial**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

SEARLE, John Rogers. **A Redescoberta da Mente**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SHINOHARA, Luciane. Inteligência Artificial, Machine Learning e Deep Learning. *In*: PINHEIRO, Patrícia Peck (Coord.). **Direito digital aplicado 3.0**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

SIQUEIRA, Dirceu Siqueira; VIEIRA, Ana Elisa Silva Fernandes Vieira. OS LIMITES À RECONSTRUÇÃO DIGITAL DA IMAGEM NA SOCIEDADE TECNOLÓGICA. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, [S. l.], v. 17, n. 3, p. e67299, 2022. DOI: 10.5902/1981369467299. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/67299>. Acesso em: 03 fev. 2024.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Contornos atuais do direito à imagem. **Revista Trimensal de Direito Civil**, v. 4, n. 13, p. 33-72, jan.-mar. 2003.

SUZOR, Nicolas; SEIGNIOR, Bryony; SINGLETON, Jennifer. Non-consensual porn and the responsibilities of online intermediaries. **Melbourne University Law Review**, v. 40, n. 3, 2016. Disponível em: https://law.unimelb.edu.au/__data/assets/pdf_file/0007/2329396/Suzor-403-Advance.pdf. Acesso em: 10 fev. 2024.

TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. Considerações sobre a proteção do direito à imagem na internet. **RIL Brasília**. Brasília, v. 54, n. 213, p. 173-198, jan.-mar. 2017.p. 179. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p173.pdf. Acesso em: 07 fev. 2024.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Inteligência artificial e direitos da personalidade: uma contradição em termos? **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**. [S.l.], v. 113, p. 133-149, 2018. DOI: 10.11606/issn.2318-8235.v113i0p133-149. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/156553>. Acesso em: 08 fev. 2024.

TORRES, Ana Maria Lumi Kamimura; MURRATA, Paula Ritzmann. A convenção de budapeste sobre os crimes cibernéticos foi promulgada, e agora? **Boletim IBCRIM**, ano 31, n. 368, julho, 2023.



Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**

Gostaria de submeter seu trabalho a Revista Direito.UnB?

Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>
e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.



Sistema Regional de Información
en línea para Revistas Científicas de América Latina,
el Caribe, España y Portugal

USO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PELO PODER PÚBLICO COM FINALIDADE DE INVESTIGAÇÃO ADMINISTRATIVA: FUNDAMENTOS DO USO COMPARTILHADO DE DADOS E COMPARAÇÃO COM A HERRAMIENTA DE LUCHA CONTRA EL FRAUDE ESPANHOLA

USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE BY THE PUBLIC AUTHORITIES FOR THE PURPOSE OF ADMINISTRATIVE INVESTIGATION: FUNDAMENTALS OF THE SHARED USE OF DATA AND COMPARISON WITH THE HERRAMIENTA DE LUCHA CONTRA EL FRAUDE SPANISH

Recebido: 20.12.2022

Aceito: 05.07.2024

Luis Henrique de Menezes Acioly

Pós-Graduando em Direito Digital (especialização) junto ao Instituto de Tecnologia e Sociedade (ITS) e Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito (CEPED) da UERJ. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Ruy Barbosa - UniRuy. Coordenador de Pesquisa do Grupo de Estudos em Tecnologia, Informação e Sociedade - GETIS/CNPq. Advogado.Técnico em Química pelo Instituto Federal da Bahia (IFBA). Foi estagiário de graduação junto a Advocacia Geral da União, com atuação na Procuradoria Federal na Bahia (PF/BA). Foi representante de colegiado discente junto ao Centro Universitário Ruy Barbosa. Tem experiência na área do Direito, especialmente em Direito Privado, atuando interdisciplinarmente em direito civil, direito das obrigações, direito dos contratos, direitos fundamentais, Lei Geral de Proteção de Dados e compliance, metodologia de pesquisa em direito, direitos sociais, direito digital e novas tecnologias, regulação responsiva e regulação da inteligência artificial.

E-mail: acioly10@gmail.com



Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1615-6048>

Alice de Azevedo Magalhães

Discente no curso de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA), estagiária do MPE/BA na 11ª promotoria de justiça criminal, bolsista PIBIC-CNPq sob a coordenação do Prof. Vitor Araújo Filgueiras e integrante do Laboratório de Inovação e Direitos Digitais (LABID2).

E-mail: aliceazmagalhaes@gmail.com



Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7487-1149>

Jéssica Hind Ribeiro Costa

Pós-Doutorado em Desigualdades Globais e Justiça Social (FLCSO-UNB). Pós-Doutorado em Direito e Novas Tecnologias pela Mediterranea International Centre for Human



Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.

This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that allows sharing in any format as long as the original work is properly acknowledged.

Rights Research. Doutora e mestra em Direito das Relações Sociais e Novos Direitos pela Universidade Federal da Bahia. Pós Graduada em Direito Civil pelo Complexo Educacional Damásio. Especialista em Teoria e Práticas Clínicas em atenção psicossocial aos usuários de substâncias psicoativas pela Universidade Federal da Bahia. Professora do Programa de Pós-graduação em Família na Sociedade Contemporânea (PPGFSC) e Professora Colaboradora do Mestrado em Direito da UCSAL (Universidade Católica do Salvador). Professora na graduação dos cursos da Uninassau e UCSAL. Integrante do Grupo de Pesquisa Vida (PPGD - UFBA) e do Grupo de Pesquisa JusBioMed Direito, Bioética e Medicina. Advogada..

E-mail: jessicahindribeiro@gmail.com



Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4640-3318>

RESUMO

O presente ensaio parte da discussão sobre o avanço do uso de sistemas de Inteligência Artificial no âmbito da administração pública, observando as nuances do compartilhamento de dados pessoais por entes públicos, especialmente no tocante à investigação administrativa. Objetivou-se, assim, estabelecer parâmetros de usabilidade de sistemas de inteligência artificial nesse escopo, utilizando como parâmetro a *Herramienta de Lucha contra el Fraude* do ordenamento espanhol, bem como intentou-se compreender o panorama técnico-jurídico de compartilhamento e interoperabilidade de dados pessoais nos respectivos ordenamentos, e consignar a delimitação conceitual de inteligência artificial e estado da arte da discussão sobre o uso ético de tais sistemas. Ao fim, conclui-se pela necessidade de alinhamento do uso de IA com finalidade investigativa com o sistema de Governança em compartilhamento de dados entre órgãos públicos. Sugere-se a amplificação de estudos que analisem a forma de interoperabilidade de dados no Poder Público sob o prisma constitucional de proteção de dados pessoais, identificando a vulnerabilidade do administrado frente à Administração e assimetria informacional.

Palavras-chave: Compartilhamento de Dados Pessoais; Direito Comparado; Eficiência Administrativa; Investigação à Fraude; Interoperabilidade.

ABSTRACT

The present essay starts from the discussion about the advancement of the use of Artificial Intelligence systems in the scope of public administration, observing the nuances of sharing personal data by public entities, especially with regard to administrative investigation. Thus, the objective was to establish usability parameters for artificial intelligence systems in this scope, using the *Herramienta de Lucha contra el Fraude* of the Spanish legal system as a parameter, as well as trying to understand the technical-legal panorama of sharing and interoperability of personal data in the respective legal systems, and set out the conceptual delimitation of artificial intelligence and the state of the art of the discussion on the ethical use of such systems. In the

end, it is concluded that there is a need to align the use of AI for investigative purposes with the Governance system in data sharing between public agencies. It is suggested the amplification of studies that analyze the form of interoperability of data in the Public Power under the constitutional prism of protection of personal data, identifying the vulnerability of the administered before the Administration and informational asymmetry.

Keywords: Personal Data Sharing; Comparative law; Administrative Efficiency; Fraud Investigation; Interoperability.

1. Introdução

A era da tecnologia chegou à administração pública. Não é incomum o oferecimento de novos serviços públicos através de plataformas *online*, bem como a revitalização de atividades precípuas do Estado por meio de novas tecnologias. A crescente demanda por amparo tecnológico ao poder público se coaduna com a multiplicidade de disponibilidade de dados pessoais dos administrados, bem como a sua gestão por sistemas inteligentes, o que converge com maiores salvaguardas a direitos fundamentais dos cidadãos.

Alguns Estados-Nações já desempenham vários dos seus serviços com auxílio de tecnologias pautadas na *Internet* e novas formas de comunicação digital, como o caso da Estônia, em que a digitalização do governo se tornou prioridade na agenda pública, o que se convencionou chamar de *e-estonia*¹⁵⁴. No âmbito brasileiro, há alguns esforços recentes no processo de digitalização dos serviços públicos e gestão eficiente da administração pública. Tem-se como exemplos o Sistema de Registros Eletrônicos Públicos (SERP), instituído pela Lei Federal n. 14.382 de 2022, a Identidade Civil Nacional (ICN) e o Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS).

Seguindo-se a tônica da eficiência, o Estado brasileiro também dispõe de mecanismos de inteligência artificial para análise de dados e prevenção a fraudes à legislação, especialmente, tributária. O uso de sistemas de IA por governos não é exclusividade do ordenamento brasileiro, tendo destaque no presente estudo, a *Herramienta de Lucha contra el Fraude* no Estado espanhol, a qual atua como reforço à fiscalização trabalhista naquele país. XXX

154 ZULLO, Bruno; TORRES, Maurílio; ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Big Data, algoritmos e inteligência artificial na Administração Pública: reflexões para a sua utilização em um ambiente democrático. In: FALEIROS JÚNIOR, J. L. M.; BARBOSA, M. M.; BRAGA NETTO, F. P.; SILVA, M. C. (orgs.). **Direito digital e inteligência artificial**. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 473-493.

Partindo dessas premissas, o presente ensaio busca através de uma comparação ponderada, estabelecer elementos de aprimoramento do uso de Inteligência Artificial no contexto da prevenção à fraude no ordenamento brasileiro. Tal comparação tem por critérios a análise dos subsídios de funcionamento e fomento dos sistemas de inteligência artificial, bem como a verificação do panorama técnico-jurídico de compartilhamento e interoperabilidade de dados pessoais nos respectivos ordenamentos. Para tanto objetiva-se, ainda, consignar a delimitação conceitual de inteligência artificial e estado da arte da discussão sobre o uso ético de tais sistemas. Intenta-se também compreender o contexto socio-legal do uso de inteligência artificial pelo poder público brasileiro. Busca-se, ao cabo, entender os elementos fundantes do uso de IA no combate à fraude no governo espanhol.

Optou-se por uma abordagem qualitativa, elegendo por metodologia a revisão bibliográfica e fontes documentais, materializada por meio de uma pesquisa bibliográfica – de cunho descritivo e natureza qualitativa –, cuja coleta de dados se deu por livros, dissertações e artigos, repositados em bases de dados eletrônicas – *Scientific Electronic Library Online* (SciELO), *Literatura Latino-Americana e do Caribe em Ciências da Saúde* (LILACS) e *Google Acadêmico* –, tendo como descritores: inteligência artificial; Administração Pública; uso compartilhado de dados; *herramienta de lucha contra el fraude*; fraude tributária.

O presente constructo se subdivide em três seções e as considerações finais. A primeira seção elucida questões inerentes à delimitação conceitual e estado da arte da discussão sobre ética no uso de inteligência artificial. A segunda seção se refere à contextualização do uso de inteligência artificial pela administração pública brasileira, correlacionando-o ao panorama jurídico do uso compartilhado de dados pessoais pelo poder público. A terceira seção aponta os elementos estruturais técnico-jurídicos do uso de IA no ordenamento espanhol e descortina a compatibilidade e diferença do uso de IA no ordenamento brasileiro e espanhol para combate à fraude. Ao cabo, são tecidas as considerações finais.

2. Linhas Gerais Sobre Inteligência Artificial, Dados Pessoais e Big Data

A Sociedade contemporânea tem sofrido os influxos de novas tecnologias, a qual vem sendo crescente na história da humanidade. Essa mudança estrutural se deve, primordialmente, à incrementação de novas formas de comunicação e tráfego

de informações¹⁵⁵. Indo-se além, a sociedade não se demarca meramente pelo fluxo de informação, mas pela hiper-informação¹⁵⁶, operando uma mudança em termos políticos, econômicos e culturais¹⁵⁷. Não obstante, Castells¹⁵⁸ a denomina de Sociedade Interconectada, posto que as tecnologias de informação e comunicação preordenam uma revisitação de termos sociais, levando a uma conectividade que desafia o conceito de *locus e tempus*.

Essa novel concepção social reverbera na forma de utilização cotidiana da tecnologia e no permanente processo de inovação tecnológica, inclusive em correlação a sistemas de inteligência artificial¹⁵⁹. Utiliza-se tais sistemas para análise de comportamentos sociais e políticos, tomada de decisões racionalizadas, análise do mercado de consumo, bem como diversas outras atividades inerentes à vida humana em sociedade¹⁶⁰.

Para a compreensão do impacto da utilização de sistemas de Inteligência Artificial por Poder Público, é necessário, preliminarmente, compreender a delimitação conceitual de tais sistemas e elementos correlatos, bem como entender as nuances da relação simbiótica entre homem e máquina.

2.1. Delimitação Conceitual de Inteligência Artificial e Relação Simbiótica com o Ser Humano

155 CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Trad. Roneide Venâncio Majer. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002; GEORGE, Éric. Da “sociedade da informação” à “sociedade 2.0”: o retorno dos discursos “míticos” sobre o papel das TICs nas sociedades. *Líbero*, São Paulo, v. 14, n. 27, p. 45-54, jun. de 2011.

156 MADALENA, Juliano. Regulação das Fronteiras da Internet: um primeiro passo para uma Teoria Geral do Direito Digital. In: MARTINS, G. M.; LONGHI, J. V. R. (coords.). **Direito Digital: Direito Privado e Internet**. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 183-206.

157 GEORGE, Éric. Da “sociedade da informação” à “sociedade 2.0”: o retorno dos discursos “míticos” sobre o papel das TICs nas sociedades. *Líbero*, São Paulo, v. 14, n. 27, p. 45-54, jun. de 2011; ACIOLY, Luis Henrique de Menezes. Reflexões sobre a Utilização da Inteligência Artificial e Algoritmos nas Relações Consumeristas à Luz da Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista Brasileira de Direito Comercial, Concorrência, Empresarial e do Consumidor**. Porto Alegre: Lex Magister. v. 48, ago./set. 2022, p. 165-187.

158 CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Trad. Roneide Venâncio Majer. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

159 LACERDA, Bruno Torquato Zampier. A função do direito frente à inteligência artificial. In: BARBOSA, M. M.; BRAGA NETTO, F.; SILVA, M.C.; FALEIROS JÚNIOR, J. L. M. (coords.). **Direito Digital e Inteligência Artificial: Diálogos entre Brasil e Europa**. Indaiatuba: Foco, 2021 p. 81-93.

160 GABRIEL, Martha. Inteligência Artificial: Do Zero ao Metaverso. Rio de Janeiro: Forense, 2022; ACIOLY, Luis Henrique de Menezes. Reflexões sobre a Utilização da Inteligência Artificial e Algoritmos nas Relações Consumeristas à Luz da Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista Brasileira de Direito Comercial, Concorrência, Empresarial e do Consumidor**. Porto Alegre: Lex Magister. v. 48, p. 165-187, ago./set. 2022; HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Teoria Geral do Direito Digital. 2.ed. Trad. Italo Fuhrmann. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

A sistematização e mecanização de processos decisórios tem ganhado relevo no contexto social, notadamente quando em face de modelos de mimetização de comportamento humano. Nesse sentido, Hoffman-Riem¹⁶¹ denota à expansão das capacidades computacionais e à análise mecanizada a potencialização do uso de algoritmos no cotidiano social. Sintetizando fundamentos de crescimento da popularidade dos algoritmos, Acioly¹⁶² e Bigonha¹⁶³ consignam as causas de maior abundância e barateamento da infraestrutura correlata a tais sistemas, maior disponibilização dessas tecnologias em código aberto e profunda conectividade mundial entre modelos informáticos e entre pessoas.

A tomada de decisões por sistemas de inteligência artificial se funda na mecânica de algoritmos¹⁶⁴, que não se confunde com a mimetização da aprendizagem. Ao revés, entende-se como algoritmos uma sequência de etapas para se chegar a um objetivo pré-definido¹⁶⁵, “um conjunto de instruções, organizadas de forma sequencial, que determina como algo deve ser feito”¹⁶⁶. Quando essa programação é realizada por intermédio de tecnologia computacional, ganha-se novos relevos, posto que os cálculos realizados para se chegar ao resultado não são meramente aritméticos, mas envolvem uma consideração ponderada de variáveis¹⁶⁷.

Nesse contexto, os sistemas de inteligência artificial se destacam por utilizar algoritmos com capacidade de aprendizagem permanente, o que se convencionou denominar de *Machine Learning*, ou aprendizado de máquina¹⁶⁸. Indo-se além, o *machine*

161 HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria Geral do Direito Digital**. 2.ed. Trad. Italo Fuhrmann. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

162 ACIOLY, Luis Henrique de Menezes. **Reflexões sobre a Utilização da Inteligência Artificial e Algoritmos nas Relações Consumeristas à Luz da Lei Geral de Proteção de Dados**. Revista Brasileira de Direito Comercial, Concorrência, Empresarial e do Consumidor. Porto Alegre: Lex Magister. v. 48, p. 165-187, ago./set. 2022.

163 BIGONHA, Carolina. **Inteligência Artificial em Perspectiva**. Panorama Setorial da Internet, a. 10, n. 2, p. 1-9, jul./out. 2018.

164 MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela. **Discriminação algorítmica: conceito, fundamento legal e tipologia**. Revista de Direito Público, v. 16, n. 90, p. 39-64, nov./dez. 2019.

165 MAGALHÃES, Alice Azevedo; GOMES, Tércio Spínola. **Regulação de sistemas de reconhecimento facial para fins de segurança pública no brasil: riscos e desafios**. Revista Humanidades e Inovação. v.8, n. 47, p. 168-182, 2021.

166 MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela. **Discriminação algorítmica: conceito, fundamento legal e tipologia**. Revista de Direito Público, v. 16, n. 90, p. 39-64, nov./dez. 2019, p. 41.

167 ROSA, Fernanda. Entendendo os algoritmos: propriedades e dilemas. In: ICT households 2017 / Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR, São Paulo: CGI.br. 2017, p. 67-73; ACIOLY, Luis Henrique de Menezes. Reflexões sobre a Utilização da Inteligência Artificial e Algoritmos nas Relações Consumeristas à Luz da Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista Brasileira de Direito Comercial, Concorrência, Empresarial e do Consumidor**. Porto Alegre: Lex Magister. v. 48, p. 165-187, ago./set. 2022; GABRIEL, Martha. **Inteligência Artificial: Do Zero ao Metaverso**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

168 MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela. **Discriminação algorítmica: conceito, fundamento legal e tipologia**. Revista de Direito Público, v. 16, n. 90, p. 39-64, nov./dez. 2019; MAGALHÃES, Alice Azevedo; GOMES, Tércio Spínola. **Regulação de sistemas de reconhecimento facial para fins de**

learning pressupõe não a mera consideração de probabilidades, mas uma efetiva substituição de probabilidades por correlações, avaliando-se um resultado através de uma cadeia complexa de outros eventos¹⁶⁹. Essa consideração ponderada de situações pode ensejar diversos níveis de aprendizagem¹⁷⁰, chegando a reverberar estruturas semelhantes a um cérebro, conceito sintetizado no termo *deep neural network*¹⁷¹, ou *deep learning*¹⁷².

Nesse escopo, entende-se como inteligência artificial o processo pautado em algoritmos que, capazes de realizar autonomamente correlações, compreendendo as nuances humanas e mimetizando seus comportamentos, mediante um processo de *machine learnig* ou de *deep learning*, seja capaz de tomar decisões tidas como racionalmente definidas¹⁷³. Dito de outra forma, Magalhães e Gomes entendem que através de um sistema de inteligência artificial, ensina-se à plataforma a raciocinar, enquanto Gabriel define-o como o campo de estudo que dá aos computadores a habilidade de aprender sem serem explicitamente programados¹⁷⁴.

segurança pública no brasil: riscos e desafios. Revista Humanidades e Inovação. v.8, n. 47, p. 168-182, 2021; GABRIEL, Martha. *Inteligência Artificial: Do Zero ao Metaverso*. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

169 MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela. Discriminação algorítmica: conceito, fundamento legal e tipologia. Revista de Direito Público, v. 16, n. 90, p. 39-64, nov./dez. 2019; ACIOLY, Luis Henrique de Menezes. Reflexões sobre a Utilização da Inteligência Artificial e Algoritmos nas Relações Consumeristas à Luz da Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista Brasileira de Direito Comercial, Concorrência, Empresarial e do Consumidor**. Porto Alegre: Lex Magister. v. 48, p. 165-187, ago./set. 2022.

170 Acerca dos níveis de aprendizagem, pode-se correlacionar com a autonomia dos sistemas inteligentes. Dessa forma, Gabriel aponta as categorias de Inteligência Artificial Limitada (ANI) – em que o seu foco se restringe a determinada área para qual se destina, Inteligência Artificial Geral (AGI) – em que o sistema possui nível de habilidade capaz de compatibilizar diversas áreas de aprendizado, e a Superinteligência (ASI) – que desponta em um sistema capaz de superação das habilidades humanas de processamento de informação (GABRIEL, Martha. *Inteligência Artificial: Do Zero ao Metaverso*. Rio de Janeiro: Forense, 2022).

171 RIBEIRO, Júlia Melo Carvalho. Inteligência artificial e responsabilidade civil sob a perspectiva do direito do consumidor. In: CHAVES, N. C.; COLOMBI, H. (orgs.). *Direito e Tecnologia: novos modelos e tendências*. Porto Alegre: Fi, 2021. p. 313-336; ZULLO, Bruno; TORRES, Maurílio; ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Big Data, algoritmos e inteligência artificial na Administração Pública: reflexões para a sua utilização em um ambiente democrático. In: FALEIROS JÚNIOR, J. L. M.; BARBOSA, M. M.; BRAGA NETTO, F. P.; SILVA, M. C. (orgs.). *Direito digital e inteligência artificial*. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 473-493.

172 ACIOLY, Luis Henrique de Menezes. Reflexões sobre a Utilização da Inteligência Artificial e Algoritmos nas Relações Consumeristas à Luz da Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista Brasileira de Direito Comercial, Concorrência, Empresarial e do Consumidor**. Porto Alegre: Lex Magister. v. 48, p. 165-187, ago./set. 2022.

173 GABRIEL, Martha. **Inteligência Artificial: Do Zero ao Metaverso**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

174 A complexidade do conceito de IA é reconhecida, inclusive, pelo Grupo Independente de Peritos de Alto Nível sobre a Inteligência Artificial (GPAN IA) da Comissão Europeia: “Sistemas de Inteligência Artificial (IA) são softwares (e possivelmente hardwares) desenhados por humanos que, dado um objetivo complexo, atuam na dimensão física ou digital percebendo o seu ambiente por meio da aquisição de dados, interpretando os dados estruturados e não estruturados coletados, raciocinando sobre o conhecimento ou processando a informação derivada desse dado e decidindo a(s) melhor(es) ação(ões) para alcançar aquele objetivo. Sistemas de IA podem usar regras simbólicas ou aprenderem com modelos numéricos, e também podem adaptar seu comportamento analisando como o ambiente é afetado por suas ações

2.2. Atual Estado Da Arte da Discussão Sobre Ética no Uso de IA

A indissociabilidade humana dos sistemas tecnológicos contemporâneos não gera somente situações benéficas, mas também potencializa ocasiões que acendem discussões sobre o uso ético das tecnologias de informação e comunicação e sistemas de inteligência artificial, como aponta Acioly:

Ao revés de uma pretensa gratuidade, a todo o tempo os dados dos usuários são coletados, em situações que necessitam do seu consentimento ou não. O fenômeno de digitalização da vida também fomentou a coleta desenfreada de dados, e a violação em massa à autodeterminação informativa, a fim de se criarem e manter os Bancos de Dados. Os dados pessoais se tornaram um ativo financeiro considerável, os tornando objeto de disputa e debate nos tempos atuais¹⁷⁵.

A digitalização da vida alimenta da massificação de coleta e tratamento de dados pessoais, dotando a capacidade de armazenar e de analisar dados comportamentais, traçando perfis com valor econômico para agentes comerciais, campanhas políticas, governos ou qualquer indivíduo ou entidade que deseje monitorar, monetizar, controlar e prever – *datificar* – o comportamento humano¹⁷⁶. Esse tratamento massivo de dados somente se viabiliza a partir da arquitetura de *Big Data*¹⁷⁷, baseado nas premissas de volume, velocidade e variedade, potencializando o uso de inteligência artificial¹⁷⁸.

pretéritas” (COMISSÃO EUROPEIA. **A definition of AI: Main capabilities and scientific disciplines**. 2019, p. 6. Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>. Acesso em: 03 dez. 2022).

175 A aplicação do Princípio da Função Social do Contrato em Contratos Eletrônicos de redes sociais e seu papel na democratização de Direitos Fundamentais. **Revista Conversas Civilísticas**, Salvador, v. 1, n. 2, p. 111-134, jul./dez. 2021, p. 112.

176 PASQUALE, Frank. A esfera pública automatizada. Trad. Marcelo Santos e Victor Varcely. **Revista eletrônica do Programa de Mestrado em Comunicação da Faculdade Cásper Líbero**. Ano XX, n. 39, p. 16-35, jan./ago. 2017.

177 MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. Big Data: como extrair volume, variedade e valor. Trad. Paulo Polzonoff Junior. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013; PASQUALE, Frank. A esfera pública automatizada. Trad. Marcelo Santos e Victor Varcely. **Revista eletrônica do Programa de Mestrado em Comunicação da Faculdade Cásper Líbero**. Ano XX, n. 39, p. 16-35, jan./ago. 2017.

178 ACIOLY, Luis Henrique de Menezes. Reflexões sobre a Utilização da Inteligência Artificial e Algoritmos nas Relações Consumeristas à Luz da Lei Geral de Proteção de Dados. *Revista Brasileira*

O uso de big data descortina questões envolvendo a tônica da proteção de dados pessoais, essencialmente em voga dos princípios de minimização da coleta e necessidade dos dados, bem como a celeuma tocante ao uso transparente de tais dados por sistemas de inteligência artificial¹⁷⁹.

A discussão em torno da ética no uso de inteligência artificial oscila em face da ponderação em vetores axiológicos que deem sustentabilidade à inovação e garantia e respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos¹⁸⁰. Necessário, dessa forma, trazer à luz a discussão sobre a possibilidade de enviesamento dos algoritmos que, partindo-se de generalizações, podem ensejar decisões injustas¹⁸¹. Os algoritmos de inteligência artificial podem apresentar resultados discriminatórios ao passo que se fundamentam em generalizações, bem como podem ser alimentados com dados sensíveis ou culminarem em limitação do exercício de direitos¹⁸².

Outro ponto de necessária observação é a ausência de transparência na programação algorítmica, sob o pálio do segredo industrial¹⁸³, impedindo-se a avaliação de legitimidade de legalidade do código, bem como dificultando o processo de imputação de responsabilidade por eventual dano¹⁸⁴.

de Direito Comercial, Concorrência, Empresarial e do Consumidor. Porto Alegre: Lex Magister. v. 48, p. 165-187, ago./set. 2022; ZULLO, Bruno; TORRES, Maurílio; ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Big Data, algoritmos e inteligência artificial na Administração Pública: reflexões para a sua utilização em um ambiente democrático. In: FALEIROS JÚNIOR, J. L. M.; BARBOSA, M. M.; BRAGA NETTO, F. P.; SILVA, M. C. (orgs.). **Direito digital e inteligência artificial**. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 473-493.

179 DUARTE, Alan. A Antidiscriminação no contexto da inteligência artificial: possibilidades de governança mediante a normatização de algoritmos. Fortaleza: Mucuripe, 2021; LACERDA, Bruno Torquato Zampier. A função do direito frente à inteligência artificial. In: BARBOSA, M. M.; BRAGA NETTO, F.; SILVA, M.C.; FALEIROS JÚNIOR, J. L. M. (coords.). **Direito Digital e Inteligência Artificial: Diálogos entre Brasil e Europa**. Indaiatuba: Foco, 2021 p. 81-93.

180 LACERDA, Bruno Torquato Zampier. A função do direito frente à inteligência artificial. In: BARBOSA, M. M.; BRAGA NETTO, F.; SILVA, M.C.; FALEIROS JÚNIOR, J. L. M. (coords.). **Direito Digital e Inteligência Artificial: Diálogos entre Brasil e Europa**. Indaiatuba: Foco, 2021 p. 81-93; MULHOLLAND, Caitlin; FRAJHOF, Isabella. Entre as leis da robótica e a ética: regulação para o adequado desenvolvimento da inteligência artificial. In: BARBOSA, M. M.; BRAGA NETTO, F.; SILVA, M.C.; FALEIROS JÚNIOR, J. L. M. (coords.). **Direito Digital e Inteligência Artificial: Diálogos entre Brasil e Europa**. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 65-80.

181 MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela. Discriminação algorítmica: conceito, fundamento legal e tipologia. *Revista de Direito Público*, v. 16, n. 90, p. 39-64, nov./dez. 2019; DUARTE, Alan. **A Antidiscriminação no contexto da inteligência artificial: possibilidades de governança mediante a normatização de algoritmos**. Fortaleza: Mucuripe, 2021.

182 MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela. Discriminação algorítmica: conceito, fundamento legal e tipologia. *Revista de Direito Público*, v. 16, n. 90, p. 39-64, nov./dez. 2019; ACIOLY, Luis Henrique de Menezes. Reflexões sobre a Utilização da Inteligência Artificial e Algoritmos nas Relações Consumeristas à Luz da Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista Brasileira de Direito Comercial, Concorrência, Empresarial e do Consumidor**. Porto Alegre: Lex Magister. v. 48, p. 165-187, ago./set. 2022.

183 SOUZA, Carlos Affonso; PERRONE, Christian; MAGRANI, Eduardo. O Direito à Explicação entre a experiência europeia e a sua positivação na LGPD. In: MENDES, L. S.; DONEDA, D.; SARLET, I. W.; RODRIGUES JÚNIOR, O. L. (coords.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 254-281.

184 MULHOLLAND, Caitlin; FRAJHOF, Isabella. Entre as leis da robótica e a ética: regulação para o

Sintetizando vetores de uso ético de inteligência artificial, a *Fairness, Accountability and Transparency in Machine Learning Organization* (FAT-ML) elenca: (1) Responsabilidade; (2) Explicabilidade; (3) Precisão; (4) Auditabilidade; e (5) Justiça¹⁸⁵. No campo doutrinário brasileiro, Mullholand e Frajhof¹⁸⁶ aponta como princípios a beneficência, a não-maleficência, a autonomia e justiça, atrelados às diretrizes de justiça, acurácia e inteligibilidade¹⁸⁷.

De todo modo, o uso de sistemas de inteligência artificial pelo poder público apresenta questões ainda mais sensíveis, na medida em que oferece potencial tanto para ampliar a acurácia, justiça, transparência e efetividade nas tomadas de decisões quanto para tornar-se uma arma de destruição matemática, intensificando a discriminação, infringindo direitos ao mesmo tempo que dificulta a identificação dessas injustiças¹⁸⁸. Inobstante, é imperioso o dimensionamento da legitimidade e efeitos do uso de algoritmos de inteligência artificial no contexto do Poder Público, por grandes bancos de dados públicos.

3. O Contexto Brasileiro de Uso de IA pela Administração Pública

O Estado contemporâneo se destaca pelo confronto com o ineditismo da Revolução 4.0, em que se estabelece uma profunda transformação tecnológica da sociedade, notadamente quanto à prevalência de modelos baseados em Inteligência Artificial e Internet das Coisas¹⁸⁹. Dito de outra forma, na contemporaneidade, o Estado assume

adequado desenvolvimento da inteligência artificial. In: BARBOSA, M. M.; BRAGA NETTO, F.; SILVA, M.C.; FALEIROS JÚNIOR, J. L. M. (coords.). *Direito Digital e Inteligência Artificial: Diálogos entre Brasil e Europa*. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 65-80.

185 DUARTE, Alan. **A Antidiscriminação no contexto da inteligência artificial: possibilidades de governança mediante a normatização de algoritmos**. Fortaleza: Mucuripe, 2021.

186 MULHOLLAND, Caitlin; FRAJHOF, Isabella. Entre as leis da robótica e a ética: regulação para o adequado desenvolvimento da inteligência artificial. In: BARBOSA, M. M.; BRAGA NETTO, F.; SILVA, M.C.; FALEIROS JÚNIOR, J. L. M. (coords.). **Direito Digital e Inteligência Artificial: Diálogos entre Brasil e Europa**. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 65-80.

187 Indo ainda mais além, o GPAN IA (2019, p. 2) aponta que sistemas de IA devem seguir os princípios éticos de “respeito à autonomia humana, prevenção de danos, equidade e explicabilidade” e satisfazer os requisitos de “1) ação e supervisão humanas; 2) solidez técnica e segurança; 3) privacidade e governança de dados; 4) transparência; 5) diversidade, não discriminação e equidade. 6) bem-estar ambiental e social; 7) responsabilização” (COMISSÃO EUROPEIA. *A definition of AI: Main capabilities and scientific disciplines*. 2019, p.2. Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>. Acesso em: 03 dez. 2022).

188 MAGALHÃES, Alice Azevedo; GOMES, Tércio Spínola. **Regulação de sistemas de reconhecimento facial para fins de segurança pública no Brasil: riscos e desafios**. *Revista Humanidades e Inovação*. v.8, n. 47, p. 168-182, 2021.

189 MORAIS, José Luís Bolzan de. **O estado de direito “confrontado” pela “revolução da internet”**.

funções diversas de suas versões anteriores, de sorte que a novel noção de democracia pressupõe uma atuação mais ativa dos cidadãos, atribuindo o encargo estatal de inseri-los nesse panorama¹⁹⁰.

A noção de governança administrativa se reveste de novas cores a partir de sua contextualização na sociedade da informação¹⁹¹, predispondo de uma consensualidade com os administrados, bem como a formulação de políticas que demonstrem a boa administração e o respeito ao ordenamento jurídico como um sistema legal complexo. Nesse sentido, o *compliance*¹⁹² é predominante no escopo de atuação da administração, pressupondo uma postura mais ativa na demonstração da conformidade legal e eficiência da prestação de serviços ao administrado¹⁹³.

Sobre a renovação da atuação estatal a partir da digitalização e governança, Briesemeister e Vasconcelos elucidam que:

O Governo Digital tem como escopo ampliar a interatividade e a participação política nos processos do Estado, bem como facilitar à população a navegação e acesso a portais e serviços de governo em prol da integração, da transparência e do atendimento às demandas da sociedade. A implantação do Governo Digital proporciona também melhorias na comunicação entre governo e população,

Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, v. 13, n. 3, p. 876-903, dez. 2018.

190 BRAGA NETTO, Felipe; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. **A atividade estatal entre o ontem e o amanhã: reflexões sobre os impactos da inteligência artificial no direito público.** In: FALEIROS JÚNIOR, J. L. M.; BARBOSA, M. M.; BRAGA NETTO, F. P.; SILVA, M. C. (orgs.). Direito digital e inteligência artificial. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 449-476; BRIESEMEISTER, Gabriela; VASCONCELOS, Sthéfane Alves. Democracia digital e sua garantia na relação entre Estado brasileiro e sociedade. In: LONGHI, J. V. R.; FALEIROS JÚNIOR, J. L. M.; BORGES, G. O. A.; REIS, G. (coords.). Fundamentos do Direito Digital. Uberlândia: LAECC, 2020, p. 431-456.

191 FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. **Administração pública digital: proposições para o aperfeiçoamento do regime jurídico administrativo na sociedade da informação.** Indaiatuba: Foco, 2020.

192 A própria concepção de compliance, enquanto premissa fundamental à governança, pressupõe a demonstração de conformidade legal. Não se pode perder de vista que este valor se coaduna com outras premissas atinentes à governança, em nível de administração pública, ou corporativa. Nesse sentido, salutar o recurso à Cartilha de Princípios da OCDE, que estabelece como princípios da Governança Corporativa a justiça, a transparência, a prestação de contas, e o compliance (ALCANTARA, Valderí de Castro; PEREIRA, José Roberto; SILVA, Érica Aline Ferreira. Gestão Social e Governança Pública: aproximações e (de)limitações teórico-conceituais. Revista de Ciências da Administração. v. 17, 2015, p. 11-29; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. **Administração pública digital: proposições para o aperfeiçoamento do regime jurídico administrativo na sociedade da informação.** Indaiatuba: Foco, 2020).

193 ALCANTARA, Valderí de Castro; PEREIRA, José Roberto; SILVA, Érica Aline Ferreira. Gestão Social e Governança Pública: aproximações e (de)limitações teórico-conceituais. Revista de Ciências da Administração. v. 17, 2015, p. 11-29; FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela Martinez. Desafios para a efetividade dos programas de compliance. In: CUEVA, R. V. B.; FRAZÃO, A. (Coords.). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade.** Belo Horizonte: Fórum, 2018.

interagindo Estado com sociedade, facilitando a prestação de contas à sociedade, e configurando ferramenta importante para o fortalecimento da democracia¹⁹⁴.

Com a massificação do capitalismo, a simbologia educacional também ganhou novos contornos, em um cenário de sociedades de mercado. Separar o universo dos bens, serviços, escola, universidade e empresas seria uma tarefa basilar a ser observada, uma vez que, além da precarização, o ensino também vem sendo reduzido à coisificação e insculpido à lógica de mercado.

No contexto brasileiro, a utilização do recurso de *Big Data* e tratamento de dados por sistema de Inteligência Artificial pelo Poder Público ganha destaque na plataforma GovData, que permite o cruzamento de um grande volume de dados por agentes públicos¹⁹⁵. Nesse sentido, Braga Netto e Faleiros Júnior sustentam que o uso de Inteligência Artificial pelo Poder Público tem o condão de produzir resultados que propiciem uma administração pública procedimental mais eficiente, contudo, não prescindindo de uma análise menos açodada e mais concreta de suas potencialidades.

Aponta-se como exemplo de sistemas de inteligência artificial utilizados pelo Poder Público no cenário brasileiro a tecnologia de processamento e análise de dados em grande escala Tribunal de Contas da União, na forma dos robôs Alice – Análise de Licitações e Editais –, Sofia – Sistema de Orientação sobre Fatos e Indícios para o Auditor – e Mônica – painel de monitoramento de compras públicas –, no âmbito do seu Laboratório de Informações de Controle¹⁹⁶. Outro exemplo é a utilização de sistemas de inteligência artificial no âmbito do Poder Judiciário, que auxilia na triagem de processos e na jurimetria de casos¹⁹⁷.

194 BRIESEMEISTER, Gabriela; VASCONCELOS, Sthéfane Alves. **Democracia digital e sua garantia na relação entre Estado brasileiro e sociedade**. In: LONGHI, J. V. R.; FALEIROS JÚNIOR, J. L. M.; BORGES, G. O. A.; REIS, G. (coords.). Fundamentos do Direito Digital. Uberlândia: LAECC, 2020, p. 443.

195 ZULLO, Bruno; TORRES, Maurílio; ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Big Data, algoritmos e inteligência artificial na Administração Pública: reflexões para a sua utilização em um ambiente democrático. In: FALEIROS JÚNIOR, J. L. M.; BARBOSA, M. M.; BRAGA NETTO, F. P.; SILVA, M. C. (orgs.). **Direito digital e inteligência artificial**. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 473-493.

196 ZULLO, Bruno; TORRES, Maurílio; ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Big Data, algoritmos e inteligência artificial na Administração Pública: reflexões para a sua utilização em um ambiente democrático. In: FALEIROS JÚNIOR, J. L. M.; BARBOSA, M. M.; BRAGA NETTO, F. P.; SILVA, M. C. (orgs.). **Direito digital e inteligência artificial**. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 473-493.

197 SILVA, Nilton Correia. Notas Iniciais sobre a Evolução dos Algoritmos do Victor: o primeiro projeto de inteligência artificial em supremas cortes do mundo. In: FERNANDES, R. V. C.; CARVALHO, A. G. P. (coords.). Tecnologia jurídica & direito digital: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia – 2018, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 89-94; BRAGA NETTO, Felipe; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. A atividade estatal entre o ontem e o amanhã: reflexões sobre os impactos da inteligência artificial no direito público. In: FALEIROS JÚNIOR, J. L. M.; BARBOSA, M. M.; BRAGA NETTO, F. P.; SILVA, M. C. (orgs.). **Direito digital e inteligência artificial**. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 449-476.

Contudo, a recorrência a sistemas automatizados também põe em órbita os desafios éticos e jurídicos que envolvem a discussão contemporânea sobre inteligência artificial, acrescidos das nuances da relação entre Estado e cidadão em torno do uso de dados pessoais.

3.1. Bancos de Dados Públicos e Uso Compartilhado de Dados Pessoais

Na persecução de suas atividades finalísticas, o Estado brasileiro se reveste da qualidade de agente de tratamento de dados pessoais, posto que fundamenta suas políticas no manejo de informações dos administrados, sistematizadas e interoperáveis. Essa noção não é de difícil percepção, posto que a própria Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) – Lei Federal n. 13.709/2018 – estabelece regramento próprio para Administração Pública, a partir do seu artigo 23¹⁹⁸⁻¹⁹⁹.

Em suas atribuições finalísticas, e calcado no princípio da eficiência administrativa, o Estado detém a prerrogativa do uso compartilhado de dados pessoais, notadamente face a previsão normativa do artigo 25 da LGPD, que predispõe a primazia da interoperabilidade e estruturação do tratamento de dados pessoais por pessoas jurídicas de direito público para o uso compartilhado²⁰⁰. Nesse sentido, também se observa o dever de promoção

198 Cumprir realizar algumas notas quanto ao âmbito de aplicação do regramento específico para a Administração Pública na LGPD: O art. 23 do diploma não descreve expressamente as entidades do Poder Público que se sujeitam ao citado capítulo normativo, mas faz referência às pessoas jurídicas de direito público constante no art. 1º da Lei Federal n. 12.527/2011, passando ao largo das pessoas jurídicas de direito privado que também constam no citado dispositivo. Nesse sentido, Wimmer aponta que há uma imprecisão semântica que não se amolda ao conceito técnico-jurídico de Poder Público, que ultrapassa a noção de pessoa jurídica de direito pública ou administração pública (WIMMER, Mirian. *Proteção de dados pessoais no Poder Público: incidência, bases legais e especificidades*. Revista do Advogado. v. 39, n. 144, nov., 2019, p. 126-133). De todo modo, o parágrafo único do art. 24 da LGPD estabelece que as empresas públicas e sociedades de economia mista, quando em tratarem dados para operacionalização de políticas públicas, terão o mesmo regramento jurídico das pessoas jurídicas de direito público. O notário e registrador se equiparam às pessoas jurídicas de direito público para fins da LGPD, posto que exercem o seu mister em caráter de delegação do Poder Público, na forma do art. 236 da Constituição Federal de 1988, com expressa menção no § 4º, do art. 23 da LGPD (OLIVEIRA, Manuela. **A aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) nos cartórios extrajudiciais: uma análise acerca da expedição de certidões em escritórios de registro de imóveis da Bahia**. 2022, 88 f. il. Monografia – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2022).

199 MACEDO, Nathalia Brito de. *A Proteção de dados pessoais em banco de dados públicos no atual contexto da sociedade da informação: reflexões sobre o tratamento de dados pessoais pelo poder público brasileiro*. 2022, 93 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Natal, 2022; WIMMER, Mirian. *Proteção de dados pessoais no Poder Público: incidência, bases legais e especificidades*. **Revista do Advogado**. v. 39, n. 144, nov., 2019, p. 126-133.

200 WIMMER, Mirian. **Proteção de dados pessoais no Poder Público: incidência, bases legais e especificidades**. **Revista do Advogado**. v. 39, n. 144, nov., 2019, p. 126-133.

da interoperabilidade tecnológica dos serviços realizados por um governo eletrônico no texto normativo do Marco Civil da Internet no Brasil²⁰¹ – Lei Federal n. 12.965/2014.

A interoperabilidade pode ser conceituada a partir da noção de conectividade entre as diversas estruturas administrativas, de modo a possibilitar o fluxo das informações²⁰². A interoperabilidade se relaciona primordialmente ao âmbito interno do Poder Público, podendo alcançar entidades privadas com as quais este mantenha relações sociojurídicas e econômicas na prestação do serviço²⁰³. De todo modo, a interoperabilidade pressupõe uma uniformização da base tecnológica de utilização de serviços da Administração Pública, de forma a resolver problemas de compatibilidade técnica²⁰⁴.

Necessário, contudo, o rastreamento do acesso a dados pessoais em bases tecnológicas interoperáveis, de forma que se garanta a necessária transparência e responsabilização concernente ao uso de tais informações²⁰⁵. Indo-se além, Casado²⁰⁶ sustenta a existência de quatro dimensões da interoperabilidade: a primeira diz respeito à capacidade de entidades compartilharem êxitos quanto aos serviços prestados; a segunda, à capacidade de disponibilização automática de informação e reutilização por outros entes públicos; a terceira pressupõe uma compatibilidade técnicas para a conexão entre bases funcionais; a quarta se refere à interoperabilidade jurídica.

O panorama brasileiro de interoperabilidade de informações no Poder Público

201 In verbis: “Art. 24. Constituem diretrizes para a atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no desenvolvimento da internet no Brasil: (...) III - promoção da racionalização e da interoperabilidade tecnológica dos serviços de governo eletrônico, entre os diferentes Poderes e âmbitos da Federação, para permitir o intercâmbio de informações e a celeridade de procedimentos”.

202 SANTANNA, Gustavo da Silva. A necessária relação entre interoperabilidade e compartilhamento de dados, transparência administrativa e privacidade: uma análise do comportamento da Administração Pública a partir da LGPD. In: CRAVO, D. C.; CUNDA, D. Z. G.; RAMOS, R. (orgs.). **Lei Geral de Proteção de Dados e o poder público**. Porto Alegre: Escola Superior de Gestão e Controle Francisco Juruena; Centro de Estudos de Direito Municipal, 2021, p. 85-102.

203 GUTIÉRREZ, Rubén Martínez. **Administración pública electrónica**. Pamplona: Thomson Reuters, 2009.

204 SANTANNA, Gustavo da Silva. A necessária relação entre interoperabilidade e compartilhamento de dados, transparência administrativa e privacidade: uma análise do comportamento da Administração Pública a partir da LGPD. In: CRAVO, D. C.; CUNDA, D. Z. G.; RAMOS, R. (orgs.). **Lei Geral de Proteção de Dados e o poder público**. Porto Alegre: Escola Superior de Gestão e Controle Francisco Juruena; Centro de Estudos de Direito Municipal, 2021, p. 85-102.

205 REILLY, Marcelo Bauzá. La Administración electrónica a la luz de los principios. In: HUESO, Lorenzo Coutinho; TORRIJOS, Julián Valero. (coords.). *Administración electrónica: la ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos y los retos jurídicos del e-gobierno en España*. Valencia: Tirant do Blanch, 2010; SANTANNA, Gustavo da Silva. A necessária relação entre interoperabilidade e compartilhamento de dados, transparência administrativa e privacidade: uma análise do comportamento da Administração Pública a partir da LGPD. In: CRAVO, D. C.; CUNDA, D. Z. G.; RAMOS, R. (orgs.). **Lei Geral de Proteção de Dados e o poder público**. Porto Alegre: Escola Superior de Gestão e Controle Francisco Juruena; Centro de Estudos de Direito Municipal, 2021, p. 85-102.

206 CASADO, Eduardo Gamero. **Interoperabilidad y administración electrónica: conéctense, por favor**. Revista de Administración Pública. Madrid, n. 179, p. 291-332, mai/ago. 2009.

se rege pelo Decreto n. 10.046 de 2019, que disciplina o compartilhamento de dados no âmbito da administração pública federal, cujas bases se remetem à própria noção de compliance digital²⁰⁷. A concepção de governança no compartilhamento de dados culmina por ser uma extensão da governança pública já prevista no Decreto n. 9.203 de 2017²⁰⁸.

Nesse ponto, importa perceber o estabelecimento de três níveis de compartilhamento de dados entre entes públicos, de acordo com a sua confidencialidade: amplo, restrito e específico²⁰⁹⁻²¹⁰, bem como, a criação do Comitê Central de Governança de Dados, a quem compete elaborar as orientações e diretrizes para o compartilhamento de dados entre entidades públicas. Observa-se também a concepção do Cadastro Base do Cidadão, a partir do Decreto n. 10.046/2019 e o Cadastro Nacional de Informações Sociais, no âmbito do Decreto n. 10.047/2019, como específicos *Big Data* Públicos²¹¹.

Nada obstante, o Supremo Tribunal Federal exercera a verificação de constitucionalidade do Decreto n. 10.046 de 2019 por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.649²¹², dando-lhe interpretação conforme a Constituição para fixar parâmetros para o compartilhamento de dados entre entes públicos com

207 BRIESEMEISTER, Gabriela; VASCONCELOS, Sthéfane Alves. Democracia digital e sua garantia na relação entre Estado brasileiro e sociedade. In: LONGHI, J. V. R.; FALEIROS JÚNIOR, J. L. M.; BORGES, G. O. A.; REIS, G. (coords.). **Fundamentos do Direito Digital**. Uberlândia: LAECC, 2020, p. 431-456; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. O Estado entre dados e danos: uma releitura da Teoria do Risco Administrativo na sociedade da informação. In: FALEIROS JÚNIOR, J. L. M.; LONGHI, J. V. R.; GUGLIARA, R. (orgs.). **Proteção de dados pessoais na sociedade da informação: entre dados e danos**. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 21-47.

208 BRIESEMEISTER, Gabriela; VASCONCELOS, Sthéfane Alves. Democracia digital e sua garantia na relação entre Estado brasileiro e sociedade. In: LONGHI, J. V. R.; FALEIROS JÚNIOR, J. L. M.; BORGES, G. O. A.; REIS, G. (coords.). **Fundamentos do Direito Digital**. Uberlândia: LAECC, 2020, p. 431-456.

209 In verbis: “art. 4º O compartilhamento de dados entre os órgãos e as entidades de que trata o art. 1º é categorizado em três níveis, de acordo com sua confidencialidade: I - compartilhamento amplo, quando se tratar de dados públicos que não estão sujeitos a nenhuma restrição de acesso, cuja divulgação deve ser pública e garantida a qualquer interessado, na forma da legislação; II - compartilhamento restrito, quando se tratar de dados protegidos por sigilo, nos termos da legislação, com concessão de acesso a todos os órgãos e entidades de que trata o art. 1º para a execução de políticas públicas, cujo mecanismo de compartilhamento e regras sejam simplificados e estabelecidos pelo Comitê Central de Governança de Dados; e III - compartilhamento específico, quando se tratar de dados protegidos por sigilo, nos termos da legislação, com concessão de acesso a órgãos e entidades específicos, nas hipóteses e para os fins previstos em lei, cujo compartilhamento e regras sejam definidos pelo gestor de dados”.

210 FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. O Estado entre dados e danos: uma releitura da Teoria do Risco Administrativo na sociedade da informação. In: FALEIROS JÚNIOR, J. L. M.; LONGHI, J. V. R.; GUGLIARA, R. (orgs.). **Proteção de dados pessoais na sociedade da informação: entre dados e danos**. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 21-47.

211 BRIESEMEISTER, Gabriela; VASCONCELOS, Sthéfane Alves. Democracia digital e sua garantia na relação entre Estado brasileiro e sociedade. In: LONGHI, J. V. R.; FALEIROS JÚNIOR, J. L. M.; BORGES, G. O. A.; REIS, G. (coords.). **Fundamentos do Direito Digital**. Uberlândia: LAECC, 2020, p. 431-456.

212 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.649**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessado: Presidência da República. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 15. set. 2022.

observância do direito fundamental à proteção de dados, a saber: a eleição de propósitos legítimos, específicos e explícitos para o tratamento de dados; a compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas; a limitação do compartilhamento ao mínimo necessário para o atendimento da finalidade informada; e o cumprimento integral dos requisitos, garantias e procedimentos estabelecidos na LGPD, no que for compatível com o setor público²¹³.

Na mesma ocasião, o Supremo Tribunal Federal²¹⁴ declarou a inconstitucionalidade do art. 22 do Decreto n. 10.046 de 2019, ante a ausência de perfil plural e aberto do Comitê Central de Governança de Dados e de garantias mínimas aos seus integrantes contra influências indevidas. Observa-se, na espécie, a preponderância dos ditames principiológicos da LGPD no balizamento de suas regras – notadamente finalidade, adequação e necessidade –, conferindo-lhes sentido e alcance na situação analisada, realçando o caráter principiológico da norma.

Visando atender aos requisitos fixados por tal decisão, a Presidência da República editou o Decreto n. 11.266 de 2022, alterando o Decreto n. 10.046 de 2019, remodelando o Comitê Central de Governança de Dados e estabelecendo garantias aos administrados²¹⁵. Ressalte-se a novel redação do parágrafo único do art. 16 do Decreto n. 10.046 de 2019, que preconiza:

É vedado o uso do Cadastro Base do Cidadão, ou o cruzamento deste com outras bases, para a realização de tratamentos de dados que visem mapear ou explorar comportamentos individuais ou coletivos de cidadãos, sem o consentimento expresso, prévio e específico dos indivíduos afetados e sem a devida transparência da motivação e finalidade.

213 A decisão se coaduna com as bases orientativas já erguidas pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD, que em seu Guia Orientativo para Tratamento de Dados Pessoais pelo Poder Público atribui como requisitos para o compartilhamento de dados entre entidades públicas a formalização e registro, a delimitação de objeto e finalidade, a existência de base legal, o estabelecimento de duração do tratamento, a garantia da transparência e atendimento dos direitos dos titulares, a prevenção e segurança, bem como a delimitação de funções e responsabilidades dos agentes de tratamento de dados pessoais.

214 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.649**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessado: Presidência da República. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 15. set. 2022.

215 GROSSMANN, Luís Osvaldo. **Novo decreto limita uso de dados, abre Comitê para sociedade e prevê punição**. Convergência Digital, 28 nov. 2022. Disponível em: <https://www.convergenciadigital.com.br/Governo/Legislacao/Novo-decreto-limita-uso-de-dados%2C-abre-Comite-para-sociedade-e-preve-punicao-62042.html>. Acesso em: 03 dez. 2022.

Nesse contexto, nota-se a preservação dos influxos protetivos da LGPD no compartilhamento de dados pela administração pública, aptos a realizar a coerente interpretação sociojurídica para a funcionalidade do GovData, plataforma de estrutura compartilhada entre a Serpro e a DataPrev²¹⁶. Como bem ensinam Bioni e Luciano²¹⁷, a abordagem normativa da LGPD, com foco nos riscos inerentes ao tratamento de dados, se traduz em “uma nova tipologia a respeito da emergência de mecanismos mais centrados na identificação e mitigação das incertezas e das probabilidades dos malefícios decorrentes da manipulação das informações pessoais dos indivíduos”.

A plataforma descortina um data lake, de dados brutos a serem tratados por intermédio de Big Data Analytics de entes integrantes do SISP – Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação²¹⁸. Como observa Gonçalves²¹⁹, trata-se de um Platform as a Service (PaaS), contratável por órgão público. Ademais, Bioni e colaboradores²²⁰ apontam os riscos inerentes aos data lakes públicos: (i) riscos relacionados à arquitetura informacional e ao arranjo de governança, ou riscos de abusos no uso de dados pessoais; e (ii) riscos de exclusão de cidadãos, decorrentes tanto do fenômeno de plataformização de serviços públicos, quando necessária certificação específica.

Necessário, portanto, se pensar em garantias que ultrapassem a mera legalidade e que atendam a salvaguardas materiais e procedimentais, atribuindo-se finalidade ao fundamento do interesse público específico a ser atingido²²¹, notadamente quando se

216 GONÇALVES, Tânia Carolina Nunes Machado. *Gestão de Dados Pessoais e Sensíveis pela Administração Pública Federal: desafios, modelos e principais impactos com a nova Lei*, 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário de Brasília (UnICEUB), 2019; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. O Estado entre dados e danos: uma releitura da Teoria do Risco Administrativo na sociedade da informação. In: FALEIROS JÚNIOR, J. L. M.; LONGHI, J. V. R.; GUGLIARA, R. (orgs.). **Proteção de dados pessoais na sociedade da informação: entre dados e danos**. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 21-47.

217 BIONI, Bruno; LUCIANO, Maria. O Princípio da Precaução na Regulação de Inteligência Artificial: Seriam as Leis de Proteção de Dados o seu Portal de Entrada?. In: BIONI, B. (org.). **Proteção de dados: contexto, narrativas e elementos fundantes**. São Paulo: B. R. Bioni Sociedade Individual de Advocacia, 2021, p. 293.

218 GONÇALVES, Tânia Carolina Nunes Machado. *Gestão de Dados Pessoais e Sensíveis pela Administração Pública Federal: desafios, modelos e principais impactos com a nova Lei*, 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário de Brasília (UnICEUB), 2019; MACEDO, Nathalia Brito de. **A Proteção de dados pessoais em banco de dados públicos no atual contexto da sociedade da informação: reflexões sobre o tratamento de dados pessoais pelo poder público brasileiro**. 2022, 93 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Natal, 2022.

219 GONÇALVES, Tânia Carolina Nunes Machado. **Gestão de Dados Pessoais e Sensíveis pela Administração Pública Federal: desafios, modelos e principais impactos com a nova Lei**, 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário de Brasília (UnICEUB), 2019.

220 BIONI, Bruno; GARROTE, Marina; MEIRA, Marina; PASCHOALINI, Nathan. **Entre a visibilidade e a exclusão: um mapeamento dos riscos da Identificação Civil Nacional e do uso de sua base de dados para a plataforma gov.br**. Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa, 2022.

221 WIMMER, Miriam. **Limites e possibilidades para o uso secundário de dados pessoais no poder**

põe em foco o uso compartilhado de dados pessoais por meio de sistemas de inteligência artificial.

3.2. Utilização de Sistemas de IA pelo Poder Público para Fins de Combate a Fraudes

A multiplicidade de funções do Estado na contemporaneidade reverbera uma igual pluralidade de modos de uso compartilhado de dados pessoais, ressaltando o desafio de compatibilizar a eficiência administrativa com as diretrizes de proteção de dados pessoais dos cidadãos²²². Dentre as funções estatais, destaca-se a utilização de informações pessoais para realização de investigações pela Administração Pública, em esfera administrativa e criminal²²³.

No âmbito da repressão a ilícitos administrativos, aponta-se a prevenção e combate à fraude tributária, notadamente na alçada da Receita Federal do Brasil (RFB), que tem suas atribuições regidas pela Lei Federal n. 11.457 de 2007. Como ressalta Jarude²²⁴, a fiscalização tributária tem o escopo de garantir a arrecadação necessária ao funcionamento do Poder Público, combatendo a fraude fiscal e demais ilícitos tributários.

A inclusão da Receita Federal na esfera do governo digital pressupõe a modernização do exercício de suas atribuições, o que culminou no estabelecimento do Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, desenvolvido pela Serpro, com objetivo de realizar a integração fiscal entre os entes federativos e uniformizar as obrigações acessórias, focando-se em Escrituração Contábil Digital, Escrituração Fiscal Digital e Nota Fiscal Eletrônica²²⁵. Além do SPED, outros sistemas compõem o universo de atuação

público: lições da pandemia. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 11, n. 1, p. 122-142, 2021.

222 WIMMER, Miriam. **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.

223 Inobstante restar afastada do universo de aplicação da LGPD, por força de seu art. 4º, inciso III, o uso de dados pessoais para fins de repressão e investigação criminal deve observar as diretrizes principiológicas desse diploma, conforme interpretação doutrinária vazada no Enunciado n. 678 da IX Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal: “Ao tratamento de dados realizado para os fins exclusivos elencados no inciso III do art. 4º da Lei Geral de Proteção de Dados (segurança pública, defesa nacional; segurança do Estado e atividades de investigação e repressão de infrações penais), aplicam-se o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos na LGPD, sem prejuízo de edição de legislação específica futura” (BRASIL. Conselho de Justiça Federal. Enunciado n. 678. IX Jornada de Direito Civil, Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1817>. Acesso em: 03 dez. 2022).

224 JARUDE, Jamile Nazare Duarte Moreno. **O estado da arte da fiscalização tributária federal e o uso de inteligência artificial.** 2020. 123 f. Dissertação (Mestrado em Direito – Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social) – Universidade de Marília, Marília, 2020.

225 GIESSLER, Gabriel Campanaro; FILIPIN, Roselaine. **O cruzamento de dados da Receita Federal**

da administração tributária federal, como o Simples Nacional e o eSocial - Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas, este último com destaque por abranger não só aspectos do fisco, mas questões plurissetoriais²²⁶.

O desempenho com enfoque fiscalizatório, por conseguinte, pressupõe o uso estratégico da informação para detecção de fraudes, através do recurso a uma Business Intelligence (BI), cujos dados processados são oriundos dos sistemas fontes²²⁷ e do SPED²²⁸. A Receita Federal realiza um cruzamento de dados – do contribuinte pessoa física, portanto, pessoais – de forma automática, mediante um sistema de inteligência artificial específico²²⁹.

No escopo técnico-jurídico, a atividade fiscalizatória da RFB se alimenta de dados constantes em Data Warehouse²³⁰, não em Data Lake, posto que naquele os dados já estão pré-selecionados, tratados e disponíveis para extração de informações, enquanto neste, os dados se apresentam em estado bruto²³¹. Não há, contudo, impedimento técnico para o fornecimento de dados da plataforma GovData – Data Lake – para pré-seleção e tratamento, a fim de fomentar um Data Warehouse.

Como ilustram Giessler e Filipin²³², o cruzamento de dados do contribuinte não é atividade recente, que sempre se realizou manualmente, sendo revitalizado com auxílio de novas tecnologias. Contemporaneamente, a RFB dispõe de um software

via SPED para as empresas brasileiras. 2017, 28 f. Monografia. Trabalho de Conclusão de Curso. Unijui. 2017.

226 JARUDE, Jamile Nazare Duarte Moreno. **O estado da arte da fiscalização tributária federal e o uso de inteligência artificial.** 2020. 123 f. Dissertação (Mestrado em Direito – Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social) – Universidade de Marília, Marília, 2020.

227 Exemplificando outras fontes de dados pessoais dos contribuintes para a Receita Federal, aponta-se a GIA – Guia da Informação e Apuração do ICMS, a DCFT – Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais e a DECRED – Declaração de Operações com Cartões de Crédito e a DOI – Declaração de Operações Imobiliárias (GIESSLER, Gabriel Campanaro; FILIPIN, Roselaine. **O cruzamento de dados da Receita Federal via SPED para as empresas brasileiras.** 2017, 28 f. Monografia. Trabalho de Conclusão de Curso. Unijui. 2017).

228 JARUDE, Jamile Nazare Duarte Moreno. **O estado da arte da fiscalização tributária federal e o uso de inteligência artificial.** 2020. 123 f. Dissertação (Mestrado em Direito – Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social) – Universidade de Marília, Marília, 2020.

229 SILVA, Leonardo Bruno da. **Inteligência Artificial aplicada ao Direito Tributário.** 2020, 78 f. il. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2020.

230 JARUDE, Jamile Nazare Duarte Moreno. **O estado da arte da fiscalização tributária federal e o uso de inteligência artificial.** 2020. 123 f. Dissertação (Mestrado em Direito – Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social) – Universidade de Marília, Marília, 2020.

231 GONÇALVES, Tânia Carolina Nunes Machado. **Gestão de Dados Pessoais e Sensíveis pela Administração Pública Federal: desafios, modelos e principais impactos com a nova Lei,** 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário de Brasília (UnICEUB), 2019.

232 GIESSLER, Gabriel Campanaro; FILIPIN, Roselaine. **O cruzamento de dados da Receita Federal via SPED para as empresas brasileiras.** 2017, 28 f. Monografia. Trabalho de Conclusão de Curso. Unijui. 2017.

específico, denominado Harpia, desenvolvido por engenheiros do ITA e executado por um supercomputador chamado T-Rex²³³, cujo desiderato é traçar um perfil do contribuinte a partir de sua vida financeira, identificando qualquer variação substancial²³⁴, através do recurso à machine learning de sistema de IA.

Observa-se, por conseguinte, que o manejo de informações pessoais do contribuinte através de sistemas de IA se orienta através da exponencialidade do volume de dados tratados, em uma verdadeira fome de dados – data hungry –, realizando-se uma perfilização e vigilância constante, detectando-se imediatamente a variação patrimonial “imotivada”²³⁵, a despeito da discussão sobre o uso ético dos algoritmos de aprendizagem e repressão a vieses discriminatórios. Não se vislumbra, ainda, a observância dos axiomas principiológicos que regem o tratamento de dados pessoais, notadamente a finalidade, adequação e necessidade, sob o afã da eficiência administrativa.

4. A Utilização de IA para Combate a Fraudes Trabalhistas na Espanha

A utilização de sistemas inteligentes para combate a fraudes ao Poder Público não é exclusividade do ordenamento brasileiro, encontrando exemplo promissor no âmbito do ordenamento jurídico espanhol, no contexto da inspeção do trabalho e seguridade social, cujas estruturas se busca compreender para trazer parâmetros de usabilidade em solo pátrio.

4.1. Elementos Fundantes da Herramienta de Lucha Contra el Fraude

A Herramienta de Lucha contra el Fraude é uma ferramenta do Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) espanhol de caráter preditivo que,

233 GIESSLER, Gabriel Campanaro; FILIPIN, Roselaine. **O cruzamento de dados da Receita Federal via SPED para as empresas brasileiras**. 2017, 28 f. Monografia. Trabalho de Conclusão de Curso. Unijui. 2017.

234 JARUDE, Jamile Nazare Duarte Moreno. **O estado da arte da fiscalização tributária federal e o uso de inteligência artificial**. 2020. 123 f. Dissertação (Mestrado em Direito – Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social) – Universidade de Marília, Marília, 2020; SILVA, Leonardo Bruno da. **Inteligência Artificial aplicada ao Direito Tributário**. 2020, 78 f. il. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2020.

235 JARUDE, Jamile Nazare Duarte Moreno. **O estado da arte da fiscalização tributária federal e o uso de inteligência artificial**. 2020. 123 f. Dissertação (Mestrado em Direito – Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social) – Universidade de Marília, Marília, 2020.

através do cruzamento de dados em bases distintas da Administração Pública, possibilita o planejamento da inspeção com base nos indícios de fraude, permitindo maior eficácia e eficiência na sua atuação²³⁶.

Ela é alimentada por bases de dados do Ministerio de Trabajo y Economía Social através da Administración de la Seguridad Social, mediante um sistema de operabilidade e convênio jurídico disposto nos artigos 16 e 24 da Ley 23/2015, delimitando-se os parâmetros investigativos da IA²³⁷.

A análise feita pela ferramenta corresponde à primeira de duas etapas realizadas pela Inspección de Trabajo. Após a identificação das possíveis irregularidades, as empresas identificadas são notificadas sobre os dados obtidos, possibilitando uma adequação voluntária da irregularidade. A segunda fase é iniciada um mês após o envio das notificações, momento em que a ITSS analisa os dados e o comportamento das referidas empresas, especialmente aquelas que não regularizaram a situação ou subitamente extinguíram os contratos fraudulentos. Nessas situações, são realizadas autuações por inspetores e subinspetores com o objetivo de comprovar diretamente as irregularidades²³⁸.

No ano de 2018 foram realizadas, através da ferramenta, 72.514 autuações no setor de contratos, dela resultando a revisão de 397.460 contratos de trabalho fraudulentos²³⁹. No ano seguinte foram 58.735 autuações no setor de contratos e 342.657 contratos fraudulentos revisados²⁴⁰. No ano de 2020, por sua vez, foram 47.403 autuações no setor de contratos e 258.346 revisões de contratos por fraude à lei²⁴¹.

Os resultados obtidos desde 2015, com a adoção do Big Data pela Oficina Nacional de Lucha Contra el Fraude, foram tão relevantes no combate à fraude laboral que o Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para o triênio 2021-2023 estabeleceu entre seus objetivos melhorar o planejamento das autuações de

236 ESPANHA. **Plan estratégico de la inspección de trabajo y seguridad social 2021, 2022 y 2023: Hacia un nuevo modelo de Inspección de Trabajo y Seguridad Social**. Disponível em: https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/plan_estrategico/plan_estrategico_ITSS_2021_2023.pdf. Acesso em: 18 dez. 2022.

237 ESPANHA. **Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo**. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-1130>. Acesso em: 18 dez. 2022.

238 ESPANHA. **Informe Anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social**. Madrid, 2018.

239 ESPANHA. **Informe Anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social**. Madrid, 2018.

240 ESPANHA. **Informe Anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social**. Madrid, 2019. Disponível em: https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Que_hacemos/Memorias/Memoria_2019.pdf. Acesso em: 18 dez. 2022.

241 ESPANHA. **Informe Anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social**. Madrid, 2020. Disponível em: https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Que_hacemos/Memorias/Memoria_2020_.pdf. Acesso em: 18 dez. 2022.

inspeção utilizando as ferramentas mais avançadas de inteligência artificial e fortalecer a Herramienta de Lucha contra el Fraude²⁴².

O uso da ferramenta inteligente pelo ITSS fundamenta a tomada da decisão sancionadora pelos inspetores e subinspetores, no entanto, vem sendo debatida no país ibérico a possibilidade de a inteligência artificial sancionar diretamente as empresas uma vez identificadas irregularidades trabalhistas, em um paralelo com atividade dos robots da Dirección General de Tráfico ao identificar e imediatamente multar pelo excesso de velocidade de veículos. O Algoritmo Max é, nesse sentido, uma iniciativa que permite a emissão automatizada de autos sancionatórios em matéria de controle de horas extras.

Sobre o uso de Big Data pela Administração Pública, a Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) aponta que esse tipo de tratamento, por natureza, culmina em situações em que o dado é utilizado para finalidades secundárias. Nesse sentido, a General Data Protection Regulation - GDPR não impede que os dados pessoais possam ser reutilizados para finalidades diferentes das que motivaram sua coleta, desde que estas não sejam incompatíveis com as iniciais²⁴³. A análise de incompatibilidade deve levar em consideração os critérios presentes no artigo 50 do referido regulamento, quais sejam: i. a relação entre a finalidade inicial do tratamento e outras finalidades posteriores; ii. a razoabilidade dos tratamentos posteriores; iii. a natureza e a sensibilidade dos dados objetos de tratamento; iv. o impacto que o tratamento posterior pode ter sobre os interessados e v. que sejam adotadas medidas de proteção, técnicas e organizativas adequadas. Ao fim, como toda atividade de tratamento, o uso de Big Data deve cumprir os princípios de licitude, lealdade e limitação do tratamento.

4.2. Compatibilidades e Distanciamentos entre a Utilização de IA Contra Fraude no Contexto Brasileiro e Espanhol

Para fins de verificação comparativa entre os contextos nacionais de utilização de sistemas de Inteligência Artificial com finalidade investigativa, elege-se os critérios de (i) forma de alimentação de dados pessoais, (ii) elementos de salvaguarda aos direitos fundamentais do administrado, e (iii) forma de tomada de decisão.

242 ESPANHA. **Informe Anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social**. Madrid, 2020. Disponível em: https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Que_hacemos/Memorias/Memoria_2020_.pdf. Acesso em: 18 dez. 2022.

243 AEPD. Agencia Española de Protección de Datos. **Guía de Tecnologías y Protección de Datos en las AA.PP.** p.32. Disponível em: <https://www.aepd.es/es/areas-de-actuacion/innovacion-y-tecnologia>. Acesso em: 18 dez. 2022.

A restrição de bases de dados desponta como principal elemento distintivo entre o uso de sistema de IA para persecução a fraudes no ordenamento brasileiro e espanhol. Inescapavelmente, a forma de alimentação da base de dados delimita parâmetros investigativos da ferramenta inteligente, de forma que há uma maior amplitude de atuação quanto maior a oferta de informações à IA²⁴⁴.

Observa-se a delimitação de bases de dados da Herramienta para aqueles contidos no âmbito do Ministerio de Trabajo y Economía Social, resultado de colaboração de órgãos da Administración Geral do Estado e da Administración das Comunidades Autônomas, nos termos da Ley 23/2015, formando um Data Warehouse, com dados pré-organizados e pré-tratados para a finalidade perseguida. A gestão de operabilidade se dá por meio de convênios e instrumentos jurídicos de legitimação do compartilhamento de bases de dados, recrudescendo uma base de dados unitária e integrada, que mantém a homogeneidade dos dados. Comparativamente, a estrutura de operação da fiscalização inteligente da Receita Federal do Brasil pressupõe o recrudescimento da base de dados, através de Data Warehouse específicos, bem como com possibilidade de utilização da plataforma Gov Data, abrindo-se possibilidades ilimitadas de alimentação de dados por meio deste Data Lake - cuja opacidade é de questionável razoabilidade²⁴⁵.

Nesse contexto, sobreleva mencionar a necessidade de estabelecimento de salvaguardas aos direitos fundamentais dos cidadãos, notadamente em face da constatação de que dados pessoais condizem com elementos da própria personalidade humana²⁴⁶. Em âmbito brasileiro, o Decreto nº 10.046/2019 pressupõe a observância do direito à preservação da intimidade e da privacidade da pessoa natural, a proteção dos dados e as normas e os procedimentos previstos na legislação no compartilhamento de dados pessoais entre os entes públicos, preservando-se ainda os níveis de compartilhamento conforme a confidencialidade dos dados. Observa-se um melhor detalhamento dos pressupostos fundamentais de proteção dos direitos dos titulares de dados pessoais, dispendo, inclusive, de um Comitê Central de Governança de Dados, composto de forma multissetorial albergando representantes da comunidade acadêmica.

Contudo, o item 12 do artículo 16 Ley 23/2015 dispensa a comunicação ao titular dos dados pessoais, ressaltando o caráter de usabilidade posterior dos dados em posse da

244 JARUDE, Jamile Nazare Duarte Moreno. **O estado da arte da fiscalização tributária federal e o uso de inteligência artificial**. 2020. 123 f. **Dissertação (Mestrado em Direito – Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social)** – Universidade de Marília, Marília, 2020.

245 GONÇALVES, Tânia Carolina Nunes Machado. **Gestão de Dados Pessoais e Sensíveis pela Administração Pública Federal: desafios, modelos e principais impactos com a nova Lei**, 2019. **Dissertação (Mestrado em Direito)** – Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), 2019.

246 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: A função e os limites do consentimento**. 3. ed. Rev., e Atual. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

administração pública para o alcance da multiplicidade de suas funções. Não se verifica o estabelecimento de garantias específicas ao compartilhamento de dados pessoais entre órgãos do Poder Público Espanhol, como ocorre na norma brasileira, sendo as garantias dos titulares relegadas à hermenêutica jurídica de compatibilização da Ley 23/2015 com as normativas de proteção de dados pessoais aplicáveis àquele país.

Ademais, quanto à forma de tomada de decisão, observa-se uma escalada dos riscos na Espanha pela transição de uma evidence-based policy utilizada para fundamentação de decisões sancionatórias, para um cenário de crescente adoção da atividade punitiva também realizada através de inteligência artificial, ou seja, sem intervenção humana. No Brasil, o uso de inteligência artificial pela Administração Pública ocorre predominantemente no modelo evidence-based policy, tomando como exemplo o software Harpia.

5. Considerações Finais

No decorrer do presente constructo se objetivou compreender as bases sociojurídicas que norteiam a discussão do uso de sistemas de Inteligência Artificial na Administração Pública, ante as nuances que dizem respeito à coleta, armazenamento e compartilhamento de dados pessoais dos administrados. Conceitualmente, o uso de sistemas de Inteligência Artificial se destaca pela mimetização do comportamento humano através da aprendizagem de máquina e aprendizagem profunda, que descortinam questões éticas no tocante à transparência e uso benéfico desses sistemas. Dessa forma, o uso de sistemas de IA pelo Poder Público aponta para discussão ainda mais sensível, posto que a massificação de dados à sua disposição pode recrudescer a acurácia dos algoritmos de aprendizagem, porém, aumentando os riscos sociais inerentes à discriminação e enviesamento algorítmico e tomada de decisão com consequências aos direitos fundamentais dos administrados.

Para tanto, o compartilhamento de dados entre órgãos da administração pública pressupõe uma governança que atenda aos imperativos de proteção de dados pessoais e prevenção de violação a direitos fundamentais dos administrados. Em âmbito brasileiro o uso compartilhado de dados é regido pelo Decreto nº 10.046/2019 com influxos normativos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, e possui aplicação em diversos sistemas inteligentes, com escólio no princípio da eficiência administrativa. Preconizou-se uma interoperabilidade pautada na Governança Administrativa.

O uso de inteligência artificial no âmbito da administração pública brasileira ganha relevo ante os mecanismos de combate a fraudes tributárias, através do Sistema Público

de Escrituração Digital – SPED, operado através do recurso a um Business Intelligence (BI) da Receita Federal do Brasil (RFB), mediante cruzamento de dados pessoais dos contribuintes constantes em amplo espectro de bases de dados de diferentes origens, a despeito da discussão sobre o uso ético dos algoritmos de aprendizagem e repressão a vieses discriminatórios.

Inobstante, no âmbito comparado encontra-se elementaridade comparativa com o uso de Inteligência Artificial em investigações de fraudes à legislação trabalhista e securitária do ordenamento espanhol, através da Herramienta de Lucha contra el Fraude. Com base em critérios comparativos, destaca-se que a Herramienta é alimentada com bases de dados integrada e unificada, interoperável com órgãos da Administração Geral do Estado e Administração das Comunidades Autônomas da Espanha, em contraponto à descentralização de bases de dados que alimentam o BI da Receita Federal do Brasil.

Contudo, o compartilhamento de dados no ordenamento espanhol não dispõe expressamente de garantias aos direitos fundamentais dos administrados, relegando à hermenêutica jurídica de compatibilidade das disposições da Ley 23/2015 com as normas de proteção de dados pessoais, enquanto que o ordenamento brasileiro descortina a previsão expressa de observância de diretrizes inerentes à Proteção de Dados no uso compartilhado de dados, tanto no Decreto Regulamentador, quanto em seção específica na Lei nº 13.709/2018. Por fim, quanto à forma de tomada de decisão, observa-se no ordenamento espanhol a transição de um sistema de Política Pública fundamentada em Evidência para a aplicação de sanções administrativas pelo próprio sistema de IA afastando-se da usabilidade da BI da Receita Federal do Brasil que se restringe à indicação de perfis e elementos investigação para o auditor.

Ao cabo, conclui-se que a discussão do uso de IA pelo Poder Público deve ser norteadada pela correta administração e governança do compartilhamento de bases de dados, para prevenção de enviesamento algorítmicos e observância dos direitos inerentes à Proteção de Dados Pessoais dos administrados, viabilizando a evidence-based policy e eficiência administrativa. Sugere-se a amplificação de estudos que analisem a forma de interoperabilidade de dados no Poder Público sob o prisma constitucional de proteção de dados pessoais, identificando a vulnerabilidade do administrado frente à Administração e assimetria informacional.

5. Conclusão

A partir das bases criminológico críticas se direcionaram as lentes para a seara da exploração do trabalho docente das mulheres, haja vista o caráter histórico de

abusos, violações e funções atreladas às questões de gênero em sociedade patriarcais e capitalistas. Neste norte, a proposta define os danos sociais na primeira etapa a fim de que a mensuração empírica apresente um sentido que transcenda a previsão jurídico-penal ou a ideia de sanção, denotando que os processos de exploração econômica pautados pela lógica neoliberal contemporânea não se encontram presos a conceitos tão restritivos na sua dinâmica de expansão.

Posto isso, o estudo se moveu no entorno do questionamento a respeito dos danos sociais resultantes da espécie de trabalho nominada como *home office*, a qual teve sua aplicação ao ensino superior intensificada durante a pandemia de Covid-19, e por essa razão se indagou sobre seus efeitos às mulheres docentes do ensino superior privado na localidade de Passo Fundo-RS.

Com base na coleta de campo foram relatadas inúmeras formas de danos sociais às docentes em virtude do *home office*, o que inclui desde prejuízos: a) de ordem física, como lesões de todas as ordens (por esforço repetitivo, aspectos posturais, dentre outras formas específicas atreladas ao modelo de trabalho); b) psíquicos, em razão dos sintomas relatados pelas entrevistadas, e no caso de algumas delas, pela necessidade de acompanhamento profissional e medicamentoso; c) encargos financeiros, pelos gastos despendidos com elementos necessários à realização das aulas, além de aspectos estruturais de transmissão; d) sobrecarga no volume de trabalho e responsabilidades transmitidas às docentes, onde convergem processos institucionais, falta de amparo, treinamentos e mesmo de apoio familiar na compatibilização das atividades.

Conclui-se, dessa forma, com base na amostra levantada, pela existência de uma pluralidade de danos sociais sendo suportados por parte das mulheres docentes do ensino superior privado na cidade de Passo Fundo. Demonstra-se assim uma situação de intensificação de vulnerabilidades ignoradas pelo campo jurídico, fato este que expõe o incremento abusivo do capitalismo contemporâneo, o seu avanço sobre o ensino superior e, mais uma vez, a violação dos direitos básicos das mulheres como regra social.

BIBLIOGRAFIA FINAL

ACIOLY, Luis Henrique de Menezes. **A aplicação do Princípio da Função Social do Contrato em Contratos Eletrônicos de redes sociais e seu papel na democratização de Direitos Fundamentais.** Revista Conversas Civilísticas, Salvador, v. 1, n. 2, p. 111-134, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/conversascivilisticas/article/view/47143>. Acesso em: 03 ago. 2022.

ACIOLY, Luis Henrique de Menezes. **Reflexões sobre a Utilização da Inteligência Artificial e Algoritmos nas Relações Consumeristas à Luz da Lei Geral de Proteção de Dados.** Revista Brasileira de Direito Comercial, Concorrência, Empresarial e do Consumidor. Porto Alegre: Lex Magister. v. 48, p. 165-187, ago./set. 2022.

AEPD - Agencia Española de Protección de Datos. **Guía de Tecnologías y Protección de Datos en las AA.** PP. p.32. Disponível em: <https://www.aepd.es/es/areas-de-actuacion/innovacion-y-tecnologia>. Acesso em: 18 dez. 2022.

ALCANTARA, Valderí de Castro; PEREIRA, José Roberto; SILVA, Érica Aline Ferreira. **Gestão Social e Governança Pública: aproximações e (de)limitações teórico-conceituais.** Revista de Ciências da Administração. v. 17, 2015, p. 11-29.

BIGONHA, Carolina. Inteligência Artificial em Perspectiva. Panorama Setorial da Internet, a. 10, n. 2, p. 1-9, jul./out. 2018.

BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de Dados Pessoais: A função e os limites do consentimento. 3. ed. rev., e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BIONI, Bruno; GARROTE, Marina; MEIRA, Marina; PASCHOALINI, Nathan. **Entre a visibilidade e a exclusão: um mapeamento dos riscos da Identificação Civil Nacional e do uso de sua base de dados para a plataforma gov.br.** Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa, 2022.

BIONI, Bruno; LUCIANO, Maria. **O Princípio da Precaução na Regulação de Inteligência Artificial: Seriam as Leis de Proteção de Dados o seu Portal de Entrada?**. In: BIONI, B. (org.). Proteção de dados: contexto, narrativas e elementos fundantes. São Paulo: B. R. Bioni Sociedade Individual de Advocacia, 2021 p. 281-313. x

BRAGA NETTO, Felipe; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. **A atividade estatal entre o ontem e o amanhã: reflexões sobre os impactos da inteligência artificial no direito**

público. In: FALEIROS JÚNIOR, J. L. M.; BARBOSA, M. M.; BRAGA NETTO, F. P.; SILVA, M. C. (orgs.). *Direito digital e inteligência artificial*. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 449-476.

BRASIL. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. **Guia Orientativo de Tratamento de Dados Pessoais pelo Poder Público.** jan. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-poder-publico-anpd-versao-final.pdf>. Acesso em 03 dez. 2022.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. **Enunciado n. 678.** IX Jornada de Direito Civil, Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1817>. Acesso em: 03 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.649.** Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessado:

BRIESEMEISTER, Gabriela; VASCONCELOS, Sthéfane Alves. Democracia digital e sua garantia na relação entre Estado brasileiro e sociedade. In: LONGHI, J. V. R.; FALEIROS JÚNIOR, J. L. M.; BORGES, G. O. A.; REIS, G. (coords.). *Fundamentos do Direito Digital*. Uberlândia: LAECC, 2020, p. 431-456.

CASADO, Eduardo Gamero. Interoperabilidad y administración electrónica: conéctense, por favor. *Revista de Administración Pública*. Madri, n. 179, p. 291-332, mai/ago. 2009.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Trad. Roneide Venâncio Majer. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

COMISSÃO EUROPEIA. A definition of AI: Main capabilities and scientific disciplines. 2019. Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>. Acesso em: 03 dez. 2022.

DUARTE, ALAN. *A Antidiscriminação no contexto da inteligência artificial: possibilidades de governança mediante a normatização de algoritmos*. Fortaleza: Mucuripe, 2021.

ESPAÑA. Informe Anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, 2018.

ESPAÑA. Informe Anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, 2019. Disponível em: https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Que_hacemos/Memorias/Memoria_2019.pdf. Acesso em: 18 dez. 2022.

ESPAÑA. Informe Anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, 2020. Disponível em: https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Que_hacemos/Memorias/Memoria_2020_.pdf. Acesso em: 18 dez. 2022.

ESPAÑA. Plan estratégico de la inspección de trabajo y seguridad social 2021, 2022 y 2023: Hacia un nuevo modelo de Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Disponível em: https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Que_hacemos/TSS_2021_2023.pdf. Acesso em: 18 dez. 2022.

ESPAÑA. Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-1130>. Acesso em: 18 dez. 2022.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. Administração pública digital: proposições para o aperfeiçoamento do regime jurídico administrativo na sociedade da informação. Indaiatuba: Foco, 2020.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. O Estado entre dados e danos: uma releitura da Teoria do Risco Administrativo na sociedade da informação. In: FALEIROS JÚNIOR, J. L. M.; LONGHI, J. V. R.; GUGLIARA, R. (orgs.). Proteção de dados pessoais na sociedade da informação: entre dados e danos. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 21-47.

FONSECA, Edson Pires da. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2022.

FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela Martinez. Desafios para a efetividade dos programas de compliance. In: CUEVA, R. V. B.; FRAZÃO, A. (Coords.). Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

GABRIEL, Martha. Inteligência Artificial: Do Zero ao Metaverso. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

GEORGE, Éric. Da “sociedade da informação” à “sociedade 2.0”: o retorno dos discursos “míticos” sobre o papel das TICs nas sociedades. *Líbero*, São Paulo, v. 14, n. 27, p. 45-54, jun. de 2011. Disponível em: <https://seer.casperlibero.edu.br/index.php/libero/article/view/362>. Acesso em: 03 dez. 2022.

GISSLER, Gabriel Campanaro; FILIPIN, Roselaine. O cruzamento de dados da Receita Federal via SPED para as empresas brasileiras. 2017, 28 f. Monografia. Trabalho de Conclusão de Curso. Unijui. 2017. Disponível em: <http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/4661>. Acesso em: 10 out. 2022.

GIOVANINI, Adilson. Economia compartilhada e governança pública. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 54, n. 5, p. 1207-1238, set./out. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0034-761220190080>. Acesso em: 03 dez. 2022.

GONÇALVES, Tânia Carolina Nunes Machado. Gestão de Dados Pessoais e Sensíveis pela Administração Pública Federal: desafios, modelos e principais impactos com a nova Lei, 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), 2019.

GROSSMANN, Luís Osvaldo. Novo decreto limita uso de dados, abre Comitê para sociedade e prevê punição. *Convergência Digital*, 28 nov. 2022. Disponível em: <https://www.convergenciadigital.com.br/Governo/Legislacao/Novo-decreto-limita-uso-de-dados%2C-abre-Comite-para-sociedade-e-preve-punicao-62042.html>. Acesso em: 03 dez. 2022.

GUTIÉRREZ, Rubén Martínez. Administración pública electrónica. Pamplona: Thomson Reuters, 2009.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Teoria Geral do Direito Digital. 2.ed. Trad. Italo Fuhrmann. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

JARUDE, Jamile Nazare Duarte Moreno. O estado da arte da fiscalização tributária federal e o uso de inteligência artificial. 2020. 123 f. Dissertação (Mestrado em Direito –

Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social) – Universidade de Marília, Marília, 2020.

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. A função do direito frente à inteligência artificial. In: BARBOSA, M. M.; BRAGA NETTO, F.; SILVA, M.C.; FALEIROS JÚNIOR, J. L. M. (coords.). Direito Digital e Inteligência Artificial: Diálogos entre Brasil e Europa. Indaiatuba: Foco, 2021 p. 81-93.

MACEDO, Nathalia Brito de. A Proteção de dados pessoais em banco de dados públicos no atual contexto da sociedade da informação: reflexões sobre o tratamento de dados pessoais pelo poder público brasileiro. 2022, 93 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Natal, 2022.

MADALENA, Juliano. Regulação das Fronteiras da Internet: um primeiro passo para uma Teoria Geral do Direito Digital. In: MARTINS, G. M.; LONGHI, J. V. R. (coords.). Direito Digital: Direito Privado e Internet. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 183-206.

MAGALHÃES, Alice Azevedo; GOMES, Tércio Spínola. Regulação de sistemas de reconhecimento facial para fins de segurança pública no brasil: riscos e desafios. Revista Humanidades e Inovação. v.8, n. 47, p. 168-182, 2021.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; CUKIER; Kenneth. Big Data: como extrair volume, variedade e valor. Trad. Paulo Polzonoff Junior. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela. Discriminação algorítmica: conceito, fundamento legal e tipologia. Revista de Direito Público, v. 16, n. 90, p. 39-64, nov./dez. 2019.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL. Yolanda Díaz presenta la herramienta pionera que permitirá conocer el impacto de los algoritmos en las condiciones de trabajo. Disponível em: <https://prensa.mites.gob.es/WebPrensa/noticias/ministro/detalle/4118>. Acesso em 18 dez. 2022.

MORAIS, José Luís Bolzan de. O estado de direito “confrontado” pela “revolução da internet”. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, v. 13, n. 3, p. 876-903, dez. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/33021>. Acesso em: 03 dez. 2022.

MULHOLLAND, Caitlin; FRAJHOF, Isabella. Entre as leis da robótica e a ética: regulação para o adequado desenvolvimento da inteligência artificial. In: BARBOSA, M. M.; BRAGA NETTO, F.; SILVA, M.C.; FALEIROS JÚNIOR, J. L. M. (coords.). *Direito Digital e Inteligência Artificial: Diálogos entre Brasil e Europa*. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 65-80.

OLIVEIRA, Manuela. *A aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) nos cartórios extrajudiciais: uma análise acerca da expedição de certidões em ofícios de registro de imóveis da Bahia*. 2022, 88 f. il. Monografia – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2022.

PASQUALE, F. A esfera pública automatizada. Trad. Marcelo Santos e Victor Varcely. *Revista eletrônica do Programa de Mestrado em Comunicação da Faculdade Cásper Líbero*. Ano XX, n. 39, p. 16-35, jan.-ago. 2017.

REILLY, Marcelo Bauzá. La Administración electrónica a la luz de los principios. In: HUESO, Lorenzo Coutinho; TORRIJOS, Julián Valero. (coords.). *Administración electrónica: la ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos y los retos jurídicos del e-gobierno en España*. Valencia: Tirant do Blanch, 2010.

RIBEIRO, Júlia Melo Carvalho. Inteligência artificial e responsabilidade civil sob a perspectiva do direito do consumidor. In: CHAVES, N. C.; COLOMBI, H. (orgs.). *Direito e Tecnologia: novos modelos e tendências*. Porto Alegre: Fi, 2021. p. 313-336.

ROSA, Fernanda. Entendendo os algoritmos: propriedades e dilemas. In: *ICT households 2017 / Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR*, São Paulo: CGI.br. 2017, p. 67-73.

SANTANNA, Gustavo da Silva. A necessária relação entre interoperabilidade e compartilhamento de dados, transparência administrativa e privacidade: uma análise do comportamento da Administração Pública a partir da LGPD. In: CRAVO, D. C.; CUNDA, D. Z. G.; RAMOS, R. (orgs.). *Lei Geral de Proteção de Dados e o poder público*. Porto Alegre: Escola Superior de Gestão e Controle Francisco Juruena; Centro de Estudos de Direito Municipal, 2021, p. 85-102.

SILVA, Leonardo Bruno da. *Inteligência Artificial aplicada ao Direito Tributário*. 2020, 78 f. il. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2020.

SILVA, Nilton Correia. *Notas Iniciais sobre a Evolução dos Algoritmos do Victor: o primeiro*

projeto de inteligência artificial em supremas cortes do mundo. In: FERNANDES, R. V. C.; CARVALHO, A. G. P. (coords.). Tecnologia jurídica & direito digital: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia – 2018, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 89-94.

SOUZA, Carlos Affonso; PERRONE, Christian; MAGRANI, Eduardo. O Direito à Explicação entre a experiência europeia e a sua positivação na LGPD. In: MENDES, L. S.; DONEDA, D.; SARLET, I. W.; RODRIGUES JÚNIOR, O. L. (coords.). Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 254-281.

WIMMER, Miriam. 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.

WIMMER, Mirian. Cidadania, tecnologia e Governo digital: proteção de dados pessoais no estado movido a dados. In: ICT households 2019: Pesquisa Sobre o Uso das Tecnologias de Informação e Comunicação no Setor Público Brasileiro. Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR, São Paulo: CGI.br. 2019, p. 27-36.

WIMMER, Mirian. Proteção de dados pessoais no Poder Público: incidência, bases legais e especificidades. Revista do Advogado. v. 39, n. 144, nov., 2019, p. 126-133.

ZULLO, Bruno; TORRES, Maurílio; ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Big Data, algoritmos e inteligência artificial na Administração Pública: reflexões para a sua utilização em um ambiente democrático. In: FALEIROS JÚNIOR, J. L. M.; BARBOSA, M. M.; BRAGA NETTO, F. P.; SILVA, M. C. (orgs.). Direito digital e inteligência artificial. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 473-493.



Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB**?
Gostaria de submeter seu trabalho a Revista Direito.UnB?
Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>
e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.

MICRO TAREFAS, INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E TURKERS: NOVAS TECNOLOGIAS E O FUTURO DO TRABALHO

MICROTASKS, ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND TURKERS: IMPACT OF NEW TECHNOLOGIES FOR LABOUR'S FUTURE

Recebido: 17.11.2022

Aceito:

Clarissa Maria Beatriz Brandão de Carvalho Kowarskil

Professora permanente do mestrado no Programa de pós-graduação em Direito Constitucional PPGDC-UFF e Representante da sociedade civil em Comissões Especiais de Licitação da Agência Nacional do Petróleo.

E-mail: clarissak@id.uff.br



Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6751-3239>

Ana Luiza de Moraes Gonçalves Correia

Mestre em Direito Constitucional PPGDC-UFF e Pós-graduanda em Direito Digital pelo ITS RIO, pós-graduação lato sensu em parceria com a UERJ.

E-mail: anluizacorreia@id.uff.br



Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9709-6672>

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo destacar e alertar para a discussão e a deficitária pesquisa sobre as micro tarefas, dada a dinâmica do mercado digital e a lacuna regulatória enfrentada em alguns países. Para tanto, por intermédio de uma abordagem qualitativa e de perfil exploratório, bem como dos métodos de estudo de caso e de revisão bibliográfica, buscará a análise do caso da *Amazon Mechanical Turk* enquanto meio de compreender o conceito, o funcionamento e os riscos das plataformas de micro tarefas para os trabalhadores da plataforma (*turkers*), em especial, no contexto brasileiro, com a posterior exposição da ferramenta do cooperativismo de plataforma adotado por Trebor Scholz em prol de uma economia digital mais justa, de modo a auxiliar nas reflexões e no incentivo a mecanismos capazes de combater os princípios da ideologia do Vale do Silício, adotados pelas gigantes da tecnologia. Nesse sentido, foram alcançados resul-



Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.

This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that allows sharing in any format as long as the original work is properly acknowledged.

tados que apontam para um tratamento deficitário no campo das micro tarefas, seja em termos de orientações e mecanismos de reivindicação aos trabalhadores; seja no sentido de transparência e disponibilização de informações e dados, que apontam para uma problemática invisível.

Palavras-chave: Micro tarefas. Plataformas de Trabalho Digital. Amazon Mechanical Turk. Inteligência Artificial. Cooperativismo de Plataforma.

ABSTRACT

This article aims to highlight and draw attention to discussions and research deficits related to microtasks, given the dynamics of the digital market and the regulatory gap in some countries. To this end, using a qualitative approach and exploratory profiling, as well as case study and literature review methods, the article seeks to analyze the case of Amazon Mechanical Turk to understand the concept, functioning and risks of microtasking platforms for its workers (“turkers”), especially in the Brazilian context, with the subsequent presentation of the platform cooperativism tool adopted by Trebor Scholz in the name of a more equitable digital economy, to support the reflection and promotion of mechanisms capable of countering the principles of the Silicon Valley ideology of the technology giants. In that regard, results were achieved that point to a deficient treatment in the field of micro tasks, whether in terms of guidelines and mechanisms to claim the workers; or in terms of transparency and availability of information and data, which point to an invisible problem.

Keywords: Micro-tasks. Digital Labour Platforms. Amazon Mechanical Turk. Artificial Intelligence. Platform Cooperativism.

1. INTRODUÇÃO

Na história do direito do trabalho, não é incomum a exposição sobre a escravidão, a servidão e o surgimento das corporações, com o posterior advento da Revolução Industrial do século XVIII - e eventual contraposição do capitalismo comercial com o capitalismo industrial – fenômeno responsável por consequências importantes que influenciaram efeitos atualmente sentidos na economia e na relação de trabalho, como a interação entre a ciência e a tecnologia e a afirmação de que os avanços, assim como as inovações

tecnológicas são determinantes do desenvolvimento econômico²⁴⁷.

Com esta finalidade em vista, desenvolveram-se formas de aprimorar os resultados do trabalho humano e, do ponto de vista dos empresários, de aumentar os ganhos. O investimento em inovação, portanto, foi uma das ferramentas adotadas, através da qual percebeu-se o surgimento de tecnologias, por exemplo, capazes de produzir um comportamento humano inteligente, voltadas, dentre outros, para o alívio do trabalho humano.

A dificuldade de definir, com precisão, a história da Inteligência Artificial é reconhecida pelos historiadores, o que, no entanto, não impede a observação de elementos que iluminem seu surgimento, seja no campo mítico e das lendas, com histórias como a do flautista mecânico do final do século XVII e da lenda do Golém, do fim do século XVI, referente à criação de um homem artificial com o nome de Joseph Golém por um rabino de Praga, na Tchecoslováquia²⁴⁸; seja âmbito teórico, por exemplo, através das preocupações de Descartes, filósofo racionalista do século XVII, sobre os autômatos²⁴⁹.

No campo prático, a Inteligência Artificial (IA) tornou-se um projeto efetivo apenas após a Segunda Guerra Mundial, com o aparecimento de computadores modernos²⁵⁰; com o desenvolvimento da indústria bélica; com a realização de experimentos²⁵¹; e, em especial, com a ocorrência do Simpósio de Hixon em 1948, evento que reuniu especialistas de diversas áreas para discutir a relação entre a mente humana e o computador²⁵².

Apesar da referida dificuldade, tem-se percebido, cada vez mais, a utilização da Inteligência Artificial e sua articulação com outros campos, como o do direito, em especial, tendo em vista a temática do presente artigo, do direito do trabalho.

Ocorre, no entanto, que a Inteligência Artificial, apesar do nome e longe do que

247 JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2019, p. 66.

248 TEIXEIRA, João de Fernandes. O que é Inteligência Artificial. **Laboratório Interdisciplinar de Ensino de Filosofia e Sociologia**, UFSC, 14 set., 2009, p. 05. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/praxis/395>. Acesso em: 16 nov. 2022.

249 TEIXEIRA, João de Fernandes. O que é Inteligência Artificial. **Laboratório Interdisciplinar de Ensino de Filosofia e Sociologia**, UFSC, 14 set., 2009, p. 06. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/praxis/395>. Acesso em: 16 nov. 2022.

250 TEIXEIRA, João de Fernandes. O que é Inteligência Artificial. **Laboratório Interdisciplinar de Ensino de Filosofia e Sociologia**, UFSC, 14 set., 2009, p. 03. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/praxis/395>. Acesso em: 16 nov. 2022.

251 TEIXEIRA, João de Fernandes. O que é Inteligência Artificial. **Laboratório Interdisciplinar de Ensino de Filosofia e Sociologia**, UFSC, 14 set., 2009, p. 08. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/praxis/395>. Acesso em: 16 nov. 2022.

252 TEIXEIRA, João de Fernandes. O que é Inteligência Artificial. **Laboratório Interdisciplinar de Ensino de Filosofia e Sociologia**, UFSC, 14 set., 2009, p. 09. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/praxis/395>. Acesso em: 16 nov. 2022.

muitos imaginam, apresenta-se enquanto um conceito muito amplo, distanciando-se da ideia de que é simplesmente um sinônimo de que máquinas ou robôs possuem uma inteligência no mesmo nível dos seres humanos. A Inteligência Artificial refere-se, dentre outros, aos algoritmos e ao *machine learning* (ML), atualmente responsável pelo funcionamento da Google e da Amazon.

Nessa lógica, empresas como a Amazon, por exemplo, criaram plataformas de trabalho digital, geradoras de “trabalhos fantasma”²⁵³, sendo, neste caso específico, desenvolvida a plataforma de *crowdsourcing* em 2008, chamada *Amazon Mechanical Turk* (AMT), objeto de estudo do presente artigo, mediante a qual são realizados micro tarefas ou micro trabalhos, como transcrição e coleta de dados, marcação e transcrição de imagens²⁵⁴, por trabalhadores da plataforma.

Determinado contexto, no entanto, apesar de ainda ser considerado uma incógnita, expõe situações e elementos já conhecidos e presenciados, como condições degradantes de trabalho, baixos salários e garantias mínimas aos trabalhadores. Podendo, inclusive, apontar para situações ainda mais precárias se levar em consideração fatores como o valor dos dados pessoais; a submissão dos trabalhadores; a falta de regulação; bem como o contexto de países do Sul Global, quando comparados com países considerados desenvolvidos.

Desse modo, o presente trabalho buscará destacar e alertar, enquanto objetivo principal, para a discussão da nova modalidade de trabalho digital que, apesar de alcançar a realidade de muitos trabalhadores ao redor do mundo, sendo o Brasil um deles, é lacunoso e obscuro para grande parte da população e até mesmo por estudiosos e profissionais, sendo pouco explorada, quando comparada com outras modalidades dentro ou fora do mercado digital.

Com isso, através da exposição dos estudos e da análise sobre os micro tarefas, em especial, relacionados com a *Amazon Mechanical Turk* - dada a potência da mesma para esse novo mercado – buscará despertar o interesse e a necessidade de pesquisadores e profissionais não apenas do Direito, mas também de outras áreas, em realizar a coleta e, principalmente, a produção de dados quantitativos capazes de contribuir para a literatura voltada para a temática das micro tarefas.

O motivo de escolha do tema justifica-se, portanto, não apenas pela insuficiência

253 GRAY, Mary L.; SURI, Siddharth. **Ghost Work**: how to stop Silicon Valley from building a New Global Underclass. New York: Houghton Mifflin Harcourt, 2019.

254 HARA, Kotaro; ADAMS, Abi; MILLAND, Kristy; SAVAGE, SAIPH; CALLISON-BURCH, Chris; BIGHAM, Jeffrey P. A Data-Driven Analysis of Workers’ Earnings on Amazon Mechanical Turk. **CHI ‘18**: Proceedings of the 2018 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems, abril, n. 449, p. 2, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1145/3173574.3174023>. Acesso em: 12 mar. 2022.

de dados quantitativos a respeito dos micro tarefas, conforme saliendo por alguns autores analisados, mas também pela necessidade de expor os estudos já realizados na área e os dados relativos à forma de desenvolvimento desse novo mercado; sobre quem são esses trabalhadores; de que forma eles se organizam; qual o tamanho desse mercado e o seu impacto para a mercado de trabalho, dentre outras questões, de modo a examinar alternativas voltadas para o melhor interesse e a proteção do bem-estar e dos direitos dos trabalhadores brasileiros, como a proposta da cooperativismo de plataforma, já que essas preocupações podem ser prejudicadas pela falta de informação.

2. PLATAFORMAS DE MICRO TAREFAS: CONCEITO E FUNCIONAMENTO DA AMAZON MECHANICAL TURK

As plataformas de trabalho digital têm se desenvolvido ao longo dos últimos anos, sendo, inclusive o atual foco de discussão de especialistas de diversos ramos de ensino e pesquisa, tendo em vista as novidades e os desafios que apresentam ao mercado de trabalho e ao mercado digital, tudo isso graças à inovação tecnológica.

Essas plataformas, além de oferecerem novos mercados às empresas e mais oportunidades geradoras de rendimentos aos trabalhadores, alteraram a relação entre os trabalhadores e os negócios; a forma pela qual as empresas se organizam; bem como o processo de trabalho²⁵⁵.

Segundo a Organização Internacional do Trabalho²⁵⁶, as plataformas de trabalho podem ser divididas em duas categorias: plataformas em linha baseadas na web e as plataformas baseadas na localização.

As primeiras são plataformas que permitem às empresas externalizam tarefas para uma força de trabalho global a um custo reduzido, assim como a completude de tarefas a um ritmo mais rápido do que é possível no modelo tradicional de externalização²⁵⁷. Nesse

255 ILO. **World Employment and Social Outlook 2021: The role of digital labour platforms in transforming the world of work.** Geneva: OIT, 2021, p. 03. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_771749.pdf. Acesso em: 14 mar. 2022.

256 OIT. **As plataformas digitais e o futuro do trabalho:** promover o trabalho digno no mundo digital. Bureau Internacional do Trabalho – Genebra, BIT, 2020. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_752654.pdf. Acesso em: 20 mar. 2022.

257 ILO. **World Employment and Social Outlook 2021: The role of digital labour platforms in transforming the world of work.** Geneva: OIT, 2021, p. 74. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_771749.pdf. Acesso em: 14

sentido, são assim classificadas as plataformas de freelance; as plataformas baseadas nos custos; as plataformas de programação competitivas; e as plataformas de micro tarefas.

Já as plataformas baseadas na localização são aquelas voltadas para os serviços de entregas e de táxi, isto é, são as plataformas de taxi - como 99, Uber, Ola, dentre outras – e as plataformas de delivery – como iFood, Uber Eats, Rappi, dentre outros²⁵⁸.

O foco de análise, portanto, do presente estudo será aquele referente à categoria das plataformas de micro tarefas, enquanto plataformas de trabalho digital, na qual se encontram a Appen; ClickWorker; Microworkers; e a AMT.

No geral, as plataformas de micro tarefas são caracterização por sua especialização em tarefas de curta duração; com preços, geralmente, determinados unilateralmente pelas plataformas ou pelo cliente (como é o caso da AMT); e com a cobrança de uma taxa de comissão aos clientes, determinada em relação ao montante pago aos trabalhadores da plataforma, sendo ela avaliada e cobrada no momento do pagamento pelo trabalho realizado, com possíveis cobranças de taxas adicionais por algumas das plataformas, em casos de serviços adicionais com escolha de requisitos específicos de escolha do cliente, como idade, sexo, experiência ou nacionalidade²⁵⁹.

O modelo de produção e de estruturação utilizado por essas plataformas é o do *crowdsourcing*, termo genérico para várias abordagens que compartilham o atributo da dependência de alguma contribuição da multidão²⁶⁰, tendo em vista o seu princípio central de que os grupos possuem mais conhecimento do que indivíduos²⁶¹.

Determinado modelo, além de ser capaz de atrair pessoas com ou sem credenciais profissionais²⁶²; permitir novas tecnologias; e facilitar novas formas de trabalho²⁶³;

mar. 2022.

258 ILO. **World Employment and Social Outlook 2021: The role of digital labour platforms in transforming the world of work.** Geneva: OIT, 2021, p. 75. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_771749.pdf. Acesso em: 14 mar. 2022.

259 ILO. **World Employment and Social Outlook 2021: The role of digital labour platforms in transforming the world of work.** Geneva: OIT, 2021. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_771749.pdf. Acesso em: 14 mar. 2022.

260 HOWE, Jeff. **Crowdsourcing: why the power of the crowd is driving the future of business.** New York: Crown Publishing Group, 2008, p. 217.

261 HOWE, Jeff. **Crowdsourcing: why the power of the crowd is driving the future of business.** New York: Crown Publishing Group, 2008, p. 218.

262 HOWE, Jeff. **Crowdsourcing: why the power of the crowd is driving the future of business.** New York: Crown Publishing Group, 2008, p. 27.

263 HARA, Kotaro; ADAMS, Abi; MILLAND, Kristy; SAVAGE, SAIPH; CALLISON-BURCH, Chris; BIGHAM, Jeffrey P. A Data-Driven Analysis of Workers' Earnings on Amazon Mechanical Turk. **CHI '18: Proceedings of the 2018 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems**, abril, n. 449, p. 1, 2018. DOI: <https://>

também é considerada uma forma de conectar organizações a potenciais trabalhadores via internet, sendo, por isso, o método mais adequado para atribuir pequenas parcelas de trabalho – as chamadas micro tarefas – através da internet²⁶⁴.

Um dos principais exemplos de mercado de *crowdsourcing* é a AMT, também conhecida por *MTurk*. Referida plataforma permite que empresas se sirvam da inteligência, dos *insights* e das habilidades coletivas para “(...) simplificar os processos de negócios, aumentar a coleta e análise de dados e acelerar o desenvolvimento do aprendizado da máquina”²⁶⁵.

Esse modelo de produção possibilita, portanto, que tarefas menores - micro tarefas; *tasks* ou *Human Intelligence Tasks* (HITS) -, incapazes ou de difícil executividade pelas máquinas, sejam atribuídas a trabalhadores distribuídos pela internet, possibilitando que haja uma terceirização da força de trabalho e de processos empresariais, isto é, determinadas micro tarefas, são atribuídas pelos *requesters*, de acordo com a sua necessidade e interesse, geralmente, de uma só vez (grupo de HITS) para que sejam completados por trabalhadores humanos individuais (*turkers*).

Os *requesters* podem exigir que os *turkers* tenham determinadas qualificações para executar todas ou algumas das tarefas atribuídas, como apresentar, por exemplo, uma taxa de aprovação de HITS superior a noventa e cinco por cento²⁶⁶, sendo, inclusive, condição para aceitação por parte dos trabalhadores.

Por fim, após o aceite de uma tarefa – havendo ou não qualificação a ser preenchida – e a execução da mesma, os trabalhadores devem submetê-la aos *requesters* de forma que eles avaliem e, posteriormente, aprovem ou rejeitem as referidas tarefas.

2.1. RISCOS, PRECARIZAÇÃO E O CASO DOS *TURKERS* BRASILEIROS

Para a verificação de possíveis riscos existentes aos trabalhadores das plataformas de micro tarefas, torna-se indispensável compreender de que forma as informações são dispostas pela mesma, em comparação com os reais fatores encarados pelos mesmos

doi.org/10.1145/3173574.3174023. Acesso em: 12 mar. 2022.

264 BRABHAM, Daren C. **Crowdsourcing**. Cambridge: MIT Press, 2013, p. 36.

265 MTURK. **Amazon Mechanical Turk**, 2018. Disponível em: <https://www.mturk.com/>. Acesso em: 13 mar. 2022.

266 HARA, Kotaro; ADAMS, Abi; MILLAND, Kristy; SAVAGE, SAIPH; CALLISON-BURCH, Chris; BIGHAM, Jeffrey P. A Data-Driven Analysis of Workers' Earnings on Amazon Mechanical Turk. **CHI '18: Proceedings of the 2018 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems**, abril, n. 449, p. 1, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1145/3173574.3174023>. Acesso em: 12 mar. 2022.

em sua rotina de trabalho.

O site oficial da *MTurk* apresenta três benefícios de determinada estrutura: a otimização de tarefas, tendo em vista que a plataforma, ao terceirizar micro tarefas, possibilita que a equipe interna tenha mais tempo para se concentrar em atividades de maior valor; o aumento da flexibilidade, sob a justificativa de que o acesso e a disponibilização da força de trabalho global, as empresas e as organizações sejam capazes de realizar o trabalho de forma mais rápida e com facilidade; e a redução de custos, levando em consideração que o modelo de pagamento por tarefa e o fato de alavancar tarefas de trabalhadores pode ser mais benéfico, em termos de resultados e custos, quando comparado com a resposta de uma equipe dedicada²⁶⁷.

Todos os benefícios apresentados, no entanto, são voltados para as empresas ou organizações, isto é, aos *requesters*. Nesse sentido, tem-se desenvolvido estudos que buscam demonstrar os problemas e os malefícios aos trabalhadores, em contraponto aos benefícios auferidos pelos *requesters*, apesar de ser apontado, por grande parte deles, uma certa deficiência de dados quantitativos a respeito do assunto e, por alguns, da subnotificação das condições do micro trabalho por pesquisas sociais em geral²⁶⁸.

Determinadas pesquisa são importantes tendo em vista que existem condições de serviços oferecidas pelas plataformas que são capazes de afetar diretamente as condições de trabalho do empregado, especialmente em áreas como o controle da conta e do perfil do mesmo; a avaliação e o pagamento do trabalho; a privacidade; a segurança e o bem-estar dos trabalhadores; bem como os direitos legais dos trabalhadores²⁶⁹.

Utilizando-se do plugin *Crowd Workers* do Chrome, desenvolvido para divulgar o salário/ hora efetivo das tarefas dos trabalhadores e rastrear quais tarefas e quando os trabalhadores aceitam e enviam ou retornam as tarefas, no período entre setembro de 2014 e janeiro de 2017, totalizando um número de 3,808,020 de HITs registrados, dentre os quais 104,939 foram realizados em grupo e 2, 676 por trabalhadores individuais, os pesquisadores Kotaro Hara, Abi Adams, Kristy Milland *et. al*²⁷⁰, analisaram o nível e a

267 MTURK. **Amazon Mechanical Turk**, 2018. Disponível em: <https://www.mturk.com/>. Acesso em: 13 mar. 2022.

268 TUBARO, Paola; LUDEC, Clément Le; CASILLI, Antonio A. Counting 'micro-workers': societal and methodological challenges around new forms of labour. **Work organisation, labour & globalisation**, v. 14, n. 1, 2020, pp. 68. DOI: [10.13169/workorglaboglob.14.1.0067](https://doi.org/10.13169/workorglaboglob.14.1.0067). Acesso em: 16 mar. 2022.

269 OIT. **As plataformas digitais e o futuro do trabalho**: promover o trabalho digno no mundo digital. Bureau Internacional do Trabalho – Genebra, BIT, 2020, p. 100. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_752654.pdf. Acesso em: 20 mar. 2022.

270 HARA, Kotaro; ADAMS, Abi; MILLAND, Kristy; SAVAGE, SAIPH; CALLISON-BURCH, Chris; BIGHAM, Jeffrey P. A Data-Driven Analysis of Workers' Earnings on Amazon Mechanical Turk. **CHI '18: Proceedings of the 2018 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems**, abril, n. 449, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1145/3173574.3174023>. Acesso em: 12 mar. 2022.

distribuição dos salários por hora e os ganhos na empresa.

Baseando-se no número de 2.676 de trabalhadores individuais, com realização de 3.8 milhões de tarefas na plataforma, os autores alcançaram os seguintes resultados: cerca de 96% (noventa e seis por cento) desses trabalhadores recebem um salário inferior ao salário mínimo federal dos Estados Unidos; o valor médio pago por tarefa pelos *requesters* é de cerca de \$2,00 (dois dólares) por hora, valor considerado deficiente e injusto; apenas 4% (quatro por cento) dos trabalhadores recebem mais do que \$7,25 (sete dólares e vinte e cinco centavos) por hora, sendo a maioria dos trabalhadores que recebem abaixo desse valor, aqueles que são tradicionalmente excluídos do mercado de trabalho formal; e a existência de trabalhos invisíveis nesse contexto²⁷¹.

O valor médio apontado, no entanto, não exclui o fato de que algumas tarefas atribuídas pelos *requesters*, em razão do baixo nível de complexidade, podem remunerar apenas \$0,01 (um centavo de dólar) por minuto trabalhado²⁷². Já a média anual pode ser configurada entre \$20 a \$30 dólares.

Assim sendo, são constatadas não apenas a condição e a submissão dos trabalhadores a tarefas injustas e sua má remuneração, mas também a presença de trabalhos invisíveis, considerados aqueles trabalhos não pagos, tendo em vista que na *MTurk* são remunerados apenas os trabalhadores que completarem com sucesso as tarefas aceitas, isto é, são invisíveis pois são desconsiderados o tempo gasto em tarefas que retornam; em tarefas rejeitadas; e o tempo despendido entre as tarefas e as horas trabalhadas.

A baixa remuneração dos *turkers*, inclusive, é considerado um fator e elemento intencional que contribui para a ocultação de informações e para a queda da renda das plataformas abaixo dos limites fiscais determinados e, conseqüentemente, contribui para que as atividades realizadas pelos trabalhadores sejam subnotificadas²⁷³.

Algumas questões existentes interferem na instabilidade dos ganhos e nas condições estressantes dos trabalhadores, como o sistema de classificação assimétrica

271 HARA, Kotaro; ADAMS, Abi; MILLAND, Kristy; SAVAGE, SAIPH; CALLISON-BURCH, Chris; BIGHAM, Jeffrey P. A Data-Driven Analysis of Workers' Earnings on Amazon Mechanical Turk. **CHI '18: Proceedings of the 2018 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems**, abril, n. 449, p. 1, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1145/3173574.3174023>. Acesso em: 12 mar. 2022.

272 ROSS, J.; IRANI, I.; SILBERMAN, M. Six; ZALDIVAR, A.; TOMLINSON, B. Who are the Crowdworkers?: Shifting Demographics in Amazon Mechanical Turk. In: **Conference on Human Factors in Computing Systems – Proceedings**, 2010, p. 2863. DOI: <http://dx.doi.org/10.1145/1753846.1753873>. Disponível em: dl.acm.org/citation.cfm?id=1753873. Acesso em: 16 mar. 2022.

273 TUBARO, Paola; LUDEC, Clément Le; CASILLI, Antonio A. Counting 'micro-workers': societal and methodological challenges around new forms of labour. **Work organisation, labour & globalisation**, v. 14, n. 1, 2020. DOI: [10.13169/workorgalaboglob.14.1.0067](https://doi.org/10.13169/workorgalaboglob.14.1.0067). Acesso em: 16 mar. 2022.

adotado pela plataforma e as próprias características das mesmas²⁷⁴. Outros fatores, em igual sentido, como a obscuridade da identidade dos trabalhadores e, portanto, a sua descontextualização, levam os *requesters* à oferecerem preços baixos e injustos ou até mesmo a pagar pelo trabalho realizado²⁷⁵.

Em razão deste último motivo, mediante a adoção de uma pesquisa exploratória para recolher dados demográficos simples sobre a população trabalhadora, baseando-se em um número de 573 (quinhentos e setenta e três) trabalhadores que submeteram tarefas completas, tudo isso num período de uma semana, um estudo anterior de 2009, foram apresentados resultados que apontaram para uma população de trabalhadores diversa, no que tange a idade, nível de educação e indicador socioeconômico²⁷⁶.

Além disso, demonstrou que fatores como o acesso à conexão de internet, bem como o domínio da língua inglesa, também são apontados como fatores que interferem na variedade da nacionalidade dos mesmos²⁷⁷. No entanto, tendo em vista, inclusive, a alteração da demografia do mercado, a passagem do tempo e as barreiras enfrentadas pelos pesquisadores pela falta de transparência, essa condição se modificou e é apresentada diferentemente em outros estudos, sendo encontrados muitos trabalhadores, por exemplo, em países como o Brasil.

Apesar de ser considerada uma realidade recente no Brasil²⁷⁸, o número de trabalhadores da plataforma no país tem aumentado, assim como tem ocorrido com as

274 HARA, Kotaro; ADAMS, Abi; MILLAND, Kristy; SAVAGE, SAIPH; CALLISON-BURCH, Chris; BIGHAM, Jeffrey P. A Data-Driven Analysis of Workers' Earnings on Amazon Mechanical Turk. **CHI '18: Proceedings of the 2018 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems**, abril, n. 449, p. 2, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1145/3173574.3174023>. Acesso em: 12 mar. 2022.

275 ROSS, J.; IRANI, I.; SILBERMAN, M. Six; ZALDIVAR, A.; TOMLINSON, B. Who are the Crowdworkers?: Shifting Demographics in Amazon Mechanical Turk. In: **Conference on Human Factors in Computing Systems – Proceedings**, 2010. DOI: <http://dx.doi.org/10.1145/1753846.1753873>. Disponível em: dl.acm.org/citation.cfm?id=1753873. Acesso em: 16 mar. 2022.

276 Os resultados apontados demonstravam que os trabalhadores são, majoritariamente dos Estados Unidos (57%), seguida da Índia (32%); com idade média de 31 (trinta e um) anos; sendo a maioria dos que participaram do sexo feminino (55%); com uma maioria (66%) qualificada, isto é, com diploma universitário ou avançado; e uma disputa entre 38% (trinta e oito por cento) empregados em tempo integral e 31% (trinta e um por cento) desempregados. ROSS, J.; IRANI, I.; SILBERMAN, M. Six; ZALDIVAR, A.; TOMLINSON, B. Who are the Crowdworkers?: Shifting Demographics in Amazon Mechanical Turk. In: **Conference on Human Factors in Computing Systems – Proceedings**, 2010, p. 2864. DOI: <http://dx.doi.org/10.1145/1753846.1753873>. Disponível em: dl.acm.org/citation.cfm?id=1753873. Acesso em: 16 mar. 2022.

277 ROSS, J.; IRANI, I.; SILBERMAN, M. Six; ZALDIVAR, A.; TOMLINSON, B. Who are the Crowdworkers?: Shifting Demographics in Amazon Mechanical Turk. In: **Conference on Human Factors in Computing Systems – Proceedings**, 2010, p. 2863. DOI: <http://dx.doi.org/10.1145/1753846.1753873>. Disponível em: dl.acm.org/citation.cfm?id=1753873. Acesso em: 16 mar. 2022.

278 MORESCHI, B.; PEREIRA, G.; COZMAN, Fabio G. The brazilian workers in Amazon Mechanical Turk: Dreams and realities of ghost workers. **Contracampo – Brazilian Journal of Communication**, v. 39. n.1, 2020, p. 50. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/contracampo/article/view/38252>. Acesso em: 17 mar. 2022.

plataformas de trabalho digital como um todo.

O contexto brasileiro, no entanto, é encarado de forma diferente, assim como alguns países do Sul global, quando comparados com os Estados Unidos, por exemplo, o que possibilita a caracterização dos seus trabalhadores como sendo uma classe abaixo da subclasse, tendo em vista condições como o alto número de desempregados, resultado de uma grave crise econômica²⁷⁹, situação que piorou no ano de 2021, com um número de 12,0 milhões de desempregados no quarto trimestre do ano²⁸⁰.

Para mais, uma pesquisa recente²⁸¹ demonstrou que o desemprego é uma das razões que piora as condições de trabalho dos *turkers* brasileiros; constatou a dificuldade dos trabalhadores de receberem a remuneração pelo seu trabalho; bem como verificou a dificuldade dos trabalhadores de encararem a ausência de leis regulatórias sobre a *MTurk* enquanto uma situação injusta, apesar do reconhecimento pelos mesmos, ao menos da grande maioria, de que são trabalhadores.

Essas e outras questões são verificadas quando da análise das plataformas de trabalho digital, que apresentam, ainda, muitas lacunas no que tange ao seu funcionamento e à sua estruturação. Em especial das plataformas de micro tarefas, ainda pouco exploradas em pesquisas e estudos, principalmente no âmbito nacional.

Apesar disso, estudos relacionados com plataformas de trabalho digital no sentido amplo, como o primeiro relatório publicado em março deste ano pelo projeto *Fair Work Brazil*²⁸² já avançam nesse sentido, mediante a verificação da expansão de plataformas de micro trabalhos e do trabalho informal no Brasil.

O Relatório apresentado ratifica a questão de que empresas como a *MTurk*, quando referentes ao contexto brasileiro, são analisadas mediante as características específicas do mercado de trabalho deste país, com a verificação de altas taxas de desemprego, bem como de subocupação²⁸³, sendo encontrado, ainda, cerca de cinquenta e quatro

279 MORESCHI, B.; PEREIRA, G.; COZMAN, Fabio G. The brazilian workers in Amazon Mechanical Turk: Dreams and realities of ghost workers. **Contracampo** – Brazilian Journal of Communication, v. 39. n.1, 2020. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/contracampo/article/view/38252>. Acesso em: 17 mar. 2022.

280 IBGE. **Desemprego**, 2022. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>. Acesso em: 17 mar. 2022.

281 MORESCHI, B.; PEREIRA, G.; COZMAN, Fabio G. The brazilian workers in Amazon Mechanical Turk: Dreams and realities of ghost workers. **Contracampo** – Brazilian Journal of Communication, v. 39. n.1, 2020. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/contracampo/article/view/38252>. Acesso em: 17 mar. 2022.

282 FAIRWORK. **Fairwork Brazil Ratings 2021: Towards Decent Work in the Platform Economy**. Porto Alegre, Brazil; Oxford, United Kingdom, Berlin, Germany, 2022. Disponível em: <https://fair.work/en/fw/publications/fairwork-brazil-ratings-2021-towards-decent-work-in-the-platform-economy/>. Acesso em: 19 mar. 2022.

283 FAIRWORK. **Fairwork Brazil Ratings 2021: Towards Decent Work in the Platform Economy**. Porto Alegre, Brazil; Oxford, United Kingdom, Berlin, Germany, 2022, p. 09. Disponível em: <https://fair.work/en/fw/publications/fairwork-brazil-ratings-2021-towards-decent-work-in-the-platform-economy/>. Acesso em:

plataformas de micro trabalho em atividade no Brasil²⁸⁴.

Ainda, baseando nos princípios da remuneração justa; das condições justas; dos contratos justos; da gestão e da representação justas, o projeto *Fair Work* elucida que, apesar de não haverem dispositivos específicos no Brasil que regulamentem as relações de trabalho em plataformas digitais, pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em especial seus artigos 2 e 3, é possível reconhecer a presença dos aspectos da subordinação, da pessoalidade, da habitualidade e da onerosidade e, portanto, da configuração da relação de trabalho, diferentemente do que entende as empresas, o que resulta – quando possível - na necessidade dos trabalhadores de recorrerem ao judiciário para terem suas pretensões e seus direitos garantidos²⁸⁵, questão que, nem sempre, geram resultados positivos aos mesmos.

As empresas, em sua maioria, elaboram e dispõem de condições de serviço das plataformas digitais de trabalho com cláusulas que, além de demandar a confirmação por parte do trabalhador de que são trabalhadores por conta própria ou prestadores de serviços independentes, incorrem em contradição ao limitarem a autonomia do trabalhador ao restringirem questões como o modo que a atividade será executada e a proibição de subcontratação, por exemplo; bem como a confirmação da transferência dos direitos de propriedade intelectual sobre o produto do seu trabalho e, em alguns casos, a elaboração de cláusulas nas condições de serviços que buscam a renúncia por parte do trabalhador do direito de adentrar ações judiciais coletivas²⁸⁶.

Situação, inclusive, que é percebido mediante a atuação da AMT:

(...) as Condições de Utilização da AMT referem que «os trabalhadores executam tarefas para os requisitantes na qualidade de prestadores de serviços independentes e não como trabalhadores por conta de outrem de um requisitante ou da Amazon Mechanical Turk», que não têm direito a «qualquer um dos benefícios que um requisitante ou a Amazon Mechanical Turk possam

19 mar. 2022.

284 FAIRWORK. **Fairwork Brazil Ratings 2021: Towards Decent Work in the Platform Economy.** Porto Alegre, Brazil; Oxford, United Kingdom, Berlin, Germany, 2022, p. 11. Disponível em: <https://fair.work/en/fw/publications/fairwork-brazil-ratings-2021-towards-decent-work-in-the-platform-economy/>. Acesso em: 19 mar. 2022.

285 FAIRWORK. **Fairwork Brazil Ratings 2021: Towards Decent Work in the Platform Economy.** Porto Alegre, Brazil; Oxford, United Kingdom, Berlin, Germany, 2022, p. 12. Disponível em: <https://fair.work/en/fw/publications/fairwork-brazil-ratings-2021-towards-decent-work-in-the-platform-economy/>. Acesso em: 19 mar. 2022.

286 OIT. **As plataformas digitais e o futuro do trabalho:** promover o trabalho digno no mundo digital. Bureau Internacional do Trabalho – Genebra, BIT, 2020, p. 105. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_752654.pdf. Acesso em: 20 mar. 2022.

conceder aos seus trabalhadores por conta de outrem, como subsídios de férias, licenças por doença e planos de seguros, incluindo seguro de saúde coletivo ou prestações de reforma», e que «não têm direito a prestações por acidentes de trabalho em caso de acidente». Existem declarações semelhantes nas condições e acordos de outras plataformas. Com essa prática, as plataformas tentam subtrair-se à responsabilidade de assegurar as proteções habitualmente previstas na legislação laboral ou nos acordos coletivos de trabalho, incluindo o acesso a prestações sociais²⁸⁷.

A precariedade e o esquecimento dos trabalhadores de plataformas digitais são percebidos em seus mais diversos aspectos. No entanto, o fortalecimento dessa classe, mediante é reconhecido por “cooperativismo de plataforma”, foi o instrumento encontrado por Trebor Scholz²⁸⁸ para o contorno – ao menos em parte – da referida situação, em busca de modelos justos e, portanto, na contramão dos *standarts* da ideologia do Vale do Silício, fundamento da atuação das grandes empresas de tecnologia.

3. O COOPERATIVISMO DE PLATAFORMA E A LÓGICA DO VALE DO SILÍCIO RUMO À DESPROTEÇÃO DO TRABALHADOR

A relação principal entre a Inteligência Artificial e as micro tarefas ou micro trabalhos é percebida mediante a verificação de que estas últimas servem de fonte do desenvolvimento científico e da indústria da inteligência artificial, o que apoia a transformação digital das empresas. Referido crescimento, no entanto, é retroalimentado, isto é, as micro tarefas também se desenvolvem com o crescimento da IA e da intensa produção de dados.

Em linhas gerais, as atividades que os *turkers* realizam na plataforma são aquelas que, apesar de serem simples para os seres humanos, são difíceis para os computadores²⁸⁹, todas elas rápidas e fáceis de serem executadas, como: coleta de dados, transcrição de

287 OIT. **As plataformas digitais e o futuro do trabalho**: promover o trabalho digno no mundo digital. Bureau Internacional do Trabalho – Genebra, BIT, 2020, p. 59. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_752654.pdf. Acesso em: 20 mar. 2022.

288 SCHOLZ, Trebor. **Cooperativismo de Plataforma**: contestando a economia do compartilhamento corporativa. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; Editora Elefante; Autonomia Literária. Tradução por Rafael A. F. Zanatta, 2016, 96 pp.

289 ROSS, J.; IRANI, I.; SILBERMAN, M. Six; ZALDIVAR, A.; TOMLINSON, B. Who are the Crowdworkers?: Shifting Demographics in Amazon Mechanical Turk. In: **Conference on Human Factors in Computing Systems – Proceedings**, 2010, p. 1. DOI: <http://dx.doi.org/10.1145/1753846.1753873>. Disponível em: dl.acm.org/citation.cfm?id=1753873. Acesso em: 16 mar. 2022.

áudio, rotulagem/etiquetagem de imagem, classificação de vídeos e imagens, ordenação de imagens, transcrição de fragmentos de texto, registro de declarações, dentre outras. Em outras palavras, há uma atividade intensiva do trabalhador com dados.

O contato que os trabalhadores possuem com os outros trabalhadores e com os *requesters* são limitados. A abstração e o destaque da individualidade de cada um deles não são incentivados. A *MTurk* parece apta a fornecer um ambiente único e exclusivamente com fomento da interação entre máquina e trabalhador.

A falta de um ambiente de interação entre os trabalhadores, portanto, demonstra-se como um outro fator da precariedade do trabalho intermediado pelas plataformas digitais, questão que é orientada no sentido contrário dos princípios da propriedade coletiva, do trabalho associado e de mecanismos voltados para uma remuneração justa²⁹⁰.

Nesse sentido, o cooperativismo de plataforma²⁹¹ surge como alternativa para uma economia digital mais justa, mediante o envolvimento de “modelos de propriedade democrática para a internet”²⁹², enquanto ferramenta de contraposição à lógica da economia de compartilhamento, que “traz formas jurássicas de trabalho enquanto desencadeia uma máquina antissindical colossal”²⁹³, e ao capitalismo de plataforma, impulsionada pela concentração da propriedade das instituições e do lucro corporativo.

Isso porque o modo como as plataformas digitais têm operado parece estar voltada para o favorecimento da lógica da posição dominante no mercado, com objetivos já conhecidos. No entanto, sustentadas por novas abordagens, com valorização de objetivos e estratégias diversas das tradicionais.

Impulsionados pela ideologia do Vale do Silício, os protagonistas, isto é, as empresas com poder de mercado, sustentam-se na oferta dinâmica de preços e informações em tempo real²⁹⁴; e em uma estrutura dependente do alcance da posição dominante no

290 FAIRWORK. **Fairwork Brazil Ratings 2021: Towards Decent Work in the Platform Economy.** Porto Alegre, Brazil; Oxford, United Kingdom, Berlin, Germany, 2022, p. 23. Disponível em: <https://fair.work/en/fw/publications/fairwork-brazil-ratings-2021-towards-decent-work-in-the-platform-economy/>. Acesso em: 19 mar. 2022.

291 SCHOLZ, Trebor. **Cooperativismo de Plataforma:** contestando a economia do compartilhamento corporativa. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; Editora Elefante; Autonomia Literária. Tradução por Rafael A. F. Zanatta, 2016, 96 pp.

292 SCHOLZ, Trebor. **Cooperativismo de Plataforma:** contestando a economia do compartilhamento corporativa. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; Editora Elefante; Autonomia Literária. Tradução por Rafael A. F. Zanatta, 2016, p. 15.

293 SCHOLZ, Trebor. **Cooperativismo de Plataforma:** contestando a economia do compartilhamento corporativa. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; Editora Elefante; Autonomia Literária. Tradução por Rafael A. F. Zanatta, 2016, p. 22.

294 GONZALEZ, A. J. Tech power: a critical approach to digital corporations. **Teknokultura: Revista de Cultura Digital y Movimientos Sociales**, v. 17, n. 1, 2020, pp.77-85. <https://doi.org/10.5209/tekn.66931>.

mercado, próximo à estrutura tradicional de monopólios²⁹⁵.

Ademais, as ações das empresas são fundamentadas em pilares divergentes do modelo tradicional, como: a extração de dados, com rejeição de qualquer esforço regulatório voltado para a proteção de padrões morais de privacidade, por serem encarados enquanto obstáculos ao progresso; bem como a dominação de uma infraestrutura informacional, através, por exemplo, de códigos abertos, a um custo “invisível”; e a exploração da força de trabalho, mediante a promessa de horários e contratos flexíveis, assim como maior autonomia²⁹⁶.

No campo da sociologia, a discussão aponta para o fato de que as plataformas digitais têm, cada vez mais, operado para a construção de sujeitos neoliberais²⁹⁷, por um falso sentimento de liberdade, tendo em vista o cunho empreendedor dotado pelas empresas às plataformas de trabalho digital, com tendência ao aprisionamento do indivíduo à valorização e à ideia do “investimento” em técnicas de aprimoramento pessoal, com o objetivo de validar o individualismo na rede, bem como de transferir responsabilidades aos indivíduos.

A desregulação do referido capitalismo, ainda, é um fator que impulsiona o comportamento não protetivo das empresas e permite que haja uma exploração dos trabalhadores vulneráveis em uma escala desmedida, sem a real avaliação dos efeitos e do valor agregado para os mesmos²⁹⁸. Sem a proteção legal, os empregadores, vistos como intermediadores, encontram justificativas e meios de não cumprirem com a proteção de direitos e garantias dos trabalhadores.

Os *turkers* não encontram na plataforma um meio disponível para se relacionarem e se organizarem com outros trabalhadores, situação que é intrínseca à economia do compartilhamento, já que, desde a sua origem na década de 1980, houve uma limitação da crença de que os sindicatos detinham habilidade para cuidar daqueles²⁹⁹.

Acesso em: 20 mar. 2022, p. 79.

295 GONZALEZ, A. J. Tech power: a critical approach to digital corporations. **Teknokultura: Revista de Cultura Digital y Movimientos Sociales**, v. 17, n. 1, 2020, pp.77-85. <https://doi.org/10.5209/tekn.66931>. Acesso em: 20 mar. 2022, p. 80.

296 JIMENEZ, Aitor. The Silicon Doctrine. Triple C: communication, capitalism & critique. **Journal for a Global Sustainable Information Society**, v. 18, n. 1, 2020, pp. 322-336. Disponível em: <https://www.triple-c.at/index.php/tripleC/article/view/1147>. Acesso em: 21 mar. 2022.

297 UNDURRAGA, T.; OSSANDÓN, J. Facebook te enseña a ser neoliberal: entrevista a Philip Mirowski. **Serie Documentos de Trabajo COES**, Documento de trabajo nº 39, pp. 1-20, 2020.

298 SCHOLZ, Trebor. **Cooperativismo de Plataforma: contestando a economia do compartilhamento corporativa**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; Editora Elefante; Autonomia Literária. Tradução por Rafael A. F. Zanatta, 2016, p. 29.

299 SCHOLZ, Trebor. **Cooperativismo de Plataforma: contestando a economia do compartilhamento corporativa**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; Editora Elefante; Autonomia Literária. Tradução por Rafael A. F. Zanatta, 2016, p. 34.

Entendimento orientado no sentido contrário ao direito de associação previsto no artigo 511 da CLT que dispõe ser:

(...) lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas.

Ainda, contrário ao disposto no artigo 2 da Declaração da OIT sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho:

2. Declara que todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as convenções aludidas, têm um compromisso derivado do fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade, de boa fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções, isto é:

- a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva;
- b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório;
- c) a abolição efetiva do trabalho infantil; e
- d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

A via encontrada para tanto foi a da utilização de ferramentas externas, como ocorre no Brasil, país onde encontram-se grupos, como o de WhatsApp, criado por um grupo de trabalhadores da AMT, chamado *MTurk*.

Através desse grupo, os trabalhadores, além de compartilharem informações sobre as melhores tarefas do dia, também orientam uns aos outros em casos de rejeição da tarefa executada por parte dos *requesters*; com a burocracia do sistema; bem como se mobilizam para defender mudanças na plataforma relacionadas, por exemplo, com o problema da impossibilidade de serem remunerados de forma direta³⁰⁰.

É tamanha, portanto, a importância da possibilidade de organização e da

300 MORESCHI, B.; PEREIRA, G.; COZMAN, Fabio G. **The brazilian workers in Amazon Mechanical Turk: Dreams and realities of ghost workers.** *Contracampo – Brazilian Journal of Communication*, v. 39. n.1, 2020, p. 60. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/contracampo/article/view/38252>. Acesso em: 17 mar. 2022.

transparência entre trabalhadores e empregadores, que a Organização Internacional do Trabalho (OIT) inseriu, em 2020, a disposição de meios juridicamente vinculativos através da sindicalização, da negociação coletiva e, sendo o caso, de conselhos de trabalhadores e de direito de co-determinação, para que suas necessidades e seus desejos sejam conhecidos e comunicados aos operadores de plataformas³⁰¹, enquanto um dos dezoito critérios para um trabalho mais justo nas plataformas.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os esforços para a manutenção e avanço em relação à proteção dos direitos e garantias e, conseqüentemente, do bem-estar do trabalhador não são recentes. Os estudos e a implementação de ferramentas para o alcance do referido objetivo devem estar em constante supervisão e aprimoramento, especialmente diante de um cenário dinâmico no qual o mercado digital está inserido.

As estratégias utilizadas pelas grandes empresas do ramo da tecnologia – as *big techs* – tem sido das mais diversas e inovadoras, muitas vezes, com a finalidade de reduzir ou, até mesmo, eliminar entraves para o seu desenvolvimento e para a obtenção de lucro, podendo ser apresentadas como justificativa, como é verificado em alguns casos, a tentativa da redução dos prejuízos ao consumidor.

Com a inovação, novas demandas têm surgido, o que exige a adaptação das empresas. Os dados têm sido valorizados cada vez mais, no entanto, pelo fato da Inteligência Artificial ser muito limitada em alguns setores, tem-se tornado necessária a interferência e atuação humana para que haja o melhor aproveitamento e o entendimento completo da informação apresentada.

Nesse sentido, plataformas de trabalho digital têm surgido no mercado digital, com a oferta de maior autonomia e flexibilidade aos trabalhadores que depositam cada vez mais seu tempo através do trabalho para as plataformas e, portanto, altamente subordinado às mesmas.

A referida subordinação, no entanto, é encarada como sendo problemática, já que a forma de disposição e a preocupação dessas empresas com a garantia de um trabalho digno aos trabalhadores é quase nula, sendo eles tratados como máquinas, sem a necessidade de condições mínimas de sustento e proteção.

301 OIT. **As plataformas digitais e o futuro do trabalho:** promover o trabalho digno no mundo digital. Bureau Internacional do Trabalho – Genebra, BIT, 2020, p. 106. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_752654.pdf. Acesso em: 20 mar. 2022.

O tratamento se apresenta deficitário e alerta para uma problemática invisível e restrita àqueles que se encontram inseridos no contexto trabalhista das plataformas, sendo, ainda, considerados prejudicados por não terem instrumentos mínimos de reivindicação, comunicação e denúncia no interior da plataforma. A falta de transparência no interior das plataformas e a lacuna de informações também no exterior, a respeito, por exemplo, do real modo de funcionamento e de aspectos relacionados à remuneração e aos mecanismos disponíveis de orientação e reivindicação dos trabalhadores, são fatores que indicam a presença de um trabalho precário, especialmente quando inseridos em contextos de crise, como é a realidade de países do Sul global.

Em razão disso, a necessária obtenção de pesquisas e dados quantitativos a respeito das micro tarefas se tornam indispensáveis para a difusão de informações e consequente conscientização e alerta das reais condições de trabalho de grande parcela dos trabalhadores ao redor do mundo, já que são capazes de auxiliar tanto na compreensão e humanização dos trabalhadores, fatores essenciais para a saúde dos mesmos, quando no aumento da eficácia na interação dos investigadores com essa população.

REFERÊNCIAS BIBLOGRÁFICAS

BRABHAM, Daren C. **Crowdsourcing**. Cambridge: MIT Press, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, Diário Oficial da União, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 21 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, Diário Oficial da União, 09 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 21 mar. 2022.

FAIRWORK. **Fairwork Brazil Ratings 2021: Towards Decent Work in the Platform Economy**. Porto Alegre, Brazil; Oxford, United Kingdom, Berlin, Germany, 2022, 39 p. Disponível em: <https://fair.work/en/fw/publications/fairwork-brazil-ratings-2021-towards-decent-work-in-the-platform-economy/>. Acesso em: 19 mar. 2022.

GONZALEZ, A. J. Tech power: a critical approach to digital corporations. **Teknokultura: Revista de Cultura Digital y Movimientos Sociales**, v. 17, n. 1, 2020, pp.77-85. <https://doi.org/10.5209/tekn.66931>. Acesso em: 20 mar. 2022.

GRAY, Mary L.; SURI, Siddharth. **Ghost Work: how to stop Silicon Valley from building a New Global Underclass**. New York: Houghton Mifflin Harcourt, 2019.

HARA, Kotaro; ADAMS, Abi; MILLAND, Kristy; SAVAGE, SAIPH; CALLISON-BURCH, Chris; BIGHAM, Jeffrey P. **A Data-Driven Analysis of Workers' Earnings on Amazon Mechanical Turk**. CHI '18: Proceedings of the 2018 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems, abril, n. 449, pp. 1-14, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1145/3173574.3174023>. Acesso em: 12 mar. 2022.

HOWE, Jeff. **Crowdsourcing**: why the power of the crowd is driving the future of business. New York: Crown Publishing Group, 2008.

IBGE. **Desemprego**, 2022. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>. Acesso em: 17 mar. 2022.

ILO. **World Employment and Social Outlook 2021**: The role of digital labour platforms in transforming the world of work. Geneva: OIT, 2021. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_771749.pdf. Acesso em: 14 mar. 2022.

JIMENEZ, Aitor. The Silicon Doctrine. **Triple C**: communication, capitalism & critique, Journal for a Global Sustainable Information Society, v. 18, n. 1, 2020, pp. 322-336. Disponível em: <https://www.triple-c.at/index.php/tripleC/article/view/1147>. Acesso em: 21 mar. 2022.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2019.

MORESCHI, B.; PEREIRA, G.; COZMAN, Fabio G. The brazilian workers in Amazon Mechanical Turk: Dreams and realities of ghost workers. **Contracampo** – Brazilian Journal of Communication, v. 39. n.1, 2020. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/contracampo/article/view/38252>. Acesso em: 17 mar. 2022.

MTURK. **Amazon Mechanical Turk**, 2018. Disponível em: <https://www.mturk.com/>. Acesso em: 13 mar. 2022.

OIT. **As plataformas digitais e o futuro do trabalho: promover o trabalho digno no mundo digital**. Bureau Internacional do Trabalho – Genebra, BIT, 2020. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_752654.pdf. Acesso em: 20 mar. 2022.

