

Constituição e Direitos Fundamentais:

Comentários de jurisprudência selecionada

Volume III

Ingo Wolfgang Sarlet

Ana Luiza Liz dos Santos

Orgs.



Editora Fundação Fênix

A presente obra coletiva é resultado de pesquisas acadêmicas realizadas pelos discentes (mestrandos e doutorandos) de duas disciplinas ministradas/coordenadas pelo Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet, no segundo semestre de 2023, oferecidas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PPGD-PUCRS). As temáticas dos textos envolvem questões atuais nas pautas dos Tribunais escolhidos e agregam elementos de doutrina constitucional e processual, com especial atenção à eficácia dos direitos fundamentais e caminhos para a sua efetividade. A expectativa dos organizadores é que esta obra municie importantes debates sobre os temas versados, de modo que a comunidade jurídica entenda a importância de constantemente reavaliar o padrão adotado para a concretização dos direitos fundamentais, ao se conceber os órgãos de cúpula do Poder Judiciário como pedra de toque deste projeto. Desejamos a todos uma ótima e proveitosa leitura.

Os organizadores.



Editora Fundação Fênix



**Constituição e Direitos Fundamentais –
comentários de jurisprudência selecionada**

v. III

Série Direito

Conselho Editorial

Editor

Ingo Wolfgang Sarlet

Conselho Científico – PPG Direito PUCRS

Gilberto Stürmer – Ingo Wolfgang Sarlet

Marco Felix Jobim – Paulo Antonio Caliendo Velloso da Silveira

Regina Linden Ruaro – Ricardo Lupion Garcia

Conselho Editorial Nacional

Adalberto de Souza Pasqualotto – PUCRS

Amanda Costa Thomé Travincas – Centro Universitário UNDB

Ana Elisa Liberatore Silva Bechara – USP

Ana Maria D'Ávila Lopes – UNIFOR

Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos – UERJ

Angélica Luciá Carlini – UNIP

Augusto Jaeger Júnior – UFRGS

Carlos Bolonha – UFRJ

Claudia Mansani Queda de Toledo – Centro Universitário Toledo de Ensino de Bauru

Cláudia Lima Marques – UFRGS

Clara Iglesias Keller – WZB Berlin Social Sciences Center e Instituto Brasileiro de Ensino

Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

Danielle Pamplona – PUCRS

Daniel Antônio de Moraes Sarmiento – UERJ

Daniel Wunder Hachem – PUCPR e UFPR

Daniel Mitidiero – UFRGS

Denise Pires Fincato – PUCRS

Draiton Gonzaga de Souza – PUCRS

Eugênio Facchini Neto – PUCRS

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer – UniRio

Fabio Siebeneichler de Andrade – PUCRS

Fabiano Menke – UFRGS

Flavia Cristina Piovesan – PUC-SP

Gabriel de Jesus Tedesco Wedy – UNISINOS

Gabrielle Bezerra Sales Sarlet – PUCRS

Germano André Doederlein Schwartz – UNIRITTER

Gilmar Ferreira Mendes – Ministro do STF, Professor Titular do IDP e Professor aposentado da UNB

Gisele Cittadino – PUC-Rio

Gina Vidal Marcilio Pompeu – UNIFOR

Giovani Agostini Saavedra – Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP

Guilherme Camargo Massaú – UFPel

Gustavo Osna – PUCRS

Hermes Zaneti Jr

Hermilio Pereira dos Santos Filho – PUCRS
Ivar Alberto Martins Hartmann – FGV Direito Rio
Jane Reis Gonçalves Pereira – UERJ
Juliana Neuenschwander Magalhães - UFRJ
Laura Schertel Mendes
Lilian Rose Lemos Rocha – Uniceub
Luis Alberto Reichelt – PUCRS
Luís Roberto Barroso – Ministro do STF, Professor Titular da UERJ, UNICEUB, Sênior Fellow na Harvard Kennedy School
Miriam Wimmer - IDP - Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa
Mônia Clarissa Hennig Leal – UNISC
Otavio Luiz Rodrigues Jr – USP
Petryck de Araújo Ayala – UFMT
Paulo Ricardo Schier - Unibrasil
Phillip Gil França - UNIVEL – PR
Richard Pae Kim – UNISA
Teresa Arruda Alvim – PUC-SP
Thadeu Weber – PUCRS

Conselho Editorial Internacional

Alexandra dos Santos Aragão – Universidade de Coimbra
Alvaro Avelino Sanchez Bravo – Universidade de Sevilha
Catarina Isabel Tomaz Santos Botelho – Universidade Católica Portuguesa
Carlos Blanco de Morais – Universidade de Lisboa
Clara Iglesias Keller – WZB Berlin Social Sciences Center e Instituto Brasileiro de Ensino
Desenvolvimento e Pesquisa – IDP
Cristina Maria de Gouveia Caldeira – Universidade Europeia
César Landa Arroyo – PUC de Lima, Peru
Elena Cecilia Alvites Alvites – Pontifícia Universidade Católica do Peru
Elena Alvites Alvites - PUCP
Francisco Pereira Coutinho – Universidade NOVA de Lisboa
Francisco Ballaguer Callejón – Universidade de Granada - Espanha
Fernando Fita Ortega - Universidade de Valência
Giuseppe Ludovico - Universidade de Milão
Gonzalo Aguilar Cavallo – Universidade de Talca
Jorge Pereira da Silva – Universidade Católica Portuguesa
José João Abrantes – Universidade NOVA de Lisboa
José Maria Porrás Ramirez – Universidade de Granada – Espanha
Manuel A Carneiro da Frada – Universidade do Porto
Paulo Mota Pinto – Universidade de Coimbra
Pedro Paulino Grandez Castro – Pontificia Universidad Católica del Peru
Richard Pae Kim – Professor do Curso de Mestrado em Direito Médico da UNSA
Víctor Bazán – Universidade Católica de Cuyo

Ingo Wolfgang Sarlet
Ana Luiza Liz dos Santos
Organizadores

Constituição e Direitos Fundamentais –
comentários de jurisprudência selecionada
v. III



Editora Fundação Fênix

Porto Alegre, 2024

Direção editorial: Ingo Wolfgang Sarlet
Diagramação: Editora Fundação Fênix
Concepção da Capa: Editora Fundação Fênix

O padrão ortográfico, o sistema de citações, as referências bibliográficas, o conteúdo e a revisão de cada capítulo são de inteira responsabilidade de seu respectivo autor.

Todas as obras publicadas pela Editora Fundação Fênix estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 –
http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR

Obra editada com apoio: Auxílio N° 1605/2024, Processo N° 88881.973765/2024-01, Programa PROEX/CAPES



Série Direito – 102

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Constituição e direitos fundamentais [livro eletrônico] : comentários de jurisprudência selecionada : v. III / organização Ingo Wolfgang Sarlet, Ana Luiza Liz dos Santos. -- 1. ed. -- Porto Alegre, RS : Editora Fundação Fênix, 2024. -- (Série direito)
PDF

Vários autores.
Bibliografia.
ISBN 978-65-5460-154-2

1. Constituição 2. Direito constitucional
3. Direitos fundamentais 4. Jurisprudência I. Sarlet, Ingo Wolfgang. II. Santos, Ana Luiza Liz dos. III. Série.

24-212653

CDU-342.7

Índices para catálogo sistemático:

1. Direitos fundamentais : Direito 342.7

Eliane de Freitas Leite - Bibliotecária - CRB 8/8415

DOI – <https://doi.org/10.36592/9786554601542>

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	15
<i>Ingo Wolfgang Sarlet</i>	
PARTE I	17
DIREITO, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO	
1. O DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA FRENTE ÀS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E DA COMUNICAÇÃO: UMA ANÁLISE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO	19
<i>Ana Luiza Liz dos Santos</i>	
2. SENTENÇA Nº C-579/21 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA: DIREITO DE ACESSO AOS DADOS PESSOAIS	31
<i>Camila Riess Karnal</i>	
3. ANÁLISE AO JULGAMENTO DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2.130.619-SP, PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, RELATIVO À INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DIANTE DO VAZAMENTO DE DADOS PESSOAIS	43
<i>Fernanda Linden Ruaro Peringer</i>	
4. DIREITO DE ACESSO DO TITULAR À IDENTIDADE DOS DESTINATÁRIOS DA TRANSFERÊNCIA DOS DADOS PESSOAIS POR PARTE DO RESPONSÁVEL PELO TRATAMENTO (ART. 15, N. 1, "C", DO GDPR – GENERAL DATA PROTECTION REGULATION): ANÁLISE DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO PROCESSO C-154/21, JULGADO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA	59
<i>Ricardo Luís Lenz Tatsch</i>	
5. PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS GENÉTICOS VS. PROTEÇÃO DA IDENTIDADE GENÉTICA: UMA ANÁLISE DOS CASOS JULGADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADI 5.545/RJ) E PELO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS (A. 225/2018)	73
<i>Liziane Menezes de Souza</i>	
6. SEPARAÇÃO INFORMACIONAL DE PODERES E LIMITAÇÃO AO COMPARTILHAMENTO DE DADOS ENTRE ÓRGÃOS DE INTELIGÊNCIA: ANÁLISE DA BVR Nº 2354/13 DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO E DA ADI Nº 6529 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	97
<i>Taina Daniele Werle</i>	

7. DO DIREITO FUNDAMENTAL À INVIOABILIDADE DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS: AFINAL, O QUE FOI DECIDIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANDO DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 625.263-PR – TEMA 661? 113

William de Quadros da Silva

8. AS REDES SOCIAIS E O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS: A VISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA 129

Fabrizio Predebon da Silva

9. ANÁLISE DO ACÓRDÃO DO PROCESSO Nº C-401/19 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA: MONITORAMENTO PRÉVIO E AS BASES PARA REGULAÇÃO DA INTERNET NO BRASIL 143

Pedro Guilherme Müller Kurban

10. TECNOLOGIAS DO PRESENTE E ESTRATÉGIAS DO PASSADO: COMENTÁRIOS À ADPF 722/DF, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 165

Juliana Rodrigues Ribas

11. COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA INTERINSTITUCIONAL INTERNACIONAL E O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 51 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 183

Micaela Porto Filchtiner Linke

12. O CASO AFFAIRE M.P. VS. PORTUGAL DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS 201

Pedro Aranalde Fabrício

13. TERCEIRIZAÇÃO, TECNOLOGIA E O DIREITO AO TRABALHO NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA 213

Andressa Munaro Alves

14. TRABALHADORES NAS PLATAFORMAS DIGITAIS: CONSIDERAÇÕES SOBRE O CASO GLOVO DA ESPANHA 227

Paula Jaeger da Silva

15. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL EM FACE DA AUTOMAÇÃO E A OMISSÃO DO ESTADO BRASILEIRO: ANÁLISE DIALÓGICA DO MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 618-MG E DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 73, JULGADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 239

Plinio Gevezier Podolan

PARTE II 271
DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS

16. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DIREITO DE CRÍTICA AOS AGENTES PÚBLICOS: ANÁLISE CRÍTICA DA DECISÃO 1 BVR 1073/20, DO BUNDESVERFASSUNGSGERICHT 273

Bernardo Spencer da Fontoura Teixeira

17. SEM LIBERDADE DE EXPRESSÃO (E SEM A CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANO) PODERÍAMOS ESTAR NO PÂNTANO: O CASO FRAGOSO DACOSTA VS. ESPANHA 287

Rodrigo Doval Rosa Lopes

18. O SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA E A APARENTE INCOMPETÊNCIA PARA ANÁLISE DE PEDIDO DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL 301

Kim William Pinto Mendonça

19. A RESPONSABILIDADE PARENTAL EM CASO DE RUPTURA DA RELAÇÃO MATRIMONIAL: AS DECISÕES DE MUDANÇA DE RESIDÊNCIA DO FILHO MENOR 315

Laura Oliveira Dorfmann

20. DO DIREITO AO RECONHECIMENTO E À PROTEÇÃO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE A SITUAÇÃO RUSSA 327

William Arthur Leonhardt Born

PARTE III 341
DIREITO ECONÔMICO, FINANCEIRO E TRIBUTÁRIO

21. FINALIDADE AMBIENTAL DA TRIBUTAÇÃO SEGUNDO AS DISPOSIÇÕES DA DIRETIVA Nº 2003/96/CE: COMENTÁRIO CRÍTICO AO ACÓRDÃO PROFERIDO PELA QUINTA SEÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA NO PROCESSO Nº C/833/21 343