OIT. **Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais do trabalho e seu seguimento**. Brasília, Organização Internacional do Trabalho, 1998. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/centro-de-informacoes/documentos/WCMS_336958/lang-pt/index.htm. Acesso em: 22 mar. 2022.

ROSS, J.; IRANI, I.; SILBERMAN, M. Six; ZALDIVAR, A.; TOMLINSON, B. Who are the Crowdworkers?: Shifting Demographics in Amazon Mechanical Turk. *In: **Conference on Human Factors in Computing Systems*** – Proceedings, 2010, pp. 2863-2872. doi: <http://dx.doi.org/10.1145/1753846.1753873>. Disponível em: dl.acm.org/citation.cfm?id=1753873. Acesso em: 16 mar. 2022.

SCHOLZ, Trebor. **Cooperativismo de Plataforma**: contestando a economia do compartilhamento corporativa. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; Editora Elefante; Autonomia Literária. Tradução por Rafael A. F. Zanatta, 2016, 96 pp.

TEIXEIRA, João de Fernandes. **O que é Inteligência Artificial**. Laboratório Interdisciplinar de Ensino de Filosofia e Sociologia, UFSC, 14 set., 2009, 37p. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/praxis/395>. Acesso em: 16 nov. 2022.

TUBARO, Paola; LUDEC, Clément Le; CASILLI, Antonio A. **Counting ‘micro-workers’**: societal and methodological challenges around new forms of labour. *Work organisation, labour & globalisation*, v. 14, n. 1, 2020, pp. 67-82. DOI: [10.13169/workorgalaboglob.14.1.0067](https://doi.org/10.13169/workorgalaboglob.14.1.0067). Acesso em: 16 mar. 2022.

UNDURRAGA, T.; OSSANDÓN, J. **Facebook te ensina a ser neoliberal**: entrevista a Philip Mirowski. *Serie Documentos de Trabajo COES*, Documento de trabajo nº 39, pp. 1-20, 2020.



Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**

Gostaria de submeter seu trabalho a Revista Direito.UnB?

Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>
e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.

O 'CONTRATO DIGITAL' NA ERA DA DESINFORMAÇÃO: REGULAÇÃO DE PLATAFORMAS E CONSTITUCIONALISMO DIGITAL

THE 'DIGITAL CONTRACT' IN THE AGE OF DISINFORMATION: PLATFORM REGULATION AND DIGITAL CONSTITUTIONALISM

Recebido: 11.04.2023

Aceito: 29.12.2025

Mestrando em Direito pela UFPR. Pesquisador Sênior no Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio (ITS Rio).
Professor de Direito e Inovação na FAE (Curitiba). Advogado.

João Victor Archegas

E-mail: j.archegas@itsrio.org.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7392-5261>.

Eneida Desiree Salgado

Mestra e Doutora em Direito do Estado pela UFPR. Estágio de pós-doutoramento junto ao Instituto de Investigaciones Jurídicas da Universidad Nacional Autónoma de México. Estágio de pós-doutoramento junto ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da UFPR. Visiting scholar no Jack W. Peltason Center for the Study of Democracy (CSD) na University of California, Irvine. Professora de Direito Constitucional e Eleitoral na UFPR. Advogada.

E-mail: desisalg@gmail.com.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0573-5033>.

RESUMO

Partindo das repercussões dos ataques antidemocráticos do dia 08 de janeiro de 2023 em Brasília para o debate de regulação de plataformas digitais no país, o presente trabalho tem três objetivos. Em primeiro lugar, avaliar as bases teóricas que permitem compreender a desinformação e o equilíbrio entre liberdade de expressão e moderação de conteúdo na Internet, em especial nos EUA e no Brasil. Segundo, explorar caminhos oferecidos pela corrente teórica do constitucionalismo digital para a regulação de plataformas digitais. Por fim, em terceiro lugar, analisar criticamente as ações governamentais propostas no Brasil em resposta ao 08 de janeiro à luz das bases teóricas supramencionadas, em especial as que pretendem modificar a lógica de governança de plataformas. O trabalho conclui que algumas autoridades brasileiras estão sugerindo mudanças



Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.

This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that allows sharing in any format as long as the original work is properly acknowledged.

que podem ter efeitos adversos para o ordenamento jurídico, como o resfriamento do debate público e a delegação do papel de interpretação da lei brasileira às plataformas, aumentando ainda mais seus poderes. Como solução, sugere-se que diferentes atores devem coordenar esforços, a partir de uma perspectiva multissetorial e global, para, ao lado de diferentes plataformas digitais, promover mudanças pautadas em estratégias de “co-regulação” de seus serviços.

Palavras-chave: Contrato Digital; Desinformação; Regulação de Plataformas; Constitucionalismo Digital; Liberdade de Expressão.

ABSTRACT

Taking the repercussions of the antidemocratic invasion of Brasília in January 8th 2023 as a reference point for the debate on platform regulation in Brazil, this paper has three objectives. First, to evaluate the theoretical foundations of disinformation campaigns and assess the equilibrium between freedom of speech and content moderation online, especially in the US and Brazil. Second, to explore potential avenues offered by the literature on digital constitutionalism for the discussion around platform regulation. Third, in light of the theoretical foundations mentioned above, to critically analyze the actions that the national government is considering in Brazil as an answer to the events of January 8th, with a focus on the actions that aim to modify the structure of platform governance. The paper comes to the conclusion that some Brazilian authorities are suggesting changes that may bring an adverse effect to our legal system, such as the chilling effect on public debate and the delegation of legal interpretation to the platforms, emphatically increasing their power. As a possible solution, the paper suggests that different actors should coordinate their efforts from a global and multistakeholder perspective to, alongside different digital platforms, promote changes based on strategies of co-regulation.

Keywords: Digital Contract; Disinformation; Platform Regulation; Digital Constitutionalism; Freedom of Speech.

I. INTRODUÇÃO

Dois anos, dois dias e 6.792 km. Esse é o tempo e o espaço que separam a invasão do Capitólio em Washington durante a certificação dos votos do Colégio Eleitoral, rito constitucional que formalizou a vitória do presidente Joe Biden, e os ataques antidemocráticos em Brasília uma semana após a posse do presidente Lula. Embora existam diversos paralelos entre ambos os eventos que podem (e devem) ser explorados política, jurídica e academicamente, aqui dois pontos, com um viés acadêmico, serão

abordados em especial.

Em primeiro lugar, os mandatários derrotados nas eleições nos dois países governaram a partir de uma plataforma populista³⁰² e adotaram como estratégia política a contraposição entre o “verdadeiro povo” e aqueles que supostamente buscavam a destruição da nação e de certos valores conservadores e nacionalistas.

Nesse sentido, como explica Jean-Werner Müller, o populismo é uma “imaginação moralista da política” que se apresenta, concomitantemente, como um movimento anti-elitista e anti-pluralista. Nas suas palavras, o populismo “opõe um povo moralmente puro e completamente unificado a pequenas minorias, elites em particular”, e, ao mesmo tempo, afirma ter o monopólio da representação política e moral do “autêntico povo”³⁰³.

Em linha semelhante, José Armando Júnior argumenta que o populismo é uma ideologia “moralista, anti-institucionalista, binarista e antipluralista, necessariamente antidemocrática”.³⁰⁴ Ou seja, o populismo está estruturado em torno de uma divisão moral que contrapõe “nós” (o verdadeiro povo, titular moral dos anseios da nação) contra “eles” (a elite política que busca subvertir os valores nacionais). O representante da política populista, ao seu turno, emerge como o único porta-voz dos interesses “de um povo mítico, ficticiamente tido por coeso, homogêneo e moralmente virtuoso”³⁰⁵.

É por isso que, uma vez no poder, líderes populistas buscam a institucionalização de um “constitucionalismo populista”, concentrando poderes no Executivo e desgastando o sistema de freios e contrapesos³⁰⁶. Isso garante, na visão de um líder populista, a legitimidade para representar o povo sem contestação ou intermediação. Em outras palavras, o populista “mostra-se avesso a compromissos políticos, avesso a instituições independentes, avesso a minorias, podendo apresentar-se menos ou mais alinhado às pautas da esquerda ou da direita”³⁰⁷.

Veja-se, nesse sentido, a postura do ex-presidente Jair Bolsonaro de não tolerar

302 Não se desconhece o debate que existe na literatura a respeito da aplicabilidade do conceito de “populismo” para descrever a agenda política de líderes contemporâneos como Jair Bolsonaro, Donald Trump, Viktor Orbán e outros. Nada obstante, neste trabalho o termo é usado dentro dos limites da moldura proposta por Jean-Werner Müller, ou seja, enquanto uma “imaginação moralista da política” que conta com duas bases de apoio: oposição às elites e negação do pluralismo. MÜLLER, Jean-Werner. *Populism and Constitutionalism*. In: KALTWASSER C., Rovira *et al* (Coord.). **Handbook of Constitutionalism**. Oxford: Oxford University Press, 2017.

303 Ibid., p. 593.

304 DIAS JÚNIOR, José Armando Pontes. **Estratégia democrática militante antipopulista: um modelo jurídico preventivo contra a governança populista no Brasil**. Tese. Doutorado em Direito. Universidade Federal do Paraná, 2022, p. 23

305 Ibid., p. 54.

306 MÜLLER, op. cit., pp. 598-600.

307 DIAS JÚNIOR, op. cit., p. 43.

qualquer mediação exercida por outras instituições democráticas e poderes da República, em especial o Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Superior Eleitoral e os veículos de imprensa. Assim, enquanto guardião máximo dos anseios e aspirações do povo, o líder populista tende a descartar a máxima republicana de *accountability* promovida por meio do trabalho de instituições intermediárias³⁰⁸.

Nadia Urbinati, de forma perspicaz, evoca essa imagem ao inverter a primeira letra da frase de abertura do preâmbulo da Constituição dos Estados Unidos da América: de *we the people para me the people*³⁰⁹. É dizer, o populismo, assim conceituado, é uma inversão dos valores que inspiram o projeto do constitucionalismo liberal e democrático, como se discute no próximo tópico.

Em segundo lugar, o 06 de janeiro nos EUA e o 08 de janeiro no Brasil foram desencadeados por uma longa campanha coordenada de desinformação e propaganda computacional nas plataformas de redes sociais como Instagram, Facebook, Twitter e YouTube, além de aplicativos de mensageria privada como o WhatsApp e Telegram³¹⁰. Ou seja, não é possível dissociar os atos antidemocráticos nos dois países da ascensão de plataformas digitais e de seu domínio sobre o debate público na era digital.

Não se pode confundir, entretanto, a causa do problema com o seu catalisador³¹¹. Como argumenta Larry Kramer, “novas tecnologias podem não ter criado o problema, e elas não são as únicas responsáveis por ele, mas o habilitaram - fornecendo um necessário (de fato, indispensável) acelerador e catalisador para uma mudança em grau tão extrema que passou a representar uma mudança em espécie”³¹².

Ademais, vale ressaltar que as tecnologias que hoje permitem a distribuição eficiente

308 URBINATI, Nadia. **Me the People: How populism transforms democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2019, pp. 164-65.

309 Ibid.

310 Há controvérsias sobre a classificação do Telegram como aplicativo de mensageria privada. Embora sua arquitetura permita conversas cujo conteúdo é protegido por criptografia de ponta a ponta, essa segurança não é habilitada como padrão, ao contrário do WhatsApp. Ainda, nos últimos anos o Telegram tem se aproximado de outras redes sociais, apresentando funcionalidades como grupos públicos com milhares de membros que podem ser descobertos por outros usuários por meio de um mecanismo de busca na plataforma.

311 Como demonstram Yochai Benkler, Robert Faris e Hal Roberts, os desafios postos pela polarização e radicalização política que estão por trás do fenômeno da desinformação na Internet são anteriores às plataformas digitais de redes sociais, estando presentes nos EUA desde pelo menos a década de 1970. BENKLER, Yochai *et al.* **Network Propaganda: Manipulation, Disinformation, and Radicalization in American Politics**. Oxford: Oxford University Press, 2018.

312 KRAMER, Larry. A Deliberate Leap in the Opposite Direction: The Need to Rethink Free Speech. *In: BOLLINGER, Lee C.; STONE, Geoffrey R. (Edit.). Social Media, Freedom of Speech and The Future of Our Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2022, p. 19.

e de mentiras e informações distorcidas na Internet são as mesmas que revolucionaram o ecossistema de informações e trouxeram consigo inegáveis benefícios para a forma como nos comunicamos. Essa revolução, por sua vez, também apresenta o desafio de se repensar as molduras legais usadas para regular as plataformas digitais e minimizar seus impactos negativos³¹³, especialmente do ponto de vista da liberdade de expressão.

Esses dois paralelos entre o que se deu em Washington e Brasília num intervalo de dois anos e dois dias – a construção de uma plataforma populista e o avanço de campanhas coordenadas de desinformação online –, uma vez analisados em conjunto, dão lugar a um novo fenômeno que precisa ser enfrentado com cautela. Trata-se do que alguns especialistas chamam de “tecnoautoritarismo”,³¹⁴ ou seja, a tecnologia à serviço de uma política autoritária (e populista) de concentração de poder e desgaste dos pilares do constitucionalismo liberal e democrático.

No caso brasileiro, o primeiro mês do novo governo federal foi marcado por reformas na estrutura administrativa do Estado e propostas de regulação de conteúdos que atentem contra o Estado de Direito nas redes sociais, como parte do chamado “Pacote da Democracia” anunciado pelo Ministério da Justiça no final de janeiro de 2023³¹⁵. Ou seja, o momento de emergência institucional e democrática foi explorado pelo governo para buscar soluções diante da ameaça posta pelo tecnoautoritarismo. Ainda que de forma mais tímida, nos EUA o 06 de janeiro também deu início a um debate semelhante, focado em propostas de reforma à *Section 230* do *Communications Decency Act* (DCA)³¹⁶.

A partir desse panorama, o presente trabalho tem três objetivos. Em primeiro lugar, expor as lentes teóricas e normativas pelas quais é possível compreender a complexidade da desinformação online e o frágil equilíbrio que, de um lado, protege a liberdade de expressão dos usuários de redes sociais e, do outro, promove inovação no mercado de novas tecnologias. Em segundo lugar, buscando a manutenção deste equilíbrio, explorar possíveis caminhos dentro dos limites do constitucionalismo digital para resguardar as chamadas “instituições do conhecimento”, seguindo a nomenclatura proposta por Vicki

313 Ibid.

314 Ainda que o termo “autoritarismo” não seja definido neste trabalho, por extrapolar o escopo de análise proposto, optou-se por utilizar o conceito conforme ele aparece na literatura especializada, em especial no Brasil e nos EUA. Para a finalidade deste artigo, o conceito de tecnoautoritarismo pode ser substituído por um proxy, qual seja, “tecnopopulismo”. Veja-se, nesse sentido, EMPOLI, Giuliano Da. **Os Engenheiros do Caos**. São Paulo: Vestígio, 2018.

315 MELLO, Patrícia Campos. Governo Lula quer impor obrigações para big techs reduzirem conteúdo golpista. **Folha de S.Paulo**, 25 de janeiro de 2023. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2023/01/governo-lula-quer-impor-obrigacoes-para-big-techs-reduzirem-conteudo-golpista.shtml>>.

316 MORRISON, Sara. How the Capitol riot revived calls to reform Section 230. **Vox**, 11 de janeiro de 2021. Disponível em <<https://www.vox.com/recode/22221135/capitol-riot-section-230-twitter-hawley-democrats>>.

C. Jackson³¹⁷. Por fim, em terceiro lugar, analisar criticamente as ações governamentais propostas no Brasil como resposta aos eventos de 08 de janeiro de 2023, em especial as que pretendem modificar a lógica de governança de plataformas digitais no país.

O artigo é estruturado em seis tópicos, além desta introdução. No primeiro é abordado o processo de erosão democrática que tem por alvo o constitucionalismo liberal e democrático. No segundo é apresentado o conceito de tecnoautoritarismo a partir de uma análise de campanhas de desinformação online. No terceiro há espaço para uma breve exposição do ecossistema de moderação de conteúdo em plataformas digitais e sua relação com o direito à liberdade de expressão na Internet. No quarto é apresentada a corrente teórica do constitucionalismo digital e no quinto são exploradas as possibilidades que esta corrente apresenta para a regulação de plataformas digitais. Já no sexto é feita uma análise crítica das possíveis respostas governamentais no Brasil à luz do que foi debatido ao longo do trabalho. Por fim, são apresentadas algumas conclusões e possíveis caminhos para o futuro, incluindo a construção de um “contrato digital” que possa resgatar ideias como consenso e consentimento dentro de estruturas de governança na Internet.

II. Constitucionalismo liberal e democrático como alvo

Não é mais novidade afirmar que diversos países do Ocidente estão enfrentando um período de erosão ou recessão democrática que tem por resultado o enfraquecimento dos pilares que sustentam o constitucionalismo liberal. Trata-se de um debate que ganhou força na academia nos últimos anos, principalmente após a eleição de Donald J. Trump nos EUA em 2016³¹⁸. Naquele mesmo ano, Nancy Bermeo publicou o seminal “*On Democratic Backsliding*”, trabalho no qual demonstra que essa onda de “desdemocratização” não

317 JACKSON, Vicki C. Knowledge Institutions in Constitutional Democracies: Preliminary Reflections. *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law*, vol. 7, n. 1, 2021, pp. 156-221.

318 Vale lembrar que esse nem sempre foi um debate consensual como o conhecemos hoje. Em 2015, dois grandes nomes da ciência política nos EUA chegaram a conclusões distintas na edição de número 26 do *Journal of Democracy*. Larry Diamond, de um lado, afirmou que o mundo passava por um período de recessão democrática. DIAMOND, Larry. Facing Up to the Democratic Recession. **Journal of Democracy**, n. 26, v. 1, 2015. Já Steven Levitsky, escrevendo ao lado de Lucan Way, afirmou não identificar uma recessão, restando a conclusão de que o mundo na verdade estava diante do fenômeno de resiliência democrática. LEVITSKY, Steven. WAY, Lucan. The Myth of Democratic Recession. **Journal of Democracy**, n. 26, v. 1, 2015. Fato é, entretanto, que Levitsky parece ter mudado de opinião - ou ao menos suavizado seu ponto de vista - quando, em 2018, publicou o best-seller internacional “Como as Democracias Morrem” ao lado de Daniel Ziblatt, no qual analisa o manual de táticas autoritárias de alguns líderes mundiais e demonstra como esses agentes obtêm sucesso na subversão da ordem constitucional. LEVITSKY, Steven. ZIBLATT, Daniel. *How Democracies Die*. Nova Iorque: Crown Publishing, 2018.

se caracteriza por golpes de estado nem rupturas violentas, mas sim por um processo gradual de erosão dos predicados da democracia liberal³¹⁹. Nas palavras da autora, “democracias em apuros têm uma maior probabilidade de erodir do que estilhaçar”³²⁰.

Buscando uma definição academicamente escalável de erosão democrática, Tom Ginsburg e Aziz Huq afirmam que o fenômeno pode ser caracterizado por um “declínio incremental, embora substancial, nos três predicados básicos da democracia: eleições competitivas, direitos liberais à expressão e associação e o Estado de Direito [no sentido de *Rule of Law*]”³²¹. Veja-se, portanto, que estamos diante de uma situação altamente complexa e igualmente perigosa, uma vez que tal declínio incremental é capaz de corromper a substância da democracia como a conhecemos e, ao mesmo tempo, manter intactos seus elementos formais.³²² Em outras palavras, embora por fora se mantenha a aparência de uma democracia funcional, a erosão leva ao esvaziamento de seu conteúdo. Há, assim, um distanciamento em relação à previsão de uma democracia política e eleitoral com o progressivo esfacelamento de mecanismos institucionais de controle de agentes públicos e de garantia dos direitos fundamentais.

Essa estratégia é comumente implementada por meio de mecanismos legais e constitucionais, justificando o uso de conceitos como “legalismo autocrático”³²³ e “constitucionalismo abusivo”³²⁴. O que esses conceitos têm em comum é a descrição de uma estratégia de instrumentalização do formalismo legal, seja na forma de atos normativos formalmente adequados (como leis, decretos ou, no caso brasileiro, medidas provisórias) ou emendas constitucionais, para legitimar ataques às bases do constitucionalismo liberal e democrático, incluindo o sistema de freios e contrapesos responsável por evitar a concentração tirânica de poder. Para evocar a imagem trazida por Kim Scheppele, diversas reformas legais e constitucionais podem ser justificadas se analisadas isoladamente, embora o verdadeiro risco esteja na maneira como elas interagem entre si após um processo de costura que pode levar à ascensão de um “Estado Frankenstein” (*Frankenstate*)³²⁵.

319 BERMEO, Nancy. On **Democratic Backsliding**. *Journal of Democracy*, n. 27, v. 1, 2016.

320 Ibid., p. 14.

321 GINSBURG, Tom. HUQ, Aziz Z. **How to Save a Constitutional Democracy**. Chicago: The University of Chicago Press, 2018, p. 43.

322 Nesse sentido, ver SCHEPPELE, Kim Lane. **Worst Practices and the Transnational Legal Order** (or How to build a Constitutional “Democratorship” in Plain Sight). University of Toronto Faculty of Law Working Paper, 2016.

323 SCHEPPELE, Kim Lane. **Autocratic Legalism**. *The University of Chicago Law Review*, v. 85, n. 2, 2018, pp. 545-83.

324 LANDAU, David. **Abusive Constitutionalism**. *U.C. Davis Law Review*, v. 47, n. 1, 2013, pp. 189-260.

325 SCHEPPELE, Kim Lane. *The Rule of Law and the Frankenstate: Why Governance Checklists Do Not Work*. *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, v. 26, n. 4, 2013, pp. 559-62.

Os pressupostos do populismo são democráticos do ponto de vista retórico, girando em torno da ideia de que mais poder deve ser dado ao povo em detrimento de instituições intermediárias que buscam, na visão do populismo, frustrar a soberania popular. O grande desafio, entretanto, não é retórico, mas sim o fato de que populistas partem dessa narrativa para buscar mudanças sistemáticas na arquitetura constitucional do Estado como parte de um projeto “iliberal” de concentração de poder na figura do Executivo, inclusive por meio de mudanças nas regras eleitorais³²⁶.

Um último ponto que deve ser ressaltado sobre o movimento populista por trás da erosão democrática contemporânea diz respeito às suas raízes socioeconômicas. A política populista se alimenta das falhas no projeto neoliberal e dos consequentes resultados negativos da globalização da economia³²⁷, com impactos também na esfera social e cultural. Isso ajuda a explicar o sucesso da retórica populista dentro de determinados setores da sociedade a partir do enfraquecimento da distância econômica e social entre as classes média e baixa nas duas primeiras décadas do século XX e, ainda, do avançando das pautas de direitos dos grupos minorizados, levantando um importante ponto de atenção: o populismo não é o único culpado pelo processo de erosão da democracia. Problemas estruturais que levaram ao avanço do populismo e geraram uma espécie de “ansiedade coletiva” devem ser enfrentados com seriedade de forma a renovar o projeto democrático³²⁸. Como argumenta Francis Fukuyama, para se enfrentar essas distorções é preciso, antes, entender a fonte da qual os descontentes com o liberalismo bebem³²⁹.

III. Tecnoautoritarismo e desinformação

Há uma segunda dimensão da erosão democrática para além do que foi analisado acima. A plataforma do populismo, nos últimos anos, passou a ser outra. A retórica populista que antes precisava acessar os meios de comunicação de massa, os sindicatos, os partidos políticos e os movimentos sociais, hoje se utiliza de instrumentos que estabelecem uma comunicação quase que personalizada, facilitando a identificação do povo com a liderança. Assim, os principais instrumentos utilizados para atacar as bases

326 PRENDERGAST, David. The Judicial Role in Protecting Democracy from Populism. **German Law Journal**, v. 20, n. 2, 2019, pp. 245-69.

327 TUSHNET, Mark. Varieties of Populism. **German Law Journal**, v. 20, n. 3., 2019, pp. 382-89.

328 CALHOUN, Craig *et al.* **Degenerations of Democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2022.

329 FUKUYAMA, Francis. **Liberalism and Its Discontents**. Nova Iorque: Farrar, Straus and Giroux, 2022.

do constitucionalismo democrático e liberal são as tecnologias digitais. Em especial, o uso de plataformas digitais de redes sociais se tornou central para a estratégia de líderes autoritários que buscam subverter os predicados da democracia e concentrar poder às custas de instituições intermediárias, enfraquecendo, assim, o sistema constitucional de freios e contrapesos. É possível afirmar, portanto, que na era digital a erosão democrática é impulsionada por novas tecnologias, notadamente os algoritmos de disseminação de conteúdos em redes sociais que são explorados para facilitar campanhas de desinformação.

Nas palavras de Giuliano da Empoli, “por trás das aparências extremadas do Carnaval populista, esconde-se o trabalho feroz de dezenas de *spin doctors*, ideólogos e, cada vez mais, cientistas especializados em *Big Data*, sem os quais os líderes do novo populismo jamais teriam chegado ao poder”³³⁰. Trata-se de um conjunto de atores que trabalham para produzir e disseminar notícias falsas e distorcidas na Internet a serviço de uma determinada ideologia ou agenda política. É a partir dessa constatação que surge o conceito de tecnoautoritarismo, ou, em outras palavras, a tecnologias à serviço do autoritarismo. Segundo o relatório da Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa em colaboração com o Centro de Análise da Liberdade e do Autoritarismo (LAUT), o tecnoautoritarismo se caracteriza pela instrumentalização de tecnologias digitais, em especial as tecnologias de comunicação da informação, para aumentar o poder estatal e possibilitar técnicas de vigilância e controle mais sofisticadas. Assim, “práticas tecnoautoritárias ajudam a corroer por dentro os pilares de sustentação da democracia”³³¹.

Há, assim, uma dimensão política intrínseca ao uso de novas tecnologias digitais que precisa ser analisada à luz da sua instrumentalidade para o processo de erosão da democracia. Um dos principais aspectos desta dimensão é a chamada propaganda computacional. Trata-se do uso de novas tecnologias para conduzir o debate público em plataformas digitais a favor de certa ideologia ou agenda política. Como explicam Samantha Bradshaw e Philip Howard, a propaganda computacional pode ser definida como “o uso de algoritmos, automação e Big Data para moldar a vida pública”³³². Vale notar que nem toda propaganda computacional é marcada pela disseminação de conteúdos falsos ou intencionalmente distorcidos a ponto de levar a falsas conclusões (desinformação), embora esse seja justamente o foco do presente estudo.

330 EMPOLI, op. cit., p. 18.

331 GROSS, Clarissa *et al.* Retrospectiva Tecnoautoritarismo 2020. **Relatório da Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa e LAUT**, 2020, disponível em <<https://laut.org.br/retrospectiva-tecnoautoritarismo-2020/>>.

332 BRADSHAW, Samantha. HOWARD, Philip N. The Global Disinformation Order: 2019 Global Inventory of Organised Social Media Manipulation. **Oxford Computational Propaganda Research Project Working Paper**, 2019, p. i.

Líderes populistas ao redor do mundo montaram verdadeiras “tropas digitais” (*cyber troops*) para “espalhar desinformação e tentar criar falsos consensos” entre a população. Tanto no Brasil quanto nos EUA, essa estratégia foi empregada para convencer apoiadores de Bolsonaro e Trump de supostas fraudes eleitorais que justificariam intervenções violentas em outros poderes, levando aos eventos de janeiro de 2021 e de 2023, respectivamente. Como bem pontuou Larry Diamond, “o maior perigo [para democracias] é a distorção da verdade em escala industrial, uma vez que governos e grupos políticos passam a protagonizar campanhas de desinformação altamente organizadas”³³³. Em alguns casos, essas campanhas ganham uma dimensão transnacional, como no caso da propaganda computacional russa direcionada a outros países³³⁴.

Vale ressaltar que o próprio modelo de negócios de empresas de tecnologia como Meta, Twitter e Google contribuíram para a criação desse cenário. Ocorre que as plataformas digitais, por dependerem economicamente da coleta e processamento em massa de dados pessoais e comportamentais – cujos *insights* são posteriormente usados para alavancar a venda de espaços publicitários altamente personalizados –, são incentivadas a privilegiar conteúdos que geram um maior engajamento e tendem à viralização, mantendo o usuário na plataforma por mais tempo. Essa é justamente a lógica descrita por Shoshana Zuboff como “capitalismo de vigilância”, uma nova fase da economia global onde empresas buscam vigiar seus usuários, coletar seus dados e prever comportamentos futuros para vender espaços publicitários altamente personalizados³³⁵.

Ademais, ao contrário do que se esperava no final dos anos 90 no auge do movimento ciberlibertário, a Internet moderna acabou por concentrar ao invés de descentralizar o poder sobre o ecossistema de comunicação interpessoal. Por consequência, a concentração de dados pessoais e comportamentais nas mãos de *Big Techs* acabou por representar um ponto de estresse para o sistema democrático³³⁶, dando a essas empresas um poder desproporcional sobre a liberdade de expressão de bilhões de usuários que rivaliza com o próprio alcance do Estado-nação, como se verá adiante. Esse cenário torna o desafio apresentado pela propaganda computacional ainda mais complexo e urgente.

Em suma, é possível afirmar que hoje o tecnoautoritarismo é um importante

333 DIAMOND, Larry. **Ill Winds: Saving democracy from Russian rage, Chinese ambition, and American complacency.** Nova Iorque: Penguin Press, 2019, p. 232.

334 POMERANTSEV, Peter. The disinformation age: a revolution in propaganda. **The Guardian**, 27 de julho de 2019. Disponível em <<https://bit.ly/2SGRI6H>>.

335 ZUBOFF, Shoshana. **The Age of Surveillance Capitalism: The fight for a human future at the new frontier of power.** Londres: Profile Books, 2019.

336 FUKUYAMA, op. cit.

instrumento quando o assunto é erosão da democracia, sendo outro o avanço da plataforma política populista analisado no tópico anterior. Isso se traduz, principalmente (ainda que não exclusivamente), em campanhas de desinformação em plataformas digitais, especialmente redes sociais. Para usar outras palavras, enquanto a política populista oferece uma base ideológica e um objetivo a ser perseguido, as tecnologias digitais disponibilizam um poderoso e eficiente instrumento para a confecção de falsos consensos e a produção de uma verdadeira “realidade paralela” onde conspirações, mentiras e distorções encontram terreno fértil.

O resultado, então, é a criação de um sistema intrincado que une tecnologias digitais e pessoas dentro do que Howard chama de “máquina da mentira”, cujo intuito é distribuir mensagens falsas ou distorcidas de forma a fortalecer uma determinada agenda política³³⁷. Uma máquina da mentira é estruturada em três operações complementares: produção, análise e distribuição de mensagens falsas³³⁸. Essa moldura pode ser usada, por exemplo, para compreender a estratégia do então candidato Jair Bolsonaro e seus auxiliares ao longo das eleições de 2018, quando o serviço de mensageria privada WhatsApp foi usado como condutor de informações fabricadas para milhões de eleitoras e eleitores, inclusive por meio de disparos em massa³³⁹.

Não existe, entretanto, consenso sobre como combater uma máquina da mentira. A solução parece passar por uma combinação de diferentes estratégias, desde o *follow the money* para se descobrir a fonte de financiamento de campanhas de desinformação até a reestruturação do fluxo de dados na Internet. Afinal, como o “combustível” de uma máquina da mentira são dados pessoais e comportamentais, a proteção de dados também precisa ser vista como um dos pilares do combate à desinformação³⁴⁰. Para além deste debate, um tema que vem se tornando cada vez mais central é o da moderação de conteúdo em plataformas digitais e como isso se compatibiliza (ou não) com a proteção constitucional à liberdade de expressão.

IV. Liberdade de expressão e moderação de conteúdo online

337 HOWARD, Philip N. **Lie Machines**: How to save democracy from troll armies, deceitful robots, junk news operations, and political operatives. New Haven: Yale University Press, 2020.

338 Ibid., p. 16.

339 MELLO, Patrícia Campos. **A Máquina do Ódio**: notas de uma repórter sobre fake news e violência digital. São Paulo: Companhia das Letras, 2020, p. 22.

340 [SUPRIMIDO].

Antes de se pensar em como estruturar a regulação de plataformas na era das campanhas de desinformação, em especial aquelas que têm como alvo o Estado Democrático de Direito, é preciso analisar o ecossistema de moderação de conteúdo e comportamento³⁴¹ que, como ensina Tarleton Gillespie, configura a principal commodity oferecida pelas plataformas aos seus usuários³⁴². Trata-se, conseqüentemente, da linha de frente no combate à desinformação. O DNA de uma plataforma está justamente no que ela decide moderar, buscando entregar ao usuário um ambiente personalizado, além de minimamente previsível e seguro, embora isso nem sempre se concretize³⁴³. É a liberdade de escolher o que pode ser dito e feito dentro dos limites do seu domínio digital que torna a Internet um espaço tão plural e vibrante.

As plataformas, portanto, não moderam apenas conteúdos que são considerados ilícitos ou ilegais, mas também aqueles tidos como indesejáveis de acordo com as finalidades do seu serviço. Um relato de viagem, por exemplo, não é um conteúdo ilegal *per se*. Nada obstante, o site tudogostoso.com.br, um blog de receitas, pode optar por remover tal relato de seu domínio para preservar a característica da plataforma³⁴⁴. O conjunto de regras e padrões que informam a atividade de moderação recebe diferentes nomes em diferentes plataformas, como termos de uso e padrões ou políticas da comunidade. Salvar a esfera de autonomia dessas empresas na definição e aplicação de suas regras é um dos princípios que guia a regulação e governança da Internet desde os anos 90³⁴⁵.

Quando a web ainda era um espaço limitado à publicação e leitura de textos – antes mesmo do processo de “plataformização” responsável pela Internet que conhecemos hoje –, legisladores já se preocupavam em promover a inovação no setor de novas tecnologias e, ao mesmo tempo, resguardar a liberdade de expressão de quem usava a rede. Note-se, assim, que essa primeira onda de regulação da Internet foi fortemente influenciada pelo

341 Embora o presente artigo opte pelo termo “moderação de conteúdo”, não se desconhece o fato de que a moderação em plataformas digitais não se limita apenas a conteúdos produzidos e compartilhados por terceiros, englobando também comportamentos. É o caso, por exemplo, da política da Meta de coibir o que chama de “comportamento inautêntico coordenado” (*coordinated inauthentic behavior* ou CIB), como no caso do uso indevido de múltiplas contas falsas para promover inorganicamente um conteúdo no Facebook ou Instagram. Veja-se que nesse caso a violação da política da empresa está no comportamento em si, não importando se o conteúdo promovido viola ou não suas regras.

342 GILLESPIE, Tarleton. **Custodians of the Internet: platforms, content moderation, and the hidden decisions that shape social media**. New Haven: Yale University Press, 2018.

343 É o caso, por exemplo, do Twitter após a compra da empresa por Elon Musk. Em razão de mudanças estruturais na plataforma, incluindo a demissão em massa de funcionários responsáveis por moderação e governança de conteúdo, a rede social experimentou um aumento significativo em volume de discurso de ódio. FRENKEL, Sheera. CONGER, Kate. Hate Speech’s Rise on Twitter Is Unprecedented, Researchers Find. **New York Times**, 2 de dezembro de 2022. Disponível em <<https://nyti.ms/3ZM4L2p>>.

344 Exemplo utilizado por Alice Lana, pesquisadora do InternetLab, em uma de suas palestras sobre o tema.

345 [SUPRIMIDO].

chamado “ciberlibertarianismo”, uma corrente que defendia a não intervenção estatal na esfera digital e a construção de um ciberespaço com regras próprias de convivência para além dos limites e fronteiras do Estado-nação. A abertura da clássica “Declaração de Independência do Ciberespaço”, assinada por John Perry Barlow em fevereiro de 1996, dá o tom dos debates naquele período:

Governos do mundo industrial, gigantes cansados de carne e aço, eu venho do Ciberespaço, o novo lar da Mente. Em nome do futuro, eu peço a vocês do passado que nos deixem em paz. Vocês não são bem-vindos entre nós. Vocês não têm soberania onde nos reunimos.

Não temos um governo eleito, nem é provável que um dia o tenhamos, então eu me dirijo a vocês com uma autoridade não maior do que aquela com a qual a própria liberdade se manifesta. Eu declaro que o espaço social global que estamos construindo é naturalmente independente das tiranias que vocês tentam impor. Vocês não têm o direito moral de nos governar ou sequer possuem quaisquer métodos coercitivos que tenhamos real razão de temer³⁴⁶.

Nos EUA, onde as principais empresas que contribuíram para o desenvolvimento da Internet estão sediadas até hoje, dois julgamentos foram responsáveis por informar e direcionar o debate sobre regulação de plataformas nos anos 90³⁴⁷. No primeiro caso, em 1991, a Corte Distrital do Distrito Sul de Nova Iorque decidiu em *Cubby v. CompuServe* que a administradora de um fórum online não poderia ser responsabilizada por conteúdos ilegais postados por terceiros em sua plataforma já que não os revisava. Para os juízes, a *CompuServe* atuava como uma distribuidora e não editora de conteúdo, não tendo qualquer participação na formação das postagens em si.

Quatro anos depois, em 1995, a Suprema Corte de Nova Iorque decidiu em *Stratton Oakmont v. Prodigy Services* que a administradora de um fórum online poderia ser responsabilizada por conteúdos ilegais postados por terceiros já que estava ativamente deletando algumas postagens. Ou seja, para os juízes, a partir do momento em que a plataforma passa a moderar conteúdo ela deixa de ser uma mera distribuidora e se torna uma editora passível de responsabilização civil. É dizer, ao estipular alguns parâmetros de publicação e implementar softwares de moderação, a *Prodigy Services* passou a participar ativamente da formação das postagens e, pela lei estadunidense, poderia ser responsabilizada por eventuais ilegalidades.

346 BARLOW, John Perry. **A Declaration of the Independence of Cyberspace**. Electronic Frontier Foundation, 8 de fevereiro de 1996. Disponível em <<https://www.eff.org/pt-br/cyberspace-independence>>.

347 KLONICK, Kate. The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech. **Harvard Law Review**, v. 131, pp. 1598-1670, 2018.

Por mais consistentes que as decisões sejam do ponto de vista do *common law* dos EUA, em conjunto elas criaram um incentivo nefasto para as plataformas digitais e colocaram o mercado nascente de tecnologias digitais em perigo. Ocorre que, ao investir em inovações tecnológicas e optar por moderar seus serviços para torná-los mais eficientes e seguros aos usuários, uma plataforma digital correria o risco de ser responsabilizada por todo e qualquer conteúdo compartilhado por terceiros.

O risco da responsabilização civil era simplesmente grande demais dado o crescimento exponencial do volume de informações hospedadas na Internet e a natureza embrionária do mercado de novas tecnologias nos anos 90. Isso poderia dissuadir o ingresso de novos atores e desincentivar investimentos em inovação por parte das plataformas existentes. Vale ressaltar, nesse sentido, que a decisão em *Stratton Oakmont v. Prodigy Services* foi parcialmente fundamentada na implementação de softwares de moderação por parte da plataforma.

Ademais, ainda que uma plataforma optasse por absorver o risco de responsabilização civil e continuasse moderando as postagens feitas por terceiros, outro incentivo indesejável entraria em cena; a plataforma passaria a vigiar ostensivamente as comunicações de seus usuários e remover todo e qualquer conteúdo limítrofe para mitigar ao máximo o seu risco legal, impactando negativamente a liberdade de expressão daqueles que usam seus serviços. Na prática, uma empresa de tecnologia seria colocada na posição de identificar conteúdos ilegais além de interpretar e aplicar a lei local – tarefa para a qual, vale dizer, não possui a expertise necessária.

Do outro lado, caso a plataforma optasse por deixar de moderar qualquer conteúdo para ser classificada como distribuidora e não editora, o resultado seria igualmente temerário. Em primeiro lugar, ela deixaria de ter controle sobre conteúdos que, embora não sejam ilegais, não estão alinhados com a sua estratégia de negócios – como visto acima, esse é um importante elemento que faz da Internet um espaço plural no sentido de garantir a existência de sites e plataformas com propostas distintas em termos de conteúdo e engajamento. Em segundo lugar, a plataforma seria desincentivada a combater conteúdos tóxicos e ilegais (como discurso de ódio e terrorismo) para evitar ser responsabilizada por postagens que, embora ainda desconheça, permanecem hospedadas em seu domínio.

Ou seja, independente do ângulo por qual essa questão seja analisada, fato é que as decisões em *Cubby v. CompuServe* e *Stratton Oakmont v. Prodigy Services* não estavam suficientemente alinhadas com as particularidades e nuances da nova realidade digital. É nesse contexto que os deputados Chris Cox e Ron Ryden apresentaram uma emenda ao *Communications Decency Act* (CDA) de 1996, levando à criação e aprovação da sua *Section 230*. A regra em questão estipula que “nenhum provedor ou usuário de

um serviço interativo de computador deverá ser tratado como editor ou autor de qualquer informação fornecida por outro provedor de conteúdos”.

Com algumas exceções, como no caso de plataformas que violem a lei penal federal dos EUA ou que ativamente criem conteúdos ilegais ou danosos, a *Section 230* criou uma ampla imunidade contra a responsabilização por conteúdos de terceiros. Além disso, ela introduziu no ordenamento jurídico estadunidense a chamada “cláusula do bom samaritano”, estendendo sua imunidade para quando as plataformas, de boa fé, buscam moderar seus serviços para combater materiais considerados “obscenos”, “excessivamente violentos” ou simplesmente “objetáveis”, ainda que protegidos constitucionalmente.

A *Section 230* pode ser creditada pela inauguração de um cenário de autorregulação das plataformas digitais, concedendo a elas a autonomia necessária para criar e implementar seus próprios padrões, regras e soluções técnicas de moderação sem o risco da responsabilização civil por conteúdos de terceiros. Para referenciar o título de uma influente obra sobre os seus impactos, são “as vinte e seis palavras que criaram a Internet”³⁴⁸ – ao menos como a conhecemos hoje.

No Brasil, ao contrário dos EUA, não existe nenhuma garantia legal de que as plataformas não podem ser responsabilizadas por atos próprios de moderação³⁴⁹. Em outras palavras, o ordenamento pátrio não incorporou a cláusula do bom samaritano, abrindo espaço para que as plataformas sejam responsabilizadas caso cometam excessos na moderação. Ainda assim, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965 de 2014), seguindo parcialmente o modelo estadunidense, também protege a esfera de autorregulação das plataformas.

Segundo o artigo 19 do Marco Civil da Internet, o provedor de aplicações de Internet no Brasil só poderá ser responsabilizado civilmente por danos causados pelos conteúdos de terceiros se descumprir ordem judicial prévia e específica que determine a remoção e/ou indisponibilização dos conteúdos em questão. Embora a lei não fale expressamente em moderação de conteúdo, subentende-se que as plataformas atuam dentro de uma esfera de autorregulação delimitada pela ausência de ordem judicial, criando e aplicando suas próprias regras³⁵⁰.

348 KOSSEFF, Jeff. **The Twenty-Six Words That Created The Internet**. Ithaca: Cornell University Press, 2019.

349 SOUZA, Carlos Affonso. **Brasil não precisa importar nova regra de Trump sobre redes sociais**. UOL, 29 de maio de 2020. Disponível em <<https://bit.ly/3XOe2Wh>>.

350 [SUPRIMIDO].

V. Ascensão do constitucionalismo digital

A esfera de autorregulação protegida pela lei (seja nos EUA ou no Brasil), embora importante para garantir valores como a liberdade de expressão e a inovação no mercado de tecnologias digitais, também possui sua parcela de problemas e distorções. Talvez o maior deles seja a falta de transparência em torno do processo de moderação de conteúdo. Isso se deve a dois principais fatores. Em primeiro lugar, as plataformas buscam ocultar o processo de moderação porque não querem ser vistas como “empresas de mídia”³⁵¹ ou então “árbitros da verdade”³⁵². Em segundo lugar, como visto acima, a lei garante um amplo espaço de autonomia para que essas empresas criem e apliquem suas próprias regras de moderação.

A conjunção desses fatores criou, ao longo dos anos, um cenário de opacidade e falta de *accountability*: enquanto a lei concede ampla discricionariedade para a criação e aplicação de regras e princípios, as plataformas buscam ocultar o dia a dia da moderação de conteúdo e são pouco transparentes sobre as decisões que limitam o exercício da liberdade de expressão de seus usuários. Essa falta de transparência tornou empresas de tecnologia como Facebook, Twitter e YouTube vulneráveis a especulações e até mesmo teorias da conspiração sobre os motivos e interesses por trás da moderação.

De um lado, atores associados à ideologia de direita acusam as plataformas de censurarem vozes conservadoras em nome de uma agenda liberal e “globalista”. São vários os exemplos no Brasil, como a recente desmonetização do canal de Monark pelo YouTube após o *influencer* fazer apologia à criação de um partido nazista no país³⁵³. Por outro lado, atores associados à ideologia de esquerda acusam as plataformas de serem coniventes com a desinformação e o discurso de ódio, fazendo pouco ou nada para indisponibilizar tais conteúdos. Veja-se, nesse sentido, a afirmação do presidente Lula em carta à Unesco de que os eventos de 08 de janeiro foram “gestados” nas plataformas digitais e que tais empresas devem fazer mais para evitar ataques ao Estado Democrático de Direito³⁵⁴.

A falta de dados e informações sobre o funcionamento do ecossistema de

351 CASTILLO, Michelle. Zuckerberg tells Congress Facebook is not a media company: ‘I consider us to be a technology company’. **CNBC**, 11 de abril de 2018. Disponível em <<https://cnb.cx/3jPPgEo>>.

352 MCCARTHY, Tom. Zuckerberg says Facebook won’t be ‘arbiter of truth’ after Trump threat. **The Guardian**, 28 de maio de 2020. Disponível em <<https://bit.ly/3nmbz7d>>.

353 TENÓRIO, Augusto. Monark sofre novo revés na Justiça e segue sem monetização do canal. **Metrópoles**, 18 de fevereiro de 2023. Disponível em <<https://bit.ly/3ZaCouy>>.

354 SCHROEDER, Lucas. Em carta para fórum da Unesco, Lula defende regulação das redes sociais contra desinformação. **CNN**, 22 de fevereiro de 2023. Disponível em <<https://bit.ly/3IM0W7D>>.

moderação de conteúdo em plataformas digitais torna, muitas vezes, impossível (ou, no mínimo, mais custosa) a tarefa de determinar se tais acusações procedem ou não. Fato é que a moderação hoje se dá de forma imprevisível, opaca e instável, abrindo espaço para especulações e críticas. Em sua obra sobre o tema, Nicolas Suzor afirma que as plataformas governam seus usuários dentro de uma “zona sem lei” e que, pela maneira como o Estado regula seus serviços, elas “não são obrigadas a governar de uma maneira que seja responsável (*accountable*)”³⁵⁵.

A tarefa mais urgente hoje não é anular totalmente a esfera de autorregulação dessas empresas e responsabilizá-las civilmente pelos excessos cometidos dentro de seus domínios – como visto acima, os resultados dessa estratégia seriam negativos –, mas sim pensar em sistemas que sejam capazes de limitar e, principalmente, legitimar o exercício de poder por parte de grandes empresas de tecnologia e, assim, tornar essas plataformas mais transparentes e conscientes do seu papel na promoção da segurança de seus usuários. É dizer, o foco deve ser o próprio *processo* de moderação, não necessariamente o *conteúdo* de decisões individuais feitas pelas plataformas.

Ou seja, elas devem justificar suas decisões de forma clara e direta, prezar pela estabilidade e previsibilidade na aplicação de suas regras, levar em consideração o impacto de determinadas condutas sobre as instituições democráticas e os direitos humanos e fundamentais de seus usuários e, ainda, oferecer canais de revisão de suas decisões que sejam efetivamente independentes. Em outras palavras, o principal problema a ser enfrentado é a concentração de poder, uma vez que, hoje, as plataformas agregam três funções em uma: criam e atualizam suas regras, julgam eventuais violações e monitoram seus serviços para garantir a aplicação das regras; tudo isso sem a devida transparência, estabilidade e previsibilidade.

Afinal, a concentração de poder por parte de plataformas não é um desafio apenas em termos econômicos (criação de monopólios, por exemplo), mas também (e principalmente) porque começa a se sobrepor à esfera de influência do Estado-nação. Redes sociais não são apenas atores privados que oferecem seus serviços dentro dos parâmetros da teoria econômica clássica. Essas empresas controlam o ecossistema de informações na era digital e regulam o exercício da liberdade de expressão de bilhões de pessoas³⁵⁶. Nenhum país tem igual ou até mesmo comparável influência sobre o discurso de tantos cidadãos.

355 SUZOR, Nicolas. *Lawless: The secret rules that govern our digital lives*. **Cambridge**: Cambridge University Press, 2019, p. 106.

356 Apenas no Brasil, estima-se que o Facebook seja acessado por 120 milhões de usuários mensais. Ao redor do mundo, algumas projeções apontam a rede social com quase 3 bilhões de usuários mensais. SILVA, Douglas V. da. Brasil é o 4o país com mais usuários no Facebook na quarentena. **Tecmundo**, 27 de maio de 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3BwaRaZ>>.

Quando se trata da estipulação de limites para a convivência na esfera pública, a responsabilidade de governança é tradicionalmente atribuída ao Estado-nação e se manifesta, nos limites da teoria política clássica, na forma de uma expectativa de legitimidade democrática na relação de representação política. Tal expectativa, entretanto, é enfraquecida quando o poder público extravasa os limites do Estado-nação. Nas palavras de Suzor, “o poder [que as plataformas] possuem sobre nós é exercido de uma maneira que não se coaduna com os padrões de legitimidade que nós esperamos dos nossos governos”³⁵⁷.

Em seu ensaio sobre o passado e o futuro do Estado de Direito, Luigi Ferrajoli afirma que a versão moderna do termo, o Estado *Constitucional* de Direito, entrou em crise em razão da globalização, movimento que minou o monopólio do Estado-nação sobre a produção jurídica e criou uma espécie de “superposição de ordenamentos que é própria do Direito pré-moderno”³⁵⁸. O ordenamento jurídico produzido pelo Estado-nação sobrevive e ainda é central, mas passa a conviver com outros ordenamentos para além de suas fronteiras.

A solução para a crise, segundo o autor, seria a construção de um “constitucionalismo sem estado”, apto a limitar poderes e garantir direitos em um plano internacional e/ou supranacional. Isso significa afirmar que, ao contrário do que muitos defendem, o constitucionalismo independe da sua conexão com um determinado *demos*, sendo seu fundamento de legitimidade a igualdade de direitos e liberdades fundamentais (inclusive no plano global) ao invés da vontade política de uma maioria inserida num território nacional³⁵⁹.

Alguns autores emolduram esse debate a partir do conceito de “constitucionalismo societal”³⁶⁰. Como explica Dieter Grimm, trata-se de uma corrente que defende que diferentes subsistemas da sociedade global aumentam suas “racionalidades internas” com o tempo e passam a protagonizar processos de criação de normas que não dependem do Estado-nação³⁶¹. É o que ocorre, portanto, quando grandes empresas de tecnologia, atuando no plano global, passam a criar regras próprias que definem os limites da

357 SUZOR, Nicolas. A constitutional moment: How we might reimagine platform governance. **Computer & Security Review**, n. 36, pp. 1-4, 2020, p. 01.

358 FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del estado de derecho**. Revista Internacional de Filosofía Política, n. 17, 2001, p. 36.

359 Ibid., pp. 40-41.

360 Gunther Teubner utiliza o termo “*societal constitutionalism*”, porém uma tradução aproximada para o português poderia levar a uma confusão conceitual, em vista da consagração doutrinária no Brasil do termo “constitucionalismo social” para se referir à incorporação de direitos sociais às constituições, com a alteração nas funções do Estado e com profundo impacto na teoria dos direitos fundamentais. Assim, optamos pelo uso do “constitucionalismo societal”.

361 GRIMM, Dieter. **Constitutionalism: Past, Present, and Future**. Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 340-42.

liberdade de expressão na era digital.

Nas palavras de Gunther Teubner, “uma multiplicidade de [fragmentos constitucionais] estão emergindo fora dos canais institucionais da política” e, além disso, eles “emergem de forma incremental dentro [de um processo] de constitucionalização de [...] subsistemas autônomos da sociedade global”³⁶². Ademais, para além da globalização, é preciso pensar em como a teoria constitucional se relaciona com outros dois movimentos de escala mundial: a digitalização e a expansão do poder privado sobre áreas antes associadas exclusivamente com o poder público³⁶³. Ou seja, atores privados passam a exercer atribuições usualmente associadas ao poder público, em especial em termos de proteção de direitos fundamentais³⁶⁴.

É diante deste complexo cenário marcado pela globalização, digitalização e expansão do poder privado que podemos falar em constitucionalismo digital³⁶⁵. Trata-se de uma corrente teórica associada ao constitucionalismo societal que busca estudar e organizar os valores e princípios necessários para garantir o equilíbrio constitucional na era digital. Ou seja, é parte da missão de se criar um “constitucionalismo sem estado”, como defende Ferrajoli, para limitar poderes e garantir direitos e liberdades fundamentais dentro de um subsistema específico da sociedade global: o ciberespaço.

O argumento feito por esses autores é, antes de tudo, realista e pragmático. Existe essa nova realidade globalizada e digitalizada e, portanto, áreas da sociedade contemporânea que não podem ser atingidas pelos mecanismos tradicionais disponíveis ao Estado-nação (e conseqüentemente pelo constitucionalismo moderno como o conhecemos). Assim, é preciso pensar em uma nova abordagem para garantir que alguns direitos e liberdades sejam protegidos também nesses subsistemas da sociedade global que estão atingindo um alto grau de normatização e racionalidade interna.

Note-se, entretanto, que não se trata de um projeto para retirar poder das

362 TEUBNER, Gunther. Horizontal Effects of Constitutional Rights in the Internet: A Legal Case on the Digital Constitution. **The Italian Law Journal**, v. 3, n. 1, pp. 193-205, 2017, p. 196. Teubner utiliza o termo “civil constitutions”, porém a adoção no Brasil da tradução literal poderia levar a uma confusão conceitual, em vista da consagração doutrinária do movimento de constitucionalização do Direito Civil. Assim, optamos por nos reportar a outro conceito utilizado pelo autor, qual seja, o de “fragmentos constitucionais”.

363 Ibid.

364 Em 2017, por exemplo, a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou o caso *Packingham v. North Carolina* que envolvia uma lei da Carolina do Norte que criminalizava o uso de uma série de websites, incluindo redes sociais, por agressores sexuais registrados (registered sex offenders). O Justice Kennedy, escrevendo em nome da Corte, decidiu que a lei violava a liberdade de expressão garantida pela primeira emenda. Para justificar sua conclusão, o magistrado afirmou que plataformas de mídias sociais são as novas “praças públicas” e, portanto, restringir o acesso aos seus serviços seria o mesmo que “prevenir os usuários de participar do exercício legítimo de seu direito [à liberdade de expressão]”. ESTADOS UNIDOS. **Suprema Corte dos Estados Unidos**. *Packingham v. North Carolina*. 582 US ____ (2017).

365 CELESTE, Edoardo. Digital constitutionalism: a new systematic theorisation. *International Review of Law, Computers & Technology*, v. 33, n. 1, pp. 76-99, 2019.

plataformas digitais para “devolvê-lo” ao Estado-nação. Ao contrário, o constitucionalismo digital toma como pressuposto o exercício de atribuições tradicionalmente associadas ao poder público por parte de grandes empresas de tecnologia e, com o intuito de garantir a sobrevivência dos valores e princípios constitucionais na era digital, objetiva criar mecanismos de legitimação deste poder que sejam inspirados naqueles que já estão previstos nas constituições estatais modernas.

O princípio que serve de base ao constitucionalismo digital, como justifica Suzor, é o Estado de Direito, ou seja, a ideia de que o exercício do poder deve ser sempre limitado por regras claras e estáveis que são aplicadas de forma consistente e equânime³⁶⁶. Ainda, o Estado de Direito pressupõe a existência de um devido processo legal, no sentido de que deve existir “uma explicação do motivo pelo qual uma decisão foi tomada e alguma forma de processo de apelação que permita sua revisão independente e a resolução justa de disputas”³⁶⁷.

Enquanto o constitucionalismo moderno busca articular os limites e garantias do Estado de Direito no contexto do Estado-nação, o constitucionalismo digital é a corrente que busca articulá-los em um novo contexto, qual seja, o da “sociedade em rede”³⁶⁸. Nada obstante, é importante ressaltar que não se trata meramente de uma transferência ou transposição de valores e princípios constitucionais de um contexto para o outro.

O constitucionalismo societal em geral e o constitucionalismo digital em específico exigem dois movimentos particulares: a generalização dos valores e princípios constitucionais e sua posterior reespecificação dentro de um novo subsistema social. Como explica Teubner, “as diferenças entre o contexto do remetente e o contexto do destinatário são tão acentuadas que qualquer transferência de normas é impossível” e, assim, “o que é necessário é uma reconstrução separada dos direitos constitucionais que depende do contexto do destinatário no mundo digital”³⁶⁹.

Ou seja, para que o constitucionalismo digital apresente soluções reais para os problemas identificados acima, não basta que o Estado-nação, por meio da sua atividade regulatória limitada territorialmente e informada por relações distintas, imponha regras que desconsiderem os desafios específicos daquele subsistema social. Assim, o constitucionalismo digital não pretende trazer à constituição para dentro das plataformas digitais – isso já ocorre, ao menos em tese, em países como o Brasil onde a

366 SUZOR, Nicolas. Digital Constitutionalism: Using the Rule of Law to Evaluate the Legitimacy of Governance by Platforms. **Social Media + Society**, Julho-Setembro, pp. 1-11, 2018.

367 Ibid., p. 02.

368 Ibid., p. 04.

369 TEUBNER, op. cit., p. 197.

eficácia horizontal dos direitos fundamentais é reconhecida³⁷⁰ –, mas sim promover uma constitucionalização autônoma desse subsistema considerando suas especificidades.

Por fim, cumpre esclarecer que o constitucionalismo digital não pretende substituir as constituições nacionais, mas apenas atuar dentro daqueles subsistemas da sociedade global que se desprenderam da órbita gravitacional do Estado-nação em razão da digitalização, globalização e expansão do poder privado. O resultado é a consolidação de um constitucionalismo híbrido ou multinível, um cenário de interdependência mútua onde o constitucionalismo societal se apresenta como o resultado da reespecificação dos valores e princípios do constitucionalismo moderno dentro de um determinado subsistema social³⁷¹.

VI. Regulação de plataformas nos limites do constitucionalismo digital

A atividade de regulação de plataformas digitais deve ser analisada à luz dos *insights* que podem ser oferecidos pelo constitucionalismo digital³⁷². O poder exercido pelas plataformas ainda precisa ser racionalizado, limitado e legitimado de acordo com princípios e valores constitucionais, em especial o Estado de Direito. Para isso acontecer de uma forma eficiente e responsável, é preciso levar em consideração as especificidades e nuances das tecnologias digitais envolvidas ao se aplicar os métodos da generalização e reespecificação mencionados acima. Considerando que o objeto em questão é a constitucionalização autônoma de um subsistema social que se desenvolve em um plano supranacional, a autorregulação permanecerá como o ponto de partida.

Isso não significa, entretanto, que o Estado não tenha um papel a ser desempenhado. Como mencionado anteriormente, a moderação de conteúdo ainda é opaca e inconsistente, em especial quando avaliamos as respostas das plataformas à desinformação e conteúdos que atentem contra o Estado Democrático de Direito. Assim, algumas intervenções estatais são justificadas, como aquelas que exigem maior transparência por parte das plataformas e estipulam certas obrigações procedimentais,

370 HARTMANN, Ivar Alberto M.; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: A proteção da liberdade de expressão nas mídias sociais. **Revista Direito Público**, v. 16, n. 90, pp. 85-108, 2019.

371 GRIMM, op. cit., p. 344.

372 É preciso deixar claro que, ao falar de constitucionalismo digital, não estamos diante de uma teoria “pronta” que apenas precisa ser “aplicada” ao contexto das plataformas digitais. Pelo contrário, trata-se de uma teoria em construção que depende de um exercício de generalização e reespecificação dos valores e princípios do constitucionalismo moderno à luz das nuances apresentadas pelas tecnologias digitais. [SUPRIMIDO].

como a disponibilização de um mecanismo de revisão independente de decisões de moderação.

Esse é um caminho que protege, de um lado, a autonomia das plataformas para definir, atualizar e aplicar suas próprias regras e, do outro, a prerrogativa do Estado de estipular padrões mínimos para garantir a proteção de direitos e liberdades fundamentais na seara digital, além de resguardar valores como a democracia e a segurança dos usuários. A outra alternativa – qual seja, a negação do espaço de autorregulação das plataformas –, significaria o fechamento da janela de oportunidades que hoje permite o avanço do processo de generalização e reespecificação de princípios e valores constitucionais no ciberespaço.

Nesse sentido, ao afirmar que estamos vivendo em um “momento constituinte” na Internet, Suzor deixa claro que o constitucionalismo digital depende tanto das plataformas – que devem se tornar mais transparentes e institucionalizar certas garantias procedimentais – quanto do Estado-nação – a quem compete criar novos mecanismos para monitorar o ecossistema de moderação de conteúdo e evitar abusos³⁷³. Ou seja, os dois atores devem trabalhar lado a lado para desenvolver as soluções regulatórias necessárias.

Isso levanta uma importante questão: as plataformas devem, então, se sentar lado a lado com autoridades governamentais de diferentes países e desenvolver um sistema regulatório sob medida para cada Estado? Na prática, como ocorre desde a gênese da Internet comercial, as plataformas vão buscar um denominador comum entre diferentes regulações nacionais, dando um peso maior às soluções formuladas no Norte Global. É por isso que práticas de regulação de plataformas digitais devem ser coordenadas primordialmente em fóruns internacionais, como propõe a Unesco, possibilitando uma maior equalização entre a participação de países do Sul e do Norte Global. A partir disso, é possível que cada Estado-nação procure um canal de diálogo com as plataformas para pensar em assuntos de interesse local e/ou regional, sem que isso signifique um aprofundamento das assimetrias existentes em termos geopolíticos.

Diante disso, é possível afirmar que o constitucionalismo digital pressupõe um ecossistema de co-regulação (ou, para usar as palavras do PL nº 2.630 de 2020, “autorregulação regulada”), onde regras, padrões e procedimentos são criados e implementados de forma colaborativa e multissetorial, respeitando as esferas de autonomia normativa dos diferentes atores envolvidos. Vale ressaltar, afinal, que as plataformas seguem na melhor posição estratégica e técnica para moderar seus serviços, ao passo que o Estado não dispõe das ferramentas necessárias para realizar esta tarefa

373 SUZOR, op. cit., 2020, p. 03.

na escala necessária e em tempo real³⁷⁴.

Essa tem sido a tônica das mais recentes propostas de regulação de plataformas ao redor do mundo. Em geral, essas propostas exigem que as plataformas publiquem relatórios de transparência com uma série de dados sobre seus procedimentos de moderação para que seja possível avaliar o panorama de moderação como um todo, para além de casos individuais e polêmicos que acabam, inevitavelmente, recebendo uma atenção desproporcional³⁷⁵. Ou seja, isso permite que diferentes atores tenham acesso a uma visão da moderação de conteúdo enquanto sistema³⁷⁶.

A partir da análise dos relatórios, que devem ser publicados periodicamente, uma agência governamental competente irá verificar, de um ponto de vista sistêmico, se as plataformas estão cumprindo todas as obrigações estipuladas na regulação, em especial o “dever de cuidado” estabelecido por leis como o *Digital Services Act* (DSA) da União Europeia e o *Online Safety Bill* do Reino Unido. Essa agência trabalhará lado a lado com as plataformas para endereçar eventuais problemas e sugerir aprimoramentos para seus procedimentos e protocolos de moderação.

Veja-se, portanto, que o resultado é a criação de um canal de colaboração e diálogo entre plataformas e Estado, focando não na responsabilização das empresas de tecnologia por danos causados por conteúdos específicos de terceiros, mas sim no aprimoramento da moderação de conteúdo enquanto *sistema*. Essa é uma solução pragmática que leva em conta a natureza das plataformas digitais, que precisam lidar com um volume exorbitante de conteúdos todos os dias e tomam decisões com base em probabilidades.

Um segundo aspecto importante é a necessidade de estabelecimento de mecanismos de freios e contrapesos que sejam capazes de equilibrar o exercício de poder pelas plataformas e criar pontos de revisão independentes dentro deste ecossistema para identificar e endereçar eventuais distorções. Nesse sentido, John Bowers e Jonathan Zittrain defendem que é preciso “considerar tanto soluções que atribuem novas obrigações de moderação de conteúdo às plataformas quanto aquelas que delegam aspectos importantes da moderação para fora das plataformas”³⁷⁷.

374 BICKERT, Monika. Defining the Boundaries of Free Speech on Social Media. In: BOLLINGER, Lee C.; STONE, Geoffrey R. (eds.). **The Free Speech Century**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2019, pp. 254- 271.

375 [SUPRIMIDO].

376 DOUEK, Evelyn. Content Moderation as Systems Thinking. **Harvard Law Review**, v. 136, n. 2, 2022, pp. 526-607.

377 BOWERS, John; ZITTRAIN, Jonathan. Answering impossible questions: Content governance in an age of disinformation. **Harvard Kennedy School Misinformation Review**, v. 1, n. 1, 2020, p. 05.

Veja-se, por exemplo, o caso do Oversight Board ou Comitê de Supervisão. Criado pela Meta em 2020, o Comitê é uma instância revisora e independente que julga casos de moderação de conteúdo envolvendo usuários do Instagram e Facebook com base tanto nas regras e princípios da empresa (padrões da comunidade) quanto no Direito Internacional dos Direitos Humanos. Os casos podem chegar no Comitê por duas principais avenidas: solicitações diretas da própria empresa (*referrals*) ou apelações dos usuários. Ao receber um caso, o Board pode decidir se irá julgá-lo ou não.

Embora tenha sido inicialmente criado e financiado pela Meta – tornando-o vulnerável a críticas sobre sua real autonomia diante da empresa –, o Comitê hoje administra o seu próprio fundo e tem independência na formação de seus julgamentos e na renovação de seus quadros em relação à rede social. A empresa é contratualmente obrigada a implementar as suas decisões (que são tomadas em última instância) e, ao final de seus julgados, o Comitê também tem a prerrogativa de fazer recomendações de policy para o Instagram e Facebook, sugerindo, por exemplo, mudanças nas suas regras, procedimentos e metodologias de moderação em face dos valores e princípios de direitos humanos aplicáveis.

Ainda que a Meta não seja obrigada a implementar todas as recomendações feitas pelo Board, ela deve justificar de forma pública e escrita quais recomendações irá adotar e quais irá rejeitar. Isso faz com que se inicie um diálogo público e aberto sobre a governança de conteúdo nas suas plataformas, gerando mais transparência e, mais importante, promovendo *accountability*. Cumpre destacar, por fim, que ao anunciar novos casos o Comitê abre um prazo para a submissão de comentários públicos por qualquer instituição ou pessoa interessada, criando um verdadeiro espaço multissetorial de oferta de subsídios acadêmicos e argumentativos.

É possível ver no Oversight Board uma aparente incorporação dos ideais e valores do constitucionalismo moderno, principalmente em relação a uma separação de poderes no ecossistema de moderação de conteúdo da empresa. Ademais, como explica Jonathan Rauch, a sua capacidade de emitir recomendações à Meta cria um cenário dinâmico de freios e contrapesos onde a empresa e o Board vão evoluir conjuntamente, algo que, na sua visão, é inspirado pelos estudos de James Madison³⁷⁸.

Além disso, as decisões e recomendações do Comitê podem servir para provocar o avanço do projeto do constitucionalismo digital, principalmente ao buscarem os valores do constitucionalismo como base para seus procedimentos e fundamentação de suas

378 RAUCH, Jonathan. **The Constitution of Knowledge: A Defense of Truth**. Washington: Brookings Institution Press, 2021, pp. 150-51.

propostas³⁷⁹. Isso não significa, entretanto, que suas decisões são sempre acertadas e que não possam ser alvos de críticas. O ponto é que, a partir da criação do Comitê, ao contrário de decisões opacas de moderação, há a publicação de documentos públicos, com fundamentações e argumentos que convidam a debates e análises críticas. Ou seja, as decisões se apresentam como plataformas em si, sobre as quais é possível avançar na discussão sobre as mudanças que devem ser implementadas no ecossistema de moderação da empresa para se resguardar valores como a proteção de direitos fundamentais e humanos.

Para os fins deste estudo, o foco são os casos que tratam de desinformação. A desinformação, que muitas vezes se apresenta na forma de ataques às instituições que produzem conhecimento – como universidades, jornais, canais de televisão e organizações da sociedade civil –, é, como ensinam Sophia Rosenfeld³⁸⁰ e Vicki Jackson³⁸¹, uma ameaça para a própria democracia constitucional. Ou seja, proteger as chamadas instituições do conhecimento (knowledge institutions) é essencial para a sobrevivência do Estado Democrático de Direito, em especial na era digital.

Para ilustrar esse ponto, vale mencionar a decisão do Comitê no caso 2021-008-FB-FBR, envolvendo uma publicação do Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal no Facebook sustentando a ineficácia do lockdown como medida de combate ao coronavírus. Para além da decisão, que concluiu que a postagem não viola as regras da plataforma e está protegida pelo direito à liberdade de expressão, merecem destaque as recomendações feitas. Segundo o Comitê, “o Facebook deve tomar medidas técnicas para priorizar a verificação de fatos em relação à desinformação sobre saúde compartilhada por autoridades públicas” e ser mais transparente sobre as hipóteses nas quais “um conteúdo se qualifica para [checagem] de fatos”³⁸².

Ou seja, trata-se de uma recomendação que ajuda a fortalecer as instituições do conhecimento na era digital. Como argumenta Rauch, a chamada “constituição do conhecimento” – uma analogia com a constituição do Estado-nação e não propriamente um novo exemplar de constitucionalismo societal – é um conjunto de regras e instituições que organiza o saber científico, funda uma comunidade baseada na “verdade” dos fatos ao invés da desinformação³⁸³, cria um equilíbrio dinâmico e exige constantes negociações para resolver conflitos sobre o significado da realidade³⁸⁴.

379 [SUPRIMIDO].

380 ROSENFELD, Sophia. **Democracy and Truth: A short history**. Pennsylvania: University of Pennsylvania Press, 2019, pp. 129-30.

381 JACKSON, op. cit.

382 A decisão completa está disponível em português em <<https://bit.ly/3jYHbOp>>.

383 RAUCH, op. cit., pp. 16-17.

384 Ibid., pp. 92-93.

Nesse sentido, a checagem de fatos é um elemento importante da constituição do conhecimento, promovendo uma certificação descentralizada da informação³⁸⁵. Quando o Facebook determina que a informação é falsa ou contestada a partir das contribuições dadas pela sua rede de verificadores, o conteúdo é restringido e perde visibilidade na plataforma, valorizando, assim, o conhecimento produzido de acordo com os preceitos da comunidade científica. Assim como a constituição do Estado-nação conta com um sistema de freios e contrapesos, a “constituição” do conhecimento se ancora em um sistema de “freios e contrapesos epistêmicos” que está sendo fortalecido, ao menos parcialmente, pelo Oversight Board.

VII. Análise crítica das possíveis respostas governamentais no Brasil

Após os eventos do dia 06 de janeiro de 2023 em Brasília, o governo recém empossado passou a estudar novas medidas para regular a atuação de plataformas digitais diante de conteúdos que atentem contra o Estado Democrático de Direito no Brasil. Vale mencionar, desde logo, que esse não é um debate novo no país. Desde 2020 o Congresso Nacional vem se debruçando sobre o tema quando da proposição do Projeto de Lei nº 2.630, conhecido como “PL das fake news”. Originalmente voltado ao combate da desinformação online, o projeto sofreu alterações e se transformou numa proposta complexa de regulação de plataformas. Aprovado no Senado ainda em 2020, o projeto segue em discussão na Câmara.

Conforme noticiado, como parte do chamado “Pacote da Democracia” anunciado pelo Ministério da Justiça no final de janeiro de 2023³⁸⁶, o governo Lula ventilou a possibilidade da edição de uma Medida Provisória para impor às plataformas um “dever de cuidado” (inspirado na linguagem do DSA e do *Online Safety Bill*), tornando obrigatória a remoção e/ou limitação de conteúdos que configurem crimes contra o Estado Democrático de Direito (conforme tipificados pela Lei nº 14.197 de 2021). Segundo reportagem da Folha de S.Paulo, o texto da medida criaria “indiretamente uma exceção ao artigo 19 do Marco Civil da Internet”, fazendo com que ataques ao Estado de Direito fossem removidos “sem necessidade de ordem judicial”³⁸⁷.

A minuta oficial da MP nunca chegou a ser publicada oficialmente pelo governo.

385 Ibid., pp. 144-45.

386 MELLO, op. cit.

387 SOPRANA, Paula. Plano do governo Lula de regular golpismo nas redes via MP é alvo de críticas por atropelo. **Folha de S.Paulo**, 27 de janeiro de 2023. Disponível em <<https://bit.ly/3XYrAi4>>.

Nada obstante, a escolha pelo instrumento foi alvo de duras críticas pela sociedade civil, como a Coalizão Direitos na Rede e a OAB São Paulo. Essas entidades apontaram a necessidade de um debate amplo e multissetorial a respeito de qualquer proposta que tenha impactos imediatos na governança da Internet brasileira e manifestaram receio a respeito da criação de uma exceção ao regime de responsabilidade civil protegido pelo Marco Civil da Internet. Segundo recente apuração da Folha, o governo deve desistir de editar uma medida provisória e estuda a apresentação de um projeto de lei ou de emendas ao PL nº 2.630/2020³⁸⁸. Ainda, em fevereiro de 2023, o Governo Federal criou um Grupo de Trabalho para auxiliar na regulamentação da Procuradoria Nacional da União de Defesa da Democracia, com três abordagens: Democracia, Integridade da Ação Pública e Legitimação dos Poderes; Democracia e Representação de Agentes Públicos; Democracia, Desinformação e Políticas Públicas.

Nada obstante, o objetivo de tornar as plataformas responsáveis por conteúdos antidemocráticos não parece ter sido descartado. Pelo contrário, a ideia vem ganhando o apoio de ministros influentes no Supremo Tribunal Federal. Em sua participação no evento “Internet for Trust” da Unesco, Luís Roberto Barroso defendeu que no caso de comportamentos criminosos “as plataformas deveriam ter o dever de cuidado de usar todos os meios possíveis para identificar e remover esse tipo de conteúdo, independente de provocação”, o que importaria numa flexibilização do Marco Civil da Internet³⁸⁹.

Ainda, outros ministros se manifestaram sobre o tema quando do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 51, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal confirmou a possibilidade de autoridades nacionais requisitarem dados diretamente a provedores no exterior e declarou constitucional o artigo 11 do Marco Civil da Internet. O ministro Alexandre de Moraes avaliou que as plataformas “colaboraram” com a organização dos atos antidemocráticos em Brasília e que, “no mínimo, deveriam ter avisado às autoridades competentes e cessado a propagação [de desinformação]”³⁹⁰.

Deixando clara a conexão do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 51 com o debate de regulação de plataformas, o ministro Gilmar Mendes assinalou: “Eu tinha inclusive falado com o ministro (Dias) Toffoli sobre o artigo 19 do Marco Civil da Internet. Todo esse debate é relevante para que a gente vá dando baliza para trabalhos que estão sendo realizados, inclusive no âmbito do Congresso Nacional”³⁹¹. Embora

388 SOPRANA, Paula. Governo Lula deve desistir de regular redes sociais contra golpismo via MP após críticas. **Folha de S.Paulo**, 9 de fevereiro de 2023. Disponível em <<https://bit.ly/3J0WWk9>>.

389 CORREIA, Victor. Barroso defende mudança no Marco Civil para responsabilizar mídias sociais. **Correio Braziliense**, 23 de fevereiro de 2023. Disponível em <<https://bit.ly/3ITDbuJ>>.

390 REZENDE, Constança. STF decide que Judiciário pode pedir dados de usuários diretamente a big techs no Brasil. **Folha de S.Paulo**, 23 de fevereiro de 2023. Disponível em <<https://bit.ly/3IOwmKP>>.

391 BRÍGIDO, Carolina. Lula tem apoio do STF para regular redes sociais e frear fake news. **UOL**, 24 de

seja cedo para qualquer conclusão, parece existir uma sinergia entre as perspectivas de alguns ministros do Supremo Tribunal Federal e membros do governo a respeito da regulação de plataformas e da responsabilização de redes sociais.

Ainda que a tarefa de proteger o Estado Democrático de Direito contra campanhas coordenadas de desinformação na Internet seja urgente e necessária, a forma como o debate está emoldurado nesse momento no Brasil é preocupante. Regulações que buscam responsabilizar as plataformas por conteúdos de terceiros e obrigá-las a atuar mesmo sem determinação judicial tendem a cair nas armadilhas mencionadas anteriormente, colocando valores como a inovação no mercado de novas tecnologias e a liberdade de expressão dos usuários em xeque. Seria o caso de um “efeito silenciador” ou de “resfriamento do debate público”, forçando as plataformas a removerem conteúdos limítrofes ou contestáveis para evitar a responsabilização legal.

Além disso, há um risco real de que uma regulação nestes termos acabe delegando o papel de interpretação e aplicação da lei brasileira às plataformas digitais que, como se demonstrou acima, não possuem a expertise necessária para tal tarefa. Ao se determinar que as plataformas devem prontamente limitar a distribuição de conteúdos que configurem crimes contra o Estado Democrático de Direito sob pena de responsabilização, por exemplo, o efeito imediato seria obrigá-las a interpretar a lei brasileira para enquadrar certos conteúdos e comportamentos nos dispositivos da Lei nº 14.197 de 2021.

Fazer isso em escala e considerando todas as nuances da linguagem jurídica é uma tarefa hercúlea para uma empresa de tecnologia criada para distribuir e não editar conteúdos. De forma a evitar a responsabilização, haveria um incentivo para que a empresa removesse conteúdos limítrofes que não são efetivamente ilegais e sobreviveriam a uma análise detida e fundamentada pelo Poder Judiciário. Ou seja, cria-se um cenário de violação da liberdade de expressão dos usuários diante da estratégia da plataforma de se blindar contra a responsabilização civil prevista em regulação específica.

VIII. Conclusão, possíveis caminhos e o ‘contrato digital’E

O tema da erosão democrática, em especial aquela promovida por instrumentos digitais, se tornou central para a comunidade global após a invasão do Capitólio em 2021 e a depredação dos prédios públicos em Brasília em 2023. O perigo representado pelas campanhas de desinformação em plataformas digitais, afinal, é mais real e urgente do

fevereiro de 2023. Disponível em <https://bit.ly/3ZhfJwz>.

Artigo | Article | Artículo | Article

que nunca. O tempo que separa estes dois eventos lamentavelmente não foi suficiente para que as autoridades públicas brasileiras implementassem medidas suficientes para que a história não se repetisse em solo nacional.

Tem-se como inevitável, portanto, que o debate sobre a regulação de plataformas digitais ganhe fôlego à luz destes desdobramentos violentos e extremistas, como parte da necessária busca por respostas e soluções aos odiosos ataques ao Estado Democrático de Direito na Internet. Entretanto, como se buscou demonstrar ao longo deste trabalho, a regulação terá maiores chances de ser efetiva e bem-sucedida se seguir os preceitos do constitucionalismo digital e apostar em mecanismos de co-regulação.

É preciso resguardar a esfera de autorregulação das plataformas e apostar numa estratégia de generalização e especificação de valores e princípios constitucionais que leve em conta as nuances e especificidades das tecnologias digitais. Regulações que surgem de discursos voltados à responsabilização de plataformas por conteúdos de terceiros, por mais bem-intencionadas que sejam, tendem a cair nas armadilhas mencionadas acima que causam distúrbios ao frágil equilíbrio legal que hoje garante a proteção de importantes valores como a liberdade de expressão dos usuários e a promoção de inovação tecnológica.

Ademais, reguladores precisam tomar como ponto de partida o processo de constitucionalização de subsistemas autônomos da sociedade global que possibilitaram o surgimento de um “constitucionalismo sem estado”, em especial na esfera digital. A janela que hoje permite a constitucionalização do ciberespaço é uma oportunidade, não um obstáculo. Regulações que objetivam reduzir ou até mesmo neutralizar a esfera de autorregulação das plataformas podem fazer com que esta oportunidade seja perdida.

Nada obstante, é preciso reconhecer alguns limites do conceito de constitucionalismo digital. Segundo Jane Reis e Clara Keller, existem dois principais riscos associados ao uso do termo³⁹². O primeiro diz respeito a uma excessiva “dilatação conceitual” que acaba distanciando o constitucionalismo de seu significado histórico, em especial do exercício do poder pelo povo e sua consequente legitimação democrática. O segundo se relaciona à uma possível justificação do exercício do poder por plataformas digitais de maneira acrítica, com base no selo de legitimidade oferecido pelo uso do termo “constitucionalismo”.

Embora esse não seja o momento adequado para enfrentar todas as críticas lançadas pelas autoras, é necessário apontar para possíveis caminhos que levem em consideração a importância de se resgatar valores como “consenso” e “consentimento”

392 PEREIRA, Jane Reis G. KELLER, Clara Iglesias. Constitucionalismo Digital: contradições de um conceito impreciso. **Revista Direito e Práxis**, v. 13, n. 4, 2022.

na estruturação de uma governança digital mais democrática e participativa. É dizer, o desenvolvimento do constitucionalismo digital não pode ser encarado como uma forma de legitimação *ad hoc* da concentração de poder por parte de grandes empresas de tecnologia, mas sim como um ponto de partida para uma governança digital que efetivamente leve à uma maior proteção e promoção de valores e princípios constitucionais na Internet.

É nesse sentido que podemos pensar na alegoria de um “contrato digital” que seja baseado em valores e princípios do constitucionalismo moderno, alçando, assim, diferentes plataformas digitais à posição de garantidoras de direitos fundamentais e humanos no ciberespaço. Os usuários, por sua vez, ofereceriam seu consentimento em favor dessa nova estrutura de governança e deveriam ter voz ativa na construção do novo espaço normativo. Muitas questões certamente permanecem em aberto, principalmente em termos de jurisdição e composição desse novo “demos”, mas já é possível pensar em possíveis desdobramentos a partir do uso da alegoria.

Por exemplo, alguns autores sugerem a criação de “conselhos de plataformas digitais” que permitam a participação ativa de usuários, escolhidos aleatoriamente e com base em critérios de representatividade, na construção dos termos de uso e/ou políticas de moderação das plataformas digitais. Embora exista dissenso sobre como deve se dar a formação destes conselhos, “um objetivo promissor [...] é iniciar aprimoramentos sistêmicos na governança das empresas para além de casos individuais [de moderação]”³⁹³. Esse e outros caminhos podem ser explorados para garantir a “democratização” das plataformas como um importante estágio do projeto do constitucionalismo digital.

Em suma, diferentes atores precisam coordenar esforços, a partir de uma perspectiva multissetorial e global, para, ao lado de diferentes plataformas digitais, promover soluções pautadas em estratégias de “co-regulação” de seus serviços. Agora é, inegavelmente, o momento certo para se pensar em novos arranjos de governança de conteúdo em plataformas digitais – inclusive aqueles pautados na ideia de “democratização” de plataformas –, mas é preciso, considerando o discurso de algumas autoridades brasileiras, corrigir o curso para evitar que o debate tenha como tônica aspectos como a responsabilização de intermediários por conteúdos de terceiros. Isso é essencial para que a história não se repita, seja em dois anos e dois dias ou em qualquer outro período de tempo, em qualquer lugar.

BIBLIOGRAFIA FINAL

393 KETTEMANN, Matthias C. FERTMANN, Martin. Platform-Proofing Democracy: Social Media Councils as Tools to Increase the Public Accountability of Online Platforms. **Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit**, 2021.

BARLOW, John Perry. **A Declaration of the Independence of Cyberspace**. Electronic Frontier Foundation, 8 de fevereiro de 1996. Disponível em <<https://www.eff.org/pt-br/cyberspace-independence>>.

BENKLER, Yochai *et al.* **Network Propaganda: Manipulation, Disinformation, and Radicalization in American Politics**. Oxford: Oxford University Press, 2018.

BERMEO, Nancy. On Democratic Backsliding. **Journal of Democracy**, n. 27, v. 1, 2016.

BICKERT, Monika. Defining the Boundaries of Free Speech on Social Media. *In*: BOLLINGER, Lee C.; STONE, Geoffrey R. (eds.). **The Free Speech Century**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2019.

BOWERS, John; ZITTRAIN, Jonathan. Answering impossible questions: Content governance in an age of disinformation. **Harvard Kennedy School Misinformation Review**, v. 1, n. 1, 2020.

BRADSHAW, Samantha; HOWARD, Philip N. The Global Disinformation Order: 2019 Global Inventory of Organised Social Media Manipulation. **Oxford Computational Propaganda Research Project Working Paper**, 2019.

BRÍGIDO, Carolina. Lula tem apoio do STF para regular redes sociais e frear fake news. **UOL**, 24 de fevereiro de 2023. Disponível em <<https://bit.ly/3ZhfJwz>>.

CALHOUN, Craig *et al.* **Degenerations of Democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2022.

CASTILLO, Michelle. Zuckerberg tells Congress Facebook is not a media company: 'I consider us to be a technology company'. **CNBC**, 11 de abril de 2018. Disponível em <<https://cnb.cx/3jPPgEo>>. Administración y Políticas Públicas. Madri: GIGAPP/ INAP, set./out., 2014.

CELESTE, Edoardo. Digital constitutionalism: a new systematic theorisation. **International Review of Law, Computers & Technology**, v. 33, n. 1, 2019.

CORREIA, Victor. Barroso defende mudança no Marco Civil para responsabilizar mídias sociais. **Correio Braziliense**, 23 de fevereiro de 2023. Disponível em <<https://bit.ly/3ITDbuJ>>.

DIAMOND, Larry. Facing Up to the Democratic Recession. **Journal of Democracy**, n. 26, v. 1, 2015.

DIAMOND, Larry. **Ill Winds: Saving democracy from Russian rage, Chinese ambition, and**

American complacency. Nova Iorque: Penguin Press, 2019.

DIAS JÚNIOR, José Armando Pontes. **Estratégia democrática militante antipopulista: um modelo jurídico preventivo contra a governança populista no Brasil**. Tese. Doutorado em Direito. Universidade Federal do Paraná, 2022.

DOUEK, Evelyn. Content Moderation as Systems Thinking. **Harvard Law Review**, v. 136, n. 2, 2022.

EMPOLI, Giuliano Da. **Os Engenheiros do Caos**. São Paulo: Vestígio, 2018.

ESTADOS UNIDOS. **Suprema Corte dos Estados Unidos**. Packingham v. North Carolina. 582 US ____ (2017).

FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del estado de derecho**. Revista Internacional de Filosofía Política, n. 17, 2001.

FRENKEL, Sheera; CONGER, Kate. Hate Speech's Rise on Twitter Is Unprecedented, Researchers Find. **New York Times**, 2 de dezembro de 2022. Disponível em <<https://nyti.ms/3ZM4L2p>>.

FUKUYAMA, Francis. **Liberalism and Its Discontents**. Nova Iorque: Farrar, Straus and Giroux, 2022.

GILLESPIE, Tarleton. **Custodians of the Internet: platforms, content moderation, and the hidden decisions that shape social media**. New Haven: Yale University Press, 2018.

GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. **How to Save a Constitutional Democracy**. Chicago: The University of Chicago Press, 2018.

GRIMM, Dieter. **Constitutionalism: Past, Present, and Future**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

GROSS, Clarissa *et al.* Retrospectiva Tecnoautoritarismo 2020. **Relatório da Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa e LAUT**, 2020, disponível em <<https://laut.org.br/retrospectiva-tecnoautoritarismo-2020/>>.

HARTMANN, Ivar Alberto M.; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e Direito Privado: A proteção da liberdade de expressão nas mídias sociais**. Revista Direito Público, v. 16, n. 90, 2019.

HOWARD, Philip N. **Lie Machines: How to save democracy from troll armies, deceitful robots, junk news operations, and political operatives**. New Haven: Yale University Press, 2020.

JACKSON, Vicki C. **Knowledge Institutions in Constitutional Democracies:** Preliminary Reflections. *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law*, vol. 7, n. 1, 2021.

KETTEMANN, Matthias C.; FERTMANN, Martin. **Platform-Proofing Democracy:** Social Media Councils as Tools to Increase the Public Accountability of Online Platforms. Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit, 2021.

KLONICK, Kate. The New Governors: **The People, Rules, and Processes Governing Online Speech.** *Harvard Law Review*, v. 131, 2018.

KOSSEFF, Jeff. **The Twenty-Six Words That Created The Internet.** Ithaca: Cornell University Press, 2019.

KRAMER, Larry. A Deliberate Leap in the Opposite Direction: The Need to Rethink Free Speech. In BOLLINGER, Lee C. STONE, Geoffrey R. (Edit.). **Social Media, Freedom of Speech and The Future of Our Democracy.** Oxford: Oxford University Press, 2022.

LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **U.C. Davis Law Review**, v. 47, n. 1, 2013.

LEVITSKY, Steven; WAY, Lucan. The Myth of Democratic Recession. **Journal of Democracy**, n. 26, v. 1, 2015.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **How Democracies Die.** Nova Iorque: Crown Publishing, 2018.

MCCARTHY, Tom. Zuckerberg says Facebook won't be 'arbiter of truth' after Trump threat. **The Guardian**, 28 de maio de 2020. Disponível em <<https://bit.ly/3nmbz7d>>.

MELLO, Patrícia Campos. Governo Lula quer impor obrigações para big techs reduzirem conteúdo golpista. **Folha de S.Paulo**, 25 de janeiro de 2023. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2023/01/governo-lula-quer-impor-obrigacoes-para-big-techs-reduzirem-conteudo-golpista.shtml>>.

MELLO, Patrícia Campos. **A Máquina do Ódio:** notas de uma repórter sobre fake news e violência digital. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

MORRISON, Sara. **How the Capitol riot revived calls to reform Section 230.** *Vox*, 11 de janeiro de 2021. Disponível em <<https://www.vox.com/recode/22221135/capitol-riot-section-230-twitter-hawley-democrats>>.

MÜLLER, Jean-Werner. Populism and Constitutionalism. In: KALTWASSER C., Rovira et al (Coord.). *Handbook of Constitutionalism.* **Oxford:** Oxford University Press, 2017.

PEREIRA, Jane Reis G.; KELLER, Clara Iglesias. *Constitucionalismo Digital: contradições*

de um conceito impreciso. **Revista Direito e Práxis**, v. 13, n. 4, 2022.

POMERANTSEV, Peter. The disinformation age: a revolution in propaganda. **The Guardian**, 27 de julho de 2019. Disponível em <<https://bit.ly/2SGRI6H>>.

PRENDERGAST, David. The Judicial Role in Protecting Democracy from Populism. **German Law Journal**, v. 20, n. 2, 2019.

RAUCH, Jonathan. **The Constitution of Knowledge: A Defense of Truth**. Washington: Brookings Institution Press, 2021.

REZENDE, Constança. STF decide que Judiciário pode pedir dados de usuários diretamente a big techs no Brasil. **Folha de S.Paulo**, 23 de fevereiro de 2023. Disponível em <<https://bit.ly/3IOwmKP>>.

ROSENFELD, Sophia. **Democracy and Truth: A short history**. Pennsylvania: University of Pennsylvania Press, 2019.

SCHEPPELE, Kim Lane. Worst Practices and the Transnational Legal Order (or How to build a Constitutional “Democratorship” in Plain Sight). **University of Toronto Faculty of Law Working Paper**, 2016.

SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic Legalism. **The University of Chicago Law Review**, v. 85, n. 2, 2018.

SCHEPPELE, Kim Lane. The Rule of Law and the Frankenstate: Why Governance Checklists Do Not Work. **Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions**, v. 26, n. 4, 2013.

SCHROEDER, Lucas. Em carta para fórum da Unesco, Lula defende regulação das redes sociais contra desinformação. **CNN**, 22 de fevereiro de 2023. Disponível em <<https://bit.ly/3IM0W7D>>.

SILVA, Douglas V. da. **Brasil é o 4o país com mais usuários no Facebook na quarentena**. Tecmundo, 27 de maio de 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3BwaRaZ>>.

SOPRANA, Paula. Plano do governo Lula de regular golpismo nas redes via MP é alvo de críticas por atropelo. **Folha de S.Paulo**, 27 de janeiro de 2023. Disponível em <<https://bit.ly/3XYrAi4>>.

SOPRANA, Paula. Governo Lula deve desistir de regular redes sociais contra golpismo via MP após críticas. **Folha de S.Paulo**, 9 de fevereiro de 2023. Disponível em <<https://bit.ly/3J0WWk9>>.

SOUZA, Carlos Affonso. Brasil não precisa importar nova regra de Trump sobre redes

sociais. **UOL**, 29 de maio de 2020. Disponível em <<https://bit.ly/3XOe2Wh>>.

SUZOR, Nicolas. **Lawless**: The secret rules that govern our digital lives. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

SUZOR, Nicolas. **A constitutional moment**: How we might reimagine platform governance. *Computer & Security Review*, n. 36, 2020.

SUZOR, Nicolas. Digital Constitutionalism: Using the Rule of Law to Evaluate the Legitimacy of Governance by Platforms. **Social Media + Society**, Jul-Set, 2018.

TENÓRIO, Augusto. Monark sofre novo revés na Justiça e segue sem monetização do canal. **Metrópoles**, 18 de fevereiro de 2023. Disponível em <<https://bit.ly/3ZaCouy>>.

TUSHNET, Mark. Varieties of Populism. **German Law Journal**, v. 20, n. 3., 2019.

TEUBNER, Gunther. Horizontal Effects of Constitutional Rights in the Internet: A Legal Case on the Digital Constitution. **The Italian Law Journal**, v. 3, n. 1, 2017.

URBINATI, Nadia. Me the People: How populism transforms democracy. Cambridge: **Harvard University Press**, 2019.

ZUBOFF, Shoshana. The Age of Surveillance Capitalism: The fight for a human future at the new frontier of power. Londres: **Profile Books**, 2019.

ARTIGOS

AS BARREIRAS DE GÊNERO NA AVIAÇÃO CIVIL: O QUE ESPERAR NO FUTURO? UMA ANÁLISE DE DIREITO INTERNACIONAL COMPARADO E BRASILEIRO

GENDER BARRIERS IN CIVIL AVIATION: WHAT TO EXPECT IN THE FUTURE?
A COMPARATIVE ANALYSIS OF INTERNATIONAL AND BRAZILIAN LAW

Recebido: 22/12/2025

Aceito: 26/12/2025

Inez Lopes

Professora Associada dos programas de graduação e pós-graduação da Faculdade de Universidade de Brasília (UnB). Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq - Nível 2. Coordenadora do Grupo de Estudos em Direito Internacional Privado, do Comércio Internacional e Direitos Humanos (CNPq/UnB/FD) e dos Subgrupos de Estudos GDIP-TRANSJUS e GDIP-Aéreo e Espacial. Membro fundadora do Instituto Brasileiro de Direito Aeronáutico (IBAER).

E-mail: inezlopes@unb.br



Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8874-8985>

Valéria Curi Starling

Doutoranda em Direito Internacional na Universidade de Brasília (desde 2022), Mestre em Direito Constitucional (2006), Bacharel em Direito pela PUC/SP (1997) e advogada militante no Direito Aeronáutico há mais de 25 anos. É diretora do Instituto Brasileiro de Direito Aeronáutico (IBAER); fundadora do Instituto Panamericano de Direito Aeronáutico (IPDA); e membro da Comissão de Direito Aeronáutico da OAB/SP.

E-mail: valeria@diciero.adv.br



Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-3192-659X.???>

Ida Geovanna Medeiros

Doutoranda e Mestra em Direito Internacional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (PPGD-UnB). Pesquisadora do Grupo de Estudos em Direito Internacional Privado, Comércio Internacional e Direitos Humanos/CNPq) nas sublinhas GDIP-TRANSJUS e GDIP-AÉREO-ESPACIAL. Foi Pesquisadora Bolsista no Projeto de Pesquisa “Mulheres na Aviação Civil (Women in Aviation): Estudos para uma Regulação Inclusiva do Setor”, desenvolvido pela UnB e Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) (2024-2025).

E-mail: ida.geovanna@gmail.com



Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2442-8103>



Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.

This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that allows sharing in any format as long as the original work is properly acknowledged.

RESUMO

Esta pesquisa objetiva analisar os obstáculos enfrentados pelas mulheres na aviação civil, incluindo fatores de marginalização e exclusão, bem como as barreiras legais no direito comparado e no âmbito do direito brasileiro a partir de uma perspectiva histórica. O artigo examina a jurisprudência brasileira em relação às barreiras encontradas pelas mulheres devido à discriminação de gênero na aviação. Também investiga os desafios para superar esses obstáculos persistentes. No contexto do direito internacional da aviação civil, as normas e procedimentos derivados da Organização da Aviação Civil Internacional (OACI) e da Magna Carta da Aviação – a Convenção de Chicago de 1944 – permitem o compartilhamento de valores e princípios comuns à humanidade, cruciais no âmbito da cooperação internacional. Este artigo destaca a importância da equidade de gênero, inclusão e diversidade para o desenvolvimento econômico e social sustentável do setor de aviação e a luta contra várias formas de discriminação.

Palavras-chave: Aviação Civil; Equidade de Gênero; diversidade e inclusão; Direito Internacional e Comparado; Direito Brasileiro.

ABSTRACT

This research aims to analyze the obstacles faced by women in civil aviation, including factors of marginalization and exclusion, as well as the legal barriers in comparative law and within the framework of Brazilian law from a historical perspective. The article examines Brazilian jurisprudence regarding the barriers women encounter due to gender discrimination in aviation. It also investigates the challenges of overcoming these persistent obstacles. In the context of international civil aviation law, the norms and procedures derived from the International Civil Aviation Organization (ICAO), and the Magna Carta of Aviation – the 1944 Chicago Convention – allow for the sharing of values and principles common to humanity, which are crucial within the framework of international cooperation. This article underscores the importance of gender equity, inclusion, and diversity for the sustainable economic and social development of the aviation sector and the fight against various forms of discrimination.

Keywords: Civil Aviation; Gender Equity; Diversity and Inclusion; International and Comparative Law; Brazilian Law.

1. Introdução

“...Uma pessoa não pode apontar para o mapa e dizer que Colombo descobriu a América e Colombo era mulher, ou apanhar uma maçã e observar que Newton descobriu as leis da gravidade e Newton era mulher, ou olhar para o céu e dizer que há aviões voando sobre a nossa cabeça e os aviões foram inventados por mulheres. Não há marcas na parede para determinar a altura precisa das mulheres. Não há fitas métricas, cuidadosamente divididas em frações de centímetro, que alguém possa usar para as qualidades de uma boa mãe ou para a devoção de uma filha, ou a fidelidade de uma irmã, ou a competência de uma governanta. Poucas mulheres, mesmo hoje, se formaram nas universidades; os grandes desafios das profissões, exército e marinha, comércio, política e diplomacia, mal as testaram. Elas permanecem, até esse momento, quase sem classificação...” (WOOLF, Virginia. *Um teto todo seu*. São Paulo: Tordesilhas, 2014, p. 123).

Em 1928, Virginia Wolf refletiu a situação das mulheres de seu tempo³⁹⁴. Quase 100 anos depois, ainda se analisa as barreiras profissionais das mulheres do século XXI, num campo de trabalho que, historicamente, tem sido ocupado majoritariamente pelos homens: a aviação civil.

O voo histórico do 14-Bis de Alberto Santos Dumont ocorreu em setembro de 1906, num ambiente onde as mulheres sempre estiveram presentes, mas num segundo plano, marginalizadas, quase sempre subordinadas aos seus pais e maridos. Ainda assim, de maneira silenciada pela própria história tradicionalmente também contada por homens. Juridicamente falando, as regras eram conservadoras e patriarcais.

Este artigo objetiva analisar as barreiras enfrentadas pelas mulheres na aviação civil. A primeira parte visa identificar os fatores que excluem e marginalizam as mulheres, incluindo as barreiras legislativas.

A segunda parte trata das barreiras legislativas nacionais para o ingresso de mulheres na aviação: é muito importante lembrar que a aviação está inserida num sistema legislativo nacional que, até a Constituição Federal de 1988, continha barreiras diversas para desfavorecer o trabalho da mulher.

Tendo isto em vista, o Programa ASAS PARA TODOS da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) é uma iniciativa “em prol da diversidade, inclusão e fomento à participação feminina no setor aéreo”³⁹⁵, que compreenderá quais as barreiras existentes

394 WOOLF, Virginia. **Um teto todo seu**. São Paulo: Tordesilhas, 2014, p. 123.

395 BRASIL, Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC). **Programa Asa Para Todos é foco em evento dedicado à representação feminina no setor aéreo**. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/>

para tornar a aviação mais diversa, uma condição essencial para orientar futuras políticas e regulamentações de inclusão no setor³⁹⁶.

A ANAC tornou-se a primeira agência reguladora de um país das Américas a aderir ao *25by2025*, iniciativa da Associação Internacional de Transporte Aéreo (IATA) que incentiva empresas e organizações do setor aéreo a ampliar a representação feminina em cargos de destaque.

A metodologia de pesquisa foi qualitativa, utilizando o método dedutivo de abordagem. Para a realização do levantamento de literatura, foi aplicada a Técnica RSL (Revisão Sistemática de Literatura), com mapeamento de artigos científicos publicados em periódicos, anais de congressos e eventos, monografias, dissertações, teses, livros, relatórios, legislações, jurisprudências e demais formatos de pesquisas e informações oficiais. O período considerado para o levantamento foi de 1998 a 2024.

A identificação de lacunas e tomadas de decisões baseadas em evidências ocorreram através de pesquisa nas plataformas de buscas: Pergamum (Acervo Online ANAC); Researchgate; SciELOBRASIL; Google Acadêmico; VOCED Plus; Windsor data base e MDPI.

Em termos de inovação, o artigo espera como resultado a produção acadêmica nos eixos de estudos e pesquisas sobre os aspectos econômicos, sociais e regulatórios. Houve uma extração discursiva sobre o atual panorama do tema, de modo a contribuir para o desenvolvimento sustentável do setor de aviação do Brasil.

2. Obstáculos encontrados pelas mulheres trabalhadoras da aviação civil

A marginalização e a exclusão de mulheres na aviação foi caracterizada desde seu início por essas “anomias sociais”, acentuando-se as desigualdades de gênero. Embora fatores de marginalização e de exclusão sejam conceitos relacionados, apresentam distinções quanto às formas de desvantagem social, vistos a seguir.

[noticias/2024/programa-asas-para-todos-e-foco-em-evento-dedicado-a-representacao-feminina-no-setor-aereo](#). Acesso em: 20 de Jul. 2024.

396 A iniciativa tem inspiração internacional em outros programas da Organização da Aviação Civil Internacional (OACI) e também da International Air Transport Association (IATA), de modo que é possível perceber que o problema de gênero na aviação não é apenas nacional, mas um desafio também internacional.

2.1. Fatores de marginalização

Considera-se fator de marginalização o processo pelo qual certos indivíduos ou grupos sociais são sistematicamente colocados à margem da sociedade, isto é, com menos acesso a oportunidades, a recursos e poder disponibilizados a outros grupos. A marginalização significa acesso mais restrito ou reduzido ao mercado de trabalho. Essa é uma realidade a que mulheres estão submetidas em diversos países. A revisão sistemática da literatura identificou os principais fatores de marginalização nos primórdios da aviação: sociais, culturais, políticos e econômicos.

2.2. Fatores de marginalização

Os fatores de exclusão referem-se ao processo pelo qual certos indivíduos ou grupos sociais são impedidos de participar plenamente da vida social, política e econômica, resultando em seu completo isolamento e invisibilidade na sociedade. Esses fatores são especialmente evidentes na aviação civil, onde práticas discriminatórias e leis desfavoráveis historicamente impediram e continuam a impedir a participação das mulheres em alguns países. A exclusão das mulheres nesse setor é reflexo de barreiras institucionais e culturais que limitaram suas oportunidades e reconhecimento.

3. Fatores de marginalização

Os fatores de exclusão que afetam as mulheres na aviação são variados e complexos, envolvendo leis e práticas institucionais. Leis que proíbem explicitamente a participação de certos grupos, como as de segregação racial, historicamente impediram a inclusão de mulheres e minorias em diversos setores, incluindo o da aviação.

A exclusão institucional é um dos principais obstáculos para a igualdade de gênero. Políticas e práticas institucionais frequentemente limitam o acesso das mulheres a serviços e oportunidades na aviação. A militarização do voo, por exemplo, incentivou uma associação entre pilotagem e masculinidade. A criação do *Royal Flying Corps (RFC)*, a força aérea britânica, em 1912, durante a Primeira Guerra Mundial, reforçou essa

associação, perpetuando a ideia de que a pilotagem era um domínio masculino³⁹⁷.

Em termos de legislação específica, o Decreto nº 1.232/1962, que regulamenta a profissão do aeroviário no Brasil, dedica um capítulo inteiro ao trabalho da mulher e do menor, refletindo um tratamento legal de incapacidade. As mulheres eram proibidas de realizar trabalhos perigosos ou insalubres e de trabalhar à noite, com algumas exceções. Além disso, a legislação estipulava direitos específicos, como períodos de descanso remunerado após aborto não criminoso, tempo para amamentação e proteção contra demissão devido a casamento ou gravidez. Embora esses dispositivos visassem proteger as mulheres, eles também reforçavam estereótipos de incapacidade e limitavam suas oportunidades profissionais.

A aviação militar também impôs barreiras significativas. O Decreto-Lei nº 3.864, de 1941, e os Estatutos dos Militares estabeleciam que as mulheres estavam isentas do serviço militar ativo, podendo ser aproveitadas em funções de apoio em caso de mobilização. A criação do Corpo Feminino da Reserva da Aeronáutica (CFRA) em 1981 representou um avanço, mas ainda restringia as mulheres a certos papéis dentro da força aérea. Durante a Segunda Guerra Mundial, seis enfermeiras integraram o Quadro de Enfermeiras da Reserva da Aeronáutica, atuando no “teatro de operações, mas esse avanço foi limitado a funções de apoio”³⁹⁸.

Essas legislações e práticas institucionais criaram um ambiente onde as mulheres foram sistematicamente excluídas ou limitadas em suas oportunidades de participação plena na aviação. Embora algumas dessas leis tenham sido revogadas ou modificadas, o impacto duradouro dessas práticas discriminatórias continua a ser um desafio significativo para a equidade de gênero no setor da aviação civil.

3.1. Barreiras legais em Direito Internacional e Comparado

Na aviação civil, as normas e procedimentos que decorrem da OACI e da Convenção de Chicago, são a matriz comum³⁹⁹. No entanto, para além dos Tratados Internacionais

397 MILLS, Albert J. Cockpits, hangars, boys and galleys: **Corporate masculinities and the development of British Airways**. *Gender, Work & Organization*, v. 5, n. 3, 1998, p. 174.

398 PEREIRA, Elaine Gonçalves da Costa; BRITO, Amanda Martins de. **Elas por elas: a mulher militar na FAB**. Editor José Roberto Scheer, Rio de Janeiro, Instituto Histórico-Cultural da Aeronáutica, 2018, p. 5.

399 COMUNIDADE DAS AUTORIDADES DE AVIAÇÃO CIVIL LUSÓFONAS - CAACL. **Declaração de Luanda sobre a Igualdade de Gênero na Aviação Civil Lusófona**. 20 de Jul. 2023. Disponível em: https://www.anac.pt/SiteCollectionDocuments/noticias/2023/DECLARACAO_DE_LUANDA_CAACL.pdf. Acesso em: 17 de Jul. 2024.

em Direitos Humanos e Gênero, existem e seguem sendo desenvolvidas outras normas orientadoras para a promoção da equidade na aviação civil.

Na 39ª Sessão Plenária da Assembleia da OACI, realizada em 2016, em Montreal, por exemplo, foi reconhecido que a aviação, como uma indústria em crescimento, necessita promover a conectividade global, apoiar simultaneamente o desenvolvimento econômico e o crescimento em todo o mundo.

Os países adotaram a Resolução A39-29: Próxima Geração de Profissionais de Aviação, com o propósito de promover a participação feminina no setor da aviação global, em consonância com o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável n. 5 (ODS 5) da Agenda 2030:

Recognizing that in order to support growing aviation needs and ensure the safe and efficient operation of the air transportation system, qualified and competent aviation professionals, as well as a diverse aviation workforce, are required; Considering that, to meet current and future human resources needs, it is important for States and industry to engage the next generation of aviation professionals; Noting that partnerships between government, regional organizations, industry and educational organizations are important to attracting, educating and retaining the next generation of aviation professionals, considering gender equality [...] ⁴⁰⁰.

No mesmo passo, no ano de 2017, reconhecendo também que metade da população mundial é composta por mulheres, a Resolução A39-30, institui o Programa de Igualdade de Gênero com os objetivos para implementação efetiva: a) desenvolver capacidades e aumentar a sensibilização para a igualdade de gênero; b) reforçar a representação de gênero; c) aumentar a responsabilização e; d) maior envolvimento com parceiros externos ⁴⁰¹:

Reaffirms its commitment to improving gender equality and advancing women's

400 INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION - ICAO. **Resolutions adopted by the assembly.** Montreal, 27 September - 6 October, 2016. Disponível em: https://www.icao.int/Meetings/a39/Documents/Resolutions/a39_res_prov_en.pdf. Acesso em: 17 de Jul. 2024.

401 INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION - ICAO. **Gender Equality and ICAO.** Disponível em: <https://www.icao.int/about-icao/women-in-aviation/Pages/gender-equality-and-icao.aspx> Acesso em: 30 de Jul. 2024.

development by supporting UN Sustainable Development Goal 5: Achieve gender equality and empower all women and girls, including the goal of achieving an ambitious target of 50-50 (women-men) by 2030 at all professional and higher levels of employment in the global aviation sector; 2. Urges States, regional and international aviation organizations and the international aviation industry to demonstrate strong and determined leadership and commitment to promoting women's rights and to take the necessary steps to strengthen gender equality by supporting policies, as well as the establishment and improvement of programs and projects, to promote women's careers in ICAO governmental and technical bodies, the ICAO Secretariat and the global aviation sector; 3. Urges States, as part of national commitments to gender equality, to work in cooperation with ICAO, sharing best practices and working in partnership with ICAO on programs and projects aimed at increasing the number of women in the aviation and encouraging women to develop further. their careers in aviation, notably through the promotion of women in aviation careers by State Ministries responsible for higher education [...]

Em 15 de março de 2022, a OACI (Organização Internacional da Aviação Civil) e a OIT (Organização Internacional do Trabalho), celebraram o primeiro Acordo de cooperação interinstitucional, identificando a aviação como área de interesse comum, inclusive, no que diz respeito a preocupação com o cenário das mulheres no setor, o futuro do trabalho decente e sustentável, bem como coleta de dados. Há também em vista o alerta econômico de previsão de falta de mão de obra qualificada na aviação⁴⁰².

No caso da Agenda de Trabalho Decente são destacados os objetivos estratégicos: a) emprego; b) proteção social; c) diálogo social e d) princípios e direitos fundamentais no trabalho, com igualdade de gênero e não discriminação como questões transversais. Além disso, são objetivos estratégicos da OACI: a) segurança; b) capacidade e eficiência da navegação aérea; c) segurança e facilitação; d) desenvolvimento econômico do transporte aéreo e; e) proteção ambiental⁴⁰³.

No ano seguinte, em 20 de julho de 2023, como membra da Comunidade das Autoridades da Aviação Civil Lusófonas (CAACL), a Agência Nacional de Aviação Civil

402 INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION - ILO. **Civil aviation and its changing world of work.** 10 de Jan. 2013. Disponível em: <https://www.ilo.org/resource/other/civil-aviation-and-its-changing-world-work>. Acesso em: 17 de Jun. 2024.

403 INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION - ILO. **Civil aviation and its changing world of work.** 10 de Jan. 2013. Disponível em: <https://www.ilo.org/resource/other/civil-aviation-and-its-changing-world-work>. Acesso em: 17 de Jun. 2024.

(ANAC) brasileira, aderiu à Declaração de Luanda Sobre a Igualdade de Gênero na Aviação Civil Lusófona, assinada em Luanda, capital de Angola⁴⁰⁴.

O documento estabelece como princípio a importância de implantar e enfatizar políticas de inclusão de mulheres no mercado de trabalho e cargos-chave no setor de aviação civil dos países envolvidos. Participam da CAACL oito países além do Brasil: Angola (Autoridade Nacional da Aviação Civil de Angola), Cabo Verde (Agência de Aviação Civil de Cabo Verde), Guiné-Bissau (Autoridade de Aviação Civil da Guiné Bissau), Guiné Equatorial (Autoridade Aeronáutica da Guiné Equatorial), Moçambique (Instituto de Aviação Civil de Moçambique), Portugal (Autoridade Nacional da Aviação Civil de Portugal), São Tomé e Príncipe e Timor-Leste (Instituto Nacional de Aviação Civil de São Tomé e Príncipe)⁴⁰⁵. O quadro da promoção da igualdade do gênero no espaço lusófono da aviação civil, a CAACL, declara o compromisso em cooperação com a ONU e OACI:

- a. assumir, como declaração de princípios, a necessidade de promover a diversidade e a igualdade de oportunidades para as mulheres, tanto a nível das respectivas organizações, como a nível de todos os elementos da cadeia de valor, nomeadamente da indústria;
- b. envidar esforços, junto das entidades políticas nacionais competentes, para a promoção de uma política de igualdade de oportunidades e de não discriminação no mercado de trabalho, reconhecendo o papel da mulher na sociedade;
- c. reconhecer a necessidade de potenciar a promoção do talento das mulheres no quadro da igualdade de oportunidades no âmbito do setor da aviação civil;
- d. envidar os esforços necessários para promover a igualdade do gênero no espaço lusófono⁴⁰⁶.

404 BRASIL. Agência Nacional da Aviação Civil (ANAC). **Declaração de Luanda sobre equidade de gênero da CAACL recebe adesão da ANAC**. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/noticias/2023/declaracao-de-luanda-sobre-equidade-de-genero-da-caacl-recebe-adesao-da-anac>. Acesso em: 17 de Jul. 2024.

405 BRASIL. Agência Nacional da Aviação Civil (ANAC). **Declaração de Luanda sobre equidade de gênero da CAACL recebe adesão da ANAC**. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/noticias/2023/declaracao-de-luanda-sobre-equidade-de-genero-da-caacl-recebe-adesao-da-anac>. Acesso em: 17 de Jul. 2024.

406 COMUNIDADE DAS AUTORIDADES DE AVIAÇÃO CIVIL LUSÓFONAS - CAACL. **Declaração de Luanda sobre a Igualdade de Gênero na Aviação Civil Lusófona**. 20 de Jul. 2023. Disponível em: https://www.anac.pt/SiteCollectionDocuments/noticias/2023/DECLARACAO_DE_LUANDA_CAACL.pdf. Acesso em: 17 de Jul. 2024.

Trata-se de buscar as melhores práticas de segurança operacional, assegurar o desenvolvimento sustentável da aviação nas questões ambientais, na regulação econômica e no desenvolvimento organizacional e social, permitindo-se, assim, criar condições geradores de sustentabilidade geracional⁴⁰⁷.

Isto porque, as autoridades aeronáuticas e a indústria do setor assentam o seu capital humano e organizacional em homens e mulheres altamente qualificados que nas diversas áreas do saber e atuação projetam suas competências para que o sistema da aviação civil funcione. A Declaração reconhece, assim, que a diversidade de pontos de vista permite a tomada de melhores decisões⁴⁰⁸.

Tanto a ONU, como a OACI, reconhecem haver um caminho a trilhar e compromissos estratégicos a adotar, na promoção de igualdade de gênero, enquanto as mulheres assumem um papel essencial na sociedade, como líderes, dirigentes, trabalhadoras e utilizadoras da aviação, contribuindo para o desenvolvimento econômico e social⁴⁰⁹.

Em 15 de março de 2022, a OACI e a OIT celebraram o primeiro acordo de cooperação interinstitucional, para identificar como área de preocupação e interesse comum como, “mulheres na aviação”, além do “futuro do trabalho decente e sustentável na aviação” e “coleta de dados”⁴¹⁰. As organizações concordam em formalizar uma colaboração mais estreita, em particular nas áreas de interesse e preocupação comum estabelecidas no artigo 2º, para cumprir seus respectivos mandatos, abrangendo:

Para a OIT: a Agenda de Trabalho Decente, que compreende quatro objetivos estratégicos inseparáveis, inter-relacionados e mutuamente suportáveis: emprego, proteção social, diálogo social e princípios e direitos fundamentais

407 COMUNIDADE DAS AUTORIDADES DE AVIAÇÃO CIVIL LUSÓFONAS - CAACL. **Declaração de Luanda sobre a Igualdade de Gênero na Aviação Civil Lusófona**. 20 de Jul. 2023. Disponível em: https://www.anac.pt/SiteCollectionDocuments/noticias/2023/DECLARACAO_DE_LUANDA_CAACL.pdf. Acesso em: 17 de Jul. 2024.

408 COMUNIDADE DAS AUTORIDADES DE AVIAÇÃO CIVIL LUSÓFONAS - CAACL. **Declaração de Luanda sobre a Igualdade de Gênero na Aviação Civil Lusófona**. 20 de Jul. 2023. Disponível em: https://www.anac.pt/SiteCollectionDocuments/noticias/2023/DECLARACAO_DE_LUANDA_CAACL.pdf. Acesso em: 17 de Jul. 2024.

409 COMUNIDADE DAS AUTORIDADES DE AVIAÇÃO CIVIL LUSÓFONAS - CAACL. **Declaração de Luanda sobre a Igualdade de Gênero na Aviação Civil Lusófona**. 20 de Jul. 2023. Disponível em: https://www.anac.pt/SiteCollectionDocuments/noticias/2023/DECLARACAO_DE_LUANDA_CAACL.pdf. Acesso em: 17 de Jul. 2024.

410 INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION - ILO. INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION - ICAO. **Agreement 2023**. Disponível em: https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@jur/documents/genericdocument/wcms_839850.pdf. Acesso em: 17 de Jul. 2024.

no trabalho, com igualdade de gênero e não discriminação como questões transversais.

Para OACI: cinco Objetivos Estratégicos, que incluem: segurança, capacidade e eficiência da navegação aérea, segurança e facilitação.

Uma cooperação mais efetiva com as instituições intergovernamentais voltadas à promoção dos direitos humanos e o desenvolvimento social, e as instituições econômicas, contribui para uma base jurídica mais sólida e efetiva visando melhorar o padrão de vida das pessoas⁴¹¹, incluindo a equidade de gênero e diversidade na aviação civil. O diálogo interinstitucional entre as organizações de caráter social e econômico é fundamental para garantir o pleno desenvolvimento econômico de modo sustentável do setor da aviação civil. A inclusão de mulheres no setor deve ser construída coletivamente com os demais *stakeholders*.

3.2. Barreiras legislativas à luz do direito brasileiro: uma perspectiva histórica

O Código Civil de 1916 refletia valores do século XIX, pois foi no ano de 1899 que Clóvis Beviláqua recebeu a incumbência de elaborá-lo. Transformou o *status quo* da época em norma vigente, outorgando ao homem o comando exclusivo da família e relegando a mulher, após o casamento, à incapacidade relativa, equiparada aos indígenas, aos pródigos e aos menores de idade. Assim, sem querer abordar todos os pontos de supremacia dos homens perante as mulheres no referido Código, fica-se aqui com essa informação: após o casamento as mulheres eram relativamente incapazes e dependiam da autorização do marido para trabalhar (entre outros).

Isso aconteceu com uma aviadora brasileira: a primeira mulher brasileira a receber o brevê de piloto e que foi Thereza Di Marzo⁴¹², em 8 de abril de 1922. Thereza Di Marzo nasceu em 1903 e sempre gostou da aviação. Lutou muito para obter a aprovação de seu

411 FARIAS, Inez Lopes Matos Carneiro de. **Direitos humanos e comércio internacional**. Tese de Doutorado, orientação José Carlos de Magalhães, 2006, p. 279.

412 Anésia Pinheiro Machado foi a segunda brasileira a receber o brevê de piloto, apenas um dia depois de Thereza di Marzo. FAB. Força Aérea Brasileira. Instituto Histórico - Cultural da Aeronáutica. Museu Aeroespacial. **Brevetadas as primeiras aviadoras brasileiras**. Disponível em: <https://www2.fab.mil.br/musal/index.php/curiosidades-historicas-item-de-menu/907-brevetadas-as-primeiras-aviadoras-brasileiras>. Acesso em: 20 de Jul. 2024.

pai para aprender a pilotar, de quem, ao final, ganhou um avião. Foi orientada por vários veteranos da Primeira Guerra Mundial (os irmãos italianos Enrico e João Robba).

Contudo, seu principal instrutor e incentivador, Fritz Roesler, com quem acabou se casando em 1926, a proibiu de pilotar após o casamento. A aviadora teve que se resignar à ordem do marido e encerrou a carreira de pilota. No entanto, continuou trabalhando com ele em outros empreendimentos dedicados à aviação, mas sempre em terra e sob a sua subordinação.

Em 24 de fevereiro de 1932, por meio do Decreto nº 21.076, foi criado o Código Eleitoral, que permitiu o voto feminino. Uma grande conquista para a época, ainda que a capacidade das mulheres casadas permanecesse relativa.

A Constituição de 1934 ratificou o voto feminino, lançou o ideal da igualdade de gênero (sem efetivá-lo), e garantiu os primeiros direitos trabalhistas femininos, tais como: (1) a proibição da diferença salarial por motivos de sexo, (2) a proibição de trabalho das mulheres em ambientes insalubres, e (3) a garantia de assistência médica e sanitária às gestantes, além de descanso antes e depois do parto. Entretanto, as condições de trabalho das mulheres eram precárias, suas jornadas de trabalho eram exaustivas e, na prática, suas remunerações eram inferiores aos salários dos homens. Além da questão da permanência da necessidade de autorização do marido para trabalhar, após o casamento.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) de 1943, Decreto-lei nº 5452/1943, trouxe outros avanços significativos para o trabalho da mulher. Algumas normas foram revogadas, outras mantidas e acrescidas, dentre as quais destacamos: (a) a estabilidade empregatícia durante a gestação e até 05 meses após o nascimento da criança; (b) a licença maternidade de 120 dias; (c) a alteração de função durante a gestação, caso necessário, para garantir as condições para desenvolvimento da gravidez e da saúde da mulher e do bebê; (d) o afastamento de atividades insalubres; (e) a equidade salarial e iguais oportunidades; (f) a proibição à divulgação de vagas que excluam as mulheres e sejam exclusivas para homens; (g) e a limitação do peso eventualmente suportado para 60 quilos.

Os avanços obtidos na CLT abriram espaço no Brasil para a contratação de comissárias de voo, após a Segunda Guerra Mundial. É o que ficou registrado no

depoimento de Isabel Botelho⁴¹³, no livro *Mulheres o Céu não é o limite*⁴¹⁴. Não pretende-se esgotar todas as normas que consagram conquistas femininas, mas expor apenas aquelas que têm relação com barreiras ao trabalho na aviação civil.

Assim, deve ser destacado o Decreto nº 1.232 de 22 de junho de 1962, até hoje vigente, que regulamenta a profissão do aeroviário, descrito como trabalhador que, não sendo aeronauta, exerce função remunerada nos serviços terrestres de empresa aérea), o Capítulo VI, integralmente, é dedicado ao trabalho da mulher e do menor. Ao se comparar o trabalho da mulher e ao do menor, estamos falando em termos legais de incapacidade relativa, sendo que o referido Decreto não faz distinção se a incapacidade da mulher só teria relação com seu estado civil, isto é, a incapacidade relativa vale para mulheres casadas, solteiras, viúvas. O Decreto nº 1232/1962 estabelece para a mulher:

1. A proibição de trabalho perigoso ou insalubre;
2. A proibição de trabalho noturno, excluídas desta proibição, as maiores de dezoito anos que executem serviços de radiotelegrafia ou radiotelegrafia, telefonia, enfermagem, recepção e nos bares ou restaurante, e ainda as que não participando de trabalho contínuo ocupem postos de direção;
3. O direito a repouso remunerado de duas semanas, com retorno seguro à função que ocupava, em caso de abordo não criminoso, comprovado por atestado médico oficial;
4. O direito à amamentação do próprio filho, até os 6 meses de idade, com direito a dois descansos durante a jornada de trabalho de meia hora cada um;
5. A proibição de exercício em serviço que demande força muscular superior a 20

413 Isabel Botelho assim relatou: “[...] a enfermeira Ellen Chirch, que sonhava em ser piloto de avião, percebendo que teria poucas chances nesta função que era dominada apenas por homens, sugeriu a uma empresa que colocassem enfermeiras nos voos comerciais, para cuidarem melhor da saúde do bem-estar dos clientes. Os aviões da época não eram pressurizados, voavam baixo, sempre com turbulência, além de serem muito barulhentos, e o nervosismo dos passageiros era um grande problema. Foi neste período que a profissão de comissária de voo começou a tomar espaço. Com o sucesso dessa experiência, outras empresas aéreas seguiram essa fórmula imitando a iniciativa. **No Brasil, as companhias aéreas também passaram a contratar comissários após a Segunda Guerra Mundial. Os aviões tinham leitos para os passageiros e não era conveniente que comissários do sexo masculino atendessem mulheres e crianças nesses locais de descanso, foi então que mais e mais mulheres passaram a predominar na profissão.**” - grifo nosso. BOTELHO, Isabel. **Tripulante de Cabine 360º**. In: Assali, Sandra, coordenadora. *Mulheres o céu não é o limite*. São Paulo: ABRAPAVAA, 2024, p. 123-124.

414 BOTELHO, Isabel. **Tripulante de Cabine 360º**. In: Assali, Sandra, coordenadora. *Mulheres: o Céu não é o limite*. São Paulo: ABRAPAVAA, 2024, p. 120-125.

quilos para trabalho contínuo e 25 quilos em trabalho ocasional;

6. O direito à manutenção do contrato de trabalho após o matrimônio ou gravidez;

7. A proibição do trabalho da aeroviária grávida no período de 6 (seis) semanas antes e de 6 (seis) semanas depois do parto; sendo que nesse período, a aeroviária terá direito aos salários integrais, calculados de acordo com a média dos seis (6) últimos meses de trabalho, sendo-lhe ainda facultado reverter à função que anteriormente ocupava.

Embora não tenha sido revogado por lei posterior, o Capítulo VI do Decreto nº 1232/1962 não foi recepcionado pela Constituição de 1988, ou foi por ela derogado, não havendo questionamento a esse respeito. Mas, se abertos os sites oficiais, como o www.planalto.gov.br⁴¹⁵, o Capítulo ainda aparece como se estivesse em vigor.

Em seguida, a Lei nº 4121, de 27 de agosto de 1962, conhecida como o Estatuto da Mulher Casada, alterou o Código Civil para que a mulher não mais fosse considerada como relativamente incapaz após o casamento, permitindo que a mulher casada tivesse o direito de trabalhar fora, independentemente da vontade de seu marido.

A Constituição Federal do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, inciso I, finalmente pôs fim à diferença de gênero entre homens e mulheres, dispondo que tanto homens quanto mulheres, são iguais em direitos e obrigações, em seus termos. Ainda, com esta Constituição, as mulheres passaram a ter os direitos trabalhistas reconhecidos por meio da instituição da igualdade de gênero e da não discriminação.

De maneira específica, também é reafirmada a proibição da diferença de salários, do exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo. A Constituição somente admite práticas trabalhistas diferenciadas entre gêneros, na situação em que seus efeitos visam a própria proteção desses direitos ou a ampliação das mulheres no mercado de trabalho. Apesar disso, embora a norma Constitucional de 1988 seja clara, as instituições tardaram a abrir suas portas para as mulheres.

O Instituto Tecnológico de Aeronáutica (ITA), por exemplo, apenas abriu as portas para o ingresso de mulheres no ano de 1996, sendo que seu vestibular ocorreu no final

415 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Decreto Nº 1.232, de 22 de Junho de 1962. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dcm/dcm1232.htm#:~:text=dcm%201232&text=DECRETO%20No%201.232%2C%20DE.Regulamenta%20a%20profiss%C3%A3o%20de%20Aerovi%C3%A1rio.&text=Art%201%C2%BA%20C3%89%20a-erovi%C3%A1rio%20o,de%20Empr%C3%AAsa%20de%20Transportes%20A%C3%A9reos. Acesso em: 17 de Jul. 2024.

de 1995. Em 2023, o ITA pela primeira vez tem uma mulher como primeira colocada no vestibular, contudo, divulgou que as mulheres representam apenas 6% dos 150 candidatos aprovados no vestibular daquele ano⁴¹⁶.

A primeira mulher negra brasileira a se tornar Doutora em Física e a lecionar no Instituto Tecnológico de Aeronáutica (ITA), Sônia Guimarães que, aliás, possui uma patente de detectores utilizados em mísseis para identificar aviões em movimento, na adolescência trabalhou para conseguir pagar um cursinho e prestar vestibular para o curso de engenharia civil. Mesmo sendo aluna aplicada, um de seus professores a orientou a buscar os cursos “menos concorridos”, como comentou:

[...] mais de 20 anos depois, o número de mulheres é ainda restrito - entre os 110 aprovados em 2018 no ITA, apenas sete eram meninas [...]. O ITA é uma instituição conservadora, masculina e branca. O conservadorismo pode até desacelerar nosso processo, mas hoje já não é mais capaz de nos parar⁴¹⁷.

A primeira piloto trans da Argentina a exercer a profissão como comandante, integra a equipe da Aerolíneas Argentinas. Com experiência de mais de 13 mil horas de voo e realizando voos internacionais há mais de 11 anos, Traniela Carle Campolieto é uma das pioneiras no mundo e, até onde se sabe no momento, a primeira comandante transgênero de todo o continente sul-americano. Além de ser um marco para o movimento LGBTQIA+, a piloto também faz parte da Comissão de Diversidade da Asociación de Pilotos de Líneas Aéreas Argentinas⁴¹⁸.

Por outro lado, somente no ano de 2003, foi permitido às mulheres o ingresso no Quadro de Oficiais Aviadores da Força Aérea Brasileira (FAB)⁴¹⁹, contudo, em 2019,

416 AFONSO, Lucas. UOL. **1º lugar no Vestibular 2023 do ITA é ocupado por uma mulher.** Disponível em: [https://vestibular.brasilecola.uol.com.br/noticias/1-lugar-no-vestibular-2023-do-ita-e-ocupado-por-uma-mulher/353987.html#:~:text=1%C2%BA%20lugar%20no%20Vestibular%202023%20do%20ITA%20%C3%A9%20ocupado%20por%20uma%20mulher,-Elas%20representam%206&text=Luciana%20de%20Oliveira%20Santos%2C%20primeira%20colocada%20no%20Vestibular%202023%20do%20ITA.&text=O%20Instituto%20Tecnol%C3%B3gico%20de%20Aeron%C3%A1utica,de%20Admiss%C3%A3o%20\(Vestibular\)%202023](https://vestibular.brasilecola.uol.com.br/noticias/1-lugar-no-vestibular-2023-do-ita-e-ocupado-por-uma-mulher/353987.html#:~:text=1%C2%BA%20lugar%20no%20Vestibular%202023%20do%20ITA%20%C3%A9%20ocupado%20por%20uma%20mulher,-Elas%20representam%206&text=Luciana%20de%20Oliveira%20Santos%2C%20primeira%20colocada%20no%20Vestibular%202023%20do%20ITA.&text=O%20Instituto%20Tecnol%C3%B3gico%20de%20Aeron%C3%A1utica,de%20Admiss%C3%A3o%20(Vestibular)%202023). Acesso em: 20 de Jul. 2024.

417 ASSAD, Leonor. **Diversidade na ciência: a necessidade de borrar fronteiras: diversidade é fundamental para trazer novos olhares - e novas soluções - para a ciência e a sociedade.** Ciência e Cultura, v. 75, n. 2, 2023, p. 2.

418 AEROIN. **Pilota se torna a primeira comandante trans na Argentina.** Disponível em: <https://aeroin.net/pilota-se-torna-a-primeira-comandante-trans-da-argentina/>. Acesso em: 30 de Julho. 2024.

419 O ingresso de mulheres na Força Aérea Brasileira teve início em 1982. Segundo o Ministério da Defesa, a partir de 2003, quando as mulheres passaram a ser aceitar no Quadro de Oficiais Aviadores, houve um avanço significativo no número de mulheres, de 3662 (no ano de 2003) para 9299 (no ano de 2012), que também se deve a abertura de diversas especialidades diferentes no curso de formação de sargentos, como relata a Major Aviadora Gisele Cristina Coelho de Oliveira. DE OLIVEIRA, Gisele Cristina Coelho. **O Ethos militar na Força Aérea Brasileira: o ingresso de mulheres na aviação.** 2021. Tese de Doutorado. UNIFA, p. 36.

o número de oficiais superiores, representava apenas 1% das mulheres nas Forças Armadas, sendo que não havia apenas duas mulheres na posição de generais⁴²⁰. É interessante ainda pontuar que o ingresso de jovens meninas na Escola Preparatória de formação de Cadetes do Ar (EPCAR) só aconteceu a partir do ano de 2017, contudo, com 160 vagas para homens e apenas 20 vagas para mulheres⁴²¹.

No ano de 2017, foi promulgada a Lei nº 13.475/2017, que dispõe sobre o exercício da profissão de aeronauta, descritos como pilotos de aeronave, comissários de voo e mecânico de voo. A referida Lei, como era de se esperar, não traz diferenças de gênero como o referido Decreto nº 1232/1962.

Também pesquisamos as Convenções Coletivas de Trabalho (2023 e 2024) do Sindicato Nacional de Empresas Aeroviárias (SNA) e do Sindicato Nacional de Empresas Aéreas (SNEA), que salvaguardam trazem vários direitos à mulher por seu gênero, mas sem discriminação. São normas afinadas com a Constituição Federal de 1988.

4. Análise de jurisprudência brasileira sobre as barreiras enfrentadas pelas mulheres na aviação civil

No que diz respeito à jurisprudência brasileira em termos gerais, devem ser apontadas duas iniciativas recentes e relevantes do Poder Judiciário que revelam a necessidade e a tentativa de identificação e sistematização de decisões que visam a proteção dos direitos das mulheres, o combate à violência e a discriminação, bem como a igualdade de gênero, são elas:

- i. Em 2021, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através da Portaria nº 27, instituiu um grupo de trabalho para um “protocolo de julgamento com perspectiva de gênero”, a fim de que os casos sejam julgados valorizando o trabalho da mulher, ainda que não seja remunerado. Esse trabalho gerou a Resolução nº 492/2023 do CNJ, determinando a obrigatoriedade de capacitação dos magistrados e magistradas, em matérias relacionadas aos direitos humanos, gênero, raça e etnia, entre outros⁴²²;

420 DE OLIVEIRA, Gisele Cristina Coelho. **O Ethos militar na Força Aérea Brasileira: o ingresso de mulheres na aviação**. 2021. Tese de Doutorado. UNIFA, p. 36.

421 DE OLIVEIRA, Gisele Cristina Coelho. **O Ethos militar na Força Aérea Brasileira: o ingresso de mulheres na aviação**. 2021. Tese de Doutorado. UNIFA, p. 38.

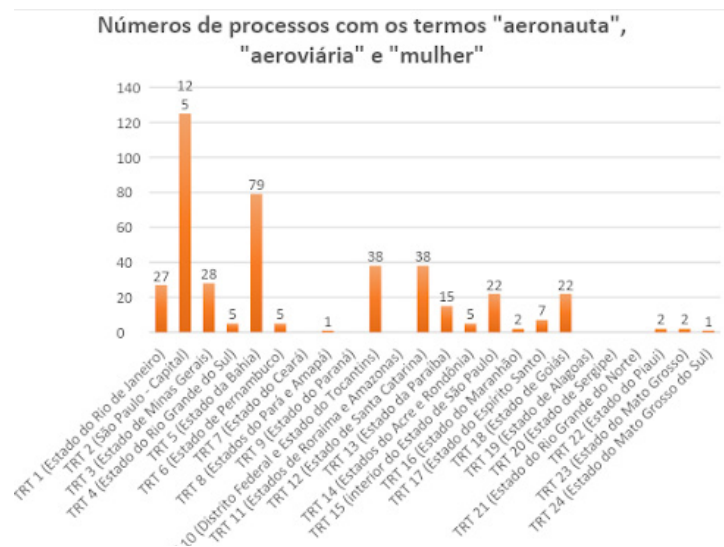
422 Vide: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução Nº 492 de 17/03/2023, disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4986>.

ii, Em 2023, o Supremo Tribunal Federal (STF) lançou uma série de matérias chamadas de: “O STF e os direitos das mulheres”, com o objetivo de alcançar a igualdade de gênero e empoderar as mulheres⁴²³. A iniciativa está alinhada com o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 5 da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU)⁴²⁴.

É interessante também ressaltar o julgamento do RE 658.312, em 2014, pelo Supremo Tribunal Federal, pelo qual foi declarada a constitucionalidade do intervalo antes da jornada extraordinária da mulher. Isto é, os direitos atualmente existentes asseguram a proteção da mulher, não afetando a igualdade de gênero.

No caso da jurisprudência trabalhista com casos de gênero sobre o transporte aéreo, informamos que fizemos pesquisas no Tribunal Superior do Trabalho (TST) e, também, em cada um dos 24 (vinte e quatro) Tribunais Regionais do Trabalho (TRT), utilizando os termos “aeronauta”, “aeroviária” e “mulher”, nos quais alcançamos os seguintes números de processos relacionados na Figura 01 - Número de Processo com termos “aeronauta”, “aeroviária” e “mulher”:

Figura 01- Número de Processo com termos “aeronauta”, “aeroviária” e “mulher”.



423 Vide: Direitos das mulheres [recurso eletrônico] / Conselho Nacional de Justiça; Supremo Tribunal Federal, MaxPlanck-Institute for Comparative Public Law and International Law; Coordenação Gabriel da Silveira Matos, Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi, Estêvão André Cardoso Waterloo, Manuelita Hermes Rosa Oliveira Filha, Valter Shuenquener de Araújo, Pedro Felipe de Oliveira Santos, Alexandre Reis Siqueira Freire. – Brasília: CNJ, 2023, disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/03/cadernos-stf-direitos-das-mulheres.pdf>.

424 STF. Supremo Tribunal Federal. **Obra reúne decisões emblemáticas do STF sobre direitos da mulher.** 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=503960&ori=1>. Acesso em: 20 de Jul. 2024.

Sobre os números acima, ressaltamos que nem todos os casos são de mulheres aeronautas e aeroviárias, já que a inteligência artificial dos referidos Tribunais capta quaisquer palavras semelhantes existentes nas decisões, que pode dizer respeito à um comentário do julgador ou até a uma decisão jurisprudencial mencionada no julgamento. Por outro lado, há Tribunais que fazem pesquisa na primeira e na segunda instâncias e outros apenas na segunda instância, sendo que a pesquisa no TRT 9 (Estado do Paraná) foi infrutífera, visto que a inteligência artificial do referido TRT faz busca em vários outros Tribunais, sendo que o filtro não executou a busca exata dos termos pesquisados.

De qualquer forma, é possível visualizar mais julgados nos locais onde as empresas aéreas nacionais têm sede. Outro ponto relevante é que muitas barreiras apontadas pela Psicologia Social, neste artigo, podem ser verificadas em julgamentos pesquisados. São exemplos:

1. Vestimenta e requisitos de aparência – consistem na maior parte dos julgamentos de gênero na aviação. É muito interessante verificar que não há pacificação sobre o tema, pois encontramos casos nos quais os danos materiais pelos custos com maquiagem, cabelos, manicure, sobrancelhas, meias calças, relógios, sapatos engraxados, etc., foram reconhecidos e ressarcidos pelos Tribunais (p. ex., Reclamações Trabalhistas (RT) nºs 0010534-14.2020.5.03.0092⁴²⁵, 1000182-98.2022.5.02.0718⁴²⁶, 1000883-64.2023.5.02.0705⁴²⁷, 1001087-73.2016.5.02.0311⁴²⁸, 0000050-94.2022.5.12.0034⁴²⁹, entre outras), havendo outros casos nos quais os Tribunais entenderam que não havia dano material, seja porque não havia prova, ou porque em relação à maioria das mulheres o uso de maquiagem seria natural, habitual, sendo que a boa aparência seria inerente à profissão escolhida (p. ex. RTs nºs 1000867-65.2023.5.02.0720⁴³⁰, 1000956-

425 Miranda vs. Azul Linhas Aéreas Brasileiras S. A. (2023). Processo nº 001053414.2020.5.03.0092, Tribunal Superior do Trabalho, Brasília - DF. Indenização por dano material. Acesso em 16/07/2024 de <https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/noticias-juridicas/empresa-aerea-e-condenada-a-indenizar-comissaria-de-voo-por-gastos-com-maquiagem-cabelo-unhas-e-acessorios>.

426 F. M. S. M. vs. GOL Linhas Aéreas S. A. (2022). Processo nº 1000182-98.2022.5.02.0718, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, São Paulo - SP. Indenização por dano material. Acesso em 16/07/2024 de <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1000182-98.2022.5.02.0718/1#8b8bf34>.

427 M. M. S. L. vs. GOL Linhas Aéreas S. A. (2024). Processo nº 1000883-64.2023.5.02.0705, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, São Paulo - SP. Indenização por dano material. Acesso em 16/07/2024 de <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1000883-64.2023.5.02.0705/2#9e1fd05>.

428 A. G. L. vs. TAM Linhas Aéreas S. A. (2021). Processo nº 1001087-73.2016.5.02.0311, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, São Paulo - SP. Indenização por dano material. Acesso em 16/07/2024 de <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1001087-73.2016.5.02.0311/2#957935e>.

429 G. B. vs. GOL Linhas Aéreas S. A. (2023). Processo nº 0000050-94.2022.5.12.0034, Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, Florianópolis - SC. Indenização por dano material. Acesso em 16/07/2024 de link <https://pje.trt12.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0000050-94.2022.5.12.0034/2#7e5d6da>.

430 V. M. N. vs. GOL Linhas Aéreas S. A. (2024). Processo nº 1000867-65.2023.5.02.0720, Tribunal

04.2021.5.02.0318⁴³¹, 0010224-12.2021.5.03.0144⁴³², entre outras);

2. Remuneração estagnada e inferior aos homens – na RT nº 1001295-73.2020.5.02.0713⁴³³, por exemplo, houve pedido de equiparação salarial com os colegas homens que ganhavam 28% a mais do que a Reclamante, o que foi reconhecido no Acórdão. Da mesma forma, na RT nº 0011814-72.2015.5.01.0020⁴³⁴, houve pedido de equiparação salarial por desvio de função, também reconhecida em julgamento do TRT 1;

3. Assédio sexual – reconhecido por sentença na RT nº 0000746-74.2019.5.14.0004⁴³⁵, com indenização por danos morais; havendo, da mesma forma, o reconhecimento de assédio sexual na RT nº 1000787-46.2023.5.02.0706⁴³⁶;

4. Assédio moral por preconceito e discriminação de gênero, com comentários e posturas machistas – abordado, por exemplo, nas seguintes RTs nºs 1000810-39.2016.5.02.0317⁴³⁷, 1001055-42.2019.5.02.0706⁴³⁸, 1000543-73.2016.5.02.0315⁴³⁹,

Regional do Trabalho da 2ª Região, São Paulo - SP. Indenização por dano material. Acesso em 16/07/2024 de <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1000867-65.2023.5.02.0720/1#99070c1>.

431 M. O. D. I. vs. TAM Linhas Aéreas S. A. (2022). Processo nº 1000956-04.2021.5.02.0318, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, São Paulo - SP. Indenização por dano material. Acesso em 16/07/2024 de <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1000956-04.2021.5.02.0318/2#8ba9de7>.

432 Fernandes vs. GOL Linhas Aéreas S. A. (2022). Processo nº 0010224-12.2021.5.03.0144, Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte - MG. Indenização por dano material. Acesso em 16/07/2024 de link <https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0010224-12.2021.5.03.0144/2#d2aa9da>.

433 Garcia vs. TAM Linhas Aéreas S. A. (2023). Processo nº 1001295-73.2020.5.02.0713, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, São Paulo - SP. Indenização por dano material. Acesso em 16/07/2024 de <https://ww2.trt2.jus.br/noticias/noticias/noticia/companhia-aerea-deve-indenizar-trabalhadora-por-desigualdade-salarial-entre-generos>.

434 Courvoisier vs. GOL Linhas Aéreas S.A. (2023). Processo nº 0011814-72.2015.5.01.0020, Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, Rio de Janeiro, RJ. Indenização por Dano Material e Moral. Acesso em 16/07/2024 de link <https://pje.trt1.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0011814-72.2015.5.01.0020/2#b9310fc>.

435 V. S. V. vs. K. S. A. T. A. E. e Infraero (2020). Processo nº 0000746-74.2019.5.14.0004, Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, Porto Velho - RO. Dano moral (assédio sexual do superior hierárquico). Acesso em 16/07/2024 de <https://consulta.trt14.jus.br/abrirDoc>.

436 R. S. N. vs. S. F. P. S. P. E. L. L. e outro (2024). Processo nº 1000787-46.2023.5.02.0706, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, São Paulo - SP. Indenização por dano moral. Acesso em 16/07/2024 de link <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1000787-46.2023.5.02.0706/2#6abcaa6>.

437 N. F. A. vs. TAM Linhas Aéreas S. A. (2022). Processo nº 1000810-39.2016.5.02.0317, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, São Paulo - SP. Indenização por dano material e por dano moral (assédio moral). Acesso em 16/07/2024 de <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1000810-39.2016.5.02.0317/2#b0b4c8d>.

438 K. C. S. S. vs. M. R. C. E. M., P. S. I. E. C. V. L. M., V. O. V. L. E. e M. C. V. E. D. E. (2019). Processo nº 1001055-42.2019.5.02.0706, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, São Paulo - SP. Indenização por dano moral. Acesso em 16/07/2024 de link <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1001055-42.2019.5.02.0706/2#dd4b1ce>.

439 F. F. G. vs. TAM Linhas Aéreas S. A. (2019). Processo nº 1000543-73.2016.5.02.0315, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, São Paulo - SP. Indenização por dano material e moral. Acesso em 16/07/2024 de link <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1000543-73.2016.5.02.0315/2#6518ce8>.

00001091-72.2016.5.05.0561⁴⁴⁰;

5. Falta de suporte às mulheres, escalas, jornadas de trabalho – temas abordados de diferentes formas, com pedidos de danos morais por doenças ocupacionais, nas RTs nº 0000606-36.2019.5.10.0009⁴⁴¹, 0001283-02.2012.5.03.0108⁴⁴², 1001329-89.2017.5.02.0701⁴⁴³.

Com essa visão geral, conclui-se que, atualmente, a legislação trabalhista nacional garante direitos fundamentais à mulher em relação ao trabalho, prevendo formalmente a proteção e a promoção das mulheres na esfera profissional. Mas, apenas a existência de regras não acarreta, necessariamente, em mudanças comportamentais e culturais na sociedade, facilmente verificada nos casos práticos exemplificados na jurisprudência citada. Encerra-se essa a pesquisa com o forte relato da Engenheira Aeronáutica Mailema Celestino, uma das formadas da primeira turma de mulheres do ITA⁴⁴⁴:

Cada cálculo que executo de decolagem, cruzeiro ou pouso é uma reflexão de que para conseguir voar, precisamos vencer o arrasto. Por mais de uma vez ouvi frases do tipo:

- Por que você não vai fazer outro curso? Não faça engenharia.

- Você não vai conseguir.

- Mulher engenheira não é bem uma mulher.

- Trabalhar com avião? Tem certeza?

440 J. S. B. vs. AZUL Linhas Aéreas Brasileiras S. A. (2017). Processo nº 0001091-72.2016.5.05.0561, Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, Salvador - BA. Indenização por dano moral. Acesso em 16/07/2024 de link <https://www.trt5.jus.br/consulta-processo>.

441 Carvalho vs. TAM Linhas Aéreas S. A. (2022). Processo nº 0000606-36.201.5.10.0009, Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, Brasília-DF. Indenização por dano material e moral. Acesso em 16/07/2024 de link <https://pje.trt10.jus.br/consultaprocessual/consulta-cidadao/0000606-36.2019.5.10.0009/2>.

442 Gonçalves vs. TRIP Linhas Aéreas S. A. (2024). Processo nº 0001283-02.2012.5.03.0108, Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte - MG. Indenização por dano material. Acesso em 16/07/2024 de link <https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0001283-02.2012.5.03.0108/1#9c42f33>.

443 K. W. A. vs. TAM Linhas Aéreas S. A. (2020). Processo nº 1001329-89.2017.5.02.0701, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, São Paulo - SP. Indenização por dano material e moral. Acesso em 16/07/2024 de link <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1001329-89.2017.5.02.0701/2#adbdc50>.

444 CELESTINO, Mailena. **Projetar Aviões como Santos Dumont: uma Mulher também pode!** In: Assali, Sandra, coordenadora. Mulheres o céu não é o limite. São Paulo: ABRAPAVAA, 2024, p. 157-161.

Fora as frases de cunho sexual e pejorativo que prefiro não citar aqui neste livro. A revolta diante dessas situações deve ser apaziguada pelo ar pressurizado das boas palavras que vêm da imensa maioria que torce por nós.

5. Considerações finais: os desafios das barreiras ainda persistentes

O artigo concluiu que ainda são persistentes as barreiras de baixa representatividade das mulheres na aviação geral em conta da discriminação de gênero, racial e sexual, como: a desigual representatividade nas Organizações internacionais, ONGs e sindicatos; desigual equiparação salarial; assédio sexual; carência de políticas de diversidade e inclusão; pouca representatividade em gestão, liderança e decisão; discriminação baseada na aparência; custos com maquiagem, cabelos, manicure, sobrancelhas, meias calças, sapatos, exigência de cabelos amarrados para mulheres negras e estereótipos de cabelos lisos de mulheres brancas.

Nesse sentido, apesar da “pressão” exercida pelos organismos internacionais para a produção de normas e políticas inclusivas nacionais, ainda são necessárias mudanças nos próprios quadros na ONU, políticas internacionais e nacionais de inclusão mais intensas e pautadas na diversidade; inclusão e sustentabilidade na OACI-SAM.

Os dados e informações contidas nesta pesquisa apontam que, tendo em vista o alerta econômico de previsão de falta de mão de obra qualificada na aviação, a sustentabilidade econômica do setor da aviação está intrinsecamente ligada à inclusão e à diversidade.

A implementação dessas metas é fundamental para criar um futuro setor de aviação civil mais justo, equitativo e sustentável, garantindo que as mulheres tenham as mesmas oportunidades e condições de trabalho que os homens⁴⁴⁵. O empoderamento das mulheres pode ser definido como a promoção do senso de autoestima, sua capacidade de determinar suas próprias escolhas e seu direito de influenciar mudanças sociais para si mesmas e para os outros. Para isso ocorrer, o trabalho demonstra que o Direito Internacional tem exercido papel fundamental na harmonização de políticas, normas e ações para a inclusão de mulheres no setor da aviação civil.

REFERÊNCIAS

445 SELIGSON, David. Women and aviation: **Quality jobs, attraction and retention**. **International Labour Organization**, 2024.

AEROIN. **Pilota se torna a primeira comandante trans na Argentina.** Disponível em: <https://aeroin.net/pilota-se-torna-a-primeira-comandante-trans-da-argentina/>. Acesso em: 30 de Julho. 2024.

AFONSO, Lucas. UOL. **1º lugar no Vestibular 2023 do ITA é ocupado por uma mulher.** Disponível em: [https://vestibular.brasilecola.uol.com.br/noticias/1-lugar-no-vestibular-2023-do-ita-e-ocupado-por-uma-mulher/353987.html#:~:text=1%C2%BA%20lugar%20no%20Vestibular%202023%20do%20ITA%20%C3%A9%20ocupado%20por%20uma%20mulher,-Elas%20representam%206&text=Luciana%20de%20Oliveira%20Santos%2C%20primeira%20colocada%20no%20Vestibular%202023%20do%20ITA.&text=O%20Instituto%20Tecnol%C3%B3gico%20de%20Aeron%C3%A1utica,de%200Admiss%C3%A3o%20\(Vestibular\)%202023.](https://vestibular.brasilecola.uol.com.br/noticias/1-lugar-no-vestibular-2023-do-ita-e-ocupado-por-uma-mulher/353987.html#:~:text=1%C2%BA%20lugar%20no%20Vestibular%202023%20do%20ITA%20%C3%A9%20ocupado%20por%20uma%20mulher,-Elas%20representam%206&text=Luciana%20de%20Oliveira%20Santos%2C%20primeira%20colocada%20no%20Vestibular%202023%20do%20ITA.&text=O%20Instituto%20Tecnol%C3%B3gico%20de%20Aeron%C3%A1utica,de%200Admiss%C3%A3o%20(Vestibular)%202023.) Acesso em: 20 de Jul. 2024.

ASSAD, Leonor. **Diversidade na ciência: a necessidade de borrar fronteiras: diversidade é fundamental para trazer novos olhares - e novas soluções - para a ciência e a sociedade.** Ciência e Cultura, v. 75, n. 2, 2023.

BOTELHO, Isabel. **Tripulante de Cabine 360º.** In: Assali, Sandra, coordenadora. Mulheres o céu não é o limite. São Paulo: ABRAPAVAA, 2024.

BRASIL. Agência Nacional da Aviação Civil (ANAC). **Declaração de Luanda sobre equidade de gênero da CAACL recebe adesão da ANAC.** Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/noticias/2023/declaracao-de-luanda-sobre-equidade-de-genero-da-caacl-recebe-adesao-da-anac>. Acesso em: 17 de Jul. 2024.

BRASIL, Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC). **Programa Asa Para Todos é foco em evento dedicado à representação feminina no setor aéreo.** Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/noticias/2024/programa-asas-para-todos-e-foco-em-evento-dedicado-a-representacao-feminina-no-setor-aereo>. Acesso em: 20 de Jul. 2024.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto N° 1.232, de 22 de Junho de 1962.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dcm/dcm1232.htm#:~:text=dcm%201232&text=DECRETO%20No%201.232%2C%20DE,Regulamenta%20a%20profiss%C3%A3o%20de%20Aerovi%C3%A1rio.&text=Art%201%C2%BA%20%C3%89%20aerovi%C3%A1rio%20o,de%20Empr%C3%AAsa%20de%20Transportes%20A%C3%A9reos. Acesso em: 17 de Jul. 2024.

CELESTINO, Mailena. **Projetar Aviões como Santos Dumont: uma Mulher também pode!** In: Assali, Sandra, coordenadora. Mulheres o céu não é o limite. São Paulo: ABRAPAVAA, 2024.

COMUNIDADE DAS AUTORIDADES DE AVIAÇÃO CIVIL LUSÓFONAS - CAACL. **Declaração de Luanda sobre a Igualdade de Gênero na Aviação Civil Lusófona.** 20 de Jul. 2023. Disponível em: https://www.anac.pt/SiteCollectionDocuments/noticias/2023/DECLARACAO_DE_LUANDA_CAACL.pdf. Acesso em: 17 de Jul. 2024.

DE OLIVEIRA, Gisele Cristina Coelho. **O Ethos militar na Força Aérea Brasileira: o ingresso de mulheres na aviação.** 2021. Tese de Doutorado. UNIFA.

FAB. Força Aérea Brasileira. Instituto Histórico - Cultural da Aeronáutica. Museu Aeroespacial. **Brevetadas as primeiras aviadoras brasileiras.** Disponível em: <https://www2.fab.mil.br/musal/index.php/curiosidades-historicas-item-de-menu/907-brevetadas-as-primeiras-aviadoras-brasileiras>. Acesso em: 20 de Jul. 2024.

FARIAS, Inez Lopes Matos Carneiro de. **Direitos humanos e comércio internacional.** Tese de doutorado, orientação José Carlos de Magalhães, 2006.

INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION - ICAO. **Gender Equality and ICAO.** Disponível em: <https://www.icao.int/about-icao/women-inaviation/Pages/gender-equality-and-icao.aspx>. Acesso em: 30 de Jul. 2024.

INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION - ICAO. **Resolutions adopted by the assembly.** Montréal, 27 September - 6 October, 2016. Disponível em: https://www.icao.int/Meetings/a39/Documents/Resolutions/a39_res_prov_en.pdf. Acesso em: 17 de Jul. 2024.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION - ILO. **Civil aviation and its changing world of work.** 10 de Jan. 2013. Disponível em: <https://www.ilo.org/resource/other/civil-aviation-and-its-changing-world-work>. Acesso em: 17 de Jun. 2024.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION - ILO. **INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION - ICAO.** Agreement 2023. Disponível em: https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@jur/documents/genericdocument/wcms_839850.pdf. Acesso em: 17 de Jul. 2024.

MILLS, Albert J. **Cockpits, hangars, boys and galleys: Corporate masculinities and the development of British Airways.** Gender, Work & Organization, v. 5, n. 3, 1998.

PEREIRA, Elaine Gonçalves da Costa; BRITO, Amanda Martins de. **Elas por elas: a mulher militar na FAB.** Editor José Roberto Scheer, Rio de Janeiro, Instituto Histórico-Cultural da Aeronáutica, 2018.

SELIGSON, David. **Women and aviation:** Quality jobs, attraction and retention. International Labour Organization, 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Obra reúne decisões emblemáticas do STF sobre direitos da mulher.** 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=503960&ori=1>. Acesso em: 20 de Jul. 2024.

WOOLF, Virginia. **Um teto todo seu.** São Paulo: Tordesilhas, 2014.

JURISPRUDÊNCIA E RESOLUÇÕES

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução Nº 492 de 17/03/2023**, disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4986>.

Direitos das mulheres [recurso eletrônico] / Conselho Nacional de Justiça; Supremo Tribunal Federal, MaxPlanck-Institute for Comparative Public Law and International Law; Coordenação Gabriel da Silveira Matos, Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi, Estêvão André Cardoso Waterloo, Manuelita Hermes Rosa Oliveira Filha, Valter Shuenquener de Araújo, Pedro Felipe de Oliveira Santos, Alexandre Reis Siqueira Freire. – Brasília: CNJ, 2023, disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/03/cadernos-stf-direitos-das-mulheres.pdf>.

Miranda vs. Azul Linhas Aéreas Brasileiras S. A. (2023). Processo nº 001053414.2020.5.03.0092, Tribunal Superior do Trabalho, Brasília - DF. Indenização por dano material. Acesso em 16/07/2024 de <https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/noticias-juridicas/empresa-aerea-e-condenada-a-indenizar-comissaria-de-voo-por-gastos-com-maquagem-cabelo-unhas-e-acessorios>.

F. M. S. M. vs. GOL Linhas Aéreas S. A. (2022). Processo nº 1000182-98.2022.5.02.0718, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, São Paulo - SP. Indenização por dano material. Acesso em 16/07/2024.

M. M. S. L. vs. GOL Linhas Aéreas S. A. (2024). Processo nº 1000883-64.2023.5.02.0705, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, São Paulo - SP. Indenização por dano material. Acesso em 16/07/2024.

A. G. L. vs. TAM Linhas Aéreas S. A. (2021). Processo nº 1001087-73.2016.5.02.0311, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, São Paulo - SP. Indenização por dano material. Acesso em 16/07/2024 de <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1001087-73.2016.5.02.0311/2#957935e>.

G. B. vs. GOL Linhas Aéreas S. A. (2023). Processo nº 0000050-94.2022.5.12.0034, Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, Florianópolis - SC. Indenização por dano

- material. Acesso em 16/07/2024 de link <https://pje.trt12.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0000050-94.2022.5.12.0034/2#7e5d6da>
- V. M. N. vs. GOL Linhas Aéreas S. A. (2024). Processo nº 1000867-65.2023.5.02.0720, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, São Paulo - SP. Indenização por dano material. Acesso em 16/07/2024.
- M. O. D. I. vs. TAM Linhas Aéreas S. A. (2022). Processo nº 1000956-04.2021.5.02.0318, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, São Paulo - SP. Indenização por dano material. Acesso em 16/07/2024 de <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1000956-04.2021.5.02.0318/2#8ba9de7>.
- Fernandes vs. GOL Linhas Aéreas S. A. (2022). Processo nº 0010224-12.2021.5.03.0144, Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte - MG. Indenização por dano material. Acesso em 16/07/2024 de link <https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0010224-12.2021.5.03.0144/2#d2aa9da>.
- Garcia vs. TAM Linhas Aéreas S. A. (2023). Processo nº 1001295-73.2020.5.02.0713, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, São Paulo - SP. Indenização por dano material. Acesso em 16/07/2024 de <https://ww2.trt2.jus.br/noticias/noticias/noticia/companhia-aerea-deve-indenizar-trabalhadora-por-desigualdade-salarial-entre-generos>.
- Courvoisier vs. GOL Linhas Aéreas S.A. (2023). Processo nº 0011814-72.2015.5.01.0020, Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, Rio de Janeiro, RJ. Indenização por Dano Material e Moral. Acesso em 16/07/2024 de link <https://pje.trt1.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0011814-72.2015.5.01.0020/2#b9310fc>.
- V. S. V. vs. K. S. A. T. A. E. e Infraero (2020). Processo nº 0000746-74.2019.5.14.0004, Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, Porto Velho - RO. Dano moral (assédio sexual do superior hierárquico). Acesso em 16/07/2024 de <https://consulta.trt14.jus.br/abrirDoc>.
- R. S. N. vs. S. F. P. S. P. E. L. L. e outro (2024). Processo nº 1000787-46.2023.5.02.0706, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, São Paulo - SP. Indenização por dano moral. Acesso em 16/07/2024 de link <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1000787-46.2023.5.02.0706/2#6abcaa6>.
- N. F. A. vs. TAM Linhas Aéreas S. A. (2022). Processo nº 1000810-39.2016.5.02.0317, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, São Paulo - SP. Indenização por dano material e por dano moral (assédio moral). Acesso em 16/07/2024 de <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1000810-39.2016.5.02.0317/2#b0b4c8d>.
- K. C. S. S. vs. M. R. C. E. M., P. S. I. E. C. V. L. M., V. O. V. L. E. e M. C. V. E. D. E. (2019).

Processo nº 1001055-42.2019.5.02.0706, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, São Paulo - SP. Indenização por dano moral. Acesso em 16/07/2024 de link <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1001055-42.2019.5.02.0706/2#dd4b1ce>.

F. F. G. vs. TAM Linhas Aéreas S. A. (2019). Processo nº 1000543-73.2016.5.02.0315, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, São Paulo - SP. Indenização por dano material e moral. Acesso em 16/07/2024 de link <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1000543-73.2016.5.02.0315/2#6518ce8>.

J. S. B. vs. AZUL Linhas Aéreas Brasileiras S. A. (2017). Processo nº 0001091-72.2016.5.05.0561, Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, Salvador - BA. Indenização por dano moral. Acesso em 16/07/2024 de link <https://www.trt5.jus.br/consulta-processo>.

Carvalho vs. TAM Linhas Aéreas S. A. (2022). Processo nº 0000606-36.2019.5.10.0009, Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, Brasília - DF. Indenização por dano material e moral. Acesso em 16/07/2024 de link <https://pje.trt10.jus.br/consultaprocessual/consulta-cidadao/0000606-36.2019.5.10.0009/2>.

Gonçalves vs. TRIP Linhas Aéreas S. A. (2024). Processo nº 0001283-02.2012.5.03.0108, Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte - MG. Indenização por dano material. Acesso em 16/07/2024 de link <https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0001283-02.2012.5.03.0108/1#9c42f33>.

K. W. A. vs. TAM Linhas Aéreas S. A. (2020). Processo nº 1001329-89.2017.5.02.0701, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, São Paulo - SP. Indenização por dano material e moral. Acesso em 16/07/2024 de link <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1001329-89.2017.5.02.0701/2#adbdc50>.



Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**

Gostaria de submeter seu trabalho a Revista Direito.UnB?

Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>
e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.

PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO: EQUIDADE DE GÊNERO NA DOCÊNCIA JURÍDICA

M.PHILL AND J.S.D IN LAW: GENDER EQUITY IN JURIDICAL EDUCATION

Recebido: 23.03.2024

Aceito: 01.08.2025

Leilane Serratine Grubba

Doutora em Direito (PPGD/UFSC) e Mestre em Direito (UFSC).

Mestre em Ciências Humanas (UFFS). Graduada em Direito (CESUSC). Docente da Escola de Direito, do Mestrado em Direito e do Mestrado em Psicologia da Atitus Educação.

E-mail: lgrubba@hotmail.com.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0303-599X>.

Janaína Alessandra da Silva Sanson

Graduada em Psicologia (IMED) e Mestre em Psicologia (CAPES/Prosup) na Atitus Educação.

E-mail: janainasanson@outlook.com.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8641-8480>.

RESUMO

A pesquisa objetiva conhecer a representatividade de gênero na docência do Direito em nível de Pós-Graduação *Stricto Sensu* (mestrado e doutorado acadêmico). Parte da hipótese da ausência de equidade de gênero nessa atuação profissional, sobretudo, na ascensão hierárquica e ocupação de cargos de chefia. Trata-se de pesquisa quantitativa experimental. A pesquisa analisou estatisticamente 39 Programas de Pós Graduação (PPG) brasileiros com ME e DO, a partir das informações disponibilizadas nos sítios eletrônicos de cada um dos PPGs Programas, com o objetivo de caracterizar o gênero dos/as ocupantes de cargos de coordenação e gênero dos/as membros/as do corpo docente permanente. Contemplou-se na pesquisa as cinco regiões do Brasil, com seleção dos PPGs participantes, a partir da escolha aleatória e não probabilística de cinco estados federativos, cada um representando uma região do país. O tamanho da



Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.

This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that allows sharing in any format as long as the original work is properly acknowledged.

amostra, em comparação com o nível de confiança 90%, resulta em uma margem de erro de 10.62% do estudo. É resultado do estudo a sub-representação de mulheres na docência *Stricto Sensu* em Direito no país, bem como a sub-representação de mulheres em cargos de chefia, revelando assimetrias de gênero, com ênfase na segregação vertical nessa carreira. No que se refere ao cruzamento dos dados, em todas as regiões do país e nas instituições públicas e privadas, a sub-representação manteve-se aquém de 40% de representatividade de mulheres. Os resultados corroboram a hipótese de pesquisa, indicando a necessidade de políticas específicas e multisetoriais que possibilitem garantir maior equidade representacional, inclusive com maior participação de mulheres nos esquemas interpretativos e políticos da academia e ciência.

Palavras-chaves: Direito; Educação; Educação jurídica; Assimetria de gênero.

ABSTRACT

The research aims to know the representation of gender in Law teaching at the *Stricto Sensu* Post-Graduate level (M.Phil and J.S.D). It starts from the hypothesis of the absence of gender equality in this organization, especially in the hierarchical ascension and occupation of leadership positions. It is experimental quantitative research. The research statistically analyzed 39 Brazilian Programs with ME and DO, from the information available on the websites of each of the Programs, to characterize the gender of the occupants of coordination positions and the gender of the permanent faculty members. The research considered the five Regions with Brazil, participating Programs from a random and non-probabilistic choice of five federal states, each representing a Region of the country. The sample size compared to the 90% confidence level results in a 10.62% margin of error for the study. The study results show women's under representativeness in *Stricto Sensu* Law education and leadership positions, revealing gender bias and vertical segregation in this career. By data crossing, in all regions and public and private institutions, women under representativeness remained below 40%. The results corroborate the research hypothesis. The results indicate the need for specific and multisectoral policies that guarantee equity and greater women's representativeness, including the participation on science's interpretative and political schemes.

Keywords: Law; Education; Juridical Education; Gender Bias.

1. INTRODUÇÃO

Nas organizações do trabalho, políticas públicas e empresariais almejam a representatividade, por meio da inclusão das diversidades – gênero, raça/etnia, faixa etária, sexualidade, deficiências – e a equidade. Por outro lado, em geral, a literatura científica especializada menciona a existência de barreiras à inclusão equitativa (FERDMAN; DEANE, 2014, p. 1-10; TRIGUERO-SÁNCHEZ; PEÑA-VINCES; GUILLEN, 2018, p. 378-400).

Esta pesquisa objetivou conhecer a representatividade de gênero na docência do Direito em nível de Pós-Graduação *Stricto Sensu* (mestrado e doutorado acadêmico). Parte-se da hipótese da ausência de equidade de gênero nessa atuação profissional, sobretudo, na ascensão hierárquica e ocupação de cargos de chefia.

A hipótese é devida às barreiras fundadas em preconceitos de gênero já identificadas em variadas profissões e carreiras. Dentre elas, a segregação vertical (teto de vidro)⁴⁴⁶, que indica a barreira invisível que dificulta mulheres de alcançarem posições hierárquicas de autoridade e prestígio no ambiente organizacional, mesmo quando apresentam características produtivas idênticas ou superiores aos homens (VAZ, 2013; FRAGA; ROCHA-DE-OLIVEIRA, 2020, p. 757-769; HOLANDA; GRUBBA; VERBICARO; BERNER, 2021, p. 17-46). Ainda, o labirinto organizacional, que adverte que a sub-representação de mulheres em cargos de liderança deve-se às variadas formas de discriminação existentes, não havendo apenas um obstáculo específico para a ascensão aos cargos mais altos (EAGLY; CARLI, 2007, p. 65-67; BARREIRA, 2021, p. 3-10).

A literatura científica também menciona a segregação horizontal/ocupacional de mulheres em espaços considerados culturalmente como femininos, em consonância com estereótipos de gênero socialmente predispostos e com a ideologia profissional da neutralidade masculinista (RIBEIRO, 2018, p. 5-10; BONELLI, 2016, p. 246-247). Outras barreiras indicadas são: assimetria e hiato salarial (PRONI; PRONI, 2018, p. 9); baixa representatividade em posições inferiores (MEINHARD; FARIA, 2020, p. 45); preferência para a contratação de homens (RAMOS; FÉLIX, 2019, p. 71); assédio sexual (HIGA, 2016, p. 484-496), assédio moral (RIBEIRO, 2018, p. 10-13); e machismo (LELO, 2019, p. 3).

Nas carreiras de Ciência e Tecnologia, em especial, a literatura científica aponta para a diminuição da representatividade de mulheres conforme a progressão, da graduação à formação *stricto sensu* acadêmica. Essa diminuição da representatividade também ocorre na docência, dos cursos de graduação ao credenciamento em programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu*. Menciona-se menos oportunidades para docentes mulheres e baixa representatividade feminina em cargos de gestão ou direção. Finalmente,

446 The Washington Post. "She coined the term 'glass ceiling.' She fears it will outlive her." Acesso em: 24 out. 2021.

menciona-se que existe a compreensão de algumas áreas do conhecimento como esteretipadamente masculinas (OLIVEIRA; SERRA, 2018, p. 215; COSTA; CARVALHO, 2020, p. 45; TEIXEIRA; FREITAS, 2015, p. 58-62; SILVA; AVELINO; NASCIMENTO, 2021, p. 75-89; LOCH; TORRES; COSTA, 2021, p. 3-9; TAVARES; PARENTE, 2015, p. 66-73; AMARAL; ROTTA, 2022, p. 168-179; LIBERATO; ANDRADE, 2018, p. 9-13).

Em todas as áreas, conforme consulta ao Diretório de Grupos de Pesquisa no Brasil, dados de 2016 mostram que as mulheres são a maioria dos/as pesquisadores, contabilizando 50,4%⁴⁴⁷. Por outro lado, são minoria como líderes de grupos de pesquisa, no percentual de 46,6%, e maioria como não líderes, no percentual de 51,1%⁴⁴⁸. Especialmente no Direito, são 7201 pesquisadores/as cadastrados e indicados no Diretório, contabilizando 2.8% dos/as pesquisadores/as nacionais⁴⁴⁹, embora não existem informações específicas sobre o gênero na Área. Contudo, conforme dados disponíveis sobre as bolsas de produtividade em pesquisa em curso (Pq/CNPq)⁴⁵⁰, são 86 bolsas para pesquisadores/as de Economia, Administração e Direito, sendo 52 bolsas alocadas para pesquisadores homens (60.46%) e 34 para pesquisadoras mulheres (39.53%). Esses indicadores evidenciam a menor proporção de mulheres pesquisadoras em posições de prestígio e acesso às bolsas de produtividade em pesquisa.

De fato, na carreira científica e docência do Direito, um estudo realizado pelo Observatório de Ensino do Direito, da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV-SP), aponta para o predomínio histórico masculino e branco, sobretudo, nas posições de poder. Indica-se, por outro lado, maior representatividade de docentes mulheres no Brasil, desde a década de 1990, principalmente em instituições privadas, o que não alterou o quadro do professorado: “a maioria dos docentes de Direito do Brasil possui título de mestre, trabalhava em regime parcial, é branco e do gênero masculino.” (GHIRARDI; CUNHA; FEFERBAUM, 2013, p. 9) Em termos estatísticos, 62% dos docentes de Direito são homens e 38% são mulheres; 78% são brancos, 20% são autodeclarados pardos e 2% são autodeclarados pretos. Existe uma maior participação de mulheres docentes do Direito em instituições privadas – na rede pública, 36% dos docentes são mulheres, e na rede privada elas são 39% dos docentes (2013, p. 48-57). Embora as mulheres compõem a maioria dos acadêmicos/as de Direito⁴⁵¹ no Brasil, elas não compõem a maioria do

447 Disponível em: <http://lattes.cnpq.br/web/dgp/por-sexo-e-idade>. Acesso em 27 set. 2022.

448 Disponível em: <http://lattes.cnpq.br/web/dgp/por-lideranca-sexo-e-idade>. Acesso em 27 set. 2022.

449 Disponível em: <http://lattes.cnpq.br/web/dgp/por-area3>. Acesso em 27 set. 2022.

450 Disponível em: http://plsql1.cnpq.br/divulg/RESULTADO_PQ_102003.prc_comp_cmt_links?V_COD_DEMANDA=200310&V_TPO_RESULT=CURSO&V_COD_AREA_CONHEC=60100001&V_COD_CMT_ASSESSOR=CE. Acesso em 27 set. 2022.

451 Essa informação é corroborada pelo Censo da Educação Superior de 2017, do MEC, segundo o qual existiam 486.422 mulheres matriculadas e 392.812 homens matriculados nos cursos de Direito do país (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2018, s/p).

professorado, que se manteve predominantemente masculino e branco (BONELLI, 2017; BONELLI *et al.*, 2019).

Nesse sentido, estudo que objetivou comparar o gênero dos membros do corpo docente do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), identificou menor presença feminina, contabilizando 24% do corpo docente. Além disso, as mulheres ocuparam apenas 8,33% dos cargos de gestão. No que se refere à atuação profissional, identifica-se que os homens possuem maior facilidade em conciliar seu exercício na docência com a prática jurídica em cargos mais prestigiados (e.g., advogado em grande escritório ou desembargador) em detrimento das mulheres. Para elas, é necessário maior investimento em um dos campos de atuação (i.e., jurídico ou acadêmico). Salienta-se que as docentes mulheres apresentaram titulação de doutorado com maior prevalência quando comparado aos docentes homens, possuindo assim, maior qualificação em nível acadêmico (PAMPLONA, 2017, p. 51- 70,). No Brasil, a Área do Direito em *Stricto Sensu* é atualmente regulada pelo Documento de Área 26 da Capes (2019). Segundo esse documento,

A Área de Direito tem-se ampliado em ciclos sucessivos, com algumas características e tendências que se vem acentuando ou consolidando nos últimos 30 anos: (a) expansão relevante após a década de 2000, como efeito indireto do aumento exponencial de cursos de graduação em Direito no país, que praticamente dobraram de 1995 a 2005; (b) ampliação do número de instituições privadas, que suplantaram as públicas em número de cursos, embora estas últimas ainda tenham precedência no número de docentes permanentes; (c) número ainda expressivo de cursos 3, como efeito indireto da expansão ocorrida nos últimos 2 ciclos avaliativos, o que é contemporizado por um crescimento consistente no número de cursos nota 5 e nota 6; (d) assimetrias regionais e intrarregionais no número de programas de pós-graduação; (e) desenvolvimento das iniciativas de internacionalização; (f) tradição de forte inserção social; (g) conversão da produção bibliográfica em produção em periódicos, especialmente a partir da indução da Área nos 2 últimos ciclos avaliativos; (h) crescimento sustentável e prudente do número de mestrados profissionais. (CAPES, 2019, p. 3).

Menciona-se que existe uma prevalência numérica de cursos de Mestrado acadêmico e Doutorado em instituições privadas no Brasil. Ainda, no diagnóstico da Área, apesar de os Programas *Stricto Sensu* estarem presentes em todas as Regiões do país, existem assimetrias geográficas, com concentração de maior número nas Regiões Sudeste e Sul, em detrimento das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste. Nesse sentido, até 2019, “as Regiões Norte e Nordeste eram as únicas que ainda contavam

com Estados sem qualquer programa de pós-graduação em Direito.” (CAPES, 2019, p. 6) Aliado à assimetria na distribuição geográfica regional, também existem assimetrias na distribuição dos programas em âmbito geográfico interno nas Regiões, com concentração nas capitais, principalmente. Aponta-se que a maior parte dos/as docentes/as dos Programas *Stricto Sensu* em Direito são permanentes e trabalham em regime de tempo integral. Finalmente, o documento de Área marca a interdisciplinaridade, com forte diálogo do Direito com as Humanidades, sobretudo, a História, Ciência Política, Ciências Sociais e Filosofia, o que reflete nas áreas de concentração, linhas de pesquisa e grupos de pesquisa dos PPGs do país (CAPES, 2019, p. 5-13).

Diante desse quadro, objetiva-se conhecer a representatividade de gênero na docência do Direito em nível de Pós-Graduação *Stricto Sensu* (mestrado e doutorado acadêmico) e espera-se encontrar resultados que corroborem com o mencionado quadro, apontando para a ausência de equidade de gênero nessa atuação profissional, sobretudo, na ascensão hierárquica e ocupação de cargos de chefia. Trata-se de pesquisa quantitativa experimental.

2. ESTRUTURA METODOLÓGICA

Os dados desse trabalho foram coletados nos sítios eletrônicos dos Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito elegidos para a pesquisa. O Brasil conta com 111 Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, conforme consulta à Capes⁴⁵². São 111 cursos de mestrado acadêmico (ME) e 54 doutorados (DO). Com o objetivo de conhecer a representatividade de gênero na docência do Direito em nível de pós-graduação *stricto sensu* (mestrado e doutorado acadêmico), selecionou-se 39 PPGs para análise estatística.

Considerando os 111 PPGs existentes como população do estudo, estipulou-se o erro amostral em 10%, o nível de confiança em 90% e a distribuição da população como mais homogênea⁴⁵³ (80/20), gerando o resultando de 32 PPGs a serem analisados como

452 Disponível em: <https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/programa/quantitativos/quantitativoRegiao.jsf>. Acesso em 5 set. 2022.

453 Embora a distribuição da população seja homogênea, por tratar-se de Programas de Pós-Graduação em Direito, no que se refere à distribuição geográfica dos Programas a nível nacional, considera-se que tal distribuição é heterogênea, com maior concentração de Programas nas regiões Sudeste e Sul, em detrimento do Norte, Nordeste e Centro-Oeste (PRADO; SANTOS; PEREIRA JÚNIOR, 2015, p. 448). Sobre o assunto, Gameiro e Filho (2017) também mencionam que a rede de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito é distribuída de forma irregular em algumas regiões. Contudo, como mencionado, apesar da heterogeneidade geográfica, trata-se de população homogênea, na qual todos os Programas são regulados pelo documento de área da Capes (2019), que dispõe sobre normativas comuns.

amostra desse estudo. Diante disso, avaliando que o país possui programas divididos em suas 5 Regiões, sendo Sul, Sudeste, Centro-Oeste, Norte e Nordeste, optou-se por contemplar todas elas, apesar das críticas à assimetria da distribuição dos PPGs nas Regiões, selecionando-se de maneira aleatória e não probabilística 5 estados federativos, cada um representando uma Região. Assim, selecionou-se os seguintes estados para a coleta dos dados: Santa Catarina (Sul), Ceará (Nordeste), Amazonas (Norte), Distrito Federal (Centro-Oeste) e São Paulo (Sudeste). A coleta de todos os PPGs existentes em cada um desses estados foi realizada no mês de setembro de 2022, e resultou em uma amostra de 40 Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, alguns apenas com ME e outros com ME e DO. O tamanho da amostra, em comparação com o nível de confiança 90%, resulta em uma margem de erro de 10.42% do estudo.

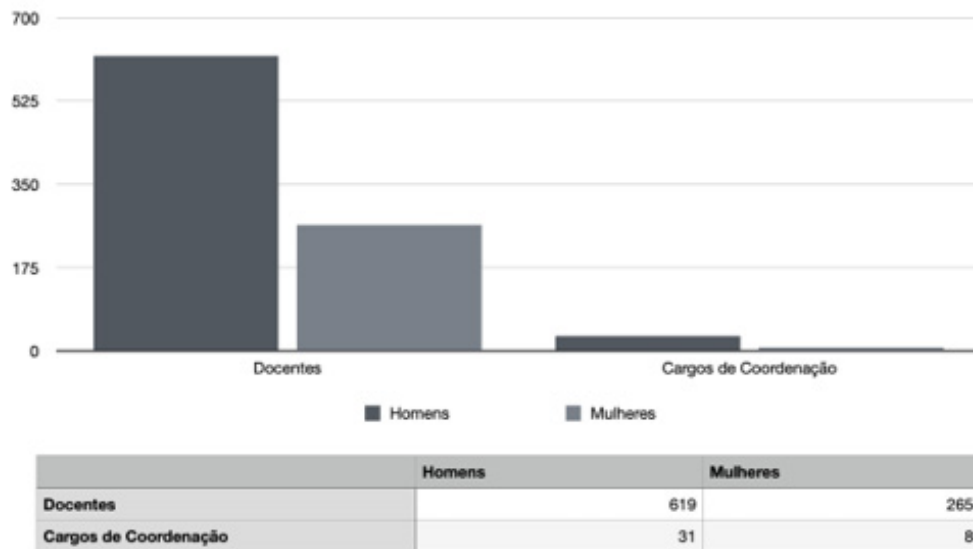
Diante disso, em setembro de 2022, coletou-se, nos sítios eletrônicos dos 40 Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito desses estados, as seguintes informações: coordenação ou direção e corpo docente. Apenas um dos PPGs, do estado de São Paulo, não disponibilizava informações sobre a coordenação ou corpo docente, tendo sido excluído desse estudo. Assim, a amostra final é de 39 PPGs, o que resulta em uma margem de erro do estudo em 10,62%, considerando o nível de confiabilidade em 90%.

O levantamento dos dados serviu para caracterizar o gênero do/as ocupantes de cargos de coordenação (chefia, prestígio e posição hierárquica superior) no PPG, bem como o gênero dos/as membros/as do corpo docentes permanente de cada PPG (representatividade de gênero), não sendo contabilizados docentes colaboradores/as ou visitantes. Os cálculos percentuais foram executados manualmente, sem uso de *software*.

3. RESULTADOS E DISCUSSÕES

São 880 docentes informados nos sítios eletrônicos dos 39 PPGs analisados, sendo alguns duplicados como permanentes em mais de um PPG. Desses, 265 são mulheres, o que perfaz um percentual 30.1%, e 619 são homens. Pode-se afirmar que existe um predomínio masculino do professorado da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito no Brasil no percentual de 69.8%. Ainda, dos 39 PPGs, 31 são coordenados por homens (79.4%) e 8 coordenados por mulheres (20.5%).

Gráfico 1 – Gênero do corpo docente dos Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito no Brasil



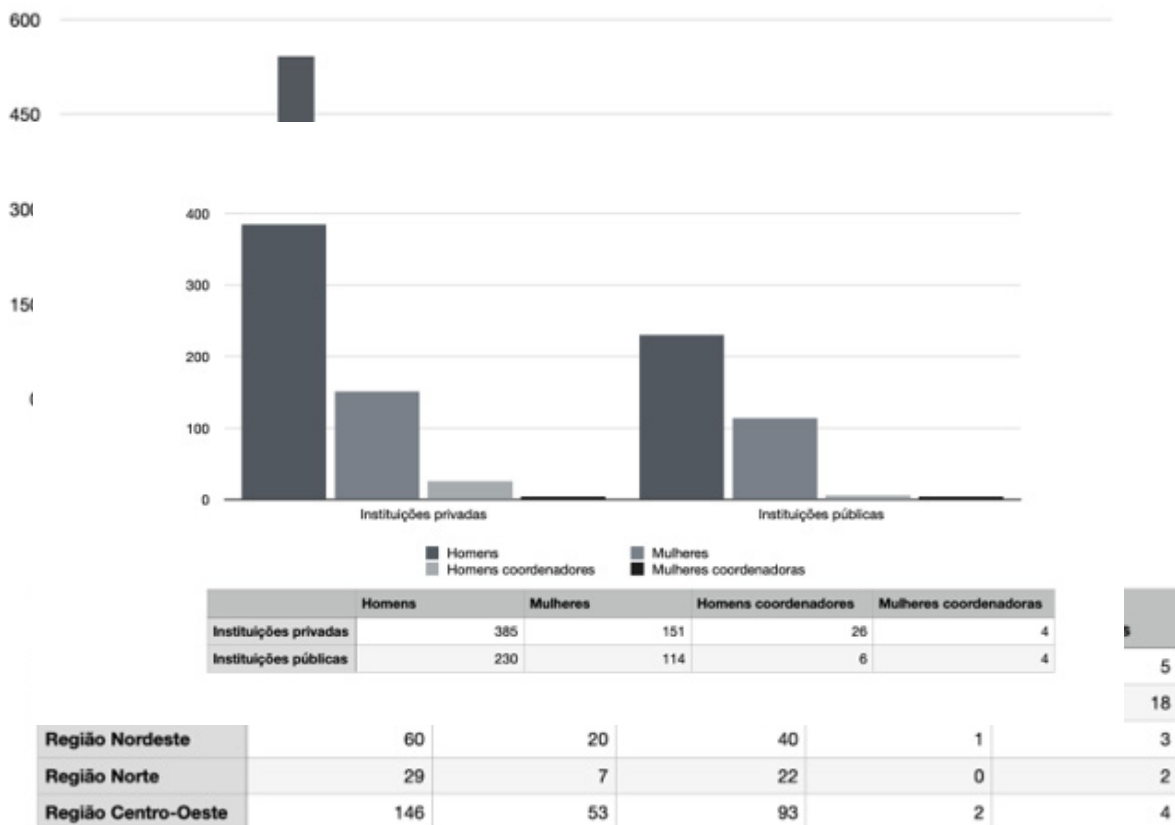
(Fonte: As Autoras, 2022).

Esse resultado, a nível de Brasil, parece corroborar a literatura científica indicada na introdução desse estudo, segundo a qual, nas carreiras de Ciência e Tecnologia, existe uma diminuição da representatividade de mulheres docentes do Direito conforme a progressão na carreira, da graduação ao credenciamento na Pós-Graduação *Stricto Sensu*. Para essa conclusão, indica-se o resultado do estudo realizado pelo Observatório de Ensino do Direito, da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV-SP), segundo o qual, 62% dos docentes de Direito são homens e 38% são mulheres. Trata-se de estudo de 2013, sendo o mais recente sobre o perfil do professorado de Direito em termos estatísticos. Nesse sentido, são duas conclusões possíveis: (a) de 2013 à 2022, pode ter havido um decréscimo da representatividade de mulheres na docência do Direito; (b) ou, conforme a progressão para níveis hierarquicamente mais altos, há menor representatividade de mulheres. Assim, na graduação em Direito, indicou-se que 62% dos docentes são homens. Em ME e DE, esse estudo aponta que 69.8% dos docentes são homens.

Sobretudo, quando se considera que 79.4% dos coordenadores são homens e apenas 20.5% são mulheres, indica-se que, conforme a progressão na carreira, maior a sub-representação de mulheres. Poucas ocupam cargos de chefia na Ciência do Direito brasileira. Esse dado também é compatível com a distribuição predominante de bolsas de produtividade em pesquisa na Área para pesquisadores homens no percentual de 60.46%, indicando a menor proporção de mulheres pesquisadoras do Direito em posições de prestígio e acesso às bolsas de produtividade em pesquisa.

Quando se analisa a diferença percentual da representatividade de gênero entre as instituições privadas e públicas, percebe-se que ela se mantém, acentuando-se nas

instituições privadas. Foram 344 docentes informados pelas instituições públicas, sendo 114 mulheres (33,1%) e 230 homens (66,9%). Nas instituições privadas, foram informados 53



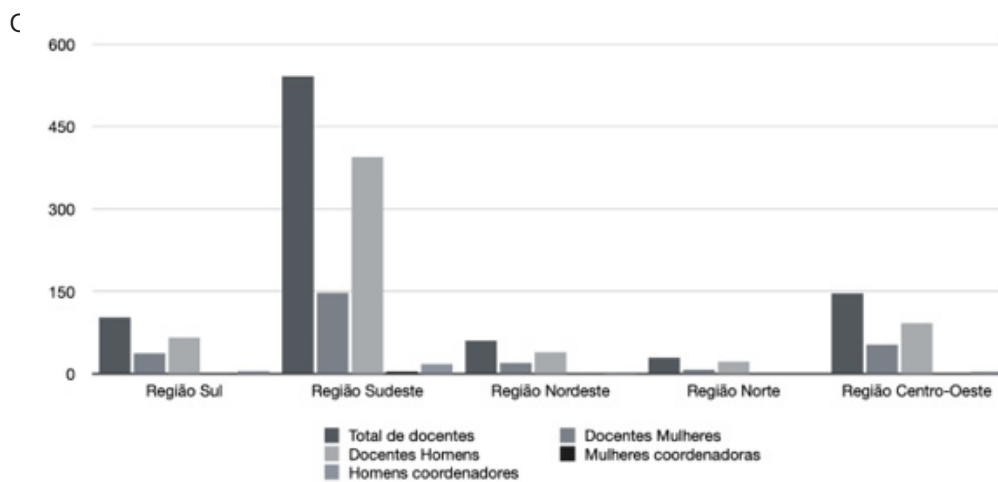
(Fonte: As Autoras, 2022).

Esse dado não corrobora o resultado do estudo realizado em 2013 pelo Observatório de Ensino do Direito, da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV-SP), segundo o qual, nas instituições privadas, existe maior participação de mulheres docentes do Direito, em comparação às instituições públicas. De forma diversa, os resultados indicam que a sub-representação de docentes mulheres ocorre em instituições privadas e públicas, com predomínio percentual nas instituições privadas. Ainda, a sub-representação de mulheres é ainda mais acentuada nos cargos de coordenação, com 13,3% de mulheres ocupando cargos de coordenação nas instituições privadas e 40% de mulheres nas instituições públicas. Especialmente no caso das instituições públicas, menciona-se que o percentual representativo de mulheres é superior no cargo de coordenação (40%) do que no corpo docente (33,1%), ocorrendo lógica inversa àquela visualizada nas instituições privadas, na qual as mulheres compõem 28,1% do corpo docente e apenas 13,3% dos cargos de coordenação. Logo, no caso das instituições públicas, parece haver maior possibilidade de ascensão vertical na carreira.

Ainda, é resultado desse estudo a análise percentual da representação de gênero na docência do Direito em ME e DO nas cinco Regiões do país, representadas pelos

estados analisados. Trata-se de um percentual de representação de mulheres que varia entre 36.3% na região Centro-Oeste, à 24.1% na região Norte, com incidência de 35.9% na região Sul, 33.3% na região Nordeste, e 27.3% na região Sudeste. No que se refere à representação de homens docentes, existe a variação de 75.8% no Norte à 63.3% no Centro-Oeste, com incidência de 64% no Sul, 66.6% no Nordeste e 72.6% no Sudeste. Logo, em todas as regiões, as mulheres são sub-representadas na docência do Direito.

Com relação à ocupação de cargos de coordenação, compreendidos como cargos hierárquicos e de prestígio, a sub-representação de mulheres ocorre em todas as regiões do país, em percentual que varia de 0% na região Norte à 33.3% na região Centro-Oeste, com incidência de 16.6% na região Sul, 25% na região Nordeste e 18.1% na região Sudeste. De maneira oposta, a representação de homens nesses cargos é majoritária, sendo: 100% no Norte, 83.3% no Sul, 81.8% no Sudeste, 75% no Nordeste e 66.6% no Centro-Oeste.



Região	Total de docentes	Docentes Mulheres	Docentes Homens	Mulheres coordenadoras	Homens coordenadores
Região Sul	103	37	66	1	5
Região Sudeste	542	148	394	4	18
Região Nordeste	60	20	40	1	3
Região Norte	29	7	22	0	2
Região Centro-Oeste	146	53	93	2	4

(Fonte: As Autoras, 2022).

O estudo analisou o gênero do corpo docente e dos/as ocupantes de cargos de coordenação em ME e DO em Direito no Brasil, levando em conta as variáveis de região do país e instituições públicas e privadas. Os resultados sugerem haver uma sub-representação de docentes mulheres em todas as regiões, que se acentua nos cargos de coordenação, compreendidos como cargos de poder e prestígio acadêmico. Ainda, essa

sub-representação ocorre nas instituições privadas e públicas.

Esses resultados corroboram conclusões de estudos que focaram nas carreiras acadêmicas brasileiras, os quais indicam a diminuição da representatividade de mulheres conforme a progressão nas carreiras acadêmicas e menor representatividade de mulheres em cargos de gestão ou direção (OLIVEIRA; SERRA, 2018; COSTA; CARVALHO, 2020; TEIXEIRA; FREITAS, 2015). Logo, a incidência de segregação vertical (teto de vidro) e o labirinto organizacional. Por outro lado, por ser estudo quantitativo sobre representatividade de gênero na docência, é lacuna a ausência de dados sobre segregação horizontal na carreira ou incidência de possíveis outras barreiras, como assédio, assimetria salarial, etc.

Também é lacuna desse estudo a explicação do fenômeno de sub-representação encontrado. Outros estudos apontam que esse fenômeno é devido à compreensão da ciência como área eminentemente masculina, com incidência de ideologias neutralistas e de androcentrismo, que geram preferência para contratação e promoção de homens, bem como baixa representatividade de mulheres em comitês de aprovação de concursos públicos ou de assessoramento (OLIVEIRA; SERRA, 2018; COSTA; CARVALHO, 2020; TEIXEIRA; FREITAS, 2015; SILVA; AVELINO; NASCIMENTO, 2021; LOCH; TORRES; COSTA, 2021; TAVARES; PARENTE, 2015; AMARAL; ROTTA, 2022; LIBERATO; ANDRADE, 2018; RAMOS; FÉLIX, 2019).

Por outro lado, compreender a existência desse panorama de inequidade representacional de gênero na carreira acadêmica e científica do Direito impõe a necessidade de se pensar políticas específicas e multisetoriais que possibilitem garantir maior equidade representacional, inclusive, com maior participação de mulheres nos esquemas interpretativos e políticos da academia. Igualmente, nos cargos de gestão, direção ou prestígio científico e acadêmico.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Trata-se de pesquisa quantitativa experimental, com análise estatística de 39 Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito brasileiros, com ME ou ME e DO, a partir das informações disponibilizadas nos sites eletrônicos de cada um, com o objetivo de caracterizar o gênero dos/as ocupantes de cargos de coordenação e gênero dos/as membros/as do corpo docente permanente. O objetivo geral da pesquisa foi o de conhecer a representatividade de gênero na docência do Direito em nível de Pós-Graduação *Stricto Sensu* (mestrado e doutorado acadêmico).

No estudo, contemplou-se as cinco Regiões do Brasil, com seleção dos PPGs participantes, a partir da escolha aleatória e não probabilística de cinco estados federativos, cada um representando uma Região do país. O tamanho da amostra, em comparação com o nível de confiança 90%, resulta em uma margem de erro de 10.62% do estudo.

É resultado do estudo a sub-representação de mulheres na docência *Stricto Sensu* em Direito no país, bem como a sub-representação de mulheres em cargos de chefia, revelando assimetrias de gênero, com ênfase na segregação vertical nessa carreira. No que se refere ao cruzamento dos dados, em todas as Regiões do país e nas instituições públicas e privadas, a sub-representação manteve-se aquém de 40% de representatividade de mulheres. Os resultados corroboram a hipótese de pesquisa, segundo a qual, existe inequidade de gênero na docência *Stricto Sensu* em Direito, sobretudo, na ascensão hierárquica e ocupação de cargos de chefia.

Diante dos resultados indicados, identifica-se a necessidade de políticas específicas e multisetoriais que possibilitem garantir maior equidade representacional, inclusive com maior participação de mulheres nos esquemas interpretativos e políticos da academia e ciência. Considerando também, dados que indicam a prevalência da qualificação das docentes, por meio da obtenção do título de doutorado, em detrimento do nível acadêmico dos docentes (PAMPLONA, 2017, p. 61).

Algumas lacunas foram verificadas no estudo, em especial, a ausência de dados sobre segregação horizontal na carreira e outras barreiras correlatas, bem como a ausência de explicação do fenômeno de sub-representação encontrado. Sugere-se para futuras pesquisas, a investigação da representação de gênero de docentes em Programas de Pós Graduação *Lato Sensu* de diferentes áreas do Direito, bem como, estudos de campo, que objetivem conhecer em profundidade, o fenômeno da sub-representação feminina no exercício da docência em nível de Pós Graduação *Strico Sensu* em Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Diana Stefanny Santos; ROTTA, Jeane Cristina Gomes. Mulheres cientistas e o ensino das ciências naturais: um panorama das publicações do ENEQ e ENPEC. **Revista Insignare Scientia**, v. 5, n. 2, p. 167-182, 2022.

BARREIRA, Júlia. Mulheres em cargos de liderança no esporte: rompendo o teto de vidro ou percorrendo o labirinto? **Movimento**, v. 27, p. 1-18, 2021.

BONELLI, Maria Glória. Carreiras jurídicas e a vida privada: intersecções entre trabalho e

família. **Cadernos Pagu**, v. 46, n. 1, p. 247-277, 2016.

BONELLI, Maria da Gloria. Docência do Direito: fragmentação institucional, gênero e interseccionalidade. **Cadernos de pesquisa**, v. 47, n. 163. 2017. p. 94-120.

BONELLI, Maria da Gloria; et all. Intersecções e identidades na docência do direito no Brasil. **Revista Sociedade e Estado**, v. 34, n. 3. 2019. p. 661-688.

CAPES. **Documento de Área – Área 26 Direito**. Brasília: Capes, 2019.

COSTA, Verônica Soares da; CARVALHO, Carlos Alberto de. Mulheres podem falar de ciência? Análise de comentários sexistas em vídeo do canal **Nerdologia**. Em questão, v. 26, n. 1, p. 42-64, 2020.

EAGLY, Alice; CARLI, Linda. Women and the Labyrinth of Leadership. **Harvard Business Review**, v. 85, n. 9, p. 62–71, 2007.

FERDMAN, Bernardo; DEANE, Bárbara. **Diversity at work: The practice of inclusion**, 2014.

FRAGA, Aline Mendonça; ROCHA-DE-OLIVEIRA, Sidnei. Mobilidades no labirinto: tensionando as fronteiras nas carreiras de mulheres. **Cad. EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, v. 18, ed. esp. p. 757-769, 2020.

GAMEIRO, Ian Pimentel; FILHO, Gilberto Guimarães. O mapa da pós-graduação em Direito no Brasil: uma análise a partir do método da Social Network Analysis. **Revista Direito GV**, v. 13, n. 3, p. 891-920, set-dez, 2017.

HIGA, Flávio da Costa. Assédio sexual no trabalho e discriminação de gênero: duas faces da mesma moeda? **Revista Direito GV**, v. 12, n. 2, 484-515, 2016.

HOLANDA, Ana Paula de Araújo; GRUBBA, Leilane Serratine; VERBICARO, Loiane Prado; BERNER, Vanessa Bastista. Mulheres na docência jurídica brasileira. In: BARROSO, Felipe dos Reis; ROCHA, Maria Vital da. **Educação jurídica híbrida, metodologias ativas e inovação tecnológica**. Fortaleza: Mucuripe, 2021. p. 17-46.

LELO, Thales Vilela. A feminização do jornalismo sob a ótica das desigualdades de gênero. **Revista Estudos Feministas**, v. 27, n. 2, p. 1-14, 2019.

LIBERATO, Tatiane Furukawa; ANDRADE, Thales Haddad Novaes. Relações de gênero e inovação: atuação de mulheres nos NITs paulistas. **Revista Estudos Feministas**, v. 26, n. 2, p. 1-18, 2018.

LOCH, Rayane Monique Bernardes; TORRES, Kelly Beatriz Vieira; COSTA, Carolina Reciate. Mulher, esposa e mãe na ciência e tecnologia. **Revista de Estudos Feministas**, v. 29, n. 1, p. 1-11, 2021.

MEINHARD, Vera Regina; FARIA, José Henrique de. Representatividade das mulheres na hierarquia das empresas: um estudo de caso com base no **women's empowerment principles**. *Revista Eletrônica de Ciência Administrativa*, v. 19, n. 1, p. 34-59, 2020.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Censo da educação superior 2017**. Brasília: MEC; INEP, 2018. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/docman/setembro-2018-pdf/97041-apresentac-a-o-censo-superior-u-ltimo/file>. Acesso em: 26 set. 2022.

OBSERVATÓRIO DO ENSINO DO DIREITO. GHIRARDI, José Garcez; CUNHA, Luciana Gross; FEFERBAUM, Marina (Coord.) **Ensino superior 2012 – docentes**. Detalhamento regional da área do Direito. v. 1, n.1. São Paulo: FGV, 2013.

OLIVEIRA, Kris; SERRA, Márcia. Mulheres, tempos e espaços na ciência agropecuária paulista. *Revista Ártemis*, v. XXV, n. 1, p. 203-218, 2018.

PAMPLONA, Roberta Silveira. **O Gênero na Docência: A atuação das professoras da faculdade de Direito da UFRGS (2012-2017)**. Trabalho de Conclusão de Curso, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2017.

PRADO, Edna Cristina do; SANTOS, Clecia Maria dos; PEREIRA JÚNIOR, Antônio Miguel. Pós-graduação **stricto sensu** em Direito: onde e como se forma o docente dos cursos de graduação. *RBPG*, v. 12, n. 28, p. 443-470, 2015.

PRONI, Thaíssa Tamarindo da Rocha Weishaupt; PRONI, Marcelo Weishaupt. Discriminação de gênero e grandes empresas no Brasil. *Revista Estudos Feministas*, v. 26, n. 1, p. 1-21, 2018.

RAMOS, Amanda Marques; FÉLIX, Bruno. Efeitos do gênero sobre a decisão de contratação e promoção de líderes. *Revista Íbero-Americana de Estratégia*, v. 18, n. 1, p. 77-89, 2019.

RIBEIRO, Ludmila. Polícia militar é lugar de mulher? *Revista Estudos Feministas*, v. 26, n. 1, p. 1-15, 2018.

SILVA, Isis Tamara Alves da; AVELINO, Bruna Camargos; NASCIMENTO, Eduardo Mendes. Gênero e o ambiente acadêmico contábil: percepções de docentes e de discentes sobre a trajetória das mulheres. *Revista de Gestão, Finanças e Contabilidade*, v. 11, n. 1, p. 73-93, 2021.

TAVARES, Ariane; PARENTE, Temis Gomes. Gênero e carreira científica: um estudo a partir dos dados das Universidades Federais da região norte do Brasil. *Revista Ártemis*, v. XX, p. 66-75, 2015.

TEIXEIRA, Adla Betsaida Martins; FREITAS, Marcel de Oliveira. Aspectos acadêmicos e

profissionais sobre mulheres cientistas na física e na educação física. **Revista Ártemis**, v. XX, p. 57-65, 2015.

TRIGUERO-SÁNCHEZ, Rafael; PEÑA-VINCES, Jesús; GUILLEN, Jorge. Como melhorar o desempenho da empresa por meio da diversidade de colaboradores e da cultura organizacional. **Revista Brasileira de Gestão de negócios**, v. 20, n. 3, p. 378-400, 2018.

VAZ, Daniela Verzola. O teto de vidro nas organizações públicas: evidências para o Brasil. **Economia e Sociedade**, Campinas, v. 22, n. 3, p. 765-790, 2013.



Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB**?

Gostaria de submeter seu trabalho a Revista Direito.UnB?

Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>
e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.

CAN WE CLOSE THE ISDS COFFIN? THE ROLE OF NATIONAL COURT IN ENFORCING THE INTRA-EU ARBITRATION BAN

PODEMOS FECHAR O CAIXÃO DO ISDS? O PAPEL DOS TRIBUNAIS NACIONAIS NA APLICAÇÃO DA PROIBIÇÃO DA ARBITRAGEM INTRACOMUNITÁRIA

Recebido: 01.02.2025

Aceito: 29.12.2025

Delphine Defossez

Assistant Professor, Northumbria Law School, Northumbria University, Newcastle, U.K. LL.B., Maastricht University; LL.M., European University Institute; LL.M., Swansea University; Ph.D., Universidade de Brasília.

E-mail: d.defossez91@gmail.com.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7285-0491>.

RESUMO

A Resolução de Litígios entre Investidores e Estados tem sido o centro de controvérsia durante décadas e a União Europeia (UE) está atualmente na vanguarda deste campo de batalha, com vários países europeus a retirarem-se ou a manifestarem a sua intenção de se retirarem do Tratado da Carta da Energia (TCE). Não passa um dia sem que seja noticiada uma nova decisão arbitral contra um Estado-Membro da UE, apesar dos acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), sem que um tribunal nacional recuse a execução de uma decisão arbitral ou sem que os investidores tendem a sua sorte em jurisdições estrangeiras, como os EUA. Esta situação coloca os Estados-Membros numa posição difícil, especialmente porque os tribunais arbitrais não parecem ter em consideração a necessidade de medidas de mitigação das alterações climáticas. Parece que o único vislumbre de esperança poderá vir dos tribunais nacionais que se recusaram a reconhecer e a executar as sentenças arbitrais intra-UE.

Palavras-chave: ISDS. ECT. CJEU. National courts. Arbitral tribunals.



Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.

This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that allows sharing in any format as long as the original work is properly acknowledged.

ABSTRACT

Investor-State Dispute Settlement (ISDS) has been the center of controversy for decades and the European Union (EU) is currently at the forefront of this battlefield with various European countries either withdrawing or signifying their intention to withdraw from the Energy Charter Treaty (ECT). Not a day goes by without a new notice of a new arbitral award being made against an EU Member State despite the Court of Justice of the European Union (CJEU) rulings, a national court rejecting to enforce an arbitral award or investors trying their luck in foreign jurisdictions such as the US. This situation places Member States in a difficult position, especially since arbitral tribunals do not seem to give any consideration to the need for climate change mitigating measures. It seems that the only glimpse of hope might come from national courts which have refused to recognise and enforce intra-EU arbitral awards.

Keywords: ISDS. ECT. CJEU. National courts. Arbitral tribunals.

1. INTRODUCTION

Investor-State Dispute Settlement (ISDS) has been a persistent source of controversy for decades, primarily due to the substantial awards granted, its chilling effect on regulation, and the parallel legal system it creates⁴⁵⁴. Within the European Union (EU), this conflict is further exacerbated by significant debate surrounding the compatibility of ISDS with EU law, alongside a concerning lack of consideration for environmental concerns by arbitral tribunals⁴⁵⁵. This debate is even more central than most Bilateral Investment treaties (BITs) were concluded between Western European and Central and Eastern European States before the latter joined the EU. These BITs, with their ISDS provisions, have now become problematic intra-EU instruments⁴⁵⁶. As Barbou des Places, Cimiotta and Santos Vara noted intra-EU BITs are viewed “as an anomaly vis-à-vis the

454 DEFOSSEZ, DELPHINE. International Investment Agreements and their arbitration clause in the energy sector: A Poisonous Gift for Developing Countries? in Abdul Rafay, **Handbook of Research on Energy and Environmental Finance 4.0**. IGI Global, 2022; GODRON, KATHRYN; POHL JOACHIM. Environmental Concerns in International Investment Agreements: A Survey. **OECD Working papers on international investment 2011/01**, 2011.

455 REISCH, NIKKI; DE ANZIZOU, HELIONOR. **Investors v. Climate Action What recent case law and treaty reforms may mean for the future of investment arbitration in the energy sector**. CIEL, 2022. https://www.ciel.org/wp-content/uploads/2022/09/Investors-v.-Climate-Action_FINAL.pdf Accessed 30 January 2025.

456 DAMJANOVIC, IVANA; DE SADELEER, NICOLAS. **Values and Objectives of the EU in Light of Opinion 1/17: ‘Trade for all’, above all**. Europe and the World: A law review vol 4, Issue 1, p.1-25, 2020, p.20.

uniform integration of markets in Member States, as well as the uniform interpretation and effective application of EU rules on free movement of capitals and on the right of establishment.”⁴⁵⁷

The inherent conflict culminated in the *Achmea*⁴⁵⁸ and *Komstroy*⁴⁵⁹ rulings by the Court of Justice of the European Union (CJEU), which effectively banned intra-EU ISDS due to their incompatibility with EU law, even under multilateral treaties like the Energy Charter Treaty (ECT). Despite these rulings, arbitral tribunals continue to issue awards against EU Member States, who are further burdened by a growing number of claims challenging climate policies⁴⁶⁰. In fact not a week goes by without a new notice of a new arbitral award being made against an EU Member State, a national court rejecting to enforce an arbitral award or investors trying their luck in foreign jurisdictions such as the US or the UK.

This complex situation is further compounded by arbitral tribunals’ persistent non-recognition of the intra-EU ISDS ban in disputes involving states that remain or were historically part of the ECT’s non-modernised framework. In fact, such an argument has only been successfully accepted once in the *Green Power* award⁴⁶¹. Every time the Court of Justice gets its hands on a case relating to arbitral awards and ISDS, it takes the opportunity to extend the ban⁴⁶². However, the arbitral tribunals have just as consistently rejected it, creating an ongoing battle where neither side appears ready to yield, leaving Member States to bear the consequences of heavy arbitral awards, even when the investment itself remains profitable⁴⁶³.

457 BARBOU DES PLACES, SEGOLÈNE; CIMIOTTA, EMANUELE; SANTOS VARA, JUAN. *Achmea Between the Orthodoxy of the Court of Justice and Its Multi-faceted Implications: An Introduction*. in S. Barbou des Places, E. Cimiotta and J. Santos Vara (eds) **European Papers A Journal on Law and Integration**, vol. 4. 2019, p.16.

458 Case C-284/16, **Slovak Republic v. Achmea**, ECLI:EU:C:2018:158.

459 Case C-741/19, **Republic of Moldova v. Komstroy LLC**, ECLI:EU:C:2021:65.

460 Case C-109/20, **Republic of Poland v. PL Holdings Sarl.**, ECLI:EU:C:2021:321. the CJEU barred Intra-EU Investment Arbitrations ruling that investment arbitration according to Article 26 (2) (C) of the ECT at the intra-EU level is not compatible with EU law.

LSG Building Solutions GmbH and others v. Romania, ICSID Case No. ARB/18/19; Mathias Kruck and others v. Spain, ICSID Case No. ARB/15/23.

461 **Green Power Partners K/S and another v Kingdom of Spain**, SCC Case No. V 2016/135; LAVRANOS, NIKOS. ECT arbitral tribunal declines jurisdiction by accepting Achmea objection raised by Spain for first time. **Practical Law**, 2022. [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-036-0563?comp=pluk&transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&OWSessionId=fe9fb09dc1784843bc963dd1b9a54e80&skipAnonymous=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-036-0563?comp=pluk&transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&OWSessionId=fe9fb09dc1784843bc963dd1b9a54e80&skipAnonymous=true). Accessed 30 January 2025

462 See how Komstroy extended the Achmea ruling.

463 **NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain**, ICSID Case No. ARB/14/11; HALLAK, ISSAM. Investor-state Protection disputes involving EU Member States. **PE 738.216, 2022**. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2022/738216/EPRS_IDA\(2022\)738216_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2022/738216/EPRS_IDA(2022)738216_EN.pdf). Accessed 30 January 2025, p.2.

This situation places Member States in a difficult position, especially since arbitral tribunals often fail to adequately consider the pressing need for climate change mitigating measures. Although investors have used ISDS to challenge environmental measures since the 1990s, a recent and growing wave of arbitrations directly targets specific climate policies, such as the phasing out of fossil fuels⁴⁶⁴. Despite the increase in litigation relating to the effects of environmental measures, recent trends underscore how profoundly at odds the current system is with sustainable development goals and the Paris Agreement⁴⁶⁵. This has led some countries to question the rationale or added value of international investment agreements due to lack of concrete scientific evidence of any positive impact, leading to various terminations and replacements with national legislation⁴⁶⁶.

The urgency of drastic climate action has exposed the unsuitability of certain existing international investment agreements (IIAs) and highlighted the sometimes overly rigid stance of tribunals⁴⁶⁷. The ECT, in particular, has been heavily criticised for its outdated investment provisions that allow fossil fuel companies to sue states over climate-related regulations, creating a significant regulatory chill⁴⁶⁸. The ECT is even

464 DI SALVATORE, LEA. **Investor-State Disputes in the Fossil Fuel Industry**. IISD Report, 2021. <https://www.iisd.org/system/files/2022-01/investor%E2%80%93state-disputes-fossil-fuel-industry.pdf>. Accessed 30 January 2025, p.iv.

465 UN 2030 Agenda for Sustainable Development.

466 DEFOSSEZ, DELPHINE. International Investment Agreements and their arbitration clause in the energy sector: A Poisonous Gift for Developing Countries? in Abdul Rafay, **Handbook of Research on Energy and Environmental Finance 4.0**. IGI Global, 2022; CARIM, XAVIER. International Investment Agreements and Africa's Structural Transformation: A Perspective from South Africa. **South Centre Investment Policy Brief No. 4**, 2015, p.4; OLIVET, CECILIA. Why did Ecuador terminate all its bilateral investment treaties? **Transnational Institute**, 2017.

<https://www.tni.org/en/article/why-did-ecuador-terminate-all-its-bilateral-investment-treaties>. Accessed 30 January 2025; JOHNSON, LISE; SACHS, LISA; LOBEL, NATHAN. Aligning international investment agreements with the Sustainable Development Goals. **Columbia Journal of Transnational Law**, vol 58, 2019, p.62; J POHL, JOACHIM. Societal Benefits and Costs of International Investment Agreements. **OECD Working Papers on Int'l Inv., Working Paper No. 2018/01**, 2018, p.4-8; AISBETT, EMMA, Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment: Correlation versus Causation. **Dep't of Agric. & Res. Econ., U.C. Berkeley, Working Paper No. 1032**, 2007, p.1-5; J. YACKEE, JASON WEBB. Do Bilateral Investment Treaties Promote Foreign Direct Investment? Some Hints from Alternative Evidence. **Virginia Journal of International Law**, vol 51, issue 2, p.397, 2010; VIDIGAL, GERALDO; STEVENS, BEATRIZ. Brazil's New Model of Dispute Settlement for Investment: Return to the Past or Alternative for the Future?. **The Journal of World Investment & Trade**, Vol.19, p.475-512, 2018.

467 Most older IIAs do not include any provisions relating to the environment allowing states to enact new measures due to the lack of focus on environmental concerns . VANDELDELDE, KENNETH J.. A Brief History of International Investment Agreements in Karl P. Sauvant and Lisa E. Sachs (eds.) **The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows**. Oxford University Press 2009; REES-EVAN, LAURA. The Protection of the Environment in International Investment Agreements – Recent Developments and Prospects for Reform. **European Investment Law and Arbitration Review**, vol 5, Issue 1, p.355-391, 2020.

468 DI SALVATORE, LEA. Investor-State Disputes in the Fossil Fuel Industry. IISD Report, 2021. <https://www.iisd.org/system/files/2022-01/investor%E2%80%93state-disputes-fossil-fuel-industry.pdf>. Accessed 30 January 2025; TIENHAARA, KYLA; DOWNIE, CHRISTIAN. Risky Business? The Energy Charter Treaty,

said to constitute the antithesis to the Paris Agreement and a substantial threat to energy transition. While the ECT was modernized in 2024 to address these issues, many European countries, including the EU itself, ultimately withdrew, deeming the reforms insufficient, the so-called *ECTodus*- following the Italian footsteps⁴⁶⁹. However, the ECT's 20-year sunset clause, found in Article 47(3) of the ECT, means that Member States may still face ISDS claims from past investments⁴⁷⁰. While some claim the sunset clause could be neutralised, Italy, "since its unilateral withdrawal in 2016, has faced at least seven arbitration claims based on this survival clause, with cumulative compensation claims exceeding USD 400 million."⁴⁷¹ ISDS has, therefore, still some sunny days ahead, leaving Member States in a complex and vulnerable situation.

However, a glimpse of hope is emerging from national courts, which are demonstrating an increasing unwillingness to recognize and enforce intra-EU arbitral awards. While the battle between the CJEU and arbitral tribunals has garnered extensive academic attention, the decisive role of national courts in this complex enforcement landscape remains underexplored. This begs the question as to whether national courts might not play a prevalent role and be the final nail in the ISDS coffin, at least in Europe.

To address this question, this article employs a doctrinal legal research methodology, primarily engaging with the complexities arising at the intersection of European Union law and public international investment law. The analysis relies on a systematic examination of primary legal sources, including key provisions of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), the Energy Charter Treaty (ECT), the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT), and seminal judgments from the Court of Justice of the European Union (CJEU), various national supreme and appellate courts, and international arbitral tribunals. Complementary insights are drawn from leading academic scholarship in the fields of EU law, international investment law, and dispute settlement. The analysis is further underpinned by a critical theoretical framework that examines the interplay between EU law supremacy, public international law, and the principles of international

renewable energy, and investor-state disputes. **Global Governance**, vol 24, p.451-471, 2018; JOHNSON, LISE; SACHS, LISA; LOBEL, NATHAN. Aligning international investment agreements with the Sustainable Development Goals. **Columbia Journal of Transnational Law**, vol 58, 2019.

469 Italy withdrew in 2016 before the attempts to modernise the ECT. **Energy Charter**, Italy. <https://www.energycharter.org/who-we-are/members-observers/countries/italy/>. Accessed 30 January 2025; M. Menkes, 'ECTodus: A Brexit Lesson' **EU LAW Live**, (31 October 2022) <https://eulawlive.com/op-ed-ectodus-a-brexit-lesson-by-marcin-j-menkes/>; SCHAUGG, LUKAS. **Why Coordinated Withdrawal From the Energy Charter Treaty Remains Essential for Effective Climate Action**. IISD, 2025 <https://www.iisd.org/articles/insight/coordinated-energy-charter-treaty-withdrawal-essential>. Accessed 3 August 2025.

470 The withdrawal becomes effective only a year after the notice was given, Article 47(2).

471 CLIENTEARTH. Energy Charter Treaty Reform: Why withdrawal is an option. **ClientEarth**, 2021. <https://www.clientearth.org/media/ub1b4hmk/ect-reform-withdrawal-itn-july-2021.pdf>. Accessed 30 January 2025, p.3.

arbitration.

The article will first examine the reasons for ISDS's unpopularity, focusing on the pervasive regulatory chill effect it imposes on states' policy-making, particularly concerning climate action, and the specific backlash against the ECT. Subsequent sections will then critically examine the CJEU's jurisprudence, analyse national court responses to intra-EU arbitral awards, but also the foreign court getaway where investors increasingly seek enforcement of these awards in non-EU jurisdictions, and conclude by assessing the potential for national courts to reshape the future of ISDS in the EU.

2. WHY IS ISDS BECOMING SO UNPOPULAR? THE REGULATORY CHILL PROBLEMS

International investment agreements (IIAs) have been promoted for years as optimal tools to attract foreign investment. However, this premise has been put into questioning over the past decades by a growing body of research and examples such as Brazil, which successfully attracted significant foreign investment despite never ratifying BITs containing ISDS clauses⁴⁷². The perception that ISDS is more burdensome than advantageous without many possibilities of reforming the system is gaining considerable momentum⁴⁷³. So is the argument that ISDS restrains States from enacting regulatory measures based on the fear of being sued and paying huge compensation, the so-called regulatory chill effect⁴⁷⁴.

472 JOHNSON, LISE; SACHS, LISA; LOBEL, NATHAN. Aligning international investment agreements with the Sustainable Development Goals. **Columbia Journal of Transnational Law**, vol 58, 2019, p.62; POHL, JOACHIM. Societal Benefits and Costs of International Investment Agreements. **OECD Working Papers on Int'l Inv., Working Paper No. 2018/01**, 2018, p.4-8; E AISBETT, EMMA, Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment: Correlation versus Causation. **Dep't of Agric. & Res. Econ., U.C. Berkeley, Working Paper No. 1032**, 2007, p.1-5; J. YACKEE, JASON WEBB. Do Bilateral Investment Treaties Promote Foreign Direct Investment? Some Hints from Alternative Evidence. **Virginia Journal of International Law**, vol 51, issue 2, p.397, 2010; VIDIGAL, GERALDO; STEVENS, BEATRIZ. Brazil's New Model of Dispute Settlement for Investment: Return to the Past or Alternative for the Future?. **The Journal of World Investment & Trade**, Vol.19, p.475-512, 2018.

473 WAIBEL, MICHAEL; KAUSHAL, ASHA; CHUNG, KYO-HWA; BALCHIN, CLAIRE. **The Backlash against Investment Arbitration. Perceptions and Reality**. Wolters Kluwer, 2010; SINGH, KAVALIJT; ILGE, BURGHARD. Introduction. In K. Singh, & B. Ilge (eds), *Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choices*. Somos, 2016, pp. 1-16, p.5.

474 D TIETJE, CHRISTIAN; BAETENS, FREYA; ECORYS, **The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership**. Prepared for Minister for Foreign Trade and Development Cooperation, Ministry of Foreign Affairs, The Netherlands 2014. https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4nvg5kjg27kof_j9vvik7m1c3gyxp/vjn8exgvufya/f=/blg378683.pdf. Accessed 30 January 2025.

Beyond regulatory chill, IIAs and ISDS face criticism for being undemocratic, exacerbating inequalities, undermining the rule of law, and opposing green transition⁴⁷⁵. This perception is reinforced by the evolution of ISDS has evolved into a form of state sovereignty limitation, allowing foreign investors to directly challenge measures they deem unfavorable.⁴⁷⁶ For instance, Bulgaria was sued after taking steps to lower electricity prices, which automatically decreased energy companies' profits⁴⁷⁷.

ISDS has also become highly unpopular because most modern investor-state disputes have arisen from regulatory changes -rather than the traditional asset seizure- even when the underlying investment remains profitable. Spain, for example, has faced over 50 claims solely concerning its retroactive changes to energy subsidy schemes⁴⁷⁸. While 21 of these cases were resolved in favour of investors⁴⁷⁹, Spain's refusal to pay resulting in ongoing litigations globally. In *NextEra v. Spain*, the investor was awarded USD 327 million based on the projected above-market rate of return (without the regulatory change)⁴⁸⁰, demonstrating tribunals' willingness to award significant compensation despite continued profitability. In fact, Spain -alongside the Czech Republic- has faced some of the largest ISDS cases for a total awards of USD 464 million and USD 551 million, respectively⁴⁸¹.

From a climate change perspective, the threat of ISDS claims can have (and does have) a deterrent effect on ambitious climate measures⁴⁸². In 2018, the UN Secretary-

475 SACHS, LISA; JOHNSON, LISE. Investment Treaties, Investor-State Dispute Settlement and Inequality: How International Rules and Institutions Can Exacerbate Domestic Disparities. Initiative for Pol'y Dialogue, **Working Paper No. 306**, 2018, p.2; TIENHAARA, KYLA. Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement. **Transnat'l. Envtl. L.**, vol. 7, issue 2, p.229–250, 2018, p.229–30; BROWN, JULIA. International Investment Agreements: Regulatory Chill in the Face of Litigious Heat? **W. J. Legal Stud.** Vol 3, N°1, Art 3. p.1–25, 2013, p. 24–25.

476 DEFOSSEZ, DELPHINE. International Investment Agreements and their arbitration clause in the energy sector: A Poisonous Gift for Developing Countries? in Abdul Rafay, **Handbook of Research on Energy and Environmental Finance 4.0**. IGI Global, 2022.

477 *EVN, Energo-Pro and ČEZ v. Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/15/19.

478 Un Trade and Development, '**Investment Dispute Settlement Navigator: Spain**' <<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/197/spain/respondent>>. accessed 24 September 2024.

479 GRIERA, MAX. UK court may seize Spanish sovereign assets amid international arbitration quagmire. **EurActiv**, 2023. <https://www.euractiv.com/section/politics/news/uk-court-may-seize-spanish-sovereign-assets-amid-international-arbitration-quagmire>. Accessed 30 January 2025.

480 **NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain**, ICSID Case No. ARB/14/11.

481 HALLAK, ISSAM. Investor-state Protection disputes involving EU Member States. **PE 738.216**, 2022. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2022/738216/EPRS_IDA\(2022\)738216_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2022/738216/EPRS_IDA(2022)738216_EN.pdf). Accessed 30 January 2025, p.2.

482 REISCH, NIKKI; DE ANZIZOU, HELIONOR. Investors v. Climate Action What recent case law and treaty reforms may mean for the future of investment arbitration in the energy sector. **CIEL**, 2022. https://www.ciel.org/wp-content/uploads/2022/09/Investors-v.-Climate-Action_FINAL.pdf. Accessed 30 January 2025, p.1; THAKUR, TANAYA. Reforming the investor-state dispute settlement mechanism and the host

General noted:

International investment agreements, which are meant to support foreign investment, often result in unintended consequences, such as constraining regulations that support sustainable development when the regulations impact investor profits. Some countries have become vulnerable to large financial penalties from arbitration panels set up to settle investor-State disputes, impeding their ability to implement policies in support of the Sustainable Development Goals⁴⁸³.

While many (if not most) investment agreements have been signed before climate change actions became a priority, the lack of consideration given to environmental concerns by arbitral tribunals has raised alarms⁴⁸⁴. These concerns are exacerbated by systemic imbalance where ‘neither States nor affected members of the public (third parties) can initiate arbitration, only investors can.’⁴⁸⁵ The system not only creates an asymmetry regarding the power to initiate arbitration but also regarding the rights and obligations of the parties. A 2021 UN report highlighted that, ‘most existing international investment agreements reflect an imbalance between rights and obligations of investors, which can have the unintended effect of facilitating irresponsible investor conduct or making it challenging for States to regulate such conduct.’⁴⁸⁶ Indeed, most agreements confer rights to investors ‘but hardly any obligations or responsibilities regarding human rights and the environment.’⁴⁸⁷ Consequently, it remains difficult for States and affected communities to hold investors accountable. The report further notes, ‘moreover, given the lack of explicit investor obligations concerning human rights and the environment

state’s right to regulate: a critical assessment. **Indian Journal of International Law**, vol 59, p. 173–208, 2021; BONNITCHA, JONATHAN. **Substantive Protection under Investment Treaties: A Legal and Economic Analysis**. Cambridge University Press, 2014.

On the opposite view see: SANDS, ANNA. Regulatory Chill and Domestic Law: Mining in the Santurbán Páramo. *World Trade Review*, vol 22, p. 55-72, 2023.

483 U.N. SECRETARY-GENERAL. International financial system and development. **U.N. Doc. A/73/280**, para 62.

484 BERGE, TARALD LAURAL; BERGER, ALEX. Do Investor-State Dispute Settlement Cases Influence Domestic Environmental Regulation? The Role of Respondent State Bureaucratic Capacity. **Journal of International Dispute Settlement**, Volume 12, Issue 1, p. 1–41, 2021; SACHS, LISA; JOHNSON, LISE; MERRILL, ELLA. Environmental Injustice: How treaties undermine human rights related to the environment. **Sciences Po Legal Review**, vol. 18, p.90-100, 2020.

485 REISCH, NIKKI; DE ANZIZOU, HELIONOR. Investors v. Climate Action What recent case law and treaty reforms may mean for the future of investment arbitration in the energy sector. **CIEL**, 2022. https://www.ciel.org/wp-content/uploads/2022/09/Investors-v.-Climate-Action_FINAL.pdf. Accessed 30 January 2025, p.1.

486 SECRETARY-GENERAL. Human rights-compatible international investment agreements. **United Nations General Assembly report A/76/238**, 2021. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/208/09/PDF/N2120809.pdf?OpenElement>. Accessed 30 January 2025.

487 Ibid, p.6.

in the agreements, arbitrators tend to treat them as an autonomous and self-contained regime that prevails over other regulatory regimes,⁴⁸⁸ allowing arbitral tribunals to entirely disregard environmental actions.

Tietje and Baetens identified three categories of regulatory chill thus: ‘anticipatory chill, specific response chill, and precedential chill’⁴⁸⁹. ‘Anticipatory chill’ involves a situation where States internalise the potential threat of ISDS posed by their commitments under IIAs while drafting the legislation⁴⁹⁰. For instance, Denmark and New Zealand have both admitted that ‘the threat of investor-state lawsuits has hindered their climate policy ambitions.’⁴⁹¹ Investor protection can also be used to resist climate action, or at least make it much more expensive, as when Uniper sued the Dutch government in 2021⁴⁹². Anticipatory chill has been described as the ‘potentially most sweeping’ kind of regulatory chill⁴⁹³.

‘Specific response chill’ refers to the effect of a particular regulation once policymakers or a State become aware of the potential risk of an investor-state dispute. ‘Precedential chill’ happens when a State considers a concluded arbitration while contemplating future public policy measures⁴⁹⁴. For instance, The Netherlands agreed to pay Vattenfall EUR 52.5 million to close its oldest plant by 2020⁴⁹⁵. This decision followed the German *Vattenfall* saga- described as a ‘turning point in the geopolitical landscape of ISDS’⁴⁹⁶- raising the question of how much this ordeal influenced the Dutch decision.

488 Ibid, p.6-7.

489 TIETJE, CHRISTIAN; BAETENS, FREYA; ECORYS, **The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership**. Prepared for Minister for Foreign Trade and Development Cooperation, Ministry of Foreign Affairs, The Netherlands 2014. https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4nvgs5kjg27kof_j9vvik7m1c3gyxp/vjn8exgvufya/f=/blg378683.pdf. Accessed 30 January 2025.

490 Ibid.

491 Elizabeth Meager, ‘**Cop26 targets pushed back under threat of being sued**’ Capital Monitor, (14 January 2022). <https://capitalmonitor.ai/institution/government/cop26-ambitions-at-risk-from-energy-charter-treaty-lawsuits/>.

492 The action was withdrawn as part of the deal to nationalise Uniper. Uniper SE, **Uniper Benelux Holding B.V. and Uniper Benelux N.V. v. Kingdom of the Netherlands**, ICSID Case No. ARB/21/22.

493 See: TIENHAARA, KYLA. Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement. **Transnat’l. Envtl. L.**, vol. 7, issue 2, p.229–250, 2018, p.229–30.

494 TIETJE, CHRISTIAN; BAETENS, FREYA; ECORYS, **The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership**. Prepared for Minister for Foreign Trade and Development Cooperation, Ministry of Foreign Affairs, The Netherlands 2014. https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4nvgs5kjg27kof_j9vvik7m1c3gyxp/vjn8exgvufya/f=/blg378683.pdf. Accessed 30 January 2025, p.41.

495 EUROPEAN COMMISSION, **State Aid SA.54537 (2020/NN)** – Netherlands Prohibition of coal for the production of electricity in the Netherlands. 2020. https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202025/284556_2165085_151_2.pdf. Accessed 30 January 2025.

496 WEGHMANN, VERA; HALL, DAVID. The Unsustainable Political Economy of Investor-State Dispute Settlement Mechanisms. **International Review of Administrative Sciences**, vol 87, issue 3, p. 480 - 496, 2021, p.488.

Similarly, Germany agreed to compensate RWE and LEAG with EUR 4.35 billion to pursue its plan to phase out coal by 2038 and avoid litigation⁴⁹⁷. One might also question whether a threat to initiate arbitration against France contributed to the watering down of a proposed law to end fossil fuel extraction on French territory by 2040⁴⁹⁸.

In addition to diluting environmental actions, such cases could deter some Member States from complying with EU law. For instance, Germany was found in breach of its obligation under the Habitats Directive for authorising the operation of a coal-fired power plant without an appropriate environmental impact assessment⁴⁹⁹. The requirements for water permits were lowered to comply with an ICSID award⁵⁰⁰. In essence, an ISDS award may impose financial penalties for adhering to EU law.

The cumulative effect of these concerns is a profound regulatory chill, where states either refrain from enacting crucial public interest legislation (especially in areas like climate change) or water down existing measures, simply to avoid the threat of costly and unpredictable ISDS claims. This systemic pressure, driven by the unique privileges afforded to foreign investors, fundamentally undermines the democratic policy space of sovereign states, forcing governments into a difficult dilemma: either risk substantial financial penalties or compromise on critical public policy objectives. However, as later sections will explore, the evolving jurisprudence of national courts within the EU offers a burgeoning counter-narrative, potentially providing a crucial mechanism to mitigate this chill by reasserting domestic legal authority over investor-state disputes.

3. ENERGY CHARTER TREATY (ECT) BACKLASH

The general criticisms against ISDS mechanisms find their most prominent and contentious manifestation within the framework of the Energy Charter Treaty (ECT). Signed in 1994, the ECT was designed to promote energy security and investment, particularly in post-Soviet states. However, it has evolved into the most litigated investment treaty globally, becoming a flashpoint for disputes in the fossil fuel industry, especially those

497 SIMON, FREDERIC. Brussels opens in-depth investigation into Germany's coal phase-out plan. **Euractiv**, 2021. <https://www.euractiv.com/section/energy/news/brussels-opens-in-depth-investigation-into-germanys-coal-phase-out-plan/>. Accessed 30 January 2025.

498 Letter from Conseil d'Etat. <https://www.amisdelaterre.org/wp-content/uploads/2018/08/loi-hulot-contributions-lobbies-au-conseil-etat.pdf>.

499 Case C 142/16 **Commission v Germany**, ECLI:EU:C:2017:301,

500 **Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v Federal Republic of Germany**, ICSID Case N° ARB/09/6, 11 March 2011.

challenging climate action policies⁵⁰¹.

The inherent conflict between the ECT's broad investor protections and the urgent need for a global energy transition became increasingly evident. The ECT's provisions, particularly its "fair and equitable treatment" standard and broad definition of "investment," offer powerful tools for fossil fuel investors to challenge government measures aimed at phasing out fossil fuels, promoting renewables, or implementing environmental regulations. This perceived incompatibility with the Paris Agreement and national climate targets fueled widespread calls for the ECT's reform⁵⁰². Indeed, the Energy Charter Treaty has been criticised for years as constituting the antithesis to the Paris Agreement and a substantial threat to energy transition due to its outdated investment provisions, which allow companies to sue States over their climate policies⁵⁰³. Moreover, the Treaty was criticized for penalizing, rather than supporting, a transition to net-zero, a point highlighted by the UK Government in its withdrawal in 2024⁵⁰⁴.

While the ECT had long escaped public attention, it gained notoriety for the hefty arbitral awards against states, attracting growing scrutiny and calls for reform or withdrawal. Responding to this growing pressure, the Energy Charter Conference embarked on a lengthy modernization process in 2017. In 2018, a list of topics for the modernisation of the ECT was adopted to drive 'an inclusive global energy transition in alignment with Paris Agreement objectives.'⁵⁰⁵ After 15 rounds of negotiations, an "agreement in principle" on a modernised text was reached in June 2022, largely reflecting the EU's proposals.

501 DI SALVATORE, LEA. **Investor-State Disputes in the Fossil Fuel Industry**. IISD Report, 2021. <https://www.iisd.org/system/files/2022-01/investor%E2%80%93state-disputes-fossil-fuel-industry.pdf>. Accessed 30 January 2025,

502 NELSEN, ARTHUR, Revealed: secret courts that allow energy firms to sue for billions accused of 'bias' as governments exit. **The Guardian**. 2022 <https://www.theguardian.com/business/2022/nov/14/revealed-secret-courts-that-allow-energy-firms-to-sue-for-billions-accused-of-bias-as-governments-exit#:~:text=%E2%80%93The%20energy%20charter%20treaty%20is,goal%20of%20the%20Paris%20agreement.%E2%80%9D>. Accessed 30 January 2025.

503 DI SALVATORE, LEA. **Investor-State Disputes in the Fossil Fuel Industry**. IISD Report, 2021. <https://www.iisd.org/system/files/2022-01/investor%E2%80%93state-disputes-fossil-fuel-industry.pdf>. Accessed 30 January 2025; TIENHAARA, KYLA; DOWNIE, CHRISTIAN. Risky Business? The Energy Charter Treaty, renewable energy, and investor-state disputes. **Global Governance**, vol 24, p.451-471, 2018; JOHNSON, LISE; SACHS, LISA; LOBEL, NATHAN. Aligning international investment agreements with the Sustainable Development Goals. **Columbia Journal of Transnational Law**, vol 58, 2019.

504 GOV.UK, UK Departs Energy Charter Treaty, 2024. [https://www.gov.uk/government/news/uk-departs-energy-charter-treaty#:~:text=The%20UK%20government%20confirms%20its,to%20agree%20vital%20modernisation%20fail.&text=The%20UK%20will%20leave%20the,today%20\(Thursday%2022%20February\)](https://www.gov.uk/government/news/uk-departs-energy-charter-treaty#:~:text=The%20UK%20government%20confirms%20its,to%20agree%20vital%20modernisation%20fail.&text=The%20UK%20will%20leave%20the,today%20(Thursday%2022%20February)). Accessed 30 January 2025; NELSEN, ARTHUR. UK quits treaty that lets fossil fuel firms sue governments over climate policies. **The Guardian**, 2024. <https://www.theguardian.com/environment/2024/feb/22/uk-quits-treaty-that-lets-fossil-fuel-firms-sue-governments-over-climate-policies>. Accessed 30 January 2025.

505 EUROPEAN UNION, **European Union proposal for the modernisation of the Energy Charter Treaty**. https://energy.ec.europa.eu/document/download/43b875c5-7b10-491a-99a5-4ea05af41199_en. Accessed 30 January 2025.

This modernised version, formally approved on 3 December 2024, aimed to address some of the criticisms by introducing a more tailored definition of investments and clarifying substantive protections. Significant proposed changes included the explicit elimination of intra-EU investor-state arbitration through the so-called ‘disconnection clause’- found in Article 24(3) modernised ECT- and an option to phase out protection for existing fossil fuel investments after 10 years- Annex NI. For EU member States, investments made in their territories before 3 September 2025 will no longer be protected ten years after the date of entry into force of the modifications in Section C and no later than 31 December 2040⁵⁰⁶. New fossil fuel investments made on or after 3 September 2025 are not protected at all- which is in line with the carve-out option proposed by the UK and EU⁵⁰⁷. It also included optional flexibilities for states to phase out protection for certain fossil fuel investments.

Even with its amendments, the modernised ECT was perceived as failing to fully address the chilling effect problem or its fundamental compatibility with EU law. Indeed, the proposed extension of investment protections to potentially ‘sustainable fuels’ in the modernised ECT raised concerns that it could paradoxically lead to an even greater chilling effect, further constraining states’ sovereignty and their ability to adopt new climate policies. Poland, for instance, noted that the ECT would impair the “accelerating energy transformation” due to potentially high damages arbitration proceedings⁵⁰⁸. Regarding the compatibility with EU law, despite the modernised version of the ECT foreseeing access to investment courts as an alternative avenue, such courts might still not satisfy the criteria to request a preliminary ruling from the CJEU⁵⁰⁹. This suggests the modernised version could still be incompatible with EU law and the *Achmea* and *Komstroy* rulings. Unsurprisingly, the Council of the European Union failed to agree on the reforms to the controversial ECT, indicating lingering dissatisfaction⁵¹⁰.

Despite these changes, the modernization efforts were widely deemed insufficient by many, particularly within the European Union. While it would immediately bar intra-EU arbitration and allow for the phasing out of protection for existing fossil fuel investments, critics argued it still hindered states’ ability to adopt ambitious climate policies and

506 Annex NI, Section C (1).

507 Annex NI, Section B (1). See : European Commission, **Energy Charter Treaty modernisation** (WK 9218/2022 INIT, 27 June 2022).

508 SADOWSKI, WOJCIECH. Poland to Withdraw from the ECT: Who Does It Benefit? **Kluwer Arbitration Blog**, 2022. <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/09/27/poland-to-withdraw-from-the-ect-who-does-it-benefit/#:~:text=Poland%20surprised%20the%20world%20when,Efficiency%20and%20Related%20Environmental%20Aspects>. Accessed 30 January 2025.

509 As found in Article 267 TFEU and Case C-54/96, Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH v Bundesbaugesellschaft Berlin mbH, ECLI:EU:C:1997:413.

510 European Parliament resolution of 24 November 2022 on the outcome of the modernisation of the Energy Charter Treaty (2022/2934(RSP), point L.

did not sufficiently align with the Paris Agreement goals⁵¹¹. Both the unmodernised and modernised version are undoubtedly at odds with the climate crisis as it protects investors in climate-damaging fields such as fossil energy while creating a dilemma for countries due to its regulatory chill nature. As Bernasconi-Osterwalder explained, ‘the announcements by several EU member states of their ECT withdrawal plans reflect the increased concern and recognition that companies will continue to use investment arbitration to undermine ambitious climate policy, even under the modernised ECT.’⁵¹² It also left significant loopholes that could still be exploited by fossil fuel investors. A key point of contention was the absence of a strong position or proposal to address the highly controversial arbitration clause in Article 26 of the original ECT within the negotiation topics. Interestingly, amidst these modernization efforts, the Court of Justice of the European Union (CJEU) had a crucial opportunity to definitively rule on the compatibility of Article 26 of the ECT with EU law in Opinion 1/20 but dismissed the request due to insufficient information⁵¹³.

The perceived inadequacy of the modernised text, particularly regarding Article 26 and the lack of a definitive resolution of the conflict between the ECT and EU law, culminated in a wave of coordinated withdrawals. After failing to fully agree on the revised version and amidst growing calls from civil society, the European Parliament called for a coordinated EU exit, a solution that the Commission also ultimately recommended and implemented⁵¹⁴. The European Union and the European Atomic Energy Community (Euratom) formally notified their withdrawal, which took effect on 28 June 28⁵¹⁵. Prior to and concurrently with the EU’s departure, a significant number of EU Member States, also announced and subsequently completed their formal withdrawals- a movement dubbed the *ECTodus*⁵¹⁶. Even countries that had only provisionally applied the ECT, such

511 DIETRICH BRAUCH, MARTIN. Climate Action Needs Investment Governance, Not Investment Protection and Arbitration. **CCSI**, 2022. <https://ccsi.columbia.edu/news/climate-action-needs-investment-governance-not-investment-protection-isds>. Accessed 30 January 2025.

512 Quote taken from IISD. Energy Charter Treaty Withdrawal Announcements Reflect Reform Outcome is Insufficient for Climate Ambition. **IISD**, 2022. <https://www.iisd.org/articles/statement/energy-charter-treaty-withdrawal-announcements>. Accessed 30 January 2025.

513 Opinion 1/20 of 16 June 2022, ECLI:EU:C:2022:48.

514 European Parliament resolution of 24 November 2022 on the outcome of the modernisation of the Energy Charter Treaty (2022/2934(RSP); SIMSON, CAROLINE, In Reversal, Europe’s Executive Arm Looks To United ECT Exit. **Law360**. -2023. <https://www.law360.com/energy/articles/1574338/in-reversal-europe-s-executive-arm-looks-to-united-ect-exit>. Accessed 30 January 2025; EUROPEAN COMMISSION, **European Commission proposes a coordinated EU withdrawal from the Energy Charter Treaty**. 2023 https://energy.ec.europa.eu/news/european-commission-proposes-coordinated-eu-withdrawal-energy-charter-treaty-2023-07-07_en. Accessed 30 January 2025.

515 SCHAUGG, LUKAS. **Why Coordinated Withdrawal From the Energy Charter Treaty Remains Essential for Effective Climate Action**. IISD, 2025. <https://www.iisd.org/articles/insight/coordinated-energy-charter-treaty-withdrawal-essential>. Accessed 3 August 2025.

516 MENKES, M., ECTodus: A Brexit Lesson. **EU LAW Live**, 2022. <https://eulawlive.com/op-ed-ectodus-a-brexit-lesson-by-marcin-j-menkes/>. Accessed 30 January 2025.

as Australia, terminated their provisional application⁵¹⁷.

Country ⁵¹⁸	Official Notification	Effective date of exit
Italy	31 December 2014	1st January 2016
Poland	27th December 2022	29th December 2023
France	7th December 2022	8th December 2023
Germany	19th December 2022	20th December 2023
Luxembourg	16th June 2023	17th June 2024
Slovenia	13th October 2023	14th October 2024
Portugal	1st February 2024	2nd February 2025
Spain	16th April 2024	17th April 2025
United Kingdom	26th April 2024	27th April 2025
Netherlands	27th June 2024	28th June 2025
European Union	27th June 2024	28th June 2025
Denmark	3rd September 2024	4th September 2025
Norway ⁵¹⁹	12th November 2024	10th January 2025

Crucially, however, the “sunset clause” (Article 47(3)) of the unmodernised ECT continues to pose a significant challenge. This clause stipulates that investments made before a state’s withdrawal takes effect remain protected under the Treaty’s terms for an additional 20 years from the date of withdrawal⁵²⁰. Despite some claims that this sunset clause could be unilaterally neutralised through mechanisms like to an *inter se* agreement among withdrawing states the legal efficacy of such an approach remains highly debated⁵²¹. Indeed, the ECT includes a “safety net” in Article 16, which preserves

517 Australia deposited its declaration not to be a party to the ECT on the 28th of September 2021 with the effectively terminated on the 13th of December 2021. See: AUSTRALIAN GOVERNMENT. The Australian Treaties Database: Energy Charter Treaty. **Department of Foreign Affairs and Trade**, 2021. <https://www.info.dfat.gov.au/Info/Treaties/treaties.nsf/AllDocIDs/B5C43BB22EE8D60ACA256C8B0010A881>. Accessed 30 January 2025.

518 Information from: **INTERNATIONAL ENERGY CHARTER**, Written notification of withdrawal from the Energy Charter Treaty. Energy Charter Secretariat News, 2023. https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Notifications/2023.06.16_-_Withdrawal_notification_Luxembourg.pdf. Accessed 30 January 2025.

519 Norway had provisionally applied the original ECT. It notified the depositary of its intention not to be a party to the ECT on the 12th of November 2024 with the provisional application effectively ended on the 10th of January 2025. See: **INTERNATIONAL ENERGY CHARTER**. Communication from the Depositary. Energy Charter Secretariat New, 2025. <https://www.energycharter.org/media/news/article/communication-from-the-depositary-1/>. Accessed 3 August 2025.

520 The withdrawal becomes effective only a year after the notice was given, Article 47(2).

521 ECKES, CHRISTINA; ANKERSMIT, LAURENS, The compatibility of the Energy Charter Treaty with EU law. **UVA-DARE**, 2022. https://pure.uva.nl/ws/files/70394470/ECKES_ANKERSMIT_Report_on_ect_compatibility_with_eu_law_2022.pdf. Accessed 30 January 2025, p.52.

the highest level of protection, and arbitral tribunals have repeatedly rejected arguments that EU membership modified the ECT or eliminated consent to intra-EU arbitration based on this article⁵²². The chance of any such inter se modification being accepted by tribunals is, therefore, considered very unlikely. The experience of Italy, which withdrew from the ECT in 2016, highlights the difficulties: ‘since its unilateral withdrawal from the treaty in 2016, Italy has faced at least seven arbitration claims based on the survival clause, with cumulative amounts in compensation claimed exceeding USD 400 million.’⁵²³ In 2022, Italy was successfully sued by Rockhopper. It was condemned to pay EUR 190 million in compensation for its ban on developing further oil fields near the coast for environmental reasons⁵²⁴. While these withdrawals are a strong stand, the lingering sunset clause means ISDS still has some sunny days ahead.

Paradoxically, withdrawing from the unmodernised ECT might even prolong the protection afforded to investors for a longer period than if the modernised version had been widely adopted. Indeed, the modernised version would have immediately barred arbitration involving European investors and Member States and eliminated the protection 10 years earlier. By withdrawing, States will still be subject to claims concerning existing investments under the ECT and bound by its 20-year sunset clause⁵²⁵. This creates a risk of facing the “worst of both worlds,” as states will be exposed to claims for decades without being able to benefit from any potential revisions in the modernised text. For instance, as Poland notified its withdrawal in December 2022, it only took effect in December 2023, and the protection afforded by the sunset clause will only end in December 2043, three years after the latest envisaged date under the modernised ECT. The only country which could potentially benefit from the withdrawal is Italy, whose 2016 withdrawal means its survival period will end in January 2036- four years before the intended date.

These withdrawals underscore a decisive rejection of the ECT’s prior framework and, for many, even its modernised form. While the modernised ECT began its provisional application on 3 September 2025, for those parties that did not opt out, its ultimate entry into full force remains highly uncertain, as it requires ratification by three-fourths of the

522 **Vatenfall v. Germany**, ICSID Case No. ARB/12/12, paras. 195-196, 221; **Landesbank v. Spain**, ICSID Case No. ARB/15/45, para. 170-172; **Eskosol v. Italy**, ICSID Case No. ARB/15/50, para. 99-100; **BayWa v. Spain**, ICSID Case No. ARB/15/16, para. 271; **Silver Ridge v. Italy**, ICSID Case No. ARB/15/37, paras. 210; **Sevilla Beheer v. Spain**, ICSID Case No. ARB/16/27, para. 646-647.

523 CLIENTEARTH. Energy Charter Treaty Reform: Why withdrawal is an option. **ClientEarth**, 2021. <https://www.clientearth.org/media/ub1b4hmk/ect-reform-withdrawal-itn-july-2021.pdf>. Accessed 30 January 2025, p.3.

524 **Rockhopper Italia S.p.A., Rockhopper Mediterranean Ltd, and Rockhopper Exploration Plc v. Italian Republic**, ICSID Case No. ARB/17/14. A recent ICSID committee annulled the award on procedural grounds- improper tribunal constitution under Article 52(1)(d) of the ICSID Convention- in June 2025.

525 See an example in **Encavis et al. v. Italy**, ARB/20/39, p.100.

remaining Contracting Parties⁵²⁶.

4. THE CJEU VS ARBITRAL TRIBUNALS: IRRECONCILABLE POSITION

The widespread political backlash against the Energy Charter Treaty and the subsequent coordinated withdrawals by the EU and many of its Member States are fundamentally rooted in the profound legal incompatibility between the Treaty's investor-state dispute settlement (ISDS) mechanism and core tenets of EU law. This incompatibility has been unequivocally established by a series of landmark rulings from the Court of Justice of the European Union (CJEU), leading to an irreconcilable conflict with the approach taken by many arbitral tribunals. Indeed, over the last few years, we have witnessed a raging battle between the CJEU, which steadfastly maintains its position on the supremacy and autonomy of EU law, and arbitral tribunals, which continue to hold that they are not bound by the judgments of the CJEU. This fundamental disagreement places the Member States squarely between a rock and a hard place, forced to navigate conflicting legal obligations from two powerful legal orders.

The pivotal judgment, *Achmea*, laid the groundwork for this conflict by declaring arbitration clauses in intra-EU bilateral investment treaties (BITs) incompatible with EU law. The Court ruled that 'Member State are precluded, in an agreement inter se, from setting up a tribunal which, while being called on to resolve disputes relating to the interpretation or application of EU law, is set outside the EU judicial system and is capable of delivering final decisions.'⁵²⁷ This reasoning is quite simple and builds on a long line of case law since arbitral tribunals cannot require a preliminary ruling- as they do not fall within the category of 'court or tribunal' under Article 267 TFEU contrary to the conclusion of the Advocate General- it is, therefore, incompatible with Article 344 TFEU, which mandates direct recourse to the CJEU for disputes concerning EU law interpretation⁵²⁸. The Court reached such a conclusion because the arbitral provision in the BIT was included to 'ensure that dispute resolution would take place outside the EU judicial system and through an ad hoc mechanism.'⁵²⁹ In essence, the Court reaffirmed

526 Article 42(4) modernised ECT.

527 LONARDO, LUIGI. May Member States' courts act as catalysts of normalization of the European Union's Common Foreign and Security Policy?. **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, vol 28, issue 3, p. 287–303, 2021, p.295.

528 *Slovak Republic v. Achmea* (n 5), paras 43 and 49. See: VAJDA, CHRISTOPHER. *Achmea and the Autonomy of EU Law*. **LAWTTIP Working papers**. 2019, p.10; FANOUE, MARIA. Intra-European Union investor-State arbitration post-Achmea: RIP?. **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, vol 26. Issue 2, p.316-340, 2019, p.325.

529 LONARDO, LUIGI. May Member States' courts act as catalysts of normalization of the European

its previous case law and *Opinion 2/13*, clarifying that Member States cannot subtract a dispute from the EU judicial system⁵³⁰.

While *Achmea* was perceived as disruptive in the investment arbitration community, it was not surprising from an autonomy of EU law perspective⁵³¹. As Damjanovic and de Sadeleer argued, ‘The CJEU as the supreme guardian of the EU legal order considers EU law as specific international law to which other international law instruments should conform, when necessary to achieve the objectives of the EU founding Treaties.’⁵³² Indeed, since *Van Gend en Loos*, the Court has made clear that the Treaty established a ‘new legal order’ distinct from public international law⁵³³. The Court took a very strong stand to preserve its supremacy over the interpretation of EU law, simultaneously paving the way for necessary changes in investment treaty practice⁵³⁴.

One of the central points of contention in *Achmea* was whether the dispute would require the arbitral tribunal to apply and interpret EU law. For the Advocate General, since the EU was not party to that specific BIT, that instrument was not part of EU law, implying no need for EU law interpretation. Moreover, the AG noted that arbitral awards cannot escape review by national courts, which could then refer a question to the CJEU⁵³⁵. The Court did not share this view, reasoning that the tribunal would have to consider both domestic and international treaties, and given that EU law forms part of both, arbitral tribunals might be asked to interpret or apply EU law⁵³⁶. Furthermore, the arbitral mechanism would not guarantee the full effectiveness of EU law and would conflict with the principle of autonomy of EU law⁵³⁷. The Court also recalled that: ‘the autonomy of EU law with respect both to the law of the Member States and to international law is justified by the essential characteristics of the EU and its law, relating in particular to the constitutional structure

Union’s Common Foreign and Security Policy?. **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, vol 28, issue 3, p. 287–303, 2021, p.295.

530 Opinion 2/13, ECHR II, ECLI:EU:C:2014:2454.

531 ECKES, CHRISTINA, **Some reflections on Achmea’s broader consequences for investment arbitration**. *European Papers*. v.4, N 1, 2019, p.79-97, p.80.

532 DAMJANOVIC, IVANA; DE SADELEER, NICOLAS. I would rather be a respondent State before a domestic court in the EU than before an international investment tribunal in *S. Barbou des Places*, E. Cimiotta and J. Santos Vara (eds) **European Papers A Journal on Law and Integration**. Vol 4, 2019, p.24.

533 Opinion of AG Poiares Maduro delivered on 16 January 2008, case C-402/05 P, Kadi, para. 24. See: M JIRI, MALENOVSKÝ. A la recherche d’une solution intersystémique aux rapports du droit international et du droit de l’union européenne. 65 **Annuaire français de droit international**, vol 65, p.201- 234, 2019.

534 **Slovak Republic v. Achmea** (n 5), paras 58-60.

535 **Slovak Republic v. Achmea**, paras 239-241.

536 KOUTRAKOS, PANOS. The autonomy of EU law and international investment arbitration. **Nordic Journal of International Law**, vol 88, issue 1, p. 41–64, 2019, p. 48.

537 SHIPLEY, TRAJAN. The Principle of Autonomy of EU Law in the Context of Investor-State Dispute Settlement: A Public Policy Norm. **Brexit Institute Working Paper Series No 05/2024**, 2024.

of the EU and the very nature of that law.’⁵³⁸ Finally, the ‘Court ruled that Article 8 of the BIT was incompatible with the principle of sincere cooperation, and therefore capable of impairing the autonomy of EU law.’⁵³⁹

The *Achmea* judgment also provided crucial legal backing for the European Commission’s long-standing efforts to dismantle intra-EU BITs⁵⁴⁰. These agreements were concluded before direct foreign investments were included in the common commercial policy, but then the Commission realised that they were incompatible with the internal market and could result in potential discrimination, so it advocated for their termination. As Barbou des Places, Cimiotta and Santos Vara noted

The Commission considered intra-EU BITs, due to their nature of bilateral differentiated regimes on investments, as an anomaly vis-à-vis the uniform integration of markets in Member States, as well as the uniform interpretation and effective application of EU rules on free movement of capitals and on the right of establishment⁵⁴¹.

In light of these findings, the immediate question arose as to whether the *Achmea* ruling, concerning bilateral investment treaties (BITs), would also apply to multilateral agreements like the Energy Charter Treaty (ECT), to which the EU itself is a contracting party alongside its Member States. Indeed, the direct application of *Achmea* to the ECT was initially contested by some, including arbitral tribunals. For instance, in *Electrabel*⁵⁴², the tribunal noted the EU’s significant role in the ECT’s conclusion and argued that ‘the ECT’s genesis generates a presumption that no contradiction exists between the ECT and EU law.’⁵⁴³ This perspective implied a fundamental disagreement with the notion of *Achmea*’s automatic extension to the ECT, particularly given the EU’s direct participation. However, despite such arguments, it was consistently argued that there had never been

538 **Slovak Republic v. Achmea**, para 33.

539 GROUSSOT, XAVIER; OBERG, MARJA-LIISA X. The Web of Autonomy of the EU Legal Order: *Achmea*’ in G. Butler and R. Wessel (eds) **EU External Relations Law: The Cases in Context**. Hart Publishing Ltd, 2022, p.930.

540 COMMISSION, Commission asks Member States to terminate their intra-EU bilateral investment treaties. **Press release IP/15/5198**. 2015.

541 S BARBOU DES PLACES, SEGOLÈNE; CIMIOTTA, EMANUELE; SANTOS VARA, JUAN. *Achmea Between the Orthodoxy of the Court of Justice and Its Multi-faceted Implications: An Introduction*. in S. Barbou des Places, E. Cimiotta and J. Santos Vara (eds) **European Papers A Journal on Law and Integration**, vol. 4. 2019, p.16.

542 “as a matter of legal, political and economic history, the European Union was the determining actor in the creation of the ECT”. ICSID, case no. ARB/07/19, **Electrabel S.A. v. Republic of Hungary**, 30 November 2012, para 4.131.

543 Para 4.134.

any intention to apply the ECT in disputes opposing EU investors and Member States within the EU's internal market⁵⁴⁴. To clarify its position following *Achmea*, the European Commission explicitly stated that the ruling rendered Article 26 of the ECT inapplicable for intra-EU disputes, a stance confirmed by the Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States⁵⁴⁵. This Commission stance foreshadowed the CJEU's explicit extension of the *Achmea* principle to the ECT in the *Komstroy* ruling, which then definitively cemented the incompatibility.

The uncertainty regarding the ECT's intra-EU applicability was finally and definitively resolved by the CJEU in *Komstroy*. Building directly on the principles established in *Achmea*, the CJEU unequivocally stated that the arbitration clause in Article 26 of the ECT does not apply to intra-EU disputes, as it would jeopardize the uniform application and autonomy of EU law. This ruling cemented the incompatibility of intra-EU ISDS under the ECT with the EU legal order. Indeed, as Advocate General Saugmandsgaard noted in his opinion that the ECT was 'entirely inapplicable to such dispute.'⁵⁴⁶ This clarification effectively contradicts many of the arbitral awards which distinguished the facts from *Achmea* claiming it did not apply to the ECT. However, when Spain requested a re-consideration of a 2020 arbitral decision based on the *Komstroy* ruling, the tribunal denied it on the grounds that

There was nothing in the reasoning in *Komstroy* which was not anticipated by the Tribunal or by the parties in their submissions leading to the 2020 Decision. *Komstroy* added nothing material to *Achmea* apart from its express application to the ECT, which had been taken fully into account by the parties in their arguments and by the Tribunal in its 2020 Decision⁵⁴⁷.

Interestingly, in this decision, the tribunal followed the pro-claimant trend,

544 DAMJANOVIC, IVANA; DE SADELEER, NICOLAS. I would rather be a respondent State before a domestic court in the EU than before an international investment tribunal in *S. Barbou des Places*, E. Cimiotta and J. Santos Vara (eds) **European Papers A Journal on Law and Integration**. Vol 4, 2019, p.34.

545 EUROPEAN COMMISSION, **Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: Protection of intra-EU investment**. COM (2018) 547 final, 2018. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2018%3A547%3AFIN> Accessed 30 January 2025; Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States of 15 January 2019 on the legal consequences of the judgment of the Court of Justice in *Achmea* and on investment protection in the European Union https://finance.ec.europa.eu/system/files/2019-01/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf.

546 Opinion Advocate General Saugmandsgaard, Joined Cases C-798/18 and C-799/18, *Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie) and Others, Athesia Energy Srl and Others v. Ministero dello Sviluppo Economico and Gestore dei servizi energetici (GSE) SpA*, ECLI:EU:C:2020:876, para 55.

547 **Cavalum SGPS, S.A. v. Kingdom of Spain**, ICSID Case No. ARB/15/34, para 46. Similar outcome is found in *Infracapital F1 Sàrl and Infracapital Solar BV v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/16/18, Decision on Respondent Request for Reconsideration regarding the Intra-EU Objection and the Merits, 01 February 2022, para 102.

inconsistent with the CJEU's ruling. Such attempts to limit the impact of the CJEU's case law clearly demonstrate a 'conflictual relationship (of those rulings) with international law.'⁵⁴⁸

Despite these clear and consistent rulings from the highest court of the European Union, arbitral tribunals have largely persisted in asserting jurisdiction over intra-EU investment disputes in stark defiance of these unequivocal pronouncements⁵⁴⁹. Drawing their authority from public international law and the specific investment treaties, these tribunals have typically rejected arguments that EU law renders the arbitration agreements invalid or that the CJEU's judgments are determinative of their jurisdiction. They often view themselves as adjudicating under an international legal framework that is separate from and not subservient to EU law. This has led to a continuing stream of arbitral awards against EU Member States, particularly in the renewable energy sector, directly evidencing the irreconcilable clash between the two legal orders.

In *Eurus Energy Holdings*, the arbitral tribunal even allowed a European investor to withdraw from the arbitration to avoid the dispute being classified as intra-EU⁵⁵⁰. One might question if the *Achmea* ruling did not rob the arbitral tribunals the wrong way. Indeed, in a pre-*Achmea* award- *Euram*- the arbitral tribunal mentioned its lack of power to assess the validity of an EU institution's act and that its interpretation was limited to the BITs itself⁵⁵¹. However, since *Achmea*, most arbitral tribunals have asserted that this decision did not apply to the ECT or all intra-EU agreements or that the ECT prevails over EU law⁵⁵². For example, in *UP v Hungary*, the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) distinguished the circumstances in *Achmea* and the 'multilateral public international treaty' context of ICSID⁵⁵³. A similar argument was advanced in *Masdar v Spain*, where the ICSID Tribunal- relying on the Opinion of AG Wathelet in *Achmea*- ruled that the judgment was inapplicable to the Energy Charter Treaty as the ECT is a multilateral

548 GROUSSOT, XAVIER; OBERG, MARJA-LIISA X. The Web of Autonomy of the EU Legal Order: *Achmea*' in G. Butler and R. Wessel (eds) **EU External Relations Law: The Cases in Context**. Hart Publishing Ltd, 2022, p.934.

549 SARKANNE, KATARIINA. EU Law in investment arbitration: a view from international arbitral tribunals. **Europe and the World: A Law Review**, vol 5., p. 1-18, 2021.

550 *Eurus Energy Holdings Corporation v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/16/4.

551 **European American Investment Bank AG v Slovakia**, PCA Case No 2010-17, Award on Jurisdiction (22 October 2012) para 264 'if a Member State were minded to enforce an arbitral award that would violate EU law, tools remain in the hands of the EU institutions – and particularly the ECJ – to ensure a proper application of EU law'.

552 **Masdar Solar and Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain**, ICSID case N° ARB/14/1, 2018, paras 679 and 682; *ESPF and others v. Italian Republic*, ICSID case N°. ARB/16/5, 2020, paras. 335-338 *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12, para 167; *JGC Holdings Corporation (formerly JGC Corporation) v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/27; *Sevilla Beheer BV and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/16/27, para 663.

553 *UP and CD Holding Internationale v Hungary*, ICSID Case No ARB/13/35, 2018.

external agreement⁵⁵⁴. Other tribunals have argued that the clause in intra-EU BITs or the ECT was valid and that EU law could not undermine such prior consent⁵⁵⁵. For instance, in the *Vattenfall II*, the tribunal noted that ‘Article 16 ECT poses an insurmountable obstacle to the argument that EU law should prevail over the ECT.’⁵⁵⁶ The Tribunal continued by noting, ‘if the Contracting Parties to the ECT intended a different result, and in particular if they intended for EU law to prevail over the terms of the ECT for EU Member States, it would have been necessary to include explicit wording to that effect in the Treaty.’⁵⁵⁷

In *LSG*, the Tribunal ruled in favour of German companies based on the fact that Romania agreed to be bound by the ECT and that the withdrawal occurred after the proceeding began⁵⁵⁸. The Tribunal remained unconvinced by Romania’s arguments based on the CJEU rulings. In most awards, the arbitral tribunals did not feel compelled to follow EU law, often asserting that the applicable law derived solely from the ECT and thus rendering EU law irrelevant, even in scenarios where the three prerequisites of the *Achmea* ruling were present, as seen in *Watkins Holdings and others v. Spain*⁵⁵⁹. A similar approach was adopted in *Encavis*, where the Tribunal concluded that ‘Italy gave its unconditional and irrevocable consent to arbitrate the present dispute, regardless of its withdrawal from the ECT and The *Komstroy* and *Green Power* decisions are inapposite.’⁵⁶⁰ The Tribunal also noted that ‘there is no intra-EU exception in the plain terms of Art. 26 of the ECT.’⁵⁶¹ In this case, however, the Tribunal agreed with Italy that the reduction in subsidy was deemed beneficial for the public interest and was reasonable and foreseeable ultimately influencing the award amount.

The persistent disregard by arbitral tribunals for CJEU case law effectively renders the CJEU’s decisions on intra-EU BITs irrelevant in arbitration proceedings. This places Member States in a difficult position; they have clear CJEU judgments in their favour, yet arbitral tribunals continue to reject the supremacy (and sometimes even the applicability) of EU law. By refusing, those tribunals are inevitably rejecting the argument that EU law

554 *Masdar Solar & Wind Cooperatief UA v The Kingdom of Spain*, ICSID Case No ARB/14/1.

555 **Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à. r.l. and Antin Energia Termosolar B.V. v. Kingdom of Spain**, ICSID, Case no. ARB/13/31, 2018, para. 224.

556 **Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany (Vattenfall II)**, decision on the Achmea Issue ICSID, case no. ARB/12/12, 2018, para 229.

557 *Ibid*, para 229.

558 **LSG Building Solutions GmbH and others v. Romania**, ICSID Case No. ARB/18/19; Mathias Kruck and others v. Spain, ICSID Case No. ARB/15/23.

559 The first refers to whether the tribunal will need to interpret EU law. If so, how would the tribunal make a reference for a preliminary ruling to the CJEU knowing that it lacks permanence, state nature, and mandatory competence. Finally, a decision of the Tribunal would only allow for review by an ad hoc Committee which is contrary to EU law.

560 **Encavis et al. v. Italy**, ARB/20/39, p.98.

561 *Ibid*, p.102.

Artigo| Article| Artículo | Article

prevails over the ECT because the investment involved intra-EU investments, and the CJEU has the monopoly of interpreting EU law⁵⁶².

The tribunals' reluctance is even further highlighted by some attempts to argue that no incompatibility exists between EU law and the ECT⁵⁶³. In essence, these tribunals implied that the Court of Justice erred in its reasoning. The fundamental flaw in the tribunals' reasoning is that the European Commission has been raising the issue of compatibility of intra-EU investor-state arbitration since as early as 2006⁵⁶⁴. According to the Commission's consistent position, intra-EU investor-state arbitration is incompatible with EU law because most BIT provisions have been superseded by EU law. This is reinforced by the fact that no BIT agreements were signed between EU Member States after their accession, and the only reason is that they were deemed incompatible with EU law⁵⁶⁵. Despite these clear statements, arbitral tribunals often reject the argument that this note, along with the Declarations and Information Note of the EU Member States, constitute a withdrawal of consent to arbitrate, as demonstrated in the *Theodoros Adamakopoulos* award⁵⁶⁶. Interestingly, even the Termination Treaty, which was concluded by the majority of the EU Member States in 2020 to terminate BITs concluded among themselves, is frequently disregarded by arbitral tribunals. Therefore, unless Member States take a strong stand by withdrawing, arbitral tribunals will find ways to overlook the CJEU case laws and assert jurisdiction.

This ongoing defiance is starkly evidenced by recent data. A 2024 report highlighted Spain as the 'most non-compliant State' with arbitration awards globally. The report detailed 24 unpaid awards against Spain, totalling over USD 1.5 billion, a significant majority of which are intra-EU ECT claims⁵⁶⁷. This widespread non-compliance by a key Member State, driven by the EU's firm stance, underscores the practical impasse created by these conflicting legal interpretations and the ongoing refusal of EU states to recognize or enforce awards that conflict with EU law.

In fact, the *Achmea* objection has only been successfully accepted once in the

562 **Watkins Holdings S.à r.l. and others v. Spain**, ICSID Case No. ARB/15/44.

563 **Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/14/3; PL Holdings S.A.R.L. v. Republic of Poland, SCC Case No V2014/163**, Partial Award, 28 June 2017, para 314-317.

564 **Commission notes in the Eastern Sugar v Czech Republic**, SCC N° 088/2004, para 126.

565 **Theodoros Adamakopoulos and others v Republic of Cyprus, ICSID Case No. ARB/15/49**, dissenting by Professor Marcelo Kohen, para 77.

566 **Theodoros Adamakopoulos and others v Republic of Cyprus, ICSID Case No. ARB/15/49**, para 179.

567 LAVRANOS, NIKOS. **Report on Compliance with Investment Treaty Arbitration Awards 2024**. 3rd ed. November 2024. <https://www.internationallawcompliance.com/wp-content/uploads/2022/08/FULL-Report-2024-DEF-1-Nov-2024.pdf>. Accessed 30 January 2025.

Green Power award⁵⁶⁸. Nonetheless, this award is no cause for celebration, as many tribunals have differentiated it from newer awards because the applicable rules were the SCC rules, and Stockholm was the seat. Consequently, the EU applied because of the *lex loci arbitri* principle. It also seems that the stormy relationship between EU law and international investment law is mainly confined to ISDS, largely due to the rigidity of the ICSID regime. Indeed, some non-ICSID intra-EU awards have been successfully challenged and set aside on the grounds of the tribunal's lack of jurisdiction⁵⁶⁹.

Interestingly, the CJEU was given twice the option to review the compatibility of direct investment with EU law. In Opinion 1/17, the Court approach was more nuanced than in *Achmea*, ruling that the Investment Court System (ICS) envisaged by the Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada and the EU (CETA) was compatible with EU law. According to Damjanovic and de Sadeleer, the Court clearly distinguished between the internal EU dimension- such as the *Achmea* situation- and the external dimension- such as the Opinion 1/17 situation⁵⁷⁰. The Court was given a second opportunity in Opinion 1/20 to definitively rule on the compatibility of Article 26 ECT with EU law. The Court dismissed the request on the grounds of lack of sufficient information⁵⁷¹. This refusal can be explained by the timing: when the request for an Opinion was submitted, negotiations on the draft modernised ECT were in their early stages, and by the time the Court came to analyse the request, the case *Komstroy* had been delivered, providing its own clarity⁵⁷². Belgium's request was relatively straightforward: Is Article 26 ECT compatible with the EU treaties? Although understandably, the Court would need the text of the other provisions due to the interconnection between the substantive parts and the dispute settlement provisions, the current text of the ECT would have served as a basis. The Court's cautious approach not only restricted the scope of the Opinion procedure but also resulted in a missed opportunity to unequivocally state the incompatibility of Article 26 with EU law.

568 **Green Power Partners K/S and another v Kingdom of Spain**, SCC Case No. V 2016/135; N LAVRANOS, NIKOS. ECT arbitral tribunal declines jurisdiction by accepting *Achmea* objection raised by Spain for first time. *Practical Law*, 2022. [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-036-0563?comp=pluk&transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&OWSessionId=fe9fb09dc1784843bc963dd1b9a54e80&skipAnonymous=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-036-0563?comp=pluk&transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&OWSessionId=fe9fb09dc1784843bc963dd1b9a54e80&skipAnonymous=true). Accessed 30 January 2025.

569 See for instance the cases of: *Slot Group a.s. v. Republic of Poland*, PCA Case No. 2017-10. However, the Paris Court of Appeal in *Strabag SE, Raiffeisen Centrobank AG and Syrena Immobilien Holding AG v. Poland* (Paris Court of Appeal, Chamber 5-16, April 19, 2022, No. 20-13085), annulled an intra-EU BIT ISDS award, although issued by an ICSID tribunal (*Strabag SE, Raiffeisen Centrobank AG and Syrena Immobilien Holding AG v. Poland*, ICSID Case No. ADHOC/15/.1), based on lack of the tribunal's jurisdiction.

570 DAMJANOVIC, IVANA; DE SADELEER, NICOLAS. **Values and Objectives of the EU in Light of Opinion 1/17**: 'Trade for all', above all. *Europe and the World: A law review* vol 4, Issue 1, p.1-25, 2020, p.12.

571 Opinion 1/20 of 16 June 2022, ECLI:EU:C:2022:485.

572 *Ibid*, para 44.

The EU institutions have consistently reinforced the CJEU's position, asserting their legal authority against such awards. Although in the *Micula*, the Court found a way around the problem -by declaring the award unenforceable since the payment of the award was qualified as illegal state aid and, therefore, prohibited under EU law- this case will easily be regarded as an exception by arbitral tribunals⁵⁷³. It also highlights that if Member States voluntarily pay an intra-EU investment award, that payment could be considered as constituting illegal state aid and result in sanctions. This position was reiterated in *Antin Infrastructure Services v. Spain*, where the Commission in March 2025 instructed Spain to refrain from complying with the award and to take measures ensuring that it is neither implemented nor enforced, whether domestically or internationally, despite two English judgment to the contrary⁵⁷⁴. This decision reflects the EU's continued firm stance against the validity of these awards within the Union. Another ruling that tribunals could easily disregard is the ruling in *Romatsa*, in which the CJEU concluded that some ICSID awards may be incompatible with EU law and may not be enforced⁵⁷⁵.

However, the practical implications of such arbitral awards continue to manifest through persistent enforcement efforts in non-EU jurisdictions, where domestic courts frequently uphold their validity, asserting the supremacy of international treaty obligations over EU law. This divergence is exemplified by recent decisions from the U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit and the Swiss Federal Tribunal, which have affirmed the enforceability of intra-EU ECT awards, explicitly rejecting arguments based on the CJEU's rulings. These "foreign courts getaways" present a significant challenge to the EU's efforts to neutralize intra-EU ISDS.

In the ongoing controversy between the CJEU's decisions and those of the international investment tribunals, Member States find themselves in a challenging enforcement vacuum. It seems that the only glimpse of hope comes from European national courts to prevent the enforcement of incompatible arbitral awards within their jurisdictions.

5. ARE NATIONAL COURTS THE ONLY HOPE ?

573 Case C-638/19 P, **Commission v European Food SA and others**, ECLI:EU:C:2022:50.

574 EUROPEAN COMMISSION. **Commission finds that arbitration award ordering Spain to pay compensation in favour of Antin is illegal and incompatible State aid**. 2025. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_25_847. Accessed 3 August 2025. **Kingdom of Spain v Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l.** [2021] FCAFC 3; *Infrastructure Services Luxembourg and another v. Kingdom of Spain* [2023] EWHC 1226 (Comm).

575 C-333/19, **Romatsa and Others** ECLI:EU:C:2022:749.

To add a layer of complexity, Member States are increasingly turning to national courts in the hope of stopping ISDS proceedings or preventing the enforcement of the awards. For instance, in 2022, the Higher Regional Court of Cologne granted the Netherlands' request for a declaration that the claims by RWE and Uniper were inadmissible based on the intra-EU argument⁵⁷⁶. This was confirmed in 2023 by the German Federal Supreme Court, which emphasised the primacy of EU law⁵⁷⁷. This led to Uniper and RWE opting to discontinue their ISDS claims in 2023 and 2024, respectively⁵⁷⁸.

National courts have demonstrated a growing willingness to set aside or refuse to recognise intra-EU arbitral awards, rendering them effectively meaningless. For instance, the Higher Regional Court of Frankfurt annulled the intra-EU ISDS proceedings, which was confirmed on appeal⁵⁷⁹. In 2024, the Third Chamber of the Second Senate of the German Constitutional Court dismissed both of *Achmea's* constitutional complaints as inadmissible⁵⁸⁰. The Court's reasoning was comprehensive and left no room for further debate on the matter in Germany.

In Sweden, the Swedish Supreme Court set aside an award on intra-EU grounds, and the Svea Court of Appeal has already set aside at least four awards issued under the ECT due to their incompatibility with EU law and fundamental principles of Swedish law⁵⁸¹. The Paris Court of Appeal set aside two awards against Poland, ruling that the

576 Decision of the Higher Regional Court of Cologne 19 SchH 14/21, 1 September 2022. See: MARKERT, LARS; DOERNENBURG, ANNE-MARIE. RWE and Uniper: (German) Courts Rule on the Admissibility of ECT-based ICSID Arbitrations in Intra-EU Investor-State Disputes. **Kluwer Arbitration Blog**, 2022. <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/11/03/rwe-and-uniper-german-courts-rule-on-the-admissibility-of-ect-based-icsid-arbitrations-in-intra-eu-investor-state-disputes/#:~:text=On%201%20September%202022%2C%20the,the%20German%20Code%20of%20Civil>. Accessed 30 January 2025.

577 Decision of Cologne Higher Regional Court – Docket I ZB 74/22- 1 September 2022 ; Decision of Cologne Higher Regional Court – Docket I ZB 75/22- 1 September 2022; Decision of the German Federal Court of Justice, Docket I ZB 43/22 - 27 July 2023.

578 *Uniper SE, Uniper Benelux Holding B.V. and Uniper Benelux N.V. v. Kingdom of the Netherlands*, ICSID Case No. ARB/21/22 (Order of the Tribunal taking note of the Discontinuance of the Proceedings and Decision on Costs, 17 March 2023); *RWE AG and RWE Eemshaven Holding II BV v. Kingdom of the Netherlands*, ICSID Case No. ARB/21/4 (Order of the Tribunal taking note of the Discontinuance of the Proceeding and Decision on Costs, 12 January 2024).

579 Docket No. 26 SchH 2/20; Docket No I ZB 16/21.

580 BUNDESVERFASSUNGSGERICHT 2 **BvR 557/19**, 23 July 2024; BUNDESVERFASSUNGSGERICHT 2 BvR 141/22, 23 July 2024.

581 In 2020, the Court overturned a EUR 53.3 million arbitral award against Spain in **Novenergia II - Energy & Env't v. Kingdom of Spain, Civil Action No. 18-cv-01148** (TSC) (D.D.C. Jan. 27, 2020); In March 2024, it annulled a final award in Decision of 27 March 2024- T 15200-22, **Triodos v. Kingdom of Spain**; In June 2024, the Court €48 million Energy Charter Treaty award in Decision of 28 June 2024 – T 1626-19, *Foresight Luxembourg Solar 1 S.à.r.l., et al. v Kingdom of Spain*.

GLEISS LUTZ. Eu Withdraws from Energy Charter Treaty and implements ECJ's Komstroy ruling. **Gleiss Lutz**, 2024. <https://www.gleisslutz.com/en/news-events/know-how/eu-withdraws-energy-charter-treaty-and-implements-ecjs-komstroy-ruling>. Accessed 30 January 2025; GALVEZ, JOSEP. Decoding Arbitral Disputes: the benefits of non-EU venues. **Law360**, 2024. <https://www.4-5.co.uk/assets/law360---decoding-arbitral-disputes-the-benefits-of-non-eu-venues.pdf>. Accessed 30 January 2025

ISDS provision in the BIT was incompatible with EU law⁵⁸². To reach its decision, the French Court of Appeal did not only rely on *Achmea* but also on Articles 4 and 7 of the Agreement for the Termination of Bilateral Investment Treaties between Member States of the European Union⁵⁸³. While annulling the arbitral award of around EUR 570.000, the Court of Appeal denied the request for a preliminary ruling⁵⁸⁴. These decisions signal a robust stance against the recognition of such awards. Moreover, the distinction between annulment at the seat and enforcement elsewhere underscores the critical gatekeeping role of national courts in the country where the arbitration was legally based. A successful annulment on intra-EU grounds at the seat effectively renders the award non-existent, profoundly impacting its global enforceability.

National courts are playing their role as the guardians of EU autonomy. When reviewing arbitral awards or arbitration agreements, are not merely applying domestic procedural law but are increasingly acting as direct enforcers of fundamental EU public policy derived from CJEU jurisprudence, such as *Achmea*, *Komstroy*, *Van Gend en Loos*' 'new legal order' principle. The incompatibility of intra-EU ISDS with EU law is not just a technicality; it's a matter of the EU's constitutional identity. Not only are they ensuring the integrity of EU autonomy, the mounting body of jurisprudence from EU national courts also shapes investor strategy. The discontinuance of significant claims, such as those by Uniper and RWE following definitive German court rulings, demonstrates how national judicial clarity can directly deter new intra-EU ISDS proceedings and compel investors to reconsider the viability of existing ones within the EU legal space.

Beyond post-award challenges, EU Member States are also increasingly leveraging national courts for more proactive interventions, such as seeking declarations of inadmissibility of claims or, in certain circumstances, anti-arbitration injunctions to prevent proceedings from even commencing or continuing. The recent May 2025 landmark order of the Amsterdam Court of Appeal, compelling a Dutch investor to withdraw its intra-EU claim against Poland under a terminated BIT, imposing a daily penalty for non-compliance, exemplifies this assertive judicial strategy⁵⁸⁵. Such strategy aims to halt the arbitration at its very root rather than merely contesting an eventual award.

However, there is a lack of consistency in the approach, with some courts giving significant weight to the primacy of EU law, other relying on the *Achmea/ Komstroy* or the Agreement for the Termination of Bilateral Investment Treaties between Member

582 **Poland v Strabag et al, no. RG 20/13085**; Poland v Slot et al, no. RG 20/14581.

583 **Poland v Slot et al, no. RG 20/14581**, para 56.

584 Cour d'Appel de Paris, Pole 5-Chambre 16, Arrêt du 19 Avril 2022, N° RG 20/14581, **République de Pologne c. Société CEC Praha et Société Sot Group**.

585 Poland v LC Corp, ECLI:NL:GHAMS:2025:1065.

States of the European Union. Prior to the German Federal Supreme Court's definitive stance, there were also inconsistent judgments in Germany, with the Higher Regional Court of Berlin's declining in 2022 the request to set the award aside, sending a strong message that 'arbitrations are immune from *Achmea and Komstroy*'.⁵⁸⁶ Similarly, shortly after the *Achmea* decision, the Milan Court of Appeal recognised and enforced an award in favour of two Italian investors against an EU Member State⁵⁸⁷. In 2023, the Amsterdam District Court refused to grant an anti-suit injunction relief to Spain against enforcement proceedings by Dutch investment companies in the US. The Court noted that Spain "wrongly created an additional forum."⁵⁸⁸ In 2024, the Brussels Court of Appeal issued an embargo on Spain. It authorised the seizure of 32 million that Eurocontrol owes or will have to pay to the Kingdom of Spain through its state-owned air traffic company, Enaire, in relation to the claim from Blasket Renewable Investments⁵⁸⁹. These examples demonstrate the potential for inconsistent judgments.

This lack of consistency exacerbates the complexity and uncertainty for Member States. It could also stain relationship with non-EU countries or the arbitration community, which might believe that ISDS should prevail. For instance, the German Federal Court of Justice clarified that the intra-EU ban did not apply to conflicts arising from BITs between EU States and third countries⁵⁹⁰.

Not only are national courts stuck between a rock and a hard place, but by choosing

586 HALONEN, LAURA; EICHHORN, SOPHIE. Berlin Court Finds that ICSID Arbitrations Are Immune from *Achmea and Komstroy* – At Least While They Are Ongoing. **Kluwer Arbitration Blog**, 2022. <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/07/21/berlin-court-finds-that-icsid-arbitrations-are-immune-from-achmea-and-komstroy-at-least-while-they-are-ongoing/>. Accessed 30 January 2025.

587 *Corte d'Appello di Milano (Italy), Gavazzi v. Romania*, Judgment of 21 September 2018; See: SORACE, FRANCESCO. Enforcing an ICSID Award Issued in an Intra-EU Investment Arbitration: An Italian Law Perspective. **The Italian Review of International and Comparative Law**, vol. 3, p.87-114, 2023.

588 *Kingdom of Spain v Blasket Renewable Investments LLC (AES Solar Energy Coöperatief U.A. and Ampere Equity Fund BV) C/13/730214/KG ZA 23-147 HH/MV*. For more information see: GALVEZ, JOSEP. Et tu, Brute? Amsterdam District Court declines to hear the anti-suit injunction petition by Spain to prevent renewable investors from enforcing arbitral awards in the US. A stab in the back from another fellow EU jurisdiction (*Kingdom of Spain v Blasket Renewable Investments LLC*). **Lexis**, 2023. https://plus.lexis.com/uk/document/?pdmfid=1001073&crd=3f29e837-8398-480b-a84d-735b9a12e9c1&pddocfullpath=%2Fshared%2Fdocument%2Fnews-uk%2Furn:contentItem:67XN-2KJ3-SC47-70G7-00000-00&pdcontentcomponentid=184200&pdteaserkey=&pdislpamode=false&pddocumentnumber=1&pdworkfilderlocatorid=NOT_SAVED_IN_WORKFOLDER&ecomp=_t5k&earg=sr0&prid=7e958238-1c2a-440a-a360-ed245f96040b. Accessed 30 January 2025.

589 Brussels Court of Appeal, Judgment of the 17th Chamber, **Civil matters- 2024/4621 of 18th June 2024**. For translation see <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw181954.pdf>. See: AYLLON, LUIS. **Belgian Justice raises embargo on Spain to 80 million for non-payments of renewable energy**. *The Diplomat*, 2024. <https://thediplotainSpain.com/en/2024/07/26/the-belgian-justice-raises-the-embargo-on-spain-to-80-million-for-non-payments-of-renewable-energy/90312/#:~:text=The%20Belgian%20Justice%20has%20raised,Investments%20to%2080%20million%20euros>. Accessed 30 January 2025.

590 Bundesgerichtshof, BGH decision, *Deutsche Telekom v India* (2024) I ZB 12/23.

to give prevalence to EU law and the CJEU judgments, they are also disregarding traditional international law. Their decisions, however, do not inherently stop ICSID proceedings themselves, nor are they likely to significantly influence arbitral tribunals' decisions on jurisdiction or merits.

Interestingly, AG Wathelet, in his opinion in *Achmea*, identified two groups of Member States: those that never or rarely are “respondents in arbitral proceedings launched by investors” as they are the countries of origin of investors⁵⁹¹ and those that regularly appear as respondent States in intra-EU arbitrations and were in favour of the incompatibility argument⁵⁹². Paradoxically, courts in the former group, investor-originating state, are often reluctant to recognize and enforce awards against respondent states.

The difficult position of national courts, and their increasingly pivotal role, became even more apparent following the CJEU judgment in March 2024, which held that the English Supreme Court violated EU law by enforcing a \$356 million arbitral award in favour of Swedish investors against Romania⁵⁹³. The possibility of facing an infringement procedure is a critical incentive for national courts across Europe to abide by the rule. It sends a clear message that no national court, not even a supreme court, is immune from the EU's legal oversight if its decisions seriously compromise the autonomy and integrity of the EU legal order⁵⁹⁴. By launching an infringement procedure, the Commission and the CJEU demonstrate their commitment to upholding the primacy of EU law and ensuring that all EU-related matters are ultimately subject to the jurisdiction of the CJEU. This action reinforces the crucial role of national courts as guardians of EU law within their own legal systems. It provides a powerful legal and political incentive for them to align with the *Achmea and Komstroy* line of case law, thereby ensuring a consistent and unified application of EU law and defending Member States against intra-EU awards.

Beyond direct judicial actions, the European Commission has further tightened the noose on intra-EU enforcement. In a landmark decision in March 2025 concerning *Antin Infrastructure Services v. Spain*, the Commission concluded that the payment of an ICSID arbitration award against Spain would constitute illegal State aid under EU law. This powerful executive order reinforces the obligation for EU Member States and

591 Federal Republic of Germany, the French Republic, the Kingdom of the Netherlands, the Republic of Austria and the Republic of Finland, Opinion of AG Wathelet delivered on 19 September 2017, case C-284/16, *Achmea* para 34.

592 Czech Republic, the Republic of Estonia, the Hellenic Republic, the Kingdom of Spain, the Italian Republic, the Republic of Cyprus, the Republic of Latvia, Hungary, the Republic of Poland, Romania and the Slovak Republic- Opinion of AG Wathelet delivered on 19 September 2017, case C-284/16, *Achmea* paras 35-38.

593 See section 7b) for the discussion. Case C-516/22, **European Commission v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland**, ECLI:EU:C:2024:231.

594 *Ibid*, para 87.

their national courts to resist enforcement, and it seeks to extend the reach of EU law even to enforcement attempts in third countries, creating significant tension with those jurisdictions that uphold such awards. It also reinforces the complex situation in which Member States and their courts are in.

In a sense, national courts, by safeguarding the principles of EU law and the state's ability to legislate, are beginning to reverse the regulatory chill effect of ISDS. However, this reversal is inherently limited by the potential for inconsistent judgments. National courts could change their position and, unless the doctrine of precedent applies, would be able to do so easily. Such uncertainties undermine any definitive reversal of the regulatory chill, as states cannot confidently amend their laws based solely on the potential that an award might not be enforced, especially when investors retain avenues to enforce awards outside the Union.

6. THE FOREIGN COURTS GETAWAY

While European national courts' position seems to show an inclination towards non-enforcement, investors are strategically pursuing enforcement of their awards in non-EU jurisdictions, particularly the United States and the United Kingdom courts⁵⁹⁵. These courts have largely prioritized international treaty obligations over EU law, creating a critical vulnerability for EU Member States. Spain, for instance, has been a significant target, with many major awards being pursued for enforcement in US courts.

a. The United States: A Prominent and Complex Venue

The United States has emerged as a primary forum for investors seeking to enforce intra-EU awards. While initial District Court judgments showed some inconsistency -with

595 DEFOSSEZ, DELPHINE, US and English Courts as the New Way to Circumvent the ban on intra-EU Arbitration. **TDM**, vol. 21. 2024; GALLORINI, CRISTIAN. The Termination of Intra-EU Investor-State Arbitration and the Enforceability of Intra-EU Awards in the United States District Courts. **ELTE Law Journal**, vol 1, N°1. p.25-47, 2022.