Rafael Louzada Nardin

22. DIRETIVA Nº 2011/16/UE E DIREITOS FUNDAMENTAIS: ANÁLISE CRÍTICA DO ACÓRDÃO C-245/19 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA E SUAS IMPLICAÇÕES NA COOPERAÇÃO FISCAL NO ESPAÇO EUROPEU 361

Luiza Tonial Ribeiro

23. O CASO INTERNET AND MOBILE ASSOCIATION OF INDIA VS. RESERVE BANK OF INDIA: LIBERDADE ECONÔMICA NO MERCADO DE CRIPTOMOEDAS 377

Mário Augusto Figueiredo de Lacerda Guerreiro

24. ANÁLISE E COMENTÁRIOS À SENTENÇA Nº C-231/20, DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, RELATIVO À IMPOSIÇÃO DE SANÇÕES PELA COMERCIALIZAÇÃO E VINCULAÇÃO COMERCIAL DE JOGOS DE AZAR 395

Ricardo Alan Wias

25. ANTIDUMPING NA EUROPA NA VISÃO CONSTITUCIONAL 405

Maria Eduarda Arnau Rodrigues

26. COMENTÁRIO À JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA EUROPEU ACERCA DA PUBLICIDADE DO CONSUMO DE MEDICAMENTOS NA INTERNET POR FARMÁCIA 417

Gabriel Fraga Hamester

PARTE IV 431

DIREITOS SOCIAIS

27. O DIREITO EM SUBSTITUIÇÃO DAS FÉRIAS ANUAIS REMUNERADAS SOB A ÓTICA EUROPEIA E BRASILEIRA 433

Emelly Moura da Silva

28. IGUALDADE REMUNERATÓRIA E GÊNERO NA UNIÃO EUROPEIA: OS EFEITOS PRÁTICOS DA ROBUSTA LEGISLAÇÃO SOBRE O TRABALHO DE IGUAL VALOR ENTRE HOMENS E MULHERES 443

Jacqueline Varella

PARTE V	465
DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROCESSO CIVIL	
29. DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA: INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO À LUZ DO CASO SEMENYA VS. SWITZERLAND DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS	467
<i>Guilherme dos Santos Moreira</i>	
30. O DEVIDO PROCESSO LEGAL E O DIREITO A UM JULGAMENTO IMPARCIAL: CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS CASOS Nº C-615/20 E C-671/20 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA	479
<i>Isabela Weingärtner Welter</i>	
31. RECURSO ESPECIAL Nº 2.045.633-RJ DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: A CITAÇÃO JUDICIAL VIA APLICATIVOS DE MENSAGENS E A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL	495
<i>Isabelle Almeida Vieira Piccinini</i>	
32. A IMPOSIÇÃO AO PAGAMENTO DE DESPESAS JUDICIAIS E O ACESSO À JUSTIÇA	525
<i>Maria Gabryelle Dantas Rocha</i>	

APRESENTAÇÃO

A presente obra coletiva é resultado de pesquisas acadêmicas realizadas pelos discentes (mestrandos e doutorandos) de duas disciplinas ministradas/coordenadas pelo Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet, no segundo semestre de 2023, oferecidas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PPGD-PUCRS).

Uma das disciplinas, ofertada em nível de Mestrado, versa sobre o tema geral das relações entre a Constituição e Direitos Fundamentais, com ênfase no direito constitucional europeu e alemão, cuidando-se de iniciativa conjunta do PPGD da PUCRS e do PPGD da UFRGS, com apoio do CDEA – Centro de Estudos Europeus e Alemães, DAAD, uma parceria da UFRGS e da PUCRS. A outra disciplina, oferecida no âmbito do Doutorado, ostenta o título Direitos Fundamentais na Sociedade Tecnológica e da Informação.

Outrossim, trata-se de mais uma edição da série de obras com o mesmo título geral integradas por textos dos discentes de ambas as disciplinas, que correspondem à versão, devidamente revista e atualizada, dos trabalhos apresentados como requisito para aprovação nas disciplinas, cuidando-se, além disso, de trabalhos produzidos precisamente para serem publicados nesta obra coletiva.

Trata-se de textos que são construídos a partir de análises jurisprudenciais de decisões de Tribunais Superiores e Cortes Constitucionais do Brasil e de outros países, bem como de Tribunais Internacionais, de modo a fomentar a análise crítica, a partir da compreensão não só dos seus conteúdos decisórios, mas também dos diferentes argumentos articulados para a tomada de decisão.

As temáticas dos textos envolvem questões atuais nas pautas dos Tribunais escolhidos e agregam elementos de doutrina constitucional e processual, com especial atenção à eficácia dos direitos fundamentais e caminhos para a sua efetividade. A expectativa dos organizadores é que esta obra municie importantes debates sobre os temas versados, de modo que a comunidade jurídica entenda a importância de constantemente reavaliar o padrão adotado para concretização dos

direitos fundamentais, ao se conceber os órgãos de cúpula do Poder Judiciário como pedra de toque deste projeto.

Trata-se, ademais, de obra concebida para estimular a articulação indispensável entre uma boa teoria e uma boa prática, dando, além disso, voz e espaço para que os discentes envolvidos possam tornar visíveis e acessíveis à comunidade a sua produção intelectual, além de contribuir – ao menos é o que se espera – para a difusão de comentários e reflexões a respeito de julgados atuais e relevantes.

Importa salientar, outrossim, que a responsabilidade pelo conteúdo dos trabalhos aqui veiculados é dos respectivos autores, aos quais, desde já, se agradece pela sua participação ativa no processo.

Oportuno agradecer, ainda nessa quadra, à CAPES e ao CNPq pelo suporte e apoio no que diz respeito às bolsas de Mestrado e Doutorado atribuídas a diversos discentes integrantes da presente obra coletiva, seja na condição de autores, seja como organizadores.

Um particular agradecimento é também endereçado ao CDEA, na pessoa dos seus Diretores, Prof^a Dr^a Cláudia Lima Marques (UFRGS) e Prof. Dr. Draiton Gonzaga de Souza (PUCRS), pelo apoio incondicional à iniciativa, incluindo o financiamento da vinda de alguns dos professores estrangeiros convidados para lecionar nas disciplinas referidas.

Por derradeiro, cabe formular um voto de gratidão à Editora da Fundação Fênix, pela parceria decisiva para a viabilização do projeto, o que fazemos na pessoa do Prof. Dr. Jair Tauchen.

Assim, sem mais delongas, o que se deseja é uma ótima e proveitosa leitura

Porto Alegre, junho de 2024.

Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet,

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PPGD-
PUCRS).

PARTE I
DIREITO, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO

1. O DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA FRENTE ÀS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E DA COMUNICAÇÃO: UMA ANÁLISE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO

THE INFORMATIONAL SELF-DETERMINATION RIGHT IN FRONT OF INFORMATION AND COMMUNICATION TECHNOLOGIES: AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE JURISPRUDENCE OF THE GERMAN FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT

 <https://doi.org/10.36592/9786554601542-01>

Ana Luiza Liz dos Santos¹

RESUMO

O presente trabalho se propõe a estudar a decisão conjunta das Reclamações Constitucionais nº 1 BvR 1547/2019 e nº 1 BvR 2634/2020, proferida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, relativa à análise e à interpretação automatizada de dados pessoais como medida cautelar para prevenir infrações penais e reprimir perigos a determinados bens jurídicos. A partir da exposição do caso, realiza-se uma análise dos fatos que levaram ao questionamento da constitucionalidade dos dispositivos legais, bem assim dos fundamentos que levaram ao reconhecimento de sua inconstitucionalidade. Na sequência, realiza-se um estudo específico do direito fundamental à autodeterminação informativa, além de uma análise detida da fundamentação e da conclusão do julgamento. Para tal, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, com pesquisa bibliográfica e jurisprudencial sobre os temas abordados. Ao final, conclui-se que a decisão foi substancialmente construída com base no princípio da proporcionalidade, o que lhe garante racionalidade e pertinência, e conseqüente correção no que diz tanto com a construção, quanto com o resultado alcançado.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; autodeterminação informativa; proporcionalidade; Tribunal Constitucional Federal alemão.

ABSTRACT

This paper aims to analyse the decision of the German Federal Constitutional Court on the Constitutional Complaints nº 1 BvR 1547/2019 and nº BvR 2634/2020, in the case about the automated analysis and interpretation of personal data as a precautionary measure to prevent criminal offenses and averting dangers to certain legal interests. From the presentation of the case, an analysis of the facts that led to the questioning of the constitutionality of the legal provisions is carried out, as well

¹ Doutoranda em Direito no Programa de Pós-Graduação da PUCRS, bolsista CAPES-PROEX. Mestre em Direito pela FMP-RS. Especialista em Proteção de Dados: LGPD e GDPR – Curso Binacional com dupla titulação (FMP-RS e Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa). Especialista em Direito Público pela PUCRS. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo IDC. Graduada em Direito pela PUCRS. Assessora Jurídica no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1213105149446784>. E-mail: analualiz.s@hotmail.com.

as the grounds that led to the recognition of their unconstitutionality. Then, a specific study of the fundamental right to informational self-determination is carried out, besides a detailed analysis of the reasoning and conclusion of the trial. For this, the hypothetical-deductive method is used, based on a bibliographical and jurisprudential research on the topics covered. At the end, it is concluded that the decision was substantially constructed based on the proportionality principle, which ensures rationality and relevance, and consequent correction in the construction and in the result achieved.

Keywords: Fundamental rights; informational self-determination; proportionality; German Federal Constitutional Court.

INTRODUÇÃO

O presente estudo será desenvolvido com a finalidade de avaliar a decisão conjunta proferida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*) na Reclamação Constitucional nº 1 BvR 1547/2019, dirigida contra disposições do artigo 25-A, nº 1º, da Lei de Segurança e Ordem Pública do *Land* de Hesse, alterada pela Lei de Reestruturação dos Serviços de Inteligência do *Land* de Hesse, de 25 de junho de 2018, bem assim na Reclamação Constitucional nº 1 BvR 2634/2020, dirigida contra o artigo 49 da Lei relativa ao tratamento de dados pela polícia do *Land* de Hamburgo, alterada em 12 de dezembro de 2019. Ambas dispositivas legais, de redação essencialmente semelhante, regulamentam a análise e a interpretação automatizada de dados pessoais como medida cautelar para a prevenção de infrações penais e a repressão de perigo a determinados bens jurídicos.

As leis, como publicadas, pretendiam estabelecer um suporte legislativo específico para ligar bases de dados e fontes de dados automatizadas em plataformas de análise, para, então, explorar sistematicamente os conjuntos de dados disponíveis através de pesquisas. O objetivo, pois, estava em permitir à polícia desempenhar suas tarefas de forma mais eficiente e eficaz, a partir das possibilidades técnicas alargadas pela utilização da tecnologia da informação no trabalho policial. Neste contexto, as disposições permitiriam que, em casos individuais e justificados, a polícia realizasse o processamento de dados pessoais, repita-se, tanto como medida de precaução para a prevenção de infrações penais graves, quanto como para evitar perigo para determinados bens jurídicos.

Diante deste cenário, sob a alegação de que as disposições contestadas interferem de forma desproporcional o direito fundamental à autodeterminação informativa, bem como afetam o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio e violam o direito à privacidade das telecomunicações, especialmente porque a análise e a interpretação automatizada se utiliza de dados provenientes da vigilância de residências particulares ou de telecomunicações, foram propostas as Reclamações Constitucionais. O Tribunal Constitucional Federal alemão, então, julgou-as admissíveis em parte e, no ponto, julgou-as procedentes, sob a fundamentação de que os poderes contestados podem gerar interferências no direito à autodeterminação informativa como uma manifestação do direito geral de personalidade.

Por este panorama, a partir do método hipotético-dedutivo, de viés exploratório, e de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, o presente estudo se propõe a avaliar a problemática que envolve a coleta e o tratamento de dados pessoais a partir de ferramentas tecnológicas, e como tais medidas podem gerar interferências nos direitos fundamentais. Assim, em um primeiro momento, objetiva aprofundar a análise das disposições legislativas questionadas, bem assim, especialmente, a análise dos fundamentos da decisão que levou ao reconhecimento da sua inconstitucionalidade. Na sequência, objetiva estudar o direito à autodeterminação informativa, com uma breve comparação entre a sua concepção como tal, há 40 anos, e a sua aplicação na atualidade, a partir de duas de construções do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.

CONTEXTUALIZAÇÃO DA PROBLEMÁTICA QUE ENVOLVE AS RECLAMAÇÕES CONSTITUCIONAIS 1 BVR 1547/2019 E 1 BVR 2634/2020, JULGADAS PELO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO

No princípio do ano de 2023, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*) teve a oportunidade de se manifestar sobre importante questão envolvendo garantias fundamentais e constitucionais e tecnologia: de um lado, o direito fundamental à autodeterminação informativa e, de outro, instrumentos tecnológicos regulamentados por lei para o processamento de dados pessoais com

fins de prevenção de infrações penais graves e repressão de perigo a bens jurídicos. Trata-se de decisão proferida pelo Primeiro Senado, no âmbito das Reclamações Constitucionais 1 BvR 1547/2019 e 1 BvR 2634/2020.

Contextualizando a problemática na casuística, tem-se que no ano de 2017, o *Land* alemão de Hesse adquiriu o *software* Gotham, que passou a ser executado sob a nomenclatura *Hessen Data*, com o principal objetivo de combater o terrorismo, o crime organizado e a pornografia infantil, a partir do percurso em banco de dados, com o estabelecimento de relações e de referências decorrentes do cruzamento de significativas quantidades de dados. Os resultados, por certo, dificilmente poderiam ser atingidos de forma manual, por investigadores dentro dos limites fáticos das investigações criminais (CAMPOS, 2023). Em termos práticos, o *Hessen Data* teria acesso a três bases de dados existentes, das quais os dados mais relevantes seriam automaticamente transferidos para a plataforma de análise e sincronização.

No ano seguinte, em 2018, o legislador do *Land* promoveu esforços para criar uma base jurídica específica para aplicação do *Hessen Data*, o que representou a primeira legislação para regulamentar a análise automatizada de dados em investigações criminais na Alemanha (CAMPOS, 2023). A Lei foi desenvolvida para, ao menos em termos teóricos, garantir que o direito à autodeterminação informacional fosse adequadamente observado, notadamente no que diz com a aplicação do *software* apenas à análise automatizada de dados que já haviam sido coletados – e que o tenham sido dentro dos parâmetros legais. O objetivo da Lei, pois, estava em dar sustentação a um programa que seria capaz de fazer valiosas indicações sobre perigos e infrações iminentes, as quais, sem o suporte tecnológico, passariam despercebidos.

No que diz com a legislação do *Land* de Hamburgo, de 2019, em que pese a inspiração na própria Lei de Hesse, um pontual detalhe foi modificado: ao invés de se referir à “análise de dados”, referiu-se à “interpretação de dados”, sendo que a principal justificativa para a modificação foi a de enfatizar que o processamento automatizado de dados não significa uma avaliação autônoma do conteúdo por algoritmos e *machine learning*, mas sim que conta com uma avaliação final pela via interpretativa.

Com a propositura das ações, os reclamantes sustentaram que o processamento de dados pessoais pela via de uma aplicação automatizada, para posterior análise e/ou interpretação, demanda requisitos especiais de justificação, principalmente porque os dispositivos questionados não tratam de uma mera utilização adicional de dados pessoais anteriormente tratados. Defenderam, ainda, que a autorização para o tratamento de dados, como posta pelos dispositivos, permite a criação de perfis sociais e de personalidade, especialmente porque, o dispositivo tecnológico, ao intervir e estabelecer conexões, tem potencial para gerar novas informações. Tal cenário, defenderam, é ainda mais agravado quando os dados decorrem de um processo de vigilância residencial ou de telecomunicações, ou ainda de pesquisas online, notadamente pelo fato de que são dados mais fortemente relacionados à personalidade.

De mais a mais, sustentaram que as legislações não preveem garantias processuais suficientes no que diz com a transparência, a proteção jurídica e o controle, sendo omissa, por exemplo, quanto obrigações de notificação e de direito à informação, quanto à duração da medida, quanto à eliminação dos dados e, ainda, quanto à aplicação das restrições que decorrem dos princípios da limitação e da alteração da finalidade.

Em defesa dos dispositivos, foram apresentados argumentos de que a análise dos dados é limitada aos dados pessoais prévia e legitimamente coletados, sendo que o *software* apenas promove uma reunião para uma consequente exibição de modo compreensível, o que significa dizer que as pessoas que jamais foram registradas pela polícia, não serão afetadas. Reforçaram, também, que não há falar em criação de perfis abrangentes de personalidade, mas apenas de tornar mais eficaz e acelerado o processamento de dados, dentro de uma base definida.

Ressaltaram, ademais, que não há necessidade de um regime especial de proteção de dados a ser estabelecido dentro das leis questionadas, pois os dispositivos constitucionais e as legislações já existentes sobre a temática no ordenamento alemão inevitavelmente são aplicados a estas modalidades de tratamento de dados pessoais. Na sequência, afirmaram que a necessidade de suspeitar de crimes graves necessariamente aumenta o risco, quer dizer, uma suspeita inicial já é suficiente para a necessidade de uma análise de dados, de modo

que se pode concluir que quanto maior for o valor do bem jurídico a ser protegido, menores serão os requisitos para a previsão do risco.

A problemática, uma vez posta à apreciação do Tribunal Constitucional Federal, resultou em Acórdão dividido em: (a) fatos do caso; (b) admissibilidade; (c) mérito – que alcança a ingerência nos direitos fundamentais, os requisitos de justificação ao abrigo do direito constitucional, e a aplicação da lei ao caso concreto; e (d) resultado e consequências jurídicas.

Especificamente quanto ao mérito, restou consignado que, para que sejam justificadas interferências nos direitos fundamentais, é necessário que as medidas sejam baseadas em autorização legal que prossiga uma finalidade legítima e que, quanto aos demais aspectos, satisfaça o princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, passou-se à essencial verificação dos postulados da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito no caso concreto.

No que diz com a adequação, restou afirmado que, na contemporaneidade, não se discute que o desenvolvimento da tecnologia da informação e, por consequência, as disposições contestadas na presente ação, destinam-se a um propósito legítimo que visa aumentar a eficácia das medidas cautelares para a prevenção de crimes graves, de modo que, sob esta perspectiva, as disposições são adequadas do ponto de vista constitucional. Quanto à necessidade, de igual modo não se discute que a análise e a interpretação automatizada de dados é capaz de gerar informações relevantes para a prevenção de crimes, as quais, em contrapartida, não poderiam o ser de forma igualmente eficaz por outros meios.

O maior nível de complexidade, porém, foi enfrentado nos requisitos especiais que decorrem do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, uma vez que o grau de rigor dos requisitos, em cada caso, vai depender da gravidade da interferência resultante da medida. Assim, nos termos da decisão, tem-se que: (i) os princípios da limitação da finalidade e da alteração de finalidade devem ser observados e aplicados, uma vez que a gravidade da interferência que resulta da análise e/ou da interpretação automatizada de dados, e os requisitos relativos à sua justificação nos termos da lei constitucional, são determinados pela gravidade da interferência associada ao anterior recolhimento de dados; e (ii) a análise e/ou a interpretação

automatizada de dados pode potencialmente constituir uma interferência separada, de modo que a justificção fica sujeita a requisitos adicionais.

No que diz com o primeiro ponto (i), tem-se ser essencial que o legislador crie uma base legal separada, com observância aos requisitos constitucionais específicos, para o caso de permitir a utilização posterior dos dados no âmbito da finalidade para qual foram originalmente coletados – caso em que o âmbito permitido para a nova utilização depende da autorização legal para a coleta anterior –, bem como para permitir uma alteração da finalidade – caso em que as mudanças devem ser avaliadas em relação aos direitos fundamentais afetados pela coleta. As duas possibilidades, porém, não são aplicáveis às informações obtidas por vigilância de residências privadas ou pelo acesso secreto a sistemas informáticos, uma vez que a gravidade específica destas interferências demanda a observância aos mesmos requisitos de justificção da coleta original.

Já no que diz com o segundo ponto (ii), tem-se ser inegável que a análise e/ou a interpretação de dados pode gerar novos efeitos prejudiciais, os quais podem ser mais gravosos em comparação com a gravidade da interferência resultante da coleta de dados original. Significa dizer que a gravidade da interferência nem sempre é a mesma, pois depende da forma como os poderes são concebidos pelo legislador.

Diante destes parâmetros, especificamente no que diz com a análise da proporcionalidade em sentido estrito, o Tribunal Constitucional Federal concluiu que o artigo 25-A, nº 1, primeira alternativa, da Lei de Hesse, e o artigo 49, nº 1º, primeira alternativa, da Lei de Hamburgo, não satisfazem os requisitos decorrentes do terceiro subprincípio da proporcionalidade. E isso essencialmente porque, tanto no que diz com a prevenção de infrações penais, quanto no que diz com a repressão de futuros crimes, os motivos para a interferência são inferiores ao limite constitucionalmente exigido de um perigo identificável. Restou reconhecido, pois, que os motivos específicos para a interferência são desproporcionalmente amplos em relação à gravidade da interferência.

Foram, então, considerados inconstitucionais os dispositivos questionados, mormente por violação ao direito geral de personalidade, disposto no artigo 2º, nº 1º, combinado com o artigo 1º, nº 1º, da Lei Fundamental, na sua manifestação como o direito à autodeterminação informativa.

O DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA NO CONTEXTO TECNOLÓGICO À LUZ DA DECISÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO

O direito fundamental à autodeterminação informativa, como tal, tem sua origem na jurisprudência do próprio Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no início da década de 1980, a partir da evolução da interpretação do artigo 2º, nº 1º, da Lei Fundamental, que garante a todos o livre desenvolvimento da personalidade, combinada com o artigo 1º, nº 1º, também da Lei Fundamental, que trata da dignidade da pessoa humana.

Em verdade, uma vez consolidado o direito geral de personalidade, também por meio da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, houve uma espécie de organização do cenário para futuros desdobramentos, afinal, sempre que surgirem novos conflitos, bem assim uma necessidade de proteção da personalidade ainda não contemplada pelo ordenamento jurídico, “o caráter abstrato do direito da personalidade possibilita aplicar novas formas, a fim de garantir proteção suficiente para o indivíduo” (MENDES, 2020, p. 10).

Esta possibilidade decorre do fato de que uma das mais relevantes formulações do direito constitucional contemporâneo corresponde à constatação de que os direitos fundamentais revelam dupla perspectiva, tendo em vista que podem ser considerados tanto como direitos subjetivos individuais, quanto como elementos objetivos fundamentais da comunidade (SARLET, 2018, p. 147). Quer dizer, as garantias abstratas dos direitos fundamentais estão abertas à interpretação e, por isso, permitem que se elaborem diversas dimensões de proteção, inclusive porque os direitos fundamentais não estão relacionados apenas com a proteção contra violações ou ingerências, mas também com direitos de tomar conhecimento e obter informações, de participar e influenciar decisões, de ser protegido pelo Estado ou de receber garantias institucionais (ALBERS, 2016, p. 36).

Nesse contexto, diante da Reclamação Constitucional nº 1 BvR 209/1983, que questionava a constitucionalidade da Lei Federal de 1982, relativa ao recenseamento da população alemã, o Tribunal Constitucional Federal, em 1983, teve a oportunidade de se debruçar com profundidade na temática do processamento automatizado, massivo e não transparente de dados pessoais, consolidando, assim, a essência do

direito à autodeterminação informacional. Daí, pois, sua origem. Aliás, tal se fez possível justamente porque a reclamação constitucional consiste uma ação constitucional por excelência no ordenamento jurídico-constitucional alemão, destinada para a proteção judiciária dos direitos fundamentais por parte do Tribunal Constitucional Federal, o que faz com que a própria definição de direitos fundamentais seja, em parte, por ela definida (SARLET; GODOY, 2021, p. 310)

Importante considerar, ainda, que uma das principais noções a alicerçar o direito à autodeterminação informativa decorre da constatação de que, nas circunstâncias modernas do processamento automatizado de dados, não mais existem dados pessoais insignificantes, quer dizer, menos importa o tipo de dado que é tratado, e sim a finalidade e as possibilidades de processamento (MENDES, 2020, p. 11). Assim, o direito à autodeterminação informativa concede ao indivíduo o poder de, por ele próprio, decidir sobre a divulgação e a utilização de seus dados pessoais, justamente para que ele não seja manipulado por informações que os seus interlocutores – tanto estatais, quanto privados – tenham sobre a sua pessoa, sem que ele saiba disso (MENKE, 2018, p. 788).