Some examples of cases in the US include: 9REN Holding **S.A.R.L. v. Kingdom of Spain, Civil Action 19-cv-01871 (TSC) [D.D.C. Feb. 15, 2023]**; *NextEra Energy Global Holdings B.V. v. Kingdom of Spain*, 656 F. Supp. 3d 201 [D.D.C. 2023].

Some examples of cases in the UK include: *Micula and Others v. Romania [2020]* UKSC 5 where the UK Supreme Court lifted a stay of enforcement of a ICSID arbitral award against Romania stemming from a breach of the Sweden-Romania BIT.

one judge rejecting Spain's EU law defence as a non-jurisdictional issue, and another upholding it as a matter of impaired legal capacity- this divergence was definitively resolved by the U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit in August 2024. The primary reason of the inconsistencies and the rejection of Spain's "backdoor" European law defences was that the judge viewed the intra-EU objection as a challenge to the arbitrability of the dispute rather than a jurisdictional one⁵⁹⁶. This initial decision seemed to clear a path for many more substantial awards against European states, leaving them with limited defence as the D.C. judge rejected both Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA) jurisdictional objections and the EU defence⁵⁹⁷. Yet, in a later case, a different D.C. Judge refused enforcement of an intra-EU ICSID award, holding that the award was contrary to EU law and therefore US courts lacked jurisdiction under the FSIA⁵⁹⁸. In that specific instance, Judge Richard Leon ruled that the intra-EU ban impaired Spain's legal capacity to form an agreement to arbitrate⁵⁹⁹.

In a landmark ruling, the Court of Appeals affirmed that U.S. District Courts have jurisdiction to hear applications to enforce intra-EU awards under the ECT⁶⁰⁰. It clarified that Spain's *Achmea-based* arguments were not jurisdictional defences under the Foreign Sovereign Immunities Act but rather pertained to the merits of the dispute. This key distinction paved the way for the enforcement of numerous high-value awards.

However, the Court of Appeals also tempered the power of lower courts, ruling that they had abused their discretion by issuing anti-suit injunctions against a foreign sovereign like Spain. While U.S. courts remain a formidable pro-enforcement venue for investors, this ruling restricts their ability to prevent a state from challenging enforcement in other jurisdictions. Prior to this Court of Appeal decision, the legal battle in U.S. courts has also extended to a direct conflict over injunctions. In cases like *AES Solar*⁶⁰¹

596 **NextEra Energy Global Holdings BV et al. v. Kingdom of Spain**, case number 1:2019-cv-01618, in the U.S. District Court for the District of Columbia, p.14.

This judge even granted NextEra an injunction preventing Spain from pursuing related litigation in the Netherlands, hindering Spain's efforts to resist the arbitral award's enforcement.

597 **RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v Kingdom of Spain** - United States District Court for the District of Columbia Civil Action No 2019-3783; **Infrared Environmental Infrastructure GP Limited et al v Kingdom of Spain** - United States District Court for the District of Columbia Civil Action No 2020-0817.

598 **Blasket Renewable Invs. LLC v. Spain**, CIVIL 21-3249 (RJL), 29 March 2023.

599 *Blasket Renewable Invs. LLC v. Spain*, CIVIL 21-3249 (RJL), 29 March 2023, p.9; HINDELANG, STEFFEN; NASSL, JULIA; KUMAR JENA, ARGHA. *Achmea Goes to Washington: how a US District Court Enforces EU Law*. **Verfassungsblog**, 2023. <https://verfassungsblog.de/achmea-goes-to-washington/>. Accessed 30 January 2025.

600 MORRIS, DANIELLE; YOUNG, ALEX L. D.C. Circuit Resolves District Court Split on the Enforcement of Intra-EU Investment-Treaty Awards in the United States. **WilmerHale**, 2024. <https://www.wilmerhale.com/en/insights/client-alerts/20240911-dc-circuit-resolves-district-court-split-on-the-enforcement-of-intra-eu-investment-treaty-awards-in-the-united-states>. Accessed 30 January 2025.

601 a D.C. Judge granted an order against a Dutch decision which had required the investors to cease

and *9REN*⁶⁰², district courts granted “anti-anti-suit” injunctions, proactively ordering Spain to cease its efforts to block enforcement in foreign courts in the Netherlands and Luxembourg. Interestingly, an injunction was issued in favor of Spain, prohibiting German investors from pursuing court proceedings outside the EU, while parallel proceedings in a German court were not challenged in the US⁶⁰³. The purpose of these orders was to protect the U.S. courts’ jurisdiction and the integrity of the enforcement process. The US Government itself has expressed criticism of these judgments, fearing that they could sour international relations with the EU bloc⁶⁰⁴. The Court of Appeal agreed when it noted that the District court has abused “its discretion in issuing the anti-anti-suit injunctions in *NextEra* and *9REN*.”⁶⁰⁵

b. The United States: A Prominent and Complex Venue

English courts have consistently rejected the intra-EU objection, positioning the UK as an undeniably investor-friendly jurisdiction⁶⁰⁶. The UK Supreme Court’s 2020 ruling in *Micula v Romania* set a powerful precedent, holding that the UK was bound by its pre-existing international obligations under the ICSID Convention, in particular Article 54. The Court asserted that allowing an EU law conflict to serve as a defence would contravene the “self-contained” nature of the ICSID Convention and the UK’s treaty obligations⁶⁰⁷.

their attempts to enforce a €26.5 million award against Spain or face a fine of at least €2 million: **AES Solar Energy Cooperatief UA et al v. Kingdom of Spain**- United States District Court for the District of Columbia Civil Action 1:21-cv-03249-RJL.

602 The judge enjoined Spain from attempting to stop the company from enforcing a €41.8 million award through proceedings in Luxembourg. **9REN Holdings SARL v Kingdom of Spain**, Civil Action N° 19-cv-01871, 15 February 2023.

603 **Kingdom of Spain (Ministry for Ecological Change and Demographic Challenges) v. RWE Innogy GmbH and RWE Innogy Aersa SAU** (Temporary Order from the Higher Regional Court Hamm Restricting Proceedings, I-9 W 15/23 2 O 97/23, 4 April 2023).

604 SIMSON, CAROLINE. US Backs Spain In \$386M Solar Award Cases. **LAW360**, 2024. https://www.law360.com/internationalarbitration/articles/1793648?nl_pk=8e18f9b2-c60d-4d4f-91bc-186a9ba22010&utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=internationalarbitration&utm_content=2024-02-06&read_main=1&nlsidx=0&nlaidx=0. Accessed 30 January 2025.

605 MORRIS, DANIELLE; YOUNG, ALEX L. D.C. Circuit Resolves District Court Split on the Enforcement of Intra-EU Investment-Treaty Awards in the United States. **WilmerHale**, 2024. <https://www.wilmerhale.com/en/insights/client-alerts/20240911-dc-circuit-resolves-district-court-split-on-the-enforcement-of-intra-eu-investment-treaty-awards-in-the-united-states>. Accessed 30 January 2025.

606 DYKE, JOSEPH, Spain Fails to Set Aside Registration of intra-EU ECT ICSID Award in the English Commercial Court. **European Investment Law and Arbitration Review**, vol. 9, issue 1, p.141-150, 2024; DYKE, JOSEPH. Infrastructure Services Luxembourg Sàrl and Energia Termosolar BV v Kingdom of Spain: Spain Fails to Secure Set Aside of Registration of Intra-EU ICSID Award in the English Commercial Court. **ICSID Review**, Volume 39, Issue 2, p.313–319, 2024.

607 *Micula et al. v. Romania* [2020] UKSC 5, para 86.

The Supreme Court explicitly rejected the idea that a conflict with EU law could constitute an ‘exceptional possible types of defence to enforcement.’⁶⁰⁸ Furthermore, it noted that EU law would not have prevailed even with a less strict interpretation, citing Article 351 TFEU, which stipulates that Member States’ obligations are not ‘affected by the provisions of the Treaties.’⁶⁰⁹ This judgment was viewed as a glimmer of hope for award-holders⁶¹⁰.

This pro-enforcement stance was reaffirmed by the High Court in July 2023, citing the Australian High Court decision as “persuasive” and providing “separate free-standing support”⁶¹¹. Lord Justice Fraser concluded that Spain’s entry into the ICSID Convention amounted to a waiver of sovereign immunity regarding enforcement⁶¹². Fraser J also noted that the CJEU’s decision does not override the UK’s pre-existing treaty obligations or relevant domestic law mechanism in the UK⁶¹³. He also stated that with regard to the *Achmea and Komstroy* judgments, “there is no justification for interpreting their effect as, in some way, creating within the ECT itself, only a partial offer of arbitration to some investors, but not others, depending upon whether those investors were resident within Member States or elsewhere.”⁶¹⁴ The Court also cite the UK’s pre-Brexit treaty obligations and the fact that a “disconnection clause” was never agreed upon in the ECT to reject the claim. This represents a clear rejection of the intra-EU objection as a basis for the non-enforcement of arbitration awards in investor-state disputes. Interestingly, the declaration signed by the UK in 2019 confirming the incompatibility of investor-state arbitration clauses in intra-EU disputes was notably not mentioned by the courts. Instead, the High Court reaffirmed the primacy of international law, positioning the UK as undeniably investor-friendly.

In October 2024, the Court of Appeal unanimously dismissed the appeals by both the Kingdom of Spain and the Republic of Zimbabwe⁶¹⁵. The Court upheld the lower court decisions, including Lord Justice Fraser’s judgment, confirming that both states were not entitled to sovereign immunity from the enforcement of ICSID awards in the UK.

Furthermore, English courts have been willing to grant robust enforcement

608 Para 86.

609 Para 85.

610 Laura Rees-Evans, ‘**English High Court Takes Pro-enforcement Stance in Intra-EU ECT Award Against Spain**’ (Kluwer Arbitration Blog, 12 August 2023) <<https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2023/08/12/english-high-court-takes-pro-enforcement-stance-in-intra-eu-ect-award-against-spain/>> accessed 23 September 2024.

611 *Infrastructure Services Luxembourg and another v. Kingdom of Spain* [2023] EWHC 1226 (Comm), para 116.

612 Para 91-103.

613 Para 125.

614 Para 101.

615 *Infrastructure Services Luxembourg and another v. Kingdom of Spain* [2024] EWCA Civ 1257.

measures. They have issued freezing and seizure orders in favor of investors, directly targeting state assets to compel payment. For instance, in 2023, the High Court froze bank accounts tied to Spain's Instituto Cervantes, and a similar order was issued against assets related to London Luton Airport Holdings⁶¹⁶. These proactive measures highlight English courts' readiness to not only recognise awards but to actively assist investors in their collection, signalling that the UK will not hesitate to take direct action against the commercial assets of sovereign states.

This position remains a critical point of tension, particularly after the CJEU's March 2024 judgment found the UK to be in violation of EU law for enforcing the *Micula* award. In 2020, the UK Supreme Court unanimously ruled that the arbitral awards were enforceable in the UK despite recognising that such enforcement would be contrary to Union law⁶¹⁷. This successful infringement procedure demonstrates that the UK can still be held legally accountable for decisions made by its national courts during its EU membership. While the UK's courts are now outside the direct authority of the CJEU, this ruling serves as a historical check on the limits of its legal position and underscores the ongoing legal challenges and political tensions its stance on these awards continues to generate with its largest trading partner. The UK could be the "Achilles' heel" of the EU, encouraging investors to enforce awards there, despite the EU's legal position⁶¹⁸.

c. The unexpected treats: Switzerland and Australia

While the US is the most prominent actor in enforcing intra-EU ISDS outside the EU, and the UK was seen as a potential threat, other countries such as Australia and Switzerland have also taken strong stances. In 2023, the High Court of Australia lived up to its enforcement-friendly and pro-arbitration reputation by confirming that sovereign immunity pleas are not a valid defence against the recognition and enforcement of an

616 **Blasket Renewable Invs. LLC v. Spain**, CIVIL 21-3249 (RJL), 29 March 2023; THE CORNER. UK court embargoes Aena's Luton shares over Spanish government cuts to renewables. The Corner, 2024. <https://thecorner.eu/companies/uk-court-embargoes-aenas-luton-shares-over-spanish-government-cuts-to-renewables/115979/>. Accessed 30 January 2025; AENA, Notice, 2024. <https://www.cnmv.es/web/services/verdocumento/ver?t=%7Bb99b459f-8e46-4a5e-8484-0137c2093d47%7D>. Accessed 24 January 2025.

617 *Micula and others v Romania* [2020] UKSC 5.

618 CROISANT, GUILLAUME. *Micula Case: The UK Supreme Court Rules That The EU Duty Of Sincere Co-operation Does Not Affect The UK's International Obligations Under The ICSID Convention*. **Kluwer Arbitration Blog**, 2020). <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/02/20/micula-case-the-uk-supreme-court-rules-that-the-eu-duty-of-sincere-co-operation-does-not-affect-the-uks-international-obligations-under-the-icsid-convention/>. Accessed 30 January 2025.

ICSID award- similar to the UK High Court decision⁶¹⁹. The Australian court established that by ratifying the ICSID Convention, states waive their immunity against recognition and enforcement of ICSID awards⁶²⁰. Articles 53 to 55 of the ICSID Convention “constituted a relinquishment of sovereign immunity.”⁶²¹ The Judges analysed the apparent inconsistencies between the English, French and Spanish texts of the ICSID Convention, in particular, the fact that while the English text refers to recognition, enforcement and execution separately, the French and Spanish text both refer to enforcement and execution as “execution” and “ejecución” respectively. However, in their opinion, there was no material difference between the texts referring to recognition and enforcement on the one hand and execution on the other⁶²². Reliance on *Komstroy* to support the intra-EU objection was rejected as irrelevant, given that the dispute was based on the ICSID Convention and not the ECT directly⁶²³. This decision follows earlier decisions of the Federal Court of Australia⁶²⁴.

Following this High Court ruling, several other enforcement proceedings against Spain that had been on hold are now moving forward. In August 2024, for example, the Federal Court of Australia dismissed a procedural manoeuvre by Spain in a separate case, reaffirming that its sovereign status would not shield it from enforcement actions⁶²⁵. The court issued orders for Spanish consular officials in Australia to provide information about Spain’s assets, demonstrating a willingness to take decisive steps to assist in the enforcement process.

In a decisive April 2024 judgment, the Swiss Supreme Court rejected Spain’s intra-EU defence⁶²⁶. The Court declared it was not bound by CJEU rulings, which it noted were the result of a “crusade” against intra-EU arbitration⁶²⁷. Critically, the Court characterised

619 WATSON, DOUG; PLUMPTRE, PIERS; TYRRELL, THEO. UK and Australian courts confirm no sovereign immunity from recognition of ICSID arbitral awards against sovereign states. **Gibson Dunn**, 2023. <https://www.gibsondunn.com/wp-content/uploads/2023/05/uk-and-australian-courts-confirm-no-sovereign-immunity-from-recognition-of-icsid-arbitral-awards-against-sovereign-states.pdf>. Accessed 30 January 2025.

620 **Kingdom of Spain v Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. & Anor** [2023] HCA 11.

621 BAJAJ, GITANJALI; CAMPBELL, AUSTYN. **High Court of Australia rejects Spain’s sovereign immunity claim and clarifies two-step process for arbitral awards under the ICSID Convention**. DLA Piper, 2023. <https://www.dlapiper.com/es-pr/insights/publications/2023/04/high-court-of-australia-rejects-spains-sovereign-immunity-claim> . Accessed 30 January 2025.

622 [2023] HCA 11, paras 59-62.

623 [2023] HCA 11, paras 78-79.

624 *Eiser Infrastructure Ltd v Kingdom of Spain* [2020] FCA 157; *Kingdom of Spain v Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l.* [2021] FCAFC 3; *Kingdom of Spain v Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. (No 3)* [2021] FCAFC 112.

625 *Infrastructure Services (Antin) v. Spain* [2024] FCAFC 113.

626 Arrêt du 3 avril 2024, Royaume d’Espagne contre A, 4A_244/2023.

627 Point 7.6.5. See: RAY, ALEC. The Swiss Supreme Court Upholds an Intra-EU Award Under the ECT. **Kluwer Arbitration Blog**. 2024. <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2024/05/23/the-swiss->

the *Komstroy* decision as a “pro domo pleading” aimed at affirming the CJEU’s primacy over the ECT, dismissing its reasoning as having no basis in international law⁶²⁸. The Court was also not convinced by the argument that articles 1(3) and (10) and 25 ECT excluded from the ECT’s scope matters over which EU Member States had transferred their competencies⁶²⁹. The Supreme Court further noted that preventing EU investors from resorting to arbitration in an intra-EU context would be incompatible with the aim of the Energy Charter Treaty⁶³⁰. Moreover, even if Article 26 were found incompatible with EU law, according to the Swiss court, could not prevail over the ECT based on international law principles⁶³¹. Interestingly enough, the Supreme Court pointed out that during the *travaux préparatoire* of the ECT, the European Union advocated for including a “disconnection clause”- which would have effectively excluded the ECT provisions in intra-EU disputes. However, such a clause never materialised, and the ECT does not contain any “carve-outs of intra-EU disputes.”⁶³² This case and its reasoning strongly echo the UK High Court judgment.

Caution must be exercised, as the Swiss Supreme Court- rejected an appeal in March 2023 due to the lack of “sufficient domestic connection to Switzerland.”⁶³³ Switzerland might be an option only if there is a sufficient connection, making it an attractive forum only in certain circumstances.

While European national courts are increasingly solidifying their stance against intra-EU awards, non-European courts offer a starkly different, and increasingly reliable, avenue for investors. This creates a clear dichotomy: a domestic bulwark for Member States within the EU is being met with a global floodgate for enforcement outside of it.

7. INTER-SE AGREEMENT A VIABLE SOLUTION

Following the mass withdrawal of key EU Member States from the ECT, the EU and its Member States moved forward with a different strategy. The most pressing legal

[supreme-court-upholds-an-intra-eu-award-under-the-ect/](#). Accessed 30 January 2025.

628 Point 7.6.5.

629 Point 7.7.2.

630 Point 7.8.2.

631 Point 7.8.3. see: DEVEREUX, STEVEN. EU attacks on investors rights. **J. World Energy Law Bus** Volume 17, Issue 5, p. 322–334, 2024.

632 Point 7.3; RAY, ALEC. The Swiss Supreme Court Upholds an Intra-EU Award Under the ECT. **Kluwer Arbitration Blog**. 2024 <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2024/05/23/the-swiss-supreme-court-upholds-an-intra-eu-award-under-the-ect/>. Accessed 30 January 2025.

633 **OperaFund v Kingdom of Spain**, Decision 5A_406/2022 of 17 March 2023.

challenge remains the ECT's sunset clause. To address this, the EU and its Member States have transitioned their discussions around an *inter-se* agreement from a theoretical possibility to a concrete legal action. Such an agreement is seen as the final mechanism to neutralize the ECT's sunset clause and mitigate 'legacy ISDS risks, particularly from fossil fuel investors affected by energy transition policies.'⁶³⁴

In June 2024, 26 EU Member States and the EU itself signed a declaration and a related agreement affirming their common understanding that the ECT's investor-state arbitration provision 'cannot and never could serve as a legal basis for intra-EU arbitration proceedings.' This approach is intended to provide legal certainty for withdrawing states, allowing them to pursue new climate measures aligned with Paris Agreement objectives while preserving investors' rights towards non-EU member states.

However, despite this political action, the legal enforceability of such an agreement and its acceptance as binding by arbitral tribunals remain highly uncertain. While *inter se* agreements seem a good solution in theory, it is uncertain whether any *inter se* agreement will be compatible with the ECT. Schaugg and Nikièma argue that such an agreement would be regarded as a modification of the ECT⁶³⁵. Their reasoning is that since the ECT does not include any provisions for modification, any changes would be governed by Article 41(1)(b) VCLT⁶³⁶. It is true that the first condition for a valid *inter se* agreement- namely that the modification it implements "does not affect the enjoyment by the other parties of their rights under the treaty or the performance of their obligations"- will easily be met as the agreement will only operate amongst signatories⁶³⁷. However, an *inter se* modification might be incompatible with the 'effective execution of the object and purpose of the treaty as a whole' as safeguarded by Article 41(b)(ii) VCLT. While the agreement would not directly affect states not party to it, limiting dispute settlement to domestic courts could fundamentally counter the ECT's purpose of providing an international mechanism for dispute resolution⁶³⁸. Non-parties to the *inter se* agreement could claim that such agreement deprives their investors of ECT benefits and challenge

634 IISD. IISD developed a model *inter se* agreement to neutralize the ECT sunset clause. IISD, 2024. <https://www.iisd.org/itn/en/2024/10/09/iisd-developed-a-model-inter-se-agreement-to-neutralize-the-ect-sunset-clause/>. Accessed 30 January 2025.

635 SCHAUGG, LUKAS; NIKIEMA, SUZY H. Model *Inter Se* Agreement to Neutralize the Survival Clause of the Energy Charter Treaty Between the EU and Other non-EU Contracting Parties. IISD, 2024. <https://www.iisd.org/system/files/2024-07/energy-charter-treaty-survival-clause.pdf>. Accessed 30 January 2025, p.2.

636 Ibid, p.2-3.

637 Article 41(1)(b)(i) VCLT.

638 HUREMANGIC, HARIS; TROPPER, JOHANNES. Mission impossible? Implementing Komstroy and modifying the Energy Charter Treaty' **Völkerrechtsblog**, 2021. <https://voelkerrechtsblog.org/mission-impossible/>. Accessed 30 January 2025.

it⁶³⁹. Moreover, companies could still counter it by incorporating in a non-EU State, such as Switzerland, which has not signed the withdrawal. By doing so, those companies will ensure any withdrawal will have no bearing on the protection they are afforded under the ECT.

A central conflict remains about the agreement's compatibility with the ECT's safety net provision in Article 16, which preserves the highest level of protection for investors. As tribunals have consistently held in the past, the ECT regime prevails over other treaty obligations if it is more favorable to the investor⁶⁴⁰. Consequently, the chance of any such inter-se modification being accepted by arbitral tribunals appears very unlikely and Article 16 ECT might be the major roadblock to implementing *inter se* agreements.

Although states have previously managed to neutralize survival clauses in bilateral investment treaties (IIAs), there is no established precedent in the context of a multilateral treaty like the ECT. To date, no arbitral tribunal has been confronted with a claim based on a neutralized survival clause⁶⁴¹. Any inter se agreement removing the sunset clause might not conflict with the ECT as the sunset clause does not directly fall under Article 16 ECT. However, it will depend on the view of the tribunals; The effectiveness of the EU's inter-se agreement will ultimately depend on whether a future tribunal considers the lack of access to arbitration to be a fundamental contravention of the ECT's object and purpose.

8. CONCLUSION

The myth that bilateral agreements and the Energy Charter Treaty would reliably increase foreign investment is not only falling apart but is actively being rejected by countries that recognize their negative influence on regulatory sovereignty and the potential harm they pose to environmental goals. The ISDS mechanism has become a primary source of this systemic pressure, granting investors imbalanced privileges while imposing no responsibilities on their activities. On top of being undemocratic, the system has demonstrably shaped governmental actions in mitigating climate change, placing

639 BASEDOW, J. ROBERT. The Achmea Judgment and the Applicability of the Energy Charter Treaty in Intra-EU Investment Arbitration. **Journal of International Economic Law**, vol 23, issue 1, p.271-292, 2020.

640 *Vatenfall v. Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12, paras. 195-196, 221; *Landesbank v. Spain*, ICSID Case No. ARB/15/45, para. 170-172; *Eskosol v. Italy*, ICSID Case No. ARB/15/50, para. 99-100; *BayWa v. Spain*, ICSID Case No. ARB/15/16, para. 271; *Silver Ridge v. Italy*, ICSID Case No. ARB/15/37, paras. 210; *Sevilla Beheer v. Spain*, ICSID Case No. ARB/16/27, para. 646-647; RREEF infrastructure v Kingdom of Spain, para 75.

641 BERNASCONI-OSTERWARLDER, NATHALIE. Energy Charter Treaty Reform: Why withdrawal is an option. **IISD**, 2021. <https://www.iisd.org/itn/en/2021/06/24/energy-charter-treaty-reform-why-withdrawal-is-an-option/>. Accessed 30 January 2025.

states in the difficult dilemma of either paying investors substantial damages or taking urgent climate action. Indeed, the threat of costly and unpredictable ISDS claims has demonstrably restrained states from enacting crucial public interest legislation. This chilling effect finds its most prominent manifestation in the Energy Charter Treaty (ECT), which has become the most litigated investment treaty and a flashpoint for disputes challenging climate action. The EU's mass withdrawal from the ECT was a direct response to this problem, but left Member States vulnerable to claims due to the 20-year sunset clause.

The conflict between intra-EU investment arbitration and the EU legal order has reached a critical juncture, defined by a growing and unresolvable dichotomy. On one side, the European legal system, anchored by the CJEU's definitive rulings in *Achmea* and *Komstroy*, has established a clear and uncompromising position: intra-EU investor-state dispute settlement is fundamentally incompatible with the principles of EU law. This stance is being solidified by the alignment of national courts, acting as crucial domestic gatekeepers, bolstered by the EU's willingness to use infringement procedures to enforce its legal supremacy. On the other side, this unified stance by EU institutions, however, is met with an equally resolute counter-narrative from arbitral tribunals themselves. They consistently assert that their authority is derived from international law, not from a regional legal system like the EU. From their perspective, they are not bound by the judgments of the CJEU, and their mandate is to uphold the object and purpose of the investment treaty. They have consistently rejected arguments of incompatibility by pointing to the absence of a "disconnection clause" in the original ECT and by relying on its "safety net" provision (Article 16) to protect investor rights, regardless of a state's other treaty obligations. Despite Member States' concerted efforts to raise the incompatibility of intra-EU arbitration with EU law through various legal arguments, arbitral tribunals remain largely unyielding, continuing to claim jurisdiction.

The core of the dispute is a clash between two distinct legal systems: public international law and the EU's unique legal order. Arbitral tribunals, in their own legal vision, see themselves as creatures of international law, bound by treaties and principles such as the Vienna Convention on the Law of Treaties. They argue that a state's obligations under an international treaty cannot be unilaterally altered or nullified by a subsequent regional legal development, such as EU law. Conversely, the EU asserts the primacy of its own legal order within its borders, arguing that Member States cannot consent to an arbitration system that undermines the principles of EU law. This "war" of legal principles is at the heart of the jurisdictional battles that define the current landscape.

This leaves Member States caught in a "rock and a hard place," having to pay and participate in arbitrations they consider invalid. Their last hope appears to come from their national courts, which have increasingly demonstrated a willingness to deny

recognition and enforcement of intra-EU arbitral awards. They are acting as crucial domestic gatekeepers that increasingly align with the CJEU to resist awards, annul arbitration clauses, and provide a bulwark against the enforcement of intra-EU awards. Even if investors secure an arbitral award, they may be unable to get it recognized and enforced by EU national courts. National courts are demonstrating a growing willingness to deny recognition and enforcement of intra-EU arbitral awards, effectively becoming the EU's "secret weapon" and signaling the eventual end of intra-EU ISDS within the Union's borders. This solution, however, is not without its limitations, leaving room for conflicting judgments at the national level, as exemplified by the Higher Regional Court of Berlin's inconsistent ruling in 2022⁶⁴² and potential departure of this position in the future. While this is good news for Member States, national court refusals do not stop ISDS to begin with. This means that Member States will still have to pay and participate in the arbitration with the hope that their national courts or a national court in another Member State will set the award aside. The Spanish ordeal in US courts demonstrates how ineffective relying on other States' courts to set aside a judgment is⁶⁴³.

In parallel, a counter-narrative has emerged from beyond the EU's borders with a growing number of non-EU jurisdictions- led by courts in the United States and the United Kingdom -have emerged as powerful havens for enforcement. These courts have consistently prioritised international treaty obligations, such as those under the ICSID Convention, over the principles of EU law. Their pro-enforcement stance, underscored by the issuance of asset-freezing orders and the dismissal of sovereign immunity claims, create an external path for investors to enforce awards that would be denied within the EU. This has created a new challenge where investors can strategically choose arbitration seats outside the EU, potentially turning jurisdictions like the UK into the EU's "Achilles' heel" for enforcement, as it is still a party to several BITs with EU countries and remains a key global legal hub. This dichotomy between the EU's internal legal order and the external pro-enforcement jurisdictions creates a complex, multi-jurisdictional conflict that leaves the ultimate fate of these awards in a state of ongoing legal battle.

The EU's coordinated withdrawal from the ECT and its pursuit of an *inter-se* agreement are a testament to its determination to regain legal control. However, these actions highlight the fragmentation of the global investment regime. The effectiveness of the EU's strategies ultimately rests on the uncertain future decisions of arbitral tribunals

642 HALONEN, LAURA; EICHHORN, SOPHIE. Berlin Court Finds that ICSID Arbitrations Are Immune from Achmea and Komstroy – At Least While They Are Ongoing. **Kluwer Arbitration Blog**, 2022. <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/07/21/berlin-court-finds-that-icsid-arbitrations-are-immune-from-achmea-and-komstroy-at-least-while-they-are-ongoing/>. Accessed 30 January 2025.

643 ICSID Case No. ARB/14/11; DEFOSSEZ, DELPHINE, **US and English Courts as the New Way to Circumvent the ban on intra-EU Arbitration**. TDM, vol. 21. 2024 .

Artigo | Article | Artículo | Article

and the continued divergence in how domestic courts worldwide interpret conflicting legal obligations. This leaves the door open to ongoing legal battles, turning what was once a unified legal framework into a complex, multi-jurisdictional conflict that will define the future of international investment law.

Ultimately, the future of the EU's climate policy and its sovereign right to regulate hang in the balance. The internal victory of its legal system is now met with an external war fought in foreign courts and a protracted battle against the very treaties it sought to escape. The outcome of this unprecedented conflict will not only be a defining moment for international law but will determine whether the urgent imperatives of climate action can finally prevail over the enduring legacy of outdated investor protections. The EU may have won the battle for legal supremacy within its own borders, but the war against ISDS is far from over. This unprecedented conflict will determine whether the principles of EU law can truly dismantle a legal system designed to exist outside of it, or if the enduring legacy of ISDS will simply find a new home in a fragmented world through foreign gateways. One thing is certain; the final chapter of the intra-EU ISDS saga will not be decided by the CJEU alone but will require arbitral tribunals or foreign courts to come on board. In the meanwhile, investors and states will still fight for control of the legal battlefield.

BIBLIOGRAPHY

9REN Holdings SARL v Kingdom of Spain, Civil Action N° 19-cv-01871, 15 February 2023.

AENA, **Notice**, 2024 <https://www.cnmv.es/webservices/verdocumento/ver?t=%7Bb99b459f-8e46-4a5e-8484-0137c2093d47%7D>. Accessed 24 January 2025.

AES Solar Energy Cooperatief UA et al v. Kingdom of Spain- United States District Court for the District of Columbia Civil Action 1:21-cv-03249-RJL.

AISBETT, EMMA, Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment: Correlation versus Causation. Dep't of Agric. & Res. Econ., U.C. Berkeley, Working Paper No. 1032, 2007.

Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à. r.l. and Antin Energia Termosolar B.V. v. Kingdom of Spain, ICSID, Case no. ARB/13/31, 2018, para. 224.

Arrêt du 3 avril 2024, Royaume d'Espagne contre A, 4A_244/2023.

AYLLON, LUIS. **Belgian Justice raises embargo on Spain to 80 million for non-**

payments of renewable energy. The Diplomat, 2024. <https://thediplomatinspain.com/en/2024/07/26/the-belgian-justice-raises-the-embargo-on-spain-to-80-million-for-non-payments-of-renewable-energy/90312/#:~:text=The%20Belgian%20Justice%20has%20raised,Investments%20to%2080%20million%20euros>. Accessed 30 January 2025

BAJAJ, GITANJALI; CAMPBELL, AUSTYN. High Court of Australia rejects Spain's sovereign immunity claim and clarifies two-step process for arbitral awards under the ICSID Convention. **DLA Piper**, 2023. <https://www.dlapiper.com/es-pr/insights/publications/2023/04/high-court-of-australia-rejects-spains-sovereign-immunity-claim> Accessed 30 January 2025.

BARBOU DES PLACES, SEGOLÈNE; CIMIOTTA, EMANUELE; SANTOS VARA, JUAN. Achmea Between the Orthodoxy of the Court of Justice and Its Multi-faceted Implications: An Introduction. in S. Barbou des Places, E. Cimiotta and J. Santos Vara (eds) **European Papers A Journal on Law and Integration**, vol. 4. 2019.

BASEDOW, J. ROBERT. The Achmea Judgment and the Applicability of the Energy Charter Treaty in Intra-EU Investment Arbitration. **Journal of International Economic Law**, vol 23, issue 1, p.271-292, 2020.

BayWa v. Spain, ICSID Case No. ARB/15/16.

BERGE, TARALD LAURAL; BERGER, ALEX. Do Investor-State Dispute Settlement Cases Influence Domestic Environmental Regulation? The Role of Respondent State Bureaucratic Capacity. **Journal of International Dispute Settlement**, Volume 12, Issue 1, p. 1–41, 2021.

BERNASCONI-OSTERWARLDER, NATHALIE. Energy Charter Treaty Reform: Why withdrawal is an option. **IISD**, 2021. <https://www.iisd.org/itn/en/2021/06/24/energy-charter-treaty-reform-why-withdrawal-is-an-option/>. Accessed 30 January 2025
 I. C. et. al. Uma análise sobre o desenvolvimento de tecnologias digitais em saúde para o enfrentamento da Covid-19 no Brasil e no mundo. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 37, ed. 3, 2021.

Blasket Renewable Invs. LLC v. Spain, CIVIL 21-3249 (RJL), 29 March 2023.

Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/14/3.

BONNITCHA, JONATHAN. **Substantive Protection under Investment Treaties: A Legal and Economic Analysis**. Cambridge University Press, 2014.

BROWN, JULIA. **International Investment Agreements: Regulatory Chill in the Face**

of Litigious Heat? W. J. Legal Stud. Vol 3, N°1, Art 3. p.1–25, 2013.

Brussels Court of Appeal, Judgment of the 17th Chamber, **Civil matters- 2024/4621 of 18th** June 2024.

Bundesgerichtshof, BGH decision, **Deutsche Telekom v India** (2024) I ZB 12/23.

BURD, GENE; AMANOVA, EJESHA. Between the Rock and Hard Place: Will the U.S. Court Follow the EU or International Arbitration Tribunals?. **Kluwer Arbitration Blog**, (2024) <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2024/04/25/between-the-rock-and-hard-place-will-the-u-s-court-follow-the-eu-or-international-arbitration-tribunals/>. Accessed 30 January 2025.

CARIM, XAVIER. International Investment Agreements and Africa's Structural Transformation: A Perspective from South Africa. **South Centre Investment Policy Brief** No. 4, 2015.

Case C 142/16 **Commission v Germany**, ECLI:EU:C:2017:301.

Case C-109/20, **Republic of Poland v.PL Holdings Sarl.**, ECLI:EU:C:2021:321.

Case C-284/16, **Slovak Republic v. Achmea**, ECLI:EU:C:2018:158.

Case C-333/19, **Romatsa and Others** ECLI:EU:C:2022:749.

Case C-54/96, **Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH v Bundesbaugesellschaft Berlin mbH**, ECLI:EU:C:1997:413.

Case C-741/19, **Republic of Moldova v. Komstroy LLC**, ECLI:EU:C:2021:65.

Case C-516/22, **European Commission v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland**, ECLI:EU:C:2024:231.

Case C-638/19 P, **Commission v European Food SA and others**, ECLI:EU:C:2022:50.

Cavalum SGPS, S.A. v. **Kingdom of Spain**, ICSID Case No. **ARB/15/34**, para 46.

CLIENTEARTH. **Energy Charter Treaty Reform: Why withdrawal is an option.** ClientEarth, 2021. <https://www.clientearth.org/media/ub1b4hmk/ect-reform-withdrawal-itn-july-2021.pdf>. Accessed 30 January 2025.

Commission notes in the **Eastern Sugar v Czech Republic**, SCC N° 088/2004.

COMMISSION, Commission asks Member States to terminate their intra-EU bilateral investment treaties. **Press release IP/15/5198. 2015.**

Corte d'Appello di Milano (Italy), Gavazzi v. Romania, Judgment of 21 September 2018

Cour d'Appel de Paris, Pole 5-Chambre 16, Arrêt du 19 Avril 2022, N° RG 20/14581, **République de Pologne c. Société CEC Praha et Société Sot Group**.

CROISANT, GUILLAUME. Micula Case: The UK Supreme Court Rules That The EU Duty Of Sincere Co-operation Does Not Affect The UK's International Obligations Under The ICSID Convention. **Kluwer Arbitration Blog**, 2020). <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/02/20/micula-case-the-uk-supreme-court-rules-that-the-eu-duty-of-sincere-co-operation-does-not-affect-the-uks-international-obligations-under-the-icsid-convention/>. Accessed 30 January 2025.

DAMJANOVIC, IVANA; DE SADELEER, NICOLAS **Values and Objectives of the EU in Light of Opinion 1/17**: 'Trade for all', above all. Europe and the World: A law review vol 4, Issue 1, p.1-25, 2020.

DAMJANOVIC, IVANA; DE SADELEER, NICOLAS. I would rather be a respondent State before a domestic court in the EU than before an international investment tribunal in S. Barbou des Places, E. Cimiotta and J. Santos Vara (eds) **European Papers A Journal on Law and Integration**. Vol 4, 2019.

Decision of 14th of December 2022- **T 1569-19, PL Holdings v. Poland**.

Decision of 27 March 2024- **T 15200-22, Triodos v. Kingdom of Spain**.

Decision of 28 June 2024 – **T 1626-19**, Foresight Luxembourg Solar 1 S.à.r.l., et al. v Kingdom of Spain.

Decision of Cologne Higher Regional Court – **Docket I ZB 74/22- 1** September 2022.

Decision of Cologne Higher Regional Court – **Docket I ZB 75/22- 1** September 2022.

Decision of the German Federal Court of Justice, **Docket I ZB 43/22** - 27 July 2023.

Decision of the Higher Regional Court of Cologne **19 SchH 14/21**, 1 September 2022.

Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States of 15. January 2019 on the legal consequences of the judgment of the Court of Justice in **Achmea and on investment protection in the European Union**. https://finance.ec.europa.eu/system/files/2019-01/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf. Accessed 30 January 2025.

DEFOSSEZ, DELPHINE, US and English Courts as the New Way to Circumvent the ban on intra-EU Arbitration. **TDM**, vol. 21. 2024.

DEFOSSEZ, DELPHINE. International Investment Agreements and their arbitration clause in the energy sector: A Poisonous Gift for Developing Countries? in Abdul Rafay, **Handbook of Research on Energy and Environmental Finance 4.0**. IGI Global, 2022.

DEVEREUX, STEVEN. EU attacks on investors rights. **J. World Energy Law Bus Volume 17**, Issue 5, p. 322–334, 2024.

DI SALVATORE, LEA. Investor–State Disputes in the Fossil Fuel Industry. **IISD Report**, 2021. <https://www.iisd.org/system/files/2022-01/investor%E2%80%93state-disputes-fossil-fuel-industry.pdf>. Accessed 30 January 2025

DIETRICH BRAUCH, MARTIN. **Climate Action Needs Investment Governance, Not Investment Protection and Arbitration**. CCSI, 2022. <https://ccsi.columbia.edu/news/climate-action-needs-investment-governance-not-investment-protection-isds>. Accessed 30 January 2025.

Docket No. 26 SchH 2/20; Docket No I ZB 16/21.

DULIAN, MONIKA. EU withdrawal from the Energy Charter Treaty. **EP**, 2023. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/754632/EPRS_BRI\(2023\)754632_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/754632/EPRS_BRI(2023)754632_EN.pdf). Accessed 30 January 2025.

DYKE, JOSEPH, Spain Fails to Set Aside Registration of intra-EU ECT ICSID Award in the English Commercial Court. **European Investment Law and Arbitration Review**, vol. 9, issue 1, p.141-150, 2024.

DYKE, JOSEPH. Infrastructure Services Luxembourg Sàrl and Energia Termosolar BV v Kingdom of Spain: Spain Fails to Secure Set Aside of Registration of Intra-EU ICSID Award in the English Commercial Court. **ICSID Review**, Volume 39, Issue 2, p.313–319, 2024.

ECKES, CHRISTINA, **Some reflections on Achmea’s broader consequences for investment arbitration**. **European Papers**. v.4, N 1, 2019, p.79-97

ECKES, CHRISTINA; ANKERSMIT, LAURENS, The compatibility of the Energy Charter Treaty with EU law. **UVA-DARE**, 2022. https://pure.uva.nl/ws/files/70394470/ECKES_ANKERSMIT_Report_on_ect_compatibility_with_eu_law_2022.pdf. Accessed 30 January 2025.

Eiser Infrastructure Ltd v Kingdom of Spain [2020] FCA 157.

Electrabel S.A. v. **Republic of Hungary**, ICSID, case no. ARB/07/19.

Encavis et al. v. Italy, ARB/20/39, p.100.

Energy Charter, **Italy**. <https://www.energycharter.org/who-we-are/members-observers/>

[countries/italy/](#). Accessed 30 January 2025.

Eskosol v. Italy, ICSID Case No. ARB/15/50.

ESPF and others v. Italian Republic, ICSID case N°. ARB/16/5, 2020.

European American Investment Bank AG v Slovakia, PCA Case No 2010-17, Award on Jurisdiction. 22 October 2012.

EUROPEAN COMMISSION, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: Protection of intra-EU investment. **COM (2018) 547 final**, 2018. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2018%3A547%3AFIN>. Accessed 30 January 2025.

EUROPEAN COMMISSION, **European Commission proposes a coordinated EU withdrawal from the Energy Charter Treaty**. 2023 https://energy.ec.europa.eu/news/european-commission-proposes-coordinated-eu-withdrawal-energy-charter-treaty-2023-07-07_en. Accessed 30 January 2025.

EUROPEAN COMMISSION, Proposal for a Council Decision on the position to be taken on behalf of Euratom in the 33rd meeting of the Energy Charter Conference. **COM (2022) 522 final**, 2022. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2022%3A0522%3AFIN> Accessed 30 January 2025.

EUROPEAN COMMISSION, Sincere Cooperation and Primacy of EU law: Commission Refers UK to EU Court of Justice over a UK Judgment Allowing Enforcement of an Arbitral Award Granting Illegal State Aid. **Press Release** 2022. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_802. Accessed 30 January 2025

EUROPEAN COMMISSION, **State Aid SA.54537 (2020/NN)** – Netherlands Prohibition of coal for the production of electricity in the Netherlands. 2020. https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202025/284556_2165085_151_2.pdf. Accessed 30 January 2025

European Parliament resolution of 24 November 2022 on the outcome of the modernisation of the **Energy Charter Treaty** (2022/2934(RSP)).

EUROPEAN UNION, **European Union proposal for the modernisation of the Energy Charter Treaty**. https://energy.ec.europa.eu/document/download/43b875c5-7b10-491a-99a5-4ea05af41199_en. Accessed 30 January 2025

Eurus Energy Holdings **Corporation v. Kingdom of Spain**, ICSID Case No. ARB/16/4.

EVN, **Energopro and ČEZ v. Bulgaria**, ICSID Case No. ARB/15/19.

FANOUE, MARIA. Intra-European Union investor-State arbitration post-Achmea: RIP?. **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, vol 26. Issue 2, p.316-340, 2019.

FISHER, TOY. EU parliament calls for ECT withdrawal. **GAR**, 2022. <https://globalarbitrationreview.com/article/eu-parliament-calls-ect-withdrawal#:~:text=The%20European%20Parliament%20has%20called,at%20least%20April%20next%20year>. Accessed 30 January 2025.

FORRESTER, DANIELLE; YIN, BOXUN, Australia as a Recognition and Enforcement Jurisdiction? The High Court of Australia's Reasoning in *Kingdom of Spain v Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l.* [2023] HCA 11 and Likely Implications. **Kluwer Arbitration Blog**, 2023. <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2023/08/28/australia-as-a-recognition-and-enforcement-jurisdiction-the-high-court-of-australias-reasoning-in-kingdom-of-spain-v-infrastructure-services-luxembourg-s-a-r-l-2023-hca-11-and-likely-impl/>. Accessed 30 January 2025.

GALLORINI, CRISTIAN. The Termination of Intra-EU Investor-State Arbitration and the Enforceability of Intra-EU Awards in the United States District Courts. **ELTE Law Journal**, vol 1, N°1. p.25-47, 2022.

GALVEZ, JOSEP. Et tu, Brute? Amsterdam District Court declines to hear the anti-suit injunction petition by Spain to prevent renewable investors from enforcing arbitral awards in the US. A stab in the back from another fellow EU jurisdiction (*Kingdom of Spain v Basket Renewable Investments LLC*). **Lexis**, 2023. https://plus.lexis.com/uk/document/?pdmfid=1001073&crd=3f29e837-8398-480b-a84d-735b9a12e9c1&pddocfullpath=%2Fshared%2Fdocument%2Fnews-uk%2Furn:contentItem:67XN-2KJ3-SC47-70G7-00000-00&pdcontentcomponentid=184200&pdteaserkey=&pdslpamode=false&pddocumentnumber=1&pdworkfolderlocatorid=NOT_SAVED_IN_WORKFOLDER&ecomp=_t5k&earg=sr0&prid=7e958238-1c2a-440a-a360-ed245f96040b. Accessed 30 January 2025.

GALVEZ, JOSEP. Decoding Arbitral Disputes: the benefits of non-EU venues. **Law360**, 2024. <https://www.4-5.co.uk/assets/law360---decoding-arbitral-disputes-the-benefits-of-non-eu-venues.pdf>. Accessed 30 January 2025.

GLEISS LUTZ. Eu Withdraws from Energy Charter Treaty and implements ECJ's *Komstroy* ruling. **Gleiss Lutz**, 2024. <https://www.gleisslutz.com/en/news-events/know-how/eu-withdraws-energy-charter-treaty-and-implements-ecjs-komstroy-ruling>. Accessed 30 January 2025

GODRON, KATHRYN; POHL JOACHIM. **Environmental Concerns in International**

Investment Agreements: A Survey. OECD Working papers on international investment 2011/01, 2011.

GOV.UK. **UK Departs Energy Charter Treaty.** 2024. [https://www.gov.uk/government/news/uk-departs-energy-charter-treaty#:~:text=The%20UK%20government%20confirms%20its,to%20agree%20vital%20modernisation%20fail.&text=The%20UK%20will%20leave%20the,today%20\(Thursday%2022%20February\)](https://www.gov.uk/government/news/uk-departs-energy-charter-treaty#:~:text=The%20UK%20government%20confirms%20its,to%20agree%20vital%20modernisation%20fail.&text=The%20UK%20will%20leave%20the,today%20(Thursday%2022%20February)). Accessed 30 January 2025.

Green Power Partners K/S and another v Kingdom of Spain, SCC Case No. V 2016/135.

GRIERA, MAX. UK court may seize Spanish sovereign assets amid international arbitration quagmire. **EurActiv**, 2023. <https://www.euractiv.com/section/politics/news/uk-court-may-seize-spanish-sovereign-assets-amid-international-arbitration-quagmire>. Accessed 30 January 2025.

GROUSSOT, XAVIER; OBERG, MARJA-LIISA X. The Web of Autonomy of the EU Legal Order: Achmea' in G. Butler and R. Wessel (eds) **EU External Relations Law: The Cases in Context**. Hart Publishing Ltd, 2022.

HALLAK, ISSAM. **Investor-state Protection disputes involving EU Member States.** PE 738.216, 2022. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2022/738216/EPRS_IDA\(2022\)738216_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2022/738216/EPRS_IDA(2022)738216_EN.pdf). Accessed 30 January 2025.

HALONEN, LAURA; EICHHORN, SOPHIE. Berlin Court Finds that ICSID Arbitrations Are Immune from Achmea and Komstroy – At Least While They Are Ongoing. **Kluwer Arbitration Blog**, 2022. <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/07/21/berlin-court-finds-that-icsid-arbitrations-are-immune-from-achmea-and-komstroy-at-least-while-they-are-ongoing/>. Accessed 30 January 2025.

HINDELANG, STEFFEN; NASSL, JULIA; KUMAR JENA, ARGHA. Achmea Goes to Washington: how a US District Court Enforces EU Law. **Verfassungsblog**, 2023. <https://verfassungsblog.de/achmea-goes-to-washington/>. Accessed 30 January 2025.

HUREMANGIC, HARIS; TROPPER, JOHANNES. Mission impossible? Implementing Komstroy and modifying the Energy Charter Treaty' **Völkerrechtsblog**, 2021. <https://voelkerrechtsblog.org/mission-impossible/>. Accessed 30 January 2025.

IISD. Energy Charter Treaty Withdrawal Announcements Reflect Reform Outcome is Insufficient for Climate Ambition. **IISD**, 2022. <https://www.iisd.org/articles/statement/energy-charter-treaty-withdrawal-announcements>. Accessed 30 January 2025.

IISD. IISD developed a model inter se agreement to neutralize the ECT sunset clause.

IISD, 2024. <https://www.iisd.org/itn/en/2024/10/09/iisd-developed-a-model-inter-se-agreement-to-neutralize-the-ect-sunset-clause/> Accessed 30 January 2025.

Infracapital F1 Sàrl and Infracapital Solar BV v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/16/18, Decision on Respondent Request for Reconsideration regarding the Intra-EU Objection and the Merits.

Infrared Environmental Infrastructure GP Limited et al v Kingdom of Spain - United States District Court for the District of Columbia Civil Action No 2020-0817.

Infrastructure Services Luxembourg and another v. Kingdom of Spain [2023] EWHC 1226 (Comm).

JGC Holdings Corporation (formerly JGC Corporation) v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/15/27.

JIRI, MALENOVSKÝ. A la recherche d'une solution intersystémique aux rapports du droit international et du droit de l'union européenne. 65 **Annuaire français de droit international**, vol 65, p.201- 234, 2019.

JOHNSON, LISE; SACHS, LISA; LOBEL, NATHAN. Aligning international investment agreements with the Sustainable Development Goals. **Columbia Journal of Transnational Law**, vol 58, 2019.

Kingdom of Spain (Ministry for Ecological Change and Demographic Challenges) v. RWE Innogy GmbH and RWE Innogy Aersa SAU. Temporary Order from the Higher Regional Court Hamm Restricting Proceedings, I-9 W 15/23 2 O 97/23, 4 April 2023.

Kingdom of Spain v Blasket Renewable Investments LLC (AES Solar Energy Coöperatief U.A. and Ampere Equity Fund BV) C/13/730214/KG ZA 23-147 HH/MV.

Kingdom of Spain v Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. (No 3) [2021] FCAFC 112.

Kingdom of Spain v Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. [2021] FCAFC 3.

Kingdom of Spain v Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. & Anor [2023] HCA 11.

Kingdom of Spain v Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. & Anor [2023] HCA 11.

KOUTRAKOS, PANOS. The autonomy of EU law and international investment arbitration. **Nordic Journal of International Law**, vol 88, issue 1, p. 41–64, 2019.

Landesbank v. Spain, ICSID Case No. ARB/15/45.

LAVRANOS, NIKOS. ECT arbitral tribunal declines jurisdiction by accepting Achmea objection raised by Spain for first time. **Practical Law**, 2022. [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-036-0563?comp=pluk&transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&OWSessionId=fe9fb09dc1784843bc963dd1b9a54e80&skipAnonymous=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-036-0563?comp=pluk&transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&OWSessionId=fe9fb09dc1784843bc963dd1b9a54e80&skipAnonymous=true). Accessed 30 January 2025.

Letter from Conseil d'Etat. <https://www.amidelaterre.org/wp-content/uploads/2018/08/loi-hulot-contributions-lobbies-au-conseil-etat.pdf>. Accessed 30 January 2025.

LONARDO, LUIGI. **May Member States' courts act as catalysts of normalization of the European Union's Common Foreign and Security Policy?** Maastricht Journal of European and Comparative Law, vol 28, issue 3, p. 287–303, 2021.

LSG Building Solutions GmbH and others v. Romania, ICSID Case No. ARB/18/19.

MARKERT, LARS; DOERNENBURG, ANNE-MARIE. RWE and Uniper: (German) Courts Rule on the Admissibility of ECT-based ICSID Arbitrations in Intra-EU Investor-State Disputes. **Kluwer Arbitration Blog**, 2022. <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/11/03/rwe-and-uniper-german-courts-rule-on-the-admissibility-of-ect-based-icsid-arbitrations-in-intra-eu-investor-state-disputes/#:~:text=On%201%20September%202022%2C%20the,the%20German%20Code%20of%20Civil>. Accessed 30 January 2025.

Masdar Solar & Wind Cooperatief UA v The Kingdom of Spain, ICSID Case No ARB/14/1.

Mathias Kruck and others v. Spain, ICSID Case No. ARB/15/23.

MEAGER, ELIZABETH, **Cop26 targets pushed back under threat of being sued**. Capital Monitor, 2022. <https://capitalmonitor.ai/institution/government/cop26-ambitions-at-risk-from-energy-charter-treaty-lawsuits/>. Accessed 30 January 2025.

MENKES, MARCIN J. ECTodus: A Brexit Lesson. **EU LAW Live**, 2022. <https://eulawlive.com/op-ed-ectodus-a-brexit-lesson-by-marcin-j-menkes/>. Accessed 30 January 2025.

Micula and others v Romania [2020] UKSC 5.

MORRIS, DANIELLE; YOUNG, ALEX L. D.C. Circuit Resolves District Court Split on the Enforcement of Intra-EU Investment-Treaty Awards in the United States. **WilmerHale**, 2024. <https://www.wilmerhale.com/en/insights/client-alerts/20240911-dc-circuit-resolves-district-court-split-on-the-enforcement-of-intra-eu-investment-treaty-awards->

[in-the-united-states](#). Accessed 30 January 2025.

NELSEN, ARTHUR, Revealed: secret courts that allow energy firms to sue for billions accused of 'bias' as governments exit. **The Guardian**. 2022 <https://www.theguardian.com/business/2022/nov/14/revealed-secret-courts-that-allow-energy-firms-to-sue-for-billions-accused-of-bias-as-governments-exit#:~:text=%E2%80%9CThe%20energy%20charter%20treaty%20is,goal%20of%20the%20Paris%20agreement.%E2%80%9D>. Accessed 30 January 2025.

NELSEN, ARTHUR. UK quits treaty that lets fossil fuel firms sue governments over climate policies. **The Guardian**, 2024. <https://www.theguardian.com/environment/2024/feb/22/uk-quits-treaty-that-lets-fossil-fuel-firms-sue-governments-over-climate-policies>. Accessed 30 January 2025.

NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/14/11.

NextEra Energy Global Holdings B.V. v. Kingdom of Spain, 656 F. Supp. 3d 201 [D.D.C. 2023].

NextEra Energy Global Holdings BV et al. v. Kingdom of Spain, case number 1:2019-cv-01618, in the U.S. District Court for the District of Columbia, p.14.

NextEra Energy v Spain No. 23-7031, 2024 WL 3837484 (D.C. Cir. Aug. 16, 2024).

Novenergia II - Energy & Env't v. Kingdom of Spain, Civil Action No. 18-cv-01148 (TSC).

OLIVET, CECILIA. **Why did Ecuador terminate all its bilateral investment treaties?** Transnational Institute, 2017. <https://www.tni.org/en/article/why-did-ecuador-terminate-all-its-bilateral-investment-treaties>. Accessed 30 January 2025

Operafund Eco-Invest SICAV PLC & Anor v Kingdom of Spain (Re Arbitration (International Investment Disputes) Act 1966) [2024] EWHC 82 (Comm), paras 75-76.

OperaFund v Kingdom of Spain, Decision 5A_406/2022 of 17 March 2023.

Opinion 1/20 of 16 June 2022, ECLI:EU:C:2022:485.

Opinion 2/13, ECHR II, ECLI:EU:C:2014:2454.

Opinion Advocate General Saugmandsgaard, Joined Cases C-798/18 and C-799/18, Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie) and Others, Athesia Energy Srl and Others v. Ministero dello Sviluppo Economico and Gestore dei servizi energetici (GSE) SpA, ECLI:EU:C:2020:876.

Opinion of AG Poiares Maduro delivered on 16 January 2008, case C-402/05 P, Kadi, para. 24.

Opinion of AG Wathelet delivered on 19 September 2017, case C-284/16, Achmea, ECLI:EU:C:2017:699.

PL Holdings S.A.R.L. v. Republic of Poland, SCC Case No V2014/163, Partial Award, 28 June 2017, para 314-317.

POHL, JOACHIM. **Societal Benefits and Costs of International Investment Agreements**. OECD Working Papers on Int'l Inv., Working Paper No. 2018/01, 2018.

Poland v Slot et al, no. RG 20/14581.

Poland v Strabag et al, no. RG 20/13085.

RAY, ALEC. **The Swiss Supreme Court Upholds an Intra-EU Award Under the ECT**. **Kluwer Arbitration Blog**. 2024 <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2024/05/23/the-swiss-supreme-court-upholds-an-intra-eu-award-under-the-ect/>. Accessed 30 January 2025.

REES-EVAN, LAURA. English High Court Takes Pro-enforcement Stance in Intra-EU ECT Award Against Spain. **Kluwer Arbitration Blog**, 2023. <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2023/08/12/english-high-court-takes-pro-enforcement-stance-in-intra-eu-ect-award-against-spain/>. Accessed 30 January 2025.

REES-EVAN, LAURA. The Protection of the Environment in International Investment Agreements – Recent Developments and Prospects for Reform. **European Investment Law and Arbitration Review**, vol 5, Issue 1, p.355-391, 2020.

REISCH, NIKKI; DE ANZIZOU, HELIONOR. Investors v. Climate Action What recent case law and treaty reforms may mean for the future of investment arbitration in the energy sector. **CIEL**, 2022. https://www.ciel.org/wp-content/uploads/2022/09/Investors-v.-Climate-Action_FINAL.pdf. Accessed 30 January 2025.

Rockhopper Italia S.p.A., Rockhopper Mediterranean Ltd, and Rockhopper Exploration Plc v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/17/14.

RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v Kingdom of Spain - United States District Court for the District of Columbia Civil Action No 2019-3783.

RWE AG and RWE Eemshaven Holding II BV v. Kingdom of the Netherlands, ICSID Case No. ARB/21/4 (Order of the Tribunal taking note of the Discontinuance of the

Proceeding and Decision on Costs, 12 January 2024).

SACHS, LISA; JOHNSON, LISE; MERRILL, ELLA. Environmental Injustice: How treaties undermine human rights related to the environment. **Sciences Po Legal Review**, vol. 18, p.90-100, 2020.

SACHS, LISA; JOHNSON, LISE. Investment Treaties, Investor-State Dispute Settlement and Inequality: How International Rules and Institutions Can Exacerbate Domestic Disparities. Initiative for Pol'y Dialogue, **Working Paper No. 306**, 2018.

SADOWSKI, WOJCIECH. Poland to Withdraw from the ECT: Who Does It Benefit? **Kluwer Arbitration Blog**, 2022. <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/09/27/poland-to-withdraw-from-the-ect-who-does-it-benefit/#:~:text=Poland%20surprised%20the%20world%20when,Efficiency%20and%20Related%20Environmental%20Aspects.> Accessed 30 January 2025

SANDS, ANNA. **Regulatory Chill and Domestic Law: Mining in the Santurbán Páramo**. *World Trade Review*, vol 22, p. 55-72, 2023.

SARKANNE, KATARIINA. EU Law in investment arbitration: a view from international arbitral tribunals. **Europe and the World: A Law Review**, vol 5., p. 1-18, 2021.

SCHAUGG, LUKAS; NIKIEMA, SUZY H. Model Inter Se Agreement to Neutralize the Survival Clause of the Energy Charter Treaty Between the EU and Other non-EU Contracting Parties. **IISD**, 2024. <https://www.iisd.org/system/files/2024-07/energy-charter-treaty-survival-clause.pdf>. Accessed 30 January 2025.

SECRETARY-GENERAL. Human rights-compatible international investment agreements. **United Nations General Assembly report A/76/238**, 2021. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/208/09/PDF/N2120809.pdf?OpenElement>. Accessed 30 January 2025

Sevilla Beheer BV and others v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/16/27.

SHIPLEY, TRAJAN. The Principle of Autonomy of EU Law in the Context of Investor-State Dispute Settlement: A Public Policy Norm. **Brexit Institute Working Paper Series No 05/2024**, 2024.

Silver Ridge v. Italy, ICSID Case No. ARB/15/37.

SIMON, FREDERIC. Brussels opens in-depth investigation into Germany's coal phase-out plan. **Euractiv**, 2021. <https://www.euractiv.com/section/energy/news/brussels-opens-in-depth-investigation-into-germanys-coal-phase-out-plan/>. Accessed 30 January 2025

SIMSON, CAROLINE, In Reversal, Europe's Executive Arm Looks To United ECT Exit. **Law360**. -2023. <https://www.law360.com/energy/articles/1574338/in-reversal-europe-s-executive-arm-looks-to-united-ect-exit>. Accessed 30 January 2025

SIMSON, CAROLINE. US Backs Spain In \$386M Solar Award Cases. **LAW360**, 2024. https://www.law360.com/internationalarbitration/articles/1793648?nl_pk=8e18f9b2-c60d-4d4f-91bc-186a9ba22010&utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=internationalarbitration&utm_content=2024-02-06&read_main=1&nlsidx=0&nlaidx=0. Accessed 30 January 2025.

SINGH, KAVALIJT; ILGE, BURGHARD. Introduction. In K. Singh, & B. Ilge (eds), **Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choices**. Somos, 2016, pp. 1-16.

Slot Group a.s. v. Republic of Poland, PCA Case No. 2017-10.

SORACE, FRANCESCO. Enforcing an ICSID Award Issued in an Intra-EU Investment Arbitration: An Italian Law Perspective. **The Italian Review of International and Comparative Law**, vol. 3, p.87-114, 2023.

Strabag SE, Raiffeisen Centrobank AG and Syrena Immobilien Holding AG v. Poland, ICSID Case No. ADHOC/15/.1.

Strabag SE, Raiffeisen Centrobank AG and Syrena Immobilien Holding AG v. Poland (Paris Court of Appeal, Chamber 5-16, April 19, 2022, No. 20-13085).

THAKUR, TANAYA. **Reforming the investor-state dispute settlement mechanism and the host state's right to regulate: a critical assessment**. Indian Journal of International Law, vol 59, p. 173–208, 2021.

THE CORNER. UK court embargoes Aena's Luton shares over Spanish government cuts to renewables. **The Corner**, 2024. <https://thecorner.eu/companies/uk-court-embargoes-aenas-luton-shares-over-spanish-government-cuts-to-renewables/115979/>. Accessed 30 January 2025.

Theodoros Adamakopoulos and others v Republic of Cyprus, ICSID Case No. ARB/15/49.

TIENHAARA, KYLA; DOWNIE, CHRISTIAN. Risky Business? The Energy Charter Treaty, renewable energy, and investor-state disputes. **Global Governance**, vol 24, p.451-471, 2018.

TIENHAARA, KYLA. Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement. **Transnat'l. Envtl. L.**, vol. 7, issue 2, p.229–

250, 2018.

TIETJE, CHRISTIAN; BAETENS, FREYA; ECORYS, **The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership. Prepared for Minister for Foreign Trade and Development Cooperation**, Ministry of Foreign Affairs, The Netherlands 2014. https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4nvgs5kig27kof_j9vvik7m1c3gyxp/vjn8exgvufya/f=/blg378683.pdf. Accessed 30 January 2025.

U.N. SECRETARY-GENERAL. International financial system and development. **U.N. Doc. A/73/280**.

Uniper SE, Uniper Benelux Holding B.V. and Uniper Benelux N.V. v. Kingdom of the Netherlands, ICSID Case No. ARB/21/22 (Order of the Tribunal taking note of the Discontinuance of the Proceedings and Decision on Costs, 17 March 2023).

UP and CD Holding Internationale v Hungary, ICSID Case No ARB/13/35, 2018.

VAJDA, CHRISTOPHER. Achmea and the Autonomy of EU Law. **LAWTTIP Working papers**. 2019.

VANDEVELDE, KENNETH J.. A Brief History of International Investment Agreements in Karl P. Sauvant and Lisa E. Sachs (eds.) **The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows**. Oxford University Press 2009.

Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany (Vattenfall II), decision on the Achmea Issue ICSID, case no. ARB/12/12, 2018, para 229.

Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v Federal Republic of Germany, ICSID Case N° ARB/09/6, 11 March 2011.

VIDIGAL, GERALDO; STEVENS, BEATRIZ. Brazil's New Model of Dispute Settlement for Investment: Return to the Past or Alternative for the Future?. **The Journal of World Investment & Trade**, Vol.19, p.475-512, 2018.

WAIBEL, MICHAEL; KAUSHAL, ASHA; CHUNG, KYO-HWA; BALCHIN, CLAIRE. **The Backlash against Investment Arbitration**. Perceptions and Reality. Wolters Kluwer, 2010.

Watkins Holdings S.à r.l. and others v. Spain, ICSID Case No. ARB/15/44.

WATSON, DOUG; PLUMPTRE, PIERS; TYRRELL, THEO. UK and Australian courts confirm no sovereign immunity from recognition of ICSID arbitral awards against sovereign states. **Gibson Dunn**, 2023. <https://www.gibsondunn.com/wp-content/uploads/2023/05/>

[uk-and-australian-courts-confirm-no-sovereign-immunity-from-recognition-of-icsid-arbitral-awards-against-sovereign-states.pdf](#). Accessed 30 January 2025.

WEGHMANN, VERA; HALL, DAVID. The Unsustainable Political Economy of Investor-State Dispute Settlement Mechanisms. **International Review of Administrative Sciences**, vol 87, issue 3, p. 480 - 496 ,2021.

YACKEE, JASON WEBB. Do Bilateral Investment Treaties Promote Foreign Direct Investment? Some Hints from Alternative Evidence. **Virginia Journal of International Law**, vol 51, issue 2, p.397, 2010



DIREITO.UnB

Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB**?

Gostaria de submeter seu trabalho a Revista Direito.UnB?

Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>
e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.

PODER JUDICIÁRIO: DEMOCRATIZAÇÃO E RESGUARDO DOS DADOS DOS CONSUMIDORES NO ÂMBITO DOS CADASTROS POSITIVOS

JUDICIARY: DEMOCRATIZATION AND PROTECTION OF CONSUMER DATA WITHIN THE SCOPE OF POSITIVE CREDIT REGISTRIES

Recebido: 04.01.2023

Aceito: /08/2025

Monica Mota Tassigny

Graduação em Educação (1986), mestrado em Educação pela Universidade Federal do Ceará (1994), doutorado em Educação pela Universidade Federal do Ceará (UFC, 202), doutorado sanduíche na Ecole des Hautes Études en Sciences Sociales - E.H.E.S.S (PARIS, 2002) e Pós Doutorado pela Faculté de Droit et Sciences Politiques / Aix-Marseille Université (France) no Instituto Louis Favoreau - GERJC (UMR-DICE 7318) (2020/2021). Atualmente é professora titular da Universidade de Fortaleza, do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (PPGD/UNIFOR) Pesquisas e publicações nas áreas: Ciência e Metodologias; Ensino jurídico; Direito e Tecnologias; Educação ambiental; Direito à educação; sustentabilidade; inclusão; acessibilidade e inovação. Membro titular da Academia Metropolitana de Letras de Fortaleza (Cadeira n°36) e membro efetivo da Câmara de Assessoramento Técnico-Científico da Funcap desde janeiro de 2019.

E-mail: monica.tass@gmail.com

 Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9483-0547>

Cloves Barbosa de Siqueira

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (1996) e mestrado em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2020). Atualmente, está cursando o Doutorado em Direito Constitucional na Universidade de Fortaleza e é tabelião - Sexto Ofício de Protesto de Manaus. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito.

E-mail: clovesiqueira@yahoo.com.br.:

 Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2173-3644>

Rosanna Lima de Mendonça

Doutoranda em Administração. Mestre em Ciências Humanas pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA), 2020. Especialista em Educação (2022). MBA em Gestão de Projetos (em andamento). Especialista em Gestão Ambiental e Sustentabilidade (em andamento). Bacharel em Turismo pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA), 2017. Participante do Programa de Educação Tutorial de Administração da Universidade Federal do Amazonas (2021-2023). Aluna de graduação do curso de Administração da Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Professora voluntária do curso Tecnológico de Turismo no interior do Amazonas pela Universidade Estadual do Amazonas (2021-2022). Atua com projetos de PD na LG/Manaus. Idiomas: Espanhol, Inglês, Francês e Italiano.

E-mail: rosannamendonca@hotmail.com:

 Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3984-3235>



Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.

This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that allows sharing in any format as long as the original work is properly acknowledged.

RESUMO

Verificar-se-á ao longo do presente trabalho a importância da participação do Poder Judiciário no processo de democratização do acesso às informações constantes nos cadastros positivos, relevância esta que se estende ao resguardo dos direitos dos consumidores no caso de desvirtuamento da finalidade pública quanto ao tratamento destes dados. Para isso, são delineados os modos de operacionalização dos cadastros positivos e seu amparo legal, bem assim as formas de restrição do acesso à informação realizadas pelos bancos de proteção ao crédito. Analisa-se também a questão do direito do acesso às informações dos cadastros positivos frente às regras da Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD, além da atuação do poder judiciário como instrumento de garantia aos direitos dos cadastrados sobre seus próprios dados. A base teórica utilizada é de pesquisa bibliográfica; o método científico é o dedutivo; e a pesquisa tem natureza exploratória de abordagem qualitativa. Foi possível evidenciar que muito embora a lei seja clara quanto ao tratamento dos dados ainda há muitas violações aos direitos dos consumidores sendo necessária uma participação ativa do poder judiciário como guardião e regulador.

Palavras-chave: Democratização; Cadastro Positivo; Poder Judiciário; Tratamento de Dados; LGPD.

ABSTRACT

It will be verified throughout this work the importance of the participation of the Judiciary in the process of democratization of the access to the information of the positive registers, besides the protection of the rights of the consumers in case of distortion of the public purpose regarding the treatment of these data. To this end, the modes of operationalization of positive registries and their legal support are outlined, as well as the forms of restriction of access to information carried out by credit protection banks. It also analyzes the issue of the right of access to information from positive registries in view of the rules of the General Data Protection Law – LGPD, in addition to the role of the judiciary as an element of guaranteeing the rights of those registered with their own data. The theoretical basis used is bibliographic research; the scientific method is the deductive one; and the research has an exploratory qualitative approach. It was possible to show that, although the law is clear regarding the processing of data, there are still many violations of consumer rights, requiring an active participation of the judiciary as guardian and regulator.

Keywords: Democratization; Positive Registration; Judicial Power; Data Processing; LGPD.

INTRODUÇÃO

O uso das tecnologias de informação e comunicação – TIC cresceu de forma acelerada nos últimos anos, de tal modo que as informações e os dados passaram a ser dotados de grande valor para o mercado e para as estratégias de negócios. Os bancos de proteção ao crédito, também conhecidos como cadastros positivos, são exemplos de instituições identificam os dados do consumidor como mercadoria com elevado valor econômico. Entretanto, por vezes os interesses dos titulares dos dados estão em contradição com os do fornecedor e operadores dos cadastros gestores de informações coletivas.

As informações pessoais, embora necessárias para o desenvolvimento econômico e para avaliação adequada do crédito, são próprias do consumidor de modo que as restrições ao acesso ou o uso inadequado, especialmente a comercialização destas informações, podem prejudicar a honra e a imagem do cidadão, porquanto tais podem estar incorretos ou ser despiciendo para o mercado de crédito.

Assim, a problemática da pesquisa está embasada na seguinte questão: Qual a importância do Poder Judiciário para o processo de democratização e resguardo do acesso e tratamento adequado das informações do consumidor frente aos cadastros positivos?

Deste modo, o objetivo geral do presente trabalho centra-se em verificar a atuação do poder judiciário para o processo de democratização e resguardo das informações constantes nos bancos de dados voltados à formação do cadastro positivo. Como objetivos específicos buscar-se-á entender a problemática inerente à restrição do acesso às informações contidas nos cadastros positivos; estudar a respeito do direito do acesso às informações dos cadastros positivos frente às regras da Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD. Para então, verificar a atuação do poder judiciário como elemento de garantia aos direitos dos cadastrados sobre seus próprios dados.

A base teórica utilizada é de pesquisa bibliográfica; o método científico é o dedutivo; e a pesquisa tem natureza exploratória de abordagem qualitativa.

Válido destacar que o tema guarda especial relevância por ter o intento de contribuir para a comunidade acadêmica e a sociedade em geral, no sentido de trazer reflexões sobre assunto atual e em construção bibliográfica.

O trabalho está dividido em três partes. A primeira trata do problema da restrição do acesso às informações contidas nos cadastros positivos com o delineamento dos modos de operacionalização dos cadastros positivos, bem como o amparo no ordenamento jurídico brasileiro. A segunda, enfoca o direito do acesso às informações dos cadastros positivos frente às regras da Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD com a descrição dos modos utilizados pelos bancos de proteção ao crédito para restringir e manusear

os dados dos consumidores. A terceira, centra na atuação do poder judiciário como elemento de garantia ao acesso democrático pelos cadastrados a seus próprios dados. Nesta última seção, buscou-se tratar do tema com base na doutrina e na jurisprudência, trazendo casos concretos que evidenciam a importância da atuação do Poder judiciário como guardião dos direitos dos consumidores.

1. O PROBLEMA DA RESTRIÇÃO DO ACESSO ÀS INFORMAÇÕES CONTIDAS NOS CADASTROS POSITIVOS

O cadastro positivo, também denominado de banco de dados, tem por função coletar e armazenar as informações dos consumidores para avaliar a concessão do crédito. Embora seja um direito do fornecedor a disposição de dados que contribuam para o desenvolvimento sadio do seu negócio, é imperiosa a essa função possibilitar aos consumidores o acesso democrático a suas informações, que compõem a sua individualidade. No entanto, nem sempre os gestores das informações possibilitam o livre acesso da própria pessoa a seus dados coletados e armazenados, por vezes, à sua revelia.

O cadastro positivo passou a existir no ordenamento jurídico brasileiro pela promulgação da Lei nº 12.414, de 09 de junho de 2011. E nos termos do art. 3º dessa norma, os bancos de dados poderão armazenar informações de adimplemento do consumidor cadastrado com o propósito de formar o seu histórico de crédito. Salienta-se que, diferente do cadastro negativo, o novo mecanismo de armazenamento de informações do consumidor busca formular um conjunto de dados relacionados às operações de crédito e obrigações de pagamento adimplidas ou em andamento das pessoas jurídicas, físicas ou entes despersonalizados (NUNES, 2018, p. 667).

Os bureau de crédito, ou banco de dados de proteção ao crédito, têm ampla relevância para o crescimento econômico da sociedade, de forma que foi em decorrência da massificação da relação de consumo e da necessidade de avaliar a confiabilidade e a capacidade creditícia do tomador do crédito, que surgiram os cadastros negativos e positivos, os quais hoje tomaram um viés bastante informatizado pelo caráter virtual que alcançaram as relações consumeristas (CARVALHO, p. 2003, p. 6). Como exemplo disso, verifica-se que se tornou comum a realização de compras ou fechamento de negócios comerciais via internet e aparelhos eletrônicos, a rapidez na transmissão de dados exigiu um avanço na avaliação do crédito e conseqüentemente na colheita e armazenamento das informações do consumidor.

Os bancos de dados no Brasil podem ser tanto de caráter privado quanto público. Com relação ao primeiro, existem aqueles organizados e mantidos pelas associações de

fornecedores – a exemplo do Serviço de Proteção ao Crédito pertencente à Confederação Nacional dos Dirigentes Lojistas (CDL); pelas empresas privadas como SERASA e Boa Vista, que apresentam produtos e serviços distintos; ou por órgãos públicos, como o Cadastro de Cheques Sem Fundos, mantido pelo Banco Central do Brasil (MIRAGEM, 2018, p. 361) e o CADIN – Cadastro Informativo de Créditos Não Quitados do Setor Público Federal operado pelo governo central.

Donde se evidencia que, diferentemente do serviço público que se pauta na estrita legalidade e no cumprimento dos vetores principiológicos consubstanciado no interesse coletivo, as empresas privadas, com base na livre concorrência e no lucro, em tese, podem fazer tudo que a lei não proíbe. Desta feita, no caso dos bancos de dados privados, as informações dos consumidores passaram a ter um enorme valor econômico, e a disputa pela obtenção e apropriação desses dados tem causado diversas violações dos direitos do cidadão.

É importante assinalar, que os cadastros positivos possuem não somente o condão de avaliar o risco creditício para o fornecedor do crédito, como conduzem os consumidores à aceitação pelo mercado, e conseqüentemente, o alcance dos produtos e serviços desejados, e também a variação dos juros na cobrança do empréstimo tomado conforme o perfil do consumidor. Embora úteis e necessários, os bancos de dados precisam disponibilizar aos consumidores cadastrados o adequado acesso à informação de seus próprios dados, a fim de possibilitar aos cidadãos a autonomia na administração e o controle na disponibilização de suas informações.

Nesse sentido, afirma Bessa (2014, p. 3) que tanto as informações de caráter negativo quanto positivo controladas pelas entidades de proteção ao crédito podem produzir danos aos direitos da personalidade do consumidor. E continua: “embora relevantes para o mercado e para o consumidor, as entidades de proteção ao crédito devem observar rigorosamente os limites e requisitos estabelecidos pela lei, sob pena de ofensa a direitos da personalidade”.

Os direitos da personalidade são inerentes ao homem, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e protegê-los por meio de normas positivas. E ainda que esse reconhecimento não fosse feito, esses direitos continuariam existindo como reflexo da natureza transcendente que possuem (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 190). O que denota a importância na preservação desses direitos e o cuidado que os bancos de dados devem ter para com eles.

Os direitos de personalidade são conceituados por Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 186) como “aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais”. Como desdobramentos desses direitos estão os direitos à intimidade e vida privada. Desta feita, as informações dos consumidores, ainda que diretamente relacionadas à concessão do crédito pertencem à esfera extrapatrimonial do indivíduo, logo são valores intrínsecos à identidade do cidadão, e

por isso merecem estar dispostos de forma transparente na relação entre fornecedor e consumidor.

Para isso, torna-se necessário além de comunicar previamente o consumidor do armazenamento de seus dados, possibilitar gratuitamente a ele, e inclusive, rotineiramente o acesso às informações presentes nesses cadastros para assegurar a atualização e manutenção constante desses dados.

Os prejuízos que as entidades de proteção ao crédito podem causar à imagem e patrimônio das pessoas são tão recorrentes e graves, que, conforme entendimento jurisprudencial, a mera ausência da comunicação ao devedor da inscrição de seu nome em cadastro negativo, faz surgir o dano moral, e conseqüentemente a responsabilidade para o pagamento da indenização.

Segundo Badin, Santos e Damaso (2011, p. 7) os bancos de dados geram diversos danos ao consumidor, como a coleta e propagação de informações não vinculadas à avaliação do crédito, bem como a presença de erros e omissões que estipulam incorretamente a verdadeira situação econômica do cidadão, além da distribuição de informações com objetivos diversos daqueles atrelados às operações comerciais e de crédito.

No âmbito do acesso aos dados, Petry e Costa (2011, p. 59) relatam que em determinado período, a Serasa vendia um serviço de acesso pelo valor de R\$ 19,90, com o qual o consumidor, mediante o prévio pagamento, poderia consultar seus dados, e com isso, saberia a destinação de suas próprias informações, tais como, as empresas que consultam seu nome, se a dívida foi quitada, os telefones que estão a sim atribuídos, dentre outros. Esse caso demonstra violação clara ao direito de acesso as informações do consumidor, uma vez que nos termos do art. 43 do CDC, esse serviço deve ser disponibilizado de forma gratuita.

Ademais, por intermédio das redes de computadores, o perfil profissional do consumidor coletado, organizado, pesquisado e armazenados pelos fornecedores é utilizado para a realização do marketing direto ou marketing individualizado, que ocorre quando o fornecedor, na posse das informações presentes nos cadastros, oferece produtos e serviços de acordo com os dados específicos do consumidor (MIRAGEM, 2018, p. 354).

Neste sentido, “não raro, determinadas empresas obtêm os dados pessoais do usuário (profissão, renda mensal, hobbies), com o propósito de ofertar os seus produtos, veiculando a sua publicidade por meio dos indesejáveis spams” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 221). Por certo essa rede não contém só informações restritivas de crédito, mas um leque bem vasto de dados sobre o comportamento do consumidor nas suas relações negociais.

Vê-se que há um problema em torno do limite da utilização dos próprios cadastros e do conhecimento pelo consumidor das informações inscritas nestes bancos de dados.

Como aduz Miragem (2018, p. 362), os dados pessoais fornecidos pelo consumidor poderão ser acrescidos por outras informações advindas de outras bases, que juntos formarão um perfil, e mediante este, o consumidor poderá vir a receber em seu domicílio, sem ter tido vontade ou ciência, a publicidade de serviços ou produtos, ou receber ofertas e propostas via telefone sem conseguir se dar conta de como foi escolhido para destinatário daquela campanha publicitária promocional.

Proporcionar acesso democrático dos consumidores a seus dados constantes dos cadastros não se contenta em disponibilizar termo de adesão para a permissão do uso dos dados, que muitas vezes é tecnicamente incompreensível pelo cidadão médio, e pode conter cláusulas abusivas do seu direito, mas é imperioso um acesso técnico e material, de forma que ele saiba das informações colhidas, tenha conhecimento gratuito e prévio disso, bem assim lhe seja permitido fazer as exclusões ou correções necessárias e saiba com clareza quais as empresas detêm as informações de seu perfil econômico.

2. O DIREITO DO ACESSO ÀS INFORMAÇÕES DOS CADASTROS POSITIVOS FRENTE ÀS REGRAS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS - LGPD

Como visto anteriormente, o acesso adequado às informações dos consumidores presentes nos cadastros positivos de proteção ao crédito relaciona-se diretamente com a proteção ao direito da personalidade do cidadão. Dessa forma, serão elencadas as normas do ordenamento jurídico pátrio e internacional que elevam o direito ao acesso das informações como direito fundamental inerente à condição humana.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, a respeito do direito à informação, aduz em seu artigo 19, “todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentes de fronteiras”.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu como direitos fundamentais, em seu art. 5º, inciso XIV, a garantia a todos do acesso à informação e sigilo da fonte, se necessário ao exercício profissional. Assim como estipulou, no inciso XXXIII do mesmo artigo, o direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, respeitado os prazos estabelecidos em lei.

Como mecanismo para assegurar o conhecimento de informações e a retificação de dados, o art. 5º, inciso LXXII, previu o remédio constitucional denominado habeas data para o acesso às informações presentes nos bancos de dados.

O Código de Defesa do Consumidor preconiza no art. 43, caput, a garantia do consumidor ao acesso de suas informações em cadastros, registros e dados pessoais de consumo. Além disso, o §6º, do art. 43, determina que todas as informações referidas no

corpo da norma devam ser disponibilizadas em formatos acessíveis, como no caso das pessoas com deficiência.

A Lei do Cadastro Positivo nº 12.414/2011, no rol dos direitos do cadastrado, aduz no art. 5º, dentre outros, a garantia do consumidor à gratuidade do acesso de suas informações presentes em banco de dados; o direito de conhecer os principais elementos utilizados como critérios para a avaliação do risco na concessão do crédito; ter conhecimento do gestor de suas informações, assim como do objetivo a ser realizado com a coleta de seus dados e dos destinatários cujas suas informações poderão ser compartilhadas; além disso, tem a garantia de que seus dados pessoais sejam utilizados apenas para a finalidade proposta inicialmente na coleta.

Na redação original, o consumidor tinha a garantia de ser comunicado antes da inclusão de seu nome no cadastro, mas tal exigência foi eliminada com a edição da Lei Complementar nº 166/2019. Com a alteração legislativa, o cadastro positivo contenta-se com a possibilidade de exclusão dos dados daqueles que não concordarem com a inclusão. No entanto, sabe-se que pela falta de familiaridade dos brasileiros com o assunto não haverá significativo número de pedido de exclusão. Aliás, a grande maioria sequer sabe que seus dados foram coletados.

São inúmeros os diplomas legais e os preceitos normativos que asseguram o direito à informação, bem como seu acesso, para o consumidor. Mesmo assim, talvez pela cultura positivista que ainda impera – em decorrência da ausência de norma clara e objetiva que exemplifique os meios pelos quais o acesso às informações seja garantido –, ou mesmo pelo descaso dos fornecedores, há grande dificuldade em ter conhecimento de forma segura das exatas informações registradas nos bancos de dados.

Tal dificuldade corrobora a ineficácia prática do direito, e não somente do direito ao conteúdo das informações, mas também a uma série de proteções relacionadas a ele. Sem a garantia do acesso livre de dados, não há conhecimento dos mesmos, e, por conseguinte, surge a possibilidade de violação da privacidade, intimidade, honra, que em conjunto, acarretarão danos profundos a própria essência do ser humano.

Para a eficácia do direito à informação, afirma MIRAGEM (2018, p. 225), é necessário que os dados e os demais elementos que os compõem não sejam apenas transmitidos de maneira formal, mas de modo que haja um cuidado e preocupação para que o consumidor entenda devidamente aquela informação e suas consequências.

O dever de informar do fornecedor comporta também outros deveres anexos, como o de colaboração e o de respeito, os quais em conjunto refletem em um dever de informar com veracidade. Ademais, implicam no impedimento do fornecedor em criar obstáculos que dificultem o acesso à informação, quais sejam burocratizar procedimentos, cobrar taxas pelo uso do serviço de informação, essenciais para a execução contratual, dentre outros (MIRAGEM, 2018, p. 225).

Assim, é importante tanto informar quanto disponibilizar acessivelmente essa

informação. Destaca-se que o direito de acesso à informação consiste em proporcionar ao cidadão o controle de seus dados constantes dos cadastros de proteção ao crédito. Mas, “só são passíveis de controle aquelas informações que podem ser acessadas pelo titular, para examinar sua correção e pertinência” (MIRAGEM, 2018, p. 366).

Mediante a necessidade de mostrar ao consumidor todo o percurso de suas informações, foi construído pelo BVerfG (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, Bundesverfassungsgericht) o direito à autodeterminação informacional (PETRY; COSTA, 2013, p. 38). A base desse direito é que “deve o cidadão ter controle das informações que lhe digam respeito, autorizando ou não a coleta, o tratamento e a troca ou cessão dos dados entre bancos de dados” (LAEBER, 2007, p. 10).

Nesse contexto, digno de nota que a Lei Geral de Proteção de Dados mostra-se como importante instrumento a favor da proteção do cidadão, especialmente no que tange a manipulação de dados pessoais, isto porque a Lei n. 13.709 de 14 de agosto de 2018 se propõe a dar tratamento aos “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” (Art. 1º- LGPD).

Há, na LGPD, destaque ao respeito à privacidade, a autodeterminação informativa, a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião, à inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, ao desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; à livre iniciativa, livre concorrência e defesa do consumidor, além dos direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais (ART. 2º - LGPD).

Importa ressaltar a questão do consentimento de quem é titular dos dados (Art. 7º e 11 da LGPD), tema bastante expressivo na LGPD, sendo o consentimento compreendido como “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada” (ART. 5º, INCISO XII - LGPD).

Nas palavras de Doneda (2006, p. 371), o ato de consentir é aspecto basilar no que diz respeito à proteção de dados pessoais, vez que é através do consentimento que o Direito Civil pode estruturar-se a “partir da consideração da autonomia da vontade, da circulação de dados e dos direitos fundamentais, uma disciplina que ajuste os efeitos deste consentimento à natureza dos interesses em questão.

Na proteção das informações pessoais, o cerne do bem jurídico protegido continua sendo a privacidade – que, por sua vez, compõe os direitos da personalidade, e por isso não deve ser cobrada a criação de lei própria, uma vez que a proteção destinada ao direito à privacidade abarca os diversos aspectos para sua plena efetivação, ainda que sejam propagadas por meio tecnológicos (LAEBER, 2007, p. 12).

É possível evidenciar a clara relação entre privacidade e acesso às informações,

afinal, essas fazem parte daquela. Neste sentido, afirma Pupp (2018, p. 10), que para o indivíduo resolver se exhibirá ou não as suas informações pessoais, precisa entender os fins e interesses que serão atingidos. Por isso, o direito de acesso tem como base, o princípio do conhecimento acerca do armazenamento de dados.

Acrescenta-se também o princípio da transparência, que “em decorrência dele, busca-se a adoção de mecanismos de fiscalização, permitindo que o cadastro seja um reflexo condizente à expressão da autodeterminação informativa” (PUPP, 2018, p. 12). Assim, com a transparência na circulação de dados, tornar-se-á possível verificar desde a origem até o destino das informações, resguardando ao titular, na prática, a autonomia e liberdade na transmissão de seus dados, que ainda que comercializados pelos bancos de dados, não saem da pessoalidade do cidadão.

Diferentemente dos bens patrimoniais, os extrapatrimoniais não se separam do indivíduo, no caso em questão, do consumidor. Logo, conforme abordado, ainda que contidos em cadastros, as informações do consumidor lhe pertencem, e por isso a ele deve ser proporcionado todos os meios que de fato contribuam para o efetivo acesso de seus dados.

3. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO ELEMENTO DE GARANTIA AOS DIREITOS DOS CADASTRADOS SOBRE SEUS PRÓPRIOS DADOS

De acordo com o estudado nas seções anteriores, a Lei do Cadastro Positivo, em que pese ter sido criada com o intuito de fomentar a economia e garantir a ampliação do crédito, trouxe a necessidade de maior debate sobre os limites de acesso à informação pessoal dos cidadãos, em especial, diante das lacunas inerentes à privacidade e ao prévio consentimento do titular dos dados.

Atualmente os dados são considerados um dos recursos mais cobiçados, pois o uso adequado das informações pode direcionar os negócios a um caminho mais seguro e rentável, permitir vantagens, garantir maior competitividade, além da redução dos riscos e o aumento da eficiência.

Na visão do matemático londrino Clive Humby os dados são o novo petróleo. Tal expressão passou a ser comum no mercado, sendo utilizada para denotar o quão valiosos são os dados nos dias atuais, de tal modo que quem souber utilizar bem esse recurso tem grande potencial de crescimento em seus negócios (RIPARI, 2019, p. 2).

Muitas empresas já observaram o quão valiosos são estes recursos, os quais aliados a ferramentas de coleta e acionamento podem alavancar os negócios tornando-os muito mais rentáveis, seguros e eficientes. É cada vez mais crescente o interesse por informações dos consumidores, especialmente quando diante do processo de

transformação digital.

A transformação digital consiste no uso de ferramentas digitais com o intuito de gerar valor, em outras palavras, a tecnologia da informação e comunicação passa a ter um papel central nos negócios, a mineração de dados e a utilização destes de modo direcionado à busca de novas oportunidades de negócios e ampliação de mercado passam a ser elementos centrais destas empresas.

Nas palavras de Rabelo (2020, p. 2) “a transformação digital é um processo no qual as empresas fazem uso da tecnologia para melhorar o desempenho, aumentar o alcance e garantir resultados melhores. É uma mudança estrutural nas organizações, dando um papel essencial para a tecnologia”.

Para Chinen (2019, p. 1) a transformação é um processo de grande relevância nas estratégias e vantagens competitivas das empresas:

O processo de Transformação Digital é extremamente importante nas estratégias de vantagem competitiva das empresas. As mudanças tecnológicas digitais ocorridas nos últimos anos trouxeram desafios e oportunidades para os negócios, transformando em sua totalidade o comportamento dos consumidores e a estrutura dos mercados, surgindo a necessidade da organização em realizar Transformação Digital para manter-se competitiva. Este fenômeno vai além de simples mudanças operacionais influenciadas pelas novas tecnologias. Ele possui um caráter estratégico e afeta todas as dimensões da empresa, operações, processos, produtos e, evidentemente, a cultura organizacional. Em outras palavras, a Transformação Digital corresponde à um conjunto de mudanças digitais que modificam a maneira como as empresas realizam negócio (CHINEN, 2019, p. 1).

Em um mundo cada vez mais globalizado e informatizado trouxe inúmeras vantagens de acesso à informações, produtos e serviços, entretanto, trouxe também uma maior vulnerabilidade à privacidade dos consumidores, cujos dados e perfil de consumo estão sendo observados a todo o instante, inclusive por meio legais, que é o caso do cadastro positivo. Neste contexto a atuação do Poder Judiciário mostra-se de curial relevância para assegurar a garantia aos direitos do cadastrado sobre os seus próprios dados.

A importância da atuação do poder judiciário é apontada por Vianna (1999) ao tratar sobre o eixo procedimentalista, representado nas obras de J. Habermas e A. Garapon, por meio do qual o direito deveria zelar pelo contínuo processo de aperfeiçoamento democrático, abrindo a possibilidade de intervenção no processo de formação majoritária, e eixo substancialista, este associado às obras de M. Cappelletti e R. Dworkin, onde as novas relações entre direito e política seriam tomadas como inevitáveis por serem

favoráveis ao enriquecimento da agenda igualitária, teriam em comum o fato de que ambos os eixos, tanto o procedimentalista, quanto o substancialista, reconheceriam o poder judiciário como instituição estratégica na democracia contemporânea, vez que não estaria “limitada às funções meramente declarativas do direito, mas impondo-se entre os demais poderes como um agência indutora de um efetivo checks and balances, e da garantia individual e cidadã” (VIANNA, et al, 1999, p. 24).

Nas palavras de Garapon (2001, p. 39) a justiça é guardiã do direito, no sentido de resguardar os pactos aos quais os cidadãos são interligados. Ela garante a identidade da democracia, entendida como uma forma que “não permanece a mesma através dos tempos, mas que se mantém como uma promessa feita”. O juiz, neste contexto, tem o firme propósito de proteger a memória dessa promessa inicial.

Ao se debruçar sobre o histórico do judiciário no Brasil Cátia Aida Silva (2001, p. 32) aduz que ao mesmo tempo em que se evidenciava o anacronismo nas legislações, a ausência de instrumentos jurídicos que permitissem a representação de grupos e causas coletivas o judiciário despontava como espaço de luta e de conquista de direitos.

Nas palavras de Cardoso (2018, p. 33), a Constituição vigente é responsável por uma incrível ampliação dos direitos no Brasil, o que contribuiu para uma maior expectativa dos cidadãos de verem cumpridas as garantias ali contempladas. Tal mudança também repercute no sistema de justiça, vez que a inexistência de políticas públicas ou até mesmo sua atuação ineficiente passa ser pauta frequente na espera judicial, mas não apenas isto, há ainda impactos a experiência democrática como um todo especialmente no que diz respeito à dinâmica entre os poderes constituídos e o atendimento das expectativas de ampliação da cidadania.

Considerando portanto tratar-se de um direito constitucionalmente assegurado, fala-se aqui especialmente da proteção à intimidade, e considerando ainda a existência de lacunas no que se refere ao acesso e manuseio de dados pessoais pelos sistemas de cadastros positivos, obscuridade estas referentes especialmente à transparência e consentimento prévio do titular das informações, a presença e atuação do Poder Judiciário faz-se imperiosa.

Como bem observa Aline Góis (2017) há grande vulnerabilidade aos consumidores no que diz respeito aos dados pessoais constantes em bancos de dados, tais como os sistemas de cadastro positivo e *credit scoring*:

Vale asseverar, por convir, que os bancos de dados, atualmente, estão ficando desvalidos de segurança por parte dos consumidores. Um exemplo disso é o sistema de *credit scoring*, o qual é guarnecido por meios desconhecidos pelos consumidores, deixando-os, muitas vezes, sem o acesso ao crédito por

estarem com uma “pontuação” não condizente com a classe “boa pagadora”. Outro exemplo, nesse mesmo sentido, é o compartilhamento de dados “por espelhamento”, no qual entidades de proteção ao crédito trocam informações entre si, entre os comerciantes e financeiras “por espelhamento”, isto é, divulgando informações decorrentes de outros bancos de dados, sem, ao menos, verificá-las (GÓIS, 2017, p. 15).

A vulnerabilidade citada por Góis ficou patente no em recente julgado, datado de maio de 2021, onde a 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios decidiu por unanimidade suspender uma prática que vinha sendo perpetrada pelo Serasa Experian, tal conduta consistia na venda de dados pessoais de milhares de consumidores. Essa decisão decorreu de uma Ação Civil Pública ajuizada pela Unidade Especial de Proteção de Dados e Inteligência Artificial (ESPEC), após a referida unidade indetificar a comercialização de dados pessoais como nome, endereço, CPF, número de telefone, perfil financeiro, poder aquisitivo e classe social (MPDFT, 2021):

Estima-se que a Serasa venda dados pessoais de mais de 150 milhões de brasileiros. A comercialização ocorria por meio dos serviços “Lista Online” e “Prospecção de Clientes”, oferecidos pela Serasa Experian. A atividade fere a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) que garante ao titular dos dados o poder sobre trânsito e uso de suas informações pessoais. A conduta da empresa fere o direito à privacidade, à intimidade e à imagem e, por isso, também está em desacordo com o previsto na Constituição Federal, no Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor e no Marco Civil da Internet. A situação é ainda mais grave, conforme demonstrou o MPDFT, pelo fato de a Serasa Experian ter respaldo legal para o tratamento de dados desta natureza para fins de proteção do crédito. Entretanto, as permissões não contemplam os usos apontados pela investigação (MPDFT, 2021).

Em um olhar desatento se poderia pensar que a prática exercida pelo Serasa Experian estaria revestida de legalidade, isto porque a referida entidade possui respaldo legal para o tratamento de dados. No entanto é preciso estar atento para o fato de que este tratamento deve estar restrito à proteção do crédito. A revelia deste dever, o que se observa do caso em comento é uma nítida violação aos direitos dos consumidores que certamente não tomaram conhecimento prévio nem tampouco consentiram com a comercialização de suas informações pessoais.

Em outro recente julgado, este datado do final do ano de 2020, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal determinou que o portal Mercado Livre suspendesse o anúncio referente a venda de banco de dados e cadastro em geral. A referida decisão foi tomada

com base na **Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)**:

O autor da ação, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios - MPDFT afirma que foi identificada a comercialização de dados pessoais de brasileiros por meio do site Mercado Livre. Narra que o vendedor, oferta banco de dados e cadastros e que o principal beneficiário é uma empresa do Rio Grande do Sul. O MPDFT argumenta que a prática ofende a privacidade daqueles cujos dados são comercializados. Ao analisar o pedido, o magistrado observou que a empresa comercializa informações relacionadas a pessoas naturais que podem ser identificadas ou identificáveis. Não há, segundo o juiz, indícios de que os titulares dos dados concordem com a venda, o que demonstra “a irregularidade na indistinta comercialização promovida”. Para o julgador, a prática afronta tanto a Constituição Federal quanto a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. “Tal prática, portanto, está em patente confronto com o princípio constitucional da inviolabilidade do sigilo de dados (...) a demonstrar a probabilidade do direito invocado. O perigo de dano, por sua vez, dessa vez, dessa persistente violação à privacidade dos titulares dos dados, a tornar impositiva a suspensão do comércio erigido pelo réu”. Dessa forma, foi deferida a tutela de urgência para determinar que a empresa Sidnei Sassi se abstenha de disponibilizar, de forma gratuita ou onerosa, digital ou física, dados pessoais de quaisquer indivíduos, sob pena de multa no valor de R\$ 2.000,00, para cada operação nesse sentido. Foi determinando ainda que o Mercado Livre suspenda o anúncio da venda dos dados e forneça os dados cadastrais do usuário da plataforma nominado EMARKETING011ERICAVIRTUAL (PJe: 0733785-39.2020.8.07.0001, TJDF, 2020).

O judiciário, portanto, apresenta-se como guardião dos direitos dos consumidores, pois, em que pese haver a dispensa do consentimento no caso da formação do cadastro positivo, o tratamento dos dados deve ser realizado em consonância com a finalidade, boa-fé e interesse público, estando sempre resguardados os direitos do titular no caso de violação ou desvirtuamento de seu legítimo fim.

Do mesmo modo é reconhecida a importância do acesso democrático aos dados constantes nos sistemas de Cadastros Positivos, de sorte que o judiciário tem sido firme no sentido de reconhecer o direito dos consumidores de serem esclarecidos a respeito da fonte dos dados considerados (histórico de crédito) bem como as informações pessoais valoradas.

Ademais, informações excessivas, sensíveis ou ainda no caso de recusa de crédito decorrente de informações incorretas ou desatualizadas são passíveis de indenização

por Danos Morais é o que ficou consignado no julgado acima citado.

O fato de ser dispensável o consentimento prévio não desnatura o direito de o consumidor ter acesso às informações que lhe dizem respeito, de maneira clara e objetiva.

O Poder judiciário tem sido fundamental para reforçar esta que não é apenas uma necessidade mas legítimo direito daquele que tem seus dados manipulados por terceiros. O acesso à informação e o trato correto dos dados implica no resguardo de outros direitos de igual relevância, a exemplo do direito à intimidade, vida privada, honra e imagem. Neste contexto importantes são as observações de Aline Alves Góis (2017):

Com as atuais positivações sobre os bancos de dados, legais e infralegais, deve-se, acima de tudo, efetivar tais normas, e, efetivamente, reconhecê-las como um direito fundamental. Um dos direitos fundamentais é a privacidade, a qual hoje se apresenta defeituosa com o advento da tecnologia. Seria leviano pensar que a revolução tecnológica veio tão somente prejudicar, entretanto, no que se refere à transferência de informações, passou-se a mitigar a democracia da informação, pois o cidadão perde a liberdade de controle de seus dados que, por vezes, são repassados sem o devido conhecimento. Para que se possam minimizar problemas como esse, deve-se ter um olhar mais atencioso sobre a autodeterminação informativa, uma vez que esta limita os repasses das informações, subordinando a aceitação e fiscalização do cadastrado (GÓIS, 2017, p. 12).

A globalização da tecnologia e a popularização de sua utilização facilitou a difusão de informações, sendo estas muitas vezes transmitidas de forma instantânea, por outro lado este processo deixou o consumidor em situação de vulnerabilidade tanto no sentido de ter seus dados violados, quanto no que se refere à acessibilidade destes dados. Portanto, é imperiosa a atuação do Poder Judiciário no sentido de fazer cumprir direitos inerentes à intimidade, privacidade e acesso à informação, de forma a efetivamente proteger o titular dos dados e a desestimular práticas que levem a estas violações.

CONCLUSÃO

Ao longo da pesquisa foi possível analisar os modos de operacionalização dos cadastros positivos e seu amparo legal, bem assim as formas de restrição do acesso à informação realizadas pelos bancos de proteção ao crédito.

Verificou-se que a LGPD traz dispositivo que, dentre outros, assegura ao consumidor à gratuidade do acesso de suas informações presentes em banco de dados; o direito de conhecer os principais elementos utilizados como critérios para a avaliação do risco na concessão do crédito; de ser comunicado previamente sobre o armazenamento de

seus dados, bem como ter conhecimento do gestor de suas informações, assim como do objetivo a ser realizado com a coleta de seus dados e dos destinatários cujas suas informações poderão ser compartilhadas; além disso, tem a garantia de que seus dados pessoais sejam utilizados apenas para a finalidade proposta inicialmente na coleta.

Tal garantia não está restrita à LGPD, há inúmeros os diplomas legais e os preceitos normativos que asseguram o direito à informação, bem como seu acesso ao consumidor, entretanto, o que se observa na prática é que a disponibilização e o tratamento destes dados ainda são precários, quando não contrário ao que diz a legislação de regência.

O acesso à informação no que tange aos bancos de dados de proteção ao crédito é de extrema importância, primeiramente, porque a informação do consumidor é garantia constitucional e infraconstitucional e reflete na própria privacidade e intimidade do cidadão. Em segundo lugar, o direito à informação permite que outros direitos sejam cumpridos. Quando é garantido ao consumidor verificar onde se encontram seus dados e que informações foram colhidas a seu respeito, ele poderá apagar dados antigos, corrigir e até mesmo acrescentar outros que julgue necessário. Como foi constatado, o direito ao acesso à informação tem um viés multifacetado. E mais, ter conhecimento de todo o mecanismo que envolve a disposição de seus dados, permite-lhe melhor administração e autonomia para com suas informações.

Verificou-se que o processo atualmente existente requer a intensa participação do Poder Judiciário, cujos julgados poderão representar importante papel no processo de democratização do acesso às informações constantes nos cadastros positivos, relevância esta que se estende ao resguardo dos direitos dos consumidores no caso de desvirtuamento da finalidade pública quanto ao tratamento destes dados.

Os julgados colacionados reforçam a ideia de que ainda é forte a necessidade da presença do judiciário no sentido de fazer cumprir os direitos dos consumidores quanto ao uso inadequado de suas informações e ainda quanto ao acesso às informações constantes nos bancos de dados dos cadastros positivos. No entanto, para além das searas jurídicas, espera-se que em um futuro breve esses julgados sejam capazes de conduzir a práticas que efetivamente resguardem os direitos dos cidadãos e permitam a estes uma participação mais efetiva e democrática.

Espera-se ainda que o acesso aos dados seja realizado através de mecanismos que ofereçam melhor entendimento para o consumidor acerca da situação a qual estará se submetendo. É por isso que esse acesso deve estar embasado democraticamente, e quando se fala nesse termo, busca usá-lo para refletir um processo utilizado para o alcance e efetivação de direitos. Democratizar o acesso é torná-lo próximo do cidadão para que exista uma real compreensão do percurso que seus dados, patrimônios intrínsecos, estarão realizando.

REFERÊNCIAS

BADIN, Arthur; SANTOS, Bruno Carazza dos; DAMASO, Otávio Ribeiro. Os Bancos de Dados de Proteção ao Crédito, o CDC e o PL 5.870: comentários sobre direito e economia. Revista de Direito do Consumidor, vol. 61/2007, p.11-39, jan-mar/2007. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad-82d9b00000167823f4b0da6103471&docguid=If4767c10f25211dfab6f010000000000&hitguid=If4767c10f25211dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=2022&context=17&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em 22 mai. 2021.

BESSA, Leonardo. Responsabilidade Civil dos Bancos de Dados de Proteção ao Crédito: diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei do Cadastro Positivo. Revista de Direito do Consumidor, vol. 92/2014, p. 49-73, mar-abr/2014.

BRASIL Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. 20. ed. São Paulo: Rideel, 2014.

_____. Lei nº 12.414 de 09 de junho de 2011. 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm. Acesso em: 20 set. 2018.

_____. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 20 set. 2018.

_____. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – MPDFT. Justiça mantém decisão e Serasa Experian segue impedida de vender dados pessoais. Disponível em <<https://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/comunicacao-menu/sala-de-imprensa/noticias/noticias-2021/13038-justica-mantem-decisao-e-serasa-experian-segue-impedida-de-vender-dados-pessoais>> Acesso em 02 Jun. 2021.

_____. Tribunal de justiça do Distrito Federal e Territórios. Ação Civil Pública Cível. Acp-civ 0733785-39.2020.8.07.0001 - Direito do Consumidor. Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios X Sidnei Sassi. Disponível em <<https://pje.tjdft.jus.br/consulta-publica/ConsultaPublica/listView.seam>> Acesso em 03 Jun. 2021.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Recurso nominado n. 8062022520138240045. Direito do Consumidor. Disponível em <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/943125754/recurso-inominado-ri-8062022520138240045-palho>>

ca-0806202-2520138240045> Acesso em 03 Jun. 2021.

CARDOSO, Luciana Zaffalon Leme. A política da justiça: blindar as elites: criminalizar os pobres. 1. ed. – São Paulo: Hucitec, 2018..

CARVALHO, Ana Paula Gambogi. O Consumidor e o Direito à Autodeterminação Informativa: considerações sobre os bancos de dados eletrônicos. Revista de Direito do Consumidor. vol. 46/2003, p. 77-119, abr-jun/2003.

CHINEN, Rafaela Yuri. Transformação digital nos negócios: uma abordagem visando barreiras e aceleradores do processo. Trabalho de Conclusão de Curso. Escola de Engenharia de São Carlos - USP. REBELATTO, Daisy Aparecida do Nascimento (Orientadora). Universidade de São Paulo: São Paulo, 2019. Disponível em < <http://www.tcc.sc.usp.br/tce/disponiveis/18/180840/tce-11102019-111906/?&lang=br>> Acesso em 02 Jun. 2021.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789. Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de Direito Civil. Vol. 1, parte geral. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

GÓIS, Aline Alves. A eficácia do cadastro positivo e o direito à privacidade. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-eficacia-do-cadastro-positivo-e-o-direito-a-privacidade/>> Acesso em 03 Jun. 2021.

GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia: o guardião das promessas. Rio de Janeiro: Renavan, 2001.

LAEBER, Márcio Rafael Silva. Proteção dos dados pessoais: o direito à autodeterminação informativa. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. vol. 37, p. 59-80, jul-set/2007.

MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 7. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NUNES, Rizzatto. Curso de Direito do Consumidor. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PETRY, Alexandre Torres; COSTA, Dominik Manuel Bouza da. Os bancos de dados de crédito e os direitos dos consumidores: a realidade na Alemanha e no Brasil. Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, vol. III, n. 10, jun. 2013. Disponível em: https://app.vlex.com/#BR/search/jurisdiction:BR+content_type:4/Sistema+de+registro+de+dados+do+consumidor+cadastro+positivo+cadastro+negativo/BR/vid/438555178. Acesso em: 20 mai. 2021.

PUPP, Karin Anneliese. O Direito de Autodeterminação Informacional e os Bancos de Dados dos Consumidores: a Lei 12.414/2011 e a Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) em um estudo de casos comparados sobre a configuração do dano indenizável nas cortes de justiça do Brasil e da Alemanha. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 118/2018, p. 247-278, jul-ago/2018.

RABELO, Agnes. Transformação Digital: o que é e quais os seus impactos na sociedade. Artigo publicado em 11 Mar. 2020. Disponível em < <https://rockcontent.com/br/blog/transformacao-digital/>> Acesso em 02 Jun.2021.

RIPARI, César. Porque os dados são considerados o novo petróleo? Disponível em <<https://administradores.com.br/noticias/por-que-dados-sao-considerados-o-novo-petroleo>> Acesso em 02 Jun. 2021.

SILVA, Cátia Aida. *Justiça em jogo: novas facetas da atuação dos promotores de justiça*. São Paulo: Edusp, 2001.

VIANNA, Luiz Werneck (et al). *A judicialização da Política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.



Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB**?
Gostaria de submeter seu trabalho a Revista Direito.UnB?
Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>
e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.

ASPECTOS CONSUMERISTAS RELATIVOS À ENERGIA SOLAR FOTOVOLTAICA

CONSUMER ASPECTS RELATED TO PHOTOVOLTAIC SOLAR ENERGY

Recebido: 08.05.2023

Aceito: 08.10.2025

Antônio Carlos Efing

Mestre e Doutor em Direito pela PUCSP. Professor Titular da graduação e pós-graduação da PUC-PR.

E-mail: antonio.efing@pucpr.br



Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7060-2654>

Nicolle Suemy Mitsuhashi

Mestranda em Direito pela PUCPR.

E-mail: nicksuemy@gmail.com



Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2169-4297>

RESUMO

A geração de energia elétrica a partir de fonte solar fotovoltaica tem apresentado relevante expansão no cenário brasileiro nos últimos anos, especialmente em razão da possibilidade de geração de energia elétrica para uso próprio pelas unidades consumidoras, através da Micro e Minigeração Distribuída de Energia Elétrica (MMGD). Sob essa perspectiva, identifica-se a relação de consumo especialmente para a aquisição e instalação do equipamento para geração de energia solar fotovoltaica. Nesse cenário, diante da vulnerabilidade do consumidor, pretende-se, por meio do presente estudo, de abordagem qualitativa e método exploratório, com pesquisa bibliográfica e documental, verificar quais as regras estabelecidas pelo Direito do Consumidor, a serem observadas pelos fornecedores, que merecem atenção pelos consumidores que pretendem se tornar micro e minigeradores de energia distribuída empregando tecnologia solar fotovoltaica. Entre essas questões, notadamente, encontra-se o dever de informação e outros deveres relacionados, a estipulação de garantia contratual e da destinação dos resíduos no pós-consumo. Ao final, conclui-se que existem aspectos da relação de consumo a serem



Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.

This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that allows sharing in any format as long as the original work is properly acknowledged.

considerados especificamente no âmbito da aquisição de equipamentos e respectiva instalação para geração de energia solar fotovoltaica, as quais este estudo pretende esclarecê-las aos consumidores e fornecedores.

Palavras-chave: Relação de Consumo. Consumidores. Energia Solar Fotovoltaica. Micro e Mini-geração Distribuída.

ABSTRACT

The generation of electricity from solar photovoltaic sources has presented a relevant expansion in the Brazilian scenario in recent years, especially due to the possibility that the consumer units generate the electricity they use, through the Micro and Mini-Distributed Generation of Electricity (MMDGE). From this perspective, the consumption relation is identified especially for the acquisition and installation of equipment for photovoltaic solar energy generation. In this scenario, considering the consumer's vulnerability, it is intended, through the present study, of qualitative approach and exploratory method, with bibliographic and documental research, to verify which rules established by the Consumer Law, to be observed by the suppliers, that deserve attention by the consumers that intend to become micro and mini-generators of distributed energy using photovoltaic solar technology. Among these issues, notably, it is the duty of information, the stipulation of contractual warranty and the destination of post-consumption waste. In the end, we conclude that there are aspects of the consumer relationship to be considered specifically in the scope of the acquisition of equipment and respective installation for the generation of photovoltaic solar energy, which this study intends to clarify for consumers and suppliers.

Keywords: Consumer Relations. Consumers. Photovoltaic Solar Energy. Distributed Micro and Minigeneration.

1. INTRODUÇÃO

Existem diversos motivos que podem levar os particulares a optarem por investimentos em sistemas próprios de geração de energia elétrica. A principal motivação tem sido de caráter econômico, isto é, relacionada à oportunidade de redução considerável dos custos relacionados à eletricidade. Para além disso, pode também decorrer de uma preocupação com a proteção ambiental, buscando a geração de energia sem a emissão de gases de efeito estufa, ou até do interesse em se alcançar maior independência do fornecimento da distribuidora de energia local.

Independentemente do fator que motivar a tomada de decisão, observa-se que a participação das unidades consumidoras na geração de energia elétrica para consumo

próprio e com conexão à rede de distribuição tem crescido nos últimos anos. Esse tema é regulamentado no contexto brasileiro sob a denominação de “Micro e Minigeração Distribuída de Energia Elétrica (MMGD)” e a principal fonte energética adotada para tanto é a energia solar fotovoltaica.

A energia solar fotovoltaica apresenta as vantagens de não emitir gases poluentes, utilizar fonte de energia inesgotável e não dependente de condições climáticas específicas (como grandes volumes de chuvas ou força dos ventos), além de apresentar facilidades para a instalação, já que seus equipamentos podem ser fixados em diversos lugares, inclusive em telhados, sem ocupar grandes espaços nem exigir grandes investimentos em estruturas diferenciadas.

Para que isso seja possível, as pessoas físicas e jurídicas que optam por aderir à micro ou minigeração distribuída precisam adquirir os equipamentos e contratar os prestadores de serviço, a quem caberá as atividades de instalação e manutenção, além de acesso às redes de distribuição de eletricidade. Nesse sentido, as relações de consumo são estabelecidas, apresentando peculiaridades.

Deste modo, numa realidade em que cada vez mais o consumidor de energia elétrica passa a também participar da geração de eletricidade (ao menos para consumo próprio), surge o questionamento acerca das relações de consumo existentes para a MMGD e os tratamentos jurídicos específicos que devem ser objeto de atenção por esse consumidor e na proteção de seus interesses.

Com efeito, o presente estudo é iniciado com a abordagem dos elementos gerais da relação de consumo para, em seguida, identificar as relações de consumo no âmbito da energia solar fotovoltaica a ser instalada na MMGD, bem como os respectivos produtos e serviços. Na sequência, algumas questões específicas decorrentes da aplicação da legislação consumerista são tratadas, como o dever de informação dos fornecedores e outros relacionados, bem como a destinação dada aos resíduos no pós-consumo, buscando constatar e esclarecer as regras e direitos que devem ser observados pelos fornecedores e pelos consumidores frente às peculiaridades do fornecimento dos produtos e serviços no âmbito da MMGD.

Para tanto, foi adotado o método exploratório, a partir de pesquisa documental e bibliográfica, sob a hipótese de que diversas relações de consumo são estabelecidas para possibilitar a existência de MMGD e o tratamento a ser conferido pelo Direito do Consumidor deve observar o desequilíbrio técnico agravado entre as partes, a fim de que a tutela consumerista seja empregada de modo mais atento à proteção desses consumidores.

2. A RELAÇÃO DE CONSUMO E A ENERGIA SOLAR FOTOVOLTAICA

A Lei 14.300/2022 regulamenta atualmente a possibilidade de que unidades consumidoras gerem, em baixas potências, a energia elétrica que utilizarão, estando conectadas à rede de distribuição e se utilizando especialmente de fontes renováveis de energia para tanto⁶⁴⁴. Isso é denominado de micro e minigeração distribuída (MMGD), já que a geração de eletricidade ocorre no local em que se consome, de maneira dispersa, com pequena capacidade instalada, destinada em maior medida ao consumo próprio.

Cumprе ressaltar que, conforme se extrai do art. 2º da Lei 14.300/2022, os sistemas fotovoltaicos dos microgeradores e minigeradores podem operar exclusivamente a partir de uma fonte energética ou através de sistemas híbridos, que se referem à combinação de fontes de geração de energia⁶⁴⁵, assim como podem empregar sistemas de armazenamento de energia.

Nesse contexto, a fonte de energia mais utilizada no Brasil é a energia solar fotovoltaica, correspondendo à participação de 88,3% na MMGD em 2021, segundo dados divulgados no Relatório Síntese, elaborado pela Empresa de Pesquisa Energética⁶⁴⁶.

A energia solar fotovoltaica envolve a conversão da luz solar diretamente em eletricidade, sem a interferência de motores térmicos. Os módulos fotovoltaicos são construídos através de dispositivos semicondutores de estado sólido, os quais configuram os equipamentos que promovem a conversão de luz solar em energia elétrica⁶⁴⁷.

Nesse contexto, cumprе ressaltar que, segundo Pinho e Galdino, a obtenção da energia solar fotovoltaica se dá por meio do processo de conversão da luz em eletricidade, sendo que um dispositivo produzido com material semicondutor, chamado de célula fotovoltaica, trata-se de dispositivo fundamental para a conversão. O conjunto de células fotovoltaicas, conectadas eletricamente e encapsuladas, de modo a possibilitar o uso prático da energia, forma o chamado módulo fotovoltaico⁶⁴⁸.

Ainda, segundo referidos autores, compõe o sistema fotovoltaico: um bloco gerador – o qual corresponde a arranjos fotovoltaicos, formados por módulos fotovoltaicos

644 BRASIL. Lei Federal n.º 14.300, de 6 de janeiro de 2022. **Diário Oficial**, Brasília, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/l14300.htm. Acesso em: 4 maio 2023.

645 PINHO, João Tavares; GALDINO, Marco Antonio. **Manual de Engenharia para Sistemas Fotovoltaicos**. Rio de Janeiro: CEPEL-CERESB, 2014. *E-book*.

646 EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. **Relatório Síntese**: BEN 2022 – Ano Base 2021. Rio de Janeiro: EPE, 2022. Disponível em: https://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-675/topico-631/BEN_S%C3%ADntese_2022_PT.pdf. Acesso em: 14 nov. 2022.

647 DE MORAIS, Fabrício Higo Monturil; DA SILVA, Osvaldo Augusto Vasconcelos de Oliveira Lopes; DE MORAES, Albemerc Moura; BARBOSA, Fábio Rocha. **Energia Solar Fotovoltaica**: Fundamentos para Análise de Viabilidade Técnica Econômica. Teresina: EdUESPI, 2021. Disponível em: <https://editora.uespi.br/index.php/editora/catalog/view/63/67/398-2>. Acesso em 14 nov. 2022.

648 PINHO, João Tavares; GALDINO, Marco Antonio. op. cit., *E-book*.

em associações diversas, pelo cabeamento elétrico que os conecta e pela respectiva estrutura de suporte – e um bloco de condicionamento de potência (que pode ter, por exemplo, conversores, inversores, controladores de carga e outros equipamentos de proteção e controle), podendo também ser utilizado um bloco de armazenamento, referente a acumuladores elétricos, como baterias ou outros equipamentos destinados ao armazenamento de energia⁶⁴⁹.

Inclusive, a energia solar fotovoltaica não gera efluentes em qualquer estado físico nem provoca a emissão de ruídos ao longo da produção de energia elétrica, assim como não envolve alta emissão de poluentes durante a fabricação de seus módulos fotovoltaicos, sendo essa fabricação altamente controlada⁶⁵⁰.

Também deve ser considerado que, no âmbito da MMD, a unidade consumidora (e geradora) encontra-se conectada à rede de distribuição e, nesse sentido, essa relação é regulada sob a denominação de Sistema de Compensação de Energia Elétrica (SCEE), definido pelo art. 1º, XIV, da Lei 14.300/2022, como um sistema em que a energia é injetada pelo micro ou minigerador de energia distribuída na rede da distribuidora local, sendo cedida a título de empréstimo gratuito e compensada, em momento posterior, com o consumo de energia elétrica, ou contabilizada como crédito de energia de unidades consumidoras participantes.

Isso porque, os micro e minigeradores podem gerar energia e consumir simultaneamente, mas também é possível que gerem mais energia do que consomem (situação em que o excedente é disponibilizado na rede de distribuição sob empréstimo gratuito), bem como podem gerar menos energia do que necessitam, hipótese em que se utilizam da energia da distribuidora, de modo que as unidades consumidoras podem ter a energia “devolvida”, ou sofrer normalmente as cobranças pelo fornecimento, caso não tenham previamente “emprestado” energia à distribuidora ou não tenham créditos de energia em face dela.

Contudo, para que essa geração em unidades consumidoras seja possível, evidentemente é necessária a aquisição de equipamentos e sua instalação. Para tanto, os particulares que optam por aderir a essa forma de geração de energia elétrica, encontram-se na condição de consumidores em face dos fornecedores dos aparelhos e dos serviços, bem como das distribuidoras de energia, conforme se extrai dos elementos da relação de consumo.

2.1 Elementos da relação de consumo

649 PINHO, João Tavares; GALDINO, Marco Antonio. **Manual de Engenharia para Sistemas Fotovoltaicos**. Rio de Janeiro: CEPEL-CERESB, 2014. *E-book*.

650 GOLDEMBERG, José; PALETTA, Francisco Carlos. **Energias Renováveis**. 1. ed. São Paulo: Blucher, 2012. *E-book*.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) define o consumidor como toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final (art. 2º).

Nesse contexto, de acordo com Theodoro Júnior, a doutrina apresentou três teorias quanto à definição de consumidor: a finalista, a maximalista e a de finalismo aprofundado.

A teoria finalista compreende o destinatário final como aquele que retira o bem do mercado sem interesse profissional, atribuindo-lhe destinação pessoal, ou seja, destina-o ao uso próprio. Já para os maximalistas, não é relevante o aspecto econômico para a caracterização do consumidor, sendo suficiente a análise fática, isto é, que o sujeito retire o produto ou serviço do mercado e o utilize. O finalismo aprofundado, por sua vez, adota posicionamento semelhante à teoria finalista, mas acrescenta, excepcionalmente, a possibilidade de ampliação da proteção legal para alcançar atividades empresariais, diante da vulnerabilidade do consumidor, o que configura o entendimento adotado em grande medida pelo Superior Tribunal de Justiça⁶⁵¹.

Nesse sentido, deve-se destacar que, no art. 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor, foi evidenciada a intenção do legislador em atribuir ao consumidor a condição de vulnerável, característica decorrente da própria condição de destinatário final do objeto da relação de consumo (conceito jurídico), o que difere esse conceito da hipossuficiência, a qual decorre de disparidades constatadas em situações concretas⁶⁵².

Guilherme Ferreira da Cruz indica como espécies de vulnerabilidade do consumidor: a técnica (relacionada à falta de conhecimentos específicos acerca dos objetos que adquire), a jurídica (relativa à falta de conhecimento legal e decorrente do fato de que o consumidor não se envolve em litígios com frequência) e a fática (também denominada de socioeconômica, observada a partir do fornecedor, sendo que pode decorrer de seu amplo poder econômico ou da essencialidade do serviço por ele prestado)⁶⁵³.

Nesse contexto, Nunes esclarece que, quando o produto ou serviço puder ser utilizado como bem de consumo, é atraída a incidência do CDC, isto é, a legislação consumerista se destina ao controle de produtos e serviços disponibilizados e vendidos no mercado de consumo, os quais foram produzidos para a venda, independentemente da posterior utilização⁶⁵⁴.

651 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*.

652 TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**, volume único. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022. *E-book*.

653 CRUZ, Guilherme Ferreira da. **Teoria geral das relações de consumo**. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*.

654 NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

Ademais, quanto ao consumidor pessoa jurídica, Nunes aponta que o art. 2º do Código de Defesa do consumidor não o especifica, podendo apresentar qualquer estrutura e adotar qualquer formato. Inclusive, para ser considerada consumidora, apenas poderia consumir os produtos ou serviços que revelassem possibilidade técnica, que lhe servissem como bens de produção e que também fossem bens de consumo⁶⁵⁵.

Por sua vez, Cunha indica a possibilidade de aplicação das disposições do CDC subsidiariamente aos contratos administrativos, desde que o órgão ou entidade pública se encontre em situação de vulnerabilidade técnica, científica, fática ou econômica diante do fornecedor e que esteja adquirindo o produto ou serviço para o atendimento de uma necessidade própria, não negocial⁶⁵⁶.

Brito e Costa, em sentido próximo, sustentam a observância da corrente finalista aprofundada, apesar da existência de divergência doutrinária, de modo que apontam como cabível a aplicação das normas consumeristas no contexto da Administração Pública⁶⁵⁷.

Inclusive, observa-se que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou nesse sentido, considerando pessoas jurídicas de direito público como consumidoras:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONTRATO COM INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. TRANSFERÊNCIA BANCÁRIA. EQUÍVOCO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. APLICAÇÃO DO CDC À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOMENTE EM SITUAÇÕES ESPECÍFICAS SE EXISTENTE VULNERABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

(...)

3. Cinge-se a controvérsia a saber se a Administração Pública pode ser considerada consumidora de serviços por ela contratados.

4. O conceito de consumidor consta do art. 2º do CDC, verbis:

“Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”

5. Não se desconhece a existência de precedentes do Superior Tribunal de Justiça afastando a incidência do CDC em contratos em que é parte a Administração Pública (REsp 527.137/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 31/5/2004, p. 191; e REsp 1.745.415/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 21/5/2019). Embora exista doutrina que defenda que o conceito de consumidor não abrange o Estado, por entender que não existe desequilíbrio entre

E-book.

655 NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. *E-book.*

656 CUNHA, Jatir Batista da. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos Contratos Administrativos. **Revista do TCU**, Brasília, v. 32, n. 87, jan/mar 2001, p. 30-34.

657 BRITO, Dante Ponte de; COSTA, Cora Cristina Ramos Barros. **Arquivo Jurídico**. Teresina, PI, v. 4, n. 1, p. 55-83, Jan./Jul. de 2017. Disponível em: <https://ojs.ufpi.br/index.php/raj/article/viewFile/7418/4305>. Acesso em: 22 nov. 2022.

o fornecedor e a Administração Pública, em virtude do regime jurídico administrativo, em que há supremacia do interesse público sobre o privado, e pela prestação, objeto e condições contratuais serem definidos pelo Estado, esse não é o entendimento que deve preponderar.

6. A Administração Pública pode ser considerada consumidor de serviços, porque o art. 2º do CDC não restringiu seu conceito a pessoa jurídica de direito privado, bem como por se aplicarem aos contratos administrativos, supletivamente, as normas de direito privado, conforme o art. 54 da Lei 8.666/1993, e, principalmente, porque, mesmo em relações contratuais regidas por normas de direito público preponderantemente, é possível que haja vulnerabilidade da Administração.

7. Apesar de a Administração Pública poder definir o objeto da licitação (bens, serviços e obras), o fato é que serão contratados os disponíveis no mercado, segundo as regras nele praticadas, de modo que o Estado não necessariamente estará em posição privilegiada ou diferente dos demais consumidores, podendo, eventualmente, existir vulnerabilidade técnica, científica ou econômica, por exemplo.

8. A existência das cláusulas exorbitantes que permitem a modificação das cláusulas contratuais e a revisão diante de fatos supervenientes, além das prerrogativas decorrentes do regime jurídico de direito público ? como a possibilidade de aplicar sanções, fiscalizar e rescindir unilateralmente o contrato e recusar o bem ou serviço executado em desacordo com a avença ou fora das especificações técnicas ?, conferem condição especial à Administração, dispensando-se o uso do CDC, na maior parte dos casos.

9. Contudo, a legislação especial relativa à contratação de bens, obras e serviços públicos não confere proteção direta à Administração Pública na posição de consumidora final ou usuária de serviços, sendo que a própria Lei de Licitações e Contratos prevê a aplicação supletiva das normas de direito privado.

10. Além disso, a Administração Pública celebra contratos regulados predominantemente por regras de direito privado, nos termos do art. 62, § 3º, da Lei 8.666/1993, como os de locação, seguro e mesmo os bancários, como é o caso dos autos.

11. Apesar de não ser o caso em exame, não se podem olvidar, ainda, os pactos feitos pelas pessoas jurídicas de direito privado que exploram atividade econômica: empresas públicas e as sociedades de economia mista. Nessa última situação, tais empresas não celebram contratos administrativos, não incidindo as cláusulas exorbitantes.

Por não serem contratos administrativos não se justifica afastar a aplicação do CDC.

12. Portanto, diante de determinadas circunstâncias do caso concreto, quando os instrumentos previstos na legislação própria foram insuficientes ou insatisfatórios, deve ser assegurada a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à Administração Pública.

Nessa linha já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: RMS 31.073/TO, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 8/9/2010.

13. Na hipótese dos autos, a aferição das circunstâncias do caso concreto para apuração da existência de excepcionalidade e vulnerabilidade da Administração demanda reexame do conjunto fático-probatório dos autos, de modo que incide no caso a Súmula 7/STJ.

14. Recurso Especial não conhecido⁶⁵⁸.

Ainda, segundo o Código de Defesa do Consumidor, a coletividade de pessoas que tenham intervindo nas relações de consumo é equiparada a consumidor (art. 2º,

658 STJ, 2ª T, REsp 1.772.730/DF, jul. 26/5/2020, DJe 16/9/2020.

parágrafo único), bem como todas as vítimas do fato do produto e do serviço (art. 17) e todos os indivíduos expostos às práticas comerciais abusivas, sendo eles determináveis ou não (art. 29).

Nesse contexto, tais previsões legais configuram normas de extensão do campo de incidência do CDC e, nesses casos, a lei não fez qualquer apontamento quanto à profissionalidade ou não desses terceiros equiparados, de modo que apenas são adotados critérios objetivos para a constatação⁶⁵⁹.

Ademais, do outro lado da relação jurídica, existem os fornecedores, que são entendidos como todos aqueles que promovem a oferta de bens e serviços no mercado de consumo, a fim de atender suas necessidades, conforme aponta Filomeno (2018), podendo ser qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, inclusive ente despersonalizado, que realiza atividades como produzir, montar, importar, ou comercializar produtos, por exemplo, ou que presta serviços (art. 3º, caput, do CDC).

Além disso, o objeto da relação de consumo pode ser um produto ou um serviço. O produto se trata de bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial (art. 3º, § 1º, CDC), configurando aquilo que resulta de processo de produção ou de fabricação. Enquanto o serviço é definido pela legislação consumerista como qualquer atividade fornecida no mercado de consumo diante de remuneração, excluídas as de caráter trabalhista (art. 3º, § 2º, CDC), de modo que, devem ser observados requisitos de profissionalidade, habitualidade e recebimento de contraprestação pecuniária para a verificação⁶⁶⁰.

2.2 Energia solar fotovoltaica

Os elementos da relação de consumo podem ser visualizados no contexto da micro e minigeração distribuída (MMGD) e da energia solar fotovoltaica.

Cumprе ressaltar, inicialmente, que é autorizado pelo ordenamento jurídico, atualmente através da Lei 14.300/2022, que os particulares possuam central geradora com potência instalada em corrente alternada menor ou equivalente a 75 kW (quilowatts) – o que configura a microgeração distribuída –, e que se utilize de cogeração qualificada ou de fontes renováveis, estando conectada na rede de distribuição local (art. 1º, XI, da Lei 14.300/2022).

Inclusive, a minigeração distribuída possui definição similar, de modo que difere apenas quanto à potência instalada: deve ser maior do que 75 kW e menor ou igual

659 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 6. ed. Barueri [SP]: Atlas, 2022. E-book.

660 *Ibid.*

a 5 MW (megawatts) para as fontes despacháveis⁶⁶¹, ou até 3 MW para as fontes não despacháveis (art. 1º, XIII, da Lei 14.300/2022)⁶⁶².

A Lei 14.300/2022 também autoriza que os particulares se reúnam para a instalação de micro e minigeração distribuída, por meio de empreendimento com múltiplas unidades consumidoras e por geração compartilhada⁶⁶³.

O empreendimento com múltiplas unidades consumidoras consiste em conjunto de unidades consumidoras que estejam na mesma propriedade ou propriedades contíguas, em que as instalações para atender as áreas de uso comum (nas quais se instala a micro e minigeração distribuída) sejam de unidade consumidora diversa, utilizando-se da eletricidade de forma independente (art. 1º, VII, da Lei 14.300/2022)⁶⁶⁴.

Já a geração compartilhada consiste em modalidade identificada pela reunião de consumidores, através de consórcio⁶⁶⁵, cooperativa, condomínio ou qualquer outra forma de associação civil instituída com essa finalidade, sendo todas as unidades consumidoras atendidas pela mesma distribuidora (art. 1º, X, da Lei 14.300/2022)⁶⁶⁶.

Deve ser observado, porém, que, antes da publicação da Lei 14.300/2022, a regulamentação da MMGD se dava principalmente através da Resolução Normativa nº 482, de 17 de abril de 2012 da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), observadas alterações promovidas por outras Resoluções Normativas da mencionada agência reguladora⁶⁶⁷. Atualmente, a Resolução Normativa nº 1.000/2021 da ANEEL disciplina o tópico⁶⁶⁸.

Ademais, observa-se que, de acordo com o Relatório Síntese divulgado pela Empresa de Pesquisa Energética (2022), a evolução da MMGD aponta o crescimento da geração de energia solar fotovoltaica mais rapidamente do que as outras fontes energéticas, tendo atingido 8.771 MW de potência instalada em 2021.

661 De acordo com o art. 1º, IX, da Lei 14.300/2022, as fontes despacháveis consistem em determinadas fontes renováveis de energia (como hidrelétricas e biomassa, por exemplo), com baterias cujas quantidades de energia despachada apresentam capacidade de modulação de geração pelo armazenamento em baterias, em quantia de no mínimo 20% da capacidade mensal de geração da central geradora, que pode ser despachada por controlador local ou remoto.

662 BRASIL. Lei Federal n.º 14.300, de 6 de janeiro de 2022. **Diário Oficial**, Brasília, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/l14300.htm. Acesso em: 4 maio 2023.

663 *Ibid.*

664 *Ibid.*

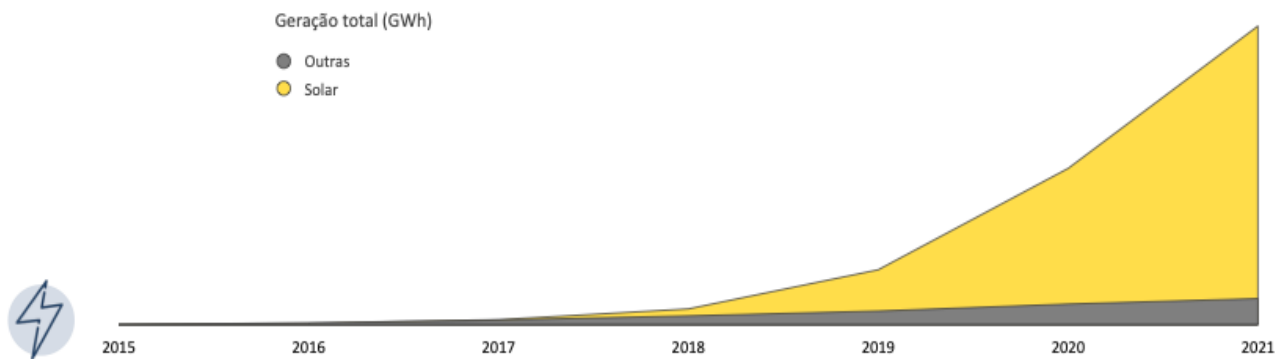
665 O consórcio de consumidores configura uma reunião de pessoas (físicas e/ou jurídicas) instituída para a geração de eletricidade destinada ao consumo próprio, sendo todas as unidades consumidoras atendidas pela mesma distribuidora (art. 1º, III, da Lei 14.300/2022).

666 BRASIL. *op. cit.*

667 ANEEL. **Resolução Normativa nº 482**, de 17 de abril de 2012. Disponível em: <https://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2012482.pdf>. Acesso em 21 nov. 2022.

668 ANEEL. **Resolução Normativa nº 1.000**, de 2021. Disponível em: <https://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren20211000.html>. Acesso em 07 out. 2023.

Figura 1 – Participação da geração solar fotovoltaica na MMGD



Fonte: EPE. **Relatório Síntese**, 2022.

Além disso, segundo dados divulgado pela ABSOLAR – Associação Brasileira de Energia Solar Fotovoltaica, existem 1.397.560 sistemas solares fotovoltaicos com conexão na rede de distribuição e 1.795.521 unidades consumidoras que recebem créditos através do Sistema de Compensação de Energia Elétrica⁶⁶⁹.

Nesse contexto, verifica-se que as unidades consumidoras, ao optarem pela geração de eletricidade principalmente para consumo próprio através dessa fonte de energia, precisam adquirir os equipamentos e contratar a prestação de serviço de instalação, de modo que podem ser verificadas as relações de consumo para tanto.

2.2.1 Consumidor

Primeiramente, o consumidor pode ser constatado em qualquer pessoa física ou jurídica que utilize os produtos ou serviços indicados como “destinatário final” e, observando os apontamentos previamente expostos, mesmo que o sujeito adquirindo os produtos e serviços os utilize como bens de produção, também será considerado consumidor, vez que os possíveis objetos da relação jurídica se tratam de bens de consumo.

Também deve se observar que os micro e minigeradores que se caracterizam como empreendimento com múltiplas unidades consumidoras ou que configurem

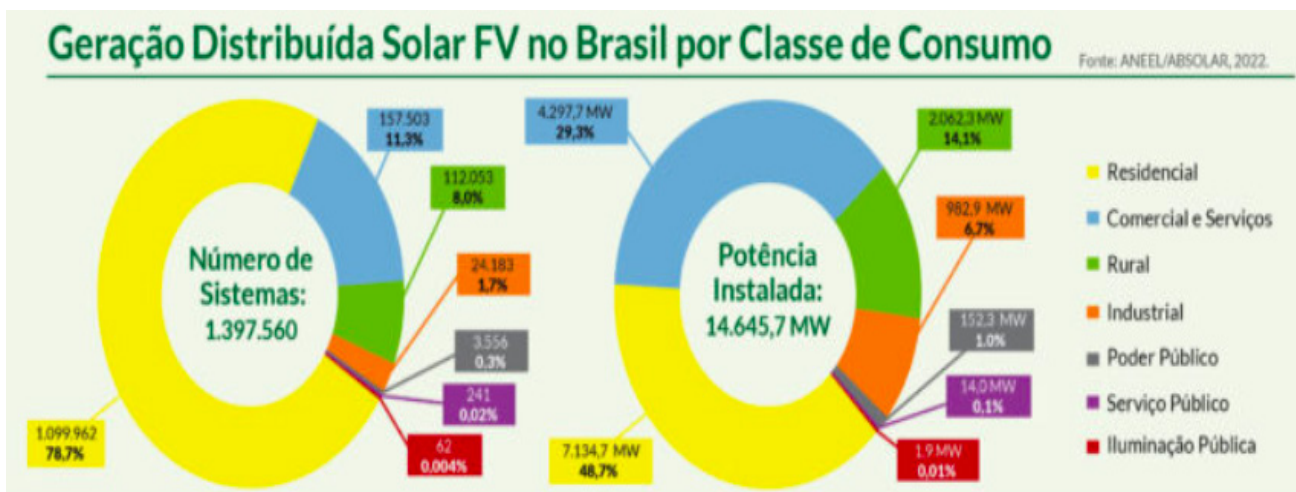
669 ABSOLAR. **Energia Solar Fotovoltaica no Brasil**: Infográfico ABSOLAR. Atualizado em 03 nov. 2022. Disponível em: <https://www.absolar.org.br/mercado/infografico/>. Acesso em 18 nov. 2022.

como enquadrados em geração compartilhada também devem ser compreendidos como consumidores, enquanto destinatários finais da prestação de serviço ou da comercialização de equipamentos para o sistema.

Partindo das exposições anteriores, e com a aplicação da teoria finalista mitigada, como se pode constatar a vulnerabilidade, notadamente técnica, do órgão ou entidade da Administração Pública em relação à MMGD (já que desconhece as especificações técnicas dos objetos da relação), é cabível a incidência das normas relativas às relações de consumo nos contratos administrativos celebrados nesse contexto.

Nesse sentido, verifica-se que a MMGD por fonte solar fotovoltaica tem sido instalada em residências, comércios, indústrias, por produtores rurais e inclusive pela Administração Pública, em suas instalações, para a prestação de serviços públicos e iluminação pública, conforme indicam dados fornecidos pela ABSOLAR.

Figura 2 – Geração Distribuída Solar FV por Classe de Consumo no Brasil



Fonte: ABSOLAR. **Energia Solar Fotovoltaica no Brasil**, 2022.

Ainda, serão equiparados a consumidor a coletividade de pessoas que possam ter intervindo nas relações de consumo, assim como todas as vítimas de eventual acidente de consumo que possam resultar de defeitos de fabricação ou instalação (de módulos fotovoltaicos e baterias, por exemplo), e os indivíduos eventualmente expostos às práticas comerciais abusivas no âmbito da energia solar fotovoltaica.

2.2.2 Fornecedor

A figura do fornecedor também poderá ser verificada em qualquer pessoa física ou jurídica, ou até mesmo em ente despersonalizado, que produza, monte, transforme, importe, exporte, distribua ou comercialize os produtos necessários para a geração solar fotovoltaica. Também será identificado o fornecedor como aquele que prestar qualquer serviço relacionado, como de instalação ou manutenção dos respectivos equipamentos.

Cumprido ressaltar que as distribuidoras de energia, sejam concessionárias ou permissionárias, têm papel importante no contexto da Micro e Minigeração Distribuída, já que as unidades consumidoras permanecem conectadas à rede de distribuição, vez que, diante do modo de funcionamento do Sistema de Compensação de Energia Elétrica (SCEE), a conexão entre eles continua existindo, em razão dos fornecimentos recíprocos de energia elétrica, com empréstimos e devoluções, e até mesmo pela possibilidade de fornecimento integral pelas distribuidoras em determinadas ocasiões.

Inclusive, para que a MMDG seja possível, os consumidores dependem da prestação de serviço da distribuidora, vez que a conexão ao sistema elétrico depende de sua atuação. Tanto por isso, o art. 2º da Lei 14.300/2022 atribui às concessionárias e permissionárias de energia elétrica o dever de atender às solicitações de acesso das unidades consumidoras responsáveis pela MMDG⁶⁷⁰.

2.2.3 Produto ou serviço

Ainda, como produto pode ser qualquer bem, é evidente que quaisquer dos equipamentos que sejam adquiridos para instalação do sistema fotovoltaico serão compreendidos como produtos. Nesse sentido, faz-se necessário indicar os principais equipamentos exigidos para a instalação do sistema.

De acordo com Sampaio e González, um sistema fotovoltaico típico envolve o módulo fotovoltaico (conjunto de células fotovoltaicas), o controlador de carga (que se destina a proteger as baterias do descarregamento completo ou do sobrecarregamento, a fim de prolongar seu tempo de uso), o inversor (o qual converte a energia gerada no módulo para a corrente alternada) e a bateria, caso necessária⁶⁷¹.

Ainda, quanto aos componentes do sistema fotovoltaico, Vian et al acrescentam também os cabos, disjuntores e quadros de distribuição, os quais são utilizados para interligar os painéis solares, tratam-se da parte elétrica do sistema. Também são apontados outros equipamentos pelos autores, como as estruturas, geralmente de

670 BRASIL. Lei Federal n.º 14.300, de 6 de janeiro de 2022. **Diário Oficial**, Brasília, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/l14300.htm. Acesso em: 4 maio 2023.

671 SAMPAIO, Priscila Gonçalves Vasconcelos; GONZÁLEZ, Mario Orestes Aguirre. Photovoltaic Solar Energy: Conceptual Framework. **Renewable and Sustainable Energy Reviews**, v. 74, p. 590-601, 2017

alumínio, em que são fixados os painéis e que podem, inclusive, configurar sistemas de suporte que acompanham a movimentação do sol (chamados de “tracking”)⁶⁷².

Ademais, considerando o serviço como a atividade fornecida no mercado de consumo, a instalação e a manutenção dos aparelhos para geração solar fotovoltaica se enquadram no conceito, devendo ser observado apenas que a atividade seja exercida de maneira profissional e habitual, ou seja, reiteradamente com especialização, mediante remuneração.

3. Aspectos relevantes ao consumidor

Verificada a relação de consumo, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor e, com isso, devem ser observadas as regras específicas.

Em primeiro lugar, deve ser destacado o direito básico do consumidor de proteção da vida, saúde e segurança (art. 6º, I, do CDC). Tal previsão legal, de acordo com Cavalieri Filho, possui o objetivo de proteger a incolumidade física dos consumidores, o que se alcança através da observância dos princípios da segurança e prevenção. Deste modo, surge o dever de segurança ao fornecedor, ao colocar bens e serviços no mercado de consumo, que está estritamente vinculado ao dever de observância das normas técnicas de segurança. Ainda, por meio do princípio da prevenção, busca-se que os produtos e serviços disponibilizados não representem riscos à saúde ou segurança dos consumidores, com exceção daqueles entendidos como normais e previsíveis, motivo pelo qual são necessários os avisos adequados e informações completas⁶⁷³.

Destaca-se que a Portaria nº 140, de 21 de março 2022 do Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO) aprovou o Regulamento Técnico da Qualidade e os Requisitos de Avaliação da Conformidade relativos a equipamentos de sistemas fotovoltaicos, destinado notadamente aos fornecedores desse mercado⁶⁷⁴.

Nesse sentido, inclusive, aponta o art. 4º da referida Portaria que os equipamentos utilizados para a geração, condicionamento e armazenamento de energia elétrica em sistemas fotovoltaicos “deverão ser fabricados, importados, distribuídos e comercializados, de forma a não oferecer riscos que comprometam a segurança do usuário”⁶⁷⁵.

672 VIAN, Ângelo; TAHAN, Carlos Marcio Vieira; AGUILAR, Guido Javier Rostegui; GOUVEA, Marcos Roberto; GEMIGNAN, Matheus Mingatos Fernandes. **Energia solar: fundamentos, tecnologia e aplicações**. São Paulo: Blucher, 2021. *E-book*.

673 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 6. ed., Barueri [SP]: Atlas, 2022. *E-book*.

674 MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia. Portaria nº 140, de 21 de março de 2022. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-140-de-21-de-marco-de-2022-389587680>. Acesso em: 18 nov. 2022.

675 MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia. Portaria nº

Ademais, a Portaria nº 140/2022 do INMETRO estabelece os requisitos gerais e técnicos, bem como acerca da elaboração de manual do produto, especificando a maneira como as informações devem ser transmitidas aos consumidores⁶⁷⁶.

Inclusive, considerando o direito básico do consumidor à informação adequada e clara acerca do produto ou serviço fornecido, com especificações acerca das características e riscos, entre outros dados relevantes (art. 6º, III, do CDC), Cavalieri Filho aponta que este pode configurar dever anexo ou instrumental do fornecedor, em decorrência do princípio da boa-fé objetiva (enquanto cooperação, transparência, confiança, entre outros atributos que devem existir nas relações de consumo), ou como um dever principal (principalmente em relações de consumo de prestação de serviço por profissionais liberais e na responsabilidade pelo fato do produto ou serviço)⁶⁷⁷.

Quanto ao tópico, algumas questões devem ser observadas pelos fornecedores de placas solares e outros equipamentos, bem como pelos fornecedores dos serviços relacionados, como: a indicação prévia do material utilizado, do potencial de geração, do modo de funcionamento dos aparelhos e origem, da periodicidade e dos casos em que é necessária a manutenção, do prazo esperado de durabilidade dos produtos, dos riscos que podem apresentar e das garantias.

Ainda, devem ser apontados os tributos incidentes e o custo que representaram, como, por exemplo, eventualmente no caso de incidência de imposto sobre a prestação de serviço ou sobre a importação de determinados equipamentos.

Nesse contexto, outra questão que precisa de especial atenção é quanto à oferta e publicidade dos produtos e serviços relativos à instalação da estrutura para geração de energia solar fotovoltaica.

A oferta, de acordo com exposição de Nunes, enquanto instituto do Direito do Consumidor, disciplinado entre os artigos 30 e 35 do CDC, consiste em um veículo que transmite uma mensagem (incluindo informação e publicidade) e vincula o fornecedor⁶⁷⁸. Inclusive, conforme Tartuce e Neves, o termo “oferta” é genérico e deve ser interpretado de forma ampla, alcançando qualquer meio de transmissão de vontade que tenha o objetivo de atrair o consumidor, o que inclui a publicidade, enquanto principal artifício empregado para fornecimento de produtos os serviços. Deste modo, a oferta e a publicidade integram a fase pré-contratual de formação do contrato de consumo⁶⁷⁹.

140, de 21 de março de 2022. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-140-de-21-de-marco-de-2022-389587680>. Acesso em: 18 nov. 2022.

676 *Ibid.*

677 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 6. ed., Barueri [SP]: Atlas, 2022. *E-book*.

678 NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. *E-book*.

679 TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**, volume único. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022. *E-book*.

Com isso, extrai-se que o fornecedor deve, ao transmitir informações sobre os produtos e serviços disponibilizados aos consumidores, observar que tal conteúdo o obriga, de modo que deve ser correto, claro e preciso (art. 30 e 31 do CDC). Ou seja, aqueles que fabricam, importam ou comercializam os módulos fotovoltaicos, assim como aqueles que prestam serviço de instalação de tais estruturas, por exemplo, devem observar tal disciplina das relações de consumo, especialmente ao comunicarem quanto ao período de durabilidade da estrutura de geração de energia elétrica, o potencial de geração, e expectativa de eventual retorno financeiro ou economia de valores.

Ainda, caso o fornecedor tenha conhecimento posterior de que o produto ou o serviço disponibilizado demonstra perigo ao consumidor, tem o dever de comunicar as autoridades competentes e os consumidores (art. 10 do CDC). Segundo Filomeno, trata-se de obrigação não só de comunicação, mas também de recolhimento dos produtos ou de convocação para reparos⁶⁸⁰.

Por sua vez, considerando a participação de concessionárias e permissionárias de distribuição de energia elétrica, também deve ser observada a disposição do art. 6º, X, do CDC, acerca da adequada e eficaz prestação de serviços públicos. Isso porque, além de terem o dever de atender aos pedidos de acesso de unidades consumidoras ao sistema elétrico (art. 2º da Lei 14.300/2022), conforme previamente apontado, são entendidas como responsáveis técnicas e financeiras pelo sistema de medição na microgeração distribuída (art. 8º, § 4º, da Lei 14.300/2022). Enquanto na minigeração distribuída, os custos de adequação do sistema de medição, para que seja promovida a conexão, configuram como responsabilidades do interessado (art. 8º, § 5º, da Lei 14.300/2022)⁶⁸¹.

Inclusive, como os microgeradores e minigeradores em questão operam principalmente como sistemas conectados à rede, de modo que entregam a potência gerada diretamente à rede elétrica, devem se utilizar de inversor apto a atender às exigências de qualidade e segurança, a fim de que não interfiram na qualidade do sistema elétrico conectado⁶⁸², aspecto que deve ser observado pelos fornecedores dos produtos.

Entre as outras atribuições das concessionárias e permissionárias de distribuição de eletricidade, também cabe a elas apurar as quantidades de energia fornecidas reciprocamente no Sistema de Compensação (art. 12 da Lei 14.300/2022). Ou seja, é no âmbito de prestação de serviços das distribuidoras que são computados os créditos de energia que os micro e minigeradores possuem⁶⁸³.

Nesse contexto, deve-se destacar que, no Sistema de Compensação de Energia

680 FILOMENO, José Geraldo Brito. **Direitos do consumidor**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2018. *E-book*.

681 BRASIL. Lei Federal n.º 14.300, de 6 de janeiro de 2022. **Diário Oficial**, Brasília, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/l14300.htm. Acesso em: 4 maio 2023

682 PINHO, João Tavares; GALDINO, Marco Antonio. **Manual de Engenharia para Sistemas Fotovoltaicos**. Rio de Janeiro: CEPTEL-CERESB, 2014. *E-book*.

683 BRASIL. *op. cit.*

Elétrica, primeiro, o excesso de eletricidade deve ser alocado no mesmo posto tarifário⁶⁸⁴ em que foi gerado e, na sequência, em outros postos tarifários da mesma unidade consumidora. Posteriormente, a alocação pode ser realizada em favor de outras opções, como nos próximos ciclos de faturamento da mesma unidade consumidora, ou nas outras unidades consumidoras que pertençam ao mesmo consumidor-gerador sob a atuação da mesma distribuidora, ou nas outras unidades consumidoras no empreendimento com múltiplas unidades consumidoras ou que sejam de titular integrante de geração compartilhada sob atendimento da mesma distribuidora, sendo que os créditos de energia podem ser utilizados em até sessenta meses depois do faturamento em que foram gerados (art. 12, § 1º, e art. 13 da Lei 14.300/2022), fatores que devem ser observados na prestação de serviço das distribuidoras⁶⁸⁵.

Ainda, a Lei 14.300/2022, em seu art. 23, autoriza que as distribuidoras de energia elétrica contratem os serviços de micro e minigeradores, a fim de beneficiar a rede elétrica, mediante remuneração, tópico que depende de regulamentação pela ANEEL⁶⁸⁶.

Além disso, para poderem adquirir os excedentes de energia no cenário da MMGD, as concessionárias e permissionárias de distribuição de energia devem promover chamadas públicas para o credenciamento dos interessados em comercializar, sendo que tal possibilidade também deve ser regulamentadas pela ANEEL (art. 24)⁶⁸⁷. Com isso, identifica-se a autorização legal conferida para que as unidades consumidoras vendam a energia eventualmente produzida em excesso.

Além de todas essas possibilidades benéficas ao consumidor que adere à MMGD, de acordo com as informações divulgadas por meio do Programa ALTENER, é extremamente rara a ocorrência de falha total de sistema fotovoltaico, de modo que a grande maioria funciona por longos períodos, sendo as possíveis avarias, em regra, relacionadas a pequenos custos de reparo. Nesse sentido, o referido Programa aponta que os custos para o investimento inicial no sistema fotovoltaico determinam os custos de produção da eletricidade, vez que ausentes gastos com combustíveis e que os custos correntes (com manutenção e seguro, por exemplo) têm pequena participação⁶⁸⁸.

Pinho e Galdino destacam também que, por outro lado, ao se contratar o serviço de instalação de sistema, deve ser estabelecida uma fase de garantia quanto ao funcionamento do sistema e dos equipamentos, cujo descumprimento deve estar sujeito

684 De acordo com o art. 2º, XXXVIII, da Resolução Normativa nº 1.000/2021, posto tarifário consiste em período de horas utilizado como base para aplicação de forma diferenciada das tarifas durante o dia.

685 BRASIL. Lei Federal n.º 14.300, de 6 de janeiro de 2022. **Diário Oficial**, Brasília, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/l14300.htm. Acesso em: 4 maio 2023.

686 *Ibid.*

687 *Ibid.*

688 PROGRAMA ALTENER. **Energia Fotovoltaica**: Manual sobre tecnologias, projecto e instalação. Projeto GREENPRO. Portugal. 2004. *E-book*.

à penalidade de multa ou a procedimentos de correções⁶⁸⁹.

Os referidos autores, inclusive, recomendam as garantias de tempo para a conclusão do serviço de instalação, de fábrica (quanto aos equipamentos do sistema), do sistema (relativa a falhas no projeto ou na instalação), de desempenho da planta fotovoltaica, a qual diz respeito à capacidade de geração que deve atender a parâmetros mínimos⁶⁹⁰.

Também deve ser observado que o pós-consumo se trata de questão extremamente relevante nesse contexto, vez que eventualmente os equipamentos precisarão ser descartados e, com isso, representarão resíduos cuja destinação precisa ser objeto de preocupação.

Nesse sentido, Anselmo aponta que a fabricação dos módulos fotovoltaicos envolve alguns materiais perigosos, de modo que o descarte dos produtos deve ser feito com precauções para evitar prejuízos à saúde e ao meio ambiente, especialmente quando esse descarte for promovido em grandes quantidades⁶⁹¹. Diante dessa questão, o autor aponta que a reciclagem e tratamento será fator importante para lidar com os resíduos, também podendo surgir oportunidades de reparos e reutilização de produtos.

Com efeito, diante da expansão da MMGD e das instalações de geração de energia por fonte solar fotovoltaica, a grande quantidade de resíduos exigirá a busca pela destinação adequada, a fim de evitar que tal geração por fonte renovável seja relacionada à poluição ambiental.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base na análise dos elementos da relação de consumo, conforme previstos no Código de Defesa do Consumidor, é possível verificar que os diversos sujeitos que optam por aderir à Microgeração ou à Minigeração Distribuída de Energia Elétrica, em grande medida, configuram como consumidores na aquisição de equipamentos e na respectiva instalação de estrutura. Para além disso, também são consumidores por se utilizarem dos

689 PINHO, João Tavares; GALDINO, Marco Antonio. **Manual de Engenharia para Sistemas Fotovoltaicos**. Rio de Janeiro: CEPEL-CERESB, 2014. *E-book*.

690 PINHO, João Tavares; GALDINO, Marco Antonio. **Manual de Engenharia para Sistemas Fotovoltaicos**. Rio de Janeiro: CEPEL-CERESB, 2014. *E-book*.

691 ANSELMO, Antonio Harley. **Reciclagem ou Destinação Final dos Painéis Fotovoltaicos Aplicados em Geração de Energia ao Final do Ciclo de Vida**. Belo Horizonte, 2019. 56 p. Monografia (Curso de Especialização em Fontes renováveis: geração, operação e integração) - Escola de Engenharia, Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/35049/1/RECICLAGEM%20OU%20DESTIDESTI%20FINAL%20DOS%20PAINÉIS%20FOTOVOLTAICOS%20APLICADOS%20EM%20GERAÇÃO%20DE%20ENERGIA%20AO%20FINAL%20DO%20CICLO%22DE%20VIDA%20_%20Monografia%20ANTONIO%20HARLEY%20ANSELMO_CoC_Atta_R0.pdf. Acesso em 22 nov. 2022.

serviços prestados pelas concessionárias ou permissionárias de distribuição de energia elétrica.

Com isso, verifica-se que as normas consumeristas devem ser conhecidas e aplicadas por todos os envolvidos na MMGD em algum momento.

Inclusive, diante da regulamentação específica da MMGD pela Lei 14.300/2022, pode-se também constatar que as relações de consumo apresentam peculiaridades relativas a diferentes grupos de consumidores (como aqueles reunidos para geração compartilhada e os empreendimentos com múltiplas unidades consumidoras, por exemplo) e a conexão com a rede de distribuição de energia elétrica para trocas recíprocas entre as distribuidoras de energia e as unidades consumidoras no Sistema de Compensação de Energia Elétrica.

Além disso, observando o uso de equipamentos que exigem amplo conhecimento técnico e especializado, resta evidenciado que os deveres de transparência e informação se tornam ainda mais relevantes, exigindo o detalhamento dos conteúdos disponibilizados, assim como a observância, pelos fornecedores, de normas de segurança detalhadas, a fim de que a tutela consumerista seja empregada de modo mais atento ao grande desequilíbrio técnico entre as partes e destinada à efetiva proteção desses consumidores que passam a gerar eletricidade por fonte renovável.

REFERÊNCIAS

ABSOLAR. **Energia Solar Fotovoltaica no Brasil**: Infográfico ABSOLAR. Atualizado em 03 nov. 2022. Disponível em: <https://www.absolar.org.br/mercado/infografico/>. Acesso em 18 nov. 2022.

ANEEL. **Resolução Normativa nº 482**, de 17 de abril de 2012. Disponível em: <https://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2012482.pdf>. Acesso em 21 nov. 2022.

ANEEL. **Resolução Normativa nº 1.000**, de 2021. Disponível em: <https://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren20211000.html>. Acesso em 07 out. 2023.

ANSELMO, Antonio Harley. **Reciclagem ou Destinação Final dos Painéis Fotovoltaicos Aplicados em Geração de Energia ao Final do Ciclo de Vida**. Belo Horizonte, 2019. 56 p. Monografia (Curso de Especialização em Fontes renováveis: geração, operação e integração) - Escola de Engenharia, Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/35049/1/RECICLAGEM%20OU%20DESTIDESTI%20FINAL%20DOS%20PAINÉIS%20>

FOTOVOLTAICOS%20APLICADOS%20EM%20GERAÇÃO%20DE%20ENERGIA%20AO%20FINAL%20DO%20CICLO%22DE%20VIDA%20_%20Monografia%20ANTONIO%20HARLEY%20ANSELMO_CoC_At_a_R0.pdf. Acesso em 22 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em 14 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.300, de 6 de janeiro de 2022**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14300.htm. Acesso em 14 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.772.730/DF**. Relator: Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Brasília, DF, julgado em 26/5/2020, DJe de 16/9/2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=88778110&num_registro=201801045982&data=20201006&tipo=5&formfor=PDF. Acesso em 22 nov. 2022.

BRITO, Dante Ponte de; COSTA, Cora Cristina Ramos Barros. **Arquivo Jurídico**. Teresina, PI, v. 4, n. 1, p. 55-83, Jan./Jul. de 2017. Disponível em: <https://ojs.ufpi.br/index.php/raj/article/viewFile/7418/4305>. Acesso em: 22 nov. 2022.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 6. ed. Barueri [SP]: Atlas, 2022.

CUNHA, Jatir Batista da. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos Contratos Administrativos. **Revista do TCU**, Brasília, v. 32, n. 87, jan/mar 2001, p. 30-34.

CRUZ, Guilherme Ferreira da. **Teoria geral das relações de consumo**. São Paulo: Saraiva, 2014.

DE MORAIS, Fabrício Higo Monturil; DA SILVA, Osvaldo Augusto Vasconcelos de Oliveira Lopes; DE MORAES, Albemerc Moura; BARBOSA, Fábio Rocha. **Energia Solar Fotovoltaica**: Fundamentos para Análise de Viabilidade Técnica Econômica. Teresina: EdUESPI, 2021. Disponível em: <https://editora.uespi.br/index.php/editora/catalog/view/63/67/398-2>. Acesso em 14 nov. 2022.

EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. **Relatório Síntese**: BEN 2022 – Ano Base 2021. Rio de Janeiro: EPE, 2022. Disponível em: <https://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes->

dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-675/topico-631/BEN_S%C3%ADntese_2022_PT.pdf. Acesso em 14 nov. 2022.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Direitos do consumidor**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GOLDEMBERG, José; PALETTA, Francisco Carlos. **Energias Renováveis**. 1. ed. São Paulo: Blucher, 2012.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia. Portaria nº 140, de 21 de março de 2022. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-140-de-21-de-marco-de-2022-389587680>. Acesso em: 18 nov. 2022.

MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica. Resolução Normativa ANEEL nº 1.000, de 7 de dezembro de 2021. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, edição 238, p. 206, 20 dez. 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-normativa-aneel-n-1.000-de-7-de-dezembro-de-2021-368359651>. Acesso em 22 nov. 2022.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

PINHO, João Tavares; GALDINO, Marco Antonio. **Manual de Engenharia para Sistemas Fotovoltaicos**. Rio de Janeiro: CEPTEL-CERESB, 2014.

PROGRAMA ALTENER. **Energia Fotovoltaica**: Manual sobre tecnologias, projecto e instalação. Projeto GREENPRO. Portugal. 2004.

SAMPAIO, Priscila Gonçalves Vasconcelos; GONZÁLEZ, Mario Orestes Aguirre. Photovoltaic Solar Energy: Conceptual Framework. **Renewable and Sustainable Energy Reviews**, v. 74, p. 590-601, 2017.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual, volume único. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

VIAN, Ângelo; TAHAN, Carlos Marcio Vieira; AGUILAR, Guido Javier Rostegui; GOUVEA, Marcos Roberto; GEMIGNAN, Matheus Mingatos Fernandes. **Energia solar: fundamentos, tecnologia e aplicações**. São Paulo: Blucher, 2021.



DIREITO.UnB

Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB**?
Gostaria de submeter seu trabalho a Revista Direito.UnB?
Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>
e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.



Sistema Regional de Información
en línea para Revistas Científicas de América Latina,
el Caribe, España y Portugal

A FORMAÇÃO DO FACILITADOR EM JUSTIÇA RESTAURATIVA NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

FACILITATOR TRAINING IN RESTORATIVE JUSTICE IN THE BRAZILIAN JUDICIAL POWER

Recebido: 03/03/2025

Aceito: 27/12/2025

Liliane Cristina de Oliveira Hespanhol

Docente da UEMG, campus Passos, de Direito Penal e Processual Penal. Doutora em Serviço Social (UNESP-FRANCA).

E-mail: lilianehespanhol@gmail.com

 Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9463-1756>.

Eliana Bolorino Canteiro Martins

Docente da UNESP, campos Franca. Doutora em Serviço Social (PUC-SÃO PAULO).

E-mail: elianacanteiro@terra.com.br

 Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7796-8437>.

RESUMO

O facilitador é o profissional que tem a incumbência de criar um ambiente livre e seguro para que as partes possam se encontrar e estabelecer o diálogo acerca de fatos ocorridos, que geraram o conflito, em programas de Justiça Restaurativa. O objetivo deste artigo é analisar a formação do facilitador e para tal tarefa serve-se do método de pesquisa bibliográfica e de pesquisa documental. Observa-se que a formação do facilitador assume a centralidade no processo de implementação da JR, dada a sua importância, uma vez que este profissional, mesmo dentro do Poder Judiciário, deverá atuar conforme os princípios e valores que orientam a JR, afastando-se, portanto, do tradicional modelo criminal persecutório punitivo. Sua formação precisa ser crítica e transformadora para que se consiga atingir os objetivos dessa nova forma de justiça.

Palavras-chave: Facilitador. Justiça restaurativa. Formação. Crítica. Desveladora.



Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.

This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that

ABSTRACT

The facilitator is the professional who is responsible for creating a free and safe environment so that the parties can meet and establish dialogue about the events that occurred, which generated the conflict, in Restorative Justice programs. The objective of this article is to analyze the training of the facilitator and for this task it uses the method of bibliographical research and documentary research. It is observed that the training of the facilitator assumes centrality in the JR implementation process, given its importance, since this professional, even within the Judiciary, must act in accordance with the principles and values that guide the JR, therefore moving away from the traditional punitive persecutory criminal model. Their training needs to be critical and transformative in order to achieve the objectives of this new form of justice.

Keywords: Facilitator. Restorative justice. Training. Criticism. Unveiling.

1. Introdução

A institucionalização de programas de Justiça Restaurativa (JR) prevê a atuação de facilitadores, profissionais que têm a incumbência de criar um ambiente livre e seguro para que as partes possam se encontrar e estabelecer o diálogo acerca de fatos ocorridos, que geraram o conflito criminal.

Conforme exigência imposta pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para que um indivíduo se torne um facilitador em JR, no âmbito do Poder Judiciário, é necessário que participe de um curso de formação com conteúdo teórico e prático, capaz de capacitá-lo a promover práticas restaurativas, com observância de princípios e valores inerentes à JR.

Imperioso destacar que não se exige que o facilitador possua qualquer formação prévia específica, nem mesmo curso superior. A qualificação necessária para exercer esta função, diz respeito à sua capacidade de se colocar no lugar do outro e lidar com os conflitos de forma equidistante, sem qualquer restrição à área de atuação profissional. Notoriamente, é dispensável que o facilitador seja um profissional do direito, sendo que pode se tratar de pessoa com qualquer outra formação profissional e, inclusive, alguém com apenas a escolaridade básica (educação básica). O fundamental é que seja capaz de estabelecer um diálogo saudável entre os envolvidos no conflito, a fim de que eles próprios possam encontrar uma resposta satisfatória para as suas necessidades.

É nesse contexto, que este artigo busca compreender como se dá essa formação do

facilitador em JR, no âmbito do Poder Judiciário. Busca-se compreender como a Justiça Restaurativa, com seus princípios e valores, pode ser aplicada dentro da Justiça Penal, cujo modelo persecutório punitivo é totalmente incompatível com os ideais restaurativos.

Passaremos à análise de como ocorre o processo de formação do facilitador em JR promovido pelo Poder Judiciário, uma vez que tal profissional deve apresentar competências e habilidades para enfrentar o conflito criminal de forma diversa do modelo punitivo tradicional. Logo, consideramos que o facilitador necessita de uma formação desveladora e crítica, intimamente conectada com a realidade brasileira, para que lhe possibilite uma perspectiva alargada dos fatos que geraram os conflitos criminais. Ele precisa ser capaz de mobilizar uma abordagem diferente em relação aos referidos fenômenos, pois, caso contrário, a JR perde todo o seu potencial transformador; ou seja, o facilitar precisa se afastar do modelo punitivo tradicional.

2. Diretrizes nacionais do Poder Judiciário para a formação de facilitadores

Conforme preconiza o art. 5º, III, da Resolução nº 225/2016, do CNJ, é atribuição dos Tribunais de Justiça incentivar ou promover capacitação, treinamento e atualização permanente de magistrados, servidores e voluntários nas técnicas e nos métodos próprios da JR. Ainda segundo a mesma resolução, art. 8º, os procedimentos restaurativos serão coordenados pelo facilitador previamente capacitado, sendo responsável por criar um ambiente seguro para escuta e diálogo dos envolvidos, a fim de que possam pactuar sobre a reparação do dano e demais necessidades dos mesmos⁶⁹².

Pela simples leitura do art. 14 da Resolução nº 225/2016, do CNJ, que fixa as atribuições do facilitador, é possível perceber a importância de sua atuação:

Acessar Art. 14. São atribuições do facilitador restaurativo:

- I – preparar e realizar as conversas ou os encontros preliminares com os envolvidos;
- II – abrir e conduzir a sessão restaurativa, de forma a propiciar um espaço próprio e qualificado em que o conflito possa ser compreendido em toda sua amplitude, utilizando-se, para tanto, de técnica autocompositiva pelo método consensual

692 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 225. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. 2016.

de resolução de conflito, própria da Justiça Restaurativa, que estimule o diálogo, a reflexão do grupo e permita desencadear um feixe de atividades coordenadas para que não haja reiteração do ato danoso ou a reprodução das condições que contribuíram para o seu surgimento;

III – atuar com absoluto respeito à dignidade das partes, levando em consideração eventuais situações de hipossuficiência e desequilíbrio social, econômico, intelectual e cultural;

IV – dialogar nas sessões restaurativas com representantes da comunidade em que os fatos que geraram dano ocorreram;

V – considerar os fatores institucionais e os sociais que contribuíram para o surgimento do fato que gerou danos, indicando a necessidade de eliminá-los ou diminuí-los;

VI – apoiar, de modo amplo e coletivo, a solução dos conflitos;

VII – redigir o termo de acordo, quando obtido, ou atestar o insucesso;

VIII – incentivar o grupo a promover as adequações e encaminhamentos necessários, tanto no aspecto social quanto comunitário, com as devidas articulações com a Rede de Garantia de Direito local⁶⁹³.

O diálogo entre as partes envolvidas no conflito é inerente ao processo restaurativo. Nesse momento, a figura do facilitador se faz indispensável para criar um ambiente livre e seguro para que a conversa flua de forma coesa, respeitosa e responsável. Logo, a figura do facilitador é fundamental para que se crie condições para um possível acordo restaurativo, sendo então responsável por intermediar o diálogo entre os principais envolvidos, partindo do pressuposto de que há em cada conflito uma particularidade a ser considerada para fins de se alcançar um acordo, que contemple as necessidades das partes, retirando, portanto, o foco da punição e na pena de prisão.

Nesse sentido, o facilitador deverá monitorar a qualidade das discussões e à medida que avançam, elaborar perguntas eficientes e chamar a atenção do grupo para quaisquer problemas com a qualidade do espaço, além de administrar o tempo,

693 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 225. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. 2016.

abordar problemas e as necessidades dos envolvidos, primar pelo foco nos sentimentos e seus impactos ao invés do fato em si, sempre devolver a responsabilidade ao grupo e viabilizar que todos façam uso da palavra⁶⁹⁴. A escuta restaurativa, nesse contexto, deve representar o ponto de partida de qualquer prática restaurativa. Isso porque é a partir dessa filosofia que se inibe o julgamento, a investigação do fato (pois esse não é o objetivo do diálogo) e a tomada da discussão por parte do facilitador. O ouvir de modo ativo oportuniza que todos os envolvidos exponham seus pontos de vista⁶⁹⁵.

Portanto, a reflexão em torno da formação do facilitador assume a centralidade no processo de implementação da JR, dada a sua importância, uma vez que este profissional, mesmo dentro do Poder Judiciário, deverá atuar conforme os princípios e valores que orientam a JR, afastando-se, portanto, do tradicional modelo criminal persecutório punitivo. O CNJ, por meio do Comitê Gestor da JR, assevera que:

a formação e o aperfeiçoamento são o “coração” dos programas, dos projetos e das ações de Justiça Restaurativa. A Justiça Restaurativa, para muito além do ensino de metodologias e técnicas, pretende-se como uma nova filosofia de vida, uma transformação de paradigmas que implica novos modelos sobre como se enxergar o mundo e sobre como estar nele, em relação a si mesmo, às outras pessoas, à sociedade e ao meio ambiente, para o que as formações e capacitações, com qualidade, são fundamentais⁶⁹⁶.

A Política Nacional de Justiça Restaurativa, no âmbito do Poder Judiciário, tem como um de seus pilares a construção de um plano pedagógico, que possa orientar a formação de facilitadores em JR. Assim, no final do ano de 2018 e início do ano de 2019, o Comitê Gestor da JR, no CNJ, buscou informações sobre os cursos de formação promovidos pelos tribunais e pela sociedade civil e pôde observar “a pluralidade de formatos e planos pedagógicos dos cursos de formação e aperfeiçoamento existentes”⁶⁹⁷.

Na sequência, o Comitê Gestor oficiou “todas as entidades com expertise em formação em Justiça Restaurativa”, tanto públicas quanto privadas, a fim de que

694 PRANIS. Manual para facilitadores de Círculos. 2010, p. 19-23.

695 SCURO NETO. Modelo de Justiça para o século XXI. Revista da Escola da Magistratura Regional Federal/TRF2, v. 6, n. 1, 2006, p. 229-254.

696 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Planejamento da Política Pública Nacional de Justiça Restaurativa, 2020, p. 3.

697 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Planejamento da Política Pública Nacional de Justiça Restaurativa, 2020, p. 3.

pudessem contribuir com a construção das diretrizes, bem como, enviar seus planos pedagógicos de formação em JR, para que pudessem ser analisados. Ao todo 27 (vinte e sete) entidades responderam ao ofício, sendo 11 Tribunais de Justiça e suas respectivas escolas de magistratura, judiciais e de servidores, 10 entidades da sociedade civil, sem fins lucrativos e empresas, 03 Universidades e 03 Núcleos de JR ou Secretarias Municipais⁶⁹⁸.

Ao todo receberam 79 (setenta e nove) planos pedagógicos, tanto teóricos, como práticos. E passaram a confrontar tais planos, quanto ao conteúdo programático, modalidade (presencial e ou EaD), carga horária, metodologia e bibliografia. A partir da tabulação destes dados, passaram a construir o Plano Pedagógico Mínimo Orientador para as Formações em JR, orientado pelo princípio de que “não basta a existência de tais cursos, mas é fundamental que sejam pautados pela qualidade, de forma a apresentar aos participantes outras maneiras de estabelecer o diálogo social”⁶⁹⁹.

Dessa forma, no final do ano de 2020, o Plano Pedagógico foi apresentado como parâmetro que deve ser seguido pelos tribunais e suas escolas e órgãos ligados à estrutura do Poder Judiciário. Segundo a justificativa do Comitê Gestor da JR, apresentaram-se elementos capazes de garantir “um patamar mínimo de qualidade a uma formação, teórica

698 As entidades que participaram e enviaram planos pedagógicos: • CEJUR – Academia Judicial, em parceria com o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, com o Departamento de Administração Socioeducativa (DEASE) e com a Universidade de Chapecó (UNICHAPECÓ) – SC. • Centro de Direitos Humanos e Educação Popular do Campo Limpo (CDHEP) – SP. • Ciclos – Processos de Transformação Sustentáveis – SP. • Clínica de Justiça Restaurativa da Amazônia (CJUÁ) da Universidade Federal do Oeste do Pará (UFOPA)/Escola Judicial do Tribunal de Justiça do Estado do Pará – PA. Comissão de Implementação, Difusão e Execução da Justiça Restaurativa (CIDEJURE) do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe – SE. • Conatus – SP. • Coonozco Gestão de Capital Humano Ltda. – RS. • Escola da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo e/ou instituições parceiras e conveniadas – ES. • Escola Judicial do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (EJUG) – GO. • Escola Paulista da Magistratura (EPM) do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – SP. Escola Superior da Magistratura da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (AJURIS) – RS. • Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT) do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins – TO. • Faculdade Madre Thais – BA. • GAPE – Secretaria Municipal de Segurança Pública/Guarda Civil Municipal e Núcleo Interinstitucional de Justiça Restaurativa de Laranjal Paulista – SP. • Instituto de Treinamento e Consultoria Ltda. Moinho de Paz – BA. • Instituto Mundo Melhor (IMM) – PR. • ISA-ADRS Mediação e Gestão de Conflitos – RJ/SP. • Justiça em Círculo – SP. • Núcleo de Justiça Restaurativa de Campinas – SP. • Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC), Escola da Magistratura do Paraná (EMAP) e Escola de Servidores da Justiça Estadual do Paraná (ESEJE) do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – PR. • Portal Mediação e Justiça Restaurativa – SP. • Secretaria de Educação do Município de Santos – SP. • Terre des hommes (Tdh) – CE. • Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – RS. • Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Comitê de Gestão Institucional de Justiça Restaurativa), em parceria com a Academia Judicial – SC. • Universidade Corporativa do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (UNICORP) – BA. • Universidade Federal de Sergipe (UFS)/Fundação de Apoio à Pesquisa e Extensão de Sergipe (FAPESE) – SE. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Planejamento da Política Pública Nacional de Justiça Restaurativa, 2020, p. 4.

699 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Planejamento da Política Pública Nacional de Justiça Restaurativa, 2020, p. 4.

ou prática, em Justiça Restaurativa”⁷⁰⁰. Tais diretrizes também devem ser observadas por entidades formadoras ou pessoas físicas contratadas pelo Judiciário para ministrar cursos de formação. Apenas não são obrigatórias para outros eventos, cuja finalidade seja de complementação da formação.

Com efeito, objetiva-se que o Plano Pedagógico seja utilizado “como um padrão de diretrizes fundamentais à garantia da qualidade” das formações teórica e prática. Logo, é possível acrescentar a tais diretrizes outros conteúdos importantes para a formação, evitando assim o seu engessamento e ao mesmo tempo oportunizando o acolhimento de outros modelos de formação em curso no Poder Judiciário⁷⁰¹.

Em observância às especificidades da formação teórica e da formação prática, optou-se pela construção de dois planos distintos, que, dada a sua importância para essa pesquisa, abaixo reproduzimos duas tabelas, que sintetizam o conteúdo de cada uma das formações, ambas necessárias ao processo de formação do facilitador da JR:

Tabela 1 - Plano Pedagógico Mínimo Orientador – Formações Teóricas.

Plano Pedagógico Mínimo Orientador - Formações Teóricas	
1) Conteúdo programático	
I) Identificação da Justiça Restaurativa no contexto paradigmático maior em que está inserida: Cultura de Paz e Direitos Humanos.	<ul style="list-style-type: none"> - Cultura de Paz. - Complexidade do fenômeno violência. - O que são ações não-violentas. - Correlação Justiça Restaurativa e Cultura de Paz.
II) Histórico da Justiça Restaurativa no mundo e no Brasil.	<ul style="list-style-type: none"> - História da Justiça Restaurativa no Mundo. - Influências. - Experiências pioneiras. - Difusão pelo mundo. - História da Justiça Restaurativa no Brasil. - Projetos-Piloto. - Expansão pelo Brasil.

700 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Planejamento da Política Pública Nacional de Justiça Restaurativa, 2020, p. 25.

701 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Planejamento da Política Pública Nacional de Justiça Restaurativa, 2020, p. 25.

III) Concepção ampla de Justiça Restaurativa	<ul style="list-style-type: none"> - Justiça Restaurativa: identidade, princípios e dimensões. - Conceitos. - Princípios. - Fundamentos. - Valores. - Dimensões.
IV) Essência comunitária da construção da Justiça Restaurativa e participação comunitária nas práticas restaurativas.	<ul style="list-style-type: none"> - Coletivo comunitário como base da implementação da Justiça Restaurativa articulações comunitárias. - A relação do Juiz e do Judiciário com a comunidade para a construção da Justiça Restaurativa. - Participação de representantes da comunidade nas práticas restaurativas.
V) Apresentação das metodologias de práticas restaurativas.	<ul style="list-style-type: none"> - Conferência Vítima-Ofensor- Comunidade - Conferências Familiares. - Círculos Restaurativos. - Círculos de Construção de Paz/ Processos Circulares. - Outras.
VI) Referências normativas sobre Justiça Restaurativa.	<ul style="list-style-type: none"> - Resolução ONU nº 12/2002. - Resolução CNJ nº 225/2016. - Outras.
VII) Como colocar a Justiça Restaurativa em funcionamento.	<ul style="list-style-type: none"> - Aspectos práticos para implantação de projetos de Justiça Restaurativa. - Espaço seguro e adequado para práticas restaurativas. - Articulações intersetoriais, interinstitucionais e comunitárias. - Fluxos. - Formações Outros.
2) Formato	
Presencial, EaD ou Misto (com utilização de metodologias ativas)	
3) Carga horária mínima	
30 horas	

4) Público alvo:

- Juízes e Servidores do Poder Judiciário;
- Outros integrantes do Sistema de Justiça (Promotores, Defensores, Procuradores, Advogados e Servidores);
- Pessoas dos mais diversos setores da comunidade (gestores e integrantes de órgãos públicos, de instituições públicas e privadas, e da sociedade civil organizada).

5) Bibliografia básica (6.1.5)

- CRUZ, Fabrício Bittencourt (coord.). **Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ225**. Brasília: CNJ, 2016, pp. 53/57. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/08/4d6370b2cd6b7ee42814ec39946f9b67.pdf> ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a Justiça Restaurativa**. São Paulo: Palas Athena.
- ELLIOTT, Elizabeth M. **Segurança e Cuidado: Justiça Restaurativa e sociedades saudáveis**. São Paulo: Palas Athena.
- LEDERACH, John Paul. **Tranformação de Conflitos**. São Paulo: Palas Athena. PRANIS, Kay. **Processos Circulares**. São Paulo: Palas Athena.
- PRANIS, Kay e BOYES-WATSON, Carolyn. **No Coração da Esperança: guia de práticas circulares: o uso de círculos de construção da paz para desenvolver a inteligência emocional, promover a cura e construir relacionamentos saudáveis**. Tradução: Fátima De Bastiani. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2011. Disponível em: <http://justica21.web1119.kinghost.net>.
- ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação Não Violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais**. São Paulo: Editora Ágora.
- ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. São Paulo: Palas Athena.
- ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a Justiça Restaurativa**. São Paulo: Palas Athena.

Fonte: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Planejamento da Política Pública Nacional de Justiça Restaurativa**, 2020.

Com relação a formação teórica o objetivo é apresentar a amplitude da JR, com foco em sua conceituação, princípios e valores, bem como, inseri-la no contexto da cultura de paz⁷⁰². Ainda dentro de um panorama geral, apresenta as metodologias de práticas

⁷⁰² Com relação a cultura de paz o Plano Pedagógico traz a seguinte orientação: Compreende-se que o ser humano é um ser multidimensional e, por consequência, a violência é um fenômeno complexo, fomentada por estruturas institucionais e sociais pautadas pelo paradigma ligado ao individualismo,

restaurativas. Dedicar um último tópico para aspectos práticos para a implantação de projeto de justiça restaurativa. Esse conteúdo é desenvolvido em 30 horas-aulas, “mas por si sós não suficientes a desenvolver competências, habilidades e atitudes que permitam atuar como facilitadores de práticas restaurativas”⁷⁰³.

Importante destacar o tópico IV do conteúdo programático que reafirma a essência comunitária da construção da JR, assim, utilizando-se de um conceito amplo de comunidade, o CNJ, “procurou ressaltar que a Justiça Restaurativa não é exclusividade dos Tribunais, mas sim a concretização do valor justiça no âmbito de toda a sociedade”⁷⁰⁴. E assim explica:

formação e o aperfeiçoamento são o “coração” dos programas, dos projetos e das ações de Justiça Restaurativa. A Justiça Restaurativa, para muito além do ensino de metodologias e técnicas, pretende-se como uma nova filosofia de vida, uma transformação de paradigmas que implica novos modelos sobre como se enxergar o mundo e sobre como estar nele, em relação a si mesmo, às outras pessoas, à sociedade e ao meio ambiente, para o que as formações e capacitações, com qualidade, são fundamentais⁷⁰⁵.

Com relação ao formato do curso teórico, o mesmo pode ser presencial e ou em ambiente virtual de ensino à distância (EaD), sem que se comprometa a qualidade, garantindo sempre a interação dos participantes. Já com relação ao público alvo destina-se aos juízes e servidores do Poder Judiciário, aos demais integrantes do Sistema de

utilitarismo e à exclusão, que incentivam a competição e, por consequência, a cultura de guerra. Em geral, as pessoas nascem e se desenvolvem em estruturas institucionais e sociais pautadas por tais diretrizes, que, portanto, têm forte influência na formação das personalidades e determinam pensamentos e comportamentos, muitas vezes sem que as pessoas se deem conta disso. A Justiça Restaurativa busca, portanto, a superação de tais paradigmas de dominação para instituir um novo paradigma voltado à construção de responsabilidades individuais e coletivas, ao atendimento de necessidades, ao respeito, ao diálogo e à cooperação, ou seja, a instituição da lógica do cuidado na convivência, tanto nas instituições como na sociedade. Dessa feita, a Justiça Restaurativa constrói-se sobre a base da Cultura de Paz, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Planejamento da Política Pública Nacional de Justiça Restaurativa, 2020, p. 27.

703 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Planejamento da Política Pública Nacional de Justiça Restaurativa, 2020, p. 26.

704 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Planejamento da Política Pública Nacional de Justiça Restaurativa, 2020, p. 32.

705 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Planejamento da Política Pública Nacional de Justiça Restaurativa, 2020, p. 32.

Artigo | Article | Artículo | Article

Justiça, bem como, a todos da comunidade, sem limitação de participantes por turma.

Por último, encontra-se a indicação da bibliografia básica, construída com obras de autores mais conhecidos dentro da temática da JR e que exerceram grande influência na tradução da JR para o Brasil, em especial no campo judicial, entre eles Howard Zehr e Kay Pranis. Importante destacar que das 9 (nove) obras indicadas, apenas uma é brasileira e trata-se de uma coletânea de textos organizados pelo CNJ.

É possível perceber um distanciamento do Poder Judiciário e da academia, vez que, não encontramos nenhuma referência aos autores brasileiros que estão pesquisando e refletindo sobre a JR. Ao contrário, as referências são de autores estrangeiros, o que pode causar um distanciamento entre a prática e a realidade social, ou seja, uma tradução de Justiça Restaurativa descontextualizada da realidade e problemas brasileiros.

Tabela 2 – Plano Pedagógico Mínimo Orientador – Formações Práticas.

1) Conteúdo programático	
A) Círculo de Construção de Paz/Processo Circular	
I) Introdução	- Conceito. - Contexto (Histórico/Origem/Desenvolvimento) - Princípios.
II) Fundamentos teóricos e pressupostos centrais	- Fundamentos e valores. - Pressupostos.

<p>III) Elementos estruturais</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Cerimônia de abertura. - Objeto da palavra/Bastão da fala. - Check-in. - Centro e seus elementos - Geometria Circular. - Construção de valores e diretrizes - Perguntas norteadoras. - Contaçon de histórias. - Construção horizontal do justo. <ul style="list-style-type: none"> - Construção de consenso/ Processo decisório consensual. - Construção do senso de comunidade e corresponsabilidade coletiva. - Acordo/Plano de ação. - Cerimônia de encerramento/Fechamento - Check-out.
<p>IV) Papel do facilitador/guardião</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Habilidades. - Atribuições. - Vedações.
<p>V) Tipos e possibilidades de aplicação</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Tipos de círculos de construção de paz/ processos circulares. - Exemplos de possibilidades de atuação nas diversas áreas.
<p>VI) Planejamento e organização do círculo de construção de paz/processo circular.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Elaboração de roteiros/roteiro. - Etapas/estágios do processo circular - Funcionamento. - Fluxo. - Preparação/Pré-círculo. - Preparação das partes. - Acompanhamento/Pós-círculo. - Autopreparação do facilitador.
<p>VII) Facilitação de círculos de construção de paz/processos circulares pelos participantes</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Vivência prática.
<p>B) Demais Metodologias de Práticas Restaurativas</p>	

I) Introdução	- Conceito. - Contexto (Histórico/Origem/Desenvolvimento). - Princípios.
II) Fundamentos teóricos e pressupostos centrais	- Fundamentos e valores. - Pressupostos.
III) Elementos estruturais	- Características. - Participantes. - Etapas. - Funcionamento.
IV) Papel do facilitador/guardião	- Habilidades. - Atribuições. - Vedações.
V) Tipos e possibilidades de aplicação	- Tipos de círculos de construção de paz/ processos circulares. - Exemplos de possibilidades de atuação nas diversas áreas.
VI) Vivências, simulações e estudos de caso	
2) Formato	
Presencial Excepcionalmente, possibilidade de se ministrar a formação por EaD, com uso de metodologias ativas, preferencialmente somada a uma parte presencial, para trabalho de vivências.	
3) Carga horária mínima: 40 a 48 horas.	
4) Público alvo	
- Juízes e Servidores do Poder Judiciário; - Outros integrantes do Sistema de Justiça (Promotores, Defensores, Procuradores, Advogados e Servidores); - Pessoas dos mais diversos setores da comunidade (gestores e integrantes de órgãos públicos, de instituições públicas e privadas, e da sociedade civil organizada).	

5) Bibliografia básica

- CRUZ, Fabrício Bittencourt (coord.). **Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ225**. Brasília: CNJ, 2016, pp. 53/57. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/08/4d6370b2cd6b7ee42814ec39946f9b67.pdf> ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a Justiça Restaurativa**. São Paulo: Palas Athena.
- ELLIOTT, Elizabeth M. **Segurança e Cuidado: Justiça Restaurativa e sociedades saudáveis**. São Paulo: Palas Athena.
- LEDERACH, John Paul. **Tranformação de Conflitos**. São Paulo: Palas Athena. PRANIS, Kay. **Processos Circulares**. São Paulo: Palas Athena.
- PRANIS, Kay e BOYES-WATSON, Carolyn. **No Coração da Esperança: guia de práticas circulares: o uso de círculos de construção da paz para desenvolver a inteligência emocional, promover a cura e construir relacionamentos saudáveis**. Tradução: Fátima De Bastiani. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2011. Disponível em: <http://justica21.web1119.kinghost.net>.
- ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação Não Violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais**. São Paulo: Editora Ágora.
- ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. São Paulo: Palas Athena.
- ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a Justiça Restaurativa**. São Paulo: Palas Athena.

Fonte: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Planejamento da Política Pública Nacional de Justiça Restaurativa**, 2020,

Para a formação prática, conforme o plano pedagógico do CNJ, faz-se necessário um “conteúdo procedimental e atitudinal relativo às metodologias da Justiça Restaurativa, em que os fundamentos são aplicados por meio de vivências que permitem transformações pessoais, bem como a aquisição de experiência em ações e técnicas antes da conclusão do curso”⁷⁰⁶.

A formação teórica é pré-requisito para participar da formação prática em JR, portanto, a formação pode se dividir em dois momentos distintos, com o conteúdo teórico primeiro e, na sequência, o conteúdo prático; ou ainda, o conteúdo teórico, mesmo que

⁷⁰⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Planejamento da Política Pública Nacional de Justiça Restaurativa**, 2020, p. 40.

resumido, junto com a formação prática. O que se observou durante a realização desta pesquisa é a opção por dois momentos distintos, ou seja, um curso teórico e depois um curso prático, com verdadeira dicotomia entre teoria e prática.

Com relação ao conteúdo programático, pode-se observar na tabela anterior, que grande parte foi dedicada ao Círculo de Construção de Paz/Processo Circular. Isso deve-se ao fato de ser a prática restaurativa mais utilizada pelo Poder Judiciário brasileiro. Um item foi dedicado às demais metodologias de práticas restaurativa, sem especificação das mesmas, repetindo-se a estrutura de conteúdo do Círculo.

É exatamente essa ausência de especificação de outras práticas restaurativas que nos leva a questionar o uso excessivo de uma única prática para os mais variados tipos de conflitos criminais, uma vez que é sabido que determinados conflitos exigem outras abordagens, como por exemplo, a mediação vítima-ofensor. Mesmo o CNJ afirmando que na elaboração das diretrizes não há opção por uma prática específica, fica evidente que a atenção está voltada para o círculo, o que pode desestimular a formação e aplicação de outras metodologias, comprometendo a qualidade e a efetividade da JR.

Com relação ao formato do curso, o Plano Pedagógico Prático adota como regra o presencial, e, excepcionalmente, a EaD, com carga horária de 40 a 48 horas. Somada à carga horária do curso teórico, a carga do curso prático objetiva “que os participantes vivenciem práticas e simulações, fundamentais às transformações internas, ao aprendizado e ao desenvolvimento de competências, habilidades e atitudes necessárias a aplicação da metodologia estudada”⁷⁰⁷. Público alvo e bibliografia são os mesmos do Plano Pedagógico Teórico, apenas limitando o número de participantes entre 25 e 30 pessoas por turma, haja vista a sistemática da formação prática.

Um ponto que merece atenção está relacionado ao Estágio e Supervisão. Como dito, o Comitê Gestor para formular as diretrizes do Plano Pedagógico para formação em JR, baseou-se em 79 (setenta e nove) planos pedagógicos, enviados por 27 (vinte e sete) entidades. Segundo o Comitê Gestor alguns planos faziam previsão de supervisão e estágio, subsequentes aos cursos teórico e prático. Diante disso, afirmam que “não há, por hora, segurança pautada por uma realidade experimental para se integrar ao presente Planejamento Pedagógico Mínimo Orientador, como diretriz obrigatória, o estágio e ou a supervisão”⁷⁰⁸.

Mesmo reconhecendo que o estágio e a supervisão são importantes no processo de

707 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Planejamento da Política Pública Nacional de Justiça Restaurativa, 2020, p. 47.

708 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Planejamento da Política Pública Nacional de Justiça Restaurativa, 2020, p. 47.

formação do facilitador e um ponto de garantia para a correta consolidação da formação e do aprendizado, tais etapas são apenas recomendadas e não uma diretriz obrigatória. Acreditamos que essa ausência não foi a mais acertada e que um momento importante foi perdido, tendo em vista a complexidade da função exercida pelo facilitador, que sem estágio e supervisão poderá incorrer em erros com sérias consequências aos envolvidos no conflito.

E não podemos deixar de dizer que uma estrutura para o desenvolvimento do estágio e supervisão exigiria uma organização maior por parte do Poder Judiciário, com destinação de recursos financeiros. Logo, é possível imaginar que a motivação maior não seja a falta de dados, conforme justifica o Comitê Gestor, pois, conforme visto nos resultados das pesquisas anteriores⁷⁰⁹, com as quais buscamos dialogar, sempre chamam a atenção para a necessidade de uma formação continuada e de qualidade, rompendo, assim, com o mito da “formação instantânea”, ou seja, que basta um curso para a capacitação do facilitador.

O próprio Comitê Gestor do CNJ, em mais de uma oportunidade, reafirma que a formação é o “coração” dos programas de Justiça Restaurativa⁷¹⁰. Assim, precisa receber a atenção e investimento necessários para que possa garantir uma formação condizente com os princípios e valores da JR, logo se é o coração, significa dizer que a formação assume a centralidade nos programas e merece ser pensada e planejada com acuidade.

3. Uma formação diferente para um novo modelo de justiça

Saviani⁷¹¹, fundamentado na teoria inaugurada por Marx, que sustenta a centralidade do trabalho na formação e na vida do ser social, ao apresentar os fundamentos histórico-ontológicos da relação trabalho-educação⁷¹², assevera que trabalho e educação são

709 Cf. ILANUD/BRASIL. Sistematização e avaliação de experiências de Justiça Restaurativa, 2006. Cf. ANDRADE. Pilotando a Justiça restaurativa: o papel do poder judiciário, 2018.

710 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Planejamento da Política Pública Nacional de Justiça Restaurativa, 2020, p. 47.

711 SAVIANI. Trabalho e educação: fundamentos ontológicos e históricos. Revista Brasileira de Educação. v. 12, n. 34, 2007. p. 152.

712 Segundo Saviani, nas comunidades primitivas, onde a propriedade era comum e no mesmo processo o homem produzia a sua existência e se educava, a educação identificava-se com a própria vida. Logo, aqui estão “os fundamentos histórico-ontológicos da relação trabalho-educação. Fundamentos históricos porque referidos a um processo produzido e desenvolvido ao longo do tempo pela ação dos próprios homens. Fundamentos ontológicos porque o produto dessa ação, o resultado desse processo, é o próprio ser dos homens. SAVIANI. Trabalho e educação: fundamentos ontológicos e históricos. Revista Brasileira de Educação. v. 12, n. 34, 2007. p. 155.

concepções ontológicas, atividades inerentes ao ser humano, uma vez que apenas ele trabalha e educa. Para sobreviver, precisa transformar a natureza, assim, a sua essência é o trabalho, “que se desenvolve, se aprofunda e se complexifica ao longo do tempo: é um processo histórico. É, portanto, na existência efetiva dos homens, nas contradições de seu movimento real, [...] que se descobre o que o homem é”⁷¹³. E ainda:

Se a existência humana não é garantida pela natureza, não é uma dádiva natural, mas tem de ser produzida pelos próprios homens, sendo, pois, um produto do trabalho, isso significa que o homem não nasce homem. Ele forma-se homem. Ele necessita aprender a ser homem, precisa aprender a produzir sua própria existência. Portanto, a produção do homem é, ao mesmo tempo, a formação do homem, isto é, um processo educativo. A origem da educação coincide, então com a origem do homem mesmo⁷¹⁴.

O mesmo autor explica que com a apropriação privada da terra surge a divisão dos homens em classes, os que são proprietários de terra e os não proprietários, possibilitando aos primeiros viverem do trabalho alheio, enquanto os segundos passaram a garantir não apenas a própria sobrevivência, mas também a dos proprietários. Essa divisão em classes irá gerar uma divisão também na educação, que, primitivamente, identificava-se com processo do trabalho. Passaremos a ter uma “educação centrada nas atividades intelectuais” e outra “assimilada ao próprio processo de trabalho”, ou seja:

Desenvolveu-se, a partir daí, uma forma específica de educação, em contraposição àquela inerente ao processo produtivo. Pela sua especificidade, essa nova forma de educação passou a ser identificada com a educação propriamente dita, perpetrando-se a separação entre educação e trabalho⁷¹⁵.

Assim, diante dessas considerações iniciais, fica mais fácil entendermos os

713 SAVIANI. Trabalho e educação: fundamentos ontológicos e históricos. Revista Brasileira de Educação. v. 12, n. 34, 2007, p. 154.

714 SAVIANI. Trabalho e educação: fundamentos ontológicos e históricos. Revista Brasileira de Educação. v. 12, n. 34, 2007, p. 154.

715 SAVIANI. Trabalho e educação: fundamentos ontológicos e históricos. Revista Brasileira de Educação. v. 12, n. 34, 2007, p. 155.

impactos do modo de produção capitalista na relação trabalho-educação. E, para tanto, trazemos as reflexões de Mészáros, para quem “os processos educacionais e os processos sociais mais abrangentes de reprodução estão intimamente ligados”⁷¹⁶, sendo, portanto, necessário romper com a lógica do capital, para realmente conseguir uma mudança significativa no modelo educacional. Isso deve-se ao fato, como já visto, que o “capital é irreformável porque pela sua própria natureza, como totalidade reguladora sistêmica, é totalmente incorrigível”. Os efeitos da lógica do capital sobre a educação têm sido enormes, conforme afirma o autor:

A educação institucionalizada, especialmente nos últimos 150 anos, serviu – no seu todo – ao propósito de não só fornecer os conhecimentos e o pessoal necessário à máquina produtiva em expansão do sistema do capital, como também gerar e transmitir um quadro de valores que legitima os interesses dominantes, como se não pudesse haver nenhuma alternativa à gestão da sociedade, seja na forma “internalizada (isto é, pelos indivíduos devidamente “educados” e aceitos) ou através de uma dominação estrutural e uma subordinação hierárquica implacavelmente impostas⁷¹⁷.

Nessa linha, certo é que a educação formal tem um papel fundamental dentro do modo de produção capitalista, pois é por meio dela que ocorre o processo de “internalização” pelos indivíduos “da legitimidade da posição que lhes foi atribuída na hierarquia social”, ou seja, uma de suas funções principais “é produzir tanta conformidade ou ‘consenso’ quanto for capaz, a partir de dentro e por meio dos seus próprios limites institucionalizados.”⁷¹⁸

Assim, Mészáros chama a atenção para os limites e utopias de reformas educacionais isoladas, pois não são capazes de desafiar ou mudar as relações sociais que estão sob o controle da lógica autoritária do capital, que impõe a internalização da cultura e valores inerentes a própria ordem do metabolismo social do capital. E, por meio de uma visão dialética que aponta-se o caminho: “o que precisa ser confrontado e alterado fundamentalmente é todo o sistema de internalização”, ou seja, para “romper com a lógica do capital na área da educação equivale, portanto, a substituir as formas onipresentes e profundamente enraizadas de internalização mistificadora por uma

716 MÉSZÁROS. A educação para além do capital, 2008, p. 25-27.

717 MÉSZÁROS. A educação para além do capital, 2008, p. 35.

718 MÉSZÁROS. A educação para além do capital, 2008, p. 45.

alternativa concreta e abrangente”⁷¹⁹. E para tanto, afirma ser necessária a adoção de uma visão ampla de educação, inspirado pela frase de Paracelso: “A aprendizagem é a nossa própria vida, desde a juventude até a velhice, de fato quase até a morte; ninguém passa dez horas sem nada aprender”⁷²⁰.

Assim, um significado amplo de educação, que não se restringe a educação formal, ao contrário, inclui todos os momentos da nossa vida, “o êxito depende de se tornar consciente esse processo de aprendizagem [...] de forma a maximizar o melhor e minimizar o pior.”⁷²¹. E nessa linha de reflexão Mészáros apoia-se no pensamento de Gramsci, que também era contra uma visão estreita da educação e da vida intelectual, cujo único propósito era o de manter o domínio sobre o proletariado:

Não há nenhuma atividade humana da qual se possa excluir qualquer intervenção intelectual – o Homo faber não pode ser separado do Homo sapiens. Além disso, fora do trabalho, todo homem desenvolve alguma atividade intelectual; ele é, em outras palavras, um “filósofo”, um artista, um homem com sensibilidade; ele partilha uma concepção do mundo, tem uma linha consciente de conduta moral, e, portanto, contribui para manter ou mudar a concepção do mundo, isto é, para estimular novas formas de pensamento⁷²².

Em síntese, para Mészáros, “a questão fundamental é a necessidade de modificar, de uma forma duradoura, o modo de internalização historicamente prevalente.”⁷²³ E explica:

Nunca é demais salientar a importância estratégica da concepção mais ampla de educação, expressa na frase: “a aprendizagem é a nossa própria vida”. Pois muito do nosso processo contínuo de aprendizagem se situa, felizmente, fora das instituições educacionais formais. Felizmente, porque esses processos não podem ser manipulados e controlados de imediato pela estrutura educacional formal legalmente salvaguardada e sancionada. Eles comportam tudo, desde

719 MÉSZÁROS. Para além do capital: rumo a uma teoria da transição, 2011, p. 47.

720 PARACELSO. Selected writings. 1951.

721 GRAMSCI apud MÉSZÁROS, 2011, p. 47.

722 MÉSZÁROS. A educação para além do capital, 2008, p. 53.

723 MÉSZÁROS. A educação para além do capital, 2008, p. 53.

o surgimento de nossas respostas críticas em relação ao ambiente material mais ou menos carente em nossa primeira infância, do nosso primeiro encontro com a poesia e a arte, passando por nossas diversas experiências de trabalho, sujeita a um escrutínio racional, feito por nós mesmos e pelas pessoas quem as partilhamos e, claro, até o nosso envolvimento, de muitas diferentes maneiras ao longo da vida, em conflitos e confrontos, inclusive as disputas morais, políticas e sociais dos nossos dias. Apenas uma pequena parte disso tudo está diretamente ligada à educação formal⁷²⁴.

Assim, dentro da lógica do capital, conforme desenvolve o autor supracitado, a educação, como uma das dimensões da vida social, será utilizada para a internalização dos consensos. Nesse sentido, é urgente uma “atividade de contrainternalização”, ou seja, necessário construir um outro projeto educacional contra-hegemônico⁷²⁵, que possa ser uma alternativa ao que já existe⁷²⁶. Com efeito, importante não perder de vista que Mészáros discute o significado de educação em um processo de transição, ou seja, na perspectiva de superação do modelo imposto pelo capital. E nesse sentido, também podemos nos questionar o que seria do sistema de Justiça, mormente do sistema de Justiça Penal, tal como o conhecemos hoje; quais os princípios e valores que mediarão a abordagem do conflito criminal?

Assim, a teoria de Mészáros, tanto com relação à crise estrutural do capital, como do significado da educação em um processo de transição, foi fundamental para nos auxiliar na compreensão da realidade, em constante movimento. Mas, acreditamos que dentro deste próprio movimento contraditório, melhor dizendo, nas próprias entranhas do modelo de sociedade que temos hoje, habita a contradição. Dessa forma, há possibilidades para a construção de um movimento contra-hegemônico, que busque a conscientização dos sujeitos por meio de uma educação emancipadora, que não se limita a educação formal. Nesse sentido, buscamos auxílio nas lições de Martins:

724 MÉSZÁROS. A educação para além do capital, 2008, p. 53.

725 Hegemonia “é a capacidade de unificar através da ideologia e de conservar unido um bloco social que não é homogêneo, mas sim marcado por profundas contradições de classe. Uma classe é hegemônica, dirigente e dominante até o momento em que – através de sua ação política, ideológica e cultural – consegue manter articulado um grupo de forças heterogêneas, consegue impedir que o contraste existente entre tais forças exploda, provocando assim uma crise na ideologia dominante, que leve à recusa de tal ideologia, que irá coincidir com a crise política das forças no poder”. GRUPPI. Tudo começou com Maquiavel: as concepções de Estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci, 2000, p.70.

726 MÉSZÁROS. A educação para além do capital, 2008, p. 56.

Fundamentado na teoria marxista, Gramsci (1999-2002) argumenta que o capitalismo mantém o controle sobre a sociedade não apenas por coerção, violência política ou econômica, mas também pela coerção ideológica, utilizando como instrumento a cultura hegemônica burguesa, tornando-a “senso comum”. É nesse afã que a educação, como um processo de aquisição de conhecimentos necessário ao homem em seu intercâmbio com a natureza e com os outros indivíduos, se destaca como um instrumento social que, pelo mesmo processo, pode possibilitar o desenvolvimento de uma cultura de contra-hegemonia, pois o processo de aquisição de conhecimentos contribui para que o homem possa exercer uma nova direção política e cultural: um conjunto de forças sociais que se oporá a diferentes formas de opressão e alienação⁷²⁷.

E é aqui, que queremos contextualizar o nosso objeto de estudo, tendo como norte o reconhecimento da perspectiva estratégica da educação, possuindo possibilidade de uma significativa contribuição, para a elevação cultural das massas, que além de conhecimento busca o posicionamento crítico diante da realidade, pois, conforme Gramsci, por meio da “conquista de uma consciência superior [...] cada qual consegue compreender seu valor histórico, sua própria função na vida, seus próprios direitos e deveres”⁷²⁸. Assim a busca pelo conhecimento está intimamente relacionada ao objetivo da libertação, e, portanto, como afirma Freire: “a prática educativo-progressiva deve estar a favor da autonomia do ser dos educandos”⁷²⁹.

Nessa vertente, a JR é vista como um novo paradigma, como um novo modelo de Justiça. Ela tem valores e princípios diferentes do modelo criminal persecutório-punitivo, pois, fundamentalmente, busca a autonomia das partes com relação ao enfrentamento do conflito criminal, devolvendo o protagonismo aos envolvidos, a fim de que não necessitem de um terceiro imparcial e autoritário – o Estado-Juiz – para dizer o direito, para impor uma decisão. Logo, importante refletir se a formação do Facilitador da JR está imbricada a essa concepção ampliada de educação, capaz de desvelar a alienação e a barbárie imposta pelo sistema do capital e ser concretamente uma alternativa ao que já existe, mormente ao modelo criminal tradicional.

Moraes inicia o seu livro afirmando que “a realidade criminal e o funcionamento do sistema processual penal brasileiro nos constroem diariamente a buscarmos alternativas para reduzi-la e melhorá-lo. Não há cidadão que esteja satisfeito com eles”

727 MARTINS. Educação e serviço social: elo para a construção da cidadania, 2012, p. 20.

728 GRAMSCI. Cadernos do cárcere, 1999-2002, p. 24.

729 FREIRE. Educação como prática da liberdade, 2007, p. 131.

. A Justiça Penal brasileira torna-se ilegítima à medida que reproduz as desigualdades sociais. Assim, essa busca por alternativas alavancou o movimento da JR no Brasil, em especial, pelo próprio Poder Judiciário. Mas é preciso cuidar para que a JR também não se torne uma justiça ilegítima, e corrobore com a reprodução de desigualdades sociais. E aqui nos dedicamos ao aspecto da formação dos profissionais que irão trabalhar com a JR, pois uma nova justiça, uma nova abordagem dos conflitos criminais que vem sendo proposto, exige um outro profissional, com uma outra formação e com outra visão de mundo.

Tendo em vista os valores e princípios da JR podemos concluir que tratar-se de um movimento que busca uma abordagem do conflito criminal de forma “não violenta”, por meio da abordagem dialógica, ou seja, ao contrário do modelo tradicional cujo foco é a punição, a imposição de um castigo por meio da pena de prisão, na JR o foco são as relações humanas e suas necessidades. Cabe, portanto, ao facilitador a tarefa de criar um ambiente seguro para que as partes envolvidas no conflito possam dialogar, a fim de construírem, juntas, uma resposta para o ocorrido, cabe a esse profissional, portanto, levar as partes a terem uma experiência do fazer justiça, para que o processo restaurativo e o acordo realmente façam sentido em suas vidas.

O facilitador tem a missão de encorajar as partes, vítima e ofensor, que tradicionalmente sempre estiveram em posições opostas, a refletirem sobre o conflito por meio de uma outra abordagem, em uma perspectiva ampliada, ou seja, são convidados a uma análise mais profunda sobre as causas do conflito e, a partir daí, assumirem o protagonismo e construírem um acordo restaurativo, que atenda às necessidades de todos. O facilitador contará apenas com a linguagem, com o diálogo como instrumento de intervenção, pois não há mais ali a figura de autoridade, não há mais o Juiz, a quem cabia a função de dizer o direito. No processo restaurativo todos estão em um mesmo nível de poder, não há subordinação ou hierarquia, ao contrário o poder limita-se ao processo dialógico, a comunicação estabelece o exercício do poder em uma linha horizontal. Ao menos é esta dimensão que está explicitada nos princípios construídos pela JR.

Queremos dizer com isso que o facilitador utilizará, em toda a sua atuação, o diálogo, com base em um modelo não violento, ou seja, um modelo restaurador que busca melhorar as relações humanas, ampliar a visão de mundo, devolver o protagonismo aos envolvidos no conflito, para que possam vivenciar a justiça e perceber que podem encontrar saídas para os seus problemas sem a necessidade de delegar a solução a um terceiro. Logo, é importante indagar quais habilidades e competências são necessárias ao facilitador, que tipo de formação será necessária para atuar em um modelo compartilhado de poder?

Nesse sentido, extremamente relevante contextualizar a JR à realidade brasileira,

e para tanto, utilizaremos a ideia do *sulear*⁷³⁰ aplicada à JR, desenvolvida por Ortha, Bourguignon e Graf⁷³¹, que questionam a aplicação desse novo modelo de justiça no Brasil, através do referencial norte/ocidental, vez que não se apresenta compatível com a nossa justiça penal, calcada em políticas racistas, segregadoras e discriminatórias. Logo, as autoras identificaram que, no âmbito da JR institucionalizada, há “ausência de um referencial que dialogasse” com a realidade brasileira. E para realizar o objetivo de *sulear* à JR, trazendo o foco para a realidade e problemas brasileiros e ao mesmo tempo respeitando os princípios e valores restaurativos, encontram em Paulo Freire e em outros teóricos o referencial *suleador* para a referida prática:

Sendo assim, perceber, interpretar e realizar a justiça restaurativa pela perspectiva *suleadora*, é romper com as estruturas do racismo, sexismo e discriminação colonizadora e hegemônica da justiça brasileira, no intuito de eliminar as amarras opressoras que impedem a larga, completa e indistinta oferta da justiça restaurativa à toda população, na busca de uma transformação social e construção de uma política pública restauradora⁷³².

Nesse sentido, extremamente relevante contextualizar a JR à realidade brasileira, e para tanto, utilizaremos a ideia do *sulear*⁷³³ aplicada à JR, desenvolvida por Ortha, Bourguignon e Graf⁷³⁴, que questionam a aplicação desse novo modelo de justiça no Brasil, através do referencial norte/ocidental, vez que não se apresenta compatível com a nossa justiça penal, calcada em políticas racistas, segregadoras e discriminatórias. Logo, as autoras identificaram que, no âmbito da JR institucionalizada, há “ausência de um referencial que dialogasse” com a realidade brasileira. E para realizar o objetivo de

730 “Sulear significa construir paradigmas alternativos em que o Sul se coloca no centro da reinvenção da emancipação social”. ADAMS, T. *Sulear* (verbetes). In D. Streck, E. Redin, & J. J. Zitzoski (org). *Dicionário Paulo Freire*, 2008, p. 397.

731 ORTHA; BOURGUIGNON; GRAF. O Sul também existe: intersecção entre o pensamento *suleador* e as práticas restaurativas no Brasil. In: *Sulear a justiça restaurativa: as contribuições latino-americanas para a construção do movimento restaurativo 2020*, p. 20-21.

732 ORTHA; BOURGUIGNON; GRAF. O Sul também existe: intersecção entre o pensamento *suleador* e as práticas restaurativas no Brasil. In: *Sulear a justiça restaurativa: as contribuições latino-americanas para a construção do movimento restaurativo 2020*, p. 21.

733 “Sulear significa construir paradigmas alternativos em que o Sul se coloca no centro da reinvenção da emancipação social”. ADAMS, T. *Sulear* (verbetes). In D. Streck, E. Redin, & J. J. Zitzoski (org). *Dicionário Paulo Freire*, 2008, p. 397.

734 ORTHA; BOURGUIGNON; GRAF. O Sul também existe: intersecção entre o pensamento *suleador* e as práticas restaurativas no Brasil. In: *Sulear a justiça restaurativa: as contribuições latino-americanas para a construção do movimento restaurativo 2020*, p. 20-21.

sulear à JR, trazendo o foco para a realidade e problemas brasileiros e ao mesmo tempo respeitando os princípios e valores restaurativos, encontram em Paulo Freire e em outros teóricos o referencial suleador para a referida prática:

Sendo assim, perceber, interpretar e realizar a justiça restaurativa pela perspectiva suleadora, é romper com as estruturas do racismo, sexismo e discriminação colonizadora e hegemônica da justiça brasileira, no intuito de eliminar as amarras opressoras que impedem a larga, completa e indistinta oferta da justiça restaurativa à toda população, na busca de uma transformação social e construção de uma política pública restauradora⁷³⁵.

Segundo as autoras acima citadas, durante muito tempo foi atribuído a Paulo Freire a paternidade do termo “sulear”, haja vista que o educador o utilizou e incorporou ao seu pensamento como um verbete revolucionário, cuja função era contrapor-se ao “caráter ideológico do termo nortear”. Mas na verdade, foi Márcio Campos quem apresentou o conceito a Paulo Freire, sendo que o termo surgiu para dar visibilidade ao conhecimento que também era construído pelo Sul⁷³⁶.

Importante é que a obra de Paulo Freire fornece fundamentos essenciais para a aplicação da JR no Brasil por meio de concepções como: emancipação, diálogo, oprimido, ou seja, através da ideia de educação como prática libertadora é possível encontrar ponto de conexão com os princípios e valores da JR, que também buscam, através de uma prática dialógica, o protagonismo e a autonomia das partes frente aos seus conflitos.

Assim, a tradução da JR para o Brasil, impõe uma perspectiva suleadora capaz de fazer frente a cultura conservadora, seletiva e punitiva da Justiça Penal, imposta pela lógica capitalista. Defendemos a importância da formação incorporar essa perspectiva, pois a prática desse profissional tem uma dimensão socioeducativa em relação aos envolvidos no conflito criminal.

Considerando que qualquer ação educativa possui um vetor, uma direção, sendo reprodutora, conservadora ou crítica, libertadora, pois não há neutralidade na dimensão

735 ORTHA; BOURGUIGNON; GRAF. O Sul também existe: intersecção entre o pensamento suleador e as práticas restaurativas no Brasil. In: Sulear a justiça restaurativa: as contribuições latino-americanas para a construção do movimento restaurativo 2020, p. 21.

736 ORTHA; BOURGUIGNON; GRAF. O Sul também existe: intersecção entre o pensamento suleador e as práticas restaurativas no Brasil. In: Sulear a justiça restaurativa: as contribuições latino-americanas para a construção do movimento restaurativo 2020, p. 24.

educativa, se faz necessário elucidar em qual perspectiva a JR pretende formar os facilitadores. Analisando os princípios, as diretrizes descritas nos documentos da JR, inferimos que a direção explicitada é a crítica, transformadora. Logo, consideramos fundamental que a formação tenha um direcionamento crítico e desvelador das formas de opressão e alienação da classe trabalhadora, para assim, tomar consciência dos múltiplos fatores que envolvem o conflito criminal, que é atravessado pelas violências estruturais, tais como racismo, questões de gênero e desigualdades socioeconômicas.

Como dito, no modelo penal tradicional o magistrado é aquele que tem o poder de punir, de dizer o direito; é aquele que aplica a pena para disciplinar o criminoso. Então, tanto a vítima quanto o acusado exercem um papel passivo e não participam ativamente dos atos processuais. Ao contrário, na JR o papel do facilitador é outro, pois propõe uma relação em condições de igualdade, não havendo imposição de poder; ele e as partes estão em pé de igualdade, não há imposição de poder, o que abre espaço para a construção de um acordo, que de forma criativa e transformadora, pode levá-los a uma experiência do fazer justiça, cujo objeto deixa de ser a punição e passa a ser as necessidades dos envolvidos; uma experiência que busca a autonomia do sujeito, a capacidade de se conectar com o outro, enquanto ser capaz, ético e político.

É nesse movimento que ocorre o desvelar da realidade, ou seja, aqui os sujeitos podem tomar consciência da complexidade que envolve o conflito criminal, com seus múltiplos fatores, tais como desemprego, preconceito e desigualdades sociais. E a partir da conscientização, é possível a transformação social, ou seja, “a consciência crítica é a representação das coisas e dos fatos como se dão na existência empírica. Nas suas correlações causais e circunstanciais”⁷³⁷. “A consciência ingênua (pelo contrário) se crê superior aos fatos, dominando-os de fora, se julga livre para entendê-los, conforme melhor lhe agrada”⁷³⁸.

Mas não basta apenas a conscientização com o desvelar da realidade; é preciso transformar a realidade, por meio da ação, da práxis, enquanto unidade entre teoria e prática, entre ação e reflexão⁷³⁹. Para se atingir a consciência crítica e a ação transformadora, Paulo Freire apresenta a metodologia do diálogo:

Por isto, o diálogo é uma exigência existencial. E, se ele é o encontro em que se solidariza o refletir e o agir de seus sujeitos endereçados ao mundo a ser

737 FREIRE. Educação como prática da liberdade, 2007, p. 113.

738 FREIRE. Educação como prática da liberdade, 2007, p. 113.

739 FREIRE. Pedagogia do oprimido, 2005, p. 42.

transformado e humanizado, não pode reduzir-se a um ato de depositar ideias de um sujeito no outro, nem tampouco tornar-se simples troca de ideias a serem consumidas pelos permutantes. Não é também discussão guerreira, polêmica, entre sujeitos que não aspiram a comprometer-se com a pronúncia do mundo, nem com buscar a verdade, mas com impor a sua. Porque é encontro de homens que pronunciam o mundo, não deve ser doação do pronunciar de uns a outros. É um ato de criação. Daí que não possa ser manhoso instrumento de que lance mão um sujeito para a conquista do outro. A conquista implícita no diálogo é a do mundo pelos sujeitos dialógicos, não a de um pelo outro. Conquista do mundo para a libertação dos homens⁷⁴⁰.

Para Freire, o diálogo “como encontro dos homens para a tarefa comum de saber agir”, pressupõe humildade e é incompatível com a autossuficiência, pois “neste lugar de encontro, não há ignorantes absolutos, nem sábios absolutos: há homens que, em comunhão, buscam saber mais”⁷⁴¹.

E no mesmo sentido os autores Schirch e Campt⁷⁴² afirmam que a conflituosidade atual tem levado as pessoas a perceberem a necessidade de encontrar melhores formas de conversar, assim, “o diálogo é um processo para conversar sobre assuntos tensos”. E afirmam, ainda, que o diálogo é diferente de conversação, discussão, aula ou debate, pois pressupõe escuta respeitosa, aprendizado e troca de experiências, portanto:

é um processo de comunicação que procura construir o relacionamento entre pessoas ao partilharem experiências, ideais e informações sobre um assunto comum. Seu objetivo é também ajudar grupos a assimilarem mais informações e pontos de vista quando estão tentando chegar a uma nova e mais ampla compreensão da situação em pauta⁷⁴³.

Assim, segundo Lima e Carloto⁷⁴⁴, acredita-se que a teoria desenvolvida por

740 FREIRE. *Pedagogia do oprimido*, 2005, p. 90.

741 FREIRE. *Pedagogia do oprimido*, 2005, p. 149.

742 SCHIRCH; CAMPT. *Diálogo para assuntos difíceis: um guia prático de aplicação imediata*, 2018, p. 7.

743 LIMA; CARLOTO. *Ações socioeducativas: reflexões a partir de Freire*. *Revista Emancipação*, 2009, p. 132.

744 LIMA; CARLOTO. *Ações socioeducativas: reflexões a partir de Freire*. *Revista Emancipação*, 2009, p. 132.

Paulo Freire, em especial os conceitos de oprimido⁷⁴⁵, autonomia⁷⁴⁶ e diálogo, são elementos indispensáveis para o desenvolvimento da práxis do facilitador, que ao agir dentro dos princípios e valores da JR, encontra referência nacional, para mediar o diálogo contextualizado com o cenário social, político, cultural e econômico brasileiro, ou seja, um diálogo que dê condições de “compreensão da realidade em sua dinâmica e processualidade histórica”⁷⁴⁷. E nesse mesmo sentido, Gramsci esclarece que:

criar uma nova cultura, não significa realizar individualmente descobertas originais, significa, sobretudo, difundir criticamente verdades já descobertas, socializá-las, fazer com que se tornem as bases das ações vitais, elementos de coordenação de ordem intelectual e moral⁷⁴⁸.

Por isso, acreditamos que o facilitador deva agir numa perspectiva educativa, dentro do procedimento restaurativo, pois ali há espaço para o desenvolvimento do processo reflexivo, capaz de conduzir os sujeitos no conflito criminal – os oprimidos – a tomada de consciência da alienação gerada pelo modo de produção capitalista. Em outras palavras, por meio da metodologia dialógica, cabe ao facilitador em JR “facilitar” o processo educativo de todo os envolvidos, que conduza à liberdade e à autonomia.

E nesse sentido, cumpre ressaltar que a “ação sócio-educativa é essencialmente política, podendo afirmar a cultura dominante, numa perspectiva conservadora ou contribuir na construção de uma perspectiva emancipatória das classes subalternas,

745 “Oprimido são todos os/as cidadãos/ãs que não têm a consciência de suas possibilidades de transformação da realidade. Vivem imersos na engrenagem da estrutura dominante. Diz-se também que são aqueles indivíduos que hospedam o opressor dentro de si, ou seja, identificam-se com os valores do opressor, de tal forma que não se percebem como oprimidos. Não há dúvida que a pobreza, a miséria, o analfabetismo, as relações de gênero, a idade, a deficiência podem tornar os indivíduos mais vulneráveis e, portanto, mais propensos à opressão, mas todo trabalhador/a, independente de sua escolaridade, condição econômica que não tenha consciência da sua capacidade de transformação da realidade é, por isso mesmo, considerado um oprimido. Pode até ser que esses/as cidadãos/ãs tenham certo conhecimento de sua condição, mas se nada fazem para mudança dessa estrutura desumanizante, são oprimidos” LIMA; CARLOTO. Ações socioeducativas: reflexões a partir de Freire. Revista Emancipação, 2009, p. 133.

746 “Por autonomia Freire compreende o processo gradativo de amadurecimento que ocorre durante toda a vida, propiciando ao indivíduo a capacidade de decidir e, ao mesmo tempo, de arcar com as consequências dessa decisão, assumindo, portanto, responsabilidades. Nas palavras do autor: A autonomia, enquanto amadurecimento do ser para si, é processo, é vir a ser. Não ocorre em data marcada. É neste sentido que uma pedagogia da autonomia tem de estar centrada em experiências estimuladoras da decisão e da responsabilidade, vale dizer, em experiências respeitadas da liberdade” (LIMA; CARLOTO. Ações socioeducativas: reflexões a partir de Freire. Revista Emancipação, 2009, p. 132.

747 LIMA; CARLOTO. Ações socioeducativas: reflexões a partir de Freire. Revista Emancipação, 2009, p. 132.

748 GRAMSCI. Cadernos do cárcere, 1999-2002, p. 77.

construindo uma nova cultura.”⁷⁴⁹. Logo, fundamental compreender qual a perspectiva que orienta a atuação do facilitador em JR no Poder Judiciário brasileiro.

4. Considerações finais

A figura do facilitador é fundamental para que se crie condições para um possível acordo restaurativo, sendo então responsável por intermediar o diálogo entre os principais envolvidos, partindo do pressuposto de que há em cada conflito uma particularidade a ser considerada para fins de se alcançar um acordo, que contemple as necessidades das partes, retirando, portanto, o foco da punição e na pena de prisão. Conforme as informações do CNJ, o estágio e a supervisão são importantes no processo de formação do facilitador e um ponto de garantia para a correta consolidação da formação e do aprendizado. Porém, tais etapas são apenas recomendadas e não uma diretriz obrigatória. Assim, acreditamos que essa ausência não foi a mais acertada e que um momento importante foi perdido, tendo em vista a complexidade da função exercida pelo facilitador, que sem estágio e supervisão poderá incorrer em erros com sérias consequências aos envolvidos no conflito.

É preciso cuidar para que a JR também não se torne uma justiça ilegítima, e corrobore com a reprodução de desigualdades sociais. Uma nova justiça, como a justiça restaurativa, com uma nova abordagem dos conflitos criminais que vem sendo proposto, exige um outro profissional, com uma outra formação e com outra visão de mundo. Praticar a justiça restaurativa exige uma perspectiva suleadora, que rompa com estruturas como o racismo, sexismo e discriminação – amarras que impedem uma transformação social. Assim, a formação do facilitador em Justiça restaurativa precisa ser crítica e transformadora para que se consiga atingir os objetivos dessa nova forma de justiça.

Referências bibliográficas

ADAMS, T. Sulear (verbete). In D. Streck, E. Redin, & J. J. Zitkoski (org). Dicionário Paulo Freire (pp. 396 – 398). Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2008.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Pilotando a Justiça restaurativa: o papel do poder judiciário. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Brasília, 2018. Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/eventos-campanhas/evento/448-seminario-justica-pesquisa-2017>>.

749 MARTINS. Educação e serviço social: elo para a construção da cidadania, 2012, p. 26.

Acesso em: 06 nov. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 225. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 31 de maio de 2016. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>>. Acesso em: 26 mai. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Planejamento da Política Pública Nacional de Justiça Restaurativa. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/FINAL-Planejamento-da-Poli%CC%81tica-Nacional-de-Justic%CC%A7a-Restaurativa-Completo.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2022.

FREIRE, Paulo. Pedagogia do oprimido. 44 edição. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

FREIRE, Paulo. Educação como prática da liberdade. 30 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

GRASMCI, Antônio. Cadernos do cárcere. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999-2002.

GRUPPI, L. O conceito de hegemonia em Gramsci. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2000.

ILANUD/BRASIL. Sistematização e avaliação de experiências de Justiça Restaurativa. São Paulo: ILANUD, 2006.

LIMA, Evangelina Sanches; CARLOTO, Cassia Maria. Ações socioeducativas: reflexões a partir de Freire. Revista Emancipação. Ponta Grossa/Pr: Editora UEPG, 2009. Disponível em: <https://revistas2.uepg.br/index.php/emancipacao/article/view/692>. Acesso em set. de 2022.

MARTINS, Eliana Bolorino Canteiro. Educação e serviço social: elo para a construção da cidadania. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

MÉSZÁROS, István. A educação para além do capital. Tradução de: Education beyond capital. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2008.

MÉSZÁROS, I. Para além do capital: rumo a uma teoria da transição. São Paulo: Boitempo, 2011.

MORAES, Mauricio de Zanoide. Processo Penal transformativo: modelo criminal e sistema processual não violento. 1 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.

ORTHA, Glaucia Mayara Niedermeyer; BOURGUIGNON, Jussara Ayres; GRAF, Paloma

Machado. O Sul também existe: intersecção entre o pensamento suleador e as práticas restaurativas no Brasil. In: Sulear a justiça restaurativa: as contribuições latino-americanas para a construção do movimento restaurativo/ [livro eletrônico]/ Glaucia Mayara Niedermeyer Orth; Paloma Machado Graf (Orgs.). (Coleção Singularis, v. 8). Ponta Grossa: Texto e Contexto, 2020.

PARACELSO. Selected writings. Londres: Routledge&Kegan Paul, 1951.

PRANIS Kay. Manual para facilitadores de Círculos. San José: CONAMAJ, 2010.

SCURO NETO, Pedro. Modelo de Justiça para o século XXI. In: Revista da Escola da Magistratura Regional Federal/TRF2, v. 6, n. 1, 2006.

SAVIANI, Dermeval. Trabalho e educação: fundamentos ontológicos e históricos. Revista Brasileira de Educação. v. 12, n. 34 – jan./abr, p. 152-165. São Paulo, 2007 .

SCHIRCH, Lisa; CAMPT, David. Diálogo para assuntos difíceis: um guia prático de aplicação imediata. Tradução por Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2018.



Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**

Gostaria de submeter seu trabalho a Revista Direito.UnB?

Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>
e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.



UnB



**conhecimento em movimento
sociedade em transformação**



Diretório de políticas editoriais das
revistas científicas brasileiras



Sistema Regional de Información
en línea para Revistas Científicas de América Latina,
el Caribe, España y Portugal

O VAZIO NORMATIVO E A INVIABILIDADE DE ACESSO AO DIREITO À SAÚDE MENTAL PELA COMUNIDADE LGBTQIAP+: A QUIMERA BRASILEIRA

THE NORMATIVE VOID AND THE DENYIL TO THE LGBTQIAP+ COMMUNITY TO THE ACCESS TO THE RIGHT TO MENTAL HEALTH: THE BRAZILIAN CHIMERA

T

Recebido: 03/03/2025

Aceito: 27/12/2025

Mikhail Vieira de Lorenzi Cancelier

Universidade de Brasília.

Professor Adjunto de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB).

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Advogado..

E-mail: mikhail.cancelier@unb.br



Orcid: <https://orcid.org/0009-0009-1651-4763>

RESUMO

Legislativo, Executivo e Judiciário, são os três Poderes da União, apresentados, analogamente, aqui, como a Quimera, ser da mitologia grega com três cabeças, de naturezas completamente distintas, em um mesmo corpo híbrido. Diante das ações perpetradas por essa figura, o objetivo deste artigo é relacionar a inexistência formal da comunidade LGBTQIAP+ no Ordenamento Jurídico nacional à consequente restrição do acesso dessa comunidade ao direito à saúde, com foco no direito à saúde mental. Nesse sentido, a pesquisa efetuada para a construção deste texto tem a intenção de compreender a conexão entre a insegurança jurídica existente no Brasil e os danos causados à saúde mental dessa comunidade, desprovida de direitos civis. O artigo é estruturado com base no método dedutivo. Parte-se da explanação do direito à saúde, referenciado como direito social, direito fundamental e direito da personalidade. Na sequência, a invisibilidade normativa da comunidade LGBTQIAP+ será destacada. Assim, será explorada a diferença entre o reconhecimento de direitos e a efetiva constituição de direitos, sendo apresentados alguns casos extremamente relevantes à construção histórica desse debate. Por fim, ganhará espaço a investigação sobre os efeitos danosos à saúde mental dos mem-

Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.

This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that allows sharing in any format as long as the original work is properly acknowledged.



bros da comunidade LGBTQIAP+, causados (direta ou indiretamente) por esse vazio normativo.

Palavras-chave: : Direitos Civis; Direitos da Personalidade; Direito Positivo; Comunidade LTBTQIAP+; Direito à Saúde Mental.

ABSTRACT

The Federal Government is made up of three branches: Legislative, Executive and Judicial, by analogy here presented as the Chimera, Greek mythological hybrid creature with three heads, whom behave them selves in completely different ways. Given the actions perpetrated by this figure, the objective of this article is to relate the formal non-existence of the LGBTQIAP+ community in the Brazilian legal system to the consequent restriction of this community's access to the right to mental health. Hereby, this research aims to understand the connection between these Brazilian legal gap and the damage caused to the mental health of that community deprived of civil rights. The article is structured based on the deductive method. It starts with the explanation of the right to health, referred to as social right, fundamental right and a right of personality. Next, the legal invisibility of the LGBTQIAP+ community will be highlighted. Thus, the difference between the recognition of rights and the effective constitution of rights will be explored, with some extremely relevant and historical cases being presented. Finally, we'll dive into the harmful effects on the mental health of members of the LGBTQIAP+ community, caused (directly or indirectly) by this regulatory void.

Keywords: Civil Rights; Right of Personality; Positive Rights; LGBTQIAP+ Community; Right to Mental Health.

1. Introdução

Na gravação da música “Um jeito estúpido de amar”, apresentada no álbum “Pássaro da Manhã”, Maria Bethânia inicia sua interpretação com um texto de Fauzi Arap, e declama: *“Eu vou te contar que você não me conhece. E eu tenho que gritar isso, porque você está surdo. E não me ouve. [...] Eu quero que você me veja a mim. E a minha nudez, parada, te denuncia e te espelha”*⁷⁵⁰. Entendo que esse trecho ilustra, quase à perfeição, a relação entre a comunidade LGBTQIAP+ e o Poder Legislativo brasileiro. Gritamos, nos apresentamos, nos despimos e, no entanto, continuamos inaudíveis e invisíveis, perante aqueles que legislam. Considerando que esse grupo, eleito democraticamente, espelha, em algum nível, nossa sociedade, é urgente que nós, enquanto comunidade, deixemos de nos contentar com benevolências pontuais (normalmente advindas do Poder Judiciário),

750 ARAP; ISOLDA; CARLOS. Um jeito estúpido de amar. 1977.

e denunciemos com vigor a completa inexistência de nossa representatividade normativa.

Tal fato torna-se ainda mais grave por não nos darmos conta do quão violenta é a insistência, por parte do Poder Legislativo, em não nos enxergar. Embora, hoje, possamos nos casar, ter filhos, ter reconhecido nosso gênero e nosso nome (para citar alguns exemplos das benevolências antes referidas), não podemos manter e perpetuar a falsa percepção de que avançamos em nossa luta por igualdade jurídica. Não avançamos. Não temos direitos.

Não é de hoje que a necessária constituição e positivação dos direitos de nossa comunidade é reivindicada⁷⁵¹. No entanto, o tom preponderantemente festivo nas comemorações do “Dia do Orgulho” (28/06) causa certo espanto. Digo isso porque, entendo, que há pouquíssimo a ser comemorado. Não temos segurança jurídica alguma, no Brasil. Não fazemos parte, enquanto sujeitos de direito, do nosso Ordenamento Jurídico.

Tudo que conquistamos até hoje foram “interpretações favoráveis”, com termos que “validam” nossa “afetividade”. Aliás, primordial frisar que a luta travada, apenas, partindo da perspectiva do afeto, sem ter como protagonista a necessária constituição de nossos direitos, é um desserviço social, e é cruel, visto não destacar o número considerável de pessoas que são diariamente violentadas em nosso país por não terem direitos. O respeito por nossas relações afetivas é mínimo. Me explico: a violência contra a comunidade LGBTQIAP+ parte de um lugar discriminatório e preconceituoso, permitido pelo Estado, considerando o fato de não termos qualquer direito positivado, o que nos coloca em posição ainda mais vulnerável. Nesse sentido, o Estado nos desclassifica enquanto cidadãos.

A linguagem, o texto, aqui, é importantíssima, e a falta dela no corpo normativo nacional impulsiona a violência. Posso ir além, e dizer que tal falta promove o ataque constante à nossa saúde, tanto física quanto mental. A lei, quando escrita (positivada) tem o poder de, normalizar comportamentos, normatizando-os; consegue impor igualdade jurídica, igualdade entre os sujeitos. Mesmo que, com frequência, tal igualdade demore a ser efetivada (quando o é), a simples existência de uma norma que nos englobe (literalmente) em sua tutela, de forma direta, nos “legaliza”, e essa “legalização” potencializa nossa proteção, nossa cidadania, nosso reconhecimento enquanto sujeitos de direitos.

No entanto, o modo como somos tratados, atualmente, pelo Estado, por meio de “costuras de retalhos normativos”, é desrespeitoso com nossa comunidade e nos discrimina perante a sociedade. Ademais, serve, sobretudo, à determinada classe de membros da comunidade LGBTQIAP+, classe mais privilegiada, tanto do ponto de

751 CANCELIER. A necessária constituição e positivação de Direitos da Comunidade LGBTQIAP+: Atenção à Luta: por eficácia jurídica; por segurança jurídica e por igualdade jurídica. 2021.

vista econômico quanto educacional. O viés discriminatório existe dentro da própria comunidade e o fato de não sermos “positivados”, de forma igualitária (considerando nossas diferenças), contribui, e muito, para permanência dessa desigualdade, também, interna. A lei, escrita, por outro lado, promove, mesmo que de modo embrionário, alguma equalização.

Temos, aqui, poderíamos dizer, três Poderes que representam “três Estados”: “dois Estados” que opõem-se e guerrilham constantemente, e “um Estado” que omite-se. Três que, enquanto um, o Estado Brasileiro, não consegue promover a união da única sociedade pela qual são responsáveis. Diria uma espécie de “Quimera brasileira”, em analogia ao ser da mitologia grega. Tomaz Amorim Izabel⁷⁵², explica que o “monstro” teria três cabeças, cada uma delas de um animal distinto (um leão, uma cabra e uma serpente), em posições distintas, e com manifestações de força distintas. Também, a escolha pela figura da Quimera não é feita sem relação com o tema neste artigo abordado. Isso porque, na Grécia Antiga, as ilustrações representativas da Quimera a apresentavam como um ser de gênero híbrido, com características femininas e masculinas. O Estado, o direito, não nos alcança com sua tutela. Nossa liberdade é fantasiosa, tal qual a Quimera.

2. Direito à saúde: social, fundamental e da personalidade

2.1. Da doença à dignidade da pessoa humana: um direito social ainda em formação

De pronto, convém informar que o objetivo deste ponto não é apresentar a estrutura pública do sistema de saúde brasileiro (público ou particular), mas compreender o significado do direito à saúde. Partindo de uma perspectiva jurídico-social, intenciona-se, aqui, compreender sua abrangência, seus fundamentos, suas características e formatos. Entendo ser evidente a relação entre saúde e vida, vida com qualidade e dignidade. Nesse sentido, o direito à saúde protege a pessoa em si, em todos os seus aspectos, visto proteger sua vida, e o cuidado com o exercício dessa vida. Iria um pouco além, entendendo que o direito à saúde, mais do que a vida, tutela o viver.

Patrícia Werner⁷⁵³, explica que, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, foi adotado como “paradigma um projeto minucioso para dar efetividade ao direito à saúde, concebido de forma legítima por retratar o historicismo brasileiro e simbolizar a força sagaz da sociedade organizada”. De fato, a saúde é

752 AMORIM IZABEL. Odradek, quimera incapturável. 2016: p. 77.

753 WERNER. O direito à saúde. 2017: p.02.

classificada pela CF como direito social⁷⁵⁴ e definida como “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”⁷⁵⁵. Parece, no entanto, ter faltado ao Constituinte uma representação textual melhor representativa desse projeto paradigmático.

A Constituição da Organização Mundial da Saúde, de 1946, por outro lado, consegue, nesse sentido, apresentar uma definição mais moderna e inteligente de “saúde”. Mesmo sendo um texto escrito mais de 40 anos antes da CF, a OMS mostrou-se mais consciente da importância do direito à saúde, efetivamente amplo e socialmente responsável:

A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social. A saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados. Os resultados conseguidos por cada Estado na promoção e proteção da saúde são de valor para todos⁷⁵⁶.

Trabalhar a saúde como um estado de completo bem-estar físico, mental e social, no lugar de colocá-la num local de mera oposição à doença, é elevar e atualizar o seu conceito. É reconhecer seu papel fundamental na formação de uma sociedade cidadã e de um Estado consciente de seus sujeitos, considerando suas diversidades. Um Estado que enxerga, amplamente, sua população. Me parece, justamente, que falta ao legislador brasileiro, essa desvinculação entre “saúde” e “doença”, fundamental pra a concretização de um Estado mais saudável, em todos os sentidos. Talvez, aí, exista um ponto focal, que represente bem o viés ideológico do Poder Legislativo.

O texto da Lei nº10.216/2001⁷⁵⁷, com objetivo de regulamentar o modelo de assistência à saúde mental, serve de exemplo. A lei faz referência a pessoas com “transtorno mental”. A norma não demonstra preocupação com a promoção da saúde mental, mas com o tratamento do transtorno. Em 2012, o Ministério Público Federal editou a *Cartilha direito à saúde mental*, incorporando, aí sim, à interpretação da referida

754 BRASIL. CF, Art. 6º. 1988.

755 BRASIL. CF, Art. 196. 1988.

756 OMS. Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) - 1946. 1946.

757 BRASIL. Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001. 2001.

norma, o protagonismo da saúde⁷⁵⁸. Define, no documento, que o direito à saúde mental é direito fundamental, que objetiva “assegurar bem-estar mental, integridade psíquica e pleno desenvolvimento intelectual e emocional” do cidadão. Reforçando que sua real efetivação depende “da existência de condições para uma vida digna, contando, assim, com a constante articulação de indivíduos, comunidades e da sociedade como um todo para a construção de uma realidade social mais justa”. A alteração do ponto de vista é fundamental.

A saúde mental é diretamente vinculada a fatores “históricos, políticos, econômicos e sociais”, sendo sensível a “exposições, violências e discriminação”. O cuidado com a saúde mental “não é um projeto individual com começo, meio e fim, é um projeto coletivo”, sendo necessário “pensar na efetivação desse direito como uma tarefa compartilhada por diversos setores e que depende também da garantia destes direitos”⁷⁵⁹. Nessa senda, a saúde envolve um bem estar completo do indivíduo”, e demanda, para sua real efetivação, a “intervenção do Estado”⁷⁶⁰, no sentido de entendê-la como forma de promoção da dignidade da pessoa humana. Corroborando com esse entendimento, Marcelo Vivas é preciso em seu posicionamento:

A interseção entre direitos e Saúde mental ainda ocorre com estranhamento, não só de saberes, mas também de poderes. A apreensão da Saúde pelo direito envolve uma distorção para validar a coercitividade e o apaziguamento social. As normativas são aplicadas de maneira aleatória, recorrendo-se ao artigo 196 da Constituição Federal como a panaceia para todos os males, sem qualquer detalhamento de seu cabimento ou aplicação no caso concreto. Os avanços legislativos não têm se refletido no respeito às potencialidades do sujeito e no fortalecimento do cuidado em liberdade [...] ⁷⁶¹

É, também, nesse sentido, que compreendo o direito à saúde mental.

2.2. direito fundamental e da personalidade

Quando analisada enquanto bem a ser tutelado, a saúde apresenta tamanha

758 BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Federal Dos Direitos Dos Cidadãos. Cartilha direito à saúde mental. 2012: p. 12.

759 INSTITUTO CACTUS. Saúde mental e direitos humanos: por que precisamos falar sobre isso?. 2021.

760 SIQUEIRA; TATIBANA. Os direitos da personalidade: liberdade individual versus tutela da saúde pública no caso da vacinação obrigatória. 2022: p. 04.

761 VIVAS. Direito à saúde mental no Brasil: ficção ou realidade?. 2020: p. 229.

amplitude que permite ser protegida em diversos formatos. De complexidade equivalente à do ser humano, o direito à saúde permite ser estruturado em dimensões múltiplas. Assim é que, embora seja destacado na CF enquanto direito social (regulamentado de forma um tanto quanto defasada, conforme exposto), também pode ser compreendido como um direito fundamental e um direito da personalidade. Afinal, sendo adaptável ao contexto social, econômico e cultural, no qual está inserido, é um direito que só torna-se de fato eficaz quando permite ao indivíduo que identifique-se e perceba-se como membro da comunidade⁷⁶². Ou seja, um modelo de tutela discriminatória da saúde, impossibilita sua concretização; torna-se um direito pela metade; um direito que não é pensado para assegurar a formação cidadã, responsável e saudável da sociedade que busca regulamentar.

As distinções entre direitos fundamentais e direitos da personalidade, embora discretas, são bastante relevantes⁷⁶³. Para Maurício Mazur a “dicotomia entre os direitos fundamentais não os opõem definitivamente, ao invés, enseja uma dogmática incentivadora de relacionamento interno normativo capaz de reforçar a tutela da personalidade⁷⁶⁴”. Embora diferenciados pelo local originário de positivação - “fundamentais” são constitucionais e “da personalidade” são os presentes no Código Civil -, aproximam-se pelo objeto tutelado, quais sejam, os bens da personalidade.

Já Anderson Schreiber destaca a diferença semântica entre ambos. Assim, emprega-se direitos da personalidade “na alusão aos atributos humanos que exigem especial proteção no campo das relações privadas, ou seja, na interação entre particulares”⁷⁶⁵; por outro lado, quando tais atributos encontram-se garantidos pela Constituição, é utilizada a expressão direitos fundamentais. Sendo o mesmo fenômeno jurídico, mesmo que iluminado por spots distintos, a tutela é, igualmente, voltada à dignidade humana. Ocorre que, o “ingresso de direitos de personalidade no normativo constitucional gera imediatamente o reforço de sua tutela, que supera o âmbito das relações particulares e passa a atuar também contra ofensas ou ameaças provindas dos entes públicos⁷⁶⁶”.

No Código Civil de 2002, os direitos da personalidade ganharam Capítulo próprio, sendo apresentados, em rol exemplificativo, entre os Artigos 11 e 21. Destaco, dentre eles, o texto do Art. 21: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma⁷⁶⁷”. Já na CF, os direitos fundamentais estão listados no Art.5º,

762 GODINHO; QUEIROZ. SAÚDE: Direito social ou direito da personalidade?. 2020: p.215..

763 CANCELIER. Infinito particular: privacidade no século XXI e a manutenção do direito de estar só. 2017: p.106.

764 MAZUR. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. 2012: p.61 e 28.

765 SCHREIBER. Direitos da personalidade. 2013: p.13.

766 SCHREIBER. Direitos da personalidade. 2013: p.32.

767 BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 2002.

definindo que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, o qual garante, com a mesma imposição igualitária, dentre outros, o direito à vida; as liberdades de manifestação do pensamento e a expressão da atividade intelectual; e a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem das pessoas, e, também, da liberdade de consciência. Diante desse cenário, entendo ser, também, direito à saúde mental, um direito da personalidade. Digo isso, seguindo na ideia de Orlando Gomes, que indica como objetos dos direitos da personalidade os “bens jurídicos em que se convertem projeções físicas ou psíquicas da pessoa humana, por determinação legal que os individualiza para lhes dispensar proteção⁷⁶⁸”. São direitos intrínsecos e vitais à pessoa, e indispensáveis ao seu desenvolvimento humano.

Adicionaria, também, à lista de direitos com tais características, o direito à identidade de gênero (outro ignorado pela legislação nacional). Tereza Vieira explica que a identificação do gênero é uma experiência individual e íntima de cada pessoa, podendo corresponder ou não ao sexo atribuído a ela no nascimento. É percepção exclusiva do sujeito, não cabendo qualquer forma de questionamento à sua identidade.

Quando o gênero verdadeiro não corresponde ao sexo de nascimento instala-se na pessoa um mal-estar que ocasiona múltiplas dificuldades diárias, sentimento de total inadequação. A discordância entre o papel ou desenvolvimento psíquico e social, com sua identidade de registro, impedem o desenvolvimento de sua personalidade e sua dignidade como pessoa. Tal indivíduo, desde a infância, mas principalmente na puberdade, assume comportamento pessoal, social e emotivo correspondente ao do gênero oposto. Desenvolve-se em todos os âmbitos da sua vida, seja familiar ou social, como do gênero oposto, exibindo características físicas e vestimentas correspondentes ao que a sociedade atribui ao gênero adverso, relacionando-se com a família, amigos e conhecidos como tal. Não reconhecer o direito do transexual à adequação do sexo e nome fere os direitos fundamentais à dignidade da pessoa e o livre desenvolvimento da personalidade, intimidade, igualdade, honra, imagem, à proteção à saúde etc. Ademais, as normas devem ser interpretadas de conformidade com a realidade social. O livre desenvolvimento da personalidade se projeta em sua imagem e se desenvolve dentro de um âmbito privativo, no qual não se deve tolerar invasões. O transexual tem direito à liberdade de espírito. Age e pensa de acordo com o que aceita ser e julga ser. O que parece dissonante aos outros, é harmônico a ele próprio, à sua personalidade⁷⁶⁹.

A realidade das pessoas trans no Brasil, contudo, ainda está muito distante de um cenário respeitoso. A Associação Nacional de Travestis e Transsexuais (ANTRA), no “Dossiê Assassinatos e Violências contra Travestis e Transsexuais Brasileiras em 2022”, de

768 GOMES. Introdução ao direito civil. 2010: p.13 e 14.

769 VIEIRA. Direito à Identidade de Gênero, Redesignações Identitárias e o Estatuto da Diversidade Sexual.2020: p.360.

autoria de Bruna G. Benevides, publicado em janeiro de 2023, informa que o Brasil segue sendo o país que mais assassina pessoas trans, no mundo (pelo 14º ano consecutivo). Considerando os dados coletados durante o anos de 2022, foram contabilizadas, pelo menos, 151 pessoas trans mortas no país. O dossiê classifica as mortes como pessoas assassinadas (131) e pessoas suicidadas (20)⁷⁷⁰.

Tal modelo classificatório merece atenção. Isso porque, embora o índice de suicídios não seja de fácil monitoramento, fica claro a urgência na criação e aplicação de políticas públicas consistentes voltadas ao cuidado com a saúde mental das pessoas trans, em conjunto com o combate à transfobia. Pessoas trans são constantemente violentadas, das mais diversas formas, e frequentemente expostas a situações humilhantes e de assédio. A exclusão familiar; os abusos físicos, sexuais e psicológicos; o alto índice de rejeição no mercado formal de trabalho; o racismo e o cissexismo, dentre tantas outras possibilidades de crueldade, intensificam, nessa comunidade, a percepção de invisibilidade e impossibilidade de viver com dignidade. Tal realidade, marginalizada e estigmatizada, impulsiona ideações, tentativas e efetivos suicídios⁷⁷¹.

Finalmente, o Dossiê destaca, dentre outras informações, que:

89% das vítimas têm até 40 anos, sendo que dessas, a maior parte tem entre 13 e 29 anos; a maioria das vítimas é negra, empobrecida e reivindica ou expressa publicamente o gênero feminino; homens trans e pessoas transmasculinas são minoria em crimes de assassinatos/homicídio violentos; travestis e mulheres trans têm até 38 vezes mais chances de serem assassinadas que homens trans, pessoas transmasculinas e pessoas não binárias; entre as vítimas, a prostituição é a fonte de renda mais frequente; estéticas e aparências não-normativas são fatores de alto risco; os casos acontecem em sua maioria com uso excessivo de violência e requintes de crueldade; não há respeito à identidade de gênero das vítimas que se encontravam em vulnerabilidade na condução dos casos e elas são registradas como indivíduos do “sexo masculino”, o que aumenta a subnotificação e dificulta a identificação dos casos para fins de pesquisa; o descrédito de suas vozes os coloca em posições desfavoráveis como testemunhas e vítimas e, por sua vez, promove seus agressores; a impunidade favorece o assassinato.⁷⁷²

Reforço aqui o que deveria ser óbvio, mas segue sendo ignorado: todos nós, de acordo com o texto legal (constitucional e infraconstitucional) temos esses direitos assegurados. Todos nós temos o direito à visibilidade. Todos nós temos garantida a

770 BENEVIDES. Dossiê: assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2022. 2023: p. 06.

771 BENEVIDES. Dossiê: assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2022. 2023: p.82.

772 BENEVIDES. Dossiê: assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2022. 2023: p.47 e 48.

livre manifestação das nossas personalidades. Contudo, para que possamos desfrutar, plenamente, dessas garantias, precisamos existir no universo normativo.

3. Interpretações, provimentos e resoluções: Poder Judiciário vs. Poder Legislativo e a mera observação por parte do Poder Executivo

Trabalhando sua teoria de direitos e bens fundamentais, Luigi Ferrajoli⁷⁷³ define direitos fundamentais, também, como “todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados do status de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir”. Assim, são fundamentais “os direitos atribuídos por um ordenamento jurídico a todas as pessoas físicas enquanto tais, ou enquanto cidadãs, ou enquanto capazes de agir”. Da leitura do autor, fica claro que é a positivação do direito a condição de sua própria existência. Sendo positivado em âmbito constitucional, o direito tem garantida a sua observância por parte do legislador ordinário. Nesse sentido, a mesma relação positivação-existência é válida para efetivação dos direitos da personalidade, em âmbito infraconstitucional.

Orlando Gomes e Gustavo Tepedino, reforçam a importância do direito positivado, sobretudo quando direitos da personalidade. A positivação, nessa senda, serve à libertação de incertezas e imprecisões, reconhecendo, ao mesmo tempo, sua natureza plural e heterogênea⁷⁷⁴. A positivação dos direitos da personalidade tem o condão de evitar, com mais potência, eventuais abusos cometidos contra garantias individuais e coletivas⁷⁷⁵. E mais, Pedro Pais de Vasconcelos, entende que, sendo a personalidade, a própria qualidade de ser pessoa, “é a qualidade de ser pessoa no direito⁷⁷⁶”. Ser pessoa no direito é ocupar um espaço com conteúdo jurídico para si, individual e eficaz; é posição concreta (que exige a positivação do seu direito), e não indireta ou abstrata, “daquele indivíduo, que tem nome, amigos, família, segredos e amores⁷⁷⁷”.

Dessa forma, repito, com relação à comunidade LGBTQIAP+, enquanto não tivermos nossos direitos positivados, não seremos pessoas no direito. Somos não-sujeitos, não temos nossas posições garantidas, nossas relações não são concretas, a manifestação da nossa personalidade não está juridicamente assegurada. A positivação garante nossas individualidades e torna visíveis ações sociais, discriminatórias e violentas, às quais somos constantemente expostos. A positivação nos alça à categoria de cidadãos

773 FERRAJOLI. Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais. 2011: p.09 e 10.

774 GOMES. Introdução ao direito civil. 2010: p.115.

775 TEPEDINO. Temas de direito civil. 2008: p. 45-47.

776 VASCONCELOS. Direito de personalidade. 2014: p.05.

777 VASCONCELOS. Direito de personalidade. 2014: p.56.

relevantes para o Estado, visto que, enquanto a lei escrita não nos citar, expressamente, em seu texto, nossas realidades permanecerão desconhecidas e a tutela de nossas vidas continuará dependendo de “interpretações favoráveis”, de “remendos normativos”, com origem preponderantemente do Poder Judiciário, pois o Poder Legislativo decidiu não nos enxergar. É uma distorção das funções dos respectivos Poderes. É a caracterização de uma sociedade intolerante, ignorante e extremamente discriminatória. Uma sociedade que não autoriza ao outro sua completude enquanto sujeito de direitos. Uma sociedade sádica, que opta pela segregação de seus membros, inferiorizando-os e causando danos, por vezes permanentes, àqueles que considera sub-cidadãos.

Tomo como exemplo a permissão que nos foi concedida pelo Supremo Tribunal Federal, em 2011, para que pudéssemos (mesmo sendo homossexuais), a partir de então, ter reconhecidas nossas uniões estáveis. Embora simbolize uma conquista, não houve alteração normativa, apenas alteração da interpretação da norma. Interpretação, aliás, que tampouco levou em consideração aspectos inerentes a diversas relações entre pessoas do mesmo sexo. Digo isso pois, para muitos casais homossexuais, publicizar a relação torna-se temeroso, pois pode levar à violência homofóbica. No entanto, um dos requisitos para o reconhecimento de uma relação como união estável é, justamente, a comprovação da relação ser pública. Algo que parece ser tão simples e corriqueiro, para casais heterossexuais (para os quais a norma foi escrita), é, frequentemente, inviável para casais homossexuais. O direito continua não nos reconhecendo. Permanecemos dependentes de arranjos inconsistentes e, potencialmente, mutáveis com muito mais facilidade que a alteração normativa positivada. Continuamos, então, não tendo as manifestações das nossas personalidades regulamentadas, continuamos sendo tratados de forma desigual, continuamos legalmente marginalizados.

Ademais, nas poucas vezes em que nos deparamos com algum movimento, por parte do Poder Legislativo, no sentido de construir norma destinada à nossa comunidade, temos como resultado o encaminhamento de textos que apenas fazem reforçar a violência e discriminação institucional sofrida pela Comunidade LGBTQIAP+. O exemplo mais recente foi a aprovação, por parte da Comissão de Previdência, Assistência Social, Infância, Adolescência e Família, da Câmara dos Deputados, do projeto de lei que proíbe o casamento entre pessoas do mesmo sexo, por 12 votos favoráveis e 5 contrários, nos termos do Parecer do Relator, com Complementação de Voto e com Substitutivo. A medida que proíbe o casamento (apenas assegurado pelo STF) foi incluída no parecer do Relator do Projeto de Lei 580/07, que, dentre outros pontos, entende que:

[...] o casamento é entendido como um pacto que surge da relação conjugal, e que, por isso, não cabe a interferência do poder público, já que o casamento entre pessoas do mesmo sexo é contrário à verdade do ser humano. O que se pressupõe aqui é que a palavra “casamento” representa uma realidade objetiva e

atemporal, que tem como ponto de partida e finalidade a procriação, o que exclui a união entre pessoas do mesmo sexo. O Brasil, desde sua constituição e como nação cristã, embora obedeça ao princípio da laicidade, mantém, na própria Constituição e nas leis, os valores da família, decorrentes da cultura de seu povo e do direito Natural. Nesse sentido, toda lei feita pelos homens tem razão de lei porquanto deriva da lei natural⁷⁷⁸.

O conteúdo do texto causa pavor e, evidentemente, causa dano objetivo à saúde mental aos que são tratados pelo Estado (por meio de um de seus agentes políticos) como não-humanos, como pessoas não merecedoras de direitos básicos por não comportarem-se do acordo com o que o Relator considera como valores familiares naturais à nossa sociedade. O Relatório afirma que, embora laica, fazemos parte, enquanto brasileiros, de uma nação cristã. Ou seja, no mesmo texto, o autor consegue violentar não apenas a comunidade LGBTQIA+ (objeto evidente de ódio subjetivo seu, enquanto pessoa), mas toda a sociedade nacional, ao desprezar nossas diversas raízes religiosas (sobretudo àquelas de matriz africana e de povos originários) e nossa própria identidade coletiva e, constitucionalmente laica. É de lógica medieval. De pronto, o texto é institucional e, ao ser aprovado, mesmo que em nível inicial, é corroborado pelo Estado. A gravidade do ocorrido é gravíssima e sintomática de uma sociedade adoecida, que entende por correto eleger tal discurso. E que fique claro, não estamos aqui lidando com liberdade de expressão, mas com discurso de ódio, distinção ainda pouco trabalhada e regulamentada no âmbito nacional, quando comparada a legislações internacionais. Vale, então, destacar o que foi dito sobre o assunto pelo Secretário-Geral da ONU, António Guterres, em discurso proferido no dia 18 de junho de 2023 (que marcou o segundo Dia Internacional de Combate ao Discurso de Ódio):

O discurso de ódio é usado para alimentar o medo e a polarização, frequentemente para ganhos políticos e com um custo imenso para as comunidades e sociedades. Incita a violência, exacerba as tensões e impede os esforços para promover a mediação e o diálogo. É um dos sinais de alerta de genocídio e de outros crimes atrozes. O discurso de ódio é frequentemente dirigido a grupos vulneráveis, reforçando a discriminação, o estigma e a marginalização. Minorias, mulheres, refugiados, migrantes e pessoas de diversas orientações sexuais e identidades de gênero são alvos frequentes. As plataformas de mídia social podem amplificar e espalhar o discurso de ódio à velocidade da luz. [...]. A Estratégia e Plano de Ação das Nações Unidas sobre o Discurso de Ódio é o nosso plano abrangente para lidar com as causas e os impactos do discurso de ódio, de acordo com os padrões internacionais de direitos humanos. [...]. Iniciativas de educação, campanhas de discurso positivo, pesquisas para entender e abordar as causas

778 BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Previdência, Assistência Social, Infância, Adolescência e Família. Relatório ao Projeto de Lei nº580, de 27 de março de 2007.2023. (grifei)

profundas e esforços para promover a inclusão e a igualdade de direitos têm um papel importante. Os líderes religiosos, comunitários e empresariais também devem desempenhar o seu papel⁷⁷⁹.

4. Interpretações, provimentos e resoluções: Poder Judiciário vs. Poder Legislativo e a mera observação por parte do Poder Executivo

Temos, no Brasil, um Poder Legislativo (eleito democraticamente), deliberadamente inofensivo, quando demandado a legislar sobre temas que considera indignos. São representante de uma sociedade que vem revelando faces mais intolerantes, nocivas e nada cidadãs, sobretudo após um período de não-governança por parte do Poder Executivo (também democraticamente eleito), que reforçou e incentivou um modelo comportamental violento, altamente discriminatório e ignorante. Assim, frente ao legislador que opta por manter o Ordenamento Jurídico do País estagnado e obsoleto, ignorando os dispositivos constitucionais que impõem o tratamento jurídico igualitário a todos, já há algum tempo, o Poder Judiciário, representado pelas suas Cortes Superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) e pelo Conselho Nacional de Justiça, vem se apresentando como via alternativa de modernização normativa e inclusão jurídico-social, tendo, com tal movimento, viabilizado a organização da vida civil da comunidade LGBTQIAP+.

É importante, contudo, compreender que, mesmo sendo tal mobilização extremamente louvável (e um tanto quanto corajosa), e de viés democrático-progressista, existe nesse posicionamento a caracterização de certa distorção do exercício funcional de servidores públicos que, por melhor intencionados que sejam, não foram democraticamente eleitos para legislar. E, embora, oficialmente, não legislem, ao reinterpretem as normas existentes, com frequência, acabam formatando, praticamente, novos dispositivos, sem o status de norma positivada, mas gerando resultados como se assim fossem, ato que diminui a aceitação social de suas decisões e infla críticas de cunho essencialmente discriminatório.

Todavia, fato é que, hoje, temos nas Cortes Superiores e no CNJ o único caminho disponível, por assim dizer, com agilidade e compromisso consideráveis, objetivando aproximar o Brasil de Ordenamentos Jurídicos contemporâneos e respeitosos com as sociedades que regulamentam. O STF, o STJ e o CNJ, assim, fazendo uso de suas funções, e das ferramentas a eles disponibilizadas, tentam tornar mais abrangente o alcance social do direito positivado, aplicando-o a sujeitos, originalmente, não presentes em seu

779 GUTERRES. Discurso, ONU, 28 de julho de 2023.2023.

texto. Enquanto o STF e o STJ agem por meio de julgados que interpretam as normas já existentes (cada um em seu âmbito), o CNJ edita uma série de provimentos e resoluções (com redações de alta qualidade e extremamente precisas) objetivando uniformizar e regulamentar a prática desses “novos direitos”. Tais “interpretações favoráveis”, provimentos e resoluções tornaram-se o único respiro da comunidade LGBTQIAP+, no que diz respeito ao acesso a direitos básicos, em pé de igualdade com a comunidade heterossexual. É apenas com o apoio do Poder Judiciário, repito, que podemos, hoje, nos casar, adotar filhos e alterar nosso registro civil de modo a adequá-lo ao nosso gênero (excluindo, inclusive, as informações originais), com muito mais facilidade. Hoje, podemos gozar desses direitos de modo indireto, pois não somos previstos, enquanto sujeitos, por eles.

Vale, aqui, citar alguns desses marcos, que de alguma forma, foram revolucionários, na história do direito brasileiro.

A. STF e CNJ: união estável e casamento entre pessoas do mesmo sexo

Em maio de 2011, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), de forma unânime, equiparou as relações entre pessoas do mesmo sexo às uniões estáveis entre homens e mulheres. [...]. Até então, casais homossexuais que buscavam a formalização de suas relações podiam obter decisões favoráveis ou desfavoráveis da Justiça. O entendimento do STF, de natureza vinculante, afastou qualquer interpretação do dispositivo do Código Civil que impedisse o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Em 2013, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução 175/2013, determinando que os cartórios realizassem casamentos de casais do mesmo sexo. Em seu voto, a ministra Cármen Lúcia afirmou que o julgamento demonstrava que ainda há uma longa trilha para a conquista de novos direitos. “A violência continua, minorias são violentadas, discriminações persistem”, afirmou. “Contra todas as formas de preconceito, contra quem quer que seja, há o direito constitucional. Todas elas merecem repúdio de todas as pessoas que se comprometam com a justiça, com a democracia, mais ainda os juízes do Estado Democrático de direito”. Em 2018, a decisão do STF recebeu o certificado MoWBrasil, oferecido pelo Comitê Nacional do Brasil do Programa Memória do Mundo da Unesco e foi inscrita como patrimônio documental da humanidade no Registro Nacional do Brasil. [...].⁷⁸⁰

B. STJ: pessoas transexuais têm direito à alteração do registro civil sem realização de cirurgia

[Com entendimento firmado, em 2017, pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), definiu-se que], independente da realização de cirurgia de adequação sexual, é possível a alteração do sexo constante no registro civil de transexual que comprove judicialmente a mudança de gênero. Nesses casos, a averbação deve ser realizada no assentamento de nascimento original com a indicação da determinação judicial, proibida a inclusão, ainda que sigilosa, da expressão “transexual”, do sexo biológico ou dos motivos das modificações registradas. [...]. Na hipótese específica dos transexuais, o ministro Salomão entendeu que a simples modificação de nome não seria suficiente para a

780 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mês da Mulher: há 12 anos, STF reconheceu uniões estáveis homoafetivas. 2023.

concretização do princípio da dignidade da pessoa humana [...]. Para o relator, também seriam violados o direito à identidade, o direito à não discriminação. “Se a mudança do prenome configura alteração de gênero (masculino para feminino ou vice-versa), a manutenção do sexo constante do registro civil preservará a incongruência entre os dados assentados e a identidade de gênero da pessoa, a qual continuará suscetível a toda sorte de constrangimentos na vida civil, configurando-se, a meu juízo, flagrante atentado a direito existencial inerente à personalidade”, ressaltou o relator.⁷⁸¹

C. CNJ: Provimento nº 73/2018

A mudança de nome e gênero nos documentos é possível hoje em dia sem a necessidade de ação judicial. Qualquer pessoa com mais de 18 anos pode requerer ao cartório de registro civil de origem a adequação de sua certidão de nascimento ou casamento à identidade autopercebida. [...]. Entre os documentos indispensáveis previstos no Provimento n. 73/2018 estão a certidão de nascimento, cópia do RG; CPF; cópia do título de eleitor e comprovante de endereço. Laudos médicos ou psicológicos que atestem a transexualidade podem ser acrescentados, mas não são obrigatórios. [...]. A ação judicial continua sendo necessária para pessoas com menos de 18 anos, que precisam dos pais ou representantes legais para entrar com a ação na Justiça pedindo a alteração do nome e gênero na certidão de nascimento.⁷⁸²

D. STF: linguagem neutra

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) declarou inconstitucional uma lei do Estado de Rondônia que proíbe a denominada linguagem neutra em instituições de ensino e editais de concursos públicos. Por unanimidade, a Corte entendeu que a norma viola a competência legislativa da União para editar normas gerais sobre diretrizes e bases da educação. Esse entendimento não diz respeito ao conteúdo da norma, limitando-se à análise sobre a competência para editar lei sobre a matéria. [...]. [...] em voto no mérito, Fachin explicou que os estados têm competência concorrente para legislar sobre educação, mas devem obedecer às normas gerais editadas pela União. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394/1996) engloba, segundo a jurisprudência da Corte, as regras que tratam de currículos, conteúdos programáticos, metodologia de ensino ou modo de exercício da atividade docente. “No âmbito da competência concorrente, cabe à União estabelecer regras minimamente homogêneas em todo território nacional”, ressaltou⁷⁸³.

E. STF: transsexuais em presídios

[...] transsexuais e travestis com identificação com gênero feminino poderão optar por cumprir pena em presídio feminino ou masculino. [O ministro Luís Roberto Barroso do STF se baseou em documentos do governo federal elaborados por meio de interlocução com associações representativas de grupos LGBTQIAP+]. O Ministro [...] determinou que presas transsexuais e travestis com identidade de gênero feminino possam optar por cumprir penas em estabelecimento prisional feminino ou masculino. Nesse último caso, elas devem ser mantidas em área reservada, como garantia de segurança⁷⁸⁴.

781 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mês da Mulher: há 12 anos, STF reconheceu uniões estáveis homoafetivas. 2023.

782 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. CNJ Serviço: Pessoa trans pode alterar nome e gênero em cartório. 2022.

783 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF entende que proibição de linguagem neutra em Rondônia invade competência da União sobre educação. 2023.

784 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Transsexuais e travestis com identificação com gênero feminino

F. STF: equiparação das ofensas contra pessoas LGBTQIAPN+ a crime de injúria racial

A decisão afasta interpretação que retirava parte da aplicabilidade da decisão do Plenário sobre a criminalização da homotransfobia. O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu que atos ofensivos praticados contra pessoas da comunidade LGBTQIAPN+ podem ser enquadrados como injúria racial. [...]. No julgamento do mandado de injunção, em junho de 2019, o Tribunal havia reconhecido a omissão do Congresso Nacional em criminalizar a discriminação por identidade de gênero e orientação sexual e determinado o enquadramento da homotransfobia no tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei 7.716/1989), até que o Legislativo edite lei sobre a matéria⁷⁸⁵.

Insisto, no entanto, que não podemos, enquanto comunidade, nos darmos por satisfeitos com esses resultados. Reforço: ainda não existe norma brasileira positivada que tutele direitos, de forma direta e expressa, da comunidade LGBTQIAP+. Seguimos não existindo no Ordenamento Jurídico Nacional. Continuamos recebendo, por parte do Poder Legislativo, tratamento desigual e discriminatório. Continuamos sem a segurança jurídica potente, que apenas a norma positivada pode proporcionar. Continuamos sendo não-sujeitos de direito. Continuamos invisíveis. Assim, a luta por direitos concretos e positivados; pela ocupação desse espaço textual, pela presença nessas redações, é absolutamente necessária.

5. Vazio normativo e a inviabilidade de acesso ao direito à saúde mental

Temos, então, que, a concepção contemporânea de saúde mental abrange o bem-estar físico e social dos sujeitos. Mais do que mera oposição ao estado adoentado da mente, a saúde mental é essencial na busca por segurança e pacificação social, sendo fundamental para sua promoção a relação cooperativa entre Estado e indivíduos. Viabilizar uma comunidade saudável é permitir condições de vida digna à essa comunidade, compreendendo suas particularidades, e objetivando a concretização de uma realidade social justa, educada e cidadã.

O direito à saúde mental é, naturalmente, de todos, indistintamente. Todos somos sujeitos desse direito. Contudo, como também demonstramos, para que tal direito seja efetivado, é imprescindível que seu sujeito perceba-se como membro da sociedade, e

poderão optar por cumprir pena em presídio feminino ou masculino, decide Barroso. 2021.

785 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF equipara ofensas contra pessoas LGBTQIAPN+ a crime de injúria racial. 2023.

tenha a tranquilidade de que suas projeções, físicas ou psíquicas (suas características que o formam enquanto ser humano) sejam protegidas e regulamentadas. A positivação desse direito, nesse sentido, é condição para sua existência enquanto sujeito de direito. A presença, literal, no texto normativo de todos os segmentos da sociedade, os qualifica (minimizando imprecisões e incertezas com potencial de causar dano) e reconhece a natureza heterogênea da sociedade.

Positivar os direitos, já reconhecidos “por uma das cabeças do Estado” (Poder Judiciário), da Comunidade LGBTQIA+ é pressuposto essencial para que os membros dessa comunidade tenham acesso ao direito à saúde mental. Enxergar, ouvir e trazer essas pessoas para o universo das normas é o mínimo que se espera de um Estado constitucionalmente igualitário. Regulamentar a vida civil dessas pessoas é viabilizar que elas vivam em sociedade. Já a falta de regulamentação, o completo vazio legislativo, realidade atual no cenário brasileiro, não permite segurança; não permite saúde; não permite a vida. Sem existir no Ordenamento Jurídico, é impossível existir de modo saudável.

Não raramente, alguns segmentos da sociedade iniciam campanhas intituladas, genericamente, como “Nenhum direito a Menos”, relacionadas às mais diversas demandas. Em nosso caso, tal demanda seria um privilégio, uma verdadeira conquista, pois significaria que teríamos algum direito. E não temos. Nossa reivindicação, ainda, é por todos os direitos civis. Nossa luta é para termos acesso à mesma regulamentação e organização jurídica que, atualmente, destina-se, somente à parcela heterossexual da sociedade brasileira. Não desejamos, com isso, “nenhum direito a menos” para essa parcela da sociedade, desejamos, somente, sermos incluídos, enquanto sujeitos de direitos, na sociedade.

6. Conclusão

Em Alien Superstar, faixa do álbum RENAISSANCE, interpretada por Beyoncé, escutamos: “We dress a certain way, we walk a certain way. We talk a certain way, we-we paint a certain way. We-we make love a certain way, you know. All of these things we do in a different Unique, specific way that is personally ours”⁷⁸⁶.

Sem precisarmos nos desculpar por isso, formamos uma comunidade única e diversa. Uma comunidade repleta de múltiplas manifestações de distintas personalidades.

786 BRITTANY “@CHI_CONEY” CONEY et al. ALIEN SUPERSTAR. 2022. “Nós nos vestimos de uma certa maneira. Andamos de uma certa maneira. Falamos de uma certa maneira. Nos pintamos de uma certa maneira. Nós fazemos amor de uma certa maneira. Você sabe. Todas essas coisas que fazemos de uma maneira diferentemente única e específica, somente nossa, pessoalmente” (Tradução nossa).

L, G, B, T, Q, I, A, P, +, todos únicos, todos diferentes. Acima de tudo, todos com direito ao tratamento jurídico igualitário, direito esse que nos vem sendo absolutamente negado por aqueles que deveriam se dedicar a regulamentar a sociedade como um todo, acompanhando suas evoluções, particularidades e diversidades.

Tal invisibilidade, para além de restringir o exercício de nossos direitos, nos coloca perante à sociedade como pessoas menos merecedoras de respeito. Como pessoas marginalizadas. Como pessoas inferiores. A humilhação, violência e abusos constantes nos afetam em nossos espaços mais íntimos, causando danos à nossa saúde mental, muitas vezes irreversíveis.

Não apenas somos rejeitados pela “cabeça do Estado legisladora”, mas também somos uma comunidade muito pouco atendida por políticas públicas que reconheçam o cenário no qual vivemos e os impactos traumatizantes que esse cenário, muitas vezes absolutamente hostil, nos causa. Precisamos de recursos humanos de saúde mental que compreendam os danos causados por essa omissão estatal. Recursos humanos conscientes e dispostos a, de algum modo, amenizar tanta desigualdade. Ou seja, também está em dívida conosco a “cabeça do Estado Executiva”.

Ao sermos excluídos do Ordenamento Jurídico, temos nossas personalidades violentadas, nossas vidas desvalorizadas e nossa saúde mental questionada. Não raramente, nos consideram doentes, por sermos como somos.

Formada pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, a União não logra estabelecer uma relação saudável entre suas “cabeças”. São três cabeças de diálogos desequilibrados. São línguas diferentes. São comportamentos combativos e/ou omissos. Utilizei a figura da mitológica da Quimera, na introdução, pois ela me parece adequada à nossa realidade. Inicialmente, havia pensado em utilizar como analogia ilustrativa a figura do Cérbero, também da mitologia grega, o Cão de Três Cabeças “que guardava a entrada para o mundo inferior de Hades, garantindo que nenhum ser vivo entrasse e nenhum morto saísse”. A Quimera, contudo, finalmente, me pareceu mais adequada. Pois, ao contrário do Cérbero, a Quimera tem três cabeças independentes e distintas. Uma de leão, uma de cobra e uma de cabra. É uma figura híbrida. Cada cabeça com uma forma de manifestação diferente. Ao contrário da Quimera, contudo, o Estado brasileiro não parece estar perto de alcançar uma convivência pacífica entre suas três cabeças, deixando sua sociedade à mercê das cabeças (pouquíssimo objetivas) de seus agentes, nesse caso, muito mais numerosas, conflituosas, e menos interessadas (salvo excessões) nessa mesma sociedade, como um todo.

Sim, temos que comemorar nosso orgulho, nossa forma de amar, nossa expressão, mas sempre tendo em mente que há muito (há tudo) a ser conquistado. Precisamos ver nossa maneira de ser escrita em leis que nos protejam. Leis que demonstrem que temos o Estado como aliado. Leis que normalizem nossa existência, e que permitam a plenitude de nosso viver.

Referências

ALIEN Superstar. Intérprete: Beyoncé. Compositores: Brittany “@Chi_Coney” Coney et al. In: RENAISSANCE. Intérprete: Beyoncé. Parkwood Entertainment/Columbia e Warner Chappell Music, 2022. Faixa 3 (3,35 min).

AMORIMIZABEL, Tomaz. Odradek, quimera incapturável. *Pandaemonium*, São Paulo, v. 19, n. 28, set.-out. 2016, p. 74-100. DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/1982-8837192874>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pg/a/cYvHrbWnPs7PRN8YGtg7tvG/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 12 out. 2023.

BENEVIDES, Bruna G. Dossiê: assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2022. ANTRA (Associação Nacional de Travestis e Transexuais) – Brasília, DF: Distrito Drag; ANTRA, 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 04 out. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Previdência, Assistência Social, Infância, Adolescência e Família. Relatório ao Projeto de Lei nº580, de 27 de março de 2007. Brasília: Câmara dos Deputados, 29 ago. 2023. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2320715&filename=Tramitacao-PL580/2007. PDF. Acesso em 12 out. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. CNJ Serviço: Pessoa trans pode alterar nome e gênero em cartório. 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-pessoa-trans-pode-alterar-nome-e-genero-em-cartorio/>. Acesso em: 07 out. 2023.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 6 out. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm. Acesso em: 10 out. 2023.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Federal Dos Direitos Dos Cidadãos. Cartilha direito à saúde mental. Org. Ministério Público Federal/Procuradoria Federal dos Direitos dos Cidadãos. 2012. Disponível em: <http://www.cfess.org.br/arquivos/cartilha-saude-mental-2012.pdf>. Acesso em 05 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Transexuais têm direito à alteração do registro civil sem realização de cirurgia. 2017. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-05-09_19-47_Transexuais-tem-direito-a-alteracao-do-registro-civil-sem-realizacao-de-cirurgia.aspx. Acesso em 12 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mês da Mulher: há 12 anos, STF reconheceu uniões estáveis homoafetivas. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=504856&ori=1>. Acesso em 12 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF entende que proibição de linguagem neutra em Rondônia invade competência da União sobre educação. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=502208&ori=1>. Acesso em: 07 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF equipara ofensas contra pessoas LGBTQIAPN+ a crime de injúria racial. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=512663&ori=1>. Acesso em: 07 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Transexuais e travestis com identificação com gênero feminino poderão optar por cumprir pena em presídio feminino ou masculino, decide Barroso. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=462679&ori=1>. Acesso em: 07 out. 2023.

CANCELIER, Mikhail. A necessária constituição e posituação de Direitos da Comunidade LGBTQIA+: Atenção à Luta: por eficácia jurídica; por segurança jurídica e por igualdade jurídica. JOTA: São Paulo, 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-necessaria-constituicao-e-positivacao-de-direitos-da-comunidade-lgbtqia-30062021>. Acesso em: 4 out. 2023.

CANCELIER, Mikhail. Infinito particular: privacidade no século XXI e a manutenção do direito de estar só. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior e Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GIBSON, Clare. Como compreender os símbolos: guia rápido sobre simbologia nas artes. São Paulo: Editora Senac, 2018.

GODINHO, Jéssica Rodrigues; QUEIROZ, Juliane Fernandes. SAÚDE: Direito social ou direito da personalidade? In: RIOS - Revista Científica do Centro Universitário do Rio São Francisco, Paulo Afonso-Bahia, v. 14 n. 26, 2020, p. 214-229. Disponível em: <https://www.unirios.edu.br/revistarios/media/revistas/2020/26/saude.pdf>. Acesso em: 03 out. 2023.

GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GUTERRES, António. Discurso, ONU, 28 de julho de 2023. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/236831-o-discurso-de-ódio-é-um-dos-sinais-de-alerta-de-genocídio-e-de>

outros-crimes-atrozes-alerta. Acesso em: 13 out. 2023.

INSTITUTO CACTUS. Saúde mental e direitos humanos: por que precisamos falar sobre isso?. 2021. Disponível em: <https://institutocactus.org.br/saude-mental-e-direitos-humanos-por-que-precisamos-falar-sobre-isso/>. Acesso em: 06. Out. 2023.

MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. In: FRUET, Gustavo Bonato; MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Org.). Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2012.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) - 1946. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5733496/mod_resource/content/0/Constituição da Organização Mundial da Saúde \(WHO\) - 1946 - OMS.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5733496/mod_resource/content/0/Constituição%20da%20Organização%20Mundial%20da%20Saúde%20(WHO)%20-1946-OMS.pdf). Acesso em: 04 out. 2023.

SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; TATIBANA, Caroline Akemi. Os direitos da personalidade: liberdade individual versus tutela da saúde pública no caso da vacinação obrigatória. Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC, Londrina, v. 7, n. 2, e065, jul./dez., 2022. DOI: 10.48159/revistaidcc.v7n2.e065. Disponível em: <https://revistaidcc.com.br/index.php/revista/article/view/169>. Acesso em 07 out. 2023.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

UM jeito estúpido de amar. Intérprete: Maria Bethânia. Compositores: ARAP, Fauzi; ISOLDA; CARLOS, Milton. In: PÁSSARO da manhã. Intérprete: Maria Bethânia. Universal Music, 1977. Faixa 3 (4,04 min).

VASCONCELOS, Pedro Pais de. Direito de personalidade. Coimbra: Almedina, 2014.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Direito à Identidade de Gênero, Redesignações Identitárias e o Estatuto da Diversidade Sexual. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família (8. : 2011 : Belo Horizonte, MG) Família: entre o público e o privado. Coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira. – Porto Alegre : Magister/IBDFAM, 2012, p. 359-369. Disponível em: [https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/287.pdf#:~:text=Travestis, transexuais, transgêneros e intersexuais,morfológico à identidade de gênero](https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/287.pdf#:~:text=Travestis, transexuais, transgêneros e intersexuais,morfológico à identidade de gênero. Acesso em: 03. Out. 2023). Acesso em: 03. Out. 2023

VIVAS, Marcelo Dayrell. Direito à saúde mental no Brasil: ficção ou realidade? Orientador: Fernando Missa Abujamra Aith. 2020. 406 f. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-06052021-011750/publico/3330501_Dissertacao_Parcial.pdf. Acesso em 06 out. 2023.

WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. O direito à saúde. In: Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico): direito administrativo e constitucional / coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [et al.] - São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/direito-a-saude_5a85fe85cb583.pdf. Acesso em: 03 out. 2023.



UnB



**conhecimento em movimento
sociedade em transformação**



latindex

Sistema Regional de Información
en línea para Revistas Científicas de América Latina,
el Caribe, España y Portugal

FEDERALISMO COOPERATIVO, BOLSONARISTA E DE RESISTÊNCIA: DISPUTAS EM TEMPOS DE COVID-19

COOPERATIVE FEDERALISM, BOLSONARISTA AND RESISTANCE: DISPUTES IN TIMES OF COVID-19

Recebido: 21.03.2024

Aceito:

Vera Karam de Chueiri

Professora Titular de Direito Constitucional dos Programas de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pesquisadora PQ2 do CNPq. Coordenadora do Núcleo de Constitucionalismo e Democracia do Centro de Estudos da Constituição/CCONS e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR.

E-mail: vkchueiri@ufpr.br



Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7069-5272>

Gianluca Nicochelli

Mestrando em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR), com bolsa CAPES/PROEX. Graduado em Direito pela UFPR. Pesquisador vinculado ao Núcleo de Constitucionalismo e Democracia do Centro de Estudos da Constituição/CCONS do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR.

E-mail: adrianalima.barros@gmail.com



Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4613-4357>

RESUMO

Este artigo tem como objetivo discutir alguns dos contornos, impactos, da pandemia em saúde pública decorrente da COVID-19 no conceito de federalismo brasileiro. Para tanto, serão analisadas algumas bases que compõem o entendimento à definição de federalismo esculpida na Constituição de 1988. Como contraste, analisa-se o federalismo bolsonarista e as medidas de enfrentamento à pandemia propostas pelo Governo Federal ao qual despertou uma série de questionamentos quanto à validade de normas dos entes subnacionais, aumentando o conflito federativo em meio à crise. Após, serão examinadas algumas decisões do Supremo Tribunal Federal que deram rumo a uma nova dinâmica federativa, somadas à atuação dos entes subnacionais, especificamente, na atuação do Consórcio do Nordeste durante a pandemia. Conclui-se que as crises sanitárias e do federalismo caminharam juntas e trazem à tona duas questões: a importância da coordenação governamental nas políticas de enfrentamen-



to à pandemia e um federalismo de resistência como resposta ao federalismo bolsonarista.

Palavras-chave: Federalismo; Supremo Tribunal Federal; Covid-19; Direito; Política.

ABSTRACT

This article aims to discuss some of the contours and impacts of the COVID-19 public health pandemic on the Brazilian federalism concept. To this end, it will be analyzed some of the foundations that make up the understanding and definition of federalism as sculpted in the 1988 Constitution. As a contrast, it will be examined Bolsonaro's federalism and the pandemic response measures proposed by the Federal Government, which have raised questions about the validity of subnational entities' norms, increasing federative conflict amid the crisis. Next, it will be examined some decisions of the Supreme Federal Court that have given direction to a new federative dynamic, combined with the actions of subnational entities, specifically the Northeast Consortium's actions during the pandemic. It is concluded that health and federalism crises have gone hand in hand, highlighting two issues: the importance of government coordination in pandemic response policies and a federalism of resistance as a response to Bolsonaro's federalism.

Keywords: Federalism; Brazilian Federal Supreme Court; Covid-19; Law; Policy.

1. INTRODUÇÃO

O federalismo implica na divisão territorial do poder entre a união federal e os estados-membros ou, dito de outra forma, entre o governo central e os governos estaduais. No Brasil, entra nesse arranjo os municípios e seus respectivos governos locais. A integridade da federação, a despeito da diversidade das partes que a integram, é fundamental para que o arranjo funcione de maneira comprometida com a democracia. Ainda, o federalismo está sempre em (re)construção (MACEDO, 2018, p. 135-136) e deve ser compreendido a partir de seus contextos históricos e da sua dinâmica com o constitucionalismo, especialmente, o democrático. Isto porque as formas de Estado se relacionam aos processos históricos do constitucionalismo e às categorias políticas e jurídicas neles forjadas (CHUEIRI, MOREIRA, CÂMARA, GODOY, 2022, p. 412). A relação Constituição-Federação significa que sob a autoridade daquela esta se organiza, de maneira que as unidades -autônomas- se unem pela e se subordinam à Constituição. Esse genérico desenho enfrenta hoje desafios, pois o federalismo contemporâneo não se acomoda em um modelo ideal de Federação em que, simplesmente, o poder está

descentralizado e desconcentrado. A separação espacial e funcional do poder se tornou complexa.

Segundo Judith Resnik (2009), as constituições repartem competências na federação entre a união (governo federal) e os estados-membros (subunidades), alocando poderes a partir de uma compreensão essencialista dos direitos e das funções de governo (executiva, legislativa e jurisdicional) e isso é um equívoco. Isto porque, os direitos se reinventam (se alteram) ao longo do tempo histórico e as identidades dos estados-membros e da união também. Segundo a autora, a federação e a autonomia das suas unidades são afetadas, por exemplo, por movimentos sociais que, ao reivindicarem direitos, se mobilizam além da sua base territorial (RESNIK, p. 271). Demandas ambientais, por exemplo, agregam movimentos federais, estaduais e municipais e todos estes com outros transnacionais.