Relevante observar, ademais, que essa concepção foi desenvolvida no ano de 1983, já levando em consideração os riscos e os perigos do tratamento automatizado de dados. Agora, no ano de 2023, 40 anos depois, assume a atenção mais uma decisão da Corte Constitucional Federal – Reclamações Constitucionais 1 BvR 1547/2019 e 1 BvR 2634/2020, expostas no capítulo inaugural do presente estudo – , igualmente relativa à interferência das tecnologias da informação no tratamento massivo e automatizado de dados pessoais e à violação do direito fundamental à autodeterminação informativa. Quer dizer, se, por um lado, é de se saudar tamanha atualidade de uma construção quadragenária, por outro, percebe-se que permanecem sendo desenvolvidas bases legislativas violadoras do referido direito fundamental, demandando interferência judicial.

Efetivamente, o desenvolvimento computacional da época (1983) estava em um estágio inicial, pautado no armazenamento e no tratamento de dados em computadores centralizados e, por consequência, sem a disseminação e a descentralização da informação que hoje existe especialmente por decorrência da internet e da acessibilidade a computadores pessoais e *smartphones* (MENKE, 2018,

p. 784). Nesse sentido, dada a imensurável evolução da tecnologia, especialmente as tecnologias da informação e da comunicação (TICs), de 1983 para 2023, com a recente decisão o Tribunal Constitucional Federal foram formuladas atualizadas balizas da autodeterminação informativa para o ambiente das novas tecnologias de sistemas automatizados alimentados por diferentes bases de dados (CAMPOS, 2023).

De mais a mais, importante considerar que, no recente julgamento, a Corte não pretendeu excluir a possibilidade de análise automatizada de dados para o combate à criminalidade, mas sim apontou a necessidade de observância à Lei Fundamental – como não poderia deixar de ser –, com uma apropriada aplicação do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios, de modo que o grau de rigor dos requisitos esteja em consonância com a gravidade da interferência. Sobre o ponto, aliás, destaca-se o aprofundamento da análise e da aplicabilidade do teste da proporcionalidade ao caso concreto, o que, por certo, forneceu elementos sólidos para que fosse alcançado o resultado final do julgamento.

De fato, a análise da proporcionalidade figura como uma importante estrutura metodológica para fornecer racionalidade aos julgamentos, a fim de garantir que os casos complexos e difíceis de normas constitucionais conflitantes sejam efetivamente analisadas e bem fundamentadas, especialmente porque, os direitos fundamentais como mandamentos de otimização, ao sofrerem limitação, carecem da garantia de que, quanto maior for a intervenção, maior terá que ser a certeza das premissas nas quais tal intervenção é baseada (GAVIÃO FILHO; CAYE, 2022, p. 332-333). Foi isso, exatamente, que a Corte Constitucional Federal alemã promoveu, o que merece ainda mais destaque se considerado o fato de que, conforme já mencionado, em que pese trate-se de uma análise pela perspectiva do cenário tecnológico atualmente vigente, decorre de um raciocínio já construído há 40 anos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo procurou desenvolver uma análise crítico-descritiva da decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha nas Reclamações Constitucionais 1 BvR 1547/2019 e 1 BvR 2634/2020, apresentadas contra

dispositivos legais dos *Lands* de Hesse e de Hamburgo, respectivamente, os quais disciplinavam a análise e a interpretação automatizada de dados pessoais como medida cautelar para a prevenção de infrações penais e a repressão de perigo a determinados bens jurídicos.

Para tal, apresentou-se, em um primeiro momento, uma exposição descritiva do caso, com o objetivo de situar o leitor nos fatos e nos argumentos favoráveis e contrários aos dispositivos legais, seguida de uma exposição dos fundamentos que levaram a Corte Constitucional a alcançar sua decisão final, tanto no que diz com a ingerência nos direitos fundamentais, quanto no que diz com os requisitos de justificação ao abrigo do direito constitucional, pela via, especialmente, do princípio da proporcionalidade e seus subsprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Na sequência, apresentou-se uma breve contextualização histórica da origem do direito fundamental à autodeterminação informativa, que, por sua vez, remonta à jurisprudência do próprio Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, com análise da importância deste direito, tanto quando de sua concepção, quanto de sua aplicabilidade prática na decisão objeto de estudo, especialmente se considerado o cenário tecnológico vigente.

Verificou-se que a Corte foi capaz de aplicar com sapiência e propriedade a estrutura metodológica do teste da proporcionalidade ao caso concreto, concedendo racionalidade ao julgamento, na medida em que, em que pese adequados – em razão do propósito legítimo, que objetivavam o aumento da eficácia na prevenção de crimes graves e na repressão de perigo a determinados bens jurídicos – e necessários – uma vez que a análise automatizada tem capacidade de gerar informações que não poderiam o ser de forma igualmente eficaz por outros meios –, os dispositivos questionados careciam de constitucionalidade por, em essência, haver uma desproporcionalidade entre a amplitude dos motivos e a gravidade da interferência. Esta conclusão, por sua vez, alinha-se com a necessária atenção a ser conferida aos direitos fundamentais de um modo geral, e ao direito à autodeterminação informativa em sentido específico, mormente no contexto tecnológico vigente.

REFERÊNCIAS

ALBERS, Marion. A complexidade da proteção de dados. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 10, n. 35, p. 19-45, jul./dez. 2016.

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. *1 BvR 209/83*. Urteil des Ersten Senats. 1983. Disponível em: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1983/12/rs19831215_1bvr020983.html>. Acesso em: 14 nov. 2023.

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. *1 BvR 1547/2019 e 1 BvR 2634/2020*. Urteil des Ersten Senats. 2023. Disponível em: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2023/02/rs20230216_1bvr154719.html;jsessionid=1B20FCFAA4967BA143B892E24FFF5530.internet981>. Acesso em: 14 nov. 2023.

CAMPOS, Ricardo. Autodeterminação informacional 4.0 e o tratamento de dados pelo Estado. *Consultor Jurídico (ConJur)*, 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-fev-28/direito-digital-tratamento-dados-estado-limites-constitucionais/#_ftn1>. Acesso em 14 nov. 2023.

DEUTSCHLAND. *Grundgesetz für die bundesrepublik deutschland*. 1949. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2023.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; CAYE, Ana Adelaide Brasil Sá. Proporcionalidade em ação nos Tribunais: o Tribunal Constitucional Federal Alemão e o Supremo Tribunal Federal Brasileiro. *Revista Direito Público (RDP)*, v. 19, n. 103, p. 317-336, jul./set. 2022.

MENDES, Laura Schertel. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. *Pensar: Revista de Ciências Jurídicas*, v. 25, n. 4, p. 1-18, out./dez. 2018.

MENKE, Fabiano. A proteção de dados e o direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no Direito alemão. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 5, n. 1, p. 781-809, 2019.

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.

SARLET, Ingo Wolfgang; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *História Constitucional da Alemanha: da Constituição da Igreja de São Paulo à Lei Fundamental*. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2021.

2. SENTENÇA Nº C-579/21 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA: DIREITO DE ACESSO AOS DADOS PESSOAIS

JUDGEMENT NUMBER C-579/21 OF THE EUROPEAN SUPREME COURT: RIGHT OF ACCESS
TO PERSONAL DATA



<https://doi.org/10.36592/9786554601542-02>

Camila Riess Karnal¹

RESUMO

Trata-se de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, por meio de reenvio prejudicial advindo do Tribunal Administrativo da Finlândia Oriental, acerca da interpretação dos artigos 4º e 15 do Regulamento Geral sobre Proteção de Dados (RGPD) para o caso em que uma pessoa física, cliente e funcionária de uma instituição bancária teve seus dados pessoais acessados antes da entrada em vigor do RGPD. O Tribunal decidiu as questões enviadas são necessárias para se prosseguir com o julgamento na origem. Ao final, faz-se um paralelo com a legislação brasileira, bem como a situação poderia ser decidida caso os fatos tivessem ocorrido após a vigência da legislação de proteção de dados (tanto RGPD quando LGPD).

Palavras-chave: Proteção de dados; dados pessoais; Tribunal de Justiça da União Europeia.

ABSTRACT

The discussion we propose herein deals with the decision made by the European Supreme Court by the means of a prejudicial referral regarding the interpretation of the 4th and 15th articles of the General Regulations on Data Protection. The prejudicial referral came from the Supreme Court of Eastern Finland where someone-costumer or employee- of a bank had his\her personal data accessed before the opening of the General Regulations on Data Protection. The Court decided that the matters which were sent are necessary to follow up the judgment from its beginning. In the end we compare the legal topics we are analyzing to the Brazilian legislation, in addition we suggest how the situation could have been decided in case these facts had occurred after the opening the General Regulations on Data Protection (GRDP as well as the Brazilian GLDP).

Keywords: Data protection; personal data; European Parliament and the Council of the European Union.

¹ Mestranda na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pós-graduada (especialização) em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdência Social pela Fundação Ministério Público e pós-graduada (especialização) em Direito Público pela Universidade de Caxias do Sul. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Advogada. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/4579363064471999> E-mail: advcamilakarnal@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O acórdão exarado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, referente ao processo nº C-579/21, trata-se de reenvio prejudicial, advindo do Itä-Suomen hallinto-oikeus (Tribunal Administrativo da Finlândia Oriental, Finlândia), tem como objeto a interpretação dos artigos 4º e 15 do Regulamento Geral sobre Proteção de Dados (RGPD). Visto ser uma questão de reenvio prejudicial, significa o Tribunal Administrativo da Finlândia Oriental, ao se deparar com algumas questões jurídicas sobre a correta interpretação do Regulamento, questionou o Tribunal de Justiça da União Europeia a respeito dos artigos 4º e 15 do RGPD.

Na origem, uma pessoa física, J.M., cliente e funcionário de uma instituição financeira, Pankki S, teve, enquanto cliente, diversos de seus dados consultados pelo pessoal do banco do período compreendido entre 1º de novembro de 2013 a 31 de dezembro de 2013. Posteriormente, após ter sido demitido, solicitou, em 28 de maio de 2018, ao seu antigo empregador, que lhe comunicasse a identidade das pessoas que tinham consultado os seus dados de cliente, as datas exatas das consultas e as finalidades do tratamento dos referidos dados, pois tinha dúvidas quanto à licitude dessas consultas.

Em resposta, no dia 30 de agosto de 2018, o Pankki S, na sua qualidade de responsável pelo tratamento na acepção do artigo 4º, ponto 7, do RGPD², recusou comunicar a identidade dos empregados que tinham realizado as operações de consulta com o fundamento de que essas informações constituírem dados pessoais desses empregados. Porém, Pankki S prestou esclarecimentos sobre as operações de consulta efetuadas, sob as suas instruções, pelo seu serviço de auditoria interna. Assim, explicou que um cliente do banco de que J.M. era o gestor de conta era credor de uma pessoa que tinha o mesmo nome patronímico de J.M., pelo que tinha pretendido clarificar se o recorrente no processo principal e o devedor em questão

² Art. 4º, Para efeitos do presente regulamento, entende-se por: [...] 7) «Responsável pelo tratamento», a pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, a agência ou outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outras, determina as finalidades e os meios de tratamento de dados pessoais; sempre que as finalidades e os meios desse tratamento sejam determinados pelo direito da União ou de um Estado-Membro, o responsável pelo tratamento ou os critérios específicos aplicáveis à sua nomeação podem ser previstos pelo direito da União ou de um Estado-Membro;

eram a mesma pessoa e se podia ter havido uma eventual relação de conflito de interesses inadequada. O Pankki S acrescentou que o esclarecimento desta questão exigira que se procedesse ao tratamento dos dados de J.M. e que cada um dos membros do pessoal do banco que procederam ao tratamento desses dados tinha apresentado ao serviço de auditoria interna uma declaração sobre os motivos desse tratamento de dados. Além disso, o banco declarou que essas consultas tinham permitido afastar qualquer suspeita de conflito de interesses relativamente a J.M.