De certa maneira, as demandas decorrentes da pandemia da COVID-19 desafiaram, igualmente, o federalismo brasileiro e exigiram respostas não essencialistas. Isso significa que o grau de concentração de competências (maior ou menor) não significa, a priori, um arranjo federativo bom ou ruim, vale dizer, pode haver concentração de competências com bons ou maus resultados.

Este artigo pretende discutir o federalismo brasileiro no contexto da COVID-19 seus limites e possibilidades, levando em consideração o desenho constitucional do federalismo cooperativo e as disputas por ele enfrentadas diante da prática de um anti-federalismo pelo governo Bolsonaro e de um federalismo de resistência como resposta a este.

Um ator significativo nesse cenário é o Supremo Tribunal Federal (STF). Lembremos que o STF já há algum tempo desempenha um papel importante que pode ser identificado como federalismo judicial. Dito de outra maneira, as decisões do STF ao longo dos quase 35 anos da Constituição, centralizar e descentralizar a federação. Tal performance é adotada e admitida pela própria Corte, sobretudo no sentido da centralização da federação. Neste sentido, se relaciona à atuação do STF no campo do federalismo, a sua compreensão da repartição de competências como distribuição de poder político no território brasileiro.

José Arthur Castillo de Macedo (MACEDO, 2018, p. 105) afirma que os manuais de direito constitucional, em sua maioria, apresentam a discussão sobre o federalismo brasileiro de maneira simplista e por isso é sempre oportuno revisá-la, explicitando a sua complexidade e a necessidade de um ponto de vista não essencialista e plural, o qual é aqui adotado. Não fosse assim, e as soluções encontradas, especialmente pelo STF, em face da pandemia da COVID-19, não seriam teóricas e praticamente admissíveis.

Nesse sentido, tendo como referencial teórico essa compreensão não essencialista da federação e que leva em consideração tanto o STF na concretização e feição do federalismo (RESNIK, 2009; MACEDO, 2018), o artigo se dirige e sustenta, em semelhança a que as professoras Jessica Bulman-Pozen e Heather Gerken entenderam por federalismo não cooperativo (BULMAN-POZEN; GERKEN, 2009).

Para as professoras, há uma lacuna na literatura sobre federalismo no sentido de elaborar um estudo descrevendo como os Estados usam o poder regulamentar conferido pelo governo para resistir à política federal (BULMAN-POZEN; GERKEN, 2009, p. 1256-1259). A partir disso, o estudo se dirige a construir o conceito de federalismo de resistência.

Diante disso, o desenho constitucional pós 1988 é o do federalismo cooperativo, porém, sua dinâmica não funciona da maneira como deveria (ou como prescreve a Constituição). Com foco na atuação do STF, vemos que, ao invés de descentralização e cooperação política administrativa, ocorre, muitas vezes, centralização do poder, fortalecendo as competências da União, em detrimento dos entes subnacionais. Vale dizer, o STF que deveria assegurar a cooperação dos entes, não raro acaba por disseminar o federalismo centrípeto, predominando o poder da União (MACEDO, 2018, p. 125-130). Essa contradição e outros aspectos do federalismo brasileiro serão enfrentados neste artigo, no contexto específico do governo Bolsonaro e da pandemia da COVID-19, isto é, dois contextos que chamaremos aqui de exceção. Se por um lado, estas duas circunstâncias de exceção colocaram o federalismo brasileiro à prova, por outro, as respostas a elas geraram decisões, tanto do STF, quanto legislativas, que fortaleceram a cooperação horizontal dos entes subnacionais, resultando no que denominamos de federalismo de resistência.

Assim, (1) a primeira parte do artigo tratará do federalismo que a Constituição prescreve; (2) a segunda, do federalismo bolsonarista⁷⁸⁷ durante a pandemia da COVID-19 e, a (3) terceira, das consequências desse estado de exceção – pandemia da COVID-19 e federalismo bolsonarista – o qual denominamos de federalismo de resistência.

787 Esse termo foi cunhado por pesquisadores da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, para definir a concepção de federalismo propagada pelo antigo Governo Federal, definido por uma visão centralizadora e hierárquica sobre questões de impacto social e de natureza dualista nas interações políticas-governamentais. O impacto desse modelo é a redução significativa da participação nos níveis subnacionais, ampliando as desigualdades regionais; esse “novo paradigma” da Federação e de se entender o arranjo, é contrasta com àquele desenhado na Constituição de 1988, caracterizado por uma abordagem cooperativa e orientada para o desenvolvimento federal promovida pela União. Em: ABRUCIO, Luiz Fernando; GRIN, Eduardo José; FRANZESE, Cibele; SEGATTO, Catarina Ianni; COUTO, Cláudio Gonçalves. Combate à COVID-19 sob o federalismo bolsonarista: um caso de descoordenação intergovernamental. RAP. **Revista Brasileira de Administração Pública**, v. 54, p. 663-677, 2020.

2. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O FEDERALISMO COOPERATIVO

Não obstante compartilhemos a crítica feita por Macedo acerca da falta de uma compreensão não essencialista e plural do federalismo, nesta primeira parte do artigo, recorreremos a algumas dessas fontes para reforçar o diagnóstico de que a dogmática constitucional lida com o federalismo de uma maneira estática e não dinâmica e que isso é um problema.

Virgílio Afonso da Silva (2021, p. 357) explica que vários são os motivos que levam a escolha do federalismo, mas que em geral esta escolha está ligada a algum tipo de heterogeneidade na constituição de um país, seja social, regional, econômica, dentre outras. Além deste fator (heterogeneidades constitutivas), experiências políticas distintas também são determinantes, como no caso brasileiro em que o Estado unitário, depois de mais de seis décadas, tornou-se um Estado federal, constituindo um novo arranjo federativo. Fernando Abrucio (2020, p. 130-131) concorda com este argumento, mas em outros termos. Entende que há dois fatores principais que implicam na escolha pelo formato federativo: o primeiro, a existência de heterogeneidades constitutivas que tornam mais complexa a construção de uma nação em um determinado espaço e, o segundo, como resposta a isto, a necessidade da criação de um projeto de unidade na diversidade, corporificado tanto no consenso social quanto em instituições federativas.

Historicamente, a constituição do federalismo no Brasil esteve ligada ao movimento republicano e, conforme Silva (2021, p. 353), suas bases estavam (i) nos centros de interesses regionais, criado pelo sistema de capitânias e mantidos através dos séculos pelos governadores-gerais e pela Província e (ii) no espírito aventureiro de uma classe popular forjada no território pátrio, que diante das condições políticas, sociais e econômicas do país, no final do século dezanove, opinaram e optaram, majoritariamente, a favor do sistema federativo, imitando o sistema estadunidense. Assim, surge a república brasileira, com a Constituição dos Estados Unidos do Brasil e uma federação, cujo poder estava dividido e alocado na união federal e nos estados- membros.

Em certa medida, a experiência brasileira com o federalismo antecede propriamente a Constituição de 1891, na medida em que o Estado unitário, em sua forma monárquica, não mais respondia às demandas da sociedade brasileira, sobretudo após o necessário rearranjo com Portugal, por força da independência. Assim, o federalismo brasileiro surge por meio de um movimento centrífugo, isto é, um federalismo que vai se desenhando a partir do centro para a periferia (FERNANDES, 2020, p. 1122). Ainda, um federalismo de segregação, dado que exigiu a transformação das províncias em estados e a elaboração das respectivas constituições estaduais.

Nas três décadas que sucederam a primeira constituição da república federativa de 1891 a centralização seguiu caracterizando a distribuição do poder no território, o que se justifica, como já mencionamos anteriormente, pelo movimento centrífugo do qual resultou a nossa forma federativa. No entanto, desde a Constituição de 1934, se esboçava um arranjo cooperativo entre as unidades da Federação por meio do compartilhamento de competências. Segundo Horta (1999, p. 20), a Constituição de 1946, trazia um desenho que favorecia a cooperação entre a união e os estados, relativamente à responsabilidade de promover o desenvolvimento de determinadas regiões. Ainda, segundo Sousa e Castro (2017, p. 10), a Constituição de 1946 criou partidos nacionais e ampliou a participação eleitoral redefinindo as relações entre poderes locais e governo federal nas arenas decisórias, impondo a participação e a representação política. A despeito dessas novidades, permaneceu o governo federal sendo o principal ator em questões políticas, econômicas e sociais. Essa compreensão (essencialista) do federalismo brasileiro sugere uma assimilação e racionalização “tranquila” do desenho cooperativo.

É forçoso dizer que a Constituição de 1967 e a Emenda de 1969, outorgadas pelos governos da ditadura civil-militar, prescreviam um sistema normativo cooperativo para as unidades da federação. No entanto, já havia nelas um tipo de repartição das rendas tributárias por meio do sistema de participação dos estados na receita tributária da União e dos municípios na receita dos estados. Em adição a isso, a descentralização e a promoção de determinadas regiões sob a responsabilidade de órgãos federais, determinou a formação de orçamentos federais regionais sugerindo um tipo de cooperação entre a União, os Estados e Municípios. Reiteramos, no entanto, que mesmo com esse sistema de participação nas receitas, não é razoável dizer que havia um federalismo cooperativo prescrito pelas Constituições outorgadas de 1967 e 1969 (como veio a acontecer com a Constituição de 1988), pois em governos ditatoriais (e isso vale também para o Estado Novo e a Constituição de 1937) a mitigação da democracia afeta o arranjo federativo e elide as tentativas reais e concretas de cooperação entre as unidades da federação.

Raul Machado Horta (2002, p. 307) entende que o federalismo teria oito características principais e que foram transplantadas para a Constituição de 1988. A primeira característica seria relativa a sua composição a partir da federação/União e os estados-membros; a segunda, relativa à repartição de competências entre a federação e os estados-membros; a terceira, o poder de auto-organização administrativa-constitucional dos estados membros, com a sua devida autonomia; a quarta, a possibilidade de intervenção federal para reestabelecimento do equilíbrio federativo em casos constitucionalmente definidos; quinta, a Câmara dos Estados, como órgão do Poder Legislativo Federal, para permitir a participação do estado-membro na formação da legislação federal, em outras palavras, o bicameralismo; sexta, a titularidade dos estados-membros, através de suas Assembleias Legislativas, em número qualificado para

propor emendas à Constituição Federal; sétima, a possibilidade de mudança substancial na estrutura da federação ou dos estados federados depende da aquiescência direta da população diretamente interessada; e por fim, a existência do poder judiciário, ou melhor, do STF para interpretar e proteger a Constituição Federal e dirimir litígios ou conflitos entre a União e os entes subnacionais.

Em sentido semelhante, Bernardo Gonçalves Fernandes (2020, p. 1126) entende que o conceito de federalismo estaria intrinsecamente ligado ao conceito de autonomia que, por sua vez, estaria relacionado à tríplice capacidade dos entes, a qual consiste na auto-organização, autogoverno e autoadministração.

Esta autonomia estadual, à luz do processo constituinte de 1987-88, preservou a singularidade da história e cultura regionais e exigiu um arranjo que criasse e definisse a estrutura de cada um dos estados componentes da federação. Em outras palavras, não haveria estados membros se não fossem politicamente e administrativamente autônomos e não haveria autonomia sem um fundamento na Constituição (CHUEIRI; MOREIRA; CÂMARA; GODOY, 2021, p. 200). É por essa razão que se diz que o federalismo brasileiro se caracteriza por ser um federalismo de segregação, por meio do qual os estados podem, inclusive, exercitar o seu próprio poder constituinte, a partir do que prescreve a Constituição Federal (art. 25).

A Constituição de 1988 buscou estruturar um Estado federal mais democrático e desburocratizado, sendo justamente estes aspectos – democrático e desburocratizado - que explicariam melhor as alterações históricas e os desafios presentes até hoje do federalismo (ABRUCIO, 2022, p. 132). Assim, comprometida com a transição para a democracia e pela reflexa necessidade de um federalismo para esse novo tempo do Estado brasileiro, a Constituição de 1988 prescreveu o modelo cooperativo. Ou seja, um federalismo alinhado à proteção e garantia dos direitos fundamentais, ao combate à desigualdade, com a centralidade do governo federal em termos redistributivos e de coordenação da expansão de políticas públicas (ABRUCIO, 2022, p. 136).

José Afonso da Silva assevera que “o pacto se formou mediante amplas negociações no seio da Constituinte entre forças conservadores e as forças progressistas da mudança” (SILVA, 2011, p. 90), sendo a Constituição de 1988 resultado desse processo dialético de forças opostas. Em síntese, a Constituição, para além de manter a estrutura de poder “(...) “(...) não concluiu a reforma do Estado e deixou intacta a estrutura arcaica de poder, por meio da qual as elites conservadoras realizaram a contrarreforma” (SILVA, 2011, p. 90).

Em sentido semelhante, Celina Souza entende que a Constituição de 1988 preservou certas características encontradas em constituições anteriores. Isso abrange (a) a contínua tendência de constitucionalizar uma variedade de questões, uma prática que

persistiu nas emendas constitucionais subsequentes; (b) o fortalecimento dos governos locais em relação aos estados; (c) a preferência por adotar normas uniformes para as esferas subnacionais, especialmente os níveis estaduais, o que dificulta a implementação de políticas alinhadas com suas respectivas prioridades; e (d) a dificuldade em avançar com políticas destinadas a reduzir os desequilíbrios regionais, apesar da existência de mecanismos constitucionais que, ou não foram implementados, ou são inadequados para efetivar uma política de equalização fiscal eficaz (SOUZA, 2005, p. 110).

Essa “essência” centralizadora do arranjo, em certos aspectos, é um dos pontos que o faz ter sucesso. Isto é, a despeito da tendência, há fatores descentralizadores que permeiam o federalismo e o fazem atuar como um sistema de organização estatal em diferentes territórios e contextos, preservando a identidade regional, assim como seus interesses, atuando também como uma forma de proteção dos direitos fundamentais (CAGGIANO, 2003, p. 44). Nessa toada, os conflitos são absorvidos e processados pelo sistema institucional, contribuindo também para a sua sobrevivência e persistência do federalismo (GARGARELLA, 2006, p. 180-181).

Desse sucesso que o presente trabalho aproxima o federalismo com o constitucionalismo e a democracia, considerando que aquele também se apresenta como uma forma de abordar lacunas na legitimidade política, fundamentada em um contexto de pluralismo democrático, ainda mais em um contexto plural como o nosso. Em outros termos:

Quando não contamos mais com uma visão de mundo hermética e homogênea, centrada nos Estados nacionais, o federalismo, que também não é fechado e engessado, amolda-se, num ajuste praticamente perfeito, a esse novo momento da humanidade. Essa visão do fenômeno federal permite-lhe uma adaptação natural aos múltiplos e diversificados carecimentos sociais contemporâneos (BERNARDES, 2010, p. 45).

Em semelhança, o constitucionalismo e a democracia também são constituídos por um processo complexo e de constante mudanças, ao passo que para a realização democrática é necessário um ambiente plural e diverso. Isso significa que nenhuma perspectiva única é possível de captar um fenômeno político.

É possível notar, portanto, que o arranjo ao abordar as ideias de limitação do poder político e participação na sua formação e execução, revisita os objetivos e o foco do constitucionalismo, refletindo uma ênfase na legitimidade democrática e na coesão social a partir da federação (BERNARDES, 2010, p. 45).

Daniel Halberstam, professor da Michigan Law School, argumenta que o federalismo é uma forma de pacto constitucional. Ele é constitucional não apenas no

sentido de ser mais profundo do que meras questões políticas do dia a dia - normas legais, hábitos e cultura transcendem a fácil renegociação do federalismo. Além disso, é constitucional no sentido de ser a estrutura na qual a política cotidiana se desenrola. O professor destaca que o federalismo não é simplesmente um acordo estático entre partes nem meramente um dispositivo de pré-compromisso negativo. Em vez disso, semelhante ao constitucionalismo, o federalismo representa um compromisso criativo que simultaneamente facilita a governança e limita (HALBERSTAM, 2008, p. 143).

Então, a despeito da tendência centralizadora no governo federal parecer caminhar em direção oposta à (re)democratização, sobretudo ao levarmos em conta a história do constitucionalismo brasileiro desde a primeira república e as práticas institucionais ao longo desse tempo histórico, uma compreensão não essencialista do federalismo e comprometida com seu arranjo democrático-constitucional, considera a centralização como um fator que pode e deve funcionar para promover a cooperação na Federação. Exemplo disso podem ser as políticas de saúde e educação.

A Constituição brasileira de 1988, em relação às políticas de saúde e educação, prescreve competências materiais comuns à União, estados e municípios (art. 23, II e V), afirmando, no parágrafo único que “(l)eis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”. Prescreve, ainda, competências legislativas concorrentes entre a União, estados e Distrito Federal (art. 24, IX e XII), o que significa que a União pode legislar sobre normas gerais sem excluir a competência suplementar dos Estados.

Especificamente em relação às políticas de saúde, o sistema constitucional articula a União com os estados e os municípios, cabendo àquela a coordenação, a normatização e a definição de padrões nacionais para a ação governamental. Aos estados cabe coordenar e normatizar (de maneira suplementar) as referidas políticas, por meio do acompanhamento, avaliação e controle regional do Sistema Único de Saúde (SUS), bem como, do apoio técnico e financeiro. Por sua vez, aos municípios cabe planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde (MACHADO, PALOTTI, 2014, p. 64).

Em relação às políticas de educação a distribuição de competências (poder + responsabilidade) entre a união, os estados e os municípios sugerem também cooperação: há a competência privativa da União, as competências comuns, a serem desempenhadas em regime de colaboração e as competências concorrentes (art. 211):

No primeiro parágrafo vinculado a este artigo foram descritas as competências privativas da União: organizar o sistema federal de ensino e financiar as

instituições públicas federais; exercer funções redistributivas e supletivas, a fim de assegurar equidade das oportunidades educacionais e um padrão mínimo de qualidade do ensino, prestando assistência aos estados e municípios. A estes últimos, nos parágrafos seguintes, foram atribuídas competências prioritárias: aos primeiros, o ensino fundamental e médio; aos últimos, o ensino fundamental e infantil. Para ambos, a organização dos respectivos sistemas educacionais se daria mediante formas de colaboração que assegurassem a universalização do ensino obrigatório, ou seja, o fundamental. Posteriormente, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (n. 9394/1996) reafirmou a autonomia dos estados e municípios na organização dos respectivos sistemas educacionais, bem como o papel regulador da União. No mesmo ano, a Lei 9424 criou um mecanismo de compartilhamento de receitas financeiras para financiamento do ensino fundamental baseado no número de matrículas em estabelecimentos de ensino dos entes federados (Fundef). Mais à frente, a Lei n. 11494/2007 regulamentou o artigo 60 das Disposições Transitórias da Constituição Federal, instituindo o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb) e criando comissão intergovernamental com atribuições vinculadas ao regime de colaboração entre as três esferas de governo na sua operacionalização (MACHADO, PALOTTI, 2014, p. 65).

Tanto na educação, conforme mostra a citação acima, quanto na saúde, a distribuição constitucional de competências entre os entes federativos se dá tendo como premissa a cooperação sem, por certo, mitigar a autonomia que os constitui e caracteriza.

Pois bem, o arranjo cooperativo da Federação brasileira, como dissemos anteriormente, pressupõe a relação estreita do constitucionalismo com a democracia. Quando esta relação, tanto materialmente quanto procedimentalmente, é desrespeitada, aquele arranjo sofre as consequências. No item seguinte, trataremos do federalismo bolsonarista durante a pandemia da COVID-19.

3. A DESCONSTITUIÇÃO E O FEDERALISMO BOLSONARISTA: A PANDEMIA DA COVID-19

Este item analisa alguns contornos que o federalismo acabou tendo, em vista das ocorrências causadas devido a pandemia e as ações e omissões do governo Federal nesse contexto.

Conforme apresentamos anteriormente, o federalismo brasileiro é complexo e

tal complexidade aumenta ainda mais quando se trata de contextos excepcionais ou de crise como foi o da COVID-19. Nesse contexto e na contramão da forma dogmática, a partir da qual o federalismo brasileiro é estudado e apresentado (estática e normativista, de modo a essencializá-lo), os desafios são significativos. Primeiro porque, pressupõe, uma estabilidade política que, na prática nem sempre ocorre, e, segundo, porque em situações excepcionais, a desestabilidade política afeta e erode o próprio arranjo democrático-constitucional (CHUEIRI; GODOY, 2020, p. 362). Assim, neste item, para além de simplesmente contrapormos com uma análise antinormativista, antiestática e antiformalista do federalismo brasileiro, nosso objetivo é de explorar essa complexidade a qual, durante a pandemia da COVID-19, não só é determinante do arranjo, como agregou contornos trágicos e perigosos. A isto chamamos de federalismo bolsonarista.

Há muito se vem afirmando a necessária reconfiguração do federalismo brasileiro, a fim de se repensar as práticas centralizadoras da União, sobretudo por meio da interpretação que o STF faz, em suas decisões, de maneira geral, da repartição de competências na Constituição. A pandemia da COVID-19 e a maneira pela qual o governo federal conduziu as políticas de enfrentamento e combate ao coronavírus escancaram não só práticas centralizadoras, mas excepcionais no sentido das dimensões política-jurídica deste horizonte, agravando o cenário.

Ainda, a conjugação das competências concorrentes dos entes e o alto grau de constitucionalização das questões que os afetam, possibilitaram acionar e colocar o STF como a arena de conflito do litígio federativo. Nesse sentido, o desenho do federalismo brasileiro “(...) permite também que a dinâmica do federalismo mude de rota quando se acirram os conflitos entre os atores políticos que jogam o xadrez do jogo federativo” (SOUZA, FONTANELLI, 2021, p. 139).

O contexto pandêmico permite observar a existência de duas forças políticas no contexto de crise, dois atores políticos no meio desse xadrez. O primeiro, liderado pelo ex-presidente da república, Jair Bolsonaro, que possuía como objetivo minimizar o impacto e a importância do novo coronavírus. Por outro lado, o segundo, possuía como principal propósito a mudança de rota das políticas públicas adotadas pela presidência da república, visando reduzir a curva de contágio por meio de uma série de medidas restritivas, liderada pela maioria dos governadores.

A estratégia traçada pelo então governo federal, teria como principal adversário a Constituição Federal de 1988 e a atividade governamental gerada pelo crescimento dos direitos de cidadania e a autorregulação de poder do Estado (ABRUCIO; GRIN; FRANZESE; SEGATTO; COUTO, 2020, p. 668). A forma de governar do ex-presidente, e o slogan “Mais Brasil, Menos Brasília” atingiu o modelo federalista da constituição, na medida em que aquele está associado à transmissão de autoridade àqueles que deveriam possuí-la por

direito e, mais, fundamenta uma visão de Estado que une o liberalismo econômico com o antiliberalismo político. O primeiro visa reduzir a intervenção do governo e tornar a desigualdade secundária; o segundo procura enfraquecer os mecanismos institucionais em nome de um presidencialismo autoritário, acompanhado de uma abordagem Schmittiana da política, que trata os oponentes como inimigos a serem exterminados (ABRUCIO; GRIN; FRANZESE; SEGATTO; COUTO, 2020, p. 668-669).

Gleizer (2021, p. 414) entende que essa forma de governo e de governar tentou ser oportunista no campo federativo de duas maneiras. A primeira, de maneira a impor a retomada precoce das atividades econômicas em detrimento das políticas estaduais de isolamento e a segunda que consistia em reter a transferência de verbas federais aos Estados opositores que se tornarem inadimplentes durante o estado de calamidade.

É por isso que o federalismo bolsonarista tem uma compreensão rígida da divisão de funções entre os níveis de governo, cujo pressuposto seria de que estados e municípios são mais eficientes nas decisões de alocações de recursos e, assim, a União deveria intervir minimamente. O resultado seria aumentar a desigualdade entre governos subnacionais na provisão de serviços. Ainda, reforça um tipo de dualismo pela via da concentração autocrática de poder nas mãos da União, em decisões que afetam os entes subnacionais. Assim, deixa pouquíssimo espaço para diálogo, negociação ou participação subnacional em programas federais, cujo resultado mais drástico seria excluir governadores de questões que afetam diretamente seus estados e suas regiões. Por fim, estimula o confronto intergovernamental e a luta constante contra “inimigos”. Dado que os maiores “inimigos” seriam as instituições e suas lideranças, acaba com a possibilidade de negociação institucional e com os mecanismos de *checks and balances* constitutivos do federalismo brasileiro (ABRUCIO; GRIN; FRANZESE; SEGATTO; COUTO, 2020, p. 669-670). Enfim, o resultado desta estratégia do federalismo bolsonarista é o confronto com a própria a Federação, visto que (i) os entes subnacionais recusariam a política imposta e (si) a disputa da Presidência com prefeitos e sobretudo, governadores, para mobilização da opinião pública fariam, de uma maneira ou de outra, um confronto direto.

Um estudo realizado pela Universidade de São Paulo (USP) em parceria com o Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário (CEPEDISA), os pesquisadores voltaram-se a conjugar todas as normas relativas à covid-19, tendo como objetivo observar a política do presidente no combate ao vírus. De acordo com a pesquisa, foram identificados 3049 regulamentos relacionados ao vírus no âmbito federal, o que respalda a conclusão da pesquisa: de que houve uma profusão de normativas, mas uma escassez de direitos, destacando a correlação entre decretos federais, intromissão constante nas iniciativas locais e a disseminação de mensagens contraproducentes à saúde pública pelo governo central (FERREIRA; ROSA; FARIAS; VALENTIM; 2020, p. 2), corroborando o

argumento do “federalismo bolsonarista” dos pesquisadores da FGV/SP.

Embora a tensão entre o federalismo constitucional e o federalismo bolsonarista tenha se acirrado durante a pandemia, esse embate remonta à campanha eleitoral de 2018, quando Bolsonaro já delineava o modelo federativo que seu governo adotaria, caso saísse vitorioso nas eleições. O próprio lema propagado durante a corrida eleitoral, “Mais Brasil, Menos Brasília”, antecipava uma ruptura com o paradigma constitucional de governança das políticas públicas. Essa mudança implicava na diminuição do protagonismo do governo federal na formulação das políticas públicas, através da redução da intervenção estatal, enfraquecimento dos controles institucionais e transferência de recursos e responsabilidades para os governos subnacionais, visando a descentralização do poder em prol da participação popular (ABRUCIO; GRIN; FRANZESE; SEGATTO; COUTO, 2020, p. 669-671).

Os pesquisadores da GV/SP, observaram que o então Presidente, seguia uma política fundamentada em um tripé federativo: o primeiro aspecto refere-se à redução da colaboração entre os diferentes níveis governamentais; o segundo destaca a exclusão dos órgãos subnacionais dos processos decisórios, com a concentração dessas decisões sob a alçada da União; por fim, surge a construção de um discurso de antagonismo para galvanizar o eleitorado contra supostos adversários, sejam estes reais ou fictícios (ABRUCIO; GRIN; FRANZESE; SEGATTO; COUTO, 2020, p. 669). Por certo, esse último aspecto é o mais fácil de ser observado, vide os ataques aos governadores, em especial ao Governo de São Paulo, e as intromissões do Ministério da Saúde pautada em ideologia política, caminhando em sentido contrário às recomendações das autoridades de saúde pública⁷⁸⁸.

O resultado do ataque, ao federalismo cooperativo e as atitudes contrárias às recomendações de saúde pública, acabou resultando em cartas de repúdio dos governos subnacionais às decisões do governo federal e, mais ainda, em confrontos diretos no STF que atuou como árbitro da federação nas disputas acerca das políticas de enfrentamento à COVID19.

4. POR TRÊS CONSEQUÊNCIAS OU UM CONCEITO: FEDERALISMO DE RESISTÊNCIA

⁷⁸⁸ Para uma análise detalhada desses acontecimentos, ver: FERREIRA, André Bastos; ROSA, Alexia Viana da; FARIAS, Alexsander Silva; VALENTIM, Giovanna Dutra Silva; HERZOG, Lucas Bertola. Direitos na Pandemia: **Mapeamento e análise das normas jurídicas de resposta à COVID-19 no Brasil**. São Paulo: CEPEDISA, 2020.

Desse estado de coisas a que chamamos de federalismo bolsonarista, analisamos três consequências: o Supremo como arena jurídica-política, com a modificação de sua jurisprudência no que concerne às competências concorrentes; a agenda legislativa; e o fortalecimento da cooperação horizontal dos entes. Tais consequências é o que o estudo denominou de federalismo de resistência, justamente por refletirem, a partir do arranjo federativo e também da separação de poderes, uma resistência às medidas que o antigo governo tomou no contexto de crise e sendo propriamente uma consequência da atuação do Executivo Federal nesse contexto.

Na arena judicial/constitucional, houve mudanças no posicionamento do STF ao julgar conflitos de competências entre a União e os governos subnacionais. Em outras palavras, o STF tendia a decidir os conflitos intergovernamentais – até meados de 2015⁷⁸⁹ -, a favor da União e, no entanto, desde o início do estado de calamidade, a Corte passou a decidir a favor dos entes subnacionais, sendo a decisão mais significativa deste contexto a de que conferiu aos Estados e Municípios a competência concorrente para estabelecer medidas restritivas para combater a pandemia, não necessitando do aval do governo federal (NICOCHELLI, 2021, p. 938). O professor Miguel Gualano de Godoy e Renata Naomi Tranjam enfrentaram todas as ações em sede de controle concentrado de constitucionalidade no STF e chegaram a essa conclusão, quantitativamente e qualitativamente (2023, p. 24-25).

Outro ponto é que ao ex-presidente exonerar o Ministro Henrique Mandeta, tal ato trouxe a lume duas posições de enfrentamento à COVID-19 e duas visões referentes ao federalismo: a da Constituição Federal, representada pelo SUS e a outra que combina devolution powers e autocratismo para lidar com demandas subnacionais (ABRUCIO; GRIN; FRANZESE; SEGATTO; COUTO, 2020, p. 670).

789 A doutrina entende que a partir desse ano o STF passou a reconhecer, de modo gradativo, a necessidade de modificar os seus entendimentos a respeito do tema. O caso mais paradigmático seria a ADI 4060 e o posicionamento do Ministro Luiz Fux que ressaltou a necessidade de a Corte rever seus posicionamentos centralista, visando fortalecer a autonomia dos entes subnacionais e ainda, os textos doutrinários dos Ministros referente ao tema propagando a necessidade do posicionamento da Corte. Sobre o tema, ver: MACEDO, José Arthur Castillo de. **Encruzilhadas do federalismo: transfederalismo, cooperação, constitucionalismo e democracia**. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná. Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito, Curitiba, 2018, p. 135; GODOY, Miguel Gualano de; TRANJAN, Renata Naomi. Supremo Tribunal Federal e federalismo: antes e durante a pandemia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 19, e2311, 2023. DANTAS, A.Q.; PEDROSA, M.H.M.R.; PEREIRA, A.L.S. A pandemia de Covid-19 e os Precedentes do STF sobre as Competências Constitucionais dos Entes Federativos: uma Guinada Jurisprudencial ou Mera Continuidade da Função Integrativa da Corte? **Revista Direito Público**, Brasília, Volume 17, n.96, 2020, p. 26. Em contrapartida, pesquisadores da FGV/SP questionam esse entendimento de uma jurisprudência federalista centralizadora. Sobre o tema, ver: GLEZER, Rubens; BARBOSA, Ana Laura Pereira; CADEDO, Matheus Silva. O mito da jurisprudência federalista concentradora do STF: uma nova proposta de análise dos conflitos federativos. **R. bras. Est. const.** – RBEC | Belo Horizonte, ano 15, n. 47, p. 83-111, jan./jun. 2021.

Esta visão do governo federal à época, significou a desobrigação do então presidente de agir no combate à pandemia-19, resultando em absoluta demora para se pronunciar sobre o vírus, expondo mais sua preocupação com a economia e minimizando a gravidade da situação pandêmica. Isto ocasionou preempção de políticas públicas pelas federações, que tomaram a iniciativa de determinar o isolamento social. Daí a reação em tom confrontacional do presidente e a resposta dos governadores criticando a sua postura centralizadora, desprovida de razoabilidade, diálogo e bom senso.

Optando pelo confronto, o governo federal ameaçou flexibilizar as medidas de isolamento adotadas pelos governadores, no entanto, tal decisão foi desautorizada pelo STF, mediante uma medida cautelar proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), baseada na competência compartilhada em Saúde, contida no art. 23 da Constituição Federal de 1988. Na própria decisão, o Ministro Relator Alexandre de Moraes lamentou ainda que na condução da crise devido ao vírus, mesmo em assuntos técnicos e tratamentos uniformes em âmbito internacional – como o protocolo da Organização Mundial da Saúde para enfrentamento da crise – haveria divergências de posicionamento.

Em sentido semelhante foram as razões de voto do Ministro Luiz Edson Fachin na ADI 6341, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), na qual o STF foi chamado a responder sobre o pacto federativo e a proteção das competências constitucionais da União e demais entes subnacionais em torno da saúde, sendo entendido pelo Ministro Fachin como um caso que revelaria muito bem a necessidade de definir urgentemente o contorno dos entes da federação no âmbito do federalismo cooperativo e, para além disso, entendeu que seria um erro sob o manto da competência exclusiva ou privativa, impedir os entes subnacionais, no âmbito de suas competências, deixar de implementar políticas públicas essenciais, justamente pelo fato de que o Estado como um todo – União, Estados e Municípios – seria responsável pela proteção e garantia dos direitos fundamentais (NICOCHELLI, 2021, p. 935).

O Ministro Gilmar Mendes, em suas razões de voto, chamou atenção para o fato de que o Supremo estaria restaurando positivamente a política dos governadores, por meio da qual, estes passariam a ter voz na sistemática do federalismo, sendo isto positivo e constitucional, refutando, assim, o argumento da União de que caberia ao Presidente da República definir os conceitos de essencialidade definidas em território nacional. Desta forma, se reconheceu a competência concorrente dos entes subnacionais no combate à pandemia. Já o Ministro Ricardo Lewandowski elucidou que o “(...) Federalismo cooperativo, Senhor Presidente, exige diálogo, exige liderança política. E a cooperação entre os entes federados, a toda evidência, não pode ser imposta por lei”, ao passo que necessitaria de ponderação, responsabilidade “(...) de todos os envolvidos e, sobretudo, diálogo para que este Federalismo cooperativo, que foi implantado pela Constituição de 1989, possa efetivamente funcionar” (STF, 2020, p. 135).

Analisando a relação conturbada do então Presidente e o Supremo, Marjorie Corrêa Marona e Lucas Magalhães entendem que a despeito de, anteriormente à própria eleição do então Presidente Bolsonaro, já haverem ataques a Suprema Corte por parte de integrantes e apoiadores bolsonaristas, a contida atuação da Corte deve ser analisada a partir de elementos conjunturais. Em outros termos, antes da pandemia, o Supremo não pode e não arriscou perder o apoio difuso da opinião pública e manejou com bastante cuidado sua relação com o Executivo, motivo fundamental para seu resguardo de pretensões de ingerência política (MARONA; MAGALHÃES, 2021, p. 121-134). Essa postura menos conflituosa não se mostrou sustentável ao longo tempo, devido à escalada de ataques às instituições e valores constitucionais por parte do presidente e seus aliados. A transição nas dinâmicas, já indicada no final de 2019, permaneceu contínua. Dentro desse cenário, o STF começou a ser demandado com maior frequência pelos partidos de oposição, exercendo um controle mais incisivo e rápido sobre as ações do governo.

No primeiro ano de mandato, a postura menos incisiva da Corte pode ser percebida pela quantidade de casos julgados e pela demora em suas decisões, como indicado por excelente pesquisa realizada por Oscar Vilhena Vieira, Rubens Glezer e Ana Laura Pereira Barbosa. Os pesquisadores chegaram à conclusão que enquanto em 2019, 33,9% das ações ajuizadas contra o governo tiveram uma decisão proferida no mesmo ano, em 2020 esse número mais que dobrou, passando para 68,5%. Na mesma toada, o tempo médio para decisão de 2019 foi de 70,72 dias, passando para 23,5 no ano seguinte (VIEIRA; GLEZER; BARBOSA, 2022, p. 593). Os autores analisaram que, para além de decidir mais rápido, a Corte, especialmente em 2020, pareceu mais unido, visto que proferiu mais decisões colegiadas: em 2019, das decisões liminares e de mérito, 41,67% foram proferidos por um órgão colegiado, enquanto que em 2020, o percentual subiu para 73,68%, diminuindo no ano seguinte, 2021, para 49,12% (VIEIRA; GLEZER; BARBOSA, 2022, p. 594).

Assim, a posição resguardada do STF se alterou para uma posição de garantia constitucional. Mesmo que nunca afastado da política, o Supremo foi submerso nela e tornou-se um dos principais pontos de contenção do antigo governo na tentativa de empurrar o presidente Bolsonaro para o quadro democrático constitucional (MARONA; MAGALHÃES, 2021, p. 125), “esticando a corda” das normas constitucionais aplicáveis em detrimento da irracionalidade de quem governava o país (CHUEIRI; GODOY, 2020, p. 11), modificando também seu entendimento na jurisprudência sobre às competências dos entes.

Então, a despeito de haver uma jurisprudência centralizadora no STF, percebemos que houve um esforço descentralizador do Supremo. Ainda que as motivações do Corte em decisões como estas possam não ser consideradas como “válidas” à descentralização, elas trazem consigo, para além do efeito vinculante e erga omnes, próprios das decisões

do STF no controle de constitucionalidade, uma potente possibilidade interpretativa diante das ações do (des)governo federal contra a pandemia (LEURQUIN; LEMOS, 2022, p. 77).

A agenda legislativa também não saiu imune das propostas do antigo governo. O Governo, em conjunto com alguns Senadores, propôs a Emenda à Constituição nº 188 de 2019, conhecida como “PEC do Pacto Federativo”, baseada na tríade “desobrigar, desindexar e desvincular”, com o intuito de modernizar o sistema federativo. No entanto, a proposta de “Mais Brasil, Menos Brasília” desconsidera o papel da coordenação federativa, contribuindo para o aumento da desigualdade regional. Como consequência, o federalismo se divorcia da cidadania nesta agenda (ABRUCIO; GRIN; FRANZESE; SEGATTO; COUTO, 2020, p. 670). A proposta sequer chegou a ser votada na Câmara dos Deputados, não sendo aprovada já no Senado. É importante destacar essa postura vigilante do Senado, que se manifestou não apenas após a instituição da Comissão Parlamentar de Inquérito sobre a COVID-19, conforme determinado pelo STF, mas também em situações em que optou por não prosseguir com várias medidas legislativas, especialmente aquelas aprovadas pela Câmara dos Deputados (VIEIRA; GLEZER; BARBOSA, 2022, p. 602).

Conforme dissemos, os reflexos do federalismo bolsonarista foram totalmente deletérios, visto que a pandemia exigiu mais coordenação intergovernamental, como também mais cooperação, das políticas públicas de saúde no combate à COVID-19 e isto só aconteceu com a iniciativa dos governos estaduais. Assim, instalou-se um conflito federativo, provocado pelo executivo federal que atacou a Constituição, o qual chegou ao STF para sua apreciação e julgamento. Ou seja, as decisões dos governos estaduais foram questionadas pelo governo federal junto ao STF.

Na mesma toada, após a aprovação da EC 106/2020 que instituiu o “orçamento de guerra”⁷⁹⁰, a União tomou a decisão de organizar a distribuição de recursos. Os repasses fundo a fundo do SUS não estavam funcionando na lógica bolsonarista de devolution powers, na medida em que, o aumento do papel da União trouxe a descoordenação intergovernamental e a desigualdade entre estados e municípios. Ou seja, a tomada de decisões nacionais sobre isolamento social, distribuição de recursos e equipamentos médicos foi propositalmente inviabilizada pelo governo federal. Nesse contexto, o Consórcio do Nordeste e estados como São Paulo e Maranhão tomaram decisões que geram competição horizontal e vertical por insumos para combater à COVID-19, sendo consequências das atitudes descoordenadas da União.

790 Sobre o tema, ver: NICOCHELLI, Gianluca; MEDINA, Júlio Eduardo Damasceno. Jurisdição Constitucional e Democracia: a ADI 657 sob a perspectiva substancialista e procedimentalista. **Revista Publicum**, 9(1), p. 184-205, 2024.

O legado da política pública, da mesma maneira, foi colocado à prova perante o projeto bolsonarista de federalismo, sendo o campo da saúde a melhor área desta ilustração. A criação do Comitê da Crise da Covid-19, sem representação estadual ou municipal, ilustra a concepção de um federalismo com o comando centralizado à União que o então Presidente tentou propagar. Por óbvio, houve reações dos Governadores na defesa do SUS.

Nesse sentido, o federalismo bolsonarista reagiu também contra o surgimento e atuação do Consórcio do Nordeste e do Fórum de Governadores em favor da cooperação horizontal dos entes para suprir as lacunas deixadas pela União, especialmente por meio da intensificação da adesão ao isolamento social, em contraste à total omissão presidencial. Ao fazer isso, se passou a esboçar um federalismo de resistência ao governo federal.

Em tese, a indefinição no que se refere ao papel dos governadores em relação aos municípios e a incapacidade de construção de estratégias de cooperação horizontal por esses governos favorecem a manutenção do papel indutor e centralizador do governo federal. Contudo, durante a pandemia, observamos a ação dos governos estaduais como formuladores de políticas públicas e tomadores de decisões fundamentais para enfrentar a pandemia e a crise por ela gerada (FERNANDEZ; PINTO, 2020, p. 11). Ou seja, a omissão do governo federal e sua incapacidade de formular propostas decentes para combater o vírus levou ao protagonismo dos entes subnacionais nas tomadas de decisões executivas.

O Consórcio do Nordeste deixou claro o posicionamento contrário perante as políticas adotadas pelo governo federal reconhecendo a gravidade da pandemia e apoiando as recomendações científicas que visavam o isolamento dos casos positivos e o distanciamento social. Além disso, contestou as afirmações do então Presidente Bolsonaro que minimizam a gravidade da doença e criticavam aqueles estados e municípios que adotaram estratégias de distanciamento social severas (ROSSI; SILVA, 2020, p. 8). O Consórcio do Nordeste evidenciou a ausência de protagonismo do então presidente na articulação entre os entes federais. Foram cartas elaboradas pelo Consórcio manifestando sua total oposição às políticas adotadas pelo governo federal em relação ao distanciamento social, afirmando que essas políticas representam um verdadeiro atentado à vida.

Tais cartas serviram como resistência ao governo federal e, também, como marcos da organização regional para contenção da disseminação do vírus. Favorecendo, direta ou indiretamente, a manutenção de fóruns entre as Secretarias Estaduais de Saúde e de Assistência Social dos estados envolvidos (ROSSI; SILVA, 2020, p. 9), assentando o sucesso da cooperação dos entes.

Certamente, o Consórcio do Nordeste conta com algumas características essenciais para o seu sucesso, tais como: a existência de uma identidade regional; a presença de uma crise econômica e política no país, que exige ações conjuntas de gestão governamental; discurso compartilhado; e lideranças políticas bem articuladas em torno de arranjos institucionais. Tais características se realçaram no contexto pandêmico, em que a despeito dos desafios colocados pela crise sanitária e das diferentes visões no governo federal e meio científico, os governadores conseguiram tomar decisões por consenso na “assembleia dos governadores”, mesmo com um estatuto que exige apenas maioria simples de votantes, com um quórum de metade mais uma. Esse fato destaca o tema da cooperação e da coordenação horizontal entre os Estados no âmbito do Consórcio Nordeste (FERNANDES; PINTO, 2020, p. 17).

Em outros termos, a possibilidade de um ambiente que propicie a cooperação e solidariedade está diretamente ligada ao fato do sucesso da atuação, não somente do Consórcio do Nordeste, mas de qualquer consórcio. É o que a doutrina convencionou chamar de associativismo histórico, isto é, a capacidade de um grupo em se unir em torno de objetivos comuns (NICOCHELLI; TRANJAN, 2023, p. 5).

Se relacionando à tese do capital social, o associativismo histórico, entende que um grupo tem mais possibilidade de cumprir seus objetivos se estiverem em sintonia e consigam traçar laços necessários para a formação de uma solidariedade comunitária (NICOCHELLI; TRANJAN, 2023, p. 5-7), o que parece ser uma análise que se encaixa no caso do Consórcio do Nordeste. Haja vista tanto a identidade cultural quanto o histórico de antagonismo derivado da base eleitoral da região frente ao então Presidente Bolsonaro, o que possibilitou uma maior capacidade de cooperação e diligência na tomada de decisões conjuntas e no compartilhamento de informações e recursos, direcionando-se a ser uma posição coordenada de resistência às políticas adotadas por Bolsonaro.

No caso pandêmico, o ambiente de crise conseguiu realçar a cooperação dos entes subnacionais, sendo mais exemplificativa na figura do referido Consórcio, o qual, a partir desse ideal político comum que podemos chamar de associativismo, gerou políticas públicas de proteção à proliferação do vírus, em sentido contrário aos ideais adotados pelo Executivo Federal.

Pozen e Gerken (2009, p. 1286) entendem que essas figuras extra estatais, burocratizantes e administrativas como os consórcios, são de suma importância para elaboração de políticas e garantem que, através de uma posição de não cooperação e resistência, os interesses do Estado em específico seja perseguido não apenas por meio de canais políticos, mas administrativo. Para as professoras, essa posição de não cooperação “(...) *in short, ensures that the political safeguards of federalism are buttressed by the administrative safeguards of federalism*” (POZEN; GERKEN, 2009, p. 1286).

Essa relação fica mais clara no contexto de crise que vivenciamos devido a COVID-19, justamente pelo mecanismo político do federalismo brasileiro. Isto é, a formalização de interesses por parte de entes subnacionais no âmbito Federal, ocorre ou através de uma coalizão ampla e sólida, em que os diretórios estaduais têm na formulação de orientação para deputados federais e senadores ou, na ausência dessa coalizão – como era o caso do antigo governo – o presidente precisa negociar de forma pontual com o Congresso e assim, os governadores perdem o limite partidário para o embate direto com o Presidente da República (GLEZER, 2021, p. 412). Em outros termos, dado que Bolsonaro abriu mão ou foi incapaz de exercer liderança sobre partidos políticos, os governadores disputaram o protagonismo e tiveram forte influência tanto na Câmara dos Deputados, quanto nos representantes de seus Estados (GLEZER, 2021, p. 413), juntando os interesses semelhantes nos conglomerados dos Estados, no Consórcio do Nordeste e no Fórum de Governadores.

Nesse contexto, devido à ausência de cooperação e colaboração efetivo no âmbito nacional no que se refere às políticas públicas para enfrentar os impactos da pandemia, o STF tanto conferiu a garantia da autonomia do Estado, através da ADI 6341, quanto garantiu a prestação de serviços técnicos e financeiros em situações que a União se absteve de provar recursos destinados a tais prestações, ou mesmo atuou de maneira a enfraquecer a capacidade institucional do ente subnacional, como o caso da ACO nº 3385.

Já no caso do Estado de São Paulo, a disputa era o plano de que o Governo de São Paulo já pretendia iniciar a vacinação contra a Covid-19, a partir da vacina CoronaVac, produzida pelo instituto Butantan em parceria com o laboratório chinês Sinovac, o então Presidente Bolsonaro se manifestou à comprar vacinas que não fossem oriundas de laboratórios chineses, como a Pfizer/BioNTech, oriunda dos Estados Unidos.

Após uma intensa campanha do Presidente contra a CoronaVac, o Ministério da Saúde informou que assinou contrato com instituto Butantan para adquirir todas as doses que o órgão produzir, o qual o então Presidente rapidamente desautorizou a compra com o argumento de que esta não seria certificada pela Anvisa e que a população brasileira não seria servida de cobaia à vacinação. Posteriormente, Bolsonaro mudou de opinião sobre a vacina produzida pelo Butantan e confirmou a assinatura do acordo.

Esse contexto citado é só um dentre os muitos que o então Governador de São Paulo, João Dória e o presidente Bolsonaro protagonizaram em torno da corrida da vacinação e troca de farpas via imprensa e mídias sociais. E mesmo em outras políticas públicas, seja econômica e educacional, por exemplo, também não houve articulações federativas para uma atuação em conjunto contra a pandemia, realçando a necessidade de um estado da arte que compreenda o quadro político interligado com o federalismo.

Deste modo, frente a política adotada pelo governo federal tendente a reduzir o componente democrático e de combate à desigualdade do federalismo brasileiro, a pandemia mostrou uma importante virada: decisões judiciais e reivindicações dos estados federados, as quais exerceram um tipo de resistência contra as decisões anticientíficas e nada razoáveis do governo federal. Esse contexto também permitiu ressignificar a importância dos Consórcio entre estados para a cooperação política, especialmente em tempos de crise, firmando-se como exemplo de federalismo de resistência.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O federalismo é complexo e isto não pode ser minimizado, diante das dificuldades que provoca nos campos social, político e jurisprudencial.

A hipótese do artigo é a de que uma compreensão não essencialista do federalismo brasileiro pode promover a cooperação prescrita na Constituição brasileira de 1988. A partir dessa premissa, tentou-se abordar uma lacuna na literatura sobre o federalismo descrevendo uma maneira de como os entes subnacionais podem resistir à política federal. O federalismo bolsonarista durante a crise sanitária no contexto pandêmico inviabilizou a cooperação entre os entes subnacionais, atacou a Constituição e seu arranjo democrático. A reação a este estado de coisa foi a tomada de decisões pelos entes subnacionais que desafiaram a insanidade do governo federal à época, as quais foram judicializadas juntas ao STF. Assim, governadores e ministros do STF tomaram decisões em favor do federalismo cooperativo e da democracia que significaram uma verdadeira resistência.

Nesse sentido, constatamos que, a despeito das disputas dos entes subnacionais serem intrínsecas ao modelo federalista, as tensões que emergiram com o governo Bolsonaro evidenciaram a fragilidade política do país, agravada com o evento da pandemia da COVID-19.

Vimos que o modelo federativo tinha como base o diálogo, a negociação dos entes autônomos e que fora colocado em cheque pelo federalismo bolsonarista. O desequilíbrio dos pilares da engenharia institucional que emergiram após 88, o discurso propagado durante a pandemia e confronto com os entes subnacionais e seus representantes, foram uma das principais causas para os péssimos resultados alcançados em relação ao número de doentes e de mortos no país.

Diante deste contexto, os poderes legislativo e judiciário, especialmente o Supremo, ganharam destaque no combate à pandemia. Do mesmo modo, vimos que

houve o fortalecimento da cooperação horizontal para suprir lacunas deixadas pela União, como foi o caso do Consórcio do Nordeste que refletiria uma forma de resistência às políticas propagadas pelo então Governo Federal.

Assim, a mudança de posicionamento do STF ao julgar conflitos de competência entre União e entes subnacionais, a agenda legislativa e o fortalecimento da cooperação horizontal dos entes, podem ser consideradas como frutos do federalismo bolsonarista.

Desse modo, conclui-se que a pandemia e o federalismo bolsonarista caminharam juntos e trouxeram à tona duas questões: 1. a importância da coordenação governamental nas políticas de enfrentamento à pandemia e uma nova viragem do federalismo brasileiro, a partir de decisões do STF; 2. na política legislativa e principalmente na cooperação horizontal dos entes federados e suas reivindicações, em especial da atuação do Consórcio do Nordeste, a resistência em face da política de morte governo federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRUCIO, Luiz Fernando; GRIN, Eduardo José; FRANZESE, Cibele; SEGATTO, Catarina Ianni; COUTO, Cláudio Gonçalves. Combate à COVID-19 sob o federalismo bolsonarista: um caso de descoordenação intergovernamental. RAP. **Revista Brasileira de Administração Pública**, v. 54, p. 663-677, 2020.

ABRUCIO, Luiz Fernando. Federalismo Brasileiro e Projeto Nacional: os desafios da democracia e da desigualdade. **Revista USP**, v. 1, p. 127-142, 2022.

BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. **Federação e federalismo**: uma análise com base na superação do estado nacional e no contexto do estado democrático de direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 6341. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 15/04/2020, Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJ 13/11/2020. **STF**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>.

CAGGIANO, Mônica Herman Salem. Federalismo Incompleto: descentralização e indefinição de competências. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 1, n. 2, 200, 2003.

CHUEIRI, Vera Karam de; MOREIRA, Egon Bockman; Câmara, Heloise Fernandes; GODOY, Miguel Gualano de. **Fundamentos de Direito Constitucional**: novos horizontes brasileiros. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, v.1, 416p.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel Gualano de. Breve ensaio sobre o judiciário e o executivo na pandemia: a exceção, a regra ou a exceção como regra. In: Cruz, Alvaro Ricardo de Souza e Pereira, Maria Fernanda Pires de Carvalho. **A pandemia e seus reflexos jurídicos**. Belo Horizonte: Arraes, p. 361- 371, 2020.

COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden. **A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade?** O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. Brasília: UNB, 2014.

DANTAS, A.Q.; PEDROSA, M.H.M.R.; PEREIRA, A.L.S. A pandemia de Covid-19 e os Precedentes do STF sobre as Competências Constitucionais dos Entes Federativos: uma Guinada Jurisprudencial ou Mera Continuidade da Função Integrativa da Corte? **Revista Direito Público**, Brasília, Volume 17, n.96, p. 37-64, 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12^a Edição. Salvador, Bahia: Juspodivm, 2020, v. 1.

FERNANDEZ, Michelle; PINTO, Marco Aurélio. Estratégia intergovernamental de atuação dos estados brasileiros: o Consórcio Nordeste e as políticas de saúde no enfrentamento à Covid-19. **Revista Saúde em Redes**, v. 6 (2Supl.), p 211-225, 2020.

FERREIRA, André Bastos; ROSA, Alexia Viana da; FARIAS, Alexsander Silva; VALENTIM, Giovanna Dutra Silva; HERZOG, Lucas Bertola. **Direitos na Pandemia**: Mapeamento e análise das normas jurídicas de resposta à COVID-19 no Brasil. São Paulo: CEPEDISA, 2020.

GARGARELLA, Roberto. Em nome da constituição. O legado federalista dois séculos depois. In: BORON, Atilio A. **Filosofia política moderna**: De Hobbes a Marx. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciências Sociales; DCP-FFLCH, Departamento de Ciências Políticas, Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas, USP, Universidade de São Paulo. 2006.

GLEZER, Rubens. As razões e condições dos conflitos federativos na pandemia de Covid-19: coalizão partidária e desenho institucional. **SUPREMA** - Revista de Estudos Constitucionais, v. 1, p. 395-434, 2021.

GLEZER, Rubens; BARBOSA, Ana Laura Pereira; CADEDO, Matheus Silva. O mito da jurisprudência federalista concentradora do STF: uma nova proposta de análise dos conflitos federativos. R. bras. **Est. const. – RBEC** | Belo Horizonte, ano 15, n. 47, p. 83-111, jan./jun. 2021.

GODOY, Miguel Gualano de; TRANJAN, Renata Naomi. Supremo Tribunal Federal e federalismo: antes e durante a pandemia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 19, e2311,

2023.

Halberstam, Daniel. Comparative federalism and the role of the Judiciary. In: G. A. Caldeira, R. Daniel Kelemen, & K. E. Whittington. (Eds.), **The Oxford handbook of law and politics**. Nova York, NY: Oxford University Press, p. 142-164, 2008.

HORTA, Raul Machado. **As novas tendências do federalismo brasileiro e seus reflexos na Constituição brasileira de 1988**. Revista do legislativo, n. 25, 1999.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. Belo Horizonte. Del Rey, 2002.

LEURQUIN, Pablo; LEMOS, Tayara Talita. O Consórcio Nordeste e o federalismo brasileiro em tempos pandêmicos. In: Ulisses Levy Silvério dos Reis; Rafael Lamera Giesta Cabral; Emilio Peluso Neder Meyer. (Org.). **Pandemia da Covid-19 e federação brasileira**. 1ed. Belo Horizonte: Arraes, p. 71-84, 2022.

MACEDO, José Artur Castillo de. **Encruzilhadas do federalismo: transfederalismo, cooperação, constitucionalismo e democracia**. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná. Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2018.

MACHADO, José Angelo; PALOTTI, Pedro Lucas de Moura. Entre cooperação e centralização: Federalismo e políticas sociais no Brasil pós-1988. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 30, nº 88, Jun 2015. <https://doi.org/10.17666/308861-82/2015>.

NICOCELLI, Gianluca. Federalismo, Patriotismo Constitucional e o STF frente a Covid-19: Reflexões para uma suposta legitimação e atuação do Supremo em meio à pandemia. In: **Anais do XIV Simpósio Nacional de Direito Constitucional**, 2021, Curitiba. Processo Constitucional e Constitucionalismo Contemporâneo. Curitiba: ABDConst, p. 923- 948, 2021. v. 1.

NICOCELLI, Gianluca; MEDINA, Júlio Eduardo Damasceno. Jurisdição Constitucional e Democracia: a ADI 657 sob a perspectiva substancialista e procedimentalista. **Revista Publicum**, 9(1), p. 184-205, 2024.

BULMAN-POZEN, Jessica; GERKEN, Heather K. Uncooperative Federalism. **The Yale Law Journal**, vol. 118, nº 7, p. 1256-1310, maio de 2009.

RESNIK, Judith. What's federalism for? In: BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. **The Constitution in 2020**. New York: Oxford, 269-284, 2009.

ROSSI, Rinaldo de Castillo; SILVA, Simone Affonso da. O Consórcio do Nordeste e o federalismo brasileiro em tempos de Covid-19. **Espaço e Economia**, v. 18, 2020.

SILVA, José Afonso da. **O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional**. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Edusp, 2021.

SOUSA, Karla Cristina Silva; CASTRO, Alda Maria Duarte Araújo. Federalismo cooperativo e Plano de ações Articuladas (PAR) – Algumas aproximações teóricas. **Ensaio: aval. pol. públ. educ.** 25 (97) • Oct-Dec 2017.

SOUZA, Celina; FONTANELLI, Fernando. Antídotos institucionais do federalismo brasileiro: a covid-19 mudou a dinâmica federativa?. In: In: Avritzer; L; Kerche; F.; Marona, M.. (Org.). **Governo Bolsonaro: Retrocesso democrático e degradação política**. 1aed. Belo Horizonte: Autêntica, p. 135-150, 2021, v. 1.

SOUZA, Celina. Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988. **Revista Sociologia Política**, Curitiba, n. 24, p. 105-121, jun. 2005.

TOMIO, Fabrício; ROBL FILHO, Ilton Noberto. Empirical Legal Research: Teoria e Metodologia para a Abordagem do Processo Decisório de Controle de Constitucionalidade no STF. In: SIQUEIRA, Gustavo Silveira; VESTENA, Carolina Alves (orgs.) **Direito e Experiências Jurídicas: debates práticos**. Belo Horizonte: Arraes, 2013, vol. 2.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, I. N.; KANAYAMA, R. L. Controle de constitucionalidade abstrato e concentrado no Brasil, Espanha, Itália, México e Portugal. CUESTIONES CONSTITUCIONALES: **REVISTA MEXICANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL**, v. 1, p. 301-325, 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. BARBOSA, Ana Laura Pereira. Supremocracia e infralegalismo autoritário: O comportamento do Supremo Tribunal Federal durante o governo Bolsonaro. **Novos Estudos**. CEBRAP, v. 41, p. 591-605, 2022.



DIREITO.UnB

Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**

Gostaria de submeter seu trabalho a Revista Direito.UnB?

Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>

e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.

SOBERANIA ALIMENTAR E POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À AGRICULTURA FAMILIAR

FOOD SOVEREIGNTY AND PUBLIC POLICIES FOR FAMILY AGRICULTURE

Recebido: xx/xx/202x

Aceito: xx/xx/202x

Jaime Domingues Brito

Professor titular, desde 1987, dos cursos de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), na qual milita na Graduação, Mestrado e Doutorado. Leciona também no Curso de Pós-graduação de Direito Civil e de Processual Civil do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC), de Londrina, PR. Além de dedicar-se ao estudo do Direito Civil, investiga, também, o Direito Constitucional e o Direito Processual Civil. Tem sido objeto de seus estudos e reflexões, em linhas gerais, assuntos ligados aos seguintes temas: os defeitos dos negócios jurídicos; a prescrição e a decadência; a reparação do dano material e imaterial; o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. Tem também investigado assuntos ligados à Bioética e Biodireito, bem como métodos para a utilização de precedentes no sistema jurídico brasileiro. Coordena, junto à Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), o Grupo de Pesquisa intitulado Direitos fundamentais e a sistematização precedentalista no Brasil. É advogado militante.

E-mail: jaimedbrito@hotmail.com



Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5461-8514>

Ana Cristina Cremonezi

Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (2001), com atualização profissional no Curso de Direito Criminal, Turma 2004/2005, realizado junto ao Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, com 360 horas. Atualmente é Juíza de Direito, vinculada ao TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ, Especialista em Direito Processual Civil, pela Faculdade Unyleya, Mestranda em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estado do Norte do Paraná - UENP. Com interesse em pesquisa relacionada à Jurisdição e Processos Dialógicos e Estruturais. Políticas Públicas, Instrumentos Processuais Atípicos e a Legitimação da atuação do Poder Judiciário em Processo Cooperativo.

E-mail: anacristinacremonezi@gmail.com



Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3381-8645>

RESUMO

O artigo destaca a relevância do conhecimento sobre os conceitos de segurança e soberania alimentar, como Objetivos de Desenvolvimento Sustentável eleitos pela



Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.

This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that allows sharing in any format as long as the original work is properly acknowledged.

Agenda de 2030. Dados demonstram que o país havia saído do Mapa da Fome da Organização das Nações Unidas (ONU) em 2014, todavia, voltou a integrar o controle a partir de 2015, com agravamento crescente. Neste contexto, a análise indaga: em que medida se inter-relacionam os objetivos de soberania e segurança alimentar e as políticas públicas voltadas à agricultura em regime de economia familiar? Tem-se como hipótese que as Políticas Públicas voltadas à agricultura familiar podem apresentar aportes para o cumprimento dos ODS da Agenda de 2030, principalmente atinente à erradicação da pobreza. Como contribuição acadêmica, o artigo apresenta as principais políticas públicas voltadas à agricultura familiar, retrocessos pontuais e latentes pontos de expansão, como a participação do público-alvo na construção da agenda pública e maior incursão da municipalidade, como complemento de políticas governamentais implementadas pelos demais entes públicos. Utiliza-se o método de abordagem dialética, sendo pesquisa bibliográfica e conteúdo teórico descritivo, com exame das interpretações das possíveis relações e potencialidades.

Palavras-chave: agricultura; economia familiar; erradicação da pobreza; políticas públicas; soberania alimentar.

ABSTRACT

The article highlights the importance of knowing about the concepts of food security and sovereignty, as Sustainable Development Goals elected by the 2030 Agenda. Data shows that the country was removed from the United Nations (UN) Hunger Map in 2014, but has been back under control since 2015, with the situation worsening. In this context, the analysis asks: to what extent are the objectives of food sovereignty and security interrelated with public policies aimed at family farming? The hypothesis is that public policies aimed at family farming can contribute to the fulfillment of the SDGs of the 2030 Agenda, especially with regard to the eradication of poverty. As an academic contribution, the article presents the main public policies aimed at family farming, specific setbacks and latent points for expansion, such as the participation of the target public in the construction of the public agenda and greater incursion by the municipality, as a complement to government policies implemented by other public entities. A dialectical approach is used, with bibliographical research and descriptive theoretical content, examining interpretations of possible relationships and potentialities.

Keywords: agriculture; family economy; poverty eradication; public policies; food sovereignty.

1. INTRODUÇÃO

O tema Segurança Alimentar e Políticas Públicas voltadas à agricultura familiar alcança especial relevo, visto que ostenta a capacidade de contribuir para a garantia

de direitos fundamentais como alimentação, saúde e dignidade da pessoa humana. Cabe destacar que a pobreza crescente no Brasil constitui problema estrutural, com agravamento crescente. Os dados mostram que o país havia saído do Mapa da Fome da Organização das Nações Unidas (ONU) em 2014, por meio de estratégias de segurança alimentar e nutricional. Todavia, voltou a integrar o controle a partir de 2015, sendo que crises recentes como a pandemia de Covid-19 e instabilidade econômica trouxeram maior retrocesso social, arrastando novamente inúmeros brasileiros à condição de miserabilidade. No desenvolvimento do trabalho, são apresentados os dados estatísticos arregimentados no Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19 no Brasil (I VIGISAN) publicado em 2021 e nova edição da pesquisa, desenvolvida pela Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania, Segurança Alimentar (Rede PENSSAN), além de informes estatísticos produzidos pelo IPEA e CNA, visto que introduzem informações de relevo sobre a situação de vulnerabilidade social no Brasil.

Nesse cenário, a abordagem de projetos de erradicação da pobreza no Brasil se apresenta como uma estratégia significativa no sentido de contribuir para a redução das desigualdades sociais existentes no país. Diante disso, tem-se como hipótese que as políticas públicas podem contribuir para o desenvolvimento econômico, social e ambiental da agricultura familiar, proporcionando a melhoria da qualidade de vida e a redução das desigualdades socioeconômicas.

Existem diversas políticas públicas voltadas para a agricultura familiar no Brasil, tais como o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF), o Programa de Aquisição de Alimentos (PAA) e o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), que têm cooperado para o soerguimento das condições de vida dos produtores e para a promoção da soberania alimentar.

O assunto viabiliza uma atividade reflexiva sobre as perspectivas e eventuais entraves para o fortalecimento da economia local, com geração de renda, valorização de elementos culturais e promoção de autonomia de cidadãos em situação de vulnerabilidade, destacando o papel do Poder Executivo Municipal no incremento de Políticas Públicas desenvolvidas em nível mais amplo. A abordagem também favorece a conscientização sobre a relevância da agroecologia e os impactos sobre o meio ambiente como alternativa à ideologia implementada pela Revolução Verde, com a tendência do uso intensivo dos agrotóxicos, aliada ao uso excessivo dos recursos naturais, que tem contribuído para o desequilíbrio dos ecossistemas.

Dessa forma, pretende-se levantar e descrever as principais políticas públicas voltadas à agricultura familiar a fim de analisar se as atividades a serem desempenhadas pelo poder público podem contribuir para o cumprimento dos objetivos da segurança e soberania alimentar e, ao mesmo tempo, promover o empoderamento da população afetada pela situação de vulnerabilidade, alijada da riqueza que diretamente produz.

Utiliza-se o método de abordagem dialético, ao passo que busca evidenciar as

inter-relações possíveis entre os objetivos de desenvolvimento sustentável, mormente aquele ligado à erradicação da pobreza e da fome com as políticas públicas voltadas à agricultura e sua apresentação dicotômica no país. Quanto aos dados estatísticos, vale-se de pesquisa secundária, aproveitando-se do acervo construído por entidades especializadas. Com o conteúdo teórico descritivo, busca-se identificar a natureza dos objetos, privilegiando contextos com exame das interpretações das intercorrências entre as legislações atinentes à produção rural no Brasil e potencialidades de cumprimento do ODS2 da Agenda 2030.

2. OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: SEGURANÇA E SOBERANIA ALIMENTAR

Os países integrantes da Organização das Nações Unidas (ONU) têm buscado, em nível internacional, a formulação de metas para o desenvolvimento sustentável do planeta, abarcando variados enfoques que, conjuntamente, teriam o condão de resguardar os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, sem aniquilar ou comprometer a autonomia e subsistência das gerações futuras.

O movimento tem sua origem na I Conferência Mundial sobre o Meio Ambiente, sediada em Estocolmo – Suécia, em 1972, que lança o debate internacional sobre questões ambientais e a necessidade de “proteção conjunta de direitos interdependentes e relacionados, como a vida humana e seu desenvolvimento, a poluição e o esgotamento dos recursos não-renováveis”⁷⁹¹. Essas discussões estamparam-se em instrumentos como “Os objetivos de Desenvolvimento do Milênio” (ODM), “Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente” em 1992; “O Futuro que Queremos” resultante da Rio +20, em 2012; “Uma Vida Digna para Todos”, projeto firmado em 2015 e, por fim, culminou-se com o documento “Transformando o Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”, em setembro de 2015.

Por intermédio da Agenda 2030, ratificaram-se 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), sendo que estes apresentam a reflexão conjugada dos aspectos ambientais, econômicos e sociais nas políticas públicas realizadas pelos Estados, prestando-se de parametro de atuação e formação das políticas públicas internas. Ou seja, os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030 são uma série

791 KOURY, A. B.; SOUSA, D. L. O Direito Ambiental sob a Perspectiva da Proteção Internacional à Pessoa Humana. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, n. 8, p. 306-345, 2009.

de metas globais estabelecidas pelas Nações Unidas para garantir o desenvolvimento sustentável em todo o mundo até o ano de 2030. O segundo objetivo, ou ODS 2, é “Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável”.

Partindo dos objetivos traçados pela Agenda 2030, percebe-se que é um instrumento norteador ao poder executivo, na formação de agenda e implementação de políticas públicas que alicercem a economia e o desenvolvimento para a erradicação da pobreza e, concomitantemente, assegurem a sustentabilidade do meio ambiente. Ou seja, “trata-se de um direito que deve ser compreendido de modo intersetorial, em conjunto com outros direitos humanos fundamentais”⁷⁹². O direito à alimentação adequada, umbilicalmente ligado à dignidade, também veicula caráter pluridimensional, posto que irradia seus efeitos para inúmeros outros direitos, mas “em todo momento ele mantém seus traços de fundamentalidade, apresentando-se como legítimo direito fundamental”⁷⁹³. A dignidade da pessoa humana sobressai-se no contexto constitucional e de tratados internacionais, sendo o tema intimamente vinculado à soberania alimentar.

[...] embora se tenha a dificuldade em efetivar todos os objetivos dessa agenda, ela não pode ser simplesmente desconsiderada, mas elevada a um status de modelo a ser atingido, ainda mais por tutelar tantos direitos humanos previstos na DUDH, como proteção do meio ambiente, da erradicação de problemas sistêmicos governamentais, como a fome, e, sobretudo, por considerar e valorar a dignidade da pessoa humana como um dos pilares para sua efetivação⁷⁹⁴.

A soberania alimentar e a Revolução Verde são duas abordagens diferentes para a produção e distribuição de alimentos. A Revolução Verde recai sobre uma abordagem tecnológica que teve seu auge na década de 1960 e que se concentra em aumentar a produtividade agrícola através do uso intensivo de insumos químicos, sementes geneticamente modificadas e máquinas modernas e, conseqüentemente, mais ligada ao

792 CAMBI, Eduardo; PORTO, Leticia de Andrade. A (in)segurança alimentar no Brasil: Análise do papel do Ministério Público para a garantia do direito humano à alimentação adequada. **Revista do Ministério Público Brasileiro**. n. 1, 2022. Disponível em: <http://revista.cdemp.org.br/index.php/revista/article/view/13>. Acesso em: 30 abr. 2023.

793 SIQUEIRA, Dirceu Pereira; BRITO, Jaime Domingues. A dimensão cultural do direito à alimentação: as facetas do multiculturalismo e seus reflexos para a inclusão social e pessoas e grupos. **XXIII Congresso Nacional do CONPEDI**. 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=102e333dd822c1d9>. Acesso em: 06 maio 2023.

794 SABBATINE, Marilda Tregues; MACHADO, Edinilson Donisete; PAIÃO, Olivie Samuel. Agenda 2030 suas perspectivas e a dignidade da pessoa humana como princípio constitucional. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 35, p. 411-430, dez. 2021. Disponível em: <https://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/2004>. Acesso em: 27 abr. 2023.

conceito de segurança alimentar. O objetivo principal da Revolução Verde era aumentar a produção de alimentos em todo o mundo, especialmente em países em desenvolvimento, com o objetivo de reduzir a fome e a pobreza. Por outro lado, a soberania alimentar é uma abordagem que enfatiza o controle local sobre a produção e distribuição de alimentos, com o objetivo de garantir a segurança alimentar, a sustentabilidade e a justiça social. A soberania alimentar reconhece a importância das práticas agrícolas tradicionais, da biodiversidade e da participação ativa das comunidades locais na tomada de decisões sobre a produção e o consumo de alimentos

A soberania alimentar afirma o direito dos camponeses e pessoas atendidas pelo programa a uma alimentação culturalmente apropriada, aos recursos para produzir alimentos, reduzindo sua dependência de mercados globais. Também garante o direito de manejar os recursos naturais, como a terra, a água, as sementes crioulas, priorizando a preservação da biodiversidade⁷⁹⁵.

A Revolução Verde e a soberania alimentar têm implicações muito diferentes para a produção e distribuição de alimentos. Enquanto a Revolução Verde enfatiza a produtividade e a eficiência, a soberania alimentar enfatiza a diversidade, a sustentabilidade e a justiça social. A Revolução Verde muitas vezes se concentra em monoculturas e no uso intensivo de insumos químicos, o que pode ter consequências negativas para o meio ambiente e para a saúde humana. Por outro lado, a soberania alimentar enfatiza a produção de alimentos saudáveis e nutritivos usando práticas agrícolas sustentáveis e reconhece a importância das comunidades locais na tomada de decisões sobre a produção e o consumo de alimentos, sendo conceito acolhido no Fórum de Soberania Alimentar, realizado no ano de 2002.

¿Qué es la Soberanía Alimentaria? La Soberanía Alimentaria es el DERECHO de los países y los pueblos a definir sus propias políticas agrarias, de empleo, pesqueras, alimentarias y de tierra de forma que sean ecológica, social, económica y culturalmente apropiadas para ellos y sus circunstancias únicas. Esto incluye el verdadero derecho a la alimentación y a producir los alimentos, lo que significa que todos los pueblos tienen el derecho a una alimentación sana, nutritiva

795 MENDES, Maurício Ferreira; NEVES, Sandra Mara Alves da Silva; MACHADO, Tamires da Silva. O Programa de Aquisição de Alimentos como indutor da soberania alimentar. **Mercator (Fortaleza)**, v. 18, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/mercator/a/FvHnXDYh3y9qf86SnkDFy8p/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 16 jan. 2023.

y culturalmente apropiada, y a la capacidad para mantenerse a sí mismos y a sus sociedades^{796, 797}.

A noção de soberania alimentar também pode ser encontrada no texto “Food Sovereignty” (Declaration NGO Forum FAO Summit Rome+5) como sendo

the right of peoples, communities, and countries to define their own agricultural, labor, fishing, food and land policies which are ecologically, socially, economically and culturally appropriate to their unique circumstances. It includes the true right to food and to produce food, which means that all people have the right to safe, nutritious and culturally appropriate food and to food-producing resources and the ability to sustain themselves and their societies^{798, 799}.

Com a II Conferência Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, realizada em 2004, buscou-se ampliar o conceito de segurança alimentar, desbordando na promulgação da Lei 11346/2006, que criou o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN, declarando que a alimentação adequada constitui direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, incumbindo ao poder público adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população. No artigo 3º, apresenta-se o conceito de segurança alimentar, que exclui a visão de monocultura como instrumento de destaque.

Art. 3º A segurança alimentar e nutricional consiste na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer

796 Tradução livre: O que é a Soberania Alimentar? A Soberania Alimentar é o DIREITO dos países e dos povos de definirem as suas próprias políticas agrícolas, de emprego, de pesca, alimentares e fundiárias de forma ecológica, social, econômica e culturalmente adequada a eles e às suas circunstâncias únicas. Isso inclui o direito genuíno à alimentação e à produção de alimentos, o que significa que todos os povos têm o direito a uma alimentação saudável, nutritiva e culturalmente adequada e à capacidade de se sustentarem a si próprios e às suas sociedades.

797 MOVIMIENTO INTERNACIONAL POR LA SOBERANÍA ALIMENTARIA. **Declaración política del Foro de las ONG/OSC para la Soberanía Alimentaria**. Disponível em: <https://nyeleni.org/es/foro-para-la-soberania-alimentaria-2002/>. Acesso em: 20 abr. 2023.

798 Tradução livre: “é o direito dos povos, comunidades e países a definirem as suas próprias políticas agrícolas, laborais, pesqueiras, alimentares e fundiárias que sejam ecológica, social, econômica e culturalmente adequadas às suas circunstâncias únicas. Inclui o verdadeiro direito à alimentação e à produção de alimentos, o que significa que todas as pessoas têm direito a alimentos seguros, nutritivos e culturalmente adequados e a recursos de produção de alimentos e à capacidade de se sustentarem a si próprias e às suas sociedades”.

799 FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS (FAO). Declaration NGO Forum FAO Summit Rome+5. **Food Sovereignty**. Disponível em: <https://viacampesina.org/en/declaration-ngo-forum-fao-summit-rome5/>. Acesso em: 20 abr. 2023.

o acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis.

O ato legislativo outorga especial relevância à agricultura familiar, a conservação da biodiversidade e utilização sustentável dos recursos, além de determinar a implementação de políticas públicas e estratégias sustentáveis e participativas da produção, comercialização e consumo de alimentos, respeitando-se as múltiplas características culturais do país (Lei 11.346/2006, art. 4º). Ainda, houve a criação do Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA), órgão de assessoramento da Presidência da República, com coordenação na criação e execução de Políticas Públicas, assegurada a participação da sociedade civil.

A despeito do amplo acolhimento de normas protetivas à segurança e soberania alimentar, a dissonância entre os dois modelos de produção e distribuição de alimentos afetam a formação de agenda governamental para o financiamento das atividades rurícolas, sendo identificados embates e autores invisíveis que desviam a destinação de verbas e implementação de programas voltados à economia familiar, obstruindo parcela relevante de ações que guardam convergência com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. O agronegócio ostenta um maior agrupamento de atividades, com poderio de ingerência na formação de agenda governamental, abarcando desde o setor portuário, de transporte, além da indústria voltada à produção de equipamentos, maquinários e insumos agrícolas. Ou seja, verifica-se uma unidade ideológica e coerência estratégica, sendo que este movimento de integração da agricultura alcança serviços bancários e indústria de agroequipamentos⁸⁰⁰.

As políticas públicas voltadas ao agronegócio, com características de monocultura e produção em larga escala, soblevam-se no Brasil, em decorrência da representatividade econômica da atividade no PIB. Segundo dados da Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA), em março de 2023, as exportações do agronegócio brasileiro atingiram US\$ 16,0 bilhões, sendo que, entre os principais produtos, o farelo de soja apresentou a maior taxa de crescimento (+45,5%), em comparação com março de 2022. Aponta-se que, entre os principais destinos, destaca-se a elevação das vendas para o Japão (+103,5%) e para a Argentina (+74,2%), em relação ao mesmo período do ano passado⁸⁰¹. Evidentemente, trata-se de incremento expressivo para a economia nacional

800 PINTON, Florence; YANNICK, Sencébé. Soberania versus segurança alimentar no Brasil: tensões e oposições em torno da agroecologia como projeto: Food sovereignty vs food security in Brazil: tensions and oppositions within agroecology as an objective. **Estudos Sociedade e Agricultura**, v. 27, n. 1, p. 24-46, 2019.

801 CONFEDERAÇÃO DA AGRICULTURA E PECUÁRIA DO BRASIL (CNA). **Boletim do Comércio**

e que comporta a atenção estatal.

Imprescindível, todavia, resguardar o equilíbrio com as políticas públicas voltadas à agricultura de menor porte, posto que a monocultura apresenta por características, dentre outras, o cultivo mecanizado e em larga escala, com parca geração de empregos. Para alcançar o ODS 2, é fundamental que as comunidades locais tenham o controle sobre suas próprias políticas agrícolas e alimentares, para que possam produzir alimentos de forma sustentável e garantir que todos tenham acesso a uma alimentação adequada. Ainda, não se pode ignorar a dimensão territorial do Brasil, suas diversidades culturais e, inclusive, de ecossistemas. Consoante alinhavado, não se legitima permitir que os embates de interesses oriundos do agronegócio e todas as atividades vinculadas dificultem o direcionamento de verbas públicas a áreas de relevo, como aquelas com maior potencialidade de alcançar os objetivos de desenvolvimento sustentável ligados à soberania alimentar.

3. PARODOXO ENTRE A PRODUÇÃO DE ALIMENTOS E SEGURANÇA ALIMENTAR

A Agricultura Familiar é a principal responsável pela produção dos alimentos que são disponibilizados para o consumo da população brasileira, sendo constituída de pequenos produtores rurais, além dos povos e comunidades tradicionais, assentados da reforma agrária, silvicultores, aquicultores, extrativistas e pescadores. Na agricultura familiar, o grupo familiar compartilha a gestão da propriedade, e a atividade produtiva agropecuária constitui a principal fonte geradora de renda. A diversidade produtiva também é característica marcante desse setor, pois muitas vezes alia a produção de subsistência a uma produção destinada ao mercado⁸⁰².

A despeito da importância do setor, há um descompasso entre a distribuição de terras e rendas, sendo que, de acordo com o último Censo Agropecuário do IBGE, 84,4% dos estabelecimentos rurais são de base familiar e ocupam 74,4% da mão de obra que está no campo. No entanto, referidos grupos familiares compreendem apenas 24,3% de toda a área rural do país. Ainda, importa destacar que “estudos indicam que, em média, o valor bruto de produção mensal por propriedade familiar é de 0,46 salário mínimo, o que coloca grande parte dos produtores em situação de extrema pobreza”⁸⁰³. O

Exterior do Agronegócio. Disponível em: <https://cnabrazil.org.br/publicacoes/boletim-do-comercio-exterior-do-agronegocio-11>. Acesso em: 28 mar. 2023.

802 BRASIL. Ministério da Agricultura e Pecuária. **Agricultura Familiar.** Disponível em: <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/mda/agricultura-familiar-1>. Acesso em: 02 maio 2023.

803 BITTENCOURT, Daniela. Agricultura familiar, desafios e oportunidades rumo à inovação. **Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA).** Disponível em: <https://www.embrapa.br/busca-de>

estudo estatístico acerca da modernização da agricultura familiar no Nordeste do Brasil corrobora a dissonância de políticas públicas para o setor agrícola, sendo a situação agravada na região vulnerável. Destacou-se que “os agricultores familiares fazem pouco uso de tecnologia e é desigual a implementação do processo de modernização, o que deixa à margem tanto a região Nordeste quanto os pequenos agricultores” e recomenda-se a adoção e o fortalecimento das políticas públicas.

Sugere-se a adoção de novas políticas públicas, bem como a ampliação e reformulação de políticas já em vigor – PRONAF, Agronordeste e PAA, por exemplo –, voltadas para os agricultores familiares e que levem em consideração as características desses produtores. Ou seja, é preciso descentralizar a operação dos programas e permitir maior participação de órgãos, entidades e produtores rurais que conheçam as necessidades específicas de cada região⁸⁰⁴.

Um estudo realizado sobre os índices de pobreza no país, agravados pela pandemia, aponta diferentes impactos na população, conforme condições históricas e culturais em diferentes regiões. Pelos dados estatísticos levantados, “as conclusões do I e do II inquéritos sobre a IA no contexto da pandemia da Covid-19 no Brasil (I VIGISAN-2021; II VIGISAN-2022) atestam que a emergência sanitária subsequente à pandemia agravou as condições sociais da população”. Consoante o Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19 no Brasil (I VIGISAN) publicado em 2021 e nova edição da pesquisa, desenvolvida pela Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar (Rede PENSSAN), o número de domicílios com moradores passando fome saltou de 9% (19,1 milhões de pessoas) para 15,5% (33,1 milhões de pessoas), ou seja, são 14 milhões de novos brasileiros/as em situação de fome em pouco mais de um ano. No segundo ano da pandemia da Covid-19, mantiveram mais da metade (58,7%) da população brasileira em insegurança alimentar, nos mais variados níveis de gravidade⁸⁰⁵.

Os resultados desnudam desigualdades sociais e de acesso aos alimentos não apenas entre as macrorregiões, mas também entre os estados de uma mesma macrorregião. O levantamento estatístico fornece subsídios de impacto para a exploração das realidades particulares de cada estado da federação para a formação de políticas públicas, sendo evidente a imperiosidade de se respeitar a diversidade indicada para a

noticias/-/noticia/31505030/artigo---agricultura-familiar-desafios-e-oportunidades-rumo-a-inovacao. Acesso em: 27 abr. 2023.

804 DIAS, Thyena Karen Magalhães; CAMPOS, Kilmer Coelho. Índice de modernização da agricultura familiar no Nordeste do Brasil. **Revista de Política Agrícola**, v. 21, n. 4. 2022. Disponível em: <https://seer.sede.embrapa.br/index.php/RPA/article/view/1774/pdf>. Acesso em: 25 abr. 2023.

805 REDE PENSSAN. **Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no contexto da pandemia da COVID-19 no Brasil**. Disponível em: <https://pesquisassan.net.br/olheparaafome/>. Acesso em: 30 abr. 2023.

efetividade de incursão do Estado⁸⁰⁶.

O Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no contexto da pandemia da COVID-19 no Brasil revela que a fome atingiu 21,8% dos lares de agricultores(as) familiares e pequenos produtores(as) rurais, sendo que, quanto às formas mais severas de insegurança alimentar (moderada e grave), o total chega a 38% dos domicílios – cenário ainda mais preocupante nas regiões Norte (54,6%) e Nordeste (43,6%)⁸⁰⁷.

As discrepâncias demonstram que a agricultura e seus autores não apresentam evolução linear. Arilson Favareto informa que as políticas voltadas à agricultura se classificam e organizam em três momentos básicos: o período da modernização agrícola, sucedido pela etapa em que se buscou ampliar instrumentos e dimensões sob a ideia de um enfoque integral e, por fim, marcado pelos programas de transferências condicionadas de ingressos e por tentativas de introduzir o enfoque territorial⁸⁰⁸. Embora esses movimentos tenham natureza temporal, conforme se extrai dos levantamentos estatísticos citados, a diversidade de realidades regionais e, sobretudo, dos autores de agronegócio e agricultura familiar, a manutenção de todos os enfoques, alternando-se a preponderância consoante o cenário a que se direcionam, demonstra-se necessária.

Por outro lado, não se pode ignorar que a modernização da produção agrícola encontra-se intimamente vinculada à Revolução Verde, com atuação de autores invisíveis, interessados em fatores distintos da superação da fome. Com o fim da segunda guerra mundial, empresas vinculadas a produtos químicos viram esvaír o campo de inserção de suas mercadorias. A partir de então, fomenta-se o discurso de urgência na erradicação da fome no mundo, devastado pela guerra, apresentando-se aquelas empresas como solução para a produção em larga escala de alimentos, especialmente, direcionando seus produtos ao controle de pragas. A indústria biotecnológica “propagou e convenceu muitos governos de que seria necessário fazer uma Revolução Verde, utilizando-se de agrotóxicos e transgenia alimentar”⁸⁰⁹. Desse contexto decorre a criação de políticas

806 REDE PENSSAN. **Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no contexto da pandemia da COVID-19 no Brasil. Suplemento I. Insegurança Alimentar nos Estados**. Disponível em: <https://olheparaafome.com.br/wp-content/uploads/2022/09/OLHEEstados-Diagramac%CC%A7a%CC%83o-V4-R01-1-14-09-2022.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2023.

807 REDE PENSSAN. **Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no contexto da pandemia da COVID-19 no Brasil**. Disponível em: <https://pesquisassan.net.br/olheparaafome/>. Acesso em: 30 abr. 2023.

808 FAVARETO, Arilson. O combate à pobreza rural na América Latina e os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável – a necessidade de um enfoque relacional. **Revista grifos**, v. 27, n. 45, p. 13-52, 2018. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/5729/572960989002/html/>. Acesso em: 06 fev. 2023.

809 POZZETTI, Valmir César; DOS SANTOS, Ulisses Arjan Cruz; MICHILES, Marcela Pacífico. O direito humano à alimentação saudável: da revolução verde ao projeto de lei de proteção de cultivares (PL Nº 827/2015). **Revista Jurídica – Unicritiba- Relações Internacionais no Mundo Atual**, v. 2, n. 23, p. 390-410, 2019.

públicas através de um processo denominado “janelas de oportunidade”⁸¹⁰, conforme apontado por Gottems et al., em que os problemas, solução e momento político se encontram ocasionalmente, gerando o surgimento de uma nova política pública. No entanto, a despeito de todo o poderio no controle de políticas públicas, o resultado destoou em larga margém do discurso que sustentou e sustenta a produção em larga escala, de regra, por intermédio de monocultura e mecanização. Com esteio na obra de Alex Barril García, que promoveu uma incursão comparativa das políticas públicas voltadas à agricultura em nove países da América Latina:

Os instrumentos de política pública de modernização agrícola, como o acesso ao crédito e o uso intensivo de tecnologia, levaram a fantásticos níveis de aumentos de produtividade que alcançaram agricultores de grande porte e, em muitos lugares, uma camada mais restrita embora importante dos agricultores de pequeno porte. Mas houve, também, o conhecido e acentuado processo de seletividade competitiva. A expectativa era que tal processo de diferenciação social formaria uma classe de grandes e pequenos agricultores inseridos em mercados. As pessoas que não atingissem este nível de produtividade e competitividade seriam absorvidas como empregados no mercado de trabalho agrícola ou migrariam para as cidades para participarem nos mercados de trabalho urbanos, então em expansão. A história, no entanto, mostra que isso não ocorreu. E, em vez de promover uma absorção pelo mercado de trabalho, a modernização agrícola teve como contrapartida um acentuado processo de exclusão social e uma crescente desigualdade, sem falar na explosão urbana e na constituição de uma classe trabalhadora com poucos direitos e um patamar de remuneração rebaixado⁸¹¹.

O resultado impactou o Brasil e, em decorrência da ampla diversidade regional e social, tornou imprescindível a concretização incisiva das políticas públicas com potencialidade de ampliar instrumentos de acesso à modernização, alcançando os pequenos produtores, bem como a manutenção de programas de suporte financeiro, para a promoção e o empoderamento de larga parcela da população rural. Eis o contexto do surgimento do PRONAF, marco histórico para o desenvolvimento da agricultura familiar no Brasil.

A partir da Revolução Verde, com a consolidação do Sistema Nacional de Crédito Rural (SNCR) (1965) e uma política de estímulo à aquisição de insumos técnicos e químicos, voltada a médios

810 GOTTEMS, Leila Bernada Donato *et al.* O modelo dos múltiplos fluxos de Kingdon na análise de políticas de saúde: aplicabilidades, contribuições e limites. **Saúde e Sociedade**, v. 22, n. 2, 2013. Disponível em: <https://www.scielo.org/pdf/sausoc/v22n2/v22n2a20.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2023.

811 FAVARETO, Arilson. O combate à pobreza rural na América Latina e os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável – a necessidade de um enfoque relacional. **Revista grifos**, v. 27, n. 45, p. 13-52, 2018. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/5729/572960989002/html/>. Acesso em: 06 fev. 2023.

e grandes produtores: os pequenos produtores, cujo escasso patrimônio desabilitava ao crédito, foram alijados desse processo e, perdendo suas terras, acabaram por se somar aos trabalhadores desempregados pela mecanização que formariam a base dos movimentos sociais e sindicais rurais dos anos 1980. As reivindicações desses movimentos, começando pelo acesso à terra, se desdobraram ao longo dos anos em outras pautas, como o acesso a crédito, para a qual o Estado veio dar uma resposta em 1994, com o Programa de Valorização da Pequena Produção Rural (Provap). Esse programa de custeio a pequenos produtores, alargado para atender às crescentes demandas por participação, deu origem ao PRONAF⁸¹².

O relatório do IPEA no ano de 2021 debruça-se sobre o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF), criado em 1995⁸¹³, que constitui ferramenta relevante para a agricultura familiar ao passo que permite a obtenção de crédito por produtores sem acesso ao sistema bancário, mediante a adoção de incentivos específicos, além de favorecer as adequações às necessidades regionais. Nesse ponto também estão concentradas as maiores disputas para a concessão de créditos, com o destaque ao risco de desvirtuamento do programa.

Subsistem, todavia, tensões entre a lógica bancária e a visão distributivista que movimentos sociais têm do PRONAF. Por um lado, os agentes preservam a segurança financeira das operações de crédito, e a rede bancária oferece ao programa capilaridade territorial, incluindo a abertura de superintendências exclusivas para o PRONAF; por outro lado, a documentação e as garantias exigidas aos agricultores afugentam potenciais beneficiários. [...] No eixo beneficiários/coalizões, os autores ponderaram os riscos de captura do programa por coalizações vinculadas à agricultura de grande porte, comprometendo o conteúdo redistributivo do PRONAF: a pesquisa cita um estudo encomendado pela Confederação Nacional de Agricultura (CNA), que conclui que os produtores de pequeno e médio porte não enquadrados como familiares representariam um modelo mais viável economicamente, merecedor, portanto, das condições de crédito do PRONAF. Zani e Costa (2014) alertam, diante disso, que o PRONAF foi desenhado para conceder crédito a produtores sem acesso ao sistema bancário, mediante a adoção de incentivos específicos (juros baixos, garantia de preços etc.), e que sua ampliação à agricultura mais capitalizada poderia importar na revisão dessas condições em desfavor dos mais pobres⁸¹⁴.

812 VALADARES, Alexandre Arbex. O Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF): uma revisão bibliográfica (2009-2019). **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea)**. p. 20. Rio de Janeiro, nov. 2021. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/10913>. Acesso em: 01 maio 2023.

813 BRASIL. **Resolução 2.191/1995**. Crédito Rural - Institui o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF). Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1995/pdf/res_2191_v3_L.pdf. Acesso em: 02 maio 2023.

814 VALADARES, Alexandre Arbex. O Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF): uma revisão bibliográfica (2009-2019). **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea)**. p. 18. Rio de Janeiro, nov. 2021. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/10913>. Acesso em: 01 maio 2023.

Ao longo das assimetrias verificadas, especificamente com relação à arregimentação de financiamento da produção rurícola, segundo o levantamento promovido pelo IPEA, a formulação do PRONAF representou o reconhecimento, por parte do Estado, da agricultura familiar como público específico de políticas rurais e como instância de interlocução. Portanto, a agricultura familiar passa a ostentar a característica de marco jurídico e categoria operacional de políticas públicas.

4. POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS AO AGRICULTOR EM REGIME FAMILIAR

O art. 4º da Lei 4504/1964 estabelece que a política agrícola abarca o conjunto de providências de amparo à propriedade da terra, que se destinem a orientar, no interesse da economia rural, as atividades agropecuárias, seja no sentido de garantir-lhes o pleno emprego, seja no de harmonizá-las com o processo de industrialização do país.

O PRONAF alavancou a atuação do Estado em favor da agricultura em regime familiar, sendo inaugurado como uma linha de crédito rural. Nos termos das disposições gerais contidas na Resolução do Banco Central do Brasil nº 4.107, de 28 de junho de 2012⁸¹⁵, o programa “destina-se a estimular a geração de renda e melhorar o uso da mão de obra familiar, por meio do financiamento de atividades e serviços rurais agropecuários e não-agropecuários desenvolvidos em estabelecimento rural ou em áreas comunitárias próximas”. Portanto, visa ao fortalecimento da agricultura familiar, mediante apoio técnico e financeiro, para promover o desenvolvimento rural sustentável. Seu objetivo geral consiste em fortalecer a capacidade produtiva da agricultura familiar; contribuir para a geração de emprego e renda nas áreas rurais e melhorar a qualidade de vida dos agricultores familiares.

Quatro objetivos específicos complementam os propósitos do programa: a) ajustar as políticas públicas de acordo com a realidade dos agricultores familiares; b) viabilizar a infra-estrutura necessária à melhoria do desempenho produtivo dos agricultores familiares; c) elevar o nível de profissionalização dos agricultores familiares através do acesso aos novos padrões de tecnologia e de gestão social; d) estimular o acesso desses agricultores aos mercados de insumos e produtos⁸¹⁶.

815 BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB). **Resolução n. 4.107/2012**. Altera as disposições do Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF), de que trata o Capítulo 10 do Manual de Crédito Rural (MCR), para aplicação a partir da Safra 2012/2013. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/htms/normativ/RESOLUCAO4107.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2023.

816 SILVA, Enid Rocha Andrade da. **Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar**

Envidando esforços para o fortalecimento da agricultura, o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome também estabeleceu o Programa de Aquisição de Alimentos (PAA), instituído pela Lei 10696/2003, que em seu artigo 19 permite a aquisição de produtos agropecuários produzidos por agricultores familiares, que se enquadrassem no PRONAF, por órgãos públicos, independentemente de licitação, desde que obedecidos os preços dos mercados regionais. O Programa de Aquisição de Alimentos (PAA) é indicado como a primeira política de Governo de apoio à comercialização da produção camponesa no Brasil. O programa “contribui de forma direta para a organização social e da produção nos assentamentos e comunidades rurais, incentivando a produção sustentável e/ou agroecológica”⁸¹⁷. E tem duas finalidades principais: promover o acesso à alimentação e incentivar a agricultura familiar. Observe-se que, além de incrementar a produção pela agricultura familiar, o programa assegura a diversidade nutricional preconizada pelas regras de segurança alimentar à população vulnerável, “destinando tais alimentos às pessoas em situação de insegurança alimentar e nutricional e àquelas atendidas pela rede socioassistencial, pelos equipamentos públicos de segurança alimentar e nutricional e pela rede pública e filantrópica de ensino”⁸¹⁸. Também permite que as compras firmadas pelos entes públicos fortaleçam os circuitos produtivos curtos, com destaque aos produtos orgânicos e saudáveis.

A Lei 11326/2006 estabelece os conceitos, princípios e instrumentos destinados à formulação das políticas públicas direcionadas à Agricultura Familiar e Empreendimentos Familiares Rurais. Para o alcance dos objetivos traçados, o ato normativo determina a promoção de ações vinculadas à concessão de crédito, infraestrutura e serviços, assistência técnica, educação, capacitação e profissionalização, dentre outras políticas públicas. Os benefícios de crédito e financiamento rural oferecidos aos pequenos agricultores trazem não apenas grandes vantagens econômicas, mas também sociais e na economia local, alavancando a competição no mercado consumidor, além de atender objetivos da soberania alimentar com o avanço na qualidade e variedade de alimentos, produzidos de forma orgânica.

Dentre as políticas públicas de proeminência neste setor, ainda, sobreleva-se o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), previsto na Lei 11947/2009, que

– **Relatório técnico das ações desenvolvidas no período de 1995/1998**. Brasília, 1998. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2747/1/td_0664.pdf. Acesso em: 29 abr. 2023.

817 MENDES, Maurício Ferreira; NEVES, Sandra Mara Alves da Silva; MACHADO, Tamires da Silva. O Programa de Aquisição de Alimentos como indutor da soberania alimentar.

Mercator (Fortaleza), v. 18, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/jj/mercator/a/FvHnXDYh3y9qf86SnkDFy8p/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 16 jan. 2023.

818 BESTER, Gisela Maria; BOLSON, Simone Hegele. **Análises eficazes sob a égide normativa dos princípios da soberania nacional, da segurança alimentar e nutricional e da segurança hídrica**. Série Direitos Fundamentais Sociais. Joaçaba: Editora Unoesc, 2015, p. 32.

associa a alimentação saudável nas escolas ao fortalecimento da agricultura em regime de economia familiar. Segundo relatado por Darlan Christiano Kroth, Daniela Savi Geremia e Bruna Roniza Mussio, o PNAE remonta à década de 1940, mas apresentava originariamente caráter assistencialista, sendo o controle centralizado no Governo Federal, inclusive, para a definição de cardápios e realização de compras, fator deletério às diversidades regionais. Com a criação de Conselhos de Alimentação Escolar (CAEs) e de uma agenda de Segurança Alimentar (SAN), viabilizaram-se as alterações dessa realidade, culminando com a edição da Lei 11947/2009. Com destaque para o caráter multidisciplinar de referida política pública, os autores apontam benefícios como a fixação de recursos financeiros na região, a priorização de alimentação saudável no âmbito escolar, além da produção local, com fortalecimento de circuitos curtos de produção, evitando deslocamento de alimentos de outras regiões⁸¹⁹.

O PNAE atende alunos da educação básica, vinculados às escolas públicas ou sem fins lucrativos, nos termos da Resolução CD/FNDE 06/2020, sendo 30% do valor repassado para a compra direta de produtos da agricultura familiar. Em estudo sobre a implementação do programa, verificou-se que o PNAE contribui para o aumento da produção e diversificação de produtos alimentícios em nível regional, com reflexo na renda familiar, permanência de jovens na zona rural e, sobretudo, pela substituição de produtos industrializados por alimentos in natura na alimentação escolar, contribuindo para a formação de hábitos saudáveis⁸²⁰.

No Estado do Paraná, a Lei Estadual 16751/2010, institui, no âmbito do sistema estadual de ensino fundamental e médio, a merenda escolar orgânica, sendo que os alimentos fornecidos na merenda escolar não poderão conter agrotóxicos em toda a cadeia produtiva de todos os seus itens e competentes. Observa-se que a previsão legal exige a disponibilização de alimentos funcionais, com a preocupação nutricional, mas também constitui relevante política pública com impacto na agricultura em regime familiar, contribuindo para arrecadação de recursos financeiros a nível regional.

A Lei 14275, de 23 de dezembro de 2021, dispõe sobre medidas emergenciais de amparo à agricultura familiar, para mitigar os impactos socioeconômicos da Covid-19, indicando como beneficiários do fomento os agricultores familiares que se encontram em situação de pobreza e de extrema pobreza, excluídos os benefícios previdenciários rurais. Institui-se, pois, o Programa de Atendimento Emergencial à Agricultura Familiar

819 KROTH, Darlan Christiano; GEREMIA, Daniela Savi; MUSSIO, Bruna Roniza. Programa Nacional de Alimentação Escolar: uma política pública saudável. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 25, p. 4065-4076, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/7VCwpwHHvPb8KxQYdqBb35M/>. Acesso em: 16 jan. 2023.

820 SANTOS, Rafaela dos; MENEZES, Sônia de Souza Mendonça. Programa nacional de alimentação escolar (PNAE) em Coruripe/AL: Reaproximação produção e consumo de alimentos saudáveis. **Revista GeoNordeste**, n. 2, p. 151-172, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufs.br/geonordeste/article/view/12259/9237>. Acesso em: 16 jan. 2023.

(PAE-AF), com as seguintes finalidades: I - apoiar a geração de renda de agricultores familiares e suas organizações; II - promover o abastecimento emergencial de pessoas em situação de insegurança alimentar e nutricional, por meio de produtos adquiridos da agricultura familiar. Além de repasse de valores, o programa de emergência prorrogou o vencimento de dívidas, minimizando os impactos da pandemia aos trabalhadores rurais em regime de economia familiar.

Apesar dos programas mencionados, também ocorrem retrocessos nas políticas públicas. Ou seja, embora se extraia robusto arcabouço legislativo sobre as políticas públicas afetas à produção em regime de economia familiar, não se vislumbra a distribuição equinome de recursos públicos para a emancipação deste relevante setor da sociedade. Conseqüentemente, José Graziano da Silva, abordando a agricultura familiar e sustentabilidade, ressalta a primazia de implementação e fortalecimento de programas de proteção social, com atuação em três frentes, que abarcam o desenvolvimento de resiliência das comunidades rurais em áreas de conflito; a promoção da adaptação dos agricultores familiares aos impactos das mudanças climáticas e, por fim, o enfretamento da questão econômica por intermédio de políticas públicas específicas⁸²¹.

De acordo com Moraes, Machado e Magalhães, o CONSEA constitui mecanismo de relevo na formulação de políticas na área de SAN, viabilizando a extração de dados para o direcionamento do Poder Executivo, sendo autor do diálogo entre órgãos governamentais e entidades da sociedade civil. O trabalho desempenhado pelo Conselho auxilia na formulação de políticas de SAN. Mas pesquisa documental realizada sobre atuação do CONSEA, no intervalo de 2006 a 2016, revelou que questões estruturantes restaram inviabilizadas, sobretudo quando afetavam interesses econômicos, como a regulação do uso de agrotóxicos e da indústria de alimentos. Em que pese a significância da atuação, a colisão interesses, agregada a problemas afetos à instabilidade econômica e escolhas políticas de governo, culminou com “a extinção do CONSEA em 2019, que representou o desmonte de um espaço que favorecia a participação social e a intersetorialidade na construção de uma política estratégica”⁸²².

A extinção do CONSEA se concretizou por intermédio da Medida Provisória (MP 870, de 01/01/2019) e referida medida provisória também encerrou as atividades da Secretaria Especial de Agricultura Familiar. Em 2023, restabeleceu-se o funcionamento do CONSEA, mas, em contrapartida, o Banco Nacional do Desenvolvimento Sustentável (BNDS) suspendeu o financiamento de contratação referentes ao ano agrícola 2022/2023,

821 SILVA, José Graziano da. Agricultura familiar e sustentabilidade.

Organização das Nações Unidas – ONU. 2019a. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/83422-artigo-agricultura-familiar-e-sustentabilidade>. Acesso em: 20 abr. 2023.

822 MORAES, Verena Duarte de; MACHADO, Cristiani Vieira; MAGALHÃES, Rosana. O Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional: dinâmica de atuação e agenda (2006-2016). **Ciência e saúde coletiva**, v. 26, dez. 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/rBCz53kZsypnb673Lxyvmwq/abstract/?lang=pt#>. Acesso em: 16 jan. 2023.

salvo do Grupo B⁸²³. Segundo se infere das informações disponibilizadas pelo próprio BNDS, a suspensão de financiamento alcança oito dentre nove subprogramas: 1) PRONAF Custeio: Financiamento a itens de custeio relacionados à atividade agrícola ou pecuária desenvolvidas; 2) PRONAF Agroindústria: financiamento a agricultores e produtores rurais familiares, pessoas físicas e jurídicas, e a cooperativas para investimento em beneficiamento, armazenagem, processamento e comercialização agrícola, extrativista, artesanal e de produtos florestais; e para apoio à exploração de turismo rural; 3) PRONAF Mulher: financiamento à mulher agricultora integrante de unidade familiar de produção enquadrada no PRONAF, independentemente do estado civil; 4) PRONAF ABC+ Agroecologia: financiamento a agricultores e produtores rurais familiares, pessoas físicas, para investimento em sistemas de produção agroecológicos ou orgânicos, incluindo-se os custos relativos à implantação e manutenção do empreendimento; 5) PRONAF ABC+ Bioeconomia: financiamento a agricultores e produtores rurais familiares, pessoas físicas, para investimento na utilização de tecnologias de energia renovável, tecnologias ambientais, armazenamento hídrico, pequenos aproveitamentos hidroenergéticos, silvicultura e adoção de práticas conservacionistas e de correção da acidez e fertilidade do solo, visando a sua recuperação e melhoramento da capacidade produtiva. 6) PRONAF Mais Alimentos: financiamento a agricultores e produtores rurais familiares, pessoas físicas, para investimento em sua estrutura de produção e serviços, visando ao aumento de produtividade e à elevação da renda da família; 7) PRONAF Jovem: financiamento a agricultores e produtores rurais familiares, pessoas físicas, para investimento nas atividades de produção, desde que beneficiários sejam maiores de 16 anos e menores de 29 anos entre outros requisitos; 8) PRONAF Cotas-Partes: financiamento para integralização de cotas-partes por beneficiários do PRONAF associados a cooperativas de produção rural; e aplicação pela cooperativa em capital de giro, custeio, investimento ou saneamento financeiro. Essa situação perdurou pelo primeiro semestre de 2023, havendo potencialidade de impacto na produção durante o período por ausência de financiamento.

A Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil, embora com atuação de maior afinidade ao agronegócio, encaminhou um ofício ao Ministério da Fazenda solicitando a suplementação orçamentária de R\$ 1,5 bilhão para equalização das taxas de juros dos programas oficiais de crédito rural. Segundo a CNA, “parte do orçamento de 2023 está comprometida e diversas linhas de crédito, como os investimentos por parte do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), estão suspensas”⁸²⁴. Mas a

823 BRASIL. Banco Nacional de Desenvolvimento. **PRONAF - Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar**. Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/financiamento/produto/pronaf#>. Acesso em: 01 maio 2023.

824 Brasília (28/03/2023) – A Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA) encaminhou um ofício ao Ministério da Fazenda solicitando a suplementação orçamentária de R\$ 1,5 bilhão para

intervenção da Confederação não se mostrou suficiente, restando desassistida grande parcela de produtores rurais. Ou seja, além da crise econômica agravada pela pandemia de Covid-19, a agricultura familiar experimentou grande restrição de crédito, trazendo entraves importantes para os objetivos de erradicação de pobreza e de outorga de autonomia aos pequenos produtores rurais.

Para prevenir retrocessos, cabe ao Estado o aprimoramento de políticas públicas existentes. Em programas como a PPA e PNAE, importa a capacitação dos agricultores tanto quanto às novas metodologias de cultivo, respeitadas as regras da agroecologia que sustentam o setor, quanto à parte burocrática que viabilizem o maior acesso a programas de crédito. Observe-se atualmente que existem programas de capacitação técnica, sendo práticas a serem fomentadas e divulgadas. Para aludida estratégia, encontra-se vigente a Lei 12188/2010 e, conforme informações extraídas da EMBRAPA, a PNATER está sendo reformulada no intuito de absorver os pequenos e médios agricultores que não se enquadram no Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – PRONAF, concentrando-se em três eixos de atuação: “1. Prestação de Assistência Técnica e Extensão Rural (ATER); 2. Formação e Capacitação de Agentes de Assistência Técnica e Extensão Rural; e 3. Fomento à produção de tecnologias e de conhecimentos apropriados para a agricultura familiar”⁸²⁵.

Especificamente nos programas listados, a aplicação do método *bottom-up*⁸²⁶, que proporciona a participação mais efetiva dos respectivos municípios trariam maior impacto e sustentabilidade à política pública, sendo possível, por exemplo, a colaboração na capacitação, criação de canais de diálogos diretos com os estabelecimentos de ensino vinculados ao PNAE para a formulação adequada de cardápio e, inclusive, formação de convênios com universidades existentes na região, para o suporte técnico e colaboração na emancipação dos agricultores. Observe-se que os convênios podem abarcar questões afetas à assistência técnica e comercialização, incrementando o gerenciamento de estabelecimentos familiares produtivos, tornando a produção e a comercialização mais rentáveis e, para tanto, poderá se valer do Programa Residência Profissional Agrícola⁸²⁷. Ainda, recomendável o fortalecimento de circuitos curtos e de proximidade

equalização das taxas de juros dos programas oficiais de crédito rural. Disponível em: <https://cnabrazil.org.br/noticias/cna-pede-suplementacao-de-r-1-5-bi-para-o-credito-rural>. Acesso em: 27 abr. 2023.

825 EMPRESA BRASILEIRA DE PESQUISA AGROPECUÁRIA (EMBRAPA). **Políticas Públicas para agricultura familiar**. Disponível em: <https://www.embrapa.br/tema-agricultura-familiar/politicas-publicas>. Acesso em: 02 maio 2023.

826 No sistema *bottom-up*, concluiu-se que a política não se define no topo da pirâmide da administração, mas no nível concreto da execução. A implementação é entendida como resultado de processo interativo. O modelo *bottom-up* “parte de uma observação empírica de como a política pública vem sendo aplicada na prática, as estratégias dos implementadores”. SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: Conceitos, esquemas de análise e casos práticos**. 2 ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013, p. 62.

827 EMPRESA BRASILEIRA DE PESQUISA AGROPECUÁRIA (EMBRAPA). **Políticas Públicas para**

de comercialização de alimentos adequados e saudáveis, como o incentivo ao pequeno comércio e feiras.

Maurício Antônio Lopes, presidente da Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA), ressalta a inafastabilidade da atuação interdependente para formulação, melhoria e estratégias de políticas públicas para o cumprimento dos ODS da Agenda 2030, ressaltando a relevância dos municípios no contexto.

A Agenda 2030 oferece uma grande oportunidade para o Brasil, um país de dimensões continentais que ainda não conseguiu organizar seu processo de desenvolvimento a partir do empoderamento dos municípios, onde a vida da nação, de fato, pulsa. Promover o envolvimento e a liderança dos governos municipais é vital para que o Brasil experimente os benefícios dos ODS, que têm metas direcionadas à melhoria da gestão e ao fortalecimento da credibilidade das prefeituras. Esse é o caminho para que os municípios brasileiros cumpram bem o seu papel na prestação de serviços básicos em favor da promoção da sustentabilidade, em todas as suas dimensões⁸²⁸.

A Constituição Federal e a própria legislação infraconstitucional fornecem vasto arcabouço de direitos inalienáveis, esposando consonância com a Declaração Universal de 1948 e com os objetivos de desenvolvimento sustentável eleitos pela Agenda 2030. Entretanto, a dissonância entre a previsão abstrata e a realidade social se mostra patente, sendo evidenciada uma “realidade de discriminação e exclusão social, com flexibilização, regressão e até esvaziamento da eficácia dos direitos sociais, cujo quadro pode ser revertido mediante a participação ativa da sociedade civil”⁸²⁹. Portanto, em ambiente de recursos escassos, obviamente, sobressai a criatividade do gestor que, atentando-se às prioridades de sua região e viabilizando a participação dos cidadãos afetados pela atividade estatal, poderá impulsionar o desdobramento de programas criados em outros níveis, conforme a natureza e extensão das ferramentas disponíveis na esfera local, contribuindo para a superação das mazelas sociais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a distribuição desigual de rendas e o agravamento da situação de penúria a

agricultura familiar. Disponível em: <https://www.embrapa.br/tema-agricultura-familiar/politicas-publicas>. Acesso em: 02 maio 2023.

828 LOPES, Maurício Antônio. Agenda 2030: **Como o Brasil está relacionado com os objetivos da ONU.** Disponível em: <https://globo rural.globo.com/Revista/noticia/2018/09/agenda-2030-como-o-brasil-esta-relacionado-com-os-objetivos-da-onu.html>. Acesso em: 02 maio 2023.

829 CONTI, Irio Luiz. **Direito Humano à Alimentação Adequada.** PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 12.

que se submete a população, a discussão sobre políticas públicas voltadas à segurança e soberania alimentar ganha destaque. No estudo promovido, constatou-se a existência de uma dicotomia de modalidades de implementação de produção agrícola, sendo que aquela voltada à monocultura e produção em larga escala, oriunda de discurso surgido no pós-guerra identificado como Revolução Verde, tem maior aderência às características do agronegócio, em que os sujeitos ostentam capacidade financeira de relevo. Por outro lado, as peculiaridades da agricultura em regime familiar vinculam-se adequadamente ao ODS2 da Agenda 2030, ao passo que desenvolve suas atividades diversificadamente e sem a preponderância do manejo de agrotóxicos. Essa circunstância favorece proteção ambiental e desenvolvimento sustentável, além de apresentar potencialidade multifocal, com reflexos na saúde pública decorrente da variedade nutricional, incremento da economia regional pautada em circulação regionalizada de produtos, gerando fonte de rendas e novos empregos.

A partir do levantamento realizado, foi possível identificar programas estatais voltados à economia familiar a partir da criação do PRONAF. Ainda, para o cumprimento do segundo Objetivo de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030, destacam-se o Programa de Compra Direta (PAA) e o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), previsto na Lei 11947/2009, que associa a alimentação saudável nas escolas ao fortalecimento da agricultura em regime de economia familiar. Dentro do PRONAF, também existem vários subprogramas que buscam implementar políticas públicas em consonância com a diversidade regional. Mas o tema tem recebido tratamento de Política de Governo e não de Estado, conforme se extrai da extinção do CONSEA e da Secretaria Especial de Agricultura Familiar. Como evidente retrocesso social, de forma mais gravosa e incisiva, apurou-se a suspensão de oito subprogramas do PRONAF, circunstância que terá o condão de exacerbar a situação de penúria a que se submete expressiva parcela da população.

Nesse ponto, o estudo apresenta a potencialidade de demonstrar a fluidez das políticas públicas voltadas à produção em regime de economia familiar e advertir acerca da imperiosidade de tratamento adequado do tema, sob pena de se perpetuar a submissão aos interesses do agronegócio, com distanciamento paulatino e perene do cumprimento dos objetivos de erradicação da pobreza e, por consequência, do cumprimento de um dos principais ODS da Agenda 2030.

Portanto, para além do fortalecimento das políticas públicas existentes, cabe ressaltar a imprescindibilidade da participação dos pequenos produtores na construção das políticas públicas, eis que o diálogo enriquecerá a agenda e possibilitará a superação de dificuldades concretas, com respeito às diversidades regionais e culturais. Ainda, enfatiza-se a participação da municipalidade com destaque à capacitação dos destinatários das políticas públicas de produção de alimentos e complementação dos programas disponibilizados em nível federal ou estadual.

A agricultura familiar constitui instrumento relevante para a consecução da segurança alimentar, em virtude da diversidade da produção e menor utilização de agrotóxicos. Reflexamente, contribui para a incrementação de renda em nível regional, movimentando a economia e promovendo a circulação de mercadorias em circuitos curtos. Essa modalidade de produção mostra-se consentânea com os objetivos da Agenda 2030, pois se desenvolve de forma sustentável, preservando-se o meio ambiente para as gerações futuras. No entanto, conflitos de objetivos na criação de políticas públicas e o poderio do agronegócio mitigam o direcionamento de recursos ao pequeno produtor rural, que atualmente experimenta a suspensão de créditos vinculados ao PRONAF, permanecendo em vigência apenas o microcrédito, que obviamente não possui o condão de atender adequadamente toda a demanda, sobretudo em época de instabilidade econômica. Portanto, essencial o apontamento de medidas que visem ao soerguimento do setor, sob pena de manutenção do crescente índice de agravamento da fome no país.

Neste contexto, sobreleva-se a implantação de políticas públicas resguardando a efetiva participação dos agricultores ou associações familiares, de forma que as medidas possuam o condão emancipatório necessário. Portanto, não se legitima a extinção de órgãos como o CONSEA, que figura como interlocutor entre os agricultores e o Estado, atuando no levantamento de dados estatísticos relevantes para a formação da agenda pública, respeitada a biodiversidade, além das desigualdades sociais e culturais do público-alvo.

Assim sendo, se programas vinculados ao financiamento da agricultura familiar destinam-se a público vulnerável e são relevantes para o cumprimento dos ODSs da Agenda 2030, é provável que a suspensão de oito subprogramas do PRONAF constitui falha de gerenciamento estatal, com retrocesso social na implementação de políticas públicas vinculadas à erradicação da pobreza e à dispensação do mínimo existencial para parcela expressiva da população. Não se ignora a escassez de recursos públicos para o atendimento de todas as demandas sociais. Entretanto, incumbe ao Estado estabelecer prioridades no gerenciamento dos recursos sabidamente limitados, a fim de resguardar o mínimo existencial conferindo ao cidadão, o acesso a determinados bens ou direitos, como educação, saúde e moradia, além dos meios indispensáveis à própria sobrevivência.

Mas, ainda que existam entraves no tocante à falta de investimentos em infraestrutura e tecnologia – a falta de apoio técnico especializado e a fragilidade das políticas públicas diante das mudanças políticas e econômicas –, demonstra-se positiva a inter-relação entre o fortalecimento da agricultura em regime familiar e o cumprimento dos objetivos de segurança e soberania alimentar, com a construção diuturna do empoderamento do pequeno produtor rural.

Como contribuição acadêmica, o exame ressalta a imperiosidade de reequilíbrio entre as políticas públicas vinculadas à produção agrícola, de forma a contemplar

estratégias eficientes ao agricultor regime de economia familiar, posto que o agronegócio, em que pese relevante para o PIB do Brasil, pretere inúmeros elementos integradores dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável previstos na Agenda 2030.

REFERÊNCIAS

BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB). **Resolução n. 4.107/2012**. Altera as disposições do Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF), de que trata o Capítulo 10 do Manual de Crédito Rural (MCR), para aplicação a partir da Safra 2012/2013. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/htms/normativ/RESOLUCAO4107.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2023.

BESTER, Gisela Maria; BOLSON, Simone Hegele. **Análises eficazes sob a égide normativa dos princípios da soberania nacional, da segurança alimentar e nutricional e da segurança hídrica**. Série Direitos Fundamentais Sociais. Joaçaba: Editora Unoesc, 2015.

BITTENCOURT, Daniela. Agricultura familiar, desafios e oportunidades rumo à inovação. **Secretaria de Comunicação – Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária**. Disponível em: <https://www.embrapa.br/busca-de-noticias/-/noticia/31505030/artigo---agricultura-familiar-desafios-e-oportunidades-rumo-a-inovacao>. Acesso em: 27 abr. 2023.

BRASIL. Banco Nacional de Desenvolvimento. **PRONAF - Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar**. Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/financiamento/produto/pronaf#>. Acesso em: 01 maio 2023.

BRASIL. **Lei n. 4.504/1964**. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4504.htm. Acesso em: 04 abr. 2023.

BRASIL. **Resolução n. 2.191/1995**. Crédito Rural - Institui o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF). Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1995/pdf/res_2191_v3_L.pdf. Acesso em: 02 maio 2023.

BRASIL. **Lei n. 10.696/2003**. Dispõe sobre a repactuação e o alongamento de dívidas

oriundas de operações de crédito rural, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.696.htm. Acesso em: 19 abr. 2023.

BRASIL. **Lei n. 11.326/2006**. Estabelece as diretrizes para a formulação da Política Nacional da Agricultura Familiar e Empreendimentos Familiares Rurais. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11326.htm. Acesso em: 04 maio 2023.

BRASIL. **Lei n. 11.346/2006**. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11346.htm. Acesso em: 16 jan. 2023.

BRASIL. **Lei n. 11.947/2009**. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar e do Programa Dinheiro Direto na Escola aos alunos da educação básica. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11947.htm. Acesso em: 3 mar. 2023.

BRASIL. **Lei n. 12.188/2010**. Institui a Política Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural para a Agricultura Familiar e Reforma Agrária - PNATER e o Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária – PRONATER. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12188.htm. Acesso em: 26 abr. 2023.

BRASIL. **Lei n. 14.275/2021**. Dispõe sobre medidas emergenciais de amparo à agricultura familiar, para mitigar os impactos socioeconômicos da Covid-19. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14275.htm. Acesso em: 03 maio 2023.

BRASIL. **Medida Provisória n. 870/2019**. Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv870.htm. Acesso em: 02 maio 2023.

BRASIL. Ministério da Agricultura e Pecuária. **Agricultura Familiar**. Disponível em: <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/mda/agricultura-familiar-1>. Acesso em: 02 maio 2023.

A CONFEDERAÇÃO DA AGRICULTURA e Pecuária do Brasil (CNA) encaminhou um ofício ao Ministério da Fazenda solicitando a suplementação orçamentária de R\$ 1,5

bilhão para equalização das taxas de juros dos programas oficiais de crédito rural. **CNA Brasil**, Brasília, 28 de março de 2023. Disponível em: <https://cnabrasil.org.br/noticias/cna-pede-suplementacao-de-r-1-5-bi-para-o-credito-rural>. Acesso em: 27 abr. 2023.

CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade. A (in)segurança alimentar no Brasil: Análise do papel do Ministério Público para a garantia do direito humano à alimentação adequada. **Revista do Ministério Público Brasileiro**. n. 1, 2022. Disponível em: <http://revista.cdemp.org.br/index.php/revista/article/view/13>. Acesso em: 30 abr. 2023.

CONFEDERAÇÃO DA AGRICULTURA E PECUÁRIA DO BRASIL (CNA). **Boletim do Comércio Exterior do Agronegócio**. Disponível em: <https://cnabrasil.org.br/publicacoes/boletim-do-comercio-exterior-do-agronegocio-11>. Acesso em: 28 mar. 2023.

CONTI, Irio Luiz. **Direito Humano à Alimentação Adequada**. PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DIAS, Thyena Karen Magalhães; CAMPOS, Kilmer Coelho. Índice de modernização da agricultura familiar no Nordeste do Brasil. **Revista de Política Agrícola**, v. 21, n. 4. 2022. Disponível em: <https://seer.sede.embrapa.br/index.php/RPA/article/view/1774/pdf>. Acesso em: 25 abr. 2023.

EMPRESA BRASILEIRA DE PESQUISA AGROPECUÁRIA (EMBRAPA). **Políticas públicas para agricultura familiar**. Disponível em: <https://www.embrapa.br/tema-agricultura-familiar/politicas-publicas>. Acesso em: 02 maio 2023.

FAVARETO, Arilson. O combate à pobreza rural na América Latina e os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável – a necessidade de um enfoque relacional. **Revista grifos**, v. 27, n. 45, p. 13-52, 2018. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/5729/572960989002/html/>. Acesso em: 06 fev. 2023.

FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS (FAO). Declaration NGO Forum FAO Summit Rome+5. **Food Sovereignty**. Disponível em: <https://viacampesina.org/en/declaration-ngo-forum-fao-summit-rome5/>. Acesso em: 20 abr. 2023.

FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO (FNDE). **Programa Nacional de Alimentação Escolar. Dados da Agricultura Familiar** [Internet]. <https://www.gov.br/fnde/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/programas/pnae>. Acesso em: 27 abr. 2023.

GOTTEMS, Leila Bernada Donato et al. O modelo dos múltiplos fluxos de Kingdon na análise de políticas de saúde: aplicabilidades, contribuições e limites. **Saúde e sociedade**, v. 22, n. 2, 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sausoc/a/LPqDQ59Jd7kqnD93nKfKd7d/>. Acesso em: 14 fev. 2023.

KOURY, Ana Beatriz; SOUSA, Daniel Leão. O Direito Ambiental sob a Perspectiva da Proteção Internacional à Pessoa Humana. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, n. 8, p. 306-345, 2009.

KROTH, Darlan Christiano; GEREMIA, Daniela Savi; MUSSIO, Bruna Roniza. Programa Nacional de Alimentação Escolar: uma política pública saudável. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 25, p. 4065-4076, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/7VCwpwHHvPb8KxQYdqBb35M/>. Acesso em: 16 jan. 2023.

LOPES, Maurício Antônio. Agenda 2030: Como o Brasil está relacionado com os objetivos da ONU. **Globo Rural**. Disponível em: <https://globorural.globo.com/Revista/noticia/2018/09/agenda-2030-como-o-brasil-esta-relacionado-com-os-objetivos-da-onu.html>. Acesso em: 02 maio 2023.

MENDES, Maurício Ferreira; NEVES, Sandra Mara Alves da Silva; MACHADO, Tamires da Silva. O Programa de Aquisição de Alimentos como indutor da soberania alimentar. **Mercator (Fortaleza)**, v. 18, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/mercator/a/FvHnXDYh3y9qf86SnkDFy8p/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 16 jan. 2023.

MORAES, Verena Duarte de; MACHADO, Cristiani Vieira; MAGALHÃES, Rosana. O Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional: dinâmica de atuação e agenda (2006-2016). **Ciência e saúde coletiva**, v. 26, 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/rBCz53kZsyphb673Lxyvmwq/abstract/?lang=pt#>. Acesso em: 16 jan. 2023.

MOVIMIENTO INTERNACIONAL POR LA SOBERANÍA ALIMENTARIA. **Declaración política del Foro de las ONG/OSC para la Soberanía Alimentaria**. Disponível em: <https://nyeleni.org/es/foro-para-la-soberania-alimentaria-2002/>. Acesso em: 20 abr. 2023.

PARANÁ. **Lei Estadual nº. 16.751/2010**. Institui, no âmbito do sistema estadual de ensino fundamental e médio, a merenda escolar orgânica. Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/pr/lei-ordinaria-n-16751-2010-parana-institui-no-ambito-do->

sistema-estadual-de-ensino-fundamental-e-medio-a-merenda-escolar-organica.
Acesso em: 30 abr. 2023.

PINTON, Florence; YANNICK, Sencébé. Soberania versus segurança alimentar no Brasil: tensões e oposições em torno da agroecologia como projeto: Food sovereignty vs food security in Brazil: tensions and oppositions within agroecology as an objective. **Estudos Sociedade e Agricultura**, v. 27, n. 1, p. 24-46, 2019.

POZZETTI, Valmir César; DOS SANTOS, Ulisses Arjan Cruz; MICHILES, Marcela Pacífico. O direito humano à alimentação saudável: da revolução verde ao projeto de lei de proteção de cultivares (PL Nº 827/2015). **Revista Jurídica – Unicuritiba- Relações Internacionais no Mundo Atual**, v. 2, n. 23, p. 390-410, 2019.

REDE PENSSAN. **Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no contexto da pandemia da COVID-19 no Brasil**. Disponível em: <https://pesquisassan.net.br/olheparaafome/>. Acesso em: 30 abr. 2023.

REDE PENSSAN. **Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no contexto da pandemia da COVID-19 no Brasil. Suplemento I. Insegurança Alimentar nos Estado**. Disponível em: <https://olheparaafome.com.br/wp-content/uploads/2022/09/OLHEEstados-Diagramac%CC%A7a%CC%83o-V4-R01-1-14-09-2022.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2023.

SABBATINE, Marilda Tregues; MACHADO, Edinilson Donisete; PAIÃO, Oliviê Samuel. Agenda 2030 suas perspectivas e a dignidade da pessoa humana como princípio constitucional. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 35, p. 411-430, dez. 2021. Disponível em: <https://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/2004>. Acesso em: 27 abr. 2023.

SANTOS, Rafaela dos; MENEZES, Sônia de Souza Mendonça. Programa nacional de alimentação escolar (PNAE) em Coruripe/AL: Reaproximação produção e consumo de alimentos saudáveis. **Revista GeoNordeste**, n. 2, p. 151-172, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufs.br/geonordeste/article/view/12259/9237>. Acesso em: 16 jan. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SILVA, Enid Rocha Andrade da. **Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – Relatório técnico das ações desenvolvidas no período de 1995/1998**. Brasília, 1998. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2747/1/td_0664.pdf. Acesso em: 29 abr. 2023.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; BRITO, Jaime Domingues. A dimensão cultural do direito à alimentação: as facetas do multiculturalismo e seus reflexos para a inclusão social e pessoas e grupos. **XXIII Congresso Nacional do CONPEDI**. 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=102e333dd822c1d9>. Acesso em: 06 maio 2023.

SILVA, José Graziano da. 2019a. Agricultura familiar e sustentabilidade. **Organização das Nações Unidas – ONU**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/83422-artigo-agricultura-familiar-e-sustentabilidade>. Acesso em: 20 abr. 2023.

VALADARES, Alexandre Arbex. O Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF): uma revisão bibliográfica (2009-2019). **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea)**. p. 18. Rio de Janeiro, nov. 2021. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/10913>. Acesso em: 01 maio 2023.



Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**

Gostaria de submeter seu trabalho a Revista Direito.UnB?

Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>
e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.



UnB



**conhecimento em movimento
sociedade em transformação**



Diretório de políticas editoriais das
revistas científicas brasileiras



Sistema Regional de Información
en línea para Revistas Científicas de América Latina,
el Caribe, España y Portugal

O USO DE ANIMAIS COMO FERRAMENTA DE APOIO AO DEPOIMENTO ESPECIAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

THE USE OF ANIMALS AS A SUPPORT TOOL TO SPECIAL TESTIMONY OF CHILDREN AND ADOLESCENTS

PAULO CEZAR DIAS

Pós-Doutor pela Faculdade de Direito de Coimbra Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de São Paulo – FADISP; Bacharel e Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM; Professor do Programa de Mestrado do UNIVEM.

E-mail: pdias@tjstj.us.br

 Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6315-7521>

HEITOR MOREIRA DE OLIVEIRA

Doutorando em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP); Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM; Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás – UFG, com intercâmbio na Universidade de Coimbra; Especialista em Direito Previdenciário e em Direito Constitucional.

E-mail: hmoliveira@tjstj.us.br

 Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2592-1183>

CLAUDIA CATAFESTA

Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Paraná; Mestre em Direito e Poder Judiciário pelo Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM); Bacharela em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS).

E-mail: ccatafesta@hotmail.com

 Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5516-7938>

ALINE PEDROSA FIORAVANTE

Psicóloga formada pela Universidade Estadual de Londrina; Especialista em psicoterapia infanto-juvenil na Análise do Comportamento pela UEL; Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

E-mail: alinefioravante22@gmail.com

 Orcid: <https://orcid.org/0009-0004-3715-8191>



Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.

This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that allows sharing in any format as long as the original work is properly acknowledged.

RESUMO

Este artigo busca examinar, em termos teóricos, o uso de animais treinados, sobretudo cães, como uma ferramenta de suporte emocional e acolhimento de crianças e adolescentes, vítimas ou testemunhas de violência, ouvidas pelo Poder Judiciário pelo rito do depoimento especial previsto na Lei nº 13.431/2017. Além disso, será empregado o método do estudo de caso a fim de se examinar o projeto pioneiro adotado na Comarca de Londrina, no Paraná, que, a partir do ano de 2023, vem utilizando cães como facilitadores para a recepção humanizada de crianças e adolescentes que prestam depoimento em juízo. Assim, cotejando-se a teoria com a prática, o artigo investiga as potencialidades e eventuais limitações da experiência iniciada em Londrina, a avaliação feita pelos usuários do sistema judiciário e o potencial de replicabilidade da prática, em conformidade com o paradigma da doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes.

Palavras-chaves: Depoimento Especial; Lei nº 13.431/2017; Escuta protegida de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas; Violência infantojuvenil; Animais de apoio emocional.

ABSTRACT

This paper aims to examine, in theoretical terms, the use of trained animals, particularly dogs, as a tool for emotional support and comfort for children and adolescents who are victims or witnesses of violence heard by the Judiciary through the special testimony procedure provided for in Law No. 13,431/2017. Furthermore, the case study method will be used in order to examine the pioneering project implemented in Londrina, Paraná, which, since 2023, has been utilizing dogs as facilitators for the humanized reception of children and adolescents providing testimony in court. By comparing theory with practice, the paper investigates the potential and possible limitations of the experience started in Londrina, the assessment made by users of the judicial system and the potential for replicating the practice, in line with the paradigm of the Full Protection Doctrine for children and adolescents.

Keywords: Special Testimony; Law No. 13,431/2017; Protected listening of child victims or witnesses of violence; Violence against children and adolescents; Emotional assistance animals

1. INTRODUÇÃO

Para qualquer pessoa, prestar um depoimento judicial, perante sujeitos desconhecidos, em um ambiente formal como é o das salas de audiências localizadas nos prédios dos fóruns, pode ser motivo de temor, ansiedade e nervosismo. Para uma criança ou para um adolescente, pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, participar de um processo judicial pode ser uma experiência ainda mais exaustiva. A depender de alguns fatores (dentre eles, o despreparo dos profissionais responsáveis pela tomada do depoimento), pode ser um evento traumatizante. Se a criança ou o adolescente foi vítima ou testemunha de um ato de violência e, portanto, sofre as consequências negativas do que vivenciou ou presenciou, a experiência de contato com o sistema de Justiça tende a ser especialmente traumática. Por isso, é preciso redobrar o cuidado.

Se feita de forma inadequada, a tomada do depoimento de crianças e de adolescentes pode trazer graves consequências, tanto para o processo, porque repercute na produção de uma prova judicial contaminada e pouco confiável, quanto (e notadamente) para o próprio depoente, na medida em que pode acentuar o sofrimento, causando revitimização. Assim, é fundamental que o depoimento infantojuvenil seja escolhido de forma adequada. Para tanto, deve seguir o que estabelece a Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017. De acordo com a lei, o depoimento de crianças e de adolescentes vítimas ou testemunhas de violência ocorre por meio de uma escuta protegida, que recebe o nome de “depoimento especial”. É dito “especial” porque possui particularidades que o diferencia do depoimento tradicional. Logo, adotando-se o rito do depoimento especial, os danos secundários são reduzidos, os direitos do depoente infantojuvenil são respeitados e a prova judicial produzida é qualificada. É direito da criança e do adolescente ser ouvido em juízo pelo procedimento do depoimento especial. É dever do juiz zelar pela observância desse direito.

Ocorre que, mesmo que a oitiva siga o rito do depoimento especial, ainda assim o ato de prestar o depoimento judicial pode configurar uma experiência difícil para a criança ou o adolescente. Afinal, o depoente se encontra deveras fragilizado em razão da violência sofrida ou testemunhada e na audiência irá reviver o episódio traumático.

Com o objetivo de proporcionar um ambiente amigável, amistoso, tranquilo e sereno, para que a criança e o adolescente se sintam seguros para prestar o depoimento, é possível que sejam utilizadas algumas ferramentas de apoio. O presente artigo tem por escopo examinar o uso de uma ferramenta específica de suporte ao depoimento especial, que tem o potencial de contribuir positivamente para o acolhimento da criança e do adolescente, proporcionando-lhes recepção humanizada e empática, que lhes permita participar da audiência com tranquilidade: o uso de animais de assistência emocional,

sobretudo cães, no momento que antecede a oitiva.

A par da abordagem teórica do tema, também é proposto um estudo de caso a respeito do projeto pioneiro lançado pelo NAE – Núcleo de Apoio Especializado à Criança e ao Adolescente do Fórum de Londrina, no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, composto por profissionais da psicologia e do serviço social e que atendem processos envolvendo crianças e adolescentes, oriundos das varas da infância e da juventude, de família e criminais da Comarca. A partir do ano de 2023, a equipe técnica psicossocial da Comarca de Londrina contou com o reforço dos três primeiros cães de assistência judiciária do Brasil: o samoieda Snow (7 anos), a dálmata Teela (2 anos) e o bernese Bello (11 meses), novidade viabilizada por uma parceria estabelecida com o IBETAA (Instituto Brasileiro de Educação e Terapia Assistida por Animais).

Os cães de assistência judiciária, treinados pelo IBETAA, foram incorporados pelo Poder Judiciário londrinense com o objetivo de auxiliar as crianças e os adolescentes vítimas de violência, em contato com o sistema de Justiça, principalmente para proporcionar suporte de ordem emocional para o público infantojuvenil no momento que antecede a sua oitiva judicial. Desse modo, o animal é utilizado como ferramenta de assistência emocional, que facilita a tomada do depoimento especial de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de atos de violência, na medida em que contribui para o seu acolhimento. Devido ao contato prévio com os cães, momentos antes de entrar na sala de depoimento especial, a criança diminui o seu estresse e a ansiedade natural à situação e, assim, adentra à sala com mais tranquilidade e sem medo do momento do seu depoimento, que, conseqüentemente, flui de forma mais espontânea.

Iniciado em julho de 2023, o projeto, inédito no Brasil, apresentou resultados positivos, conforme será abordado neste artigo, razão pela qual recebeu satisfatória recepção por parte da comunidade jurídica e significativa repercussão na imprensa local⁸³⁰ e nacional⁸³¹. Diante disso, este artigo pretende investigar a experiência de Londrina,

830 O projeto foi divulgado no telejornal “Meio Dia Paraná”, da RPC, afiliada da Rede Globo de Televisão no Paraná, edição de 28 de julho de 2023. Conferir em: <https://globoplay.globo.com/v/11819580/>. Acesso em: 09 nov. 2023. O portal eletrônico de notícias G1 também repercutiu o projeto em notícia publicada em 01 de agosto de 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/norte-noroeste/noticia/2023/08/01/forum-contrata-caes-como-assistentes-judiciarios-para-ajudar-criancas-e-adolescentes-a-revelarem-agressoes-entenda.ghtml>. Acesso em: 09 nov. 2023.

831 O projeto paranaense recebeu divulgação no telejornal “Balanço Geral”, da Rede Record, também em 28 de julho de 2023. Conferir em: <https://www.youtube.com/watch?v=2kKTg2hXNN0>. Acesso em: 09 nov. 2023. Além disso, também foi objeto de reportagem do jornal Folha de S. Paulo, em mídia escrita e digital, em 25 de julho de 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/blogs/bom-pra-cachorro/2023/07/caes-auxiliam-criancas-vitimas-de-violencia-em-forum-no-parana.shtml>. Acesso em: 09 nov. 2023. Além de outros veículos de comunicação, o portal Migalhas, de ampla repercussão no meio jurídico, também noticiou o projeto paranaense, conforme notícia que foi publicada no dia 28 de julho de 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/390712/caes-auxiliam-criancas-vitimas-de-violencia-em-forum-de-londrina-pr>. Por fim, ganhou destaque no “Jornal Nacional”, da Rede Globo de Televisão, e foi

aproximando-se a teoria e a prática, a fim de identificar eventuais pontos positivos e possíveis limitações do projeto, inclusive para a propositura de melhorias que se façam necessárias. Ademais, busca-se verificar o potencial do projeto para perpetuação como medida permanente no Poder Judiciário do Estado do Paraná, bem como para possível replicação, com adoção da experiência em outros tribunais brasileiros.

Este artigo se divide em três partes, além desta introdução e das considerações finais. Na próxima seção, será abordada a temática do depoimento especial de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, com análise geral das disposições da Lei nº 13.431/2017. Por sua vez, a terceira seção é dedicada ao estudo teórico das ferramentas que servem de apoio para a tomada do depoimento especial, oportunidade em que será indicado que o uso de animais é mais um exemplo de importante instrumento à disposição dos entrevistadores forenses, para proporcionar um acolhimento empático e amigável às crianças e adolescentes que vão ao Fórum prestar depoimento. Por derradeiro, a quarta parte do artigo contempla o estudo de caso sobre o projeto da Comarca de Londrina, no Paraná, abordando o histórico da iniciativa, a execução prática do projeto, a recepção pelos usuários do sistema de Justiça e pela comunidade jurídica, as vantagens advindas da experiência e as potencialidades de replicação para outros tribunais.

2. O DEPOIMENTO ESPECIAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

A colheita do depoimento judicial de crianças e adolescentes, sob um formato diferente daquele adotado para a inquirição dos adultos, é prática relativamente recente, que remonta à década de 1980, quando se iniciaram os primeiros registros, nos Estados Unidos da América, no Canadá e em Israel⁸³². Contudo, foi na década de 1990 que modalidades de escuta diferenciada de crianças e de adolescentes ganharam um maior destaque, principalmente em países como os Estados Unidos, a Noruega, a Nova Zelândia, a Inglaterra e a Itália⁸³³. Desde então, dois modelos de oitiva qualificada destinada ao público infantojuvenil se notabilizaram: a Câmara Gesell e o sistema de depoimento por CCTV.

divulgado no dia 14 de agosto de 2023. Conferir em: <https://globoplay.globo.com/v/11864341/>. Acesso em: 09 nov. 2023.

832 SANTOS, B. R.; GONÇALVES, I. B. **Depoimento sem medo (?)** 2ª ed. São Paulo: Childhood Brasil, 2009.

833 TURCHAN, F. G. **Análisis comparativo de protocolos de entrevista investigativa con niños, niñas y adolescentes que han sido víctimas de delitos sexuales**. Santiago de Chile: 2013.

Na América Latina, o primeiro registro de uso das técnicas específicas para a oitiva de crianças e adolescentes ocorreu na Argentina. Naquele país, desde a década de 1990 empregou-se a Câmara Gesell para as entrevistas com crianças e adolescentes em processos terapêuticos. Por iniciativa do juiz Carlos Rozanski, no início da década de 2000, o Poder Judiciário argentino começou a utilizar a Câmara Gesell como nova prática de investigação forense no âmbito dos processos judiciais. Em 2003, a técnica tornou-se lei: foi aprovada a Lei Federal nº 25.852/2003, que tornou obrigatório o uso dessa modalidade específica para a tomada do depoimento judicial (*toma especial de declaraciones testimoniales*) de crianças e adolescentes vítimas de violência⁸³⁴.

No Brasil, a experiência pioneira a respeito do depoimento de crianças e adolescentes ocorreu no Estado do Rio Grande do Sul, em 2003, por iniciativa de José Antônio Daltoé Cezar, hoje Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) e, àquela época, o juiz da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Porto Alegre. Movido por uma inquietação decorrente de episódios vivenciados na prática profissional, Daltoé mobilizou esforços e deu origem ao projeto “Depoimento sem dano” (DSD). Distanciando-se da realidade argentina, o projeto DSD se alinhou a outro modelo para oitiva judicial de crianças e adolescentes: o CCTV. É que, conforme relata, “como as condições físicas dos prédios do Poder Judiciário dificultavam a instalação da Câmara de Gesell, e, como no ano de 2003, equipamentos comerciais, que unificavam locais distintos por meio de som e imagem, começavam a ser mais difundidos”⁸³⁵, entendeu-se mais conveniente a aplicação, em Porto Alegre, do CCTV.

O sistema de depoimento por CCTV (*closed circuit of television*) é o modelo que mais predomina entre os países para a oitiva do público infantojuvenil. É adotado por vários países, dentre eles, África do Sul, Costa Rica, Cuba, Canadá, Índia, Israel, Alemanha, França, Suécia, Inglaterra e Nova Zelândia⁸³⁶. Em linhas gerais, esse modelo consiste no uso de circuito fechado de televisão que conecta duas salas distintas; em uma das salas é realizada a entrevista forense, entre o profissional capacitado e o depoente, e, na outra, estarão os operadores jurídicos que atuam no processo (juiz/a, membro do Ministério Público, Defensor/a Público, advogado/a), que acompanharão a entrevista em tempo real (*in real time*), de modo síncrono⁸³⁷.

834 SANTOS, B. R.; VIANA, V. N.; GONÇALVES, I. B. **Crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência sexual: metodologias para a tomada de depoimento especial**. Curitiba, PR: Appris Editora, 2017.

835 CEZAR, J. A. D. **Depoimento sem dano: uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais**. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 61.

836 SANTOS, B. R.; GONÇALVES, I. B. **Depoimento sem medo (?)** 2ª ed. São Paulo: Childhood Brasil, 2009.

837 CEZAR, J. A. D. **Depoimento sem dano: uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais**. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado Editora, 2007.

Iniciado em Porto Alegre, o projeto “Depoimento sem dano” ganhou reconhecimento do público, inclusive com menção honrosa no Prêmio Innovare. Em pouco tempo, o projeto se expandiu para outras comarcas do Rio Grande do Sul e começou a ser aplicado em comarcas de outros tribunais de justiça⁸³⁸. Em 2010, houve a nacionalização da prática, com a publicação da Recomendação nº 33, de 23 de novembro, ato normativo editado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), pelo qual foi recomendado aos tribunais de justiça, de todo o país, a criação de serviços especializados para a escuta de crianças e adolescentes nos processos judiciais⁸³⁹.

O texto da Recomendação CNJ nº 33/2010 adota nova nomenclatura, substituindo “depoimento sem dano” pela designação de “depoimento especial”, nome ainda hoje adotado.

Ocorre que, como o nome evidencia, esse ato normativo não somente “recomendava” aos tribunais, carecendo de força cogente. Sua observância não era obrigatória. Assim, muitas unidades judiciárias do Poder Judiciário brasileiro, na prática, não aplicavam as disposições contidas no ato do CNJ. Afinal, a efetivação do procedimento do depoimento especial pressupõe investimentos dos respectivos tribunais. Para a instalação das salas de depoimento especial e para a capacitação dos profissionais em cursos de formação é necessário aporte financeiro, o que não raramente encontra óbice nas limitações orçamentárias. Ademais, é importante registrar que o depoimento especial encontrou forte resistência por parte dos conselhos de fiscalização dos psicólogos e dos assistentes sociais, profissionais que comumente exercem a função de entrevistador forense, malgrado não haja obrigatoriedade nesse sentido. O Conselho Federal de Psicologia e o Conselho Federal de Serviço Social consideraram que a atuação de psicólogos e de assistentes sociais como entrevistadores forenses no depoimento especial representaria uma delegação inapropriada da atribuição de inquirição própria do magistrado⁸⁴⁰. Inclusive, a questão foi judicializada, mas a tese não prosperou, prevalecendo o reconhecimento da legalidade do depoimento especial. De fato, o entrevistador não exerce papel de inquiridor, mas de facilitador.

Finalmente, após um acidentado trâmite legislativo, o depoimento especial tornou-se lei por meio da Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017. Desse modo, a técnica de escuta protegida foi reconhecida em âmbito nacional e com caráter cogente. A aplicação do depoimento especial para a oitiva de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas

838 SCHMIDT, F. **Lei do depoimento especial anotada e interpretada**. 2ª ed. Leme, SP: Ed. Mizuno, 2024.

839 BRASIL. **Recomendação nº 33, de 23 de novembro de 2010**. Brasília, DF: 2010.

840 SCHMIDT, F. **Lei do depoimento especial anotada e interpretada**. 2ª ed. Leme, SP: Ed. Mizuno, 2024.

de atos de violência deixou de ser mera faculdade para se tornar obrigação legal. Nesse sentido, o § 1º do artigo 4º da lei dispõe que a criança e o adolescente, vítima ou testemunha, serão ouvidos sobre a situação de violência por meio do depoimento especial⁸⁴¹. A lei foi regulamentada pelo Decreto nº 9.603/2018 e, no âmbito do Poder Judiciário nacional, pela Resolução CNJ nº 299, de 5 de novembro de 2019. Ao contrário da recomendação que a antecedeu, a Resolução nº 299/2019 impõe providências que os tribunais obrigatoriamente deverão adotar.

Em síntese panorâmica, o depoimento especial, hoje previsto na Lei nº 13.431/2017, no Decreto nº 9.603/2018 e na Resolução CNJ nº 299/2019, consiste numa modalidade legal de escuta qualificada de crianças e adolescentes, que sofreram ou presenciaram alguma violência, por meio de uma entrevista forense conduzida por um profissional especificamente capacitado e em um espaço físico especialmente projetado para ser um ambiente acolhedor e humanizado⁸⁴². No procedimento do depoimento especial, o depoente infantojuvenil estabelecerá contato apenas com o entrevistador forense, de modo que será preservada sua privacidade e intimidade e será colocado a salvo de qualquer tipo de contato, ainda que visual, com o suposto agressor⁸⁴³. Ao depoente é assegurada a livre narrativa sobre o episódio de violência, de modo que poderá relatar livremente, sem interrupções, o que aconteceu, com as suas próprias palavras.

O depoimento especial é assim denominado, “especial”, justamente em razão dessas características que o diferenciam do dito depoimento “tradicional”. Aqui, convém reproduzir a tabela elaborada pelo Desembargador Daltoé, que ilustra as diferenças entre os procedimentos:

Tabela 1 - Quadro sinótico comparativo entre modalidades de Depoimentos de Crianças e Adolescentes

DEPOIMENTO TRADICIONAL	DEPOIMENTO ESPECIAL
1. Ambiente formal e solene, com o qual a criança/adolescente não criará empatia.	1. Ambiente acolhedor, projetado especialmente para que a criança sinta-se bem recebida pelo sistema de justiça.

841 BRASIL. **Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017**. Brasília, DF: 2017.

842 ZAVATTARO, M. S. **Depoimento especial**. Belo Horizonte, MG: Editora D'Plácido, 2020.

843 SCHMIDT, F. **Lei do depoimento especial anotada e interpretada**. 2ª ed. Leme, SP: Ed. Mizuno, 2024.

2. Diversas pessoas presenciam o depoimento, que em regra trata de questões íntimas e causam desconforto.	2. Apenas uma pessoa acompanha o depoimento da criança/adolescente.
3. Técnica de entrevista inexistente. Perguntas diretas e objetivas, para que respostas diretas e objetivas sejam obtidas.	3. Técnica de entrevista que observa conteúdos científicos e acadêmicos. Relato livre, para que a criança/adolescente relate os fatos com maior fidedignidade.
4. Embora o Juiz possa determinar que determinada pergunta não seja respondida, por ter sido inapropriada, não há como evitar que a criança/adolescente ouça e fique constrangida.	4. A criança/adolescente não ouve perguntas inapropriadas.
5. Sendo a audiência um espaço no qual, com frequência, ocorrem debates, algumas vezes calorosos, a criança/adolescente os presencia integralmente.	5. A criança/adolescente não presencia discussões porventura ocorrentes na sala de audiência.
6. Como quase a totalidade dos prédios forenses não foi projetado para que testemunhas de acusação e defesa aguardem a audiência em ambientes separados, réus e vítimas quase sempre se encontram nos corredores do Foro.	6. Evita-se que a criança/adolescente encontre o potencial abusador nos corredores do Foro.
7. Sendo o trabalho multidisciplinar, cada profissional age de forma isolada, sem existir a preocupação de capacitação dos operadores do direito para entrevistarem crianças.	7. Forma de capacitação contínua para os entrevistadores e operadores do Direito. Trabalho interdisciplinar, no qual mantida a autonomia técnica, conceitos de diversas ciências são utilizados na entrevista.

Fonte: CEZAR, 2014, p. 269.

No rito do depoimento especial, o entrevistador forense não pode conduzir a entrevista com amadorismo ou de forma improvisada⁸⁴⁴. Pelo contrário, o profissional deverá seguir as disposições técnicas de protocolos científicos, conforme diz o artigo 11 da Lei nº 13.431/2017. O entrevistador forense primará pelo uso de questionamentos abertos, sendo vedado o uso de perguntas sugestivas que influenciem na resposta a ser dada pela criança ou pelo adolescente⁸⁴⁵.

844 TURCHAN, F. G. **Análisis comparativo de protocolos de entrevista investigativa**. Santiago de Chile: 2013.

845 RIBEIRO, M. L.; ALVES JÚNIOR, R. T.; MACIEL, S. B. **Procedimentos éticos e protocolares na entrevista com crianças e adolescentes**. Brasília, DF: Universidade Católica de Brasília; São Paulo: Childhood Brasil, 2020.

O entrevistador deve seguir o Protocolo Brasileiro de Entrevista Forense (PBEF), que sistematizou conteúdos orientadores para a tomada do depoimento especial. Desenvolvido por meio de parceria do CNJ com a organização não governamental *Childhood*, é adaptação para o contexto brasileiro do Protocolo de Entrevista Forense do National Children's Advocacy Center (NCAC), em cotejo com outros protocolos de entrevista forense com fundamentos científicos⁸⁴⁶.

A propósito, a estrutura do PBEF é dividida em dois estágios, um inicial de construção de vínculos que busca qualificar e aprofundar a interação entre o entrevistador e o entrevistado, e um segundo estágio, em que se avança para a parte substantiva, relacionada ao episódio de violência em si e, com ela, as possibilidades narrativas sobre o fato e o fechamento da entrevista. Para os organizadores do PBEF, tal delineamento incorpora fundamentos científicos e não indutivos de entrevista forense em consonância com os direitos e garantias da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, garantindo que sua abordagem seja acolhedora, humanizada, assim como, técnica e eticamente responsável, evitando-se a sua revitimização⁸⁴⁷.

Com efeito, a oitiva judicial não pode redundar, por vias transversas, em uma fonte de sofrimento para a criança que entra em contato com o sistema de Justiça. Nesse sentido, o procedimento do depoimento especial tem por objetivo maior proteger o depoente infantil de atos de violência institucional que possam resultar em sua revitimização⁸⁴⁸. Consequentemente, é imperativo concluir que, “apesar da necessidade de se buscar a responsabilização do agressor, a proteção deve ser o foco principal”⁸⁴⁹. Em primeiro lugar, portanto, o bem-estar do depoente.

O depoimento especial está umbilicalmente ligado à finalidade de evitar revitimização, na medida em que proporciona um ambiente acolhedor para a oitiva da criança e do adolescente e evita que eles, já fragilizados pela violência sofrida, tenham de peregrinar por vários órgãos e instituições, respondendo novamente à mesma pergunta que já responderam anteriormente para outros profissionais, o que tem o condão de causar inaceitável revitimização⁸⁵⁰.

846 SANTOS, B. R.; GONÇALVES, I. B.; JÚNIOR, R. T. A. **Protocolo Brasileiro de entrevista forense com crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência**. São Paulo e Brasília: Childhood - Instituto WCF-Brasil: CNJ: UNICEF, 2020.

847 SANTOS, B. R.; GONÇALVES, I. B.; JÚNIOR, R. T. A. **Protocolo Brasileiro de entrevista forense com crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência**. São Paulo e Brasília: Childhood - Instituto WCF-Brasil: CNJ: UNICEF, 2020.

848 ZAVATTARO, M. S. **Depoimento especial**. Belo Horizonte, MG: Editora D'Plácido, 2020.

849 MELO, S. G. **A atenção à criança e ao adolescente nos órgãos de investigação policial (Polícia e Instituto de Medicina Legal)**. Brasília, DF: Universidade Católica de Brasília; São Paulo, SP: Childhood Brasil, 2020, p. 277.

850 MELO, E. R. **Crianças e adolescentes vítimas de violência: uma análise crítica sob o crivo histórico-comparativo à luz do debate em torno do depoimento especial**. Brasília, DF: Universidade

A revitimização ou vitimização secundária decorre de um mal atendimento, de uma intervenção inadequada e inapropriada, de uma atuação malograda por parte do Poder Público. A oitiva da criança por profissional despreparado, uma pergunta invasiva sobre sua intimidade, a tomada do depoimento numa sala sem qualquer garantia de privacidade, a acareação da vítima face a face com o suposto agressor, a realização de múltiplas inquirições, a espera pelo início da audiência que começa atrasada, a repetição das mesmas perguntas já feitas anteriormente, tudo isso configura práticas revitimizantes que, à luz da Lei nº 13.431/2017, não devem ser admitidas. A revitimização não deve ser tolerada, porque “pode dificultar (senão inviabilizar) o processo de superação ou elaboração do fato (violência psíquica), podendo ainda provocar uma sensação de impotência, desamparo e frustração com o sistema de controle social/jurídico”⁸⁵¹.

O depoimento especial não se resume tão apenas a um procedimento de oitiva judicial. Para que o depoimento especial seja exitoso em alcançar as suas finalidades de proteção contra a revitimização e a violência institucional, de criação de mecanismos procedimentais para participação da criança e do adolescente, e de produção de prova qualificada, é necessário cuidado redobrado não só quanto ao momento do depoimento em si, mas antes e depois do ato.

3. AS FERRAMENTAS DE SUPORTE PARA A ESCUTA PROTEGIDA

O depoimento especial previsto na Lei nº 13.431/2017 é fruto do processo histórico que culminou no reconhecimento jurídico de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos. A Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, aprovada no ano de 1989 é considerada o texto internacional com maior número de Estados signatários, sepultou a vetusta doutrina da situação irregular, que tratava as crianças como meros objetos de intervenção estatal, e, assim, consolidou novo paradigma jurídico: a doutrina da proteção integral⁸⁵². No Brasil, a Convenção foi seguida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), instituído pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. O ECA, em seu artigo 3º, asseverou que “a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana”⁸⁵³ e, em seu artigo 6º, reconheceu a “condição peculiar da

Católica de Brasília; São Paulo, SP: Childhood Brasil, 2020.

851 PÖTTER, L. **Vitimização secundária infantojuvenil e violência sexual intrafamiliar:** por uma política pública de redução de danos. 3ª ed. Salvador, BA: Editora JusPodivm, 2019, p. 206.

852 VERONESE, J. R. P. **Convenção sobre os direitos da criança:** 30 anos. Salvador, BA: JusPodivm, 2019.

853 BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Brasília, DF: 1990.

criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”⁸⁵⁴. Ainda, no artigo 5º, o ECA aduz que “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais”⁸⁵⁵.

Sob a égide da doutrina da proteção integral, encampada pelo ECA, as crianças e os adolescentes titularizam direitos, dentre eles o direito de participação nos processos judiciais que versem sobre os seus interesses. O direito de participação, reconhecido pelo artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança, garante ao público infantojuvenil o direito a ser ouvido (*right to be heard*) e a expressar os seus pontos de vista e as suas opiniões sobre fatos que podem afetá-los, no curso dos processos judiciais⁸⁵⁶. Trata-se do direito de ter voz.

Ocorre, porém, que não basta simplesmente reconhecer, por lei, o direito das crianças de participarem de processos judiciais que podem afetar a sua vida. É preciso mais. Pois, não se pode olvidar que o sistema de Justiça é construído sobre bases adultocêntricas, de modo que nada adiantaria dar voz às crianças e aos adolescentes se os adultos, que irão julgar os processos, não conseguem entender o que querem dizer. É imprescindível que o sistema de Justiça dispense métodos que possibilitem que os adultos possam ouvir o que as crianças têm para falar.

A Lei nº 13.431/2017, ao disciplinar o procedimento do depoimento especial, impõe aos adultos do sistema de Justiça a necessidade de esforço ativo para criar as condições, fáticas e processuais, indispensáveis para ofertar à criança e ao adolescente, que depõem em juízo, um ambiente amigável, que favoreça o exercício de suas competências intelectuais e jurídicas. Pois, “se toda criança e todo adolescente têm garantido o direito à expressão de seus juízos e ao reconhecimento destes em todos os assuntos relacionados à vida da criança e do adolescente, cabe aos adultos encontrar critérios cognitivos e práticos que lhes permitam se posicionarem”⁸⁵⁷.

Como dito alhures, o depoimento especial da Lei nº 13.431/2017 não se limita apenas a uma única audiência. Não basta apenas a criança comparecer ao fórum, ser ouvida e “pronto”. Na verdade, o depoimento especial é uma nova filosofia, que estabelece uma nova cultura no sistema judiciário, que reclama, principalmente, uma mudança atitudinal dos profissionais que entram em contato com a criança e com o

854 BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Brasília, DF: 1990.

855 BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Brasília, DF: 1990.

856 CATAFESTA, C. **Direito de voz de adolescentes: Protagonismo juvenil nas audiências concentradas socioeducativas**. Londrina, PR: Thoth Editora, 2023.

857 MELO, E. R. **Crianças e adolescentes vítimas de violência: uma análise crítica sob o crivo histórico-comparativo à luz do debate em torno do depoimento especial**. Brasília, DF: Universidade Católica de Brasília; São Paulo, SP: Childhood Brasil, 2020, p. 97.

adolescente vítima ou testemunha de violência⁸⁵⁸. O depoimento especial é “uma nova filosofia jurídica que eleva crianças e adolescentes à condição de sujeitos contratantes pelo direito à palavra”⁸⁵⁹. É uma técnica que comporta “o prenúncio de uma nova cultura jurídica de adesão/respeito ao princípio de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos”⁸⁶⁰.

Cada detalhe, no procedimento macro do depoimento especial, deve convergir para evitar que haja a revitimização da criança ou do adolescente e para criar um ambiente que possa favorecer a livre narrativa do depoente infantojuvenil, para que a sua participação seja efetiva e não meramente figurativa ou decorativa⁸⁶¹. Assim, por exemplo, é preciso que a intimação da vítima ocorra em formato adaptado (*child-sensitive manner*), com uso de cartilhas ilustrativas, vídeos e/ou tutoriais em linguagem acessível ao seu nível de compreensão e desenvolvimento linguístico, assim como se faz necessária a capacitação dos oficiais de justiça que realizarão a sua intimação e, também, dos funcionários responsáveis pela recepção na portaria do fórum⁸⁶².

De mais a mais, é fundamental que a criança e o adolescente recebam, ao longo de todo o procedimento do depoimento especial – portanto, antes, durante e depois da entrevista – o acolhimento dos profissionais capacitados. Ora, a criança que presta um depoimento judicial não chega ao fórum e já é encaminhada para a sala na qual será ouvida sobre a violência sofrida. Como já dito, prestar um depoimento em juízo tende a ser uma atividade deveras estressante e que tem o potencial de despertar medo, aflição e ansiedade⁸⁶³. Não raramente, a criança e o adolescente, que entra em um fórum para prestar depoimento, ali chega com muita desconfiança e com receio de falar sobre uma situação negativa que o traumatizou. Além disso, sabe que está ali para ser ouvido sobre um evento bastante íntimo e sobre o qual, muitas vezes, tem vergonha e se sente culpado – porque, não raras vezes, é corresponsabilizado pelo agressor. De fato, são muitos os sentimentos que podem aflorar no exato momento em que a criança e o

858 MELO, E. R. **Crianças e adolescentes vítimas de violência: uma análise crítica sob o crivo histórico-comparativo à luz do debate em torno do depoimento especial**. Brasília, DF: Universidade Católica de Brasília; São Paulo, SP: Childhood Brasil, 2020.

859 SANTOS, B. R. [et al.]. **Cartografia nacional das experiências alternativas de tomada de depoimento especial de crianças e adolescentes em processos judiciais no Brasil: o estado da arte**. São Paulo, SP: Childhood Brasil; Editora da Universidade Católica de Brasília, 2013, p. 23.

860 SANTOS, B. R. [et al.]. **Cartografia nacional das experiências alternativas de tomada de depoimento especial de crianças e adolescentes em processos judiciais no Brasil: o estado da arte**. São Paulo, SP: Childhood Brasil; Editora da Universidade Católica de Brasília, 2013, p. 24.

861 LANSDOWN, G. **Can you hear me?** The right of young children to participate in decisions affecting them. Working Paper 36. Bernard van Leer Foundation, The Netherlands, 2005.

862 CEZAR, J. A. D. **A atenção à criança e ao adolescente no judiciário: práticas tradicionais em cotejo com práticas não revitimizantes (depoimento especial)**. Brasília, DF: EdUCB, 2014.

863 CEZAR, J. A. D. **A atenção à criança e ao adolescente no judiciário: práticas tradicionais em cotejo com práticas não revitimizantes (depoimento especial)**. Brasília, DF: EdUCB, 2014.

adolescente adentram o prédio do Poder Judiciário. Um turbilhão de emoções que pode dificultar a tomada de seu depoimento. Afinal, em um local (o fórum) geralmente hostil e desconhecido, é possível que a criança ou o adolescente “trave” e não se sinta confiante, seguro e desenvolvido para expor com coerência o que lhe aconteceu a uma pessoa (o entrevistador) que não conhece.

O acolhimento que antecede a entrevista forense propriamente dita é, pois, essencial para dissipar a ansiedade e o nervosismo que podem tomar conta do depoente, bem como para estabelecer um vínculo de confiança entre a criança ou o adolescente e o adulto entrevistador. O acolhimento, pois, “é a etapa em que o profissional deve se conduzir demonstrando empatia, realizar escuta ativa, deve criar uma atmosfera emocional agradável para que a vítima e sua família se sintam confortáveis para falar sobre o ocorrido”⁸⁶⁴. Para que a criança consiga falar sobre o episódio que a traumatizou, de forma minimamente tranquila, isenta de inquietações e perturbações, é importante que seja bem acolhida por todos os profissionais da Justiça, isto é, que receba uma recepção humanizada e afável, com cordialidade, gentileza, empatia e cortesia. Compete aos adultos demonstrarem que estão dispostos a ouvir as crianças e a levá-las a sério.

Na doutrina especializada, a construção da empatia e da confiança entre o entrevistador e o depoente infantojuvenil recebe o nome de *rapport*⁸⁶⁵. Essa etapa serve para dissipar a tensão do depoente, fazendo com que se sinta confortável para depor em juízo e, também, para criar um ambiente relacional acolhedor, que contribua para que o depoente confie no entrevistador e, assim, possa a ele revelar o que lhe sucedeu. Nessa etapa, o entrevistador conversa com a criança ou o adolescente sobre assuntos neutros (não relacionados à situação de violência) ou positivos e, assim, cria um “clima” amigável que, progressivamente, abre caminho para o relato.

A etapa que antecede o depoimento especial em si é demasiadamente importante e não pode ser negligenciada pelo entrevistador. Ao iniciar a entrevista, é essencial que o depoente se sinta confortável e seguro para falar sobre o trauma. Logo, “o investimento no *rapport* não deve ser considerado uma perda de tempo”⁸⁶⁶. Ao contrário. É preciso investir na criação de uma atmosfera positiva e amigável para a criança, que a deixe confortável para depor.

864 VISNIEVSKI, V. M.; ALMEIDA, M. E. **A preparação da criança e do adolescente para participar de procedimentos de investigação e judicialização de casos de violência**. Brasília, DF: Universidade Católica de Brasília; São Paulo, SP: Childhood Brasil, 2020, p. 250.

865 TURCHAN, F. G. **Análisis comparativo de protocolos de entrevista investigativa**. Santiago de Chile: 2013.

866 RIBEIRO, M. L.; ALVES JÚNIOR, R. T.; MACIEL, S. B. **Procedimentos éticos e protocolares na entrevista com crianças e adolescentes**. Brasília, DF: Universidade Católica de Brasília; São Paulo: Childhood Brasil, 2020, p. 348.

A importância da etapa anterior ao depoimento especial é tamanha que vários países, como Canadá, Estados Unidos, Escócia, Inglaterra, Islândia, Lituânia, Noruega, Nova Zelândia, Austrália, Polônia, Suécia e Israel, preveem até mesmo uma fase de preparação da criança para o depoimento judicial, o que vem apresentando benefícios aos depoentes, que se sentem mais seguros e tranquilos, na medida em que já são informados sobre o que acontecerá no Fórum⁸⁶⁷. A preparação “visa reduzir o estresse para o momento de [...] depoimento judicial, mas também é a etapa de fornecer informações à vítima e a sua família acerca dos seus direitos e garantias”⁸⁶⁸.

O acolhimento e a preparação da criança e o estabelecimento do vínculo de empatia são exemplos daquilo que Eduardo Rezende Melo⁸⁶⁹ denominou de “esforço ativo” que os adultos devem se desincumbir para propiciar às crianças e aos adolescentes ouvidos em juízo um ambiente amigável que favoreça o exercício de suas competências intelectuais e jurídicas para que, nessas condições adequadas, possam se posicionar sem barreiras, de modo autêntico.

Se, de um lado, não há dúvidas que crianças e adolescentes têm o direito de participar nos processos judiciais, de outro lado importa ter em devida conta que há fatores que prejudicam o exercício do direito de participação (v.g. barreiras sociais, culturais, políticas e econômicas que inibem a participação e estigmas e estereótipos de gênero que implicam discriminação) e fatores que favorecem o exercício desse direito⁸⁷⁰.

São ferramentas que contribuem para que crianças e adolescentes possam efetivamente participar dos processos judiciais, dentre outras: a nomeação de um advogado ou um defensor (*child's lawyer*) para prestar aconselhamento e assistência jurídica gratuita especificamente para a criança ou o adolescente vítima ou testemunha de violência⁸⁷¹; a atuação de um intérprete para facilitação do diálogo e da comunicação nos casos de depoimento especial de crianças e de adolescentes migrantes; a intervenção de um mediador cultural e de profissional *expert* da Antropologia na tomada do depoimento

867 SANTOS, B. R.; VIANA, V. N.; GONÇALVES, I. B. **Crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência sexual: metodologias para a tomada de depoimento especial**. Curitiba, PR: Appris Editora, 2017.

868 VISNIEVSKI, V. M.; ALMEIDA, M. E. **A preparação da criança e do adolescente para participar de procedimentos de investigação e judicialização de casos de violência**. Brasília, DF: Universidade Católica de Brasília; São Paulo, SP: Childhood Brasil, 2020, p. 250.

869 MELO, E. R. **Crianças e adolescentes vítimas de violência: uma análise crítica sob o crivo histórico-comparativo à luz do debate em torno do depoimento especial**. Brasília, DF: Universidade Católica de Brasília; São Paulo, SP: Childhood Brasil, 2020.

870 LANSDOWN, G. **Can you hear me?** The right of young children to participate in decisions affecting them. Working Paper 36. Bernard van Leer Foundation, The Netherlands, 2005.

871 MELO, E. R. **Crianças e adolescentes vítimas de violência: uma análise crítica sob o crivo histórico-comparativo à luz do debate em torno do depoimento especial**. Brasília, DF: Universidade Católica de Brasília; São Paulo, SP: Childhood Brasil, 2020.

especial de crianças e de adolescentes indígenas; e o uso de objetos de apoio durante a entrevista forense, a exemplo de jogos, desenhos, bonecos e brinquedos – cumpre alertar, contudo, que o uso de tais objetos é alvo de candente controvérsia na doutrina especializada, mormente no que diz respeito à utilização dos bonecos anatômicos⁸⁷².

Outro mecanismo que pode favorecer a participação das crianças e dos adolescentes nos depoimentos especiais é a intervenção positiva da pessoa de apoio (*support person*). Trata-se de uma pessoa que tem, previamente, uma relação de confiança com o depoente infantojuvenil e cuja presença física, na fase de acolhimento ou mesmo na sala especial durante o depoimento, pode ser necessária para que a criança se sinta confortável para depor e à vontade para falar.⁸⁷³ A pessoa de apoio não pode interferir no conteúdo do relato do depoente, a quem é assegurada a livre narrativa sem interrupções. A pessoa de apoio, na verdade, está ali para prestar um suporte emocional para a criança, para transmitir-lhe assistência e tranquilidade. A admissão de sua participação, no contexto da tomada do depoimento especial, sinaliza que “a fluidez e espontaneidade do relato da criança pode depender do apoio, ainda que meramente simbólico, transmitido tão só pela presença, na sala do depoimento especial, de pessoa em quem confia e com quem já tem criada uma relação íntima de afeto”⁸⁷⁴. Cite-se, por exemplo, a participação do professor do colégio para quem a criança primeiro revelou a violência sofrida ou de uma vizinha de sua comunidade em quem o adolescente muito confia. Repita-se: essa pessoa poderá estar presente no ato; contudo, não pode interferir no depoimento.

Nesse caminhar, avançando para o objeto principal de estudo da presente investigação, outra ferramenta que pode servir de suporte para a escuta protegida de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência é o uso de animais de assistência emocional, notadamente para a etapa de acolhimento, que antecede a tomada do depoimento especial propriamente dito.

A relação dos homens (animais humanos) e dos animais (não-humanos) é histórica e variou bastante ao longo dos anos. Os animais já foram e ainda são utilizados pelo ser humano como fonte de alimentação, meio de transporte, força de trabalho e para a proteção de sua casa. Sob um prisma histórico, a interação do ser humano com os outros animais, especialmente cães e gatos, evoluiu gradativamente da predação para

872 TURCHAN, F. G. **Análisis comparativo de protocolos de entrevista investigativa**. Santiago de Chile: 2013.

873 OLIVEIRA, H. M. A pessoa de apoio à criança e ao adolescente vítima ou testemunha de violência: previsão, função e hipóteses. **Boletim de Direitos da Criança e do Adolescente**, n. 18, São Paulo. IBDCRIA, 2022.

874 OLIVEIRA, H. M. A pessoa de apoio à criança e ao adolescente vítima ou testemunha de violência: previsão, função e hipóteses. **Boletim de Direitos da Criança e do Adolescente**, n. 18, São Paulo. IBDCRIA, 2022, p. 04.

a domesticação. A interação homem-animal, pois, é dinâmica e cambiante na história. Mais recentemente, sobretudo a partir dos anos 2000, os animais, em muitos casos, foram inseridos de forma orgânica na estrutura íntima das famílias. Hodiernamente, o animal não fica mais restrito ao quintal ou à “casinha do cachorro”. Ao revés. O animal foi trazido para dentro do lar doméstico e, não raramente, é mesmo considerado como mais um membro integrante da família, com tratamento análogo àquele dispensado aos filhos. É nesse contexto que se fala, atualmente, em família multiespécie, composta pelos humanos e pelos membros não-humanos, que convivem numa relação íntima de afeto e de reciprocidade⁸⁷⁵. À medida que a interação humano-animal foi se alterando no curso da história, uma outra forma de aproximação com o animal foi se descortinando: a terapêutica, de apoio e suporte emocional.

Conforme essa interação foi se desenvolvendo, surgiram ideias a respeito da utilização de animais como recurso terapêutico. No Brasil, em meados da década de 1950, a Doutora Nise da Silveira utilizou animais para tratamento de pessoas em um hospital psiquiátrico no Rio de Janeiro. Por volta de 1960, o Dr. Boris Levinson utilizou animais para tratamento com crianças (Vivaldini, 2011). Nos últimos anos vários profissionais das áreas da saúde estão utilizando animais como recurso de tratamentos físicos e psíquicos (Lima & Souza, 2004). Segundo Costa (2006), os animais de estimação proporcionam melhoria da qualidade de vida para as pessoas, no sentido que eles trazem estados de felicidade, diminuem sentimentos de solidão e auxiliam na melhora de condições físicas e psíquicas. No Brasil utiliza-se a equoterapia, que é o uso de cavalos como recurso terapêutico (Copetti, Mota, Graup, Menezes & Venturi, 2007), a Terapia Assistida por Animais e a Atividade Assistida por Animais (Dotti, 2005)⁸⁷⁶.

A utilização dos animais como ferramenta terapêutica é registrada desde o final do século XVII, mas, recentemente, ganhou novos campos de aplicação. Para além dos cães-guia (*guide dogs*), que são cães de serviço (*service dogs*) devidamente treinados para auxiliar pessoas com deficiência visual na execução de tarefas, conforme reconhecido na Lei nº 11.126/2005, exsurge a figura dos animais de apoio emocional, conhecida nos

875 OLIVEIRA, H. M.; DIAS, P. C. **O animal como membro da família e detentor do direito de moradia comum: uma abordagem sobre a ilegalidade das normas condominiais.** Revista Brasileira de Direito Animal, v. 18, n. 1, Salvador, BA, p. 282-307, 2023.

876 GIUMELLI, R. D.; SANTOS, M. C. P. Convivência com animais de estimação: um estudo fenomenológico. **Revista da Abordagem Gestáltica**, v. 22, n. 1, Goiânia, GO, p. 49-58, jan-jun. 2016, p. 49.

Estados Unidos pela sigla ESA (*Emotional Support Animals*). O animal de assistência emocional pode ser um peixe, um cavalo, um gato, um coelho, uma tartaruga, etc., mas, sem dúvidas, notabilizou-se o uso dos cachorros.

Um cão de apoio emocional é um animal que oferece companhia a uma pessoa e que, só pela sua presença em si, contribui para o alívio da tensão e da ansiedade e, até mesmo, ajuda no enfrentamento da solidão e da depressão. De fato, “a presença de um animal de assistência emocional, contribui com inúmeros benefícios. Apenas ao tocar em um animal acalma a pessoa, reduzindo a sua frequência cardíaca e até mesmo, melhorando imediatamente, os sintomas de ansiedade ou pânico apenas pelo toque e proximidade”⁸⁷⁷. No ponto, urge destacar que muitos dos benefícios proporcionados pelo animal advêm, simplesmente, da interação que estabelece com o ser humano. Em algumas situações, só a presença do animal é o que basta para que a pessoa possa manter seu equilíbrio emocional e, assim, consiga suportar uma experiência que pode lhe despertar gatilhos ansiogênicos. Cite-se, por exemplo, o caso das pessoas que precisam da companhia de seu animal de estimação para tolerar fatores estressantes em voos de avião, o que ficou autorizado pela Portaria nº 12.307, de 30 de agosto de 2023, da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC). Ora, nesses e em muitos outros casos, “a presença de um animal de estimação ajuda a combater a depressão. Ocorrentes estudos indicam que o relacionamento entre o ser humano e o animal tem, como um dos principais efeitos, o aumento da produção e liberação de serotonina e dopamina”⁸⁷⁸, os conhecidos “hormônios da felicidade”. Em síntese, estar com o cão dissipa a tensão, reduz a ansiedade e traz felicidade.

Diante dos resultados positivos do suporte emocional proporcionado pelos animais, iniciou-se o uso dos bichanos no contexto judiciário. De fato, a presença dos animais de suporte já é realidade nos Estados Unidos da América, por exemplo, desde o ano de 2003, com o apoio da ONG *Courthouse Dogs*. No âmbito do Poder Judiciário, o uso dos animais, sobretudo o cão, se notabilizou para os casos de crianças vítimas ou testemunhas de crimes. Afinal, como se viu, é usual que a criança, pessoa em condição peculiar de desenvolvimento físico, psíquico, moral, linguístico e sexual, manifeste demasiada ansiedade e medo de depor a pessoas desconhecidas. Nesse cenário, a experiência internacional demonstrou que o cão pode atuar como facilitador (*facility dog*) para oitiva de crianças vítimas ou testemunhas de crime nos processos criminais⁸⁷⁹.

877 KLEFENZ, M. G. **A importância dos animais de assistência emocional para pessoas com TEA - Transtorno do Espectro Autista**. Monografias Brasil Escola, 2022.

878 KLEFENZ, M. G. **A importância dos animais de assistência emocional para pessoas com TEA - Transtorno do Espectro Autista**. Monografias Brasil Escola, 2022.

879 COURTHOUSE DOGS FOUNDATION. **Facility Dogs at Children’s Advocacy Centers and in Legal Proceedings**. Best Practices. Bellevue: Courthouse Dogs Foundation, 2015.

Os cães de assistência judiciária, como são chamados, se firmaram nos Estados Unidos como uma importante inovação a favor das crianças e dos adolescentes vítimas ou testemunhas, na medida em que “podem fornecer uma sensação de calma, segurança e apoio sem julgamento durante procedimentos de investigação e judiciais”⁸⁸⁰. Naquele país, os cães podem interagir com as crianças antes e também durante a entrevista forense. Ali, constatou-se que a presença do animal, durante o depoimento infantil, tem o condão de desmobilizar os sentimentos negativos que podem tomar conta da criança quando narra o episódio de violência e revive o trauma sofrido ou presenciado. Desse modo, tal como uma pessoa de apoio (*support person*), o cão não interfere no conteúdo do depoimento em si, mas ajuda ao fornecer suporte emocional para que a criança se sinta relaxada e confortável para apresentar o seu relato. Em outras palavras, a presença do cão encoraja e acalma o depoente. “Algumas crianças preferem olhar para o cão e não para o entrevistador ao descrever um evento estressante. Outras crianças obtêm mais conforto ao tocar no cachorro durante o depoimento”⁸⁸¹. Em alguns casos, contudo, a presença do cão de assistência judiciária na sala do depoimento, durante a entrevista forense, pode não ser recomendável, principalmente porque pode funcionar como elemento de indesejada distração, o que pode impedir (ou dificultar) que a criança se concentre para apresentar o seu livre relato. De todo modo, ainda que utilizado apenas na fase de acolhimento inicial, que antecede a tomada do depoimento em si, o contato com o cão no momento da recepção ajuda a aliviar a tensão e eliminar o estresse, de sorte que a criança adentra a sala de depoimento mais relaxada e disposta.

Na França, também se popularizou o uso do cão de assistência judiciária, ali chamado de *chien d'assistance judiciaire* (C.A.J.). No Poder Judiciário francês, o C.A.J. “acompanha e apoia moralmente as pessoas que se dizem vítimas de infrações penais – especialmente crianças – em todos os atos processuais, da audiência inicial ao julgamento”⁸⁸². Naquele país, as raças mais utilizadas são os labradores e os Golden Retrievers. Para a seleção do animal que servirá de assistente judiciário às crianças são considerados os seguintes critérios:

880 COURTHOUSE DOGS FOUNDATION. **Facility Dogs at Children’s Advocacy Centers and in Legal Proceedings. Best Practices.** Bellevue: Courthouse Dogs Foundation, 2015, p. 06. Tradução livre. No original: “Facility dogs that work in the legal system can provide a sense of calm, security, and non-judgmental support during investigative and legal proceedings”.

881 COURTHOUSE DOGS FOUNDATION. **Facility Dogs at Children’s Advocacy Centers and in Legal Proceedings. Best Practices.** Bellevue: Courthouse Dogs Foundation, 2015, p. 18. Tradução livre. No original: “Some children prefer to look at the dog rather than the interviewer when describing a stressful event. Other children derive more comfort by touching the dog during this time”.

882 AUFFRET, Florian. Le Chien. In: REGNIER, Maryse Le Men; KOHLER, Robert, et al. **Profession: Chien D’Assistance Judiciaire.** Fondation A et P Sommer, 2018, p. 01. Tradução livre. No original: “un chien d’assistance judiciaire (C.A.J.) accompagne et soutient moralement les personnes qui se disent victimes d’infractions pénales – en particulier les enfants – dans tous les actes de la procédure, de l’audition initiale au jugement”.

Tabela 2 - Critérios considerados para a seleção dos cães de assistência judiciária

QUALIDADES REQUERIDAS	CRITÉRIOS DE EXCLUSÃO
Calmo	Cachorro muito agitado
Cachorro socializado	Com comportamentos inapropriados
Próximo às crianças	Histórico de má experiências com crianças
Sem medo de uniformes	Problemas físicos
Confortável em todas as circunstâncias	Temperamental
Gentil em seus toques	Coprofagia (consumo de fezes)

Fonte: adaptado de AUFFRET, 2018, p. 11.

Figura 1 e Figura 2



1: *Facility dog nos Estados Unidos* (COURTHOUSE DOG FOUNDATION, 2015, p. 18); e

2: *Chien d'assistance judiciaire* (C.A.J.) em um tribunal da França (AUFFRET, 2018, p. 01).

Vinte anos depois das primeiras práticas nos Estados Unidos e da criação do projeto “Depoimento sem dano” no Brasil (2003), em 2023 deu-se início à experiência inédita de uso de cães de assistência judiciária no Poder Judiciário brasileiro, em Londrina, no Paraná.

A próxima seção é dedicada a um estudo de caso sobre o projeto pioneiro e inovador desenvolvido na Comarca de Londrina/PR, com foco para sua aplicação no contexto da tomada do depoimento especial de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de atos de violência.

4. ESTUDO DE CASO: A EXPERIÊNCIA PIONEIRA DO USO DOS ANIMAIS DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA EM LONDRINA/PR

Na Comarca de Londrina/PR, os depoimentos especiais de crianças e adolescentes, vítimas ou testemunhas de violências, são realizados com apoio de profissionais da Psicologia que integram o NAE, o Núcleo de Apoio Especializado à Criança e ao Adolescente, vinculado à Direção do Fórum daquela Comarca. O NAE é o apoio técnico especializado para atuação nas situações envolvendo crianças e adolescentes, em processos que estão em trâmite perante as varas da infância e da juventude, de adolescentes em conflito com a lei, as três varas de família da Comarca, além das varas criminais especializadas nos crimes praticados contra crianças e adolescentes, idosos e violência doméstica. Por isso, também atua na realização de avaliações preliminares para depoimento especial e participa da realização dessas audiências. Atua, ainda, de forma excepcional, em processos provenientes de outras varas da comarca, quando há necessidade de perícia técnica nas áreas de psicologia e/ou de serviço social e cartas precatórias.

No ano de 2022, a equipe do gabinete da Vara da Infância e Juventude de Londrina, sob a liderança da juíza Camila Tereza Gutzlaff Cardoso, tomou conhecimento do trabalho voluntário que o IBETAA – Instituto Brasileiro de Educação e Terapia Assistida por Animais realizava junto a algumas crianças e adolescentes acolhidos institucionalmente, utilizando cães de assistência nos atendimentos terapêuticos. Os relatos envolvendo o trabalho desenvolvido pelo IBETAA, com crianças e adolescentes acolhidos, eram positivos e, por tal razão, iniciou-se um diálogo institucional entre o gabinete da Vara da Infância e Juventude e o IBETAA, com vistas à incorporação do trabalho com animais nos atendimentos de situações que já estivessem judicializadas. Com a intensificação do diálogo, enfim, uma proposta de utilização dos cães de assistência judiciária, como uma experiência inovadora e inédita no Poder Judiciário brasileiro, foi apresentada pelo IBETAA, formalmente, no dia 23 de agosto de 2022. Em sequência, após diversas reuniões e visando ampliar a utilização dos cães de assistência em outros processos que demandam intervenção da equipe técnica (como processos oriundos de varas de família e depoimentos especiais, por exemplo), optou-se pela proposição de termo de parceria entre a equipe técnica do NAE Londrina e o IBETAA. Para a formalização da parceria estabelecida, o pedido foi encaminhado ao Tribunal de Justiça do Paraná no dia 18 de novembro de 2022, dando origem ao SEI TJPR nº 0140014-89.2022.8.16.6000.

Após o trâmite administrativo do pedido, em 10 de maio de 2023, o Tribunal de

Justiça do Paraná, por meio do NAE Londrina, firmou o Termo de Cooperação Técnica nº 012/2023 DP-DA com o IBETAA. O objetivo do acordo de cooperação técnica é incorporar os cães de assistência judiciária como instrumento terapêutico na rede de proteção às vítimas de violência (psicológica, física, abuso sexual ou abandono de crianças e adolescentes), para serem assistidas e terem um melhor acolhimento nos atendimentos feitos pela equipe técnica do NAE Londrina, auxiliando os profissionais no atendimento a esse público. Além disso, a cooperação tem como objetivos específicos, entre outros, diminuir a ansiedade de crianças e adolescentes assistidos, oportunizando situações de comunicação e sentido de convivência; desenvolver o vínculo e o aumento da confiança com o ser humano; permitir que a criança ou o adolescente liberem sentimentos reprimidos; estimular o desenvolvimento de sentimentos positivos; fazer a criança ou o adolescente se sentirem mais acolhidos e seguros, o que é fundamental para a evolução do atendimento; facilitar processos de intervenção pelos profissionais; propiciar a sensação de segurança mental na criança; contribuir para a diminuição dos impulsos nervosos e de estresse; aumentar a observação e a atenção da criança; permitir que a criança experimente o sentimento de autovalorização; e, por fim, melhorar a autoestima por meio de estímulos, fazendo com que as crianças e os adolescentes se sintam importantes, modulando positivamente as suas emoções.

O acordo de cooperação técnica foi firmado com duração inicial de sessenta meses, sem qualquer ônus financeiro para o Tribunal de Justiça do Paraná, prevendo-se a avaliação periódica dos resultados do plano de trabalho, de forma semestral ou anual, visando identificar se os objetivos do projeto estão sendo satisfatoriamente atendidos. A propósito, por não haver nenhuma contrapartida financeira pelo Tribunal de Justiça do Paraná, compete ao IBETAA disponibilizar os cães de terapia do instituto nos projetos sugeridos pelo NAE Londrina e elaborar as ações de terapia assistida por animais alinhadas às necessidades apresentadas pela equipe técnica no auxílio aos atendimentos propostos. Além disso, compete ao instituto prestar suporte à equipe técnica do NAE que atuam no projeto, preparar o cão de assistência judiciária que atuará diretamente com a equipe técnica do fórum, bem como apresentar a carteirinha de vacinação dos cães em dia e o atestado veterinário que comprove a saúde do animal.

É importante destacar que cabe ao IBETAA, ainda, o treinamento e capacitação dos profissionais que integram o NAE e que utilizam os cães de assistência judiciária, a fim de que saibam como utilizar adequadamente a técnica da TAA – Terapia Assistida por Animais. E essa parte da execução do projeto teve início em 06 de junho de 2023, com carga horária aproximada de 20 horas ao longo de dois meses, envolvendo uma média de 15 a 20 profissionais da equipe por encontro, dentre estagiários e técnicos.

A partir do treinamento fornecido pelo IBETAA, os profissionais do setor técnico de Londrina passaram a compreender fundamentos mínimos das modalidades de

intervenção com cães, tais como terapia assistida por animais, cão de assistência, cão de serviço e de companhia. Também, com a participação e apoio do adestrador dos cães, foram abordadas noções básicas do manejo dos animais, considerando a importância do estreitamento da interação profissionais-animais na introdução dos mesmos nos atendimentos às crianças, adolescentes e suas famílias.

Após vencida a etapa de capacitação, no recorte específico da utilização do cão de assistência judiciária nas oitivas judiciais de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, foram realizados ajustes de planejamento para a implantação do projeto, resultando em alguns pontos de destaque, que até o presente momento, tem tido relevância fundamental como parâmetros metodológicos desta estratégia inovadora na Comarca de Londrina.

De início, cabe destacar a previsão de avaliação preliminar ao depoimento especial, que no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, é um procedimento regulamentado pelo Provimento n. 287/2019⁸⁸³. Na avaliação preliminar, o profissional especializado a serviço do Juízo se manifesta sobre o procedimento adequado ao caso (depoimento especial ou perícia), compatibilizando a necessidade do meio probatório no processo judicial com a defesa dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, em seus estágios de desenvolvimento. De modo particular, avalia-se a disposição e o consentimento da vítima ou testemunha em se manifestar, as condições psicológicas e desenvolvimentais para a manifestação e a capacidade cognitiva para o acesso mnemônico, podendo inclusive, dadas as condições específicas do caso, ser contraindicada qualquer abordagem de produção de prova, quando tal contexto, por si só, enseja potencial revitimização.⁸⁸⁴

Com a realização da avaliação preliminar, a utilização de cães de assistência judiciária na oitiva de crianças e adolescentes tem ocorrido mediante determinadas condições: a) a vítima e sua família são abordados previamente e esclarecidos acerca dos aspectos metodológicos e os direitos atinentes ao depoimento especial, possibilitando-se maior grau de protagonismo no ato e de autonomia; b) há maior segurança quanto à adequação técnica e ética do procedimento do depoimento especial ao caso, garantindo, conseqüentemente, clima e ambiente mais receptivo para a participação do animal; c) a pauta de audiências para a tomada de depoimentos têm maior probabilidade de cumprimento e ao ser agendada com a anuência de todos os atores envolvidos no ato, racionaliza-se a participação do cão, evitando deslocamentos desnecessários do

883 PARANÁ. **Provimento nº 287 de 31 de janeiro de 2019.**

884 CATAFESTA, C.; DIAS, R. R. Crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência: a avaliação preliminar como garantia da proteção integral no depoimento especial. In: CRUZ, R. S.; BEDÊ JÚNIOR, A.; DEZEM, G. M. (orgs.). **Justiça Criminal: A prova no processo penal na ótica dos juizes brasileiros: volume 2.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

animal às dependências do Fórum, ou que ele fique ocioso nos horários agendados, comprometendo a constância dos comportamentos treinados.

Outro parâmetro que tem sido adotado, por ora, no projeto em questão é a utilização do cão de assistência judiciária apenas nas etapas de acolhimento inicial e no pós-depoimento. Optou-se por priorizar que a colheita do depoimento especial propriamente dito se desenvolva sem interferências externas, seguindo as etapas do Protocolo Brasileiro de Entrevista Forense (PBEF). Considerando o pioneirismo do projeto e como ainda não há registros na literatura e na jurisprudência nacional, o cuidado guarda relação com eventuais questionamentos jurídicos quanto à prova resultante do depoimento especial, evitando-se riscos de fragilizar os depoentes e eventual declaração de nulidade da prova, prejudicando a responsabilização de seu agressor.

Mais um ponto fundamental é a concordância da criança e do adolescente e sua família para a interação com o cão. Com efeito, ao chegarem, a vítima é encaminhada para uma sala para acolhida inicial e retomada as diretrizes e os direitos afetos ao depoimento. Superada esta fase e confirmando-se a disposição em participar da audiência, apresenta-se o projeto do cão de assistência judiciária de modo a possibilitar a adesão de forma livre. Com esta manifestação, o cão, que está em outra sala, é chamado a interagir com a criança ou adolescente em questão para a continuidade do acolhimento e o aprofundamento do rapport em etapa pré-depoimento.

Vale assinalar que se verificou, até o presente momento, que a estratégia principal da simples presença do animal na companhia do técnico que realizará a entrevista forense traz um impacto significativo na diminuição da ansiedade da vítima. Nesse sentido, têm sido observados contatos físicos intensos com o cão, tais como carinhos, abraços, pentear o pelo, risos, sorrisos e descontração com as peripécias de pequenos truques como “dar a pata”, sentar, levantar, e apertar os botões de fala, em que o cão aciona mensagens gravadas pedindo carinho ou petisco.

A interação do depoente com o cão tem duração aproximada de 20 a 30 minutos antes do depoimento especial, sendo realizados alguns “combinados” com a criança ou o adolescente, dentre eles, o de que no horário da audiência, se despeça do animal. Ao se despedir, a vítima recebe uma pelúcia miniatura do cão, podendo manter consigo durante o ato do depoimento, caso queira apertar, segurar ou abraçar. A despedida garante que o depoimento ocorra sem interferências ou expectativas de rever o animal, possibilitando a condução da audiência com base nos princípios e etapas do PBEF. Ao término do depoimento especial, a vítima reencontra o cão, um momento de interação livre com objetivo de alívio da tensão vivenciada na audiência e para a retomada da disposição emocional para que a vítima prossiga com sua rotina ordinária.

Consideradas as questões acima, serão descritos dois recortes de situações em

que houve o uso do cão de assistência judiciária junto ao depoimento especial de uma adolescente e de duas crianças vítimas de violências. Os nomes e quaisquer informações identificadoras das crianças e adolescente são fictícios (anonimizados) em respeito ao sigilo obrigatório dos casos.

4.1. Caso Isabela e o suporte emocional da dalmata Teela

Isabela, 12 (doze) anos, foi vítima de estupro dos 8 (oito) aos 11 (onze) anos de idade pelo tio que a ameaçava caso revelasse os abusos. A mãe de Isabela flagrou o ato criminoso, e a despeito de todas as vulnerabilidades incidentes sobre o núcleo familiar, conseguiu fugir da cidade do adulto abusador com os filhos, e assim, proteger a adolescente. Feita a denúncia e os procedimentos previstos no fluxo de proteção a vítimas de violência, tais como atendimento de saúde, escuta especializada, exame de corpo delito, encaminhamentos para os serviços da rede socioassistencial e saúde mental para o acompanhamento da adolescente e família, foi solicitada ao NAE Londrina a avaliação preliminar com vistas à produção de prova antecipada.

A avaliação prévia realizada por meio de entrevistas, estudo de caso com a rede e análise dos autos, identificou que a adolescente estava, naquele momento, em um contexto de proteção e respeito aos seus direitos fundamentais e apresentava condições de desenvolvimento e voluntariedade para a realização do depoimento especial. A despeito de seu desejo expresso para participação em audiência judicial para relatar os fatos vivenciados, Isabela manifestava fragilização emocional, humor deprimido e dificuldades em interações sociais.

A dificuldade inerente ao depoimento desta menina se intensificou por uma falha de comunicação que ensejou a não realização da audiência na data em que inicialmente designada. O desgaste da ida inócua ao Fórum teve um significativo impacto em Isabela, que manifestou, nesta ocasião, mais choro e sinais de ansiedade. Mas, após ser acolhida pela técnica designada, a menina reiterou seu desejo de prestar seu depoimento especial, e, considerando o suporte psiquiátrico e clínico que vinha recebendo, a autoridade judiciária decidiu por redesignar o ato.

A complexidade da tomada do depoimento de Isabela trazia candente preocupação com o sofrimento emocional dele decorrente e os consequentes cuidados para se evitar um processo de revitimização. Neste contexto, a utilização do cão de assistência judiciária foi eleita como uma tentativa estratégica de apoio emocional e alívio de ansiedade.

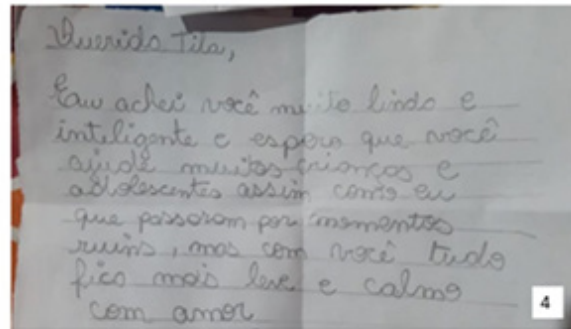
No dia do depoimento especial a adolescente chegou mais uma vez reiterando seu desejo de depor, todavia, novamente manifestando sinais de choro, ansiedade e dificuldades de interação. Cumpridos os ritos de acolhida inicial, de apresentação do projeto e de concordância da menina, e avaliando-se que tecnicamente havia condições de prosseguimento, passou-se para a etapa de aprofundamento do *rapport* com a participação da dálmata Teela.

O que se observou neste momento foi uma mudança abrupta da postura corporal, com a abertura de Isabela ao contato e brincadeiras com Teela. Ademais, conforme a adolescente ia aprendendo estratégias e truques que o animal realizava, mais a cadela se achegava da adolescente em sinal de proximidade e docilidade. Rapidamente se estabeleceu uma troca de carinhos e afagos entre as duas, ficando evidenciadas alterações em Isabela, tais como, sua respiração tornou-se mais lenta e leve, os olhos deixaram de lacrimejar, fez relatos espontâneos sobre animais domésticos, rotinas familiares e desejo de cursar Medicina Veterinária no futuro, além de cessar comportamentos como esfregar as mãos em sinal de tensão e nervosismo.

Após a interação inicial, a despedida com Teela, que estava anteriormente pactuada, transcorreu tranquilamente e Isabela prosseguiu para as etapas do depoimento especial com a mesma técnica que a acompanhou durante o contato com o animal. Observou-se que a menina voltou a manifestar tremores de nervosismo e postura mais tensa, que, entretanto, não obstaram sua narrativa livre sobre os fatos, assim como a realização de detalhamentos e esclarecimentos solicitados pela sala de audiência, onde se encontravam os profissionais jurídicos.

Na fase pós-depoimento, o cão retornou para sala sem que Isabela esperasse por isso. Este reencontro foi especialmente significativo, pois Teela, sem receber nenhum comando, foi imediatamente em direção à Isabela, posicionando sua cabeça em seu colo e assim ficou enquanto a adolescente permaneceu um tempo ainda em silêncio a acariciando, para que então, aos poucos, retomasse sua disposição anterior de brincar e retomar sua rotina com sua família.

Após alguns dias depois da realização do depoimento especial, a mãe de Isabela entrou em contato com o NAE Londrina enviando uma foto de uma cartinha que a filha teria escrito espontaneamente para Teela, conforme o registro mostrado abaixo (Figura 4).

Figura 3 e Figura 4

3: Teela em interação com a adolescente Isabela na fase de pré-depoimento; e

4: Cartinha da adolescente Isabela para Teela dias após o depoimento especial.

4.2. Caso Ana e Maria e a astúcia do bernese Bello

Ana possui 10 anos e Maria 11 anos de idade. São vizinhas de condomínio e amigas, tendo por hábito brincar rotineiramente nas dependências comuns do prédio em que residem. De acordo com os autos do processo, em uma determinada ocasião, Maria teria sido abordada por um vizinho conhecido que lhe mostrou um vídeo com conteúdo sexual e passou a mão em suas partes íntimas. Ana, que estava próxima da garagem, testemunhou o ocorrido.

Com a avaliação preliminar identificando as condições favoráveis para a realização do depoimento especial tanto da vítima quanto da testemunha, as audiências foram designadas para o mesmo dia. Na ocasião, se colocou um desafio para o uso do cão de assistência judiciária, pois as duas crianças chegaram ao mesmo tempo para a fase de pré-depoimento, sendo que até aquele momento do projeto todos os atendimentos então realizados haviam sido individuais e o animal ainda não havia sido treinado para atuar em um contexto de dupla ou grupo.

Considerando a concordância e excitação de Ana e Maria, o encontro entre as crianças e Bello ocorreu na sala de depoimento especial. As meninas estavam agitadas

e interagiram livremente com Bello, realizando carícias no animal e brincadeiras. Maria era mais extrovertida e comunicativa em relação ao perfil mais tímido de Ana. Independentemente disso, o que se observou como resposta específica do animal, foi ele ter dirigido a atenção igualmente para as duas crianças. Mesmo não tendo sido treinado para a situação do atendimento em dupla, Bello discriminou que se tratavam de duas crianças no contexto do fórum, e, portanto, ambas alvo de sua atenção e interação. É possível hipotetizar que um comportamento tão específico não guarde relação com um evento aleatório, configurando o desenvolvimento de habilidades significativas e especializadas do cão para a facilitação do atendimento de crianças no ambiente forense.

Inclusive, na foto que registra este aspecto do comportamento de Bello, o cão chega a apoiar as duas patas, uma em cada criança, e permaneceu dessa forma por tempo significativo.

Figura 5



5: *Bello em interação com as duas crianças na fase de pré-depoimento.*

As duas experiências apresentadas são apenas um pequeno recorte da totalidade dos atendimentos do projeto nos depoimentos especiais da Comarca de Londrina, que já somam, no último semestre, aproximadamente quinze. Entretanto, expressam parte das características altamente específicas que apontam para a atuação especializada

do cão de assistência judiciária como um facilitador para a participação de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência em processos judiciais que as envolvem, proporcionando sinais de alívio da ansiedade e apoio emocional.

Após a divulgação dos primeiros relatos na imprensa local e nacional, alguns tribunais de Justiça do país interessaram-se pelo projeto e manifestaram a intenção de replicar a prática em outros Estados. Entre os tribunais que demonstraram interesse pela prática, estão o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG)⁸⁸⁵, o Tribunal de Justiça do Amazonas (TJAM), que, a propósito, já realizou visita técnica em Londrina/PR, e, por fim, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso (TJMT). Uma das questões que têm impactado a dificuldade de replicabilidade da prática, em outras localidades, está na inexistência de instituições com o mesmo perfil do IBETAA, responsável por introduzir a experiência de uso de cães de assistência judiciária aqui no Brasil. Isso porque a seleção e treinamento dos animais exige preparo e estudo especializados, monitoramento da saúde e constante condicionamento comportamental. Outros pontos que possuem relevância para a disseminação da prática são a importância do apoio institucional, a anuência dos magistrados e magistradas envolvidos, além da abertura da equipe de servidores do Poder Judiciário diretamente relacionada ao atendimento do público-alvo. Vale dizer que na experiência até o momento vivenciada, a capacitação, as etapas de planejamento e as reuniões de ajustes na implementação são fundamentais para a assimilação dos princípios e particularidades da parceria com os cães de assistência judiciária.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017, tornou obrigatória a escuta protegida de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência pelo procedimento do depoimento especial, consagrando a prática iniciada em território brasileiro no ano de 2003, no Rio Grande do Sul, sob o nome “depoimento sem dano”. O objetivo do procedimento da Lei nº 13.431/2017 é proporcionar condições adequadas para que a criança e o adolescente possam falar livremente sobre aquilo que lhes aconteceu, sem medo, temor ou desconfiança, evitando-se, igualmente, que a vítima ou a testemunha infantil, que é ouvida em juízo, tenha os seus direitos violados e seja novamente

885 O projeto foi apresentado em uma live intitulada “**Cães de assistência judiciária: uma experiência protetiva**”, promovido pelo UAILAB, o Laboratório de Inovação do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no dia 24 de outubro de 2023. Conferir em: https://www.youtube.com/watch?v=LHwUqGve70M&ab_channel=EJEF%2FTJMG. Acesso em: 26 nov. 2023.

revitimizada. Mais do que um procedimento judicial, o depoimento especial é uma nova filosofia judiciária, que implica na comunhão de esforços de todos os envolvidos para criação de um ambiente acolhedor e amigável para a criança que entra em contato com a Justiça.

Desde o ano de 2017, portanto, toda criança e todo adolescente, que tenha vivenciado ou presenciado um ato de violência, seja de qualquer natureza (física, psicológica, sexual, etc.), têm o direito (e não o dever) de ser ouvido pelo rito do depoimento especial, segundo o qual o depoimento é colhido na forma de entrevista forense, realizada em uma sala especial, reservada e silenciosa, com decoração acolhedora e receptiva, conduzida por profissional especializado, capacitado e treinado, sem que haja qualquer tipo de contato da vítima com o suposto agressor.

Dentre os esforços que devem ser envidados pelos adultos, para tornar a experiência da criança mais agradável, estão as ferramentas de apoio ao depoimento infantojuvenil. É que, em algumas situações, é possível que a criança (e o adolescente) queira falar sobre aquilo que lhe aconteceu, mas, para tanto, se faz necessário algum tipo de suporte. É o caso, por exemplo, do intérprete, que facilita a comunicação com a criança que fala um idioma diverso do português, ou do uso dos desenhos para a tomada do depoimento de crianças com limitações linguísticas.

Nessa linha de raciocínio, este artigo investigou, de modo mais específico, importante ferramenta que pode contribuir para a tomada do depoimento especial: o emprego de animais de assistência emocional, notadamente no momento que antecede o depoimento em si, isto é, de acolhimento inicial e de preparação do depoente infantil. Afinal, como visto, não raramente as crianças e os adolescentes chegam ao prédio do fórum tomados por diversos sentimentos negativos: angústia, ansiedade, medo, incompreensão, nervosismo, etc. Por isso, é fundamental que, antes da tomada do depoimento, sejam acolhidos pela equipe técnica do juízo, a quem compete estabelecer um vínculo de confiança (*rapport*) com o depoente, a fim de que se sintam seguros e confortáveis para, oportunamente, relatar a situação de violência. Nesse cenário, o uso de animais pode contribuir positivamente para dissolver a tensão do momento, eliminar a ansiedade e relaxar o depoente, deixando-o confortável para que, após, preste seu depoimento.

Nessa toada, este artigo destacou que o uso de animais no âmbito forense já é prática comum em países como Estados Unidos e França há alguns anos. Na seção anterior, foi, então, estudado o caso concreto da experiência inédita e pioneira junto ao Poder Judiciário brasileiro: desde julho de 2023, a Comarca de Londrina, no Estado do Paraná, conta com o reforço de cães de assistência judiciária utilizados, dentre outras situações, para o momento do acolhimento que antecede a tomada do depoimento

especial de crianças e de adolescentes vítimas de violência.

Ao longo do estudo, viu-se que o projeto paranaense, embora iniciado há pouco tempo, já vem colhendo resultados positivos, com recepção favorável das crianças e dos adolescentes, o que reflete na tomada do depoimento especial. Mais, a iniciativa ganhou repercussão nacional e pode ser replicada para outros tribunais, sobretudo mediante parcerias com a sociedade civil.

Por fim, para a expansão do emprego dos animais de assistência judiciária em outras etapas do depoimento especial, inclusive na tomada do depoimento em si, é recomendado que novos estudos sejam realizados por outros pesquisadores, apontando-se os pontos de adaptação do Protocolo Brasileiro de Entrevista Forense a essa nova realidade dos depoimentos especiais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUFFRET, Florian. Le Chien. In: REGNIER, Maryse Le Men; KOHLER, Robert, et al. **Profession: Chien D'Assistance Judiciaire**. Fondation A et P Sommer, 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 21 out. 2023.

BRASIL. **Recomendação nº 33, de 23 de novembro de 2010**. Recomenda aos tribunais a criação de serviços especializados para escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência nos processos judiciais. Depoimento Especial. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/878>. Acesso em: 20 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017**. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Brasília, DF: Congresso Nacional, 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm. Acesso em: 20 out. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 9.603, de 10 de novembro de 2018**. Regulamenta a Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Decreto/D9603.htm. Acesso em: 20 out. 2023.

CATAFESTA, Claudia. **Direito de voz de adolescentes:** Protagonismo juvenil nas audiências concentradas socioeducativas. Londrina, PR: Thoth Editora, 2023.

CATAFESTA, Claudia; DIAS, Rodrigo Rodrigues. **Crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência:** a avaliação preliminar como garantia da proteção integral no depoimento especial. In: CRUZ, Rogério Schietti; BEDÊ JÚNIOR, Américo; DEZEM, Guilherme Madeira (orgs.). Justiça Criminal: A prova no processo penal na ótica dos juízes brasileiros: volume 2. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

CEZAR, José Antônio Daltoé. **Depoimento sem dano:** uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado Editora, 2007.

CEZAR, José Antônio Daltoé. A atenção à criança e ao adolescente no judiciário: práticas tradicionais em cotejo com práticas não revitimizantes (depoimento especial). In: SANTOS, Benedito Rodrigues dos; GONÇALVES, Itamar Batista; VASCONCELOS, Gorete (coords.). **Escuta de crianças e adolescentes em situação de violência sexual:** aspectos teóricos e metodológicos: guia para capacitação em depoimento especial de crianças e adolescentes. Brasília, DF: EdUCB, 2014.

COURTHOUSE DOGS FOUNDATION. **Facility Dogs at Children's Advocacy Centers and in Legal Proceedings.** Best Practices. Bellevue, WA: Courthouse Dogs Foundation, 2015. Disponível em: <https://courhousedogs.wpengine.com/wp-content/uploads/2017/02/Facility-Dogs-at-CACs-Best-Practices-Final-2-18-15.pdf>. Acesso em: 27 out. 2023.

GIUMELLI, Raísa Duquia; SANTOS, Marciane Cleuri Pereira. Convivência com animais de estimação: um estudo fenomenológico. **Revista da Abordagem Gestáltica**, v. 22, n. 1, Goiânia, p. 49-58, jan-jun. 2016. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rag/v22n1/v22n1a07.pdf>. Acesso em: 13 out. 2023.

KLEFENZ, Micheli Gonzalez. **A importância dos animais de assistência emocional para pessoas com TEA - Transtorno do Espectro Autista.** Monografias Brasil Escola, 2022. Disponível em: https://monografias.brasilecola.uol.com.br/saude/a-importancia-dos-animais-de-assistencia-emocional-para-pessoas-com-tea-transtorno-do-espectro-autista.htm#indice_4. Acesso em: 15 out. 2023.

LANSDOWN, Gerison. **Can you hear me?** The right of young children to participate in decisions affecting them. Working Paper 36. Bernard van Leer Foundation, The Netherlands, 2005. Disponível em: <https://bibalex.org/baifa/Attachment/Documents/114976.pdf>. Acesso em: 19 out. 2023.

MELO, Eduardo Rezende. Crianças e adolescentes vítimas de violência: uma análise crítica

sob o crivo histórico-comparativo à luz do debate em torno do depoimento especial. In: SANTOS, Benedito Rodrigues dos; GONÇALVES, Itamar Batista (orgs.). **Escuta protegida de crianças e de adolescentes vítimas ou testemunhas de violências**: aspectos teóricos e metodológicos: guia de referência para capacitação em escuta especializada e depoimento especial. Brasília, DF: Universidade Católica de Brasília; São Paulo, SP: Childhood Brasil, 2020.

MELO, Sandra Gomes. A atenção à criança e ao adolescente nos órgãos de investigação policial (Polícia e Instituto de Medicina Legal). In: SANTOS, Benedito Rodrigues dos; GONÇALVES, Itamar Batista (orgs.). **Escuta protegida de crianças e de adolescentes vítimas ou testemunhas de violências**: aspectos teóricos e metodológicos: guia de referência para capacitação em escuta especializada e depoimento especial. Brasília, DF: Universidade Católica de Brasília; São Paulo, SP: Childhood Brasil, 2020.

OLIVEIRA, Heitor Moreira de. A pessoa de apoio à criança e ao adolescente vítima ou testemunha de violência: previsão, função e hipóteses. **Boletim de Direitos da Criança e do Adolescente**, n. 18, São Paulo, SP. Instituto Brasileiro de Direito da Criança e do Adolescente (IBDCRIA-ABMP), 2022.

OLIVEIRA, Heitor Moreira de; DIAS, Paulo Cezar. O animal como membro da família e detentor do direito de moradia comum: uma abordagem sobre a ilegalidade das normas condominiais. **Revista Brasileira de Direito Animal**, v. 18, n. 1, Salvador, BA, p. 282-307, 2023. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/53338>. Acesso em: 25 out. 2023.

PARANÁ. **Provimento nº 287 de 31 de janeiro de 2019**. Regulamenta os procedimentos afetos ao depoimento especial no Poder Judiciário do Estado do Paraná. 2019. Disponível em: https://portal.tjpr.jus.br/pesquisa_atmos/publico/ajax_concursos.do?tjpr.url.crypto=8a6c53f8698c7ff7801c49a82351569545dd27fb68d84af89c7272766cd6fc9f2b7ceb871026f5b660b37ebac0ac0f388bf440087b6b30641a2fb19108057b53eef286ec70184c6e. Acesso em 11 dez. de 2023.

PÖTTER, Luciane. **Vitimização secundária infantojuvenil e violência sexual intrafamiliar**: por uma política pública de redução de danos. 3ª ed. Salvador, BA: Editora JusPodivm, 2019.

RIBEIRO, Marília Lobão; ALVES JÚNIOR, Reginaldo Torres; MACIEL, Sérgio Bitencourt. Procedimentos éticos e protocolares na entrevista com crianças e adolescentes. In: SANTOS, Benedito Rodrigues dos; GONÇALVES, Itamar Batista (orgs.). **Escuta protegida de crianças e de adolescentes vítimas ou testemunhas de violências**: aspectos

teóricos e metodológicos: guia de referência para capacitação em escuta especializada e depoimento especial. Brasília, DF: Universidade Católica de Brasília; São Paulo, SP: Childhood Brasil, 2020.

SANTOS, Benedito Rodrigues dos; GONÇALVES, Itamar Batista (coord.). **Depoimento sem medo (?):** culturas e práticas não-revitimizantes: uma cartografia das experiências de tomada de depoimento especial de crianças e adolescentes. 2ª ed. São Paulo: Childhood Brasil, 2009.

SANTOS, Benedito Rodrigues dos [et al.]. **Cartografia nacional das experiências alternati-vas de tomada de depoimento especial de crianças e adolescentes em processos judiciais no Brasil:** o estado da arte. São Paulo, SP: Childhood Brasil; Editora da Universidade Católica de Brasília, 2013.

SANTOS, Benedito Rodrigues dos; VIANA, Vanessa Nascimento; GONÇALVES, Itamar Batista; com a participação de Paola Barros Barbieri e Maria Gorete O. M. Vasconcelos. **Crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência sexual:** metodologias para a tomada de depoimento especial. 1ª ed. Curitiba, PR: Appris Editora, 2017.

SANTOS, B. R.; GONÇALVES, I. B.; JÚNIOR, R. T. A. **Protocolo Brasileiro de entrevista forense com crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência.** São Paulo e Brasília: Childhood - Instituto WCF-Brasil: CNJ: UNICEF, 2020.

SCHMIDT, Flávio. **Lei do depoimento especial anotada e interpretada.** 2ª ed. Leme, SP: Editora Mizuno, 2024.

TURCHAN, Francisco García. **Análisis comparativo de protocolos de entrevista investigativa con niños, niñas y adolescentes que han sido víctimas de delitos sexuales.** Santiago de Chile: Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Sociales, 2013.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Convenção sobre os direitos da criança:** 30 anos. Salvador, BA: Editora JusPodivm, 2019.

VISNIEVSKI, Vanca Maria; ALMEIDA, Maria Eliete de. A preparação da criança e do adoles-cente para participar de procedimentos de investigação e judicialização de casos de violência. In: SANTOS, Benedito Rodrigues dos; GONÇALVES, Itamar Batista (orgs.). **Escuta protegida de crianças e de adolescentes vítimas ou testemunhas de violências:** aspectos teóricos e metodológicos: guia de referência para capacitação em escuta especializada e depoimento especial. Brasília, DF: Universidade Católica de Brasília; São Paulo, SP: Childhood Brasil, 2020.

ZAVATTARO, Mayra dos Santos. **Depoimento especial:** aspectos jurídicos e psicológicos de acordo com a Lei nº 13.431/2017. Belo Horizonte, MG: Editora D'Plácido, 2020.



DIREITO.UnB

Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**

Gostaria de submeter seu trabalho a Revista Direito.UnB?

Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>
e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.



UnB



**conhecimento em movimento
sociedade em transformação**



latindex

Sistema Regional de Información
en línea para Revistas Científicas de América Latina,
el Caribe, España y Portugal

INFLUXO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

INFLUENCE OF INTERNATIONAL TREATIES ON THE BRAZILIAN TAX SYSTEM

Recebido: 29/12/2025

Aceito: 28/09/2022

Rosiane Maria Lima Gonçalves

Docente na área de administração e também no mestrado profissional em administração pública (PROFIAP) na Universidade Federal de Viçosa, campus Rio Paranaíba..

E-mail: rosiane.goncalves@ufv.br.



Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5901-7948>.

Carlos Eduardo Artiaga Paula

Docente na área de direito e também no mestrado profissional em administração pública (PROFIAP) na Universidade Federal de Viçosa, campus Rio Paranaíba.

E-mail: carlosartiaga@ufv.br.



Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6927-9239>.

Ebio Viana Meneses Neto

Doutorando em Administração pela Universidade Federal de Viçosa, campus Viçosa.

E-mail: ebio.neto@ufv.br



Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0909-1784>..

Isabela Dutra Riberio

Graduada em Ciência Contábeis pela Universidade Federal de Viçosa (UFV), campus Rio Paranaíba..

E-mail: isa_direction55@hotmail.com



Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6029-4528>.



Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.

This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that allows sharing in any format as long as the original work is properly acknowledged.

RESUMO

Tributar não abrange apenas a arrecadação de recursos para o Estado, mas envolve também intervir nas relações comerciais e econômicas entre países. Diante disso, este trabalho visa descrever o estado da arte sobre tratados internacionais e o influxo destes no Sistema Tributário Brasileiro (STN). A partir de uma pesquisa bibliográfica sistematizada, os dados da pesquisa indicaram que os tratados internacionais interferem no sistema tributário interno, sobretudo a partir de regulamentações em quatro eixos temáticos principais que são: dupla tributação internacional, incentivos fiscais, concorrência fiscal e harmonização tributária e fiscal. Essas regulamentações visam estimular ações governamentais e do contribuinte para promover o crescimento econômico, gerar empregos e reduzir desigualdades sociais. No entanto, adotar esses tratados internacionais podem gerar problemas, como o enfraquecimento de alguns setores da economia. Por fim, esses tratados no sistema tributário, embora necessárias por fomentar e aprimorar o comércio, não são facilmente efetivadas, pois exigem conciliar interesses divergentes dos países sem haver graves prejuízos à economia interna de cada um deles.

Palavras-chave: Acordos Internacionais. Incentivos Fiscais. Concorrência Internacional. Dupla tributação internacional. Harmonização Tributária e Fiscal.

ABSTRACT

Taxing does not only cover the collection of resources for the State, but also involves intervening in commercial and economic relations between countries. Therefore, this work aims to describe the state of the art on international treaties and their influence on the Brazilian Tax System (BTS). Based on a systematic bibliographical research, the research data indicated that international treaties interfere in the internal tax system, especially through regulations in four main thematic axes, which are: international double taxation, tax incentives, tax competition and tax and fiscal harmonization. These regulations aim to encourage government and taxpayer actions that intend to promote economic growth, job creation and reducing social inequalities. However, adopting these international treaties can generate problems, such as the weakening of some sectors of the economy. Finally, international policies in the tax system, although necessary to promote and improve trade, are not easily implemented, as they require reconciling the divergent interests of countries without causing serious damage to the internal economy of each of them.

Keywords: International Agreements. Tax breaks. International Competition. International double

1. INTRODUÇÃO

Os efeitos de tributar não se limitam ao território de cada Estado. Pelo contrário, a tributação extrapola as fronteiras estatais, pois, a depender de como é desenvolvida, pode ou não estimular o comércio entre empresas localizadas em outros territórios, já que repercute nos custos e, portanto, nos preços das mercadorias.

Dessa forma, o ato de tributar não abrange somente a arrecadação de recursos para o Estado, mas envolve também intervir nas relações comerciais entre países e também no desenvolvimento de cada nação (TORRES, 2014). Logo, tributar um determinado comportamento pode levar a desestimulá-lo, assim como a alta tributação sobre os cigarros que pode reduzir a quantidade das indústrias desse setor. Por outro lado, conceder benefícios fiscais (ou incentivos fiscais), por exemplo, pode estimular comportamentos, tendo, como subjacente, o propósito governamental a realizar interesses públicos, dentre os quais promover o crescimento econômico, gerar emprego, reduzir as desigualdades sociais e também atrair capital estrangeiro para promover o desenvolvimento do país (ALMEIDA & LAMBERT, 2014).

Por isso, é comum que países celebrem tratados que versem sobre a temática da tributação, que são acordos realizados entre países ou organizações internacionais que procuram proteger e/ou fortalecer interesses dos países (TAKANO, 2017; MARTINS, 2019).

Há uma grande variedade de nomenclaturas para os tratados internacionais, entre elas podemos citar “convenção”, “ato”, “protocolo”, “convênio”, “ajuste” e “acordo”, entre outros. No entanto, de acordo com Souza Junior, Santos e Gabriel (2014) “tratados” e “convenções” são expressões sinônimas. Já as nomenclaturas “acordo”, “convênio”, “ajuste”, “arranjo” são atos internacionais de maior ou menor alcance, que poderão ser tanto de caráter bilateral, como de caráter multilateral. Nesse estudo, empregar-se-á, então, a terminologia “tratado internacional”, por ser a nomenclatura mais recorrente entre os autores pesquisados.

Os tratados internacionais podem, também, gerar uma abertura comercial, pois facilita compras e vendas no exterior e aumenta a competitividade das nações. No mundo globalizado, participar do mercado internacional consiste em adotar medidas para promover um relacionamento comercial com os blocos econômicos e demais

nações. Essa relação entre países pode ser feita de forma bilateral (entre dois países) e multilateral (participação de vários países em fóruns e organizações internacionais). A partir do exposto, visa-se, neste artigo, a partir de uma revisão sistemática, descrever o estado da arte sobre tratados internacionais e o influxo destes no Sistema Tributário Brasileiro (STN).

Entende-se por STN o conjunto de normas jurídicas⁸⁸⁶ destinadas a regular a instituição, a cobrança, a arrecadação e a partilha de tributos (CORREIA NETO, 2019). Essas normas jurídicas estão previstas em leis que podem ser de diversas espécies⁸⁸⁷, como lei ordinária, complementar, emenda à Constituição, tratados internacionais etc. Por isso, esses (tratados internacionais) fazem parte do Sistema Tributário Nacional e, à medida que esses tratados são estabelecidos, modificados ou excluídos, esses, por conseguinte, interferem no STN.

Também é importante esclarecer a relação entre a política internacional sobre matéria tributária e o tratado internacional sobre essa temática. As políticas públicas são mais amplas, porque envolvem a coordenação de atividades entre Estados para realizar objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados (BUCCI, 1997). Essas políticas podem ser estabelecidas de diversas formas, como decretos, orientações e outros atos que não são necessariamente leis.

Contudo, as políticas internacionais também podem ser estabelecidas na forma de leis e quando isso ocorre celebra-se um tratado internacional, positivado na ordem jurídica interna de cada país. Ocorre que, no âmbito tributário, é extremamente relevante positivar as políticas públicas na forma de lei tributárias, já que o princípio da legalidade tributária (art. 150, I da Constituição Federal brasileira de 1988) (BRASIL, 1988) exige a existência de leis para criar, extinguir ou modificar tributos.

Por fim, destaca-se a relevância do presente tema que é recorrente na literatura tributária brasileira, principalmente quando se discute, no Congresso Nacional, questões relativas à desoneração tributária sobre combustíveis, renda e empresas, como ferramenta propulsora da economia. Além disso, o estudo merece destaque devido aos diversos projetos no Congresso de uma reforma tributária no Brasil, com o intuito de estimular uma harmonização tributária.

886 Norma jurídica é a proposição normativa, que pode disciplinar condutas ou atos que são coercitivas, ou seja, há sanção por seu descumprimento. As normas estão inseridas em uma ordem jurídica, garantida pelo poder público ou pelas organizações internacionais com o objetivo de garantir a ordem e a paz social e internacional (GUSMÃO, 1997).

887 Sobre as espécies normativas, observar os ensinamentos de Lenza (2012).

2. Referencial teórico

No presente referencial teórico, será abordado os principais temas que envolvem o presente estudo que são a dupla tributação internacional, os incentivos fiscais, a concorrência fiscal e a harmonização tributária e fiscal. Essas temáticas têm como marco a globalização que visa integrar os Estados e se intensifica a partir do século XX, quando os países observaram que o isolamento internacional, além de impossível, é inconveniente. Os Estados viram-se, portanto, na contingência de ampliar e adequar suas relações internacionais em um novo cenário global (BONZANINI, 2014).

Entre as principais mudanças advindas com a globalização, pode-se citar a liberalização crescente do mercado, a redução gradual da participação estatal na economia e a diminuição dos obstáculos à circulação do capital, criando, assim, um ambiente propício à internacionalização dos negócios (SZAJNBOK, JARDIM e PAGANELLA, 2022).

A globalização também viabilizou o surgimento de blocos econômicos para aumentar o mercado consumidor, fortalecê-lo e torná-lo mais competitivo. Esses blocos econômicos, cujo surgimento remonta a década de 1940, visavam, inicialmente, estabelecer parceiros comerciais para superar a decadência provocada pela guerra. Contudo, a aproximação entre os países membros tem se tornado mais intensa a ponto de extrapolar os limites dos estados nacionais e atingir grandes empresas que foram forçadas a realizar fusões para atender o mercado e sobreviver a ele (OLIVEIRA, 2017).

Com a globalização, fez-se necessária a formação de blocos econômicos que possuem diferentes níveis contratuais. Alguns visam apenas facilitar alguns itens na balança comercial (Zona de Preferência Tarifária). Outros, contudo, visam a união total ou integração, como a União Europeia (União Econômica e Monetária) (OLIVEIRA, 2017). E outros pretendem um mercado comum para a livre circulação de bens, serviços e produção entre países. Visam, dessa forma, eliminar direitos alfandegários com o estabelecimento de uma tarifa externa única comum e adoção de política comercial comum em relação a terceiros estados ou agrupamentos de estados. Pretendem, também, coordenar políticas macroeconômicas e setoriais (OLIVEIRA, 2017).

Contudo, os impactos decorrentes da formação dos blocos econômicos e da globalização influenciaram os Estados nacionais e seu sistema jurídico. Com isso, o Direito, como instituição, vem sofrendo profundas transformações, afastando-se cada vez mais dos conceitos clássicos que nortearam a instituição das soberanias nacionais. O mundo globalizado exige, portanto, a releitura das bases que fundaram o direito internacional público (SCHMIDT, 2009).

Uma das áreas atingidas pela globalização é o direito tributário, ramo do direito público, que regulamenta o Sistema Tributário Nacional (BONZANINI, 2014), pois, conforme já mencionado, a tributação interfere nos preços das mercadorias e, por conseguinte, no comércio entre países (MENEZES, 2021). Internacionalmente, o direito tributário passa a sofrer influxos dos tratados internacionais para introduzir normas que limitam o sistema tributário interno de cada Estado a fim de trazer harmonia ao relacionamento jurídico entre os signatários (BONZANINI, 2014).

Esses tratados internacionais visam, sobretudo, evitar indesejáveis concursos de pretensões punitivas e, para tanto, são criados critérios para evitar, reduzir ou eliminar a dupla ou múltipla incidência de tributos ou bitributação. Essa dupla ou múltipla tributação ocorre quando há o concurso de normas tributárias emanadas de dois ou mais Estados soberanos, incidindo sobre um mesmo fato gerador (evento que dá origem a uma obrigação tributária), onerando, com tributos idênticos, o mesmo contribuinte em um mesmo período (SILVA, 2008). Esses tratados internacionais contra a bitributação visam: combater a evasão tributária internacional; impedir a discriminação no tratamento de contribuintes; garantir maior segurança jurídica pela certeza do direito aplicável (BONZANINI, 2014); assegurar rendimentos para o funcionamento do próprio Estado; captar novos investimentos e fomentar a sua economia inteira (CROTTI E COURINHA, 2020).

Ainda, além de buscarem afastar comportamentos indesejados, como a bitributação, os tratados internacionais se estabelecem como importantes ferramentas de proteção dos Direitos Fundamentais e ratificam a abrangência universal dos Direitos Humanos. Pode-se avançar e avaliar o enquadramento dos tratados internacionais em matéria tributária como garantias fundamentais e, na violação destes, resta o contribuinte ceifado de seus direitos previstos na Constituição Federal (RAMOS, 2017).

Há, também, outros objetivos que envolvem as convenções internacionais em matéria tributária, como estimular as atividades econômicas intra ou inter-regionais, eliminar tributos e obrigações tributárias aduaneiras e estimular o comércio. Ou seja, ao se comprometerem a criar uma zona de livre comércio e uma união aduaneira, cada país, ao seu modo, dispôs-se a abrir mão de tributos até então previstos no respectivo ordenamento jurídico em favor do dinamismo da economia (BONZANINI, 2014).

A partir da estratégia de incentivar o comércio e a relação entre países por meio dos tributos, observamos a adoção de incentivos fiscais. Na visão de Melo (2009, p. 370 apud ALMEIDA & LAMBERT, 2014, p. 87), estes que consistem em afastar a incidência tributária e, por isso, geram o não pagamento do tributo e um déficit na arrecadação do Estado. No Brasil, um dos programas de incentivo fiscal é o que afasta o pagamento de diversos tributos quando uma empresa exporta produtos (GESSER E VASCONCELOS,

2020).

A partir da concessão de incentivos fiscais, que atrai investimentos internacionais, decorre o terceiro tema do estudo que é a concorrência fiscal que é a disputa entre Estados para receber investimentos privados em seus territórios, o que é possível, dentre outros meios, pelos benefícios fiscais (THORSTENSEN & OLIVEIRA, 2012). Essa disputa entre Estados torna competitivo o meio internacional em que cada país adota medidas próprias para maximizar seus ganhos, seja por meio de regras de tributação favorecida. (SAMPAIO E COSTA, 2018).

Entretanto, países têm reagido a essas práticas de concorrência fiscal, valendo-se, novamente, dos tratados internacionais (COIMBRA E LAVOURAS, 2021) que consideram, além das necessidades de mercado, evitar a concorrência fiscal, inibir a evasão fiscal, harmonizar diferentes sistemas jurídico, fomentar a arrecadação e estimular o desenvolvimento da economia dos países envolvidos (SILVA, 2008).

Em vista da importância de ter um mercado integrado, faz-se necessário desenvolver preceitos comunitários em matéria fiscal e tributária destinados a eliminar ou reduzir as distorções de maior relevância no seio do mercado, resultantes das diferenças nos sistemas tributários dos Estados-membros, com o intuito de promover a harmonização tributária e fiscal, que é o quarto e últimos tema deste estudo (RAYMUNDO, 2003).

Cabe salientar a distinção entre harmonização fiscal e harmonização tributária, já que esta é apenas um aspecto da harmonização fiscal. Considera-se que a harmonização fiscal abarca não somente a política de ingressos, que se constitui no seu aspecto tributário, compreendendo também a política de gastos públicos (RAYMUNDO, 2003). Já a harmonização tributária se manifesta em uma potencial tentativa de neutralizar as divergências entre os ordenamentos tributários dos países-membros do processo de integração, implicam infalivelmente em uma redução da autonomia fiscal dos Estados-Membros, mas isto em favor do desenvolvimento do processo de integração (TORRES, 1998).

3. Procedimentos metodológicos

A partir do referencial acima exposto, desenvolveu-se uma pesquisa exploratória (GIL, 2002), pois buscar-se-á obter da literatura um conhecimento amplo e geral acerca do objeto de estudo. Este estudo foi realizado a partir de uma pesquisa bibliográfica sistematizada, desenvolvida a partir de dados secundários (trabalhos científicos em base de dados online), de acordo com o protocolo de Cronin et al. (2008, p. 3) que são:

(a) formulação da questão de pesquisa; (b) estabelecimento de critérios de inclusão e exclusão; (c) seleção e acesso de literatura; (d) avaliação da qualidade da literatura incluída na revisão; e, (e) análise, síntese e disseminação dos resultados.

A seguir são descritas e sintetizadas como se procedeu com as etapas do protocolo da revisão sistemática da literatura para atingir o objetivo deste trabalho.

a) Formulação da questão de pesquisa: Descrever o estado da arte sobre tratados internacionais e o sistema tributário nacional brasileiro;

b) Estabelecimento de critérios de inclusão e exclusão: Para atingir o objetivo e afunilar os resultados da busca pretendida, foram determinados os seguintes critérios:

i) Delimitou-se a pesquisa nas seguintes bases: Google Acadêmico, SPELL e SciELO. Por visar descrever ações relacionadas ao Sistema Tributário Brasileiro, que envolve legislações nacionais em língua portuguesa, as três bases, que são interdisciplinares, se apresentam como extremamente relevantes para discussões no âmbito nacional. Ainda, buscou-se homogeneizar a pesquisa em torno de bases de dados de acesso aberto;

ii) Após definir as bases, foi estabelecido o período de publicação do material de 2016 a 2020 em uma primeira coleta de dados, realizada em junho de 2020. Em seguida, em julho de 2022, foi realizada uma segunda coleta de dados na qual foi estabelecido o período de publicação do material de 2020 a 2022. Essa nova coleta de dados foi realizada para atualizar o trabalho com novas publicações.

iii) Quanto às palavras-chave, definiu-se de acordo com a questão da pesquisa, que foram: sistema tributário nacional, políticas internacionais, incentivos fiscais e tributação, ligadas pelo operador booleano “AND”. O quadro 1 abaixo reproduz quais palavras-chave ou fórmula foram utilizadas para encontrar os trabalhos selecionados para embasar essa pesquisa.

Quadro 1 – Critérios utilizados para qualidade da literatura incluída na revisão

Base de Dados	Palavras-chave ou fórmulas	Trabalhos coletados
Google acadêmico	“Globalização” AND “barreiras” AND “internacional”.	(DUARTE DA MOTA, 2016)
Google acadêmico	“Políticas internacionais” AND “sistema tributário”	(GÖSSLER, 2016) e (MENEZES, 2021)
Google acadêmico	“Barreiras comerciais” AND “integração”	(PIRETT ET AL., 2019)
Google acadêmico	“Incentivos fiscais” AND “Acordos internacionais”	(GESSER, 2019)

Google acadêmico	“Benefícios fiscais” AND “tributação” AND “Internacional”	(COIMBRA, 2021)
Google acadêmico	“Regime tributário” AND “Integração”	(MARTINS, 2019)
Google acadêmico	“Convenções” AND “tributação”	(CROTTI, 2020)
Google acadêmico	“Globalização” AND “tributação”	(SZAJNBOK ET AL., 2022)

Fonte: Elaboração própria.

iv) Para os tipos de trabalhos, foi estabelecida uma busca apenas para trabalhos completos publicados em periódicos, dissertações, teses e meios de comunicação com alto fator de impacto e respeitados pela comunidade científica (anúário de revista com pesquisa de valor de impacto e acadêmico, por exemplo).

v) Delimitou-se a pesquisa até a página 10 de cada base de dados, ou seja, até o centésimo resultado.

c) Seleção e acesso de literatura: De acordo com o item anterior, a localização dos trabalhos ocorreu na base Google Acadêmico, SPELL e SciELO, com os critérios de inclusão e exclusão já mencionados.

A seleção dos trabalhos, na primeira coleta de dados, ocorreu a partir das seguintes filtragens: primeiro, encontrou-se sessenta e oito (68) resultados na base de dados google acadêmico, quatro (4) na SciELO e duas (2) na SPELL. Com esses setenta e quatro (74) trabalhos encontrados, foi feita uma análise da introdução e da conclusão de cada trabalho. Dessa forma, chegou-se a trinta (30) trabalhos para análise completa. Desses 30 trabalhos, 28 são da base de dados Google Acadêmico e dois (2) são da base SciELO. Em seguida, foi realizado uma leitura completa, em que somente cinco (5) trabalhos contemplaram o objetivo de pesquisa.

Na segunda coleta de dados, a seleção dos trabalhos foi realizada pela seguinte filtagem: excluindo-se os trabalhos já encontrados, chegou-se a dez (10) trabalhos na base de dados google acadêmico que foram integralmente lidos. Dessa forma, quatro (4) trabalhos atenderam ao objetivo de pesquisa e foram contemplados para contribuir com esse estudo. A soma das duas coletas totalizou nove (9) trabalhos contemplados e estes estão dispostos no quadro 2 abaixo.

d) Avaliação da qualidade da literatura incluída na revisão: A partir das buscas e dos critérios estabelecidos no protocolo, foram escolhidos nove trabalhos (presentes no quadro 2 abaixo) que foram analisados rigorosamente, conforme descrito no tópico

“resultados” desse estudo.

Quadro 2 - Trabalhos selecionados que observam os critérios da pesquisa

Nº Trabalho	Título	Autores	Instituição de ensino	Ano de publicação	Periódico/Repositório
Trabalho 1 (A1)	Concorrência Fiscal Internacional: escolhas e conflitos	Liliana de Jesus Duarte da Mota	U.Porto	2016	Repositório da Faculdade de Direito da Universidade de Porto
Trabalho 2 (A2)	Direito tributário internacional e desenvolvimento: Análise das convenções contra a bitributação internacional da renda celebradas entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento	Thassiane Ayres Gössler	URRGs	2016	Repositório Digital da URRGs
Trabalho 3 (A3)	O regime tributário internacional: desafios e possibilidades para a cooperação entre os países	Jonatas Martins	UECE	2019	Revista GeoUECE
Trabalho 4 (A4)	A Importância do Regime Aduaneiro de <i>Drawback</i> para internacionalização de empresas brasileiras	Christiane Pirett, Cely Pirett e Luciana Cezarino	Abracomex	2019	Revista Eletrônica de Negócios Internacionais: Internext
Trabalho 5 (A5)	Comércio Exterior e Políticas de Incentivos Fiscais: Uma análise do Regime Drawback no Brasil (2013-2018)	Thuany Gesser	UFSC	2020	Repositório Institucional da Universidade Federal de Santa Catarina
Trabalho 6 (A6)	A evolução das convenções de dupla tributação do Brasil	Danilo da Fonseca Crotti	ULisboa	2020	Sistema Integrado de Bibliotecas da Universidade de Lisboa
Trabalho 7 (A7)	A Guerra Fiscal causada pela tributação privilegiada: dos paraísos fiscais à crise do federalismo cooperativo brasileiro	Rafael Silva Coimbra	UC	2021	Repositório científico da Universidade de Coimbra

Trabalho 8 (A8)	PEC 110/ 2019: A tentativa de simplificação do Sistema Tributário nacional e os impactos da adoção de um imposto tipo IVA nas relações com os estados-membros da OCDE, em especial a Alemanha	Fernanda Paris de Menezes	UFOP	2021	Biblioteca Digital da UFOP
Trabalho 9 (A9)	Globalização, paraísos fiscais e concorrência fiscal internacional	Lucienne Michelle Treguer Cwikier Szajnbok, Eduardo Marcial Ferreira Jardim e Marco Aurélio Paganella	UPM	2022	Revista Tributária e de Finanças Públicas

Fonte: Elaboração própria.

e) Análise, síntese e organização dos resultados: Nessa última fase, os nove trabalhos selecionados foram lidos e, em conformidade com a análise de conteúdo de Bardin (1977), foram definidas categorias, conforme exposto no quadro 3 abaixo:

Quadro 3 - Temas relevantes para pesquisa e os trabalhos que os menciona

Categoria	Autores que citaram a temática
Dupla tributação internacional	(CROTTI, 2020), (GÖSSLER, 2016) e (MARTINS, 2019).
Concorrência fiscal	(DUARTE DA MOTA, 2016), (SZAJNBOK ET AL., 2022) e (COIMBRA, 2021).
Incentivos fiscais	(PIRETT ET AL., 2019), (GESSER, 2019).
Harmonização tributária	(DUARTE DA MOTA, 2016), (MENEZES, 2021).

Fonte: Elaboração própria.

Após a categorização dos temas relevantes dessa pesquisa, os resultados dos trabalhos selecionados foram analisados no tópico 4 e discutidos no tópico 5 a seguir expostos.

4. Resultados

Nesta seção são apresentados os resultados encontrados na pesquisa. Primeiramente, são apresentados os assuntos principais de cada trabalho pesquisado e os principais resultados apontados nos estudos primários avaliados na revisão sistemática de acordo com os autores e ano de publicação dos trabalhos.

O quadro 4 apresenta os trabalhos incluídos no resultado da presente revisão, de acordo com o nome dos autores, o ano de publicação e o assunto principal dos estudos. Os trabalhos foram inseridos no quadro em ordem decrescente quanto ao ano de publicação.

Quadro 4 – Assunto principal encontrado nos trabalhos estudados

Autores (Ano)	Assunto principal
A1 Duarte da Mota (2016)	Analisar as diversas realidades associadas ao fenómeno da concorrência fiscal, tais como os paraísos fiscais, os regimes fiscais preferenciais e as jurisdições de sigilo.
A2 Gössler (2016)	Analisar as convenções contra a bitributação internacional da renda celebradas entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento.
A3 Martins (2019)	Analisar alguns dos aspectos principais das relações tributárias internacionais, observando desde a formação do regime tributário internacional até as buscas por uma maior cooperação nos tempos atuais.
A4 Pirett et al. (2019)	Analisar os aspectos positivos e negativos que têm conduzido empresas brasileiras a constituir ou não constituir o regime aduaneiro de Drawback.
A5 Gesser (2020)	Observar o papel das políticas de incentivo fiscal no Brasil, mais precisamente do regime drawback, no período de 2013 a 2018, com intenção de analisar a relevância da sua participação no setor exportador brasileiro, bem como seu funcionamento e dinâmica tributária.
A6 Crotti (2020)	Analisar os acordos de dupla tributação em vigor na República Federativa do Brasil, comparando-os com as convenções modelos da OCDE e ONU.
A7 Coimbra (2021)	Buscar elencar princípios constitucionais e infraconstitucionais que permitem ou coíbem a prática da guerra fiscal, esclarecendo conceitos e verificando as formas de sua ocorrência.
A8 Menezes (2021)	Buscar compreender alguns dos possíveis impactos na parceria comercial entre Brasil e Alemanha, um dos Estados pioneiros na utilização do IVA e investidor significativamente presente em território nacional.
A9 Szajnbok et al. (2022)	Discutir sobre o nível e a intensidade de participação do Estado na economia, havendo, de um lado, quem defenda a total liberdade econômica e, de outra monta, quem propugna a necessidade do Estado intervir na economia, quer para regular a atuação do setor privado, quer para promover o crescimento econômico e o desenvolvimento ou, ainda, para evitar e/ou corrigir eventuais falhas e distorções na economia de mercado.

Fonte: Elaboração própria.

A metodologia utilizada no A4 foi uma revisão integrativa da literatura que permitiu elencar e agrupar evidências científicas sobre o drawback⁸⁸⁸, um regime aduaneiro especial de incentivo às exportações e sua importância para a internacionalização de empresas localizadas no território brasileiro. No A5, empregou-se uma análise documental que buscou analisar as políticas de incentivos fiscais com foco no regime drawback. Os outros trabalhos selecionados foram revisões teóricas que seguiram o entendimento dos autores sem adotar uma metodologia pré-definida.

Os principais resultados que atenderam ao objetivo de pesquisa desse trabalho (descrever o estado da arte sobre tratados internacionais e o sistema tributário nacional brasileiro), encontra-se no quadro 5 (abaixo):

Quadro 5 - Principais resultados apontados nos estudos avaliados na Revisão Sistemática de acordo com os autores e ano de publicação dos trabalhos

Autores (Ano)	Resultados encontrados nos trabalhos
<p>A1 Duarte da Mota (2016)</p>	<ul style="list-style-type: none"> - A concorrência fiscal pode ser considerada prejudicial. Apesar de referir os aspectos benéficos da concorrência fiscal, não deixa de concluir, que, em determinadas situações, esta pode ser nociva; - A concorrência fiscal surge, igualmente, como um fator que cria desigualdades, para além de potenciar o desenvolvimento de práticas criminosas, tais como a evasão fiscal; - Com a harmonização fiscal internacional, pretende-se encontrar uma solução racional de compromisso entre a necessidade de eliminar as disparidades fiscais existentes entre os Estados e a salvaguarda da autonomia destes em sede da sua competência legislativa e jurisdicional.
<p>A2 Gössler (2016)</p>	<ul style="list-style-type: none"> - As convenções bilaterais são a medida mais apropriada para solucionar o problema da dupla tributação, visto que delimitam as competências tributárias dos Estados contratantes, enquanto Estados da fonte produtora dos rendimentos e Estados da residência; - A autora constatou que há uma dificuldade existente na negociação e celebração de convenções contra a bitributação entre países que se encontram em diferentes níveis de desenvolvimento.

888 Regime aduaneiro especial que permite a importação ou aquisição no mercado interno, desonerada de tributos, de insumos a serem empregados ou consumidos na industrialização de bens destinados à exportação (BRASIL, 2022).

<p>A3 Martins (2019)</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Dificuldade em se obter uma maior integração devido aos conflitos de interesse existentes principalmente entre países capitalistas centrais e periféricos; - A rede de tratados bilaterais é limitada e as leis domésticas de cada Estado não levam em consideração as regras de tributação das outras nações, não havendo uma integração satisfatória; - Para que a redução da soberania e a resolução dos problemas de dupla tributação e competição tributária ocorram, os países precisariam patrocinar alguma forma de cooperação tributária a nível internacional; - Falta de um órgão específico de mediação faz com que cada país busque agir conforme seus interesses, os quais são altamente distintos entre si.
<p>A4 Pirett et al. (2019)</p>	<ul style="list-style-type: none"> - O uso do Drawback (incentivo fiscal), no que diz respeito à redução dos custos pela desoneração de tributos incidentes na operação, é vantajoso financeiramente para as empresas que atuam ou almejam investir no mercado internacional; - Contudo, devido ao processo burocrático do sistema aduaneiro à carência de pessoal capacitado para a sua operacionalização, os benefícios desse regime não têm estimulado uma parcela significativa de empresas brasileiras, independentemente do porte, à sua adesão.
<p>A5 Gesser (2020)</p>	<ul style="list-style-type: none"> - No período de 2013 a 2018, o percentual de participação médio do drawback nas exportações brasileiras manteve-se em torno de 23% destas, indicando que esse percentual é, em relação às exportações totais, devido exclusivamente às exportações beneficiadas pelo drawback; - Políticas de incentivos fiscais assumem grande papel no comércio exterior brasileiro, e que o regime aduaneiro drawback é uma prova concreta dessa afirmação, pois, conforme os dados revelaram, tanto para as exportações quanto para o PIB, sua margem de contribuição foi bastante expressiva.
<p>A6 Crotti (2020)</p>	<ul style="list-style-type: none"> - A celebração de acordos ou convenções para evitar a dupla tributação ou não-tributação entre Estados é importante tanto para assegurar rendimentos para o funcionamento do próprio Estado quanto para captar novos investimentos e fomentar sua economia interna; - A convenção modelo da ONU, por focar na relação de países desenvolvidos e em desenvolvimento, favorece geralmente a retenção de maior parte de um imposto inserido na convenção no país de origem do rendimento – país de acolhimento de investimento – se comparado com o país de residência do investidor; - Por sua vez, a convenção modelo da OCDE favorece geralmente o país de residência do investidor, evidenciando uma tendência de privilegiar os países exportadores de capital – país de origem do investimento.
<p>A7 Coimbra (2021)</p>	<ul style="list-style-type: none"> - A concessão desenfreada e desrespeitosa de incentivos fiscais em sede de ICMS, causa prejuízos não só para os Estados diretamente prejudicados que suportam créditos concedidos que não representem a realidade tributária, mas para o Brasil enquanto nação; - De todas as formas que se pense a redistribuição do ICMS, surge a clara necessidade de se reorganizar o pacto federativo Brasileiro com o intuito de distribuir organizada-mente direitos e obrigações; - No Brasil, além das imposições do governo central, percebeu-se que não houve uma efetiva implementação de políticas públicas visando ao desenvolvimento das regiões mais precárias. Essas políticas somente serão efetivas se houver ação pujante e pontual da União Federal.

<p>A8 Menezes (2021)</p>	<p>- A partir do cenário apresentado, percebe-se a necessidade da implementação de uma reforma tributária no Brasil que descomplique, na medida do possível, o emaranhado burocrático atual em que consiste o sistema tributário nacional.</p> <p>- A reforma tributária brasileira, assunto debatido há décadas e cada vez mais urgente, precisa não apenas aperfeiçoar as legislações e mercados internos, mas também acompanhar a evolução e o desenvolvimento das leis tributárias advindas da globalização e da harmonização dos fiscos internacionais, tendência é, mais do que isso, exigência para que seja parte ativa do mercado global.</p>
<p>A9 Szajnbok et al. (2022)</p>	<p>- Recursos financeiros e investimentos têm sido, cada vez mais, canalizados a países e territórios que oferecem vantagens e benefícios fiscais, quer mediante a concessão de isenções tributárias ou adoção de alíquotas ínfimas, quer por intermédio de instrumentos de blindagem que oferecem privacidade, confidencialidade e sigilo às operações aí realizadas;</p> <p>- A dilapidação da arrecadação mediante a adoção de práticas e estruturas agressivas de planejamento tributário, precipuamente mediante a utilização de paraísos fiscais e concorrência fiscal internacional, representa danos inexoráveis e efeitos maléficos ao funcionamento da estrutura estatal. Por conseguinte, na implementação de políticas públicas que, em países socioeconomicamente atrasados ou em desenvolvimento, são essenciais à promoção de bem-estar social;</p> <p>- É imperioso que as nações realmente se unam e efetivamente adotem medidas firmes para evitar planejamentos tributários indubitavelmente agressivos, completamente despidos de substância e, principalmente, obstem a evasão de tributos mediante a adoção de práticas ilícitas que se beneficiam da blindagem oferecida por alguns paraísos fiscais. No sentido último de evitar o aprofundamento da fuga de capitais e recursos financeiros.</p>

Fonte: Elaboração própria.

Por fim, no quadro 6 abaixo foram relatados os trabalhos futuros indicadas pelos A4 e A5, já que os demais autores não recomendaram novos estudos, confira-se:

Quadro 6 – Trabalhos futuros relatados nos trabalhos avaliados

<p>Autores (Ano)</p>	<p>Trabalhos futuros encontrados nos trabalhos</p>
<p>A4 Pirett et al. (2019)</p>	<p>Como sugestões para pesquisas futuras sobre o tema, identificou-se algumas possíveis extensões: i) investigar, no caso das MPEs⁸⁸⁹, porque o uso do Drawback, apesar de ter permitido a redução dos custos e a aquisição de insumos de melhor qualidade, não aumentou a competitividade dessas empresas, nem as vendas no mercado internacional; ii) avaliar o impacto da capacitação gerencial para a operacionalização com o Drawback no desempenho internacional das empresas exportadoras, inclusive daquelas iniciantes que aspiram novos mercados e clientes no comércio exterior e, por fim iii) realizar um levantamento de como as políticas públicas de incentivo acerca dos regimes aduaneiros especiais como o Drawback têm sido trabalhadas no Brasil pelos órgãos competentes e como as empresas têm lidado com a questão.</p>

889 Micro e Pequenas Empresas, as micro empresas são organizações cujo faturamento anual é de até R\$360.0000,00. Já as pequenas empresas são aquelas cujo faturamento anual é superior a R\$360.000,00 e igual ou inferior a R\$3.600.000,00 (MAIS RETORNO, 2020).

<p>A5 Gesser (2020)</p>	<p>Para complemento de estudos futuros, fica a sugestão de investigar até que ponto o regime drawback aperfeiçoa a estrutura produtiva das empresas, isto é, induz uma busca por melhorias tecnológicas voltadas a produção mais eficiente para exportar, bem como a incidência desse regime nos diferentes setores: será que o drawback é mais utilizado e/ou vantajoso em determinados setores específicos? Isso possibilitaria discutir e melhorar a alocação de recursos provenientes do regime drawback, possibilitando melhores tomadas de decisões por parte do governo, a fim de promover a eficiência das empresas responsáveis pelo fomento do setor exportador brasileiro.</p>
--	---

Fonte: Elaboração própria.

A indicação de trabalhos futuros foi importante para compreender as lacunas delineadas pelos trabalhos e também possibilitar que este estudo indique outras possibilidades de análises.

Diante dos resultados encontrados foi realizado a discussão abaixo, revisando e aprofundando sobre as quatro temáticas, quais sejam, dupla tributação internacional, incentivos fiscais, concorrência fiscal internacional e harmonização tributária e fiscal, observadas nos 9 trabalhos acima mencionados.

5. Discussão

O presente tópico se inicia com a análise do tema “dupla tributação internacional relacionando a sua interferência no sistema tributário nacional” (tópico 5.1). No tópico 5.1.1, são tecidas considerações sobre as convenções internacionais e a diferença estrutural entre países desenvolvidos e em desenvolvimento.

Em seguida, no tópico 5.2 será trabalhado os incentivos fiscais, em especial o Regime Aduaneiro denominado “Drawback” e como essa tática influencia o Sistema Tributário Nacional. Em seguida, no tópico 5.3 é explicado como a concorrência entre países pode interferir nas economias e nos sistemas tributários. O trabalho segue com a análise do tema 5.4, “harmonização tributária e fiscal”. Por fim, no tópico 6, são apresentadas as considerações finais.

5.1. Dupla tributação internacional

A partir das categorias acima mencionadas, deve-se esclarecer que dupla tributação ou bitributação ocorre quando há o concurso de normas tributárias emanadas

de dois ou mais Estados soberanos e independentes, incidindo sobre um mesmo fato gerador, onerando, com tributos idênticos, o mesmo contribuinte em um mesmo período (SILVA, 2008). Os tributos idênticos mais comuns de se identificar no direito internacional são os impostos sobre a renda e sobre o capital de acordo com o autor do trabalho 6 (A6) (CROTTI, 2020).

Para combater a dupla tributação, os Estados utilizam tratados internacionais que podem ser produzidos no âmbito das Organizações Internacionais (OI) que são associações voluntárias entre sujeitos internacionais, constituídas mediante atos internacionais e regulamentadas nas relações entre as partes por normas de direito internacional (CALAZA, 2018). As OI's se concretizam em uma entidade de caráter estável, dotadas de um ordenamento jurídico interno próprio e de órgãos e instituições, por meio dos quais prossegue a fins comuns aos membros (Ibid.).

As OIs vêm trilhando o caminho da produção de textos modelos para tratados multilaterais e bilaterais (GÖSSLER, 2016). Para firmar um tratado internacional, considera-se, sobretudo, a dupla tributação internacional que gera a redução de investimentos externos e, por isso, inibe o crescimento de países, sobretudo os subdesenvolvidos que são muito dependentes dos recursos externos (Ibid.).

No que tange aos Estados desenvolvidos, também são observadas diversas dificuldades ocasionadas pela dupla tributação da renda, pois esta torna o investimento de tais países menos rentáveis, prejudicando a manutenção ou a expansão de seus mercados, que é observado pela autora Gössler (2016) no Trabalho 2 (A2). Logo, a bitributação causa grave obstáculo às relações econômicas internacionais e, conseqüentemente, ao desenvolvimento dos países (Ibid.).

5.1.1 Convenções firmadas entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento

As convenções internacionais para evitar a dupla tributação consistem em medida de suma importância para o desenvolvimento da economia internacional, bem como para a atração de novos investimentos e proteção dos investimentos existentes no exterior, trazendo benefícios para as empresas e para os cidadãos nos países contratantes (A2) (GÖSSLER, 2016).

As convenções firmadas pelo Brasil com o fito de evitar a dupla tributação seguem os princípios estabelecidos no modelo de Convenção da OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico ou da ONU (Organização das Nações Unidas).

Estes modelos possuem disposições comuns, demonstrando a preocupação destas organizações de padronizar as relações jurídicas internacionais e de seus membros, em alinhamento com o autor Crotti (2020) (A6). E têm como objetivo, além do aumento dos fluxos de investimentos, criar um clima de segurança para o investidor estrangeiro (BONZANINI, 2014).

Entretanto, quando as aludidas convenções são firmadas entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento, em decorrência das diversidades de interesses, pode haver desafios sociais e fiscais, como prejudicar um determinado segmento econômico, sobretudo nos países subdesenvolvidos. Por isso, devem ser observadas as peculiaridades comuns a praticamente todos os Estados que ainda se encontram em vias de desenvolvimento de acordo com a autora Gössler (2016) (A2).

Em vista disso, os países agem conforme seus interesses econômicos particulares, sendo que os economicamente mais fortes fazem exigências difíceis de serem atendidas pelos países mais pobres, que se encontrarem em situação frágil (MARTINS, 2019) (A3), por não terem um parque industrial tão desenvolvido a ponto de competirem em condições iguais com os desenvolvidos. Situação que geralmente é causada por problemas econômicos, como a dependência econômica de atividades primárias, como agricultura, extrativismo e mineração e dependência tecnológica, resultado da forte influência exercida por empresas multinacionais que são os principais detentores de centros produtivos nos países periféricos (Ibid.).

Martins (2019, p. 17) (A3) expõe que seria necessária uma sólida organização internacional, patrocinada pela maioria dos países (idealmente, por todos), cujas decisões fossem respeitadas e cumpridas, para que de fato a dupla tributação e a competição tributária deixassem de existir. Conforme o autor, caberia aos países economicamente menos favorecidos buscarem, ao menos, uma maior integração tributária entre si, reduzindo barreiras e facilitando a troca de informações para aumentar a sua participação na economia global e, por consequência, em um futuro, obterem maior influência decisória com relação às nações mais ricas.

Em contraste a Martins (2019) (A3), Gössler (2016) (A2) afirma que os tratados contra a bitributação celebrados entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento beneficia os em desenvolvimento. Para corroborar essa informação, o autor apresentou estudos que demonstram um efeito positivo nos fluxos de investimento direto externo em países em desenvolvimento, uma vez que se promoveu maior confiança na estabilidade do investimento. Logo, o país em desenvolvimento, mesmo deixando de auferir receitas tributárias, obteria benefício a longo prazo referente ao aumento no investimento direto externo.

Dessa forma, Gössler (2016, p. 57) (A2) acredita que os países em desenvolvimento

possuem especificidades no que tange à matéria tributária que faz com que haja inexistência de reciprocidade dos fluxos de investimento, uma vez que os países em desenvolvimento necessitam dos investimentos estrangeiros e possuem dificuldade, praticamente uma impossibilidade, de realizarem investimentos no estrangeiro. Dessa forma, os países em desenvolvimento não podem renunciar à tributação da mesma forma que os países industrializados.

Por esses motivos, é de suma importância que os tratados internacionais para evitar a dupla tributação da renda entre países desenvolvidos e em desenvolvimento devem conter cláusulas destinadas a incentivar o reinvestimento dos países em desenvolvimento. De acordo com Dornelles (1978, p. 251), seria necessário criar condições que levem os países desenvolvidos a permitirem que os rendimentos derivados de um país em desenvolvimento e recebidos por seus residentes tenham uma tributação mais reduzida do que os rendimentos produzidos dentro do seu próprio território, objetivo este atingido pelas isenções fiscais.

5.2. Incentivos fiscais

Nesse tópico pretende-se desenvolver um dos objetivos específicos deste trabalho, que é explicar como funciona as políticas de incentivo fiscal e como ela fomenta o desenvolvimento tecnológico e a inovação, de países de industrialização tardia, como o Brasil.

5.2.1 Incentivos Fiscais no Brasil

No Brasil, a Constituição Federal (CF) (BRASIL, 1988) reconhece um papel de indutor do desenvolvimento aos incentivos fiscais. De acordo com o inciso I do Trabalho 151 da Constituição Federal de 1988, os incentivos fiscais são vistos como alternativa de promover o desenvolvimento socioeconômico (GESSER, 2020) (A5). O inciso II do trabalho 150 da Constituição Federal, que foca mais especificamente em incentivar as exportações, permitindo a atribuição de tratamento equivalente para contribuintes que encontram-se em situação similar, podendo, a partir de incentivos fiscais, conceder tratamento diferenciado para os exportadores.

A CF parece entender que os exportadores que encontrarem-se em situação de

desvantagem, em termos de concorrência internacional ou acesso a mercados externos, podem receber apoio oficial, proporcionando-lhes maior capacidade de competir no mercado externo. É essa base legal que fundamenta a possibilidade de criação de instrumentos específicos voltados à política comercial internacional do país, como os regimes aduaneiros especiais. (Ibid).

Esses regimes aduaneiros especiais visam reduzir os custos tributários dos produtos nacionais para fomentar a política de exportação e dinamizar a indústria brasileira, tornando os produtos nacionais competitivos externamente (T. MOTA & DO AMARAL, 2014). No regime comum de importação e de exportação de mercadorias, via de regra, ocorre o pagamento de tributos. Entretanto, devido à dinâmica do comércio exterior e para atender algumas peculiaridades, o Estado criou mecanismos que permitem a entrada ou a saída de mercadorias do território aduaneiro com suspensão ou isenção de tributos. Esses mecanismos são denominados RAE (Regimes Aduaneiros Especiais) e RAA (Regimes Aduaneiros Atípicos) (FIORAVANTE, 2011).

O regime aduaneiro especial é assim chamado por não se adequar à regra geral do regime comum de importação e de exportação. Este serve como desonerador de tributos, diminuindo a carga tributária sobre o produto nacional, contribuindo, assim, para o aumento das exportações, reduzindo os custos do produto nacional para que este possa ter competitividade no mercado internacional (T. MOTA & DO AMARAL, 2014). Já o regime aduaneiro atípico foi criado para atender a determinadas situações econômicas peculiares de polos regionais e de certos setores ligados ao comércio exterior (FIORAVANTE, 2011).

Quadro 7 – Regimes Aduaneiros Especiais e suas características

Regimes Aduaneiros Especiais	Característica
Admissão Temporária	Importação de bens, com suspensão de tributos com prazo previamente determinado.
<i>Drawback</i>	Importação de bens, com suspensão de impostos exigíveis (insumos para produção no Brasil).
Entrepasto Industrial	Regime aduaneiro especial de insumos para industrialização, depende do despacho aduaneiro.
RECOF	Regime aduaneiro especial de entreposto industrial sob controle informatizado, sem trâmites aduaneiros (só DTA – Declaração de Trânsito Aduaneiro).
Entrepasto Aduaneiro	Permite o depósito de mercadorias em local determinado (Recinto Alfandegado Público).

Fonte: Degrazia, 2020.

De acordo com Araújo e Sartori (2004, p. 38-39), dentre os efeitos da implementação

de políticas nacionais voltadas para o comércio exterior, pode-se citar: aumento do potencial exportador, crescimento do mercado interno, com geração de emprego e maior qualidade dos produtos, além da possibilidade de obter saldos positivos no balanço de pagamentos decorridos das transações internacionais. Segundo a autora Gesser (2020) (A5), o regime aduaneiro drawback, descrito no tópico a seguir, é um exemplo de geração de todos esses efeitos, pois fornece auxílio na inserção das mercadorias domésticas no mundo globalizado, dando chance à potencialização das exportações brasileiras, com preços mais competitivos internacionalmente.

5.2.2 Drawback

Apesar de todos os Regimes Aduaneiros Especiais terem a sua devida importância, o Drawback é considerado o mais importante por trazer maiores benefícios à atividade exportadora e, por ser a temática mais recorrente nos trabalhos coletados, foi escolhido dentre os outros regimes, para ser analisado prioritariamente nesse trabalho.

Além do não pagamento dos impostos e taxas exigidos na importação, o drawback proporciona outras vantagens ao exportador, objetivando tornar o produto nacional mais competitivo no mercado externo. Esses benefícios, que são modalidades de drawback, consistem em isenção, suspensão e restituição de tributos (T. MOTA & DO AMARAL, 2014).

A primeira modalidade consiste na isenção dos tributos incidentes na importação de mercadoria, em quantidade e qualidade equivalentes, destinada à reposição de outra importada anteriormente, com pagamento de tributos e utilizada na industrialização de produto exportado (MOORI et al., 2011). A segunda modalidade é a suspensão dos tributos incidentes na importação de mercadoria a ser utilizada na industrialização de produto que deve ser exportado (Ibid.). Por fim, a terceira modalidade trata da restituição de tributos pagos na importação de insumo importado utilizado em produto exportado (Ibid.).

Os autores Pirett et al. (2019, p. 2) (A4) mostraram que o uso do Drawback, no que diz respeito à redução dos custos pela desoneração de tributos incidentes na operação, é vantajoso financeiramente para as empresas que atuam ou almejam investir no mercado internacional e por isso é amplamente utilizado pelos exportadores.

Contudo, devido ao processo burocrático do sistema aduaneiro e à carência de pessoal capacitado para a sua operacionalização, Pirett et al. (2019) (A4) chegaram à conclusão de que os benefícios desse regime não têm estimulado uma parcela significativa de empresas brasileiras, independentemente do porte, à sua adesão. Ainda, observou-se

a morosidade e a burocracia para a aprovação do ato concessório, além da dificuldade de compreensão das leis e das regras que envolvem o processo aduaneiro do regime, pelas empresas não usuárias, como obstáculos ao Drawback (Ibid.).

Dessa forma, Pirett et al. (2019, p. 14) (A4) concluíram que são necessários investimentos em políticas públicas de incentivo ao comércio internacional que facilitem a adesão das empresas brasileiras ao regime de Drawback, como uma regulamentação que descomplique o acesso e o cumprimento dos trâmites burocráticos do processo. Pirett et al. (2019, p. 14) (A4) também observaram a necessidade de uma revisão da atual legislação no que diz respeito aos custos administrativos e tributário do regime, à lentidão dos processos burocráticos para a concessão do drawback e à ausência de regulamentação destinada especificamente às empresas de menor porte. Outra solução seria a constituição de consórcio de exportação, pactuados entre empresas de setores comuns de atividades (Ibid.).

5.3. Concorrência desleal

Martins e Carvalho (2014, p. 40-41) argumentam que os benefícios fiscais, na medida em que visam atrair novas atividades empresariais, permitem o desenvolvimento. Desta forma, o objetivo dos benefícios passa a ser predominantemente extrafiscal, visando: “1) a redução das desigualdades regionais; 2) a promoção do emprego; 3) a captação de recursos (...); 4) incentivar as exportações dentre outros”.

Para conceder incentivos fiscais, o governo renuncia tributos, repassando recursos financeiros públicos (arrecadação de tributos) para o investimento privado. Segundo Coimbra (2021) (A7), a renúncia tributária visa a instalação de indústrias e o desenvolvimento a partir da geração de emprego e renda aos cidadãos, mas também a renúncia pode criar problemas de risco de equilíbrio fiscal para o Estado. Ocorre que, se um ente nacional renunciar a tributos objetivando atrair recursos financeiros, outros o farão também e isso reduzirá drasticamente a arrecadação e a qualidade dos serviços públicos em ambos, elevando a concentração de renda, ao passo que empresas teriam redução significativa de sua carga tributária (COIMBRA, 2021) (A7).

A Autora Duarte da Mota (2016) (A1) conclui que as empresas, planejam a sua atividade, de forma a beneficiarem de uma carga fiscal mais reduzida, tirando partido das lacunas e das disparidades fiscais nacionais. Posto assim, as vantagens e benefícios tributários acabam gerando uma competição entre os países, cujo resultado é a concorrência fiscal internacional (SZAINBOK et al., 2022) (A9).

Leonetti e Feriato (2013, p. 2) retratam o fenômeno da concorrência fiscal prejudicial. Os autores abordam sobre a influência da globalização no Estado. Esse fenômeno, de acordo com os autores, provoca uma volatilidade do capital, que migra facilmente para onde encontrar maiores benefícios. O Estado, que antes atuava como agente econômico, agora, devido à influência da globalização, passou a atuar como agente regulador do mercado e a entrar em uma concorrência de incentivos fiscais a fim de atrair investimentos estrangeiros.

Outra prática prejudicial advindo com a globalização é o chamado dumping tributário, que de acordo com Chujo et al. (2019) é a prática de exportar um produto a preço inferior ao praticado no mercado interno do país exportador, com o objetivo de conquistar mercados. Essa prática é considerada como desleal, pois prejudica o desenvolvimento da indústria doméstica do país que recebe as importações.

Dessa forma, Leonetti e Feriato (2013, p. 2) argumentam que se faz necessário uma regulamentação desses incentivos fiscais de plano multilateral e o único órgão multilateral com competência judicial capaz de solucionar esses conflitos é a OMC (A Organização Mundial do Comércio) cujo objetivo principal é regulamentar o comércio internacional, auxiliando para que este flua pacificamente, de forma livre e justa e, ainda, de forma mais previsível (LEONETTI & FERIATO, 2013).

5.3.1. Vantagens e desvantagens da concorrência fiscal internacional

Segunda Duarte da Mota (2016) (A1), a abordagem referente à concorrência fiscal pode ser vista de duas perspectivas opostas. Por um lado, pode ser entendido que a concorrência fiscal produz efeitos positivos no crescimento econômico mundial, tendo em consideração que reduz a tributação do capital físico e intelectual. Visto de um ponto estritamente nacional, as políticas de concorrência fiscal são suscetíveis de atrair investimento estrangeiro e aumentar o potencial de exportação das empresas nacionais (Ibid.).

Por outro lado, de uma perspectiva oposta, a concorrência fiscal é vista como perigosa, uma vez que conduz à deslocação de recursos para jurisdições em que se praticam tributações de níveis muito baixos, ao mesmo tempo que transferem, de forma injusta, a carga fiscal para o ramo laboral, prejudicando ainda a atividade das empresas com atividade nas jurisdições que mantêm os níveis de tributação empresarial (DUARTE DA MOTA, 2016) (A1). Acresce que, as práticas fiscais prejudiciais, responsáveis pela concorrência fiscal prejudicial, conduzem a graves problemas tais como: evasão e elisão fiscal, fuga de capitais ilícitos dos países menos desenvolvidos e desigualdade dos

sistemas tributários dos países desenvolvidos (Ibid.).

Em vista disso, a autora Duarte da Mota (2016, p. 42) (A1) conclui que, para as relações bilaterais continuem a produzir os efeitos desejados, as atuais normas tributárias nacionais e internacionais deverão ser modificadas para fazer face à interposição de múltiplas entidades jurídicas e entre os países. Dessa forma, a melhor alternativa para a continuação das relações bilaterais, de acordo com a referida autora é a harmonização tributária e fiscal.

O processo de harmonização tributária é progressivo, sendo diretamente proporcional à evolução das etapas da integração econômica, pois, na medida em que se avança no processo de integração, torna-se indispensável a redução das diferenças tributárias e a respectiva aproximação dos sistemas fiscais dos países membros, para que questões institucionais, como são os tributos, não venham afetar os ditames da livre concorrência (RAYMUNDO, 2003).

A partir de uma comparação das características dos sistemas tributários nacionais, deve-se analisar o grau de convergência das políticas fiscais nos diferentes contextos institucionais, culturais e socioeconômicos, levando-se em conta o impacto da política comunitária (ALVES ET AL., 2004). Dessa forma, integrações econômicas devem ter em seu acordo propostas que assegurem uma harmonização tributária entre os países que fazem parte da integração.

Logo, considerando a necessidade de harmonização fiscal e o alinhamento com organizações internacionais, para Menezes (2021, p. 10) (A8), é imprescindível para países desenvolvidos e, especialmente, em desenvolvimento que editem suas leis internas em consonância com o mercado globalizado, intensamente influenciado por órgãos de força internacional, como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Até o presente momento (2022), o Brasil já aderiu a mais de trinta normas e recomendações da entidade, bem como inúmeros instrumentos adicionais em matéria tributária, de investimento internacional, transparência, entre outros. Ainda, participa ativamente das revisões por pares desde o ano de 2003 sobre diversos assuntos como orçamento público, lei e políticas de concorrência e centro de governo. Faz também parte de diversos projetos e órgãos, tais quais o Fórum Global para Transparência e Troca de Informações para Fins Fiscais e o Comitê de Assuntos Fiscais, por exemplo (MENEZES, 2021) (A8). Os 38 Membros da OCDE adotaram em 10 de junho de 2022 o Roteiro para a Adesão do Brasil à Convenção da OCDE, estabelecendo os termos, condições e processo para sua acessão (OECD, 2022).

5.4.1. Harmonização Tributária e Fiscal

Exemplos da harmonização tributária em integrações econômicas são os casos do Mercosul e da União Europeia (Bloco econômico composto no ano de 2022 por 27 países-membros) (BEZERRA, 2013). Para efetivar a harmonização fiscal no âmbito da União Europeia, há duas vertentes distintas. A primeira defende que a harmonização fiscal não deveria surgir a partir de um processo de negociação entre os Estados. Deveria, na verdade, ser feita pelo mercado, pela economia como uma consequência da concorrência. Em suma, seria a competição fiscal que seria o principal fundamento que conduziria a uma normatização de harmonização tributária (DUARTE DA MOTA, 2016) (A1). Uma corrente oposta defende que é necessária negociação entre Estados de modo a evitar uma competição fiscal nociva, principalmente nos impostos sobre o capital. Esta corrente é preconizada sobre a tributação das empresas na Europa (Ibid.).

Uma legislação tributária nacional compatível com as diretivas da Organização, especialmente no que tange à adoção do IVA (Imposto sobre Valor Agregado) e considerando sua discussão nas principais propostas de reforma no país, certamente seria de grande valia relativamente aos esforços para uma harmonização tributária, vez que no Relatório Econômico de 2015 da OCDE sobre o Brasil, por exemplo, recomendou-se ao país a junção dos tributos sobre o consumo em um só, trocando os três impostos atuais IPI, ICMS e ISS pelo Imposto sobre Valor Agregado (MENEZES, 2021, p. 17) (A8).

Para a autora Menezes (2021, p. 21) (A8), no Brasil, pode-se considerar a existência de diversos “IVA’s” simultâneos na forma de impostos como, por exemplo: o IPI, de competência federal; o ICMS, de competência dos estados; e o ISSQN de alçada municipal. Tal abundância de impostos sobre o consumo e em diferentes entes federados certamente contribui para a complexidade do sistema tributário nacional, dificultando a harmonização tributária perante demais Estados pela implementação do Imposto sobre Valor Agregado. Isso porque a efetivação do referido imposto no sistema tributário brasileiro enfrenta a dificuldade de conciliar o federalismo à consonância fiscal e ao desenvolvimento econômico e, ainda, de acalmar os entes que temem a tão falada perda de arrecadação (MENEZES, 2021) (A8).

Menezes (2021, p. 33) (A8) conclui que a implementação do IVA no sistema brasileiro certamente traria uma vantagem competitiva ao mercado, diminuindo os custos finais e os riscos em investimentos. A falta de impostos como o ICMS e o ISSQN padronizados dificulta a produção dos mais diversos produtos, carecendo de um aprofundado e trabalhoso estudo por parte das empresas sobre o preço final e sobre toda a tributação envolvida ao longo da cadeia produtiva, normalmente a partir da contratação de extensas e custosas equipes multidisciplinares (MENEZES, 2021) (A8).

Segundo Menezes (2021, p. 15) (A8), a base de incidência do IVA concentra-se no valor que é acrescentado a determinado produto ao longo da cadeia produtiva com intuito de evitar o chamado efeito cascata, também conhecido como cumulatividade tributária, que onera o preço final do item. Visando justamente a não cumulatividade, o IVA classifica-se como um imposto plurifásico, ou seja, é abatido em todas as etapas da cadeia de produção de acordo com o valor devido na etapa anterior. Ainda, tem o potencial de agrupar tributos diversos sobre o consumo em um único, com a finalidade de simplificar o sistema tributário e de trazer mais transparência ao contribuinte (MENEZES, 2021) (A8).

Em vista do que foi apresentado até então, é notório que a harmonização tributária não significa equalização total de alíquotas e bases tributárias em vários países e em todos os tributos. O que se pretende é obter um mercado globalizado que seja consistente com o menor grau possível de distorções (DE FÁTIMA RIBEIRO, 1997). Dessa forma, o processo de integração depende de uma ampla e profunda reforma constitucional tributária brasileira e também dos países signatários do tratado. Uma reforma que possa permitir que o Estado brasileiro aja com maior liberdade, autonomia, segurança e confiabilidade no trato das relações com outras nações (SCHMIDT, 2009).

6. Considerações finais

Com o presente estudo, procurou-se descrever o estado da arte sobre tratados internacionais e sua interferência no Sistema tributário Brasileiro, tais como dupla tributação internacional, concorrência fiscal, incentivos fiscais e a harmonização tributária e fiscal, que foram os temas principais obtidos por meio da revisão sistemática de literatura.

A partir da análise dos trabalhos, destaca-se que as interferências políticas no sistema tributário apresentam conclusões dicotômicas. Por um lado, são importantes para o crescimento da economia nacional, pois oferecem vantagens para os mercados, aumentam a eficiência das relações internacionais e, a partir de tratados internacionais, buscam evitar que os contribuintes paguem tributação altas. Contudo, por muitas vezes, países desenvolvidos não se interessam por integrações econômicas com as nações periféricas, em virtude de considerarem os tratados benéficos exclusivamente para os países menos favorecidos economicamente. Neste sentido, os países mais fortes, por possuírem vantagens financeiras, estabelecem um sistema competitivo, algumas vezes em forma de barreiras comerciais para pressionar os países em desenvolvimento a firmar tratados que não sejam necessariamente vantajosos.

Essa relação pode ser notada no filme “O Poço” (2019) da Netflix, que retrata a pressão do sistema entre as pessoas que estão no topo e se “fartam” do alimento que são proporcionados para elas, em vez de colaborar com as pessoas que estão abaixo que não têm o que comer (MACHUCA, 2020). A semelhança entre o cenário internacional e o filme se dá pela falta de cooperação dos países desenvolvidos com os em desenvolvimento que só querem tirar sua “fatia do bolo”, isso é, buscar o seu desenvolvimento em prol da desvalorização dos países em desenvolvimento. Essa relação se dá tanto por meio de tratados internacionais entre países com graus diferentes de desenvolvimento, quanto pelo investimento de empresas internacionais nos países em desenvolvimento, que fornecem seus recursos, mão de obra e baixa carga tributária para países ricos. Em vista disso, por mais que os tratados internacionais sejam uma forma de impulsionar o investimento da economia nacional, as consequências trazidas pelos incentivos fiscais podem também ser prejudiciais por gerar uma redução na arrecadação pública.

Logo, este trabalho traz contribuição teórica e prática para a área de Direito Tributário por abarcar análise de trabalhos empíricos antes publicados de forma que fornecerá conteúdo para discussões voltadas para o desenvolvimento da economia e/ou políticas tributárias e econômicas. Ainda, servirá como ponto de partida para outras discussões sobre tratados internacionais e sistema tributário.

A partir dos resultados deste estudo, sugere-se, como prosseguimento do presente estudo, as seguintes ações: (a) analisar a importância do regime de drawback para o desempenho de empresas exportadoras e viabilizar os custos dessa; (b) realizar um estudo de como as políticas públicas de incentivo têm sido trabalhadas no Brasil pelos órgãos competentes e como as empresas têm implementado essa questão; (c) analisar e procurar soluções para contribuir para uma harmonização tributária pertinente entre os países do Mercosul; (d) uma reforma tributária que vise simplificar a arrecadação e solucionar os problemas provocados pela guerra fiscal.

É importante salientar que essa análise realizada não possui a pretensão de esgotar o tema, mas proporcionar uma visão geral sobre os tratados internacionais e a interferência destes no Sistema Tributário Brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vinicius; LAMBERT, Jean. Desenvolvimento-emancipação: o caso dos incentivos fiscais do setor automobilístico no estado de Goiás. Goiânia: Editora Dialética, 2014.

ALVES, Fabiano; CORONEL, Daniel; ILHA, Adayr; ECONOMISTA, Alex. A necessidade de Harmonização Tributária no Mercosul: Uma análise do setor Orizícola gaúcho. XLII Congresso da Sober, 2004.

ARAÚJO, Ana; SARTORI, Angela. Drawback e o Comércio Exterior. São Paulo: Aduaneiras, 2004.

BARDIN, Laurence. Análise de conteúdo. São Paulo: Edições 70, 2011.

BEZERRA, Juliana. União Europeia - países, objetivos, características e história. Toda Matéria, 2013. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/uniao-europeia/>. Acesso em: 28 set. 2022.

BONZANINI, Marilene. Tratados internacionais em matéria tributária – internalização, interpretação e alcance aspectos controvertidos. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 out. 23.

BRASIL. Portaria Conjunta Secint / Rfb Nº 76, de 09 de setembro de 2022. Disciplina os Regimes Aduaneiros Especiais de Drawback Suspensão e Isenção. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 10, 09 set. 2022.

CALAZA, Tales. Organizações Internacionais. Jusbrasil, 2018. Disponível em: <https://talescalaza.jusbrasil.com.br/trabalhos/566665413/organizacoes-internacionais>. Acesso em: 28 set. 2022.

CHUJO, Élida. P; PAULA, Carlos; GONÇALVES, Rosiane. A percepção dos produtores

de alho na região do Alto Paranaíba-MG acerca da aplicação do direito antidumping no alho importado na China. *Revista Negócios em Projeção* 10, 44-53, 2019.

COIMBRA, Rafael. S; FRANCISCO, Maria. *A guerra fiscal causada pela tributação privilegiada: dos paraísos fiscais à crise do federalismo cooperativo brasileiro*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2021.

CORREIA NETO, Celso de Barros. *Sistema Tributário Nacional: texto base da consultoria legislativa*. Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/fiquePorDentro/temas/sistema-tributario-nacional-jun-2019/texto-base-da-consultoria-legislativa>. Acesso em: 8 out. 23.

CROTTI, Danilo; COURINHA, Gustavo. *A evolução das convenções de dupla tributação do Brasil*. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2020.

DORNELLES, Francisco. *O modelo da ONU para eliminar a dupla tributação da renda e os países em desenvolvimento*. In: TAVOLARO, Agostinho Toffoli et al. (Coord.). *Princípios tributários no Direito brasileiro e comparado: estudos em homenagem a Gilberto de Ulhôa Canto*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 201.

DE FÁTIMA RIBEIRO, Maria. *Considerações sobre a prevalência dos tratados internacionais sobre a legislação tributária brasileira: o caso do Mercosul*. *Scientia Iuris (UEL)* 1, 99-116, 1997.

DEGRAZIA, Carlos. *Regime aduaneiro especial de Drawback*. 2015. Disponível em: <https://slideplayer.com.br/slide/7314769/>. Acesso em: 28 set. 2022.

DUARTE DA MOTA, Liliana. *Concorrência fiscal e internacional: escolhas e conflitos*. Porto: Universidade do Porto, 2016.

FERIATO, Juliana; LEONETTI, Carlos. *Concorrência fiscal internacional prejudicial*

e seu controle multilateral. Direito Internacional 1 (Florianópolis: FUNJAB), 165-182, 2013.

FIORAVANTE, Melina. Regimes especiais aduaneiros. Almeida direito corporativo. 2013. Disponível em: <https://www.almeidalaw.com.br/download/REGIMES%20ESPECIAIS%20ADUANEIROS.pdf>. Acesso em: 28 set. 2022.

GESSER, Thuany; VASCONCELOS, Daniel. Comércio exterior e políticas de incentivos fiscais: uma análise do regime drawback no Brasil (2013-2018). Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2020.

GIL, Antônio. Como elaborar projetos de pesquisa. São Paulo: Atlas, 2002.

GÖSSLER, Thassiane. Direito tributário internacional e desenvolvimento: Análise das convenções contra a bitributação internacional da renda celebradas entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2016.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao Estudo do Direito. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHUCA, Jaqueline. O poço, de Galder Gaztelu-Urrutia: a distopia de um panóptico contemporâneo. Revista Cinema & Território 5, 191-194, 2020.

MAIS RETORNO, Autores. MPEs (empresas). Mais Retorno, 2020. Disponível em: <https://maisretorno.com/portal/termos/m/mpes-empresas>. Acesso em: 9 out. 23.

MARTINS, Ives; CARVALHO, Paulo. Guerra Fiscal: Reflexões sobre a concessão de benefícios no âmbito do ICMS. São Paulo: Noeses, 2014.

MARTINS, Jonatas. O regime tributário internacional: desafios e possibilidades para a cooperação entre os países. *Revista GeoUECE* 7, 92-109, 2019.

MELO, José. *Direito Tributário Empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MENEZES, Fernanda; LAGE, Thiago. PEC 110/2019: a tentativa de simplificação do sistema tributário nacional e os impactos da adoção de um imposto tipo IVA nas relações com os Estados-membros da OCDE, em especial a Alemanha. Ouro Preto: Universidade Federal de Ouro Preto, 2021.

MOORI, Roberto; KONDA, Sussumo; GARDESANI, Roberto. Regime Aduaneiro do Drawback em empresas de bens de capital. *Gestão & Regionalidade* 27, 85-96, 2011.

MOTA, Tânia; AMARAL, Cristina. Fomento ao desenvolvimento econômico a partir da possibilidade dos incentivos à exportação através do regime aduaneiro especial-Drawback. *Revista Videre* 5, 52-66, 2014.

OECD. A OCDE e o Brasil: Uma relação mutuamente benéfica. OECD. 2022. Disponível em: <https://www.oecd.org/latin-america/paises/brasil-portugues/> Acesso em: 28 set. 2022.

OLIVEIRA, Northon. Os aspectos tributários do Mercosul. *Administradores.com*. 2017. Disponível em: <https://administradores.com.br/trabalhos/os-aspectos-tributarios-do-mercosul>. Acesso em: 28 set. 2022.

O POÇO. Direção: Galder Gaztelu-Urrutia. Espanha: Netflix, 2019. Disponível em: www.netflix.com.br (95 min). Acesso em: 28 set. 2022.

PIRETT, Christiane; PIRETT, Cely; CEZARIANO, Luciana. A importância do Regime aduaneiro de drawback para internacionalização de empresas brasileiras. *Revista Eletrônica de Negócios Internacionais* 14, 59-75, 2019.

RAYMUNDO, Lenice. A Harmonização Tributária na União Europeia: um estudo sobre a teoria da integração fiscal. Revista da FARN 3, 133-157, 2004.

RAMOS, Samuel. A afronta do estado brasileiro à primazia dos tratados internacionais de direito tributário como transgressão aos direitos fundamentais. Cadernos da Escola de Direito 27, 110-133, 2017.

SAMPAIO, Larianne; COSTA, Leonardo. O Regime brasileiro de tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior e o Plano de Ação 3 do BEPS. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2018.

SCHMIDT, Otto. Harmonização tributária no Mercosul e o federalismo fiscal brasileiro: a instituição do imposto sobre o valor agregado (IVA) na tributação sobre o consumo e serviços no bloco regional. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria, 2009.

SILVA, Getulio. Dupla tributação internacional. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2008. Direito Público, 2008.

SOUZA JUNIOR, Milton; SANTOS, Gustavo; GABRIEL, Anna. Evolução Histórica e Formação dos Tratados Internacionais Perante a Constituição Brasileira de 1988. Alta Floresta: Revista Eletronica Judicare, 2014.

SZAJNBOK, Lucienne; JARDIM, Eduardo; PAGANELLA, Marco. Globalização, paraísos fiscais e concorrência fiscal internacional. Revista tributária e de Finanças Públicas 149, 193-207, 2022.

TAKANO, Caio. O conceito de planejamento tributário agressivo e os novos standards tributários internacionais do Projeto BEPS. Revista Direito Tributário Internacional Atual 2, 35-57, 2017.

THORSTENSEN, Vera; OLIVEIRA, Ivan. Os BRICS na OMC: políticas comerciais comparadas de Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul. Brasília: Fundação Getúlio Vargas, 2012.

TORRES, H. T. Harmonização fiscal no Mercosul e suas implicações no planejamento tributário. In: Justiça Tributária: direitos do fisco e garantias dos contribuintes nos atos da administração e no processo tributário. São Paulo: Max Limonad, 233-254, 1998.

TORRES, H. T. Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.



Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**

Gostaria de submeter seu trabalho a Revista Direito.UnB?

Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>

e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.

DA TRIBUTAÇÃO À CRIMINALIDADE: IMPACTOS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE TRANSFERÊNCIA DE RENDA

FROM TAXATION TO CRIMINALITY: IMPACTS OF PUBLIC INCOME TRANSFER POLICIES

Recebido: 26/04/2023

Aceito: 29/12/2025

Ricardo Pinha Alonso

Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor titular no Programa de Pós-graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Marília. Procurador do Estado de São Paulo.

E-mail: ricardo.alonso@uenp.edu.br

 Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4535-4721>

Renato Bernardi

Realizou estágio de pós-doutorado no CESEG (Centro de Estudios de Seguridad) da Universidad de Santiago de Compostela, Espanha. Doutor em Direito do Estado (sub-área Direito Tributário) - PUC-SP. Mestre em Direito Constitucional - ITE-Bauru. Professor efetivo dos cursos de Bacharelado, Mestrado e Doutorado, Membro da Comissão Executiva do Colegiado do Curso de Graduação e Membro da Comissão de Coordenação do Programa de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica, todos do Curso de Direito do CCSA - UENP, Campus de Jacarezinho. Coordenador Pedagógico do PROJURIS Estudos Jurídicos Ltda. Procurador do Estado de São Paulo desde 1994.

E-mail: bernardi@uenp.edu.br

 Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5938-5545>

Luma Teodoro da Silva

Realizou estágio de pós-doutorado no CESEG (Centro de Mestranda em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Especialista em Direito Penal, Processo Penal e Criminologia pela Projuris. Bolsista CAPES. Pesquisadora do grupo INTERVEPES. Advogada.