Inconformado, J.M. submeteu o caso ao Tietosuojavaluutetun Toimisto (Gabinete do Supervisor para a Proteção de Dados, Finlândia), a autoridade de controlo na acepção do artigo 4º, ponto 21, do RGPD, requerendo que se ordenasse ao Pankki que lhe transmitisse as informações pedidas. Por Decisão de 4 de agosto de 2020, o Supervisor Adjunto para a Proteção de Dados rejeitou o pedido de J.M. Explicou que o objetivo de tal pedido era permitir-lhe aceder aos ficheiros de registos dos empregados que tinham tratado os seus dados, enquanto, por força da sua prática decisória, tais ficheiros constituem dados pessoais relativos não à pessoa em causa, mas aos empregados que trataram os dados dessa pessoa.

Posteriormente, J.M. interpôs recurso dessa decisão para o órgão jurisdicional de reenvio. Esse órgão jurisdicional recorda que o artigo 15.o do RGPD prevê o direito de o titular dos dados obter do responsável pelo tratamento o acesso aos dados tratados que lhe digam respeito, bem como as informações relativas, nomeadamente, às finalidades do tratamento e aos destinatários dos dados. Interroga-se sobre se a comunicação dos ficheiros de registos gerados por ocasião das operações de tratamento, que contêm tais informações, nomeadamente a identidade dos empregados do responsável pelo tratamento, está abrangida pelo artigo 15.o do RGPD, uma vez que esses ficheiros podem relevar-se necessários para o titular dos dados apreciar a licitude do tratamento de que os seus dados foram objeto.

Nestas condições, o Itä-Suomen hallinto-oikeus (Tribunal Administrativo da Finlândia Oriental, Finlândia) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as algumas questões prejudiciais.

AS QUESTÕES QUE FORAM SUBMETIDAS PARA ANÁLISE

As questões submetidas foram as seguintes:

1) Deve o direito de acesso que assiste ao titular dos dados ao abrigo do artigo 15, nº 1, do RGPD, conjugado com o conceito de "dados pessoais" na aceção do artigo 4º, 1, desse regulamento, ser interpretado no sentido de que as informações recolhidas pelo responsável pelo tratamento das quais resultam a identidade da pessoa que tratou os dados pessoais do titular dos dados, quando e para que efeito, não constituem informações às quais o titular dos dados tenha direito de acesso, em especial por se tratar de dados relativos a trabalhadores do responsável pelo tratamento?

2) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão e se o titular dos dados não tiver, por força do artigo 15, nº 1, do RGPD, direito de acesso às informações referidas naquela questão pelas mesmas não constituírem "dados pessoais" do titular dos dados na aceção do artigo 4º, nº 1, do RGPD, devem ainda, no presente caso, ser tidas em conta as informações às quais o titular dos dados tem direito de acesso nos termos do artigo 15, nº 1, alíneas "a" a "h", do referido regulamento:

a) Como devem ser interpretadas as "finalidades do tratamento dos dados" na aceção do artigo 15, nº 1, alínea "a", do RGPD à luz do alcance do direito de acesso do titular dos dados, ou seja, podem as finalidades do tratamento justificar um direito de acesso aos dados dos registos dos ficheiros dos utilizadores recolhidos pelo responsável pelo tratamento, tais como, por exemplo, informações relativas a dados pessoais da pessoa que procede ao tratamento, ao momento e à finalidade do tratamento dos dados pessoais?

b) Podem as pessoas que procederam ao tratamento dos dados de cliente de J.M. ser, neste contexto, consideradas destinatárias dos dados pessoais na aceção do artigo 15, nº 1, alínea "c", do RGPD, sobre as quais o titular dos dados tem o direito de obter informações?

3) É relevante para o processo que se trate de um banco que exerce uma atividade regulamentada ou que J.M. tenha sido, em simultâneo, trabalhador do banco e cliente do mesmo?

4) É relevante para a apreciação das questões acima colocadas que os dados de J.M. tenham sido tratados antes da entrada em vigor do RGPD?

OS ARGUMENTOS UTILIZADOS PARA A DECISÃO

O Tribunal, em resposta, assim decidiu (nesta ordem abaixo citada):

Quarta questão:

Por força do artigo 99, nº 2, do RGPD, este é aplicável a partir de 25 de maio de 2018. Todavia, resulta igualmente dessa decisão que J.M. apresentou o seu pedido de informações ao Pankki S depois dessa data, a saber, em 29 de maio de 2018, apesar dos dados terem sido objeto de consulta no final do ano de 2013.

A este respeito, há que recordar que as regras processuais são aplicáveis, geralmente, a partir da data em que entram em vigor, diferentemente das regras substantivas que são habitualmente interpretadas no sentido de que só se aplicam a situações surgidas e definitivamente adquiridas antes da sua entrada em vigor na medida em que resulte claramente dos seus termos, da sua finalidade ou da sua sistemática que esse efeito lhes deve ser atribuído.

Constatou-se que a disposição não se refere às condições de licitude do tratamento de que são objeto os dados pessoais do titular dos dados. Com efeito, o artigo 15, nº 1, do RGPD limita-se a especificar o alcance do direito de acesso desse titular aos dados e às informações a que o mesmo se refere. Enquanto regra processual, esta disposição aplica-se aos pedidos de acesso apresentados a partir da data em que este regulamento começou a ser aplicável, como o pedido de J.M.

Nesta senda, definiu-se que se aplica a um pedido de acesso às informações referidas nesta disposição quando as operações de tratamento abrangidas por esse pedido tenham sido efetuadas antes da data em que o referido regulamento começou a ser aplicável, mas o pedido tenha sido apresentado após essa data.

Primeira e segunda questões:

O Tribunal examinou as questões conjuntamente.

Primeiramente, a definição ampla do conceito de dados *pessoais* não abrange apenas os dados recolhidos e conservados pelo responsável pelo tratamento, mas

inclui igualmente todas as informações resultantes de um tratamento de dados pessoais que digam respeito a uma pessoa identificada ou identificável.

Em segundo lugar, no que respeita ao conceito de *tratamento*, conforme definido no artigo 4º, ponto 2, do RGPD, há que declarar que, com a utilização da expressão *uma operação*, o legislador da União pretendeu dar a este conceito um alcance amplo ao recorrer a uma enumeração não exaustiva de operações efetuadas sobre dados pessoais ou conjuntos de dados pessoais, que abrangem, entre outros, a recolha, o registo, a conservação ou ainda a consulta.

Em terceiro lugar, o artigo 4º, ponto 9, do RGPD precisa que, por *destinatário*, se deve entender *uma pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, agência ou outro organismo que recebem comunicações de dados pessoais, independentemente de se tratar ou não de um terceiro*.

Em caso semelhante, o Tribunal de Justiça declarou que o titular dos dados tem o direito de obter do responsável pelo tratamento informações sobre os destinatários concretos a quem os dados pessoais que lhe digam respeito foram ou serão divulgados³.

No que respeita, em seguida, ao contexto em que se inscreve o artigo 15, nº 1, do RGPD, importa recordar, em primeiro lugar, que o considerando 63 deste regulamento prevê que cada titular de dados deverá ter o direito de conhecer e ser informado, nomeadamente, das finalidades para as quais os dados pessoais são tratados, quando possível do período durante o qual os dados são tratados e da identidade dos destinatários dos dados pessoais.

Em segundo lugar, o considerando 60 do RGPD enuncia que os princípios do tratamento equitativo e transparente exigem que o titular dos dados seja informado da operação de tratamento de dados e das suas finalidades, sublinhando-se que o responsável pelo tratamento deverá fornecer ao titular as informações adicionais necessárias para assegurar um tratamento equitativo e transparente tendo em conta as circunstâncias e o contexto específicos em que os dados pessoais forem tratados. Por outro lado, em conformidade com o princípio da transparência, mencionado pelo órgão jurisdicional de reenvio, ao qual o considerando 58 do RGPD

³ Acórdão de 12 de janeiro de 2023, Österreichische Post (Informações relativas aos destinatários de dados pessoais), C-154/21, EU:C:2023:3, nº 46.

faz referência e que é expressamente consagrado no artigo 12, nº 1, deste regulamento, qualquer informação destinada ao titular dos dados deve ser concisa, de fácil acesso e compreensão, bem como formulada numa linguagem clara e simples.

No que respeita, mais especificamente, à comunicação de todas estas informações através do fornecimento dos ficheiros de registos relativos às operações de tratamento em causa no processo principal, há que salientar que o artigo 15, nº 3, primeiro período, do RGPD enuncia que o responsável pelo tratamento *fornece uma cópia dos dados pessoais em fase de tratamento*.

No caso em apreço, como salientou o advogado-geral nos nº 88 a 90 das suas conclusões, os ficheiros de registos, que contêm as informações solicitadas por J.M., correspondem a registos de atividades, na acepção do artigo 30 do RGPD. Deve considerar-se que estão abrangidos pelas medidas, mencionadas no considerando 74 deste regulamento, executadas pelo responsável pelo tratamento para efeitos de demonstrar a conformidade das atividades de tratamento com o referido regulamento. O artigo 30, nº 4, do mesmo regulamento especifica, em especial, que devem ser disponibilizados, a pedido, à autoridade de controle.

No caso em apreço, resulta da decisão de reenvio que as pessoas que procederam às operações de consulta em causa no processo principal são empregados do Pankki S que agiram sob a sua autoridade e em conformidade com as suas instruções. Embora resulte do artigo 15, nº 1, alínea "c", do RGPD que o titular dos dados tem o direito de obter do responsável pelo tratamento as informações relativas aos destinatários ou categorias de destinatários a quem os dados pessoais foram ou serão divulgados, os empregados do responsável pelo tratamento não podem ser considerados «destinatários» na acepção do artigo 15, nº 1, alínea c), do RGPD.

No entanto, primeiro, resulta da decisão de reenvio que as informações que figuram em ficheiros de registos, como os que estão em causa no processo principal, permitem identificar os empregados que realizaram as operações de tratamento e contêm dados pessoais desses empregados na acepção do artigo 4.º, ponto 1, do RGPD.

A este respeito, importa recordar que, no que respeita ao direito de acesso previsto no artigo 15 do RGPD, o considerando 63 deste regulamento especifica que esse direito não deverá prejudicar os direitos ou as liberdades de terceiros.

Ora, mesmo admitindo que a comunicação das informações relativas à identidade dos empregados do responsável pelo tratamento ao titular dos dados objeto de tratamento seja necessária para este último se certificar da licitude do tratamento dos seus dados pessoais, esta comunicação é, no entanto, suscetível de violar os direitos e as liberdades desses empregados.

Nestas circunstâncias, se o titular dos dados considerar que as informações comunicadas pelo responsável pelo tratamento são insuficientes para lhe permitir dissipar as dúvidas que tem quanto à licitude do tratamento de que foram objeto os seus dados pessoais, dispõe, com base no artigo 77, nº 1, do RGPD, do direito de apresentar uma reclamação à autoridade de controlo, a qual dispõe do poder, por força do artigo 58, nº 1, alínea "a", deste regulamento, de ordenar que o responsável pelo tratamento lhe forneça as informações de que necessite para examinar a reclamação do titular dos dados.

Desta forma, definiu-se que as informações relativas a operações de consulta dos dados pessoais de um titular, sobre as datas e as finalidades dessas operações, constituem informações que esse titular tem o direito de obter do responsável pelo tratamento ao abrigo desta disposição. Em contrapartida, a referida disposição não consagra esse direito no que respeita às informações relativas à identidade dos empregados do referido responsável que procederam a essas operações sob a sua autoridade e em conformidade com as suas instruções, a menos que essas informações sejam indispensáveis para permitir ao titular dos dados exercer efetivamente os direitos que lhe são conferidos por este regulamento e desde que sejam tidos em conta os direitos e as liberdades desses empregados.