E-mail: lumats01@hotmail.com

 Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8242-7897>

RESUMO

Considerado o grande número de delitos patrimoniais, entre outros, e a desigualdade social e econômica vivenciada por inúmeras pessoas, tanto no Brasil quanto em outros lugares do mundo, a teoria econômica que versa sobre a criminalidade sugere que é preciso frear esse problema,



Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.

This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that

posto que seu resultado é danoso para a sociedade, porém não se vê no país aprofundamento e recorrência nos estudos, com a devida observância dessa realidade. Dessa forma, a partir do método dedutivo, aliado à técnica da análise de dados, a pesquisa busca discutir a temática e pensar na criação, implementação e inovação, bem elaboradas, de políticas públicas e incentivos fiscais, a fim de diminuir a segregação e levar maior autonomia financeira e acesso à uma boa educação e cultura. Nesse sentido, ao se analisar os programas de transferência de renda mínima e seus impactos, sendo eles significativos e positivos, traz como hipótese a busca de alternativas dentro da tributação para a arrecadação adequada e legal, a ser destinada à esses programas, a exemplo a taxação de grandes fortunas, o que gera a queda da criminalidade e também do possível número de vítimas de crimes, gerando paz e evolução socioeconômica.

Palavras-chave: Desigualdade de Renda. Crimes Patrimoniais. Bolsa Família. Imposto Sobre Grandes Fortunas.

ABSTRACT

Considering the large number of property crimes, among others, and the social and economic inequality experienced by countless people, both in Brazil and in other parts of the world, the economic theory that deals with criminality suggests that it is necessary to curb this problem, since its result is harmful to society, but it is not seen in the country deepening and recurrence in studies, with due observance of this reality. In this way, from the deductive method, combined with the data analysis technique, the research seeks to discuss the theme and think about the creation, implementation and innovation, well-designed, of public policies and tax incentives, in order to reduce segregation and take greater financial autonomy and access to good education and culture. In this sense, when analyzing the minimum income transfer programs and their impacts, which are significant and positive, it hypothesizes the search for alternatives within taxation for adequate and legal collection, to be allocated to these programs, such as taxation of large fortunes, which generates a drop in crime and also in the possible number of victims of crimes, generating peace and socioeconomic evolution.

Keywords: Rent Inequality. Property Crimes. Bolsa Familia. Tax on Large Fortunes.

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como foco pensar as opções dentro da tributação que gerem arrecadações para a efetivação de políticas públicas, em especial, a política de transferência de renda mínima, a partir do método dedutivo, aliado à técnica da análise

de dados, a fim de diminuir a criminalidade, a qual, essa última, se mostra decorrente da desigualdade social e econômica, tanto no Brasil como em outros lugares do mundo, sendo um grande problema atual que pouco se busca soluções a curto prazo.

Para se chegar na análise dessas alternativas, é preciso compreender, inicialmente, qual a relação entre as taxas de criminalidade com a desigualdade de renda e a pobreza, que podem ser discutidas a partir da teoria do crime econômico, que também sugere que haja incentivos sociais relacionados à renda, educação e cultura como medidas de combate ao crime, como será visto no primeiro capítulo.

Na sequência, no segundo capítulo, após ser analisada a correlação entre crime e desigualdade social e econômica, será demonstrado como as políticas públicas geram diversos impactos para a diminuição da criminalidade e podem trazer consequências sociais amplas e, em grande número, positivas, que devem ser consideradas no momento de suas elaborações, metas e avaliações.

Para tanto, serão estudados alguns programas de transferência de renda mínima que foram criados no Brasil e em outros países, mas, mais detalhadamente o programa Bolsa Família e Auxílio Brasil, bem como será discutido quais ajustes necessários nessas políticas, que objetivem acompanhar as novas necessidades e mudanças da sociedade, tendo como base pesquisas realizadas em diferentes instituições e boletins no país.

Também, ao trazer os dados referentes à transferência de renda mínima brasileira, será destacado, com o olhar de pessoas que recebem esses benefícios e auxílios do Estado, como uma boa política pública pode mudar a vida das pessoas mais vulneráveis na sociedade, o que gera, de fato, tanto a quebra de número de crimes cometidos, quanto o de vítimas, como é o caso da violência doméstica.

Por fim, feitas as considerações acerca da criminalidade como atividade econômica, oriunda das desigualdades, falta de oportunidades e vulnerabilidades – o que se verifica pelo perfil carcerário –, no terceiro capítulo, será traçado o caminho que poderá ser percorrido a fim de se chegar à maior promoção de igualdade social, educação fiscal e quais serão as formas de tributar, que seriam cabíveis para destinar valores aos programas de transferência de renda mínima, aliados às outras medidas, que farão com que o crime diminua no país.

2. O CRIME COMO ATIVIDADE ECONÔMICA

Dentre as correntes teóricas que chegam à ideia do crime como atividade econômica, é possível compreender, em conjunto, que por vezes, principalmente em

sociedades desiguais, problemas econômicos, que levam pessoas à vulnerabilidade e necessidade extremas, são fatores relevantes que determinam na decisão de um indivíduo em praticar ou não um delito, especialmente quando esse está inserido no rol de crimes contra o patrimônio (mas não versa exclusivamente a esse tipo penal).

Isso se dá pela falta de oportunidade, o desemprego, a fome, assim como pelo próprio cálculo do custo-benefício em cometer um delito de cunho econômico, questões essas que justificam a grande proporção da criminalidade. Para Quinney (1979), teórico que deu luz à corrente do crime econômico com viés neomarxista, essas atividades acabam sendo fruto das próprias inconsistências do sistema capitalista, regadas de crises, desigualdades, concentração de renda nas mãos de uma parcela pequena da população, capazes de proporcionar comportamentos que atacam diretamente a ordem social.

Tempos antes, Becker (1968) e Ehrlich (1973), pioneiros na teoria do crime econômico, já afirmavam que seria preciso interferência do poder público para minimizar as perdas sociais com a criminalidade. Nos dois contextos dos teóricos, a escolha é resultado de um cálculo racional de maximização de utilidade, tendo como parâmetros o valor que se espera da renda gerada na atividade criminosa e as punições frustradas. Para eles, a desigualdade de renda pode ser agregada indiretamente no modelo, afetando a recompensa esperada pelos indivíduos com a ação criminal, uma vez que, em caso próspero, a transferência de renda da vítima para o agente que comete o crime seria maior em uma sociedade mais desigual.

Ao explicar os modelos teóricos de Becker e Ehrlich, o texto para discussão do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA, 2017, p. 15-16), “Análise do impacto dos gastos públicos com programas de transferência de renda sobre a criminalidade”, disserta que:

a intensidade com que um indivíduo se dispõe a cometer um crime pode variar em função do seu grau de envolvimento com a criminalidade, e pode não ser uniformemente alta ou baixa. Assim, os benefícios esperados das atividades legais ou ilegais são cruciais para que um indivíduo já envolvido com o crime faça a sua escolha. [...]. A decisão de participar de atividades ilegais para obter ganho material é condizente com a relação positiva entre desigualdade social e crimes contra a propriedade. A análise do modelo indica que crimes contra a propriedade apresentam um baixo custo marginal e que grande parte dos criminosos é do sexo masculino, com baixa escolaridade ou nível técnico; alguns são criminosos ocasionais, que combinam atividades legais e ilegais, enquanto outros se especializam no crime e podem permanecer no crime mesmo depois de serem aprisionados e cumprirem pena.

Além disso, visto que muitos permanecem na criminalidade mesmo após eventual punição, é evidente que todo delito vai gerar um custo, seja para as vítimas, às famílias, à comunidade ou ao Estado. Manter uma pessoa presa no sistema penitenciário, por exemplo, requer investimento básico para sua manutenção nos estabelecimentos prisionais por governos estaduais e federais, assim como há o custeio de outras despesas por outras figuras, sendo estes uns dos motivos que levam à compreensão de que não é vantajoso encarcerar e que é importante investir na reintegração e paz social, com a diminuição, primordialmente, das desigualdades, conforme explica Baccon (p. 21, 2022):

Outro fator a se considerar é o custo desse preso para o Estado. Pela prisão estar envolta numa política garantista de condições básicas ao recluso, o Estado deveria lhe proporcionar uma série de direitos a fim de alcançar a finalidade prevista em lei, lhe proporcionando ressocialização e dignidade, e isso envolve altos gastos. Mas esse em si não é o problema. A questão principal são esses altíssimos investimentos atrelados à baixa eficiência desse processo de “tratamento prisional”, pois constantemente o trato penal é aplicado de forma deficitária, e mais de uma vez ao mesmo sujeito, duplicando e muitas vezes mais que triplicando os gastos na prisão pela questão da reincidência em razão da falha na ressocialização do mesmo.

Na ferramenta disponibilizada pelo SISDEPEN (2023), onde consta os Dados Estatísticos do Sistema Penitenciário, é possível constatar ainda o custo do preso no Brasil, sendo a despesa total em outubro de 2020 de R\$ 1.242.033.865,73 (um bilhão e duzentos e quarenta e dois milhões e trinta e três mil e oitocentos e sessenta e cinco reais e setenta e três centavos), a despesa total em outubro de 2021 de R\$ 1.380.878.910,28 (um bilhão e trezentos e oitenta milhões e oitocentos e setenta e oito mil e novecentos e dez reais e vinte e oito centavos) e em outubro de 2022 foi a despesa total de R\$ 1.219.165.134,84 (um bilhão e duzentos e dezenove milhões e cento e sessenta e cinco mil e cento e trinta e quatro reais e oitenta e quatro centavos), que equivale, esse último, à um custo médio de R\$ 2.093,43 (dois mil e noventa e três reais e quarenta e três centavos).

Ao investigar os custos gerados pela violência e o encarceramento, importante ressaltar ao passo que a desigualdade de renda vai aumentando ao longo dos últimos anos, também é possível visualizar os ganhos a favor da indústria de segurança privada no Brasil, havendo uma deturpação nos conceitos de combate à criminalidade e que se mostram ineficientes no campo criminal. No campo socioeconômico, se observa que as regiões, em determinados espaços de tempo, com a desigualdade de renda e a taxa de desemprego diminuídas de forma consistente, a evolução se deu de forma positiva, capaz de diminuir os números de criminalidade e violência (CERQUEIRA, 2014).

Pelas pesquisas de Cerqueira (2014), ao analisar o papel de inúmeras variáveis

que poderiam impulsionar ou conter a criminalidade violenta no país, destacou sete fatores que julgou relevante para explicar o aumento e a queda dos homicídios no Brasil, sendo: “a desigualdade de renda; a renda domiciliar *per capita*; a proporção de jovens na população; o efetivo policial; a taxa de encarceramento; e a prevalência de armas de fogo e de drogas ilícitas”. Pelo que concluiu que tais fatores mudaram de acordo com períodos e governos diferentes, sendo que aproximadamente 70% dos delitos puderam ser justificados pela teoria econômica do crime.

Ao voltar para os crimes patrimoniais, verifica-se uma tendência em seus cometimentos nas últimas décadas no Brasil, sendo o furto e o roubo uns dos tipos penais mais cometidos entre homens e mulheres encarcerados, competindo apenas com o delito de tráfico de drogas, o qual também está cercado por questões socioeconômicas em sua prática, eis que existe um rol de estigmatização e perfil por trás desses agentes punidos. Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2022), os crimes patrimoniais caminham entre novas e velhas dinâmicas.

Isso acontece diante a desigualdade vivenciada no país e as novas adversidades vividas pelos brasileiros, como o caso da pandemia da covid-19, que mostrou uma pequena queda no início, que pode ser encarada por diversos fatores, como o isolamento social, o adoecimento e mortes em massa e o recebimento de auxílio financeiro pelo governo – concedido após grande luta da classe trabalhadora e de partidos progressistas –, contudo regiões mais pobres e estados fronteiriços não sofreram impactos positivos, pelo contrário, houve o aumento das taxas (FBSP, 2022).

Pelos dados oficiais, pode ser constatado que essa mínima variação no cometimento de crimes patrimoniais no início da pandemia não perdurou, pois logo, entre 2020 e 2021 verifica-se uma estabilidade e a partir de 2021 retoma o crescimento dos números de furtos, roubos e, principalmente, de estelionato e atividades criminosas em formato digital. Entre 2018 e 2021, foram registrados 3,1 milhões de casos de estelionato, sendo que somente em 2021, o número chegou a 1,2 milhão de registros, que corresponde a um significativo aumento de 179,9% nas taxas, por 100 mil habitantes, em relação a 2018 (entre 2020 e 2021, o aumento foi de 36,3%), sem haver quedas em nenhuma outra Unidade Federativa (FBSP, 2022).

Também, outro número preocupante e que chama a atenção está relacionado ao Estado de São Paulo, que apresentou declínio importante em sua taxa a partir de 2014, tendo como principal marco a chamada “lei dos desmanches”, porém entre 2020 e 2021, apresentou aumento de 13% nas taxas, por 100 mil veículos, de roubo e furto, sendo 2022 um ano preocupante em relação à crescente prática de todos os tipos penais, assim como nos demais Estados (FBSP, 2022).

Pelos dados do 12º Ciclo do Infopen, disponibilizados pelo SISDEPEN (2023), na

coleta de informações penitenciárias até junho de 2022, tem-se uma população carcerária que chega à quase 900.000 mil presos, sendo o perfil da pessoa presa concentrada em pessoas jovens, de pouca escolaridade, baixa renda e mais da metade são pardas e pretas. Além disso, em 1º lugar no ranking do grupo de crimes mais cometidos estão os crimes contra o patrimônio, sendo os tipos penais que mais encarceram dentro desse item o de roubo qualificado, seguido do roubo simples, furto simples e furto qualificado.

Na conclusão de Resende e Andrade (2011), que fazem uma análise acerca da desigualdade de renda e as taxas de criminalidade nos grandes municípios, seus resultados indicam que a desigualdade é fator determinante e relevante de crimes orientados para a transferência de propriedade e patrimônio, mas não tanto para crimes passionais contra a vida ou contra a pessoa. Conquanto, dada a predominância dos crimes patrimoniais no total de infrações registradas, a distribuição de renda avoca um papel central na determinação da dinâmica dos níveis de criminalidade nesses grandes centros urbanos brasileiros.

Diante essas breves considerações acerca do crime como atividade econômica e saber que a violência urbana é afetada de forma relevante pela desigualdade de renda, sem que haja instrumentos concretos para combater esses delitos e, principalmente, diminuir a desigualdade para que esses não sejam cometidos, importante pensar sobre o impacto das políticas públicas e quais seriam as saídas para a erradicação desse mal social e econômico, que potencializa perdas que vão além de aspectos morais.

3. O IMPACTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A DIMINUIÇÃO DA CRIMINALIDADE

Como visto no capítulo anterior, o Brasil passa por uma alta no número de pessoas privadas de liberdade, sendo sua maioria jovens pretos e pardos, com pouca escolaridade e que cometem crimes contra o patrimônio, seguido do crime de tráfico, sendo a desigualdade de renda fator que está ligada à prática desses grupos de tipos penais e o perfil dos apenados relacionado não só à desigualdade econômica, como também à social, a estigmatização dos indivíduos e o etiquetamento⁸⁹⁰, posto que muitos cometem crimes, porém são determinados grupos e perfis os puníveis.

890 O termo “etiquetamento” é oriundo da corrente teórica criminológica *labeling approach*, também denominada como “teoria da rotulação”, a qual tem como um de seus objetos de estudo a ideia de que a criminalidade é resultado de um processo de imputação, ou seja, uma etiqueta colocada em determinados indivíduos, fazendo com que fiquem marcados e passem a ser ignorados, desqualificados e considerados de menor valor dentro de uma sociedade.

Essa realidade gera, assim, tamanha preocupação, eis que a criminalidade e a criminalização vão ter efeitos que atingem várias pessoas, comunidades e seguimentos. O que leva ao debate das políticas públicas, as quais se mostram eficazes, se procedidas de forma crítica e pensando nas tantas vulnerabilidades econômicas e sociais, e podem ser pilares para combater a criminalidade, bem como minimizar os problemas cotidianos que levam os agentes a cometerem tais delitos.

Aliado aos números citados, vale destacar que o Brasil passa por uma onda trágica de fome e insegurança alimentar, que atinge metade dos lares, em especial, os com crianças no Norte e Nordeste. Em números exatos, mais de 33 milhões de pessoas passam fome no país, são os dados divulgados em setembro de 2022, no 2º Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19 no Brasil – VIGISAN (COSTA, 2022).

Não é coincidência a alta nos números de crimes contra o patrimônio, o país novamente inserido no mapa da fome, dividido entre poucos que comem à vontade e a grande maioria que têm pouco ou nada para se alimentar, além de outras taxas elevadas como a do desemprego. Inclusive, o Brasil teve a 4ª maior taxa de desemprego do mundo registrada em 2021, ou seja, mais que o dobro da taxa média global, bem como houve piora das expectativas do povo e um cenário pessimista do mercado de trabalho, com vagas de baixa qualidade e decadência nos direitos trabalhistas (ALVARENGA, 2021).

Nesse sentido, para a teoria econômica do crime, desenvolvida a partir de Becker (1968) sobre o comportamento humano, o agente criminoso, ao compreender sua realidade social e econômica e estando inserido em múltiplas vulnerabilidades, coloca de um lado da balança o salário que poderia vir ganhar de forma lícita, se assim conseguisse, e do outro os benefícios da atividade criminosa. De um lado o custo para a oportunidade e o seu tempo para atingi-la e do outro o custo da punição.

Ao explicar a teoria de Lee (1993), Thomé e Vonbun (2017), no texto para discussão do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, explicam:

Observa-se em seu modelo que, mesmo na ausência do efeito do desemprego, outras condições do mercado de trabalho podem impactar significativamente a decisão de cometer um crime. Para um potencial criminoso, um salário legal baixo pode induzi-lo ao comportamento ilícito, devido ao maior retorno obtido nas atividades ilegais. [...] evidencia que as cidades com maior desigualdade possuem os maiores índices de criminalidade porque aqueles que estão na parte inferior da distribuição de renda, com salários baixos, têm mais probabilidade de procurar outros recursos por meio de atividades ilegais [...].

Se for analisado o número de pessoas incluídas no mapa da fome, com os

provedores do lar desempregados e desamparados, o tempo para conseguir alguma renda de forma lícita, o custo benefício do crime acaba saindo mais rentável, até porque a fome não espera e as pessoas têm fome de comida e sede de vida. Entre a vida e a morte, cometer um delito parece ser uma alternativa para tantos brasileiros em meio ao caos, o que vai ao encontro dos dados referentes ao anos de 2021 e 2022, onde mostrou o aumento de furto famélico em algumas regiões do Brasil, como na Bahia, ao mesmo passo em que a ONU anunciava que o Brasil voltava ao Mapa da Fome (G1, 2022).

O levantamento apresentado foi realizado pela Defensoria Pública da Bahia, mostrando que em 2019, um ano antes da pandemia, os furtos famélicos (comida, remédio e materiais de primeira necessidade) correspondiam a 12% do total em Salvador, já em 2021, subiram para mais de 20%, e assim foram crescendo (G1, 2022). Do mesmo modo, no site oficial do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, Lima (2021) relata que os furtos famélicos no Brasil estão cada vez mais recorrentes e isso pode ser observado pelo aumento que chegaram até o STJ e ao STF, para o reconhecimento do princípio da insignificância, ainda que:

Tendo em vista que esses levantamentos foram feitos em estados bastante populosos, SP e BA, situados em regiões diferentes do país, Sudeste e Nordeste, é possível projetar um crescimento, em âmbito nacional, de furtos famélicos ou de bagatela, em torno de 18% nos últimos quatro anos. Lembrando que tal projeção tem como base os casos notificados. Como há uma subnotificação considerável nesses e em outros casos criminais semelhantes, é muito provável que esse percentual de crescimento seja bem maior. De todo modo, não há dúvida: o aumento da pobreza, da fome e da desigualdade social no Brasil tem contribuído para situações extremas como furtos famélicos.

É por isso que o teórico do crime econômico, Ehrlich (1973), que seguiu o modelo empírico de pesquisa, ressaltou a importância de se criar, manter e avaliar medidas que diminuam a desigualdade de renda e aumentem o grau de escolaridade no combate ao crime, a fim de promover mais políticas públicas. Sugeriu, ainda, incentivos sociais para melhoria de renda e educação independentemente de raça ou outras condições demográficas e investimento em segurança pública e sistema judicial.

Para Bourguignon (1999), o crescimento pavoroso da criminalidade nas cidades do México, Rio de Janeiro e São Paulo não está ligado restritamente na urbanização acelerada das cidades, pois o crime e a violência permanecem com índices toleráveis em outras cidades com o mesmo grau de crescimento, pelo que constata haver outras condições que podem vir a interferir nessa evolução adversa além da desigualdade e a pobreza, como exemplo a alienação política e cultural, conflitos étnicos, legislação inapropriada, entre outras.

Medeiros (2022) relata que, aliado ao aumento da violência urbana, reflexo da desigualdade e ausência de poder público, também aumentou-se o temor da população diante da prática reiterada de crimes. Com base nos estudos de outros pesquisadores, explica que o aumento da circulação no contexto pós-pandêmico, o cenário da desigualdade socioeconômica estrutural, o aumento da pobreza e até mesmo a mudança comportamental, com intervenções que não funcionam, impulsionam o cometimento de crimes.

Diante desses estudos, muitos teóricos foram levados ao campo das políticas públicas como uma saída para a criminalidade. Na literatura, uma das alternativas mais eficazes se mostram nos programas de transferência de renda mínima. Ao citar as pesquisas de Zhang (1997), Thomé e Vonbun (2017) relatam que seus estudos sobre os programas de transferência de renda mostraram-se positivos nesse combate e os resultados inferem que “a probabilidade de um indivíduo cometer um crime e a alocação de tempo em atividades ilegais são reduzidas perante a adoção de políticas de redistribuição de renda”.

Também, Thomé e Vonbun (2017) concluem que programas sociais são capazes de irem além da diminuição dos índices de desigualdade e pobreza e atingir outros aspectos do desenvolvimento socioeconômico da sociedade, como é o caso da criminalidade. Além do mais, sugerem que programas de transferência de renda, com algumas condições específicas, podem reduzir a incidência de crimes de dimensões diferentes, a exemplo de homicídios e crimes contra o patrimônio.

A partir dessas abordagens e levantamentos de dados, devem ser consideradas pesquisas que se aprofundem na política pública específica da transferência de renda, no Brasil popularmente conhecida como Bolsa Família e, muito recentemente, como Auxílio Brasil, mas que já foi novamente reelaborada e renomeada, passando a ser novamente Bolsa Família.

3.1. Dados dos programas de transferência de renda mínima no Brasil

Embora não seja um tema recorrente discutido na literatura, há algumas pesquisas que demonstram o benefício das políticas públicas de transferência de renda, sendo incorporada no Brasil como Bolsa Família.

A pesquisa “*Conditional cash transfer programme: Impact on homicide rates and hospitalisations from violence in brazil*”, publicada na revista Plos One, identificou que o Programa Bolsa Família diminuiu em até 23% os índices de homicídio e até 25% de internação por agressão nos municípios brasileiros com alta cobertura do programa federal (analisou 5.507 municípios do Brasil e observou que quando a cobertura do

programa atinge acima de 70% da camada da população que teria direito ao benefício, existe um efeito significativo de proteção) (CIDACS, 2019).

Ainda, identificou que o Programa Bolsa Família diminuiu em até 23% os índices de homicídio e até 25% de internação por agressão nos municípios brasileiros com alta cobertura do programa federal (analisou 5.507 municípios do Brasil e observou que quando a cobertura do programa atinge acima de 70% da camada da população que teria direito ao benefício, existe um efeito significativo de proteção) (CIDACS, 2019).

De igual forma, a pesquisa do instituto de pesquisa econômica aplicada – IPEA traz a relação da taxa de desemprego com o crime que é mencionada no modelo de Becker (1968), o qual sugere que quando se proporcionam maiores oportunidades de salários legais, a probabilidade de um indivíduo suficientemente honesto cometer um crime, é menor. Pelos dados, indicam que os gastos em segurança sejam majoritariamente reativos à criminalidade. A principal contribuição está em sugerir que programas sociais que tenham como principal objetivo diminuir os índices de desigualdade e pobreza possam extrapolar esta dimensão e atingir outros aspectos do desenvolvimento socioeconômico da sociedade (THOMÉ; VONBUN, 2017).

Nos estudos da Universidade Federal de Sergipe, houve o levantamento sobre os índices de criminalidade em Sergipe no 1º ano da pandemia da covid-19. A análise abrange o período de abril a dezembro de 2020, considerando quatro tipos de crime: homicídios dolosos, violência doméstica, roubos e furtos. Neles, é evidenciado os impactos dos níveis de isolamento social e dos programas de transferência de renda, como Bolsa Família e Auxílio Emergencial, nos números da violência. Para Jorge: “foi possível observar que o pagamento de transferências de renda às famílias em maior situação de vulnerabilidade social contribuiu para uma redução de casos de violência doméstica, furtos e roubos no estado no período pandêmico” (UFS, 2021).

Em consonância, a pesquisa da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade de Ribeirão Preto – USP, analisou dados dos municípios paulistas de 2010 e 2019, fez a correlação dos dados do índice de Gini [medida de desigualdade e concentração de renda] com os indicadores de segurança pública, que apontam uma relação proporcional: quanto maior a desigualdade, maior o índice de criminalidade (REZENDE, 2020).

Como resultado do estudo citado acima, identificou que quanto aos furtos, considerando o cálculo da taxa em número de casos por 100.000 habitantes, houve um crescimento de 680,3 para 707,5 entre 2018 e 2019 em Sergipe. Em seguida, uma queda para 557,1 no último ano, representando uma variação de - 21,3% em 2020. Referente aos roubos, a taxa no estado para cada 100 mil habitantes caiu de 895,9 para 783,8 entre 2018 e 2019. No ano seguinte, voltou a diminuir para 502,8, o que indica uma variação

de - 35,9% ano passado. Quanto aos roubos, um aumento de mil reais no volume de benefícios do Bolsa Família impacta para uma redução de cerca de 328 roubos. Já um crescimento de 10 pontos percentuais no isolamento contribui para um acréscimo de cerca de três casos de roubo (REZENDE, 2020).

Os resultados das pesquisas descritas tornam-se impactante e de grande relevância para amparar futuros ajustes no Programa Bolsa Família que objetivam acompanhar as constantes e aceleradas mudanças de necessidade da sociedade e, principalmente, a busca pela elevação de capital humano, porém é necessário buscar fontes de custeio para essa e outras políticas públicas, o que será debatido no capítulo seguinte.

4. ALTERNATIVAS DENTRO DA TRIBUTAÇÃO

Considerando que todo direito e as políticas públicas necessitam de uma arrecadação fiscal para sua implementação e efetivação, a alternativa aqui apresentada está em tributar os mais ricos e investir nos programas de transferência de renda mínima, que possibilitariam diminuir a criminalidade, com a defesa do aumento de investimento do programa Bolsa Família, por exemplo, em formatos similares aos já apresentados em alguns projetos legislativos no Brasil.

Com base nessa premissa, verifica-se a necessidade de tributar quem possui mais condições em prol da igualdade, ou seja, tributar os mais ricos para reconstruir o país ao financiar a política social de transferência de renda. Assim, quando esses direitos são estruturados por uma Constituição e (num grau relativo) sensível às forças democráticas, o Estado é um implemento indispensável para mobilizar e canalizar com eficácia os recursos difusos da comunidade, aplicando-os a problemas pontuais sempre que estes surgirem (HOLMES; SUNSTEIN, 2019).

Ainda, sobre essa política estatal social, Dias *et al* (2012, p. 12), explicam que “política pública é o conjunto de princípios, critérios e linhas de ação que garantem e permitem a gestão do Estado na solução dos problemas nacionais”. Ou seja, ela age para estabelecer um meio na realização de direitos previstos nas legislações do país, tendo como elemento identificador uma decisão governamental, que consiste na definição de uma estratégia para solução de um problema público, com metas, previsões orçamentárias e planos de ação, além da importância de se trazer estabilidade desses direitos e coerência ao serem considerados os interesses públicos.

Nesse contexto, a tributação é elencada como uma variável capaz de explicar a política pública de transferência de renda, sendo sua política fiscal analisada como objeto

de transformação da vida em sociedade, como também pelo viés de política pública, refletida pela função fiscal e extrafiscal dos tributos. A ideia é que o Bolsa Família, que pode ser implementado com uma taxaçoão progressiva sobre lucros e faturamentos, por exemplo, intervenha para limitar a expansoão do poder econômico empresarial e estimular um cenário de competiçoão igualitária.

Ressalta-se que toda atividade tributária deve ter como base os objetivos da república, sendo a solidariedade um deles, a qual está presente tanto na esfera fiscal, com respeito à capacidade contributiva, quanto extrafiscal, pela atuação no campo social, econômico e cultural. Portanto, a relação entre solidariedade social e tributaçoão compõe-se no elemento principal da comprovaçoão e finalidade do ato de tributar.

Ao serem analisados os dados do relatório “Nós e as desigualdades” (2022), realizado pela OXFAM Brasil/Datafolha, tem-se que 96% dos brasileiros consideram ser uma obrigaçoão dos governos garantir recursos para programas de transferência de renda e que ter emprego, crescer no trabalho, ter estabilidade e segurança no mesmo, são fatores importantes para uma evoluçoão social e vistos como prioridades de vida. Além disso, 56% dos entrevistados concordam com o aumento de impostos em geral para financiar políticas sociais e 85% concordam que esses impostos tenham a finalidade de taxar os mais ricos, inclusive, 94% afirmam que os tributos devem beneficiar os mais pobres.

No mesmo relatório, fica demonstrado que é de opinião pública a premissa de que não há progresso sem a reduçoão das desigualdades, bem como que a cor da pele acaba influenciando na contrataçoão por empresas, em abordagens policiais, sendo 79% os que concordam que a justiça é mais dura com negros. Para os participantes da pesquisa, o Estado deve ter como prioridade o investimento em políticas sociais, educaçoão, combate da desigualdade de gênero e do racismo, além do aumento do salário-mínimo (OXFAM, 2022).

No Brasil, a pandemia acelerou o agravamento da crise social e econômica iniciada em 2015. O país estava estruturalmente vulnerável ainda antes da pandemia, com um cenário de reduçoão de investimentos orçoamentários em políticas sociais principalmente a partir da adoçoão da Emenda Constitucional nº. 95, de 2016 (Teto de Gastos). Com a covid-19, os impactos foram múltiplos: desemprego recorde em abril de 2021, 26 fechamento de quase 600 mil empresas, programas e políticas mal desenhadas e implementadas que promoveram condições precárias de trabalho para jovens e grupos vulneráveis, aumento dos casos de violência doméstica e explosão da insegurança alimentar no Brasil, com 6 em cada dez lares do país sem a garantia de um prato de comida no dia seguinte e 33,1 milhões de pessoas em situaçoão de fome no começo de 2022. (OXFAM, 2022, p. 35).

Diante do alto número de desemprego e insegurança em vários aspectos no país, os quais cresceram nos últimos anos, é evidente que outros problemas acabam sendo desencadeados, como são os casos de pessoas inseridas em atividades não regulamentadas e formalizadas, bem como as ilícitas. Essa ligação, explicada pela teoria econômica do crime, é reforçada pelas crescentes taxas de criminalidade apresentadas anteriormente.

Assim, aumentar a tributação sobre os mais ricos para transferir renda aos mais pobres pode contribuir para a recuperação da atividade econômica, além de reduzir a desigualdade, a qual leva à diminuição da prática de delitos. Essa política de proteção social financiada a partir da tributação do 1% mais rico, que garante a transferência de R\$ 125,00 por mês para os 30% mais pobres, pode também ter um impacto positivo de 2,4% no PIB (CARRAÇA, 2021).

Fattorelli (2020), ao analisar o relatório confeccionado pela Organização das Nações Unidas em 2019, no qual foi considerado o Índice de Desenvolvimento Humano de vários países, elucida que o Brasil foi considerado o segundo país com a maior concentração de renda, ficando atrás apenas do Catar, ou seja, 28,3% da concentração de renda total do país encontra-se em poder de menos de 1% dos mais ricos, resultado do modelo econômico do país e de um sistema tributário regressivo, completamente irresponsável com as pessoas e o ambiente.

Para Piketty (2014), a capacidade contributiva daqueles que detêm grandes fortunas não é completamente explorada em apenas uma modalidade de tributação, como é o caso do imposto de renda. Isso porque a renda auferida em um ano representa em média 6-7% da fortuna total, fazendo-se necessários outros modelos de tributação sobre a renda e o patrimônio, a fim de financiar o estado social para que haja menos desigualdades desproporcionais, que são criadas pelo sistema capitalista que produz distorções da realidade.

Nessa perspectiva, o autor acima (2014) chega à teoria que a tributação pode ser mais eficiente se ocorrer de maneira anual, com alíquotas progressivas, não necessitando que sejam altas, mas que sejam acrescidas em situações de bilionários, com altos rendimentos anuais, casos estes que teriam alíquotas superiores, porém afirma a tese de que a criação desse imposto precisaria ser mundial, embora pareça menos exequível, o que não é a situação proposta, pois aqui busca-se a concretização e instituição de um imposto nacional.

No Brasil há alguns projetos de lei em tramitação, um deles é de autoria do Paulo Paim (PT-RS), nº 315/2015, o qual prevê um imposto anual sobre grandes fortunas, de que trata o art. 153, inciso VII, da Constituição Federal, com alíquota de 1% e faixa de isenção de R\$ 50 milhões de reais, sobre patrimônio de pessoa física ou espólio situado

no país ou exterior. Atualmente, o projeto foi desarquivado, após ter passado pela atual Comissão de Assuntos Econômicos, embora não vislumbra muito entusiasmo quanto a sua aprovação (BRASIL, 2015).

Há também o Projeto de Lei Complementar nº 183/2019, de autoria de Plínio Valério (PSDB-AM), um projeto mais viável do ponto de vista político e com mais votos de aprovação do público no site do Senado, por conta da pandemia de Covid-19. Nessa linha, deve ser regulamentado para se instituir o IGF, diante do aumento da desigualdade social nos últimos anos. No texto inicial, são apresentadas alíquotas progressivas de 0,5% até 1%, com uma faixa de isenção de até 22,8 milhões de reais, cujo fato gerador é a titularidade do patrimônio. Estudos concluíram que sua expectativa de arrecadação varia entre 70 e 80 bilhões de reais anuais. Sua receita, no entanto, seria dividida entre o fundo nacional da saúde, em 50%, fundo de combate e erradicação da pobreza, em 25%, e o fundo de amparo ao trabalhador, em 25% (BRASIL, 2019).

Em razão da diminuição dos casos de agravamento pelo vírus da COVID-19 e observados outros dados referentes ao aumento da pobreza, fome e criminalidade no corrente ano e nos últimos, o projeto poderia ser adaptado, a fim de comprometer a arrecadação do imposto com a política pública do Bolsa Família, em 55%, fundo nacional da saúde, em 15%, fundo nacional de educação básica, em 15%, e direcionamento à programas que dão proteção para as vítimas de violência doméstica, em 15%.

Portanto, a política tributária de cunho interventivo, com sua tributação progressiva, nesses casos, podem ser positivas na diminuição da criminalização e marginalização de determinados grupos sociais que já são vulnerabilizados e se encontram à margem do Estado, além de ser um pilar fundamental para assegurar solidez fiscal com redistribuição de renda, sendo imprescindível a garantia das mudanças tributárias, a serem definidas pelo Congresso Nacional e governos, para que estejam alinhadas com a Constituição Federal em termos de contribuição justa.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo contexto, a realidade e as altas taxas de criminalidade e pessoas privadas de liberdade no Brasil, conclui-se ser de extrema importância pensar em políticas públicas para a reversão desses quadros. Para tanto, ficou constatado que a curto prazo a melhor saída é o investimento no programa de transferência de renda mínima, denominado novamente por Bolsa Família, e a avaliação de seus requisitos.

Assim, como toda política pública necessita de recursos, e esses precisam da tributação para serem arrecadados, chega-se a ideia da pesquisa em demonstrar a relação entre desigualdade de renda e as altas taxas de criminalidade e pessoas puníveis

e encarceradas no Brasil e, diante dessa premissa, arrecadar mais recursos financeiros para ampliar e efetivar o programa de transferência de renda mínima, denominado Bolsa Família.

Num país que, embora rico, é subdesenvolvido, desigual, e passou novamente a ocupar o mapa da fome, vulnerabilizando e marginalizando ainda mais pessoas que já viviam à mercê da sociedade, é importante discutir essas tantas realidades de brasileiros e as consequências desses problemas que acabam gerando impactos à toda coletividade, bem como pensar na importância de se combater essas desigualdade por meio da tributação, respeitando a capacidade contributiva e a progressividade tributária, a fim de evitar a concentração de renda.

BIBLIOGRAFIA FINAL

ALVARENGA, Darlan. **Brasil tem a 4ª maior taxa de desemprego do mundo, aponta ranking com 44 países**. Rio de Janeiro: G1, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/11/22/brasil-tem-a-4a-maior-taxa-de-desemprego-do-mundo-aponta-ranking-com-44-paises.ghtml>. Acesso em: 23 de jan. 2023.

BACCON, Pâmela. **A falácia da ressocialização prisional: fatores que prendem por detrás das grades contexto brasileiro**. Dissertação (Mestrado Interdisciplinar em Ciências Humanas) – Universidade Federal da Fronteira Sul. Erechim, 2022.

BECKER, Gary. **Crime and punishment: an economic approach**. Journal of Political Economy, v. 76, p. 169 – 217, 1968.

BOURGUIGNON, François. **Crime as a social cost of poverty and inequality: a review focusing on developing countries**. Paris: Te World Bank; École des Hautes Études en Sciences Sociales, 1999.

BRASIL. **Projeto de Lei Complementar nº 101**. Senado federal, 2021. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8986468&ts=1636455622684&disposition=inline>. Acesso em: 25 de mar. 2023.

BRASIL. Projeto de Lei **Complementar nº 183**. Senado Federal, 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137929>. Acesso em: 25 de mar. 2023.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 315**, de 2015 (Complementar). Senado Federal, 2015. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121420>.

Acesso em: 25 de mar. 2023.

CARRAÇA, Thais. **Bolsa Família:** taxar ricos para financiar política social elevaria PIB em 2,4%, diz estudo da USP. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56049425>. Acesso em: 23 de jan. 2023.

CERQUEIRA, Daniel Ricardo de Castro. **Causas e consequências do crime no Brasil.** Tese (Doutorado em Economia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2014.

CIDACS. Centro de Integração de Danos e Conhecimento para Saúde. **Transferência de renda diminui violência no Brasil,** diz estudo inédito. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2019. Disponível em: <https://cidacs.bahia.fiocruz.br/2019/01/25/transferencia-de-renda-diminui-violencia-no-brasil-diz-estudo-inedito/>. Acesso em: 23 de jan. 2023.

COSTA, Rosana Salles. **Mais de 33 milhões de pessoas passam fome no Brasil.** UFRJ. Rio de Janeiro: INJC, 2022. Disponível em: <https://injc.ufrj.br/mais-de-33-milhoes-de-pessoas-passam-fome-no-brasil/>. Acesso em: 23 de jan. 2023.

DIAS, Reinaldo, et al. **Políticas públicas:** princípios, propósitos e processos. São Paulo: Atlas, 2012.

EHRlich, Isaac. **Participation in Illegitimate Activities:** A Theoretical and Empirical Investigation, The Journal of Political Economy. Vol. 81, 521-565. 1973.

FATTORELLI, Maria Lucia. **Qual reforma tributária queremos.** Comitê para a abolição das dívidas ilegítimas – CADTM, 2020. Disponível em: <http://www.cadtm.org/Qual-reforma-tributaria-queremos>. Acesso em: 25 de mar. 2023.

FBSP. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Os crimes patrimoniais no Brasil:** entre novas e velhas dinâmicas. Brasília: Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 2022.

FURTOS famélicos cresceram com a pandemia; em Salvador, foram de 12% em 2019 para 20% em 2021. **G1.** Profissão Repórter. Disponível em: <https://g1.globo.com/profissao-reporter/noticia/2022/07/14/furtos-famelicos-cresceram-com-a-pandemia-em-salvador-foram-de-12percent-em-2019-para-20percent-em-2021.ghtml>>. Acesso em: 20 de mar. 2023.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos.** São Paulo: Martins Fontes, 2019.

LIMA, Débora Nunes de Souza. Fonte Segura. **Fórum Brasileiro de Segurança Pública.** Furtos famélicos no Brasil – de volta ao país da fome. Edição nº 142, 2021. Disponível em: <https://fontesegura.forumseguranca.org.br/furtos-famelicos-no-brasil-de-volta->

[ao-pais-da-fome/](#)>. Acesso em: 20 de abr. 2023.

MEDEIROS, Ana Paula. Jornal da USP. **Aumento da violência urbana reflete desigualdade e ausência do poder público**. São Paulo, 2022. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/atualidades/populacao-paulistana-sente-medo-com-aumento-da-criminalidade-e-da-violencia-na-cidade/>>. Acesso em: 20 de abr. 2023.

OXFAM. Nós e as desigualdades. **Pesquisa OXFAM Brasil/Datafolha percepções sobre desigualdades no brasil**. Brief comunicação, 2022. Disponível em: <file:///C:/Users/dell/Downloads/LO_relatorio_nos_e_as_desigualdade_datafolha_2022_vs02.pdf>. Acesso em: 25 de mar. 2023.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Trad. Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

QUINNEY, Richard. **Criminology**. 2. ed. Boston: Litle, Brown and Company, 1979.

RESENDE, João Paulo de; ANDRADE, Mônica Viegas. **Crime Social, Castigo Social: Desigualdade de Renda e Taxas de Criminalidade nos Grandes Municípios Brasileiros**. Est. Econ., São Paulo, 41(1): 173-195, jan.-mar, 2011.

REZENDE, Leonardo. **Estudo aponta relação entre desigualdade e criminalidade**. Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade de Ribeirão Preto. São Paulo: USP, 2020. Disponível em: <https://www.fearp.usp.br/institucional/item/8353-estudo-aponta-relacao-entre-desigualdade-e-criminalidade.html>. Acesso em: 23 de jan. 2023.

SISDEPEN. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Dados Estatísticos do Sistema Penitenciário**. Custo do preso. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em: 23 de jan. 2023.

SISDEPEN. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Dados Estatísticos do Sistema Penitenciário**. 12º Ciclo – INFOPEN. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios-e-manuais/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-junho-2022.pdf>. Acesso em: 23 de jan. 2023.

THOMÉ, Denise Baptista; VONBUN, Christian. **Análise do impacto dos gastos públicos com programas de transferência de renda sobre a criminalidade**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: Rio de Janeiro, 2017.

UFS. Universidade Federal de Sergipe. **Estudo avalia efeitos de programas de transferência de renda e isolamento social na criminalidade**. Sergipe: UFS, 2021. Disponível em: <https://www.ufs.br/conteudo/68000-estudo-avalia-efeitos-de->

[programas-de-transferencia-de-renda-e-isolamento-social-na-criminalidade.](#)
em: 23 de jan. 2023.

Acesso



Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB**?
Gostaria de submeter seu trabalho a Revista Direito.UnB?
Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>
e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.

RACISMO ESTRUTURAL E VIOLÊNCIA SIMBÓLICA NA CONSTRUÇÃO DA RACIONALIDADE JURÍDICA BRASILEIRA: APROXIMAÇÕES E LIMITES

STRUCTURAL RACISM AND SYMBOLIC VIOLENCE IN THE CONSTRUCTION OF BRAZILIAN LEGAL RATIONALITY: APPROXIMATIONS AND LIMITS

Recebido: 13/02/2021

Aceito: 29/12/2025

Vinicius Gomes Casalino

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas).

E-mail: vinicius.casalino@puc-campinas.edu.br

 Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1728-4084>

Mayara Pereira Amorim

Mestranda em direito humanos pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas).

E-mail: mayara.amorimdireito@gmail.com:

 Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0003-3315>

RESUMO

Este trabalho promove investigação sobre o racismo estrutural na construção da racionalidade jurídica brasileira, com foco no aparato epistêmico e prático da sociologia de Pierre Bourdieu. Para isso, são manejados os conceitos de violência simbólica e campo jurídico do autor. A partir disso, são analisados excertos da decisão administrativa do caso da advogada Valéria Lucia dos Santos, algemada em Duque de Caxias no Estado do Rio de Janeiro em 2018. A hipótese do artigo cinge-se em torno de que a sistemática inferiorização da população negra no país passa pela função dos juristas na permanência desses lugares sociais. Para buscar responder aos questionamentos suscitados na aproximação da realidade brasileira, são utilizados autores como Lélia Gonzalez, Carlos Hasenbalg, Dora Lucia de Lima Bertúlio, Sueli Carneiro, Maria Aparecida da Silva Bento (Cida Bento), Lourenço Cardoso, Silvio Almeida, Adilson Morei-



Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.

This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that

ra, dentre outros, com fundamento na crítica antirracista. Assim, para a busca dos resultados, utiliza-se de análise documental, por intermédio de bibliografias nacionais e internacionais.

Palavras-chave: Violência simbólica. Racismo estrutural. Dominação social. Privilégios. Pierre Bourdieu.

ABSTRACT

This article promotes investigation into structural racism in the construction of Brazilian legal rationality, focusing on the epistemic and practical apparatus of Pierre Bourdieu's sociology. To this end, the author's concepts of symbolic violence and the legal field are presented. From this, excerpts from the administrative decision in the case of the Brazilian lawyer Valéria Lucia dos Santos, handcuffed in the city of Duque de Caxias, State of Rio de Janeiro, in 2018, are analyzed. The hypothesis of the article is centered around the systematic interiorization of The Black population in the country is influenced by the role of jurists in maintaining these social places. To seek to answer the questions raised in approaching Brazilian reality, authors such as Lélia Gonzalez, Carlos Hasenbalg, Dora Lucia de Lima Bertúlio, Sueli Carneiro, Maria Aparecida da Silva Bento (Cida Bento), Lourenço Cardoso, Silvio Almeida, Adilson Moreira, among others, are used, who base their research on anti-racist criticism. Therefore, documentary analysis is used to search for results using national and international bibliographies.

Keywords: Symbolic violence. Structural racism. social domination. Privileges. Pierre Bourdieu.

1. INTRODUÇÃO

O papel de dizer o Direito está em constante disputa, especialmente por grupos sociais que, sistematicamente, são beneficiados pelo monopólio de decidir ou de apresentar suas demandas para a apreciação do Poder Judiciário. No caso específico do Brasil, é difícil suscitar hipótese de pesquisa do Direito sem a consideração do seu profundo enraizamento no racismo estrutural.

A problemática do presente artigo diz respeito à análise da investigação sobre o racismo estrutural na construção da racionalidade jurídica brasileira, com foco no aparato

epistêmico e prático da sociologia de Pierre Bourdieu⁸⁹¹. Para isso, são manejados os conceitos de violência simbólica e campo jurídico do autor. A violência simbólica opera como sistema inconsciente que distorce sistematicamente as representações do mundo social aos interesses das classes dominantes que exercem o poder. Neste sentido, torna-se importante a definição de campo jurídico apresentada por Bourdieu, ao passo que questiona a ilusão da ideia universalidade, reiteradamente utilizada pelos juristas para a construção da racionalidade jurídica.

E o racismo estrutural, enquanto forma normalizadora de disparidades no funcionamento das engrenagens políticas, sociais e econômicas que onera sistematicamente um grupo racial delimitado, os negros, possui no Direito e nos seus operadores funções importantes.

Assim, para o desenvolvimento do problema, no primeiro momento, adota-se a posição da raça como conceito político-ideológico como responsável pela subordinação contínua dos grupos ao longo do processo histórico. Para tanto, são usados como fundamentos de comprovação da afirmativa o mito da democracia racial, a cordialidade do povo brasileiro e o conceito de racismo estrutural. A partir da compreensão do racismo como forma de estruturação social, no segundo tópico são descritas as linhas gerais do conceito de violência simbólica da análise sociológica bourdieusiana.

No terceiro momento, almeja-se compreender como as estruturas constituídas e historicamente mantenedoras de determinados lugares sociais buscam conservar privilégios a determinados grupos, colocando-se em relevo a conceituação de branquitude. Pretende-se, por meio do aporte teórico de Bourdieu, destacar o papel primordial do Direito na legitimação dessas arbitrariedades, por meio da concepção de campo jurídico do autor.

A hipótese do artigo cinge-se em torno de que a sistemática inferiorização da população negra no país perpassa pela função dos juristas na permanência desses lugares sociais. Essa permanência se dá na construção da racionalidade jurídica que desconsidera os efeitos do racismo estrutural. Para a comprovação da hipótese, são analisados excertos da decisão administrativa do caso da advogada negra Valéria Lucia dos Santos, algemada em Duque de Caxias, no Estado do Rio de Janeiro, em 2018, no exercício da sua profissão.

891 Este artigo é decorrente da pesquisa de dissertação “Políticas públicas antirracistas, racismo estrutural e programas de transferência de renda”. Os autores agradecem as contribuições apresentadas pelas pessoas pareceristas para as revisões suscitadas. Também expressam os agradecimentos pelas discussões e explicações do Professor Dr. Orlando Villas Bôas Filho fundamentais para a concepção do artigo, no que tange ao aparato epistêmico e prático da sociologia de Pierre Bourdieu. Agradecem ao grupo de pesquisa Direito e Realidade Racial do Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (CNPq/PUC-Campinas) pelos diálogos.

Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.

This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that

Por fim, diante das dificuldades enfrentadas para desconstituir esses arranjos sociais, o caso da advogada será refletido por intermédio de crítica antirracista. Além do mais, para a busca dos resultados, prima-se pela análise documental, por meio de bibliografia nacionais e internacionais.

2. O racismo enquanto forma de dominação social

As classificações raciais são, por vezes, operacionalizadas e constantemente reatualizadas com a finalidade de limitar acessos aos recursos e posições sociais, na manutenção de privilégios e na concentração de poder pelos dominadores. Por exemplo, a dificuldade de acesso de pessoas negras⁸⁹² e permanência no ensino superior⁸⁹³; a naturalização da ausência dessas pessoas nos espaços considerados de prestígio ou a ocupação de um cargo de poder⁸⁹⁴, normalmente, atrelados ao estereótipo construído acerca da intelectualidade⁸⁹⁵. Para os objetivos propostos por este artigo, torna-se

892 Torna-se importante considerar a realidade dos grupos populacionais e a relação com a educação, pois dentre as “pessoas acima de 25 anos, mais de 60% da população negra não completaram o ensino médio (enquanto para a população branca esse grupo corresponde a 45,6%)”. SILVA, Tatiana Dias. Ação afirmativa e população negra na educação superior: acesso e perfil discente. Brasília: IPEA, 2020, p. 24. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/10102>. Acesso em: 07 out. 2023.

893 Não basta simplesmente possibilitar o acesso, mas é preciso considerar a permanência, ou seja, os “aspectos financeiros relativos aos custos laterais do curso (eventos, materiais, cursos complementares) e demandas de subsistência, que tendem a ser mais agudos para os beneficiários mais vulnerabilizados, público-alvo das políticas de democratização do acesso.” SILVA, Tatiana Dias. Ação afirmativa e população negra na educação superior: acesso e perfil discente. Brasília: IPEA, 2020, p. 32. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/10102>. Acesso em: 07 out. 2023. Nas análises das condições de vida da mulher e, especialmente, da mulher negra, consideramos necessários a transversalidade e o caráter intersetorial das políticas públicas que, de fato, dialogam com a materialidade da vida. À guisa de exemplificação, dessas especificidades seria o oferecimento de creches dentro do campus universitário. É importante destacar que essa proposta não implica em fazer uma associação direta que mães têm a obrigação de cuidarem dos seus filhos, mas a partir da realidade calcada no patriarcado, sabemos que o ônus do cuidado recai prioritariamente em mulheres e meninas.

894 De acordo com a pesquisa sobre negros e negras no Poder Judiciário, “a variação deste grupo populacional na magistratura gira entre 12% a 21%, de acordo com o ano de ingresso na investidura do cargo”. Conselho Nacional de Justiça. Pesquisa sobre negros e negras no Poder Judiciário. Brasília: CNJ, 2021, p. 56. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/rela-negros-negras-no-poder-judiciario-150921.pdf>. Acesso em: 07 out. 2023.

895 Acerca sobre a construção da intelligentsia direcionada aos afro-americanos importantes contribuições são apresentadas por Cornel Ronald West, no ensaio “O dilema do intelectual negro” (1987) e, em uma resposta contundente ao ensaio, a partir da mulher negra norte-americana, bell hooks já nos alertava sobre o racismo e o sexismo: “(...) Contudo West não olha especificamente a vida intelectual da negra. Não reconhece o impacto do gênero nem discute o modo como as ideias sexistas de papéis masculino/femininos são fatores que informam e moldam tanto nosso senso do que e ou pode ser a intelectual negra quanto sua relação com um mundo de ideias que transcende as produções individuais (sic)”. hooks, bell. Intelectuais negras. Tradução de Marcos Santarrita. Estudos feministas, v. 3, n. 2, 1995,

imprescindível destacar que o conceito de raça é político, social, econômico, histórico, ou seja, “a história da raça ou das raças é a história da constituição política e econômica das sociedades contemporâneas”⁸⁹⁶.

A perspectiva da raça⁸⁹⁷ é adotada como “mola propulsora do processo responsável pela subordinação contínua dos indivíduos ao longo do processo histórico”⁸⁹⁸. Em suma, há a construção social de minorias, apesar de, quantitativamente maior no caso de pretos e pardos⁸⁹⁹, ou seja, da população negra. Indubitavelmente, a raça liga-se à construção social, posto que funciona como um elemento que estrutura relações de poder. Neste sentido, Adilson Moreira descreve o seguinte:

A raça está muito longe de ser um critério de diferenciação benigna entre as pessoas. É importante que a entendamos como um elemento que situa as pessoas dentro das relações hierárquicas de poder; ela deve ser vista como um símbolo que pode ser de privilégio ou de subordinação dependendo das características físicas dos indivíduos⁹⁰⁰.

Ao relacionar a perspectiva da raça com as questões de gênero acerca dos lugares sociais e a construção da intelectualidade da mulher negra norte-americana, bell hooks⁹⁰¹ já afirmava sobre ampliação dos espaços de debates, acrescentando complexidade e refinamento por meio de críticas ao sexismo⁹⁰²”.

p. 466 - 467.

896 ALMEIDA, Silvio Luiz de. O que é racismo estrutural? Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018, p. 19.

897 Para um maior aprofundamento das teorias raciais consultar: SCHWARCZ, Lília Moritz; DOS SANTOS GOMES, Flávio (Ed.). Dicionário da escravidão e liberdade: 50 textos críticos. Editora Companhia das Letras, 2018.

898 GOTANDA, Neil. A Critique of ‘Our Constitution Is Color-Blind. Stanford Law Review, vol. 44, n. 1, 1991, p. 3-4.

899 Neste sentido, há o conceito de “Maioria Minorizada” cunhada Richard Santos, referente a sujeitos que integram a classe de pessoas que foram deixadas às margens do progresso socioeconômico, por sua condição de raça e pelo espírito colonial que ainda impera no país. SANTOS, Richard. Maioria minorizada: dispositivo analítico de racialidade. Rio de Janeiro: Editora Telha, 2020.

900 MOREIRA, Adilson José. Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019, p. 193.

901 Torna-se importante explicar que a grafia do nome de bell hooks de forma minúscula “é uma exigência da autora para dar ênfase ao conteúdo de seu trabalho e não à sua pessoa”, demonstrando desde já a sua coerência para a aproximação da teoria e da práxis intelectual. THOBIAS, Thiago de Oliveira. Anti-intelectualismo, marginalização e cultura: ideias e intelectuais pretas/os/us no debate entre Cornell West e bell hooks. In: 45º Encontro Anual da ANPOCS, 2021, São Paulo. Anais eletrônicos, 2021, p. 01.

902 hooks, bell. Intelectuais negras. Tradução de Marcos Santarrita. Estudos feministas, v. 3, n. 2, 1995, p. 476 - 477.

Dessa forma, raça como um conceito político-ideológico e não biológico⁹⁰³ é utilizada para naturalizar disparidades, exclusões de grupos designados como minoritários, objetivando conservação do status quo. Essa naturalização só é possível com a contribuição das instituições, dos meios de comunicação, da formação cultural e educacional que moldam todo o imaginário social. No caso do povo negro brasileiro, tema deste artigo, é imprescindível que se faça a delimitação de alguns conceitos, a saber: o mito da democracia racial, o racismo estrutural e sua relação com a violência simbólica.

O mito da democracia racial considera a miscigenação como forma de identidade, a fim de superar o darwinismo social⁹⁰⁴. Esse pode ser conceituado como “forma pessimista da miscigenação já que acreditava que ‘não se transmitiriam caracteres adquiridos’, nem mesmo por meio de um processo de evolução social”⁹⁰⁵.

Assim, a democracia racial serviu, a trabalho do capitalismo industrial, como forma de domesticação e aceitação das desigualdades e exclusões sociais, e contou com a cooperação política das estruturas do país, consoante esclarece Sales Júnior:

(...) Simbolicamente, o ideal modernista de uma nação mestiça foi absorvido pelo Estado e as manifestações artísticas, folclóricas e simbólicas dos negros brasileiros foram reconhecidos como cultura afro-brasileira. O “afro”, entretanto, designava apenas a origem de uma cultura que, antes de tudo, era definida como regional, mestiça e, como o próprio negro, crioula⁹⁰⁶.

Apesar de inúmeras teorias atualmente serem consideradas ultrapassadas no âmbito acadêmico e científico, fato é que elas moldaram o pensamento social da formação do país, razão pela qual a democracia racial e o povo cordial são utilizados

903 MUNANGA, Kabengele. Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia. In: Programa de educação sobre o negro na sociedade brasileira. Niterói: EDUFF, 2004, s.p..

904 SCHWARCZ, Lilia Moritz. O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930, São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

905 Ibidem.

906 GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. Depois da democracia racial. Tempo soc., São Paulo, v.18, n.2, 2006, p. 276.

para dar azo às mais variadas desigualdades, com a finalidade de manter as mesmas dinâmicas que solidificam e possibilitam a manutenção do status quo, perenizando-o na democracia racial⁹⁰⁷. A partir deste contexto mascarado por uma cordialidade são empregados artifícios para disfarçar desprezos⁹⁰⁸ para com a população negra.

Essas dinâmicas racializadas são entranhadas em diversos âmbitos da sociedade, ao passo que, o racismo, enquanto forma sistemática de opressão de um grupo racialmente marcado, pavimenta o caminho para perpetuar o racismo estrutural, sob a égide das inúmeras arbitrariedades. Assim, explica Silvio Luiz de Almeida:

Em resumo: o racismo é uma decorrência da própria estrutura social, ou seja, do modo 'normal' com que se constituem as relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares, não sendo uma patologia social e nem um desarranjo institucional. O racismo é estrutural (...)A ênfase da análise estrutural do racismo não exclui os sujeitos racializados, mas os concebe como parte integrante e ativa de um sistema que, ao mesmo tempo que torna possíveis suas ações, é por eles criado e recriado a todo momento⁹⁰⁹.

O racismo demonstra-se altamente eficiente nos seus objetivos de criar indivíduos subordinados e lugares sociais demarcados⁹¹⁰, ao passo que dá “aparato para a lógica e tecnologia para as formas de desigualdade e violência que moldam a vida social contemporânea”⁹¹¹, apresentados pelas e nas práticas sociais concretas. Isso implica dizer que há reatualização dessa dinâmica dado o seu caráter fluido e materialização variada. No ponto, torna-se como relevante a conceituação de branquitude, compreendida como

907 SALES JR., Ronaldo. Democracia racial: o não-dito racista. Tempo soc. [online]. 2006, vol.18, n.2, p.231.

908 Abdias Nascimento fazendo menção a Nelson Rodrigues descreve sobre o uso desse artifício para com os negros: “Nós o tratamos com uma cordialidade que é o disfarce pusilânime de um desprezo que fermenta em nós, dia e noite”. NASCIMENTO, Abdias do. O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado. 3ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2016, p. 92.

909 ALMEIDA, Silvio Luiz de. O que é racismo estrutural? Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018, p. 38-39.

910 Neste sentido: “A permanência do racismo exige, em primeiro lugar, a criação e recriação de um imaginário social em que determinadas características biológicas ou práticas culturais sejam associadas à raça e, em segundo lugar, que a desigualdade social seja naturalmente atribuída à identidade racial dos indivíduos ou, de outro modo, que a sociedade se torne indiferente ao modo com que determinados grupos raciais detêm privilégios.” ALMEIDA, Silvio Luiz de. O que é racismo estrutural? Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018, p. 57.

911 ALMEIDA, Silvio Luiz de. O que é racismo estrutural? Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018, p. 16.

“um lugar de privilégios simbólicos, subjetivos, objetivo”⁹¹², que culmina em vantagens estruturais e privilégios racializados⁹¹³. A partir de uma leitura crítica sobre branquitude, a identidade racial ampara-se pelo racismo e, conseqüentemente, por meio de fronteiras nos espaços sociais⁹¹⁴.

Lélia Gonzalez e Carlos Hasenbalg, na década de 80, já destacavam os desdobramentos dessas disparidades a partir de uma estrutura social no Brasil, apontando os seus efeitos simbólicos e as predeterminações dos lugares sociais⁹¹⁵ a partir das barreiras de mobilidade social. Para os autores, tem-se o seguinte:

Esta visão negativa do negro começa a ser transmitida nos textos escolares e está presente numa estética racista veiculada permanentemente pelos meios de comunicação de massa, além de ser incorporada, num conjunto de estereótipos e representações populares. Desta forma, as práticas discriminatórias, a tendência de evitar situações discriminatórias e a violência simbólica exercida contra o negro reforçam-se mutuamente de maneira a regular as aspirações do negro de acordo com o que o grupo racial dominante impõe e define como os ‘lugares apropriados’ para as pessoas de cor⁹¹⁶.

Há a impossibilidade de fato de uma inclusão, pois, conforme assevera Schwarcz, “as medidas de integração muitas vezes vêm acompanhadas da exclusão dos espaços de decisão”⁹¹⁷, sem possibilidade de escolha pelos negros. Dessa forma, questionar a legitimidade desses atores e dos lugares sociais e, mais, a forma de divisão e concessão

912 CARDOSO, Lourenço. Branquitude acrílica e crítica: A supremacia racial e o branco antirracista. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud , v. 8, n. 1, 2010, p. 611.

913 BENTO, Cida. O Pacto da branquitude. São Paulo: Companhia das Letras, 2022, s.p; FRANKENBER, Ruth. A miragem de uma branquitude não-marcada. In: Branquitude: identidade branca e multiculturalismo. Vera Ribeiro (organizadora). Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Garamond, 2004, p. 310 -311; FRANKENBERG, Ruth Alice Emma. White women, race matters: The social construction of whiteness. University of California, Santa Cruz, 1993.

914 SCHUCMAN, Lia Vainer. Entre o “encardido”, o “branco” e o “branquíssimo”: raça, hierarquia e poder na construção da branquitude paulistana. 2012. Tese (Doutorado em Psicologia Social) - Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 108.

915 Os obstáculos impostos à população negra são variáveis. Uma perspectiva interessante cinge-se em torno do espaço socioespacial, neste sentido, consultar o texto: DE ARAUJO IFANGER, Fernanda Carolina.; SILVA MINEIRO, Paola. Fernanda.; MASTRODI, Josué. Espaço urbano, violência e mulheres negras: parte 1. Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 8, n. 2, p. p. 65-81, 2021.

916 GONZALEZ, Lélia; HASENBALG, Carlos Alfredo. Lugar de negro. Rio de Janeiro: Editora Marco Zero, 1982, p. 91.

917 SCHWARCZ, Lilia Moritz. Racismo no Brasil. 2ª ed. São Paulo: PubliFolha, 2010.

de privilégios torna-se um compromisso necessário, perpassando pela investigação do papel do Direito e de seus operadores nesta estrutura (con)formada pelas dinâmicas racializadas relacionando-as com aparato teórico de Bourdieu.

2. Da violência simbólica no âmbito jurídico: uma proposta de diálogo interdisciplinar

O marco teórico usado neste artigo, a saber, Pierre Bourdieu⁹¹⁸, foi um estudioso prioritariamente voltado para a sociedade cabila, na Argélia. A sua escolha se dá principalmente pelo fato de ser um estudioso que “dispôs a desvendar os mecanismos mais íntimos de construção da sociedade. Como intelectual engajado, ele é sempre comparado a Sartre ou a Foucault⁹¹⁹”, mas principalmente em um esforço investigativo para apresentar “pensamentos ainda não pensados”. A fim de minimizar anacronismos, enfatizaremos, sobretudo, o arcabouço teórico bourdieusiano acerca do processo de compreensão das estruturas de poder na sociedade, refletindo, especificamente, sua concreta configuração na realidade brasileira, fazendo uso da sua crítica direcionada aos operadores do Direito, por conseguinte, utilizando-se do seu potencial crítico e também reconhecendo as limitações das especificidades do tempo e espaço social analisados.

Isso pode ser traçado por meio do conceito da violência simbólica, no plano epistemológico que as ciências sociais são capazes de propiciar às análises das estruturas sociais, ao passo que “o contraste do Direito, afeito a respostas prontas e padronizadas, com a Antropologia, acostuada com perguntas e relativizações, traz

918 O sociólogo Pierre Bourdieu (1930-2002), aliás filósofo de formação, é considerado por muitos o maior sociólogo da segunda metade do século XX. Realizou estudos sobre temas como educação, cultura, literatura, arte, mídia, linguística e política com base em uma análise sociológica crítica e corrosiva. Foi docente nas mais conceituadas instituições de seu país além de várias instituições estrangeiras. É consagrado doutor honoris causa das universidades Livre de Berlim (1989), Johann-Wolfgang-Goethe de Frankfurt (1996) e Atenas (1996). Além disso, dirigiu por muitos anos, a revista *Actes de la recherche en sciences sociales* e presidiu o CISIA (Comitê Internacional de Apoio aos Intelectuais Argelinos). Ainda: “Bourdieu torna-se assistente na Universidade de Lille e, em 1964, é eleito professor na atual *Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales*. Começa um período intenso de trabalhos sobre o ensino universitário em colaboração com Jean Claude Passeron. Ambos eram filósofos e tornaram-se sociólogos como alunos de Raymond Aron”. VASCONCELOS, Maria Drosila. Pierre Bourdieu: A herança sociológica. *Educação & Sociedade* [online]. 2002, p. 79. Ainda, o autor “segue a tradição de Saussure e de Lévi-Strauss, ao aceitar a existência de estruturas objetivas, independentes da consciência e da vontade dos agentes. Mas deles difere ao sustentar que tais estruturas são produto de uma gênese social dos esquemas de percepção, de pensamento e de ação. Que as estruturas, as representações e as práticas constituem e são constituídas continuamente”. THIRY-CHERQUES, Hermano Roberto. Pierre Bourdieu: a teoria na prática. *Revista de Administração Pública* [online], v. 40, n. 1, 2006, p. 28.

919 VASCONCELOS, Maria Drosila. Pierre Bourdieu: A herança sociológica. *Educação & Sociedade* [online]. 2002, p. 85.

resultados interessantes para a interdisciplinaridade⁹²⁰". Para tanto, utiliza-se de uma das suas principais obras, *O poder simbólico*⁹²¹, como fonte para discorrer sobre os questionamentos aqui suscitados com fins na utilização da sua sociologia crítica e na construção arbitrárias de categorias estabelecidas no espaço social.

Segundo descrito por Pierre Bourdieu na mencionada obra, a violência simbólica opera como sistema inconsciente que distorce sistematicamente as representações do mundo social aos interesses das classes dominantes que exercem o poder. O poder simbólico faz com que a dominação seja invisível para aqueles que a sofrem, em suma "esse poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem⁹²²".

No capítulo intitulado *Sobre o poder simbólico*, o autor denomina a primeira e a segunda sínteses, respectivamente, como a que individualiza as produções simbólicas como instrumento de dominação; e a que caracteriza as funções políticas de dominação e legitimação dos sistemas simbólicos, na medida em que são estruturas de comunicação e de conhecimento.

Dessa forma, a hierarquia é necessária para a reprodução social, dependendo de que haja alguma ordem ou regra estruturada na atividade humana. Nas palavras de Pierre Bourdieu, tem-se o seguinte:

Os "sistemas simbólicos", como instrumentos de conhecimento e de comunicação, só podem exercer um poder estruturante porque são estruturados. O poder simbólico de construção da realidade que tende a estabelecer uma ordem gnoseológica: o sentido imediato do mundo (e, em particular, do mundo social) supõe aquilo a que Durkheim chama o conformismo lógico, quer dizer, "uma concepção homogênea do tempo, do espaço, do número, da causa, que torna possível a concordância entre as inteligências" (...) Os símbolos são instrumentos por excelência da "integração social": enquanto instrumentos de conhecimento e de comunicação (cf. a análise durkheimiana da festa), eles tornam possível o consensus acerca do sentido do mundo social que contribui fundamentalmente para a reprodução da ordem social: a integração "lógica" é a condição da

920 LIMA, R. K. de; BAPTISTA, B. G. L. Como a Antropologia pode contribuir para a pesquisa jurídica? Um desafio metodológico. *Anuário Antropológico*, [S. l.], v. 39, n. 1, p. 10, 2018. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/anuarioantropologico/article/view/6840>. Acesso em: 07 out. 2023.

921 BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

922 BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011, p. 07 - 08.

integração “moral”⁹²³.

Na segunda síntese do capítulo Sobre o poder simbólico, Bourdieu ao descrever como os sistemas simbólicos possuem uma função política, afirma que “instrumentos de imposição ou de legitimação da dominação, que contribuem para assegurar a dominação de uma classe sobre outra (violência simbólica)”⁹²⁴ são usados para a domesticação dos dominados⁹²⁵.

À guisa de explicação da violência simbólica na concepção bourdieusiana, Emmanuel Terray dispõe que pode ser compreendida como uma violência dissimulada: “Essa dissimulação lhe confere uma eficácia específica, porém, no fundo, ela continua violência”⁹²⁶. O autor prossegue:

Inicialmente, ela resulta do liame estreito que Bourdieu tece entre a violência simbólica e o desconhecimento. A violência simbólica tem por efeito estabelecer a legitimidade de um discurso, de uma decisão, de um agente ou de uma instituição, mas essa legitimidade supõe o desconhecimento da violência que a criou. O que exatamente é desconhecido na violência simbólica? Já nas primeiras páginas de A reprodução temos a resposta: ‘As relações de força se encontram no fundamento de sua força’⁹²⁷.

Neste sentido, há uma arbitrariedade imposta⁹²⁸ podendo manifestar-se de várias formas, tais como poder; determinação de algum conteúdo; e, por último, determinação das significações que foram conservadas arbitrariamente. A generalidade da arbitrariedade ao longo do espaço social perfaz-se com o capital simbólico, na medida em que “(...) a espécie considerada seja percebida por intermédio das noções que ‘desconhecem a

923 BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011, p. 9.

924 Ibidem, p. 09.

925 A expressão é referenciada pelo autor na seguinte passagem da obra O poder simbólico, p. 11: “(...) contribuindo assim, segundo a expressão de Weber, para a ‘domesticação dos dominados’”.

926 TERRAY, Emmanuel. Proposta sobre a violência simbólica. In: ENCREVÉ, Pierre; LABRAVE, Rose-Marie (Coords.). Trabalhar com Bourdieu. Tradução de Karina Jannini. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 303.

927 Ibidem, p. 304.

928 TERRAY, Emmanuel. Proposta sobre a violência simbólica. In: ENCREVÉ, Pierre; LABRAVE, Rose-Marie (Coords.). Trabalhar com Bourdieu. Tradução de Karina Jannini. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 304.

arbitrariedade de sua posse e de seu acúmulo”⁹²⁹, por isso, o uso do conceito da violência simbólica como uma teoria crítica da naturalização da desigualdade no campo jurídico.

Em suma, a violência simbólica consiste em obter prestígio e honra por meio do “reconhecimento pelo desconhecimento: proposições e normas, dependentes da posição e dos interesses de quem as formula no campo jurídico, aparecem como se fossem justificadas por uma autoridade transcendente”⁹³⁰.

E ao relacionar a desigualdade no contexto social brasileiro requer a consideração dos efeitos do racismo, aqui compreendido enquanto forma de estratificação social no país⁹³¹. Isso implica dizer que, a partir da compreensão do racismo como forma de estruturação social, contributo para que haja dominação pelos dominantes dos dominados, constata-se que, nesta imbricação, arbitrariedades sejam aceitas no que tange à subordinação de indivíduos, perfazendo o simbolismo e a materialidade da violência racial brasileira.

A percepção do indivíduo está condicionada à posição que ocupa no espaço social, isso é importante ao considerar essa relação com o mito da democracia racial ou a convivência cordial tão difundidos no país. Dito de uma forma objetiva: a mera ascensão individual ou ideia da negra (o) única (o) — alçada como a exceção nos lugares sociais — são insuficientes e ilusórias, como explica Sueli Carneiro:

Mesmo os negros que devem o seu sucesso aos seus próprios talentos pessoais são prisioneiros desta perversa dinâmica e veem-se impotentes para transferir o seu prestígio pessoal para o seu grupo racial. Embora desfrutem individualmente de uma situação privilegiada sabem que não representam nada que tenha relevância política social ou econômica porque os negros enquanto coletividade são considerados a parcela descartável de nossa sociedade e se bem sucedidos individualmente servem apenas para legitimar o mito da democracia racial⁹³².

O racismo se refere a um problema estrutural e constituinte na nossa sociedade⁹³³,

929 Ibidem, p. 304.

930 SCKELL, S. Os juristas e o direito em Bourdieu: a conflituosa construção histórica da racionalidade jurídica. *Tempo Social*, v. 28, n. 1, 2016, p. 164.

931 ALMEIDA, Silvio Luiz de. O que é racismo estrutural? Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018, p. 26.

932 CARNEIRO, Sueli. Gênero, raça e ascensão social. *Estudos feministas*, v. 3, n. 2, 1995, p. 548.

933 No âmbito do Ministério Público por exemplo, em pesquisa publicada no ano de 2023, são constatados os seguintes dados: “As pessoas brancas são maioria em todas as posições no âmbito do Ministério Público. A presença de pessoas negras é inversamente proporcional ao status hierárquico

não podendo ser deslocado para uma lógica meritocrática ou de ascensão de alguns⁹³⁴, em detrimento de uma coletividade que sistematicamente suporta o peso e o acúmulo de desvantagens (social, econômica, política, jurídica etc.)⁹³⁵.

Por isso, questiona-se uma pretensa universalidade especialmente no campo jurídico. Dessa forma, é a partir da consideração dos juristas como “os guardiões hipócritas da hipocrisia coletiva, ou seja, da reverência ao universal”⁹³⁶ de Bourdieu que se estuda o papel do Direito na legitimação de arbitrariedades raciais, no contexto brasileiro, como forma exemplificativa, a partir do caso da advogada negra Valéria Lucia dos Santos, algemada no exercício da sua profissão, na sala de audiências do III Juizado Especial Cível de Duque de Caxias, no Estado do Rio de Janeiro, em 2018.

3. O papel do Direito na legitimação de arbitrariedades raciais: a construção da racionalidade jurídica brasileira

O papel de dizer o Direito está em constante disputa, especialmente, por grupos sociais que sistematicamente são beneficiados pelo monopólio de decidir ou apresentar suas demandas para apreciação do Poder Judiciário. Ou seja, de proêmio, reconhece-se um limite da teoria tradicional calcada no positivismo⁹³⁷.

das posições. Desse modo, embora negros sejam 40,3% dos estagiários, são negros apenas 15,8% dos membros. Entre membros e membras, há maioria de homens (60,9%) e pessoas brancas (81,9%). Entre os membros negros e negras, 10,3% são homens e 5,4% mulheres. Apenas 0,7%, notadamente 81 mulheres, são pretas entre os mais de 13 mil membros do Ministério Público brasileiro, distribuídas em 14 unidades/ramos” BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Perfil étnico-racial do Ministério Público brasileiro. Otavio Luiz Rodrigues Jr. (Coordenador) - 1. ed. - Brasília: CNMP, 2023, p. 21.

934 Neste sentido, consultar: BENTO, Cida. O Pacto da branquitude. São Paulo: Companhia das Letras, 2022.

935 No que tange ao acesso a emprego e proteção social pesquisas são enfáticas em considerar as desvantagens impostas à população negra, especialmente, à mulher negra: “Ao considerar a interseccionalidade, as mulheres negras mais uma vez ocupam a pior posição: quase 50% delas estariam atuando sem proteção trabalhista, seguidas a curta distância dos homens negros, depois mulheres brancas e, na melhor posição, os homens brancos. A inserção laboral por vias informais também tem impacto nos rendimentos dos trabalhadores: as mulheres recebem cerca de 72% do valor recebido pelos homens e os negros são remunerados de forma equivalente a 59% do valor médio dos brancos. Dos grupos em análise, a menor renda era recebida pelas mulheres negras, enquanto a maior renda era associada aos homens brancos (uma mulher negra recebia por volta de 41% do valor de um homem branco” MARQUES, Pedro Romero et al. Gênero e raça no mercado de trabalho brasileiro: a importância do gasto social em saúde e educação pública para a redução de desigualdades. Nota de Política Econômica nº 022. MADE/USP, s.p..

936 BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011, p. 99.

937 Para um maior aprofundamento de uma crítica à teoria tradicional, a partir da obra marxiana, consultar: CASALINO, Vinícius. Sobre o conceito de direito em Karl Marx. Revista Direito e Práxis, [S.I.], v. 7, n. 2, p. 317-349, jun. 2016.

Nesse sentido, torna-se importante a definição de campo jurídico apresentada por Bourdieu, ao passo que questiona a ilusão da ideia universalidade, reiteradamente utilizada pelos juristas para a construção da racionalidade jurídica. Assim, descreve a concepção bourdieusiana:

O campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição (nomos) ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de interpretar (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um corpus de textos que consagram a visão legítima, justa*, do mundo social. E com esta condição que se podem dar as razões quer da autonomia relativa do direito, quer do efeito propriamente simbólico de desconhecimento**, que resulta da ilusão da sua autonomia absoluta em relação às pressões externas (grifos do autor)⁹³⁸.

Logo, destaca-se uma postura universalizante no âmbito jurídico, visto que a criação do corpo jurídico “é produto de uma divisão do trabalho que resulta da lógica espontânea da concorrência entre diferentes formas de competência ao mesmo tempo antagonistas e complementares⁹³⁹”. E o racismo estrutural possui importante função atrelada ao Direito, a partir dessa forma dúbia de se conformar nas estruturas do país, posto que “é por meio da legalidade que se formam os sujeitos racializados⁹⁴⁰”. Assim, reconhece o papel limitado do campo jurídico no combate ao racismo, coadunando para o que Bourdieu descreve sobre o Direito, posto que não o concebe como um salvador das mazelas sociais.

Fato é, para o autor, “o direito é, sem dúvida, a forma por excelência do poder simbólico de nomeação que cria as coisas nomeadas e, em particular, os grupos; ele confere a estas realidades surgidas das suas operações de classificação toda a permanência, a das coisas⁹⁴¹”. E, neste ato de permanência, que se precisa reconstruir, ainda que brevemente, como as instituições jurídicas brasileiras foram formadas e se

938 BOURDIEU, Pierre. A força do direito. In: O poder simbólico. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011, p. 216.

939 BOURDIEU, Pierre. A força do direito. In: O poder simbólico. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011, p. 216 - 217.

940 ALMEIDA, Silvio Luiz de. O que é racismo estrutural? Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018, p. 108.

941 BOURDIEU, Pierre. A força do direito. In: O poder simbólico. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011, p. 237.

perpetuam com fulcro no racismo, como explica Lilia Schwarcz:

a população do Norte contaria com uma escola sediada em Olinda (que em 1854 se transferiria para Recife), enquanto a Região Sul teria na cidade de São Paulo o seu mais novo centro de estudos jurídicos. (...) São Paulo foi mais influenciada pelo modelo político liberal, enquanto a faculdade de Recife, mais atenta ao problema racial, teve nas escolas darwinista social e evolucionista seus grandes modelos de análise⁹⁴².

A professora e jurista Dora Lucia de Lima Bertúlio na sua dissertação, do ano de 1989, intitulada *Direito e Relações Raciais: uma introdução crítica ao racismo* já demarcava no campo jurídico brasileiro esse “duplo papel, de instância da ‘justiça’ e perpetuador das diferenças raciais hierarquizadas que o Direito brasileiro exerce no todo social foi considerado, no presente trabalho, como elemento de reprodução e perpetuação do racismo contra os negros⁹⁴³”. Ainda, questiona o “silêncio dos juristas como a voz mais alta”⁹⁴⁴ no ordenamento, ao passo que:

Democracia racial e miscigenação são duas bandeiras assumidas por todos. Essas estruturações e reestruturações das relações raciais, de forma a “criar” um novo segmento mais próximo do padrão branco (mestiço/mulatos), são identificados como política oficial do Estado, na medida da convivência e omissão. Neste caso o silêncio é a voz mais alta⁹⁴⁵.

A partir dessas considerações históricas que o ordenamento jurídico brasileiro é formado e conformado. A consideração da construção social apresentada por Bourdieu

942 SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930*, São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 142-143.

943 BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima. *Direito e relações raciais: uma introdução crítica ao racismo*. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1989, p. 04.

944 *Ibidem*, p. 60.

945 BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima. *Direito e relações raciais: uma introdução crítica ao racismo*. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1989, p. 60.

possui importante contributo, de modo que a “partir das próprias estruturas deste mundo: estruturas estruturadas, historicamente construídas, as nossas categorias de pensamento contribuem para produzir o mundo, mas dentro dos limites da sua correspondência com estruturas preexistentes⁹⁴⁶”. As categorias e a percepção social são construídas e cotidianamente utilizadas de forma estratégica para manter as hierarquias sociais, requerendo-se abordagem intercultural⁹⁴⁷.

Por isso, não há que se falar na ausência de pressupostos, posto que as visões de mundo (o senso comum) são formadas para naturalizar as arbitrariedades, especialmente as raciais, por meio da violência simbólica, conforme serão analisadas nos excertos do relatório da decisão administrativa⁹⁴⁸ no caso da advogada Valéria Lucia dos Santos.

O caso ganhou notória repercussão a partir da publicação da filmagem na qual a advogada aparece algemada⁹⁴⁹ por policiais militares no chão da sala de audiências do III Juizado Especial Cível de Duque de Caxias, no Estado do Rio de Janeiro, em 2018, durante uma audiência presidida pela juíza leiga e advogada Ethel Tavares de Vasconcelos. Na conclusão do procedimento administrativo, decidiu-se que não houve prática de desvio funcional tanto dos servidores envolvidos quanto da juíza leiga⁹⁵⁰, com fulcro em depoimentos colhidos de pessoas que presenciaram ou participaram direta ou indiretamente dos fatos.

Para além da decisão do processo administrativo, no presente artigo, é explorada a racionalidade jurídica construída para lateralizar as causas, consequências e os efeitos do racismo que conformam o judiciário brasileiro. Nesse sentido, a diferenciação de tratamento e a ocupação do imaginário social destinado às pessoas negras neste país são evidenciados. Seja no fato da juíza leiga questionar se haveria um grau de parentesco entre a advogada Valéria Lucia dos Santos e a sua cliente, conforme trecho:

A alegação de que se sentiu desprestigiada pelo fato de a Advogada ETHEL

946 BOURDIEU, Pierre. A força do direito. In: O poder simbólico. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011, p. 238.

947 Sobre a necessidade do caráter intercultural da norma jurídica para tanto verificar: VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A regulação jurídica para além de sua forma ocidental de expressão: uma abordagem a partir de Étienne Le Roy / Legal regulation beyond the western form of expression: an approach based on Étienne Le Roy. Revista

948 Notícia publicada por Assessoria de Imprensa em 25/09/2018, às 15h:03min. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5868875>. Acesso em: 07 out. 2023.

949 Disponível em: <https://observatoriosc.org.br/juizes-nao-nos-veem-como-advogadas-diz-advogada-negra-algemada-em-tribunal/>. Acesso em: 07 out. 2023.

950 Notícia publicada por Assessoria de Imprensa em 25/09/2018, às 15h:03min. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5868875>. Acesso em: 07 out. 2023.

TAVARES DE VASCONCELOS ter perguntado ao início da audiência se a Advogada VALÉRIA LUCIA DOS SANTOS seria irmã da autora não tem nenhuma conotação racista. Conforme esclarecido na instrução, a advogada VALÉRIA LUCIA DOS SANTOS não é militante na comarca, e não se identificou. A conversa inicial na fase conciliatória deve tentar criar Rapport entre o condutor da audiência e as partes. O conceito de Rapport é originário da psicologia, utilizado para designar a técnica de criar uma ligação de empatia com outra pessoa, para que se comunique com menos resistência. É da regra de boa conciliação criar ambiente menos formal para propiciar o acordo. Somente os tempos de chumbo que vivemos autorizaria desvendar caráter racista na pergunta formulada⁹⁵¹.

Quanto ao tratamento diferenciado manifestado pela juíza leiga, apontado pelo próprio delegado de prerrogativas da Subseção de Duque de Caxias no depoimento:

(...) Que não conhecia a Dra. Valéria, mas que conhecia a Dra Ethel, mas que não teve nenhum problema com ela, mas tem conhecimento que outros colegas já teriam relatado problemas de arrogância por parte da Dra Ethel, que fere o princípio da isonomia, porque não trata da mesma forma advogados que militam na Comarca e advogados que não militam, deixando de pedir, por exemplo identificação aos advogados⁹⁵²;

O professor Adilson José Moreira explica sobre o lugar da raça na interpretação jurídica, considerando-a atrelada a uma indicação de um status social que “está associada à sua constante utilização como base para estereótipos que tem o propósito específico de manter arranjos sociais que reproduzem desigualdades entre negros e brancos⁹⁵³”. Além disso, aponta a construção de estereótipos negativos relacionados aos negros, demonstrando sua força simbólica⁹⁵⁴, por exemplo, com o uso das algemas.

951 Notícia publicada por Assessoria de Imprensa em 25/09/2018, às 15h:03min. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5868875>. Acesso em: 07 out. 2023.

952 Notícia publicada por Assessoria de Imprensa em 25/09/2018, às 15h:03min. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5868875>. Acesso em: 07 out. 2023.

953 MOREIRA, Adilson José. Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019, p. 193.

954 O autor cunha a expressão racismo recreativo na qual aponta o uso do humor como projeto de

Na construção de simbolismos com bases em estereótipos derogatórios⁹⁵⁵ à população negra brasileira o racismo simbólico⁹⁵⁶ é materializado. A raça ocupa um importante papel no cenário jurídico, em que os indivíduos são socialmente demarcados, “as pessoas são incluídas dentro de um sistema de classificação racial. Porém, elas estão localizadas em lugares distintos dentro da sistemas hierárquicos de um país no qual a raça é uma categoria histórica central”⁹⁵⁷. Entretanto, a própria decisão desconsidera isso, sob o manto da neutralidade racial e das naturalizações de práticas diferenciadas no cotidiano forense:

Efetivamente, advogados militantes na Comarca costumam ter o privilégio de não se lhe pedir identificação. Tal proximidade pode aparentar alguma tendência à parcialidade, que na verdade inexistente. Decorre da realidade do próprio Sistema dos Juizados em que, tratando de demandas de massa, acabam por trazer para a sala de audiência a presença constante dos mesmos advogados. Nada mais⁹⁵⁸ (grifos nossos).

O racismo estrutural conforma as instituições públicas e privadas, ao passo que são formadas majoritariamente pela classe dominante. E essa, enquanto detentora do poder, mina a possibilidade de desarticulação das estruturas sociais, ou seja, legítimas arbitrariedades⁹⁵⁹. A estrutura social brasileira é desenhada a fim de que prepondere a

dominação racial. Por isso, define como um “tipo específico de opressão racial por meio de circulação de imagens derogatórias que expressam desprezo por minorias raciais, comprometendo o status cultural e status material dos membros do grupo”. MOREIRA, Adilson. Racismo recreativo. São Paulo: Sueli Carneiro, Polén, 2019, p. 31.

955 “Os estereótipos derogatórios sobre minorias raciais expressam então entendimentos sobre os lugares que os diversos grupos sociais devem ocupar, as supostas características dessas pessoas, os limites de participação delas na estrutura política, a valoração cultural que eles podem almejar e ainda as oportunidades materiais às quais podem ter acesso” MOREIRA, Adilson. Racismo recreativo. São Paulo: Sueli Carneiro, Polén, 2019, p. 95.

956 “O racismo simbólico designa construções culturais que estruturam a forma como minorias raciais são representadas. Elas são ponto de partida para ações de indivíduos particulares e também agentes institucionais”. MOREIRA, Adilson. Racismo recreativo. São Paulo: Sueli Carneiro, Polén, 2019, p. 48.

957 MOREIRA, Adilson José. Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica. Revista de Direito Brasileira, [S.l.], v. 18, n. 7, 2017, p. 405.

958 Notícia publicada por Assessoria de Imprensa em 25/09/2018, às 15h:03min. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5868875>. Acesso em: 07 out. 2023.

959 Dentre as inúmeras arbitrariedades em desfavor da população negra, importante são os dados do Atlas da Violência do ano 2021: “Ao analisarmos os dados da última década, vemos que a redução dos homicídios ocorrida no país esteve muito mais concentrada entre a população não negra do que entre a negra. Entre 2009 e 2019, as taxas de homicídio apresentaram uma diminuição de 20,3%, sendo que entre negros houve uma redução de 15,5%

ideia de desconhecimento de uma identidade de racial, conforme explica Munanga⁹⁶⁰:

A identidade é uma realidade sempre presente em todas as sociedades humanas. Qualquer grupo humano, através do seu sistema axiológico sempre selecionou alguns aspectos pertinentes de sua cultura para definir-se em contraposição ao alheio. A definição de si (autodefinição) e a definição dos outros (identidade atribuída) têm funções conhecidas: a defesa da unidade do grupo, a proteção do território contra inimigos externos, as manipulações ideológicas por interesses econômicos, políticos, psicológicos, etc.

Com essa prática busca-se negar direitos e o reconhecimento de uma identidade desses grupos. A compreensão do Direito, a partir de uma posição crítica ao liberalismo racial brasileiro⁹⁶¹, é fundamental e, para além disso, exige considerar as relações históricas que no passado e presente conformam o arcabouço jurídico.

Portanto, o Direito possui importante contribuição para essa prática de negação da influência racial nas decisões e determinações dos estereótipos, pois acobertado pelo manto da neutralidade e legitimidade de dizer o que é Direito através dos seus agentes, desconsidera as violências simbólicas perpassadas, paradoxalmente, legalizando o racismo. Até mesmo quando o simbolismo e a materialidade do racismo se apresentam com uma advogada negra algemada no exercício da sua profissão.

e entre não negros de 30,5%, ou seja, a diminuição das taxas homicídio de não negros é 50% superior à cor respondente à população negra. Se considerarmos ainda os números absolutos do mesmo período, houve um aumento de 1,6% dos homicídios entre negros entre 2009 e 2019, passando de 33.929 vítimas para 34.446 no último ano, e entre não negros, por outro lado, houve redução de 33% no número absoluto de vítimas, passando de 15.249 mortos em 2009 para 10.217 em 2019. (...)As razões para isso são diversas: a associação de variáveis socioeconômicas e demográficas, que definem um lugar social mais vulnerável aos negros na hierarquia social e que limitam o seu acesso e usufruto às condições de vida melhores (CERQUEIRA; MOURA, 2014); a reprodução de estereótipos raciais pelas instituições do sistema de justiça criminal, sobretudo as polícias, que operam estratégias de policiamento baseadas em critérios raciais e em preconceitos sociais, tornando a população negra o alvo preferencial de suas ações (SINHORETTO; BATITUTTI; MOTA, 2014); e a ausência de políticas públicas específicas que combatam as desigualdades vividas por essa parcela da população.” Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública (Orgs.). Atlas da violência 2021. Brasília; Rio de Janeiro; São Paulo: IPEA; FBSP, 2021, p. 49-51.

960 MUNANGA, Kabengele. Identidade, cidadania e democracia: algumas reflexões sobre os discursos anti-racistas no Brasil. In: SPINK, Mary Jane Paris (Org.) A cidadania em construção: uma reflexão transdisciplinar. São Paulo: Cortez, 1994, p. 177-178.

961 MOREIRA, Adilson José. Cidadania Racial. REVISTA QUAESTIO IURIS, [S. l.], v. 10, n. 2, 2017, p. 1084.

Considerações finais

A partir dos conceitos analisados ao longo do artigo, notadamente o racismo estrutural, a violência simbólica e a construção da racionalidade jurídica brasileira, algumas considerações podem ser suscitadas. De proêmio, a crítica de Bourdieu aos juristas consiste justamente em considerá-los guardiões da hipocrisia, ou seja, o Direito é, na análise sociológica bourdieusiana, instrumento simbólico de dominação, ou seja, de permanência das coisas, especificamente no caso da neutralidade racial.

Neste trabalho, sustenta-se a hipótese de que o direito pátrio é tributário do racismo estrutural enraizado na formação jurídica do Brasil. O racismo pode ser identificado como delimitador das relações brasileiras e os lugares sociais e, para além disso, como legitimador do status quo, confirmando-se a hipótese suscitada no artigo, a partir dos trechos apresentados da decisão administrativa no caso da advogada negra Valéria Lucia dos Santos.

Por isso, não se teve a pretensão de esgotar ou solucionar temas complexos que formam toda a estrutura social, particularmente, a brasileira. Por óbvio, reconhece-se a limitação do aporte teórico de Pierre Bourdieu para se pensar o contexto brasileiro. Entretanto, é justamente para se fazer audível, apesar do “silêncio dos juristas”, que a hipótese investigativa foi suscitada.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. O que é racismo estrutural? Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018.

BENTO, Cida. O Pacto da branquitude. São Paulo: Companhia das Letras, 2022.

BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima. Direito e relações raciais: uma introdução crítica ao racismo. 1989. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1989. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106299> . Acesso em: 07 out. 2023.

BOURDIEU, Pierre. (1991), "Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective". In: Chazel, François & Commaille, Jacques (orgs.). Normes juridiques et régulation sociale. Paris, Igdg.

BOURDIEU, Pierre. A força do direito. Elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: O poder simbólico. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

BOURDIEU, Pierre. PASSERON, Lean-Claude. A reprodução: elementos para uma teoria do sistema de ensino. Tradução de Reynaldo Bairão. 6ª Edição. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2013.

BOURDIEU, Pierre. (dir.). A Miséria do mundo. Tradução de Mateus S. Soares Azevedo et al. 7ª. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Perfil étnico-racial do Ministério Público brasileiro. Otavio Luiz Rodrigues Jr. (Coordenador). 1ª. ed. - Brasília: CNMP, 2023. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2023/pesquisa_etnico-racial.pdf. Acesso em: 08 out. 2023.

CARDOSO, Lourenço. Branquitude acrílica e crítica: A supremacia racial e o branco antirracista. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud , v. 8, n. 1, 2010, p. 611. Disponível em: <https://biblioteca.clacso.edu.ar/Colombia/alianza-cinde-umz/20131216065611/art.LourencoCardoso.pdf> . Acesso em: 05 fev. 2024.

CARNEIRO, Sueli. Gênero, raça e ascensão social. Estudos feministas, v. 3, n. 2, p. 544-552, 1995. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/16472/15042>. Acesso em: 07 out. 2023.

CASALINO, Vinicius. Sobre o conceito de direito em Karl Marx / On the concept of law in Karl Marx. Revista Direito e Práxis, [S.l.], v. 7, n. 2, p. 317-349, jun. 2016. ISSN 2179-

8966. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/18096> . doi: <https://doi.org/10.12957/dep.2016.18096>. Acesso em: 07 out. 2023.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Pesquisa sobre negros e negras no Poder Judiciário. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/rela-negros-negras-no-poder-judiciario-150921.pdf>. Acesso em: 07 out. 2023.

Conclusões das investigações do caso do 3º Juizado Cível de Duque de Caxias. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 25 set. 2018. Notícia publicada por Assessoria de Imprensa. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5868875>. Acesso em: 07 out. 2023.

DE ARAUJO IFANGER, Fernanda. Carolina.; SILVA MINEIRO, Paola Fernanda.; MASTRODI, Josué. Espaço urbano, violência e mulheres negras: parte 1. Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 8, n. 2, p. p. 65-81, 4 maio 2021. Disponível em: <http://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/490>. Acesso em: 07 out. 2023.

FRANKENBERG, Ruth Alice Emma. White women, race matters: The social construction of whiteness. University of California, Santa Cruz, 1993. <https://doi.org/10.4324/9780203973431>. Acesso em: 05 fev. 2024.

FRANKENBER, Ruth. Amiragem de uma branquidade não-marcada. In: Branquidade: identidade branca e multiculturalismo. Vera Ribeiro (organizadora). Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

GONZALEZ, Lélia; HASENBALG, Carlos Alfredo. Lugar de negro. Rio de Janeiro: Editora Marco Zero, 1982.

GOTANDA, Neil. A Critique of 'Our Constitution Is Color-Blind. Stanford Law Review, vol. 44, n. 1, p. 1–68, 1991. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1228940>. Acesso em: 07 out. 2023.

GUIMARAES, Antonio Sérgio Alfredo. Depois da democracia racial. *Tempo social*. São Paulo, v. 18, n. 2, p. 269-287, 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ts/a/sRV5LdxyBwDyxfB5fdnvFVN/?format=pdf&lang=pt>. doi: <https://doi.org/10.1590/S0103-20702006000200014>. Acesso em: 07 out. 2023.

HOOKS, Bell. Intelectuais negras. Tradução de Marcos Santarrita. *Estudos feministas*, v. 3, n. 2, p. 464 - 478, 1995. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/16465/15035>. Acesso em: 07 out. 2023.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública (Orgs.). Atlas da violência 2021. Brasília; Rio de Janeiro; São Paulo: IPEA; FBSP, 2021. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/12/atlas-violencia-2021-v7.pdf>. Acesso em: 07 out. 2023.

LIMA, R. K. de; BAPTISTA, B. G. L. Como a Antropologia pode contribuir para a pesquisa jurídica? Um desafio metodológico. *Anuário Antropológico*, [S. l.], v. 39, n. 1, p. 9–37, 2018. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/anuarioantropologico/article/view/6840>. Acesso em: 07 out. 2023.

MARQUES, Pedro Romero et al. Gênero e raça no mercado de trabalho brasileiro: a importância do gasto social em saúde e educação pública para a redução de desigualdades. *Nota de Política Econômica nº 022. MADE/USP*. Disponível em: <https://madeusp.com.br/publicacoes/artigos/genero-e-raca-no-mercado-de-trabalho-brasileiro-a-importancia-do-gasto-social-em-saude-e-educacao-publica-para-a-reducao-dedesigualdades/>. Acesso em: 09 out. 2023.

MOREIRA, Adilson José. Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica. *Revista de Direito Brasileira*, [S. l.], v. 18, n. 7, p. 393-420, 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3182> . doi: DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2017.v18i7.3182> . Acesso em: 07 out. 2023.

MOREIRA, Adilson. *Racismo recreativo*. São Paulo: Sueli Carneiro, Polén, 2019.

MOREIRA, Adilson José. Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.

MOREIRA, Adilson José. Cidadania Racial / Racial citizenship. REVISTA QUAESTIO IURIS, [S. l.], v. 10, n. 2, p. 1052–1089, 2017. DOI: 10.12957/rqi.2017.22833. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/quaestioiuris/article/view/22833>. Acesso em: 7 out. 2023.

MUNANGA, Kabengele. Identidade, cidadania e democracia: algumas reflexões sobre os discursos anti-racistas no Brasil. In: SPINK, Mary Jane Paris (Org.) A cidadania em construção: uma reflexão transdisciplinar. São Paulo: Cortez, 1994.

MUNANGA, Kabengele. Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia. In: Programa de educação sobre o negro na sociedade brasileira. Niterói: EDUFF, 2004. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4275201/mod_resource/content/1/Uma-abordagem-conceitual-das-nocoes-de-raca-racismo-dentidade-e-etnia.pdf. Acesso em: 07 out. 2023.

NASCIMENTO, Abdias do. O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado. 3ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2016.

SALES JR., Ronaldo. Democracia racial: o não-dito racista. Tempo soc. [online]. Vol.18, n.2, p.229-258, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-20702006000200012>. Acessado em: 07 out. 2023.

SANTOS, Richard. Maioria minorizada: dispositivo analítico de racialidade. Rio de Janeiro: Editora Telha, 2020.

SCHUCMAN, Lia Vainer. Entre o “encardido”, o “branco” e o “branquíssimo”: raça, hierarquia e poder na construção da branquitude paulistana. 2012. Tese (Doutorado em Psicologia Social) - Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. doi:

10.11606/T.47.2012.tde-21052012-154521. Acesso em: 05 fev. 2024.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Racismo no Brasil*. 2ª ed. São Paulo: PubliFolha, 2010.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930*, São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; DOS SANTOS GOMES, Flávio (Ed.). *Dicionário da escravidão e liberdade: 50 textos críticos*. Editora Companhia das Letras, 2018.

SCKELL, Soraya Nour. Os juristas e o direito em Bourdieu: a conflituosa construção histórica da racionalidade jurídica. *Tempo Social*, v. 28, n. 1, p. 157-178, 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ts/v28n1/1809-4554-ts-28-01-00157.pdf>. Acesso em: 07 out. 2023.

SILVA, Tatiana Dias. *Ação afirmativa e população negra na educação superior: acesso e perfil discente*. Brasília: IPEA, 2020, p. 24. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/10102> . Acesso em: 07 out. 2023.

TERRAY, Emmanuel. Proposta sobre a violência simbólica. In: ENCREVÉ, Pierre; LABRAVE, Rose-Marie (Coords.). *Trabalhar com Bourdieu*. Tradução de Karina Jannini. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

THIRY-CHERQUES, Hermano Roberto. Pierre Bourdieu: a teoria na prática. *Revista de Administração Pública* [online], v. 40, n. 1, p. 27 – 53, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0034-76122006000100003>. Acesso em: 07 out. 2023.

THOBIAS, Thiago de Oliveira. Anti-intelectualismo, marginalização e cultura: ideias e intelectuais pretas/os/us no debate entre Cornell West e bell hooks. In: 45º Encontro Anual da ANPOCS, 2021, São Paulo. *Anais eletrônicos*, p. 01-15, 2021. Disponível em: <https://www.anpocs2021.sinteseeventos.com.br/atividade>

VASCONCELOS, Maria Drosila. Pierre Bourdieu: A herança sociológica. *Educação & Sociedade* [online], v. 23, n. 78, p. 77-87, 2002. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0101-73302002000200006> . Acesso em: 07 out. 2023.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A juridicização e o campo indigenista no Brasil: uma abordagem interdisciplinar. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 111, p. 339-379, 2017. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/133516>. Acesso em: 07 out. 2023.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A regulação jurídica para além de sua forma ocidental de expressão: uma abordagem a partir de Étienne Le Roy / Legal regulation beyond the western form of expression: an approach based on Étienne Le Roy. Revista Direito e Práxis, [S.l.], v. 6, n. 3, p. 159-195, 2015. ISSN 2179-8966. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/16050>. doi: <https://doi.org/10.12957/dep.2015.16050> . Acesso em: 07 out. 2023.



Gostaria de submeter seu trabalho a **Revista Direito.UnB?**

Gostaria de submeter seu trabalho a Revista Direito.UnB?

Visite <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb>
e saiba mais sobre as nossas Diretrizes para Autores.



UnB



**conhecimento em movimento
sociedade em transformação**



Sistema Regional de Información
en línea para Revistas Científicas de América Latina,
el Caribe, España y Portugal

“CRIME, LOUCURA E CASTIGO”: PRECEDENTES SOCIOLÓGICOS INFRACIONAIS DE CUSTODIADAS NA BAHIA

“CRIME, MADNESS AND PUNISHMENT”:
SOCIOLOGICAL OFFENSE PRECEDENTS OF FEMALE
DETAINEES IN BAHIA

Recebido: 04/05/2023

Aceito: 29/12/2025

Helena Loureiro Martins

Mestre em Ciências Humanas e Sociais pela Universidade Federal do Oeste da Bahia (UFOB).

E-mail: xxxx@xxxx.xx



Orcid: <https://orcid.org/XXXX>

Andréa Santana Leone de Souza

Professora de Direito Civil e do Programa de Pós-Graduação em Ciências Humanas e Sociais (PPGCHS) da Universidade Federal do Oeste da Bahia (UFOB). Pós-Doutora em Direito Civil na Università degli Studio Mediterrnea di Reggio Calabria (Itália).

E-mail: XXXX@XXXX.XX



Orcid: <https://orcid.org/XXXXXX>

RESUMO

Entre o final do século XIX e começo do século XX, ganha destaque o debate internacional entre psiquiatria e criminologia acerca do lugar clínico dos(as) pacientes psiquiátricos que cometem atos violentos de grande repercussão jurídica. Em relação às mulheres, atrelou-se a manifestação de violência a desequilíbrios de ordem hormonal. Em sentido diverso, este estudo objetivou discutir, à luz de seus precedentes sociológicos, o perfil das vítimas nos atos infracionais de mulheres recolhidas à custódia psiquiátrica. Para tanto, a pesquisa qualitativa recorreu ao estudo de caso da ala feminina do Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico da Bahia, em abordagem empírica com técnica de entrevistas semidiretas às pacientes e aos profissionais. Além disso, realizou-se uma

Este é um artigo de acesso aberto licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações Internacional 4.0 que permite o compartilhamento em qualquer formato desde que o trabalho original seja adequadamente reconhecido.

This is an Open Access article licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License that



revisão de literatura e normativa. Como resultado, identificou-se o perfil majoritário de companheiros e filhos(as) como vítimas dos atos infracionais cometidos por mulheres direcionadas ao HCTP. No contexto do cometimento dos atos no qual emergiu a crise psiquiátrica, sobressaltou a similitude de conflitos de gênero de ordem física, sexual e psicológica contra a mulher. Conclui-se que a categoria de vítimas se repete entre os casos em função de seu atrelamento à circunstância comum de violência no ambiente doméstico.

Palavras-chave: Mulheres; Violência; Custódia Psiquiátrica.

ABSTRACT

From the end of the 19th century to the beginning of the 20th century, the international debate between psychiatry and criminology about the clinical diagnosis of psychiatric patients who commit violent acts with great legal repercussions gained prominence. With regard to women, the manifestation of violence was linked to hormonal imbalances. In a different sense, this study aimed to discuss the profile of the victims in the infractions of women taken into psychiatric custody in the light of their sociological precedents. For this purpose, the qualitative research resorted to a case study in the female ward of the Hospital de Custódia e Terapia Psiquiátrico da Bahia, in an empirical approach with the technique of semi-directive interviews with patients and professionals. In addition, literature review and normative review. As a result, the majority profile of partners and children is identified as victims of infractions committed by women directed to the HCTP. In the context of the commission of the acts in which the psychiatric crisis emerged, the similarity of physical, sexual and psychological gender conflicts against women is striking. It is concluded that the category of victims is repeated among the cases due to its linkage to the common circumstance of violence in the domestic environment.

Keywords: Women; Violence; Psychiatric Custody.

1. INTRODUÇÃO

Na cena psiquiátrica-prisional brasileira, sobressai o dado de que as vítimas de atos infracionais graves cometidos por mulheres sob custódia psiquiátrica, majoritariamente, são seus companheiros e filhos⁹⁶². Diante disso, este constructo parte inicialmente da dúvida sobre se, no estado da Bahia, esse padrão se reproduz também no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico da Bahia, cuja ala feminina foi escolhida como estudo

962 DINIZ, Debora. **A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil**: Censo 2011. Brasília: Letras Livres: Editora Universidade de Brasília, 2013.

de caso. Uma vez confirmada essa repetição, discute-se aqui, à luz de seus precedentes sociológicos, o fundamento da repetição do perfil das vítimas nos atos infracionais de mulheres recolhidas à custódia psiquiátrica.

Entre o final do século XIX e começo do século XX, ganhou destaque o debate internacional entre psiquiatria e criminologia acerca do lugar clínico dos(as) pacientes psiquiátricos que cometem atos violentos de grande repercussão jurídica. Em relação às pacientes femininas, comumente, atribuía-se a responsabilidade por comportamentos indesejados a variações de humor, ocasionadas por desequilíbrios de ordem hormonal ou relativas à sua constituição fisiológica intrinsecamente perigosa⁹⁶³.

Essa correlação foi superada formalmente pela ciência, passando para um estágio, ainda hoje identificável, de visão do(a) paciente psiquiátrico(a) como um ser humano neutro⁹⁶⁴. Embora pudesse se justificar tal neutralidade pelo fato de que homens e mulheres internados nos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico no Brasil são atravessados por crises psiquiátricas baseadas em um mesmo rol de diagnósticos clínicos, carece de justificação a diversidade de vítimas e de contextos entre esses dois grupos.

Apesar dessa diversidade resultante, o tratamento médico-jurídico empregado às situações psiquiátricas não leva em consideração possíveis diferenças sociológicas nas origens dos casos. Como consequência, aplica-se o mesmo protocolo de medida de segurança, o que não contribui para a ressocialização da paciente, ao contrário do que preceituam as normas antimanicomiais aplicáveis ao instituto.

Foi visando percorrer o sentido dessas diferenças sociológicas que foi perpetrada essa investigação, na qual se utilizou de abordagem qualitativa e de objetivo explicativo, pelo caráter subjetivo e simbólico das variáveis do estudo⁹⁶⁵, recorrendo ainda à análise de dados bibliográficos secundários extraídos da revisão de literatura e de dados documentais em revisão normativa. Além disso, foi utilizada a técnica empírica do estudo de caso, como uma “[...] categoria de pesquisa cujo objeto é uma unidade que se analisa aprofundadamente”⁹⁶⁶.

Os sujeitos do estudo de caso foram 9 profissionais e as 11 mulheres internadas na ala feminina do Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico da Bahia entre abril e julho de 2022, dos quais os 9 profissionais e 5 pacientes foram entrevistados(as) de

963 PEREIRA, Melissa de O. **Mulheres e Reforma Psiquiátrica Brasileira: experiências e agir político**. 2019. 532f. Tese (Doutorado em Saúde Pública) – Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2019.

964 BRITTO, Renata C. **A Internação Psiquiátrica Involuntária e a Lei 10.216/01. Reflexões acerca da garantia de proteção aos direitos da pessoa com transtorno mental**. 2004. 214f. Dissertação (Mestrado Saúde Pública) – Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2004.

965 GODOY, Arilda S. **Introdução à pesquisa qualitativa e suas possibilidades**. Revista de Administração de Empresas, São Paulo, Volume 35, Número 2, 57-63, mar.-abr. 1995.

966 TRIVINOS, Augusto N. S. **Introdução à pesquisa em ciências sociais**. São Paulo: Atlas, 1987. p. 133.

forma semidireta. O trabalho de mestrado do qual esta pesquisa resulta foi desenvolvido no Programa de Pós-graduação em Ciências Humanas da Universidade Federal do Oeste da Bahia, cujo projeto foi submetido, em 19 de outubro de 2021, ao Comitê de Ética e Pesquisa, obtendo aprovação em 21 de fevereiro de 2022, sob número CAAE 53763021.9.0000.8060.

Inicialmente, buscou-se contextualizar o lugar da mulher nos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico da Bahia, instituição total de privação de liberdade⁹⁶⁷. Em seguida, buscaram-se apresentar os dados quantitativos e qualitativos acerca da predominância de vítimas de atos infracionais graves cometidos por mulheres no HCTP a partir do Censo 2009, bem como sua permanência a partir do estudo de caso promovido pela pesquisa nessa instituição hospitalar.

Por fim, este constructo objetivou discutir as condições sociológicas do contexto desencadeador da crise psiquiátrica a partir de depoimentos de pacientes e profissionais do HCTP-BA, relacionando à desconsideração desses fatores no tocante ao descumprimento de preceitos das normas antimanicomiais aplicáveis à medida de segurança.

2. O HOSPITAL DE CUSTÓDIA E TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO

Ainda pouco conhecido por parte da população, o Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico carrega em si as contradições de conciliar o propósito de tratamento médico com a estrutura penitenciária, sendo, ao mesmo tempo, objeto de políticas de saúde pública e um estabelecimento penal. De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, é a instituição destinada àqueles e àquelas que cometeram atos infracionais, mas não podem ser penalizados tradicionalmente, pois, conforme diagnóstico médico, fizeram-no sob domínio de crise psiquiátrica de ordem transitória ou transtorno permanente com que convive.

Em ambos os casos, a impossibilidade de atestar a vontade livre e consciente de cometer o ato ilícito compromete a imputabilidade penal⁹⁶⁸. É justamente o elemento da imputabilidade que determina aqueles que serão direcionados ao HCTP, e somente a ele, conforme o contemporâneo sistema monista ou vicariante⁹⁶⁹.

967 GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1974.

968 VELO, Joe T. **Alguns problemas do julgamento sobre a loucura**. Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – REDPPC, Volume 10, Número 1, 21-42, 2022.

969 ANJOS, Fernando V. dos. **Análise crítica da finalidade da pena na execução penal**: ressocialização

Se não está presente a imputabilidade, ou seja, a capacidade de responsabilização, não há a culpabilidade, que é pressuposto da pena, e, portanto, não deve haver pena. Nesse sentido, importa pontuar que, se não há culpabilidade, que se rege pela imputabilidade e pela pena, o que a substitui é a ideia de periculosidade, que se rege pela inimputabilidade e pela consequente medida de segurança⁹⁷⁰.

Nesse sentido, estabelece-se teoricamente a seguinte distinção: enquanto a pena baseada na culpabilidade tem um caráter sobretudo retributivo face à ação que se quer reprimir; a medida de segurança, pelo pressuposto da periculosidade, constitui-se em suposta prevenção e proteção social face ao perigo intrínseco representado pela condição psíquica da pessoa, que deve ser submetida a tratamento individual.

Essa separação não é novidade no Brasil, nem no mundo. Desde o final do século XIX, “[...] os caminhos indicados pelas entradas abertas pela psiquiatria e pela antropologia criminal se cruzam sobre um espaço que é ao mesmo tempo médico e legal. Desse cruzamento [...] surgirão os manicômios judiciários e outras instituições do gênero”⁹⁷¹, tendo sua primeira experiência nacional na década 1920.

Nesse híbrido de dupla exclusão, vivem os considerados loucos demais para os presídios e os perigosos demais para os hospitais. Em seu “Ensaio sobre a criminalidade da mulher no Brasil”, Nise da Silveira destaca a influência do “[...] temperamento característico de diversas raças”⁹⁷² sobre o crime e a atenção que a sociedade deveria legar àqueles e àquelas aos quais as leis penais não poderiam atingir, pois se encontram “nas fronteiras da criminalidade”, como prostitutas, vagabundos e o “lixo social” estrangeiro enviado por outros países em políticas de emigração⁹⁷³.

No mesmo estudo, essa psiquiatra brasileira compara estudos realizados em penitenciárias do Nordeste brasileiro, como em Salvador e em Recife, com teses de cientistas estrangeiros para defender que as medidas penais devem ter em vista sempre que possível não a punição, mas a “reforma moral”. Menciona, porém, que aqueles que “[...] congenitamente trazem falhas do senso ético, são eternos incorrigíveis, reincidindo sempre, num desafio a todos os esforços”⁹⁷⁴.

Essa compreensão, que gerou um processo de filtragem cada vez maior de pessoas com características consideradas similares e incorrigíveis em estabelecimentos próprios,

e o Direito Penal Brasileiro. 2009. 185f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

970 FARIA, Gustavo D. A (in) sustentabilidade dos conceitos de inimputabilidade e de periculosidade diante da reforma psiquiátrica. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**, 202-222, 2019.

971 CARRARA, Sérgio. **Crime e loucura**: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século. Rio de Janeiro/São Paulo: Ed. da UERJ/Edusp, 1998. p. 68.

972 SILVEIRA, Nise M. **Ensaio sobre a criminalidade da mulher no Brasil**. 1926. 160f. Tese (Doutorado em Ciências Médico-Cirúrgicas) – Faculdade de Medicina da Bahia, Salvador, 1926. p. 20.

973 Ibid. p. 29.

974 Ibid. p. 27.

representa o entendimento da base de uma instituição total⁹⁷⁵. Essa instituição – que se organiza à semelhança de uma prisão, de um manicômio ou de um convento – tem regulamentos próprios aos quais são submetidos os indivíduos, em grupo, de forma a excluí-los do convívio com o mundo externo.

Se, por um lado, parece justificar-se por motivações comuns que tornaram insustentável o seu convívio social prévio, sua submissão compulsória à rotina similar apresenta tendência despersonalizadora, uniformizando cada vez mais o seu público nos termos de uma ressocialização que, se não era impossível, torna-se com o processo desumanizante.

As mulheres são “[...] uma minoria ainda mais silenciada nesse universo de anônimos”⁹⁷⁶, responsável pelo primeiro censo e, até então, único relativo às instituições de custódia no Brasil. Esse silenciamento ganha um importante aliado no estigma da loucura, que serve de taxaço deslegitimadora das falas proferidas pelas mulheres.

Só o crescimento exponencial do número de mulheres privadas de liberdade no Brasil, sobretudo por circunstâncias relativas ao tráfico de drogas, deu alguma visibilidade ao debate do encarceramento feminino e suas condições peculiares em relação ao presídio masculino⁹⁷⁷. Nos HCTPs, o número de mulheres internadas, porém, tem-se mantido inerte ao longo dos anos⁹⁷⁸ e sem mudanças significativas no que tange ao contexto de violência em âmbito doméstico, de modo que o crescimento da atenção ao caso das mulheres privadas de liberdade não as alcançou.

Em outras palavras, está-se nos referindo a mulheres marcadas por uma estrutura social cuja desigualdade produz adoecimento psíquico e dele se alimenta para sua permanência. Essas mulheres são, então, submetidas a um processo judicial penal auxiliado por psicólogos e psiquiatras peritos cujas bases epistemológicas não pautam a leitura de suas expressões conforme os signos de sua realidade.

Diante das consequências sociais permanentes de uma internação psiquiátrica no HCTP, que une estigmas excludentes da loucura e do crime, a medida de segurança deve possuir caráter subsidiário e excepcional por parte do Estado. Chama atenção, no entanto, que o número de mulheres que são levadas ao internamento se mantenha inerte ao longo dos anos, diferente dos números da população masculina, cujo decréscimo foi expressivo entre os anos 2000-2011⁹⁷⁹. Somado a isso, a consonância das vítimas

975 GOFFMAN, op. cit.

976 DINIZ, op. cit., p.16.

977 CARVALHO, Claudiane S.; SANTOS, Lorena S.; COSTA, Alexandre B. **Sistema prisional brasileiro e a seletividade no tratamento das detentas gestantes, parturientes e lactantes. Direito.** UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília, [S. l.], Volume 5, Número 3, 131–158, 2021.

978 WEIGERT, Mariana de A. B. **Entre silêncios e invisibilidades: os sujeitos em cumprimento de medidas de segurança nos manicômios judiciários brasileiros.** 2015. 211 f. Tese (Doutorado em Psicologia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

979 Id.

atingidas pelos atos infracionais cometidos especificamente pelo grupo de mulheres leva à questão sobre que circunstância sociológica precedente comum se camufla por trás dos dados e dos diagnósticos sem gênero.

Em revisão de literatura a respeito das interseções entre crime, loucura e gênero, nota-se que o diagnóstico da alienação foi utilizado muitas vezes, historicamente, como ferramenta apaziguadora de reivindicações femininas de ordem política, moral e social⁹⁸⁰⁹⁸¹⁹⁸². Expressões como “gênio independente”, “desobedeceu ao patrão”, “reclamava do salário”, “inclinações políticas subversivas” eram elementos constantes em prontuários médicos do Hospital Nacional de Alienados, no século XX⁹⁸³. Além disso:

No dizer dos médicos, as mulheres eram de uma instabilidade preocupante. As relações entre psiquiatria e feminilidade pautavam-se por uma extrema preocupação com o papel social da mulher, um ser “moral e socialmente perigoso”, cuja fisiologia específica a predisporia para a instabilidade nervosa⁹⁸⁴.

Não por acaso, a visão sobre “falhas congênitas”, como defende a teoria da periculosidade aplicável à Medida de Segurança, tem como alvo mais frequente as teorias sobre corpos subjugados. Entre as mulheres, relatos como: “[...] o processo menstrual pode acarretar [...] impulsões às vezes irresistíveis e verdadeiras psychoses que têm como causa uma autointoxicação genital”⁹⁸⁵; e “[...] tendências periódicas para a dipsomania, o erotismo, o roubo, o homicídio”⁹⁸⁶ que reforçam a crença popular de propensão feminina ao transtorno.

A importação teórica de ideias pseudocientíficas ao direito revela que, embora superado do ponto de vista antropológico, o determinismo biológico segue baseando determinadas decisões judiciais⁹⁸⁷. Assim, os sujeitos adequados ou inadequados ao

980 OLIVEIRA, Patrícia Fonseca C. M. Loucura, crime e gênero no encarceramento feminino: o papel das defensorias públicas. **Seminário Internacional Fazendo Gênero 11 & 13th Women’s Worlds Congress (Anais Eletrônicos)**, Florianópolis, 2017.

981 MACHADO, Dillyan Roriz. **A emancipação da diferença: reflexões sobre feminismos e desinstitucionalização**. 2019. 115f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2019.

982 COSTA, Bruna Martins; BOITEUX, Luciana (org.). Controle penal da loucura e do gênero: reflexões interseccionais sobre mulheres egressas da medida de segurança no Rio de Janeiro. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. 10, 2, 2020.

983 LIMA, Daniela. Aproximações entre o movimento feminista e o antimanicomial. **Boitempo**, 12 de janeiro de 2016.

984 SILVA, Vera Nathália dos S. **Equilíbrio distante: a mulher, a medicina mental e o asilo**. Bahia (1874-1912). 2005. 145f. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2005. p. 979.

985 SILVEIRA, op. cit., p. 15.

986 Id.

987 ALVAREZ, Simone. **Juízes fora do lugar de fala: uma análise constitucional de decisões judiciais racistas**. **Direito**. UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília, Volume 6, Número 1, 97–

convívio social são analisados por uma visão distorcida do que os torna ou não humanos, conforme parâmetros que espelham o ideal de humanidade do próprio juiz e, no caso da medida de segurança, também dos médicos peritos.

3. AS MULHERES SOB CUSTÓDIA: CRISE PSQUIÁTRICA E VIOLÊNCIA DE GÊNERO

No passar dos anos de internamento, de isolamento social e de intervenções medicamentosas, cada vez mais cresce o risco de desaprender-se a própria história para substituí-la pelo olhar heterônomo sobre si. Entre as mulheres do HCTP, os olhares heterônomos compõem-se de uma gama de crenças populares, diagnósticos médicos generalizantes e culpa familiar.

A culpa familiar e social é aprofundada sobretudo no fato apontado pelo Censo 2013 de que mulheres “[...] cometem mais homicídios que os homens, e suas principais vítimas são os filhos (24%)”⁹⁸⁸. Na Bahia, o psiquiatra entrevistado explicou que, em seus 12 anos no HCTP-BA, observou que tanto homens quanto mulheres chegam ao Hospital por terem cometido crimes contra a vida. No entanto, entre eles, os homens cometem em um contexto de comunidade e as mulheres contra a família, sobretudo companheiros e filhos: “[...] os crimes são realmente contra filho, contra mãe, pai. Aqui não [se referindo à ala masculina], aqui às vezes é briga de bar, briga na rua, algum desafeto qualquer”⁹⁸⁹.

Do mesmo modo, a enfermeira entrevistada diz: “[...] eu nunca fiz um estudo, mas, perguntando, a gente vê mais questões relacionadas a filho, marido...”⁹⁹⁰. Ainda de acordo com o censo, “[...] elas cometem mais homicídios que os homens, e suas principais vítimas são os filhos (24%)”⁹⁹¹.

Para entender esse fenômeno final, buscou-se não partir dele, mas do que o precede. Em sentido diverso à taxação clínica heterônoma, a primeira pergunta escolhida para ser feita na entrevista com o reduzido número de 05 mulheres que se dispuseram a falar de si foi: “O que você gostaria que eu soubesse sobre quem você é?”. Segue o depoimento de uma das pacientes sob custódia que segue falando sobre o que gosta de fazer e de ser:

116, 2022.

988 DINIZ, op. cit.

989 Id.

990 Id.

991 Id. p. 16.

– Eu sou uma mulher tentando juntar os cacos. Ainda... ainda me sinto assim. Eu gosto de minha profissão. Eu sou advogada. Não tive tempo muito de advogar, porque eu me dediquei ao meu filho. Quando eu ia começar a me dedicar, abrir escritório, tal, aí aconteceu o fato... que me fez entrar aqui. (Custodiada A).

Na Bahia, verifica-se que, das 5 mulheres que se dispuseram a falar de si, apenas uma não mencionou sua formação educacional, tendo as demais Ensino Superior completo (3) e Ensino Técnico completo (1). Desse dado educacional, é possível inferir que as ferramentas linguísticas apreendidas possivelmente podem servir para retardar os efeitos de dificuldade de autoanálise. Além disso, a incorporação e a ressignificação de termos e de campos de estudo popularmente sob domínio restrito, como gênero, raça e saúde mental, conferem também certo poder diante dos sentidos que são dados à história, a exemplo à da própria loucura.

No entanto, conforme informações das profissionais participantes da pesquisa, as mulheres não entrevistadas variam entre alfabetizadas e não alfabetizadas. As mulheres com educação formal são, sobretudo, de pele clara. Quanto à classe social das custodiadas, identificou-se que essas pertencem à classe média de baixa renda, mesmo entre as que têm educação formal e pele clara. Embora isentas de outros fatores, como a negritude e o empobrecimento, a condição de gênero é, mesmo em posição de poderes relativos, um risco a se carregar “[...] em uma cultura e em uma circunstância histórica em que este simples e fortuito evento é, de per si, tomado como uma deficiência”⁹⁹².

Nesse censo, em relação ao perfil social, a antropóloga bioeticista identificou ainda uma faixa etária predominante de mulheres internadas no Brasil entre 20 e 39 anos⁹⁹³. Entre homens e mulheres, pretos e pardos somavam 44%⁹⁹⁴, predominâncias que se mantêm no campo de estudo local.

A observância da condição racial, especialmente no território da Bahia, é fundamental ao debate sobre saúde mental. Ao longo da história, a violência, superexploração e redução à objetificação do povo negro pela branquitude colonial contribuiu para um efeito de adoecimento psíquico do racismo que deixa às mulheres negras o papel de força cuidadora, mas que dispensa cuidados. “[...] Por isso, no feminismo negro brasileiro, a perspectiva de gênero é uma variável teórica que não pode ser dissociada de outros eixos de opressão”⁹⁹⁵.

O silenciamento da dor das mulheres negras brasileiras é o que pode ser chamado

992 CUNHA, Maria Clementina P. **O espelho do mundo**: Juquery, a história de um asilo. São Paulo: Paz e Terra. 1986. p.144.

993 DINIZ, op. cit.

994 Ibid.

995 FERNANDES, Danúbia de A. **O gênero negro: apontamentos sobre gênero, feminismo e negritude**. Estudos Feministas, Florianópolis, Volume 24, Número 3, 691-713, 2016. p. 705.

de neurose cultural, uma vez que nega seu próprio espelho, ao passo que sobrevaloriza referenciais de humanidade (e, assim, de sensibilidade) europeus⁹⁹⁶. A utilização de termos como “neurose” evidencia o interesse declarado pela psicanálise, cujos temas atravessaram suas análises teóricas e se cruzaram com a questão racial e de gênero como fatores que demandam atenção especializada⁹⁹⁷.

Quanto ao perfil diagnóstico, o médico entrevistado no HCTP-BA confirmou que o maior número de casos do HCTP-BA está em conformidade com algumas pesquisas anteriores^{998 999}, que apontam a esquizofrenia, mas não distinguem a ala feminina. Nas entrevistas, identifica-se que o que as pacientes ouviram sobre si variava entre: esquizofrenia, depressão, transtorno de ansiedade, transtorno Borderline e retardo mental.

Diante do exposto, vê-se que não seria possível desenvolver uma análise acerca das vítimas do contexto da loucura atribuída à mulher na ala feminina de um Hospital de Custódia Psiquiátrica na Bahia desconsiderando a demarcação de quem são os sujeitos sociais a que nos referimos e quão frágeis são as pretensões de neutralidade de que se servem os discursos médicos que tentam explicá-las. Evidência disso é que, nas entrevistas realizadas no HCTP-BA, foi destaque a compreensão, paralela ao diagnóstico clínico e à sentença penal, de que “[...] aí a gente tem pessoas que foram vítimas até do seu próprio crime” [policia penal]:

Agora chegou aí mesmo uma mulher que se dizia escrava sexual, apanhava muito do marido, o marido fazia de um tudo com ela, e ela simplesmente perdeu a cabeça, esfaqueou ele. Agora ela tá aí, se mutilando, tirando as unhas dela, tem crise de ansiedade, se rasga toda, mas a gente vê que tem problema. (Profissional entrevistada 1).

Essa exploração evidencia ser necessário ver o uso desse espaço doméstico e desse corpo não como acessórios, mas como constituintes principais das relações políticas: “[...] na sociedade capitalista, o corpo é para as mulheres o que a fábrica é para os homens trabalhadores assalariados: o principal terreno de sua exploração e resistência”¹⁰⁰⁰. A sexualidade feminina, portanto, foi marcada pela função que

996 GONZALEZ, Lélia. Por um feminismo afrolatinoamericano. **Revista Isis Internacional**, Santiago, Volume 9, 133-141, 1988.

997 Id.

998 DINIZ, op. cit.

999 SANTOS, Alana R. G. et al. **Perfil clínico dos pacientes com transtornos mentais internados em um hospital de custódia e tratamento – Bahia – Brasil**. Revista de Ciências Médicas e Biológicas, Volume 14, Número 2, 190–197, 2015.

1000 FEDERICI, Silvia. **Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva** (Coletivo Sycorax, trad.). São Paulo: Editora Elefante, 2017. p. 34.

desempenhou e desempenha na sustentação – interna ou externa – do modelo familiar. Desse modo, sua inserviência põe em xeque a sustentação dessa própria sociedade tal qual se configura.

Por outro lado, percebe-se que o papel de zeladora e cuidadora que a mulher exerce no ambiente doméstico não é dotado de reciprocidade, para além dos contornos da exploração utilitária. Ainda no começo das entrevistas, quando questionado à psicóloga plantonista sobre a sua visão acerca da manifestação diversa dos transtornos psiquiátricos em homens e mulheres internadas, chamou atenção sua fala:

[...] é muito difícil ver uma mulher que tenha sido acompanhada desde nova, seja pelo CAPS, pelo CRAS... é bem mais difícil. [...] acredito que porque elas não tenham essa oportunidade de tratamento. Porque ela tem “o papel de mulher”, de mãe, dona de casa, enfim, um monte de cobrança que às vezes não permite que ela chegue a procurar uma ajuda. (Profissional entrevistada 2).

Em relação a esses serviços ambulatoriais no âmbito do SUS, nota-se que, embora represente um avanço no modelo de cuidado em saúde mental antimanicomial no Brasil, subsiste a dificuldade de essa transformação de políticas públicas atravessar as barreiras do “papel de mulher” cuidadora e alcançá-la como sujeito a ser cuidado. Assim como no tratamento conferido pelo HCTP, essa contenda, possivelmente, pode estar relacionada a uma lacuna em sua própria formulação, que tem como sujeito destinatário um paciente “[...] sem identificação de gênero, classe, raça” e, portanto, sem comprometimento com suas necessidades diferenciadas¹⁰⁰¹.

Soma-se ao desamparo o fato de que muitos gatilhos desencadeadores da violência vêm de relações disfuncionais a que são submetidas as mulheres e que, muitas vezes, interferem no tratamento porventura iniciado:

Os transtornos nas mulheres vêm muito do emocional. Os homens são bem mais violentos. Quando elas acabam fazendo alguma coisa com eles, é porque elas não aguentam mais. Ela já sofreu muito. Teve uma interna aqui que ela matou o filho, mas por que ela matou o filho? O que causou? O que aconteceu foi, depois que ela matou, ela disse para mim: “professora, eu trabalhava de babá. Eu nunca maltratei ninguém, por que eu matei meu filho?” Ela era uma pessoa que tomava o medicamento e o marido chamava ela pra tomar cerveja! E beber! Final de semana. e uma dessa, quando voltou do bar, ele começou a discutir. Então quem começou a discussão foi quem? Foi ele! Ele sabia que ela tinha problema, como é que ele vai beber com ela? Sabia que ela tomava

1001 PEDROSA, Claudio Henrique. **Cuidado? sim; olhar de gênero? não: os sentidos do cuidado no Caps em documentos técnicos do Ministério da Saúde.** 2006. 200 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

medicamento. Quando retornou, foi brigar com a criatura. No momento da discussão, o que ela fez? Pegou a criança, jogou na parede, matou a criança. Ela fez uma coisa sem nem sentir o que tava fazendo, por motivo do marido, emocional. (Profissional entrevistada 3).

Assim como essa paciente que exercia a profissão de babá, a “Custodiada B” trabalhava fora de casa como plantonista em uma residência de uma idosa e, ao chegar em casa, continuava sua jornada de trabalho doméstico e o cuidado do marido que, em função de um acidente em um dos membros, estava desempregado e tinha sua autonomia corporal reduzida. Conta ainda que, durante a pandemia, além de apoiá-lo fisicamente, sustentou financeiramente a família e, por não admitir essa circunstância, o marido tornou-se cada vez mais violento e intolerante:

Foi porque meu marido tava muito alcoolizado no dia da festinha de meu filho e foi agredir ele com caco de vidro, ele tinha quebrado toda a casa, aí meu filho encurralado, pra não deixar ele cortar meu filho fui lá e cortei ele. [...] Uma semana antes a gente já tinha brigado. Ele vinha [inaudível] na minha cabeça, me perturbando, me perturbando, até me tirar do sério. Aí eu começava a falar também, né? Aí nisso ele me agredia. A polícia já foi lá também, já tem registro na delegacia, que ele me batia, os vizinhos meus chamava. Ele quebrou meu dente, aí eu tive que colocar outro uma outra vez. [...] Ele começou a implicar com meu filho depois de um tempo e começou a ligar pra minha patroa. Que eu desligava o celular no serviço, aí ele ligava pra minha patroa. E ela via que eu ficava nervosa, que eu disfarçava e saía perto, aí ela: diga a ele pra não ligar mais no meu celular! Aí as meninas, as outras cuidadoras, bloqueavam ele, porque ele ficava enchendo o saco, aí as meninas: ele não pode discutir com você, porque você apoia ele em tudo, aí ele bebe e fica enchendo seu saco... Aí acabou que aconteceu isso daí. Então, quer dizer, ainda eu carregar toda a responsabilidade nas costas, inteira, até o começo da pandemia, quando a gente chegou, até o dia de hoje, foi tudo eu que carreguei. E hoje eu ainda carrego a culpa da morte dele. Aí é difícil (Custodiada B).

Assim, nota-se a repetição de um contexto em que as mulheres sofrem violência física ou psicológica no seio familiar, sem testemunhas de defesa pelo caráter privado e desprotegido do ambiente doméstico. Diante da consolidação dos estigmas históricos de propensão ao desequilíbrio feminino pelo imaginário coletivo, reações como a denúncia e a defesa passam a ser, muitas vezes, vistas como desproporcionais e ratificadoras dos preconceitos.

Em lugar de protegê-las preventiva e repressivamente, o direito e a medicina intervêm por meio de vias de aprofundamento da exclusão, como foi a interdição civil e ainda o é o internamento manicomial. Modelo manicomial esse que, como pôde-se perceber, não se justifica não mais normativamente, nem em seu propósito originário,

visto que os casos seguem se repetindo, tratando pacientes de forma genérica, sem considerar as peculiaridades de origem.

A reforma psiquiátrica – para essas mulheres ainda em curso – precisa considerar que muitos traços ora diagnosticados como sintomas e usados para ratificar o processo de aprisionamento podem ser apenas sequelas decorrentes da ficção discursiva da loucura. Em outros casos, além disso, a supervalorização de manifestações disfuncionais momentâneas ou comportamentos culturalmente recriminados são também filtrados pela via da periculosidade.

É preciso considerar, no entanto, que o oposto do tratamento generalizante de “normalização” não é a ausência absoluta de atenção, posto que significaria desamparo à grande parte da população, mas o cuidado ético como caminho de justiça, sem relação de subalternidade. É necessário, ainda, que esta proposta não esteja dissociada das peculiaridades de gênero, pois o modelo ideal vigente tem no retorno à residência o objetivo maior da desinstitucionalização, mas, sendo esse o principal território de violência para as mulheres, não pode ser restaurador.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse estudo teve como propósito compreender que fatores sociológicos explicam que as vítimas de atos infracionais violentos sejam majoritariamente companheiros e filhos apenas nos atos infracionais cometidos por mulheres recolhidas à custódia psiquiátrica. Como resultado da análise das premissas teóricas e precedentes sociais atinentes ao estudo de caso, identifica-se que o ambiente doméstico foi o palco dos conflitos de gênero de ordem física, sexual e psicológica, contexto no qual emergiu a crise psiquiátrica.

Conclui-se, assim, que a categoria de vítimas se repete entre os casos em função de seu atrelamento à circunstância comum. Essa circunstância comum, na Bahia, apontou para mulheres cujo perfil social tem marcadores de vulnerabilização interseccional, como a pele preta e parda e a baixa renda. Entre as pacientes de pele clara, destaca-se um aumento do grau de educação formal, o que confere certa apropriação linguística favorável à autoanálise, mas não as priva do estado de adoecimento social atrelado ao gênero.

Em diferentes graus, para todas elas, a casa, vista comumente como espaço de proteção familiar, passa a ser lugar de insegurança e não acolhimento do cuidado demandado por condições próprias de saúde mental. Nesse contexto, crises desencadeadas por fatores extrínsecos passam a ser lidas simplesmente como decorrências clínicas genéricas.

Essa leitura clínica é referendada, na medicina psiquiátrica, pela história de

atrelamento entre a figura feminina e o desequilíbrio congênito. Já no direito penal, conta com o apoio da teoria de periculosidade, aplicável ao instituto da Medida de Segurança, que considera certas pessoas continuamente propensas ao rompimento social.

Esse ciclo que se retroalimenta institucionalmente tem nas adaptações à reforma psiquiátrica de 2001 a esperança de encerramento, mas não será efetivo às mulheres se não se atentar à inadequação da via de reinserção social ser, unicamente, o retorno ao lar de origem. A sua desinstitucionalização, ao contrário, deve considerar condições de restabelecimento da autonomia para além da tentativa de devolução aos papéis que desempenhava quando do rompimento comunitário, oportunizando-as condições de apropriarem-se de releituras de si e do mundo para além das grades físicas e sociológicas que lhes cercam.

REFERÊNCIAS

ANJOS, Fernando V. **Análise crítica da finalidade da pena na execução penal: ressocialização e o Direito Penal Brasileiro**. 2009. 185f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13042010-145345/publico/Versao_integral_dissertacao_de_mestrado_Fernando_Vernice_dos.pdf. Acesso em: 28 abr. 2023.

ALVAREZ, Simone. Juízes fora do lugar de fala: uma análise constitucional de decisões judiciais racistas. **Direito. UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília**, 6, 1, 97–116, 2022. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/36499>. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRITTO, Renata C. **A Internação Psiquiátrica Involuntária e a Lei 10.216/01. Reflexões acerca da garantia de proteção aos direitos da pessoa com transtorno mental**. 2004. 214f. Dissertação (Mestrado Saúde Pública) – Fundação Osvaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2004.

CARRARA, Sérgio. **Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século**. Rio de Janeiro/São Paulo: Ed. da UERJ/Edusp, 1998.

CARVALHO, Claudiane S.; SANTOS, Lorena S.; COSTA, Alexandre B. Sistema prisional brasileiro e a seletividade no tratamento das detentas gestantes, parturientes e lactantes. **Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília**, [S. l.], 5, 3, 131–158, 2021. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/>

article/view/37102. Acesso em: 16 abr. 2023.

COSTA, Bruna M.; BOITEUX, Luciana (orgs.). Controle penal da loucura e do gênero: reflexões interseccionais sobre mulheres egressas da medida de segurança no Rio de Janeiro. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. 10, 2, 2020. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/6812/pdf>. Acesso em: 03 maio 2023.

CUNHA, Maria C. P. **O espelho do mundo**: Juquery, a história de um asilo. São Paulo: Paz e Terra. 1986.

DINIZ, Debora. **A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil**: Censo 2011 [recurso eletrônico]. Brasília: Letras Livres: Editora Universidade de Brasília, 2013. Disponível em: http://newpsi.bvs-psi.org.br/ebooks2010/pt/Acervo_files/custodia_tratamento_psiquiatico_no_brasil_censo2011.pdf. Acesso em: 28 abr. 2023.

FARIA, Gustavo D. A (in) sustentabilidade dos conceitos de inimputabilidade e de periculosidade diante da reforma psiquiátrica. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**, 202-222, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/download/13469/9143/41039>. Acesso em: 28 abr. 2023.

FEDERICI, Silvia. **Calibã e a bruxa**: mulheres, corpo e acumulação primitiva (Coletivo Sycorax, trad.). São Paulo: Editora Elefante, 2017.

FERNANDES, Danúbia de A. O gênero negro: apontamentos sobre gênero, feminismo e negritude. **Estudos Feministas**, Florianópolis, 24, 3, 691-713, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1806-9584-2016v24n3p691>. Acesso em: 02 maio 2023.

GODOY, Arilda S. Introdução à pesquisa qualitativa e suas possibilidades. **Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, 35, 2, 57-63, mar.-abr. 1995. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/jrae/a/wf9CgwXVjpLFVgpwNkCgnc/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 01 maio 2023.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1974.

GONZALEZ, Lélia. Por um feminismo afrolatinoamericano. **Revista Isis Internacional**, Santiago, 9, 133-141, 1988.

LIMA, Daniela. Aproximações entre o movimento feminista e o antimanicomial. **Boitempo**, 12 de janeiro de 2016. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2016/01/12/aproximacoes-entre-movimento-feminista-e-antimanicomial/>. Acesso em: 20 abr. 2023.

MACHADO, Dillyan R. **A emancipação da diferença: reflexões sobre feminismos e desinstitucionalização**. 2019. 115f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2019. Disponível em: <https://bdtd.ucb.br:8443/jspui/bitstream/tede/2726/2/DillyanRorizMachadoDissertacao2019.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2023.

OLIVEIRA, Patrícia F. C. M. Loucura, crime e gênero no encarceramento feminino: o papel das defensorias públicas. **Seminário Internacional Fazendo Gênero 11 & 13th Women's Worlds Congress (Anais Eletrônicos)**, Florianópolis, 2017. Disponível em: http://www.en.wwwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1498700716_ARQUIVO_Loucura_crime_genero-no-encarceramentofeminino_papeldasDPs_v.final.pdf. Acesso em: 02 maio 2023.

PEDROSA, Claudio Henrique. **Cuidado? sim; olhar de gênero? não: os sentidos do cuidado no Caps em documentos técnicos do Ministério da Saúde**. 2006. 200 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=30459. Acesso em: 01 maio 2023.

PEREIRA, Melissa de O. **Mulheres e Reforma Psiquiátrica Brasileira: experiências e agir político**. 2019. 532f. Tese (Doutorado em Saúde Pública) – Fundação Osvaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/handle/icict/44282/melissa_pereira_ensp_dout_2019.pdf?sequence=2. Acesso em: 02 maio 2023.

SANTOS, Alana R. G.; LIMA, Cristiane Araújo; SANTOS, Elizabete Silva; BASTOS, Jailza F.; SILVA, Ledalene G.; SILVEIRA, Helson F.; JUNIOR, Howard L. R. Perfil clínico dos pacientes com transtornos mentais internados em um hospital de custódia e tratamento – Bahia – Brasil. **Revista de Ciências Médicas e Biológicas**, 14, 2, 190–197, 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/cmbio/article/view/13961>. Acesso em: 02 maio 2023.

SILVA, Vera N. dos S. **Equilíbrio distante: a mulher, a medicina mental e o asilo**. Bahia

(1874-1912). 2005. 145f. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2005. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/10869/1/Vera%20Silva%20seg.pdf>. Acesso em: 03 maio 2023.

SILVEIRA, Nise M. **Ensaio sobre a criminalidade da mulher no Brasil**. 1926. 160f. Tese (Doutorado em Ciências Médico-Cirúrgicas) – Faculdade de Medicina da Bahia, Salvador, 1926. Disponível em: <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/29508>. Acesso em: 20 abr. 2023.

TRIVINOS, Augusto N. S. **Introdução à pesquisa em ciências sociais**. São Paulo: Atlas, 1987.

VELO, Joe T. Alguns problemas do julgamento sobre a loucura. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – REDPPC**, 10, 1, 21-42, 2022. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/57389/inimputabilidade-integridade-mental-do-acusado-dependente-do-uso-de-entorpecentes>. Acesso em: 02 maio 2023.

WEIGERT, Mariana de A. B. **Entre silêncios e invisibilidades**: os sujeitos em cumprimento de medidas de segurança nos manicômios judiciais brasileiros. 2015. 211 f. Tese (Doutorado em Psicologia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/140989>. Acesso em: 01 maio 2023.



UnB



**conhecimento em movimento
sociedade em transformação**



CAPES



Diretório de políticas editoriais das
revistas científicas brasileiras



Sistema Regional de Informação
em linha para Revistas Científicas de América Latina,
el Caribe, España y Portugal