Terceira questão:

O Tribunal não se debruçou muito sobre este ponto. Sucintamente, assim decidiu.

No que respeita, por outro lado, à circunstância de J.M. ter sido simultaneamente cliente e empregado do Pankki S, importa salientar que, tendo em conta não só os objetivos do RGPD mas também o alcance do direito de acesso de

que beneficia o titular dos dados, conforme recordados nos nº 49 e 55 a 59 do presente acórdão, o contexto em que esse titular pede o acesso às informações referidas no artigo 15, nº 1, do RGPD não pode exercer nenhum impacto no alcance desse direito.

Assim, definiu-se que a circunstância de o responsável pelo tratamento exercer uma atividade bancária no âmbito de uma missão regulamentada e de o titular cujos dados pessoais foram tratados na sua qualidade de cliente do responsável pelo tratamento ter sido igualmente empregado desse responsável não tem, em princípio, impacto no alcance do direito de que esse titular beneficia ao abrigo desta disposição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A decisão do Tribunal sobre a interpretação do RGPD parece correta quanto às primeira, segunda e quarta questões. Discordo, contudo, quando ao terceiro questionamento, a partir da realidade brasileira.

Questões 1 e 2: A decisão sobre estas questões, o TJUE valeu-se dos princípios que regem o RGPD. À luz do cenário brasileiro, encontraríamos resposta similar, nos termos do art. 6º da LGPD.

Veja-se que a instituição financeira não negou acesso total aos dados solicitados por J.M. (o que configuraria violação aos seus direitos), apenas parte, pois violaria direitos de terceiro. O acesso aos dados do então cliente e funcionário do banco teve um propósito específico e por um lapso temporal razoavelmente curto, e que foi fornecido ao autor *a posterior*, quando da sua solicitação. Percebe-se que os funcionários da instituição financeira não agiram em nome próprio, e sim representando a empresa.

Ainda, nos termos do art. 932, III, do Código Civil Brasileiro, o empregador ou comitente é responsável pelos atos de seus empregados no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele. Logo, o banco Pankki S é quem era o operador de dados pessoais, e não os empregados que lá laboram, e este deveria ser responsabilizado em caso de eventual violação de direitos.

Questão 3: O Tribunal entendeu que o fato de a pessoa que teve seus dados acessados, além de cliente era também funcionário da instituição financeira, não era relevante para a decisão. Todavia, o caso concreto deve sempre ser levado em consideração.

O ambiente corporativo é arena para várias desavenças sociais, às vezes estimulada pela própria empresa. Apesar de não constar tais informações no acórdão, possivelmente o que a parte autora, J.M., enfrentou, no seu cotidiano laboral foram comentários indesejados de colegas de trabalho, os quais tiverem acesso aos seus dados pessoais, e que deveriam manter sigilo a respeito. Não obstante tais informações podem não ter sido vazadas, dentro da instituição financeira a situação pode ter ficado constrangedora para J.M.

Enquanto instituição bancária, os responsáveis pelo tratamento de dados têm acesso às informações financeiras, as quais se referem a um ponto sensível da vida das pessoas. No Brasil, o sigilo fiscal e financeiro está protegido por diversas legislações, as quais só podem ser "quebradas" por ordem judicial⁴.

Desta forma, o acesso a tais dados por colegas de trabalho deveria ser levado em consideração para a tomada de decisão.

Questão 4: Vê-se que o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu de forma que mesmo que os fatos tenham ocorrido antes da vigência do RGPD, o pedido formulado ocorreu posteriormente, razão pela qual insurge a norma. Utilizando-se como paralelo a legislação brasileira sobre o assunto, possivelmente tal situação também seria definida de igual forma, haja vista o art. 14 do Código de Processo Civil⁵, apesar dos prazos previstos no artigo 65 da Lei nº 13.709/2018⁶ para a entrada em vigor da LGPD.

Por fim, veja-se que a situação vivida por J.M. poderia ser diversa, se os dados aos quais à instituição financeira teve acesso, tivessem ocorrido após a entrada em

⁴ Art. 1º, §4º, LC 105/2001.

⁵ Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

⁶ Art. 65. Esta Lei entra em vigor: I - dia 28 de dezembro de 2018, quanto aos arts. 55-A, 55-B, 55-C, 55-D, 55-E, 55-F, 55-G, 55-H, 55-I, 55-J, 55-K, 55-L, 58-A e 58-B; e I-A - dia 1º de agosto de 2021, quanto aos arts. 52, 53 e 54; II - 24 (vinte e quatro) meses após a data de sua publicação, quanto aos demais artigos.

vigor do RGPD, principalmente no ponto quanto ao consentimento de dados. A partir do consentimento informado, o controlador dos dados pessoais terá o direito de realizar o tratamento daqueles dados para a finalidade específica autorizada de modo inequívoco pelo titular (FATTORI, 2021).

Assim, no momento em que J.M. tomou conhecimento acerca do acesso aos seus dados pela instituição financeira, utilizando-se a LGPD, com base no art. 18, o louvável direito do titular de obter informação junto ao controlador dos dados, sobre os tratamentos por ele realizados e, a partir das informações apresentadas, realizar pedidos de, por exemplo, correção, anonimização, bloqueio de uso e aquilo que interessa ao objeto do presente estudo: a eliminação dos dados pessoais obtidos por meio de consentimento (FATTORI, 2021).

REFERÊNCIAS

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*. Redação dada pela Lei no 13.853, de 2019. Brasília, Diário Oficial da União, 15 de agosto de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm Acesso em 15 nov. 2023.

FATTORI, Marcelo Augusto. Questões pertinentes ao direito de Acesso do Titular dos Dados Pessoais: Prazos e Meios para o seu Exercício em Situação de Crise. In: *ANPD e LGPD: desafios e perspectivas*. Cíntia Rosa Pereira de Lima (coord.). São Paulo: Almedina, 2021, p. 251-262.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; ROGDRIGUES JR., Otavio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang. *Tratado De Proteção De Dados Pessoais*. Rio De Janeiro: Forense, 2021. Web.

LONGHI, João Victor Rozatti; BARBOSA, Caio César do Nascimento; BASAN, Arthur Pinheiro; BORGES, Gabriel Oliveira de Aguiar; BRESSLER, Cláudia; COLOMBO, Cristiano, DANTAS BISNETO, Cícero; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison Do Rêgo; TRANQUILLINI NETO, Aristides. *Proteção De Dados Pessoais Na Sociedade Da Informação*. Editora Foco, 2021. Web.

Sarlet, Ingo Wolfgang. *Inteligência Artificial, Proteção de Dados Pessoais e Responsabilidade na Era Digital*. São Paulo: Saraiva Jur, 2022. Web.

3. ANÁLISE AO JULGAMENTO DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2.130.619-SP, PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, RELATIVO À INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DIANTE DO VAZAMENTO DE DADOS PESSOAIS

ANALYSIS OF THE JUDGEMENT OF THE APPEAL IN SPECIAL APPEAL Nº 2.130.619-SP BY THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE, RELATING TO COMPENSATION FOR MORAL DAMAGES DUE TO THE LEAK OF PERSONAL DATA



<https://doi.org/10.36592/9786554601542-03>

Fernanda Linden Ruaro Peringer¹

RESUMO

O presente artigo visa inicialmente tecer algumas considerações sobre o julgamento do Agravo em Recurso Especial no Superior Tribunal de Justiça que versa sobre ação de indenização por danos morais diante do vazamento de dados pessoais. Posteriormente, serão tecidas algumas considerações acerca da classificação de dado pessoal e dado pessoal sensível, bem como sobre a construção de uma dogmática jurídica do direito fundamental à proteção de dados no Brasil a partir da sua sedimentação na União Europeia, uma vez que teve forte influência em nosso ordenamento jurídico. Ao final, será realizada uma análise crítica sobre o julgado.

Palavras-chave: Agravo em Recurso Especial; Lei Geral de Proteção de dados; direitos Fundamentais; privacidade.

ABSTRACT

This article initially aims to make some considerations about the judgment of the Interlocutory Appeal in the Superior Court of Justice, which deals with an action for compensation for moral damages in the face of the leakage of personal data. Subsequently, some considerations will be made about the classification of personal data and sensitive personal data, as well as about the construction of a legal dogma of the fundamental right to data protection in Brazil from its sedimentation in the European Union, since it had a strong influence on our legal system. At the end, a critical analysis of the judgment will be carried out.

¹ Advogada e Professora de Direito. Doutoranda e Mestre em Direito pela PUCRS (2022). Bolsista Capes. Sócia do Escritório Regina Ruaro Advogados Associados. Ênfase nas áreas de Direito Digital e Proteção de Dados Pessoais, Direito Empresarial, Civil e Administrativo. Pesquisadora na área de Direito, Ciência, Tecnologia & Inovação (PUCRS). Integrante do Grupo de Estudos Pesquisa, Empresa e Desenvolvimento Econômico e Social na PUCRS. Integrante do Grupo de Pesquisa Proteção de Dados Pessoais na PUCRS. Especialista em Direito Público pela PUCRS (2012). Graduada pela Escola de Direito da PUCRS (2007). Membro do Grupo da Comissão Especial de Proteção de Dados Pessoais da OAB/RS. Membro da Comissão de Mediação da OAB/RS (2017/2018). Integrante do Grupo do PPGD/Escola de Direito da PUCRS no Projeto Hangar (criação *startup* jurídica - 2022). Integrante do Grupo de Pesquisa do PPGD/PUCRS: As cidades inteligentes e o tratamento de dados pessoais dos cidadãos. Lattes: <https://lattes.cnpq.br/0024967764963913>; E-mail: fernanda@ruaro.adv.br.

Key-words: Interlocutory Appeal in Special Appeal; General Data Protection Law; fundamental rights; privacy.

INTRODUÇÃO

O presente estudo visa analisar a posição do Superior Tribunal de Justiça – STJ, no julgamento do Agravo em Recurso Especial n.º 2.130.619-SP (2022/0152262-2), sob a relatoria do Ministro Francisco Falcão. O recurso versa sobre ação de indenização ajuizada por Maria Edite de Souza contra a concessionária de energia elétrica, Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S.A - ENEL, objetivando a reparação pecuniária por danos morais decorrentes do vazamento e acesso por terceiros de seus dados pessoais.

Inicialmente, é importante contextualizar para melhor compreensão do caso que aqui se propôs a estudar, que a sentença de primeiro grau julgou improcedente a ação. No entanto, em recurso de apelação o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, reformulou a decisão condenando a concessionária ao pagamento da indenização pleiteada sob o fundamento de que a ação versa sobre dados pessoais de pessoa idosa. Posteriormente, em sede de Agravo em Recurso Especial a Segunda Turma do STJ decidiu, por unanimidade, conhecer do agravo para conhecer em parte do recurso especial destacando que não se presumem automaticamente danos morais em incidentes de dados pessoais não sensíveis.

Desta forma, o presente estudo subdivide-se em três seções. Na primeira parte apresenta-se o caso; na segunda, será traçado um breve panorama sobre a distinção de dados pessoais e de dados pessoais sensíveis; e, por fim, na terceira parte realizar-se-á uma análise crítica do julgado.

Por fim, para atingir os objetivos a que se propõe o presente estudo, acolheu-se ao método de abordagem dialético por meio de revisão bibliográfica acerca do tema além de análises doutrinárias que apresentem discussões acerca do caso concreto. Desse modo, além de discorrer sobre o julgado do STJ, o presente trabalho está fundado em estudos que versam sobre a proteção de dados pessoais de natureza comuns e de dados pessoais sensíveis. Assim, a divisão das seções obedece à linha de raciocínio característica do método dialético.

CONTEXTUALIZAÇÃO DO CASO CONCRETO: AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL

Inicialmente, torna-se necessário ressaltar que o julgamento do Agravo em Recurso Especial ocorreu em 7 de março de 2023, onde a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça estabeleceu importantes precedentes para a discussão sobre a caracterização ou não de dano moral em decorrência de incidentes de vazamento de dados pessoais, conforme o que estabelece a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Assim, a presente decisão elencou pontos importantes que serão analisados a seguir.

Trata-se, na origem, de ação de indenização ajuizada por pessoa idosa contra a concessionária de energia elétrica - Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S/A – ENEL - onde em decorrência de tal vazamento, a parte pleiteou indenização por danos morais em face do vazamento e acesso de seus dados pessoais por terceiros. Os dados que teriam sido comprometidos são o seu nome completo, RG, gênero, data de nascimento e idade, bem como o seu telefone fixo, telefone celular e endereço, além de dados relativos ao contrato de fornecimento de energia elétrica celebrado, dentre eles a carga instalada, o consumo estimado e o tipo de instalação e leitura de consumo.

Alegou a parte autora, Maria Edite de Souza, que todos os seus dados contratuais e pessoais estavam sob o poder e sigilo da concessionária, porém foram acessados e posteriormente compartilhados, mediante pagamento com um número indeterminado de pessoas (estranhas à relação comercial), expondo-a a potencial perigo de fraude e incômodos, pleiteando a indenização por danos morais no importe de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Em que pese a sentença de primeiro grau tenha julgado os pedidos improcedentes, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP) reformulou a decisão condenando a concessionária – ENEL, ao pagamento da indenização de danos morais no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), sob o fundamento de que o caso versava sobre o vazamento de dados pessoais de pessoa idosa, conforme trecho colacionado nos autos:

Ação indenizatória por danos morais. Prestação de serviços. Energia elétrica. "Vazamento" de dados pessoais da autora. R. sentença de improcedência, com apelo só da consumidora/acionante. Plena aplicação do CDC. Inversão do ônus probatório. Vazamento de dados reservados da consumidora, que configura falha na prestação de serviços. Dados que deveriam ter a privacidade garantida. Indicados os danos morais. Dá-se provimento ao recurso da requerente (STJ, 2022, AREsp 2130619/SP).

Inconformada com a decisão proferida pelo TJ/SP, a concessionária opôs embargos de declaração que foram rejeitados, levando-a posteriormente a interpor o Recurso Especial com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, alegou violação aos artigos 489, § 1º, inciso IV, e 1.022, inciso II, do CPC/2015, diante da omissão no acórdão recorrido, uma vez que não poderia referido acórdão ter-se baseado tão-somente no Código de defesa do Consumidor (CDC), mas, também e sobretudo, na LGPD, tendo em vista que é a normativa que versa sobre a matéria enfrentada na lide.

Com efeito, a concessionária aduziu a negativa de vigência aos artigos 42, 43, incisos II e III, 46 e 48, da LGPD, bem como aos artigos 14, § 3º, do CDC, em razão da comprovada postura por parte da empresa quanto à segurança destinada aos dados pessoais que estavam sob a sua responsabilidade. Referiu também que o vazamento de tais dados pessoais ocorreu por ação de terceiro (estranho à relação comercial), o que justificaria por si só a excludente de responsabilidade.

A recorrente alegou ainda que o TJ/SP equivocou-se ao compreender que os dados pessoais vazados pertencem à categoria de dados sensíveis, tendo em vista que tais dados são considerados básicos de qualificação de qualquer cidadão e que, muitas vezes, são fornecidos pelas próprias pessoas em suas mais variadas e simples operações diárias da vida civil, "tanto assim que podem ser encontrados nos próprios autos, os quais, por opção da recorrida, não foram acobertados pelo segredo de justiça, já que não houve pedido nesse sentido" (STJ, 2022, AREsp 2130619/SP).

Não obstante, sustentou ofensa aos artigos 186, 884, 927, e 944, do CC/2002, bem como ao artigo 42, caput, da LGPD, referindo não ser caso de indenização por danos morais evento incerto futuro, como no presente caso. Ou seja, o vazamento de dados pessoais, por si só, não pode causar lesão à esfera íntima da pessoa humana.

Por fim, suscitou dissídio jurisprudencial entre a decisão recorrida e os julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina/SC e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul/RS, conexos com a lide, afirmando que tais tribunais entenderam que dados comuns fornecidos nas mais diversas relações cotidianas não podem ser considerados como dados pessoais sensíveis. Em que pese não tenham sido apresentadas contrarrazões, o Tribunal de origem inadmitiu o recurso especial, levando a concessionária a interpor o presente Agravo em Recurso Especial. Nesse sentido, a Segunda Turma do STJ entendeu, ao final, que “incidentes de privacidade envolvendo dados pessoais não sensíveis não geram danos morais presumidos de forma automática” (STJ, 2022, AREsp 2130619/SP).

Traçada esta breve contextualização acerca dos fatos que embasaram o presente estudo, é de salutar importância, num segundo momento, contextualizar as normas insculpidas na LGPD. Assim, posteriormente, será necessário distinguir os dados pessoais comuns de dados pessoais sensíveis, conforme os preceitos estabelecidos em referida normativa.

LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: CLASSIFICAÇÃO DE DADO PESSOAL E DE DADO PESSOAL SENSÍVEL

O marco histórico fundamental do conceito de privacidade em um direito fundamental e de personalidade – arts. 26 CRP e 80º CC, ocorreu no século XIX, em 1890, com a publicação do artigo “The Right to Privacy”, escrito por Warren e Brandeis na Harvard Law Review (GOMES, 2006, p. 23). Um dos grandes avanços e destaques de referido estudo foi transpor a privacidade para os direitos pessoais, uma vez que anteriormente encontrava-se na seara dos direitos reais (ABRIL, 2014, p. 08-09). O texto tornou-se paradigmático por ter possibilitado, a partir de precedentes da tradição *common law*², a identificação de um direito de privacidade de natureza pessoal independentemente da estrutura da propriedade (RUARO, 2013, p. 161-178).

² Ressalta-se que o modelo da *Common Law* é “baseado em precedentes – regras jurisprudenciais referidas como *unwritten law*, embora o conjunto desses possa ocupar livrarias inteiras, fundado no princípio denominado *stare decisis* (*to stand by that which is decided*), que prevalece. Isso quer dizer que os juízes norte-americanos se pautam por suas próprias decisões ou em decisões de juízes hierarquicamente superiores, chamadas de precedentes (*rules of precedent*). Em resumo, pode-se

Já no contexto do direito brasileiro, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, (Lei n.º 13.709/2018) (BRASIL, 2018) está alicerçada em princípios básicos no que tange ao direito à privacidade e a não violação da privacidade, bem como à liberdade de expressão e aos direitos humanos (BERNASIUK, 2021). Assim sendo, do mesmo modo que o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (RGPD), a legislação brasileira baseia-se no princípio do consentimento, onde o titular dos dados pessoais deve ser informado sobre a finalidade pela qual os seus dados serão utilizados, bem como estar de acordo com a utilização deles.

Oportuno referir que a LGPD se inspira também no RGPD, notadamente à definição dos responsáveis pelo tratamento dos dados pessoais, ficando àqueles encarregados de responder por eventuais solicitações de cunho pessoal ou governamental. Além do aspecto técnico, as responsabilidades estendem-se às ações educativas entre colaboradores da organização e a supervisão de riscos (PELOSO PIURCOSKY, 2019, p. 89-99).

Insta salientar que a inclusão da proteção de dados pessoais no texto constitucional por meio da promulgação da Emenda Constitucional n.º 115/2022, inserindo no artigo 5º, inciso LXXIX, o direito fundamental à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, reforçou a necessidade do fiel cumprimento à normativa (BRASIL, 2022).³

Nesse sentido, alinhando-se à maior parte das legislações sobre a matéria, o conceito de dado pessoal é compreendido na LGPD de maneira ampliada (teoria expansionista). Sempre será possível, no entanto, proceder a anonimização dos dados, o que, se realizado com êxito, afasta a incidência da legislação. De toda sorte, o que caracteriza um dado como pessoal é a relação a partir de uma análise contextual, bem como o uso e a qualidade da tecnologia empregada.

afirmar que, pelo sistema de precedentes, decisões proferidas em casos anteriores que guardem semelhança com casos atuais devem ser repetidas. Atualmente, os juízes norte-americanos já não se sentem mais vinculados a essas decisões prévias, podendo (senão que deva fazê-lo) adequá-la ao caso concreto. Nesse contexto, os *leading cases* não seriam nada mais do que uma decisão ou julgamento (de última instância) que serve, no sistema da *Common Law*, de paradigma para outras decisões em determinada área do direito" (RUARO; MACEDO; BUBLITZ, 2013, p. 169).

³ Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais.

No que compete à classificação de dado pessoal sensível insta salientar que o inciso II do artigo 5º, da LGPD, é bastante claro, uma vez que é “dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”. Já em seu inciso I define dado pessoal de uso comum toda a informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável (BRASIL, 2018). Insere-se ainda dentro do escopo da LGPD, que “tem como objetivo a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural” (FLEMING, 2021).

Percebe-se pelas definições apresentadas que há grande distinção entre dado pessoal comum e dado pessoal sensível, uma vez que o dado pessoal sensível tem potencial risco de discriminação. Não obstante, é cediço que a proteção dos dados pessoais é um direito fundamental e a fundamentalidade desse direito se interrelaciona intrinsecamente com a proteção da dignidade da pessoa humana. Sobre o tema referem as autoras Regina Linden Ruaro e Gabrielle Sales Sarlet:

No que toca aos dados sensíveis, reafirma-se a exigência de uma proteção especial alicerçada no princípio da dignidade da pessoa humana, cuja fundamentalidade ainda radica e sustenta a própria ideia contemporânea de democracia e o atual molde de Estado de Direito (RUARO e SARLET, 2021, p. 196).

Desta forma, o livre desenvolvimento da personalidade, corolário da dignidade da pessoa humana, é o supedâneo da proteção ao tratamento dos dados pessoais, proteção essa potencializada diante dos dados pessoais sensíveis:

Mas, possivelmente, o fundamento constitucional direto mais próximo de um direito fundamental à proteção de dados seja mesmo o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, radicado diretamente no princípio da dignidade da pessoa humana e no direito geral de liberdade, o qual também assume a condição de uma cláusula geral de proteção de todas as dimensões da personalidade humana, que, de acordo com tradição jurídica já consolidada no direito constitucional estrangeiro e no direito internacional (universal e regional) dos direitos humanos, inclui o (mas não se limita ao!) direito à livre disposição sobre os dados pessoais, o assim designado direito à livre autodeterminação

informativa (SARLET, 2020, p. 185).

Nessa toada, um dos elementos preponderantes que vem sendo recorrentemente mencionados na doutrina é o caráter de perenidade e perpetuidade dos dados pessoais sensíveis. Assim sendo, muito mais do que se trabalhar o rol fixado pelo legislador na LGPD, o conceito de dado pessoal sensível se entrelaça com os riscos sobre o seu uso de maneira equivocada, acarretando o perigo da irreversibilidade em desvios da finalidade precípua de sua coleta, e conseqüentemente o prejuízo *ad aeternum* que pode representar aos seus titulares, uma vez que intrinsecamente vinculados à sua personalidade e à própria essência do seu ser.

Assim, diante dos prejuízos que porventura poderão ocasionar, os dados pessoais sensíveis são merecedores de tratamento mais pormenorizado e, além disso, “o adjetivo ‘sensíveis’ advém da proteção especial que carece o manejo de tal espécie de informação. Contudo, mais importante do que as informações que revelam é o fim a que atendem” (LONGHI, 2020, p. 97), registrando que “eventual incidente de segurança com esses tipos de dados pode trazer conseqüências mais gravosas aos direitos e liberdades dos titulares” (FLEMING, 2021), reiterando-se que a má utilização de tais dados poderá ser utilizada para fins discriminatórios:

Fala-se em dados pessoais sensíveis aqueles que poderiam de alguma forma gerar discriminação, como, por exemplo: origem racial, opiniões políticas, opção religiosa, dados de saúde, opção sexual, biometria, dentre outros. Dados como a íris, a voz ou a digital de uma pessoa também são considerados dados sensíveis, na medida em que, se vazados, poderão causar danos ao titular pelo resto da vida, ante a impossibilidade de se dissociar esses dados do seu titular (TEIXEIRA, 2022, p. 26).

Diante desse contexto, percebe-se que os dados pessoais objeto da presente lide não podem ser identificados como sensíveis, uma vez que não correspondem à classificação mencionada no inciso II, do artigo 5º, da legislação retro mencionada. Nesse sentido, acerca do caso em comento, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, indicou que o catálogo dos dados pessoais sensíveis é taxativo (STJ, 2022, AREsp 2130619/SP), destacando que “o conceito de dado pessoal sensível em

razão de sua especialidade e das diversas restrições impostas ao seu tratamento é taxativo." (FLEMING, 2021). Para fins de dano moral, o STJ assentou:

O vazamento de dados pessoais, a despeito de se tratar de falha indesejável no tratamento de dados de pessoa natural por pessoa jurídica, não tem o condão, por si só, de gerar dano moral indenizável. Ou seja, o dano moral não é presumido, sendo necessário que o titular dos dados comprove eventual dano decorrente da exposição dessas informações. Diferente seria se, de fato, estivéssemos diante de vazamento de dados sensíveis, que dizem respeito à intimidade da pessoa natural (STJ, 2022, AREsp 2130619/SP).

Percebe-se, mesmo que incipientemente que o STJ tenciona circunscrever as hipóteses geradoras de dano moral em decorrência de vazamento de dados. Giza-se que os casos de vazamento de dados pessoais está se tornando mais comuns, sejam eles de natureza sensível, diante do uso inadequado e da transmissão de dados na sociedade tecnológica, onde a sua consectária judicialização acabará acompanhando esse crescimento.

Nesse diapasão, aventa-se que os tribunais nacionais tenderão a fixar parâmetros para a responsabilização dos agentes de tratamento dos dados pessoais (controlador e operador de dados) com o fito de evitar um alastramento de ações intentando reparações de ordem pecuniária. Assim, o acórdão do STJ, que será analisado posteriormente, demonstra que o vazamento de dado pessoal, por si só, não é condição de indenização por dano moral, contudo, garantiu aquela Corte uma construção inicial no sentido de dano *in re ipsa* atrelado aos dados pessoais sensíveis.

Desse modo, cabe tecer uma breve reflexão sobre a forma mais adequada de apurar a responsabilização pelo mau uso dos dados pessoais sensíveis que não pela perspectiva restritivamente econômica, buscando averiguar os critérios não só do dimensionamento do dano, mas também da sua consequência. Oportuno referir nesse momento, a obra de Anderson Schreiber (SCHREIBER, 2013) acerca dos novos paradigmas da responsabilidade civil, estendendo-se aos danos decorrentes de vazamento de dados pessoais. Com efeito, surge então o questionamento sobre como arbitrar uma indenização por vazamento sob a ótica da dor ou do sofrimento,

corriqueiramente incluídos como intrínsecos ao dano moral. Sob essa ótica refere-se que:

A afirmação do caráter *in re ipsa* vem quase sempre vinculada a uma definição consequencialíssima de dano moral, muito frequentemente invocada a partir da sua associação com a dor ou o sofrimento. Sob esta ótica, parece mesmo óbvio que a prova do dano deve ser dispensada [...] A verdade, no entanto, é que a dor não define, nem configura elemento hábil à definição ontológica do dano moral. Como já demonstrado, trata-se de uma mera consequência, eventual, da lesão à personalidade e que, por isso mesmo, mostra-se irrelevante à sua configuração (SCHREIBER, 2013, p. 204-205).

Como visto, a necessidade de uma lei específica sobre proteção dos dados pessoais decorre da forma como está sustentado o modelo atual de negócios da sociedade digital, na qual a informação passou a ser a principal moeda de troca utilizada pelos usuários para ter acesso a determinados bens, serviços ou conveniências. Assim, tem-se que o fundamento do respeito à privacidade apresentado no inciso I, do art. 2º da LGPD, se presta a estabelecer que todas as operações de tratamento de dados pessoais no Brasil devem ter como fundamento a proteção e a segurança da privacidade e da intimidade dos titulares dos dados pessoais, sem que para isso, contudo, se sacrifiquem outros princípios importantes também previstos na normativa. Do ponto de vista prático, é importante que as empresas passem a adotar medidas, de preferência auditáveis, que transpareçam a preocupação com a privacidade do titular de dados pessoais.

ANÁLISE CRÍTICA DO JULGADO

Inicialmente, cumpre assinalar que Ministro Relator fez ponderações acerca da indicada violação aos artigos 489 e 1.022 do CPC/2015, referindo que não restou vislumbrada a pertinência alegada pela recorrente. Aludiu também que em sede de recurso o julgador proferiu decisão fundamentada, bem como dirimiu a controvérsia tal qual lhe fora apresentada, suscitando estar evidente que a irresignação da recorrente se limita ao fato dela estar diante de decisão contrária aos seus interesses pessoais.

Quanto à alegação de ofensa aos artigos 42, 43, incisos II e III, 46 e 48, da LGPD, e ao artigo 14, §3º, do CDC asseverou que “vinculados à tese de culpa exclusiva de terceiro pelo compartilhamento de informações pessoais e contratuais da recorrida” (STJ, 2022, AREsp 2130619/SP), constatando que o Tribunal *a quo*, em nenhum algum, abordou sobre a matéria definida nos dispositivos legais anteriormente mencionados. Por fim, assentou sobre a incidência da Súmula n. 211/STJ⁴, referindo ainda que:

In casu, não há falar em prequestionamento ficto, previsão do art. 1.025 do CPC/2015, isso porque, em conformidade com a jurisprudência do STJ, para sua incidência deve a parte, nas razões recursais, indicar/alegar explicitamente a violação do art. 1022 do CPC/2015, de modo a permitir sanar eventual omissão através de novo julgamento dos embargos de declaração, ou a análise da matéria tida por omissa diretamente por esta Corte, providência não realizada no presente caso (STJ, 2022, AREsp 2130619/SP).

Entendeu, portanto, o Ministro Relator assistir razão à recorrente quanto a ofensa ao artigo 5º, II, da LGPD, uma vez que tal dispositivo elenca rol taxativo acerca da classificação do que seriam os dados pessoais sensíveis e, assim, diante da condição da classificação apresentada merecem tratamento diferenciado, conforme previsão no artigo 11, da LGPD. Em que pese a lide versar sobre vazamento de dados, informou o Ministro Relator que o Tribunal de origem entendeu por classificá-los como dados sensíveis, no entanto, ao especificá-los apontou somente dados de natureza comum, ou seja, de cunho pessoal. Logo, não há como considerá-los de foro íntimo (dados sensíveis), pois aqueles dados são passíveis apenas de identificação da pessoa natural.

Não obstante, o Ministro relator decidiu por julgar parcialmente procedente o recurso especial, no tocante a tese defendida pela recorrida de que não é possível indenizar por dano moral o vazamento de dados informados corriqueiramente em diversas situações do dia a dia, porquanto a lide versa sobre inconveniente exposição de dados pessoais de natureza comuns, estando desacompanhados da comprovação de danos, ressaltando que:

⁴ Súmula 211 do STJ: Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*.

O vazamento de dados pessoais, a despeito de se tratar de falha indesejável no tratamento de dados de pessoa natural por pessoa jurídica, não tem o condão, por si só, de gerar dano moral indenizável. Ou seja, o dano moral não é presumido, sendo necessário que o titular dos dados comprove eventual dano decorrente da exposição dessas informações. Diferente seria se, de fato, estivéssemos diante de vazamento de dados sensíveis, que dizem respeito à intimidade da pessoa natural (STJ, 2022, AREsp 2130619/SP).

Pois bem, como não é o propósito deste estudo reproduzir apenas os termos da decisão, passa-se a seguir à análise dos principais fundamentos da decisão, quais sejam: (i) a ausência de presunção de dano moral pela simples ocorrência de incidente de privacidade, e (ii) a ausência de dados pessoais sensíveis, cuja presença poderia resultar na presunção do dano moral por conta do entendimento do STJ de que tais dados têm características de intimidade do titular dos dados.

Nesse sentido, cumpre elucidar que a decisão utilizou fundamentos que poderão ser aplicados futuramente em precedentes que versem sobre as mesmas circunstâncias do caso em comento, ou seja: (i) a ocorrência de um incidente de vazamento de dados pessoais; (ii) o vazamento de dados pessoais não sensíveis, ou seja, de natureza comuns do nosso cotidiano (art. 5º, I, LGPD); e (iii) pedido e discussão sobre a caracterização ou não de dados pessoais presumidos ou *in re ipsa*.

Importante consignar que o descumprimento aos preceitos insculpidos na LGPD pode resultar em danos patrimoniais e danos morais aos titulares de dados pessoais. No entanto, o titular dos dados, ou seja, o demandante deverá comprovar efetivamente os seguintes incidentes: (i) o vazamento de seus dados pessoais sob pena de aplicação da excludente do art. 43, inciso I, da normativa; (ii) os elementos fáticos que evidenciem o abalo sofrido e alegado; e (iii) que a situação de incidente de vazamento não caracterizou apenas um mero dissabor ou aborrecimento, mas atingiu a sua personalidade.

Desse modo, entendo que a decisão apresentada no presente estudo é de suma relevância e importância, pois foi uma das primeiras decisões sobre a matéria que envolve a LGPD, bem como destaque também a função de Corte de Uniformização do STJ. Destaco, ainda sobre a importância de trazer à baila uma decisão que versa

sobre o caráter do dano moral *in re ipsa* (presumido) na proteção de dados pessoais, pois estabelece uma dicotomia entre os dados pessoais sensíveis e a presunção do dano *in re ipsa*.

Tecidas estas considerações, compreende-se que a Segunda Turma do STJ decidiu corretamente ao reconhecer que o simples incidente de vazamento de dados não é capaz de presumir, por si só, a caracterização de indenização por dano moral, pois o "simples" vazamento de dados pessoais não é capaz de resultar na ocorrência de abalo moral. A decisão da Corte Superior vai ao encontro do que já fora decidido em outros julgados estando presente em sua jurisprudência reconhecendo, assim, que a presente lide não caracterizou um abalo presumido com base na experiência humana e social diária. Contudo, a decisão elenca um outro fundamento, ou seja, que o dano moral poderia ser presumido se "de fato, estivéssemos diante de vazamento de dados sensíveis, que dizem respeito à intimidade da pessoa natural" (STJ, 2022, AREsp 2130619/SP).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O motivo que inspirou o surgimento de regulamentações de proteção de dados pessoais de forma mais consistente e consolidada a partir dos anos 1990 está diretamente relacionado ao próprio desenvolvimento do modelo de negócios da economia digital, que passou a ter uma dependência muito maior dos fluxos internacionais de bases de dados, especialmente os relacionados às pessoas, viabilizados pelos avanços tecnológicos e pela globalização. Assim, houve a necessidade em resgatar e repactuar o compromisso das instituições com os indivíduos desta atual sociedade digital, no tocante à proteção e à garantia dos direitos humanos fundamentais, como o da privacidade, já celebrados desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948.

Destaque-se que a proteção dos cidadãos relativamente ao tratamento de seus dados pessoais é um direito fundamental, garantido por diversas legislações em muitos países. Na Europa, já estava previsto na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia; no Brasil, já tinha previsão no Marco Civil da Internet e na Lei do Cadastro Positivo, mas a

questão ainda era, muitas vezes, observada de forma difusa e sem objetividade no tocante aos critérios que serão considerados adequados para determinar se houve ou não guarda, manuseio e descarte dentro dos padrões mínimos de segurança condizentes.

E, foi assim que a nova legislação inovou, ou seja, padronizou, ou melhor, normalizou o que seriam os atributos qualitativos da proteção dos dados pessoais sem a presença dos quais haveria penalidades. Portanto, a LGPD surge com o intuito de proteger direitos fundamentais como a privacidade, a intimidade, a honra, o direito de imagem e dignidade, servindo como uma ferramenta essencial para lidar com os desafios e as consequências dos vazamentos de dados na sociedade contemporânea.

Ademais, de acordo com alguns doutrinadores o julgado ora analisado pode atenuar a eficácia dos dispositivos insculpidos tanto na LGPD, quanto no CDC, pois o simples vazamento de dados pessoais poderá ser considerado mero aborrecimento, afastando a responsabilização do fornecedor em indenizar. Desse modo, na contramão do que foi decidido pela Corte Superior, eventual indenização deveria ser enquadrada como caráter preventivo e pedagógico, não somente punitiva, obrigando os fornecedores, sejam eles controladores ou operadores de dados, a empregar cada vez mais recursos financeiros e tecnológicos visando o enquadramento legal.

Por fim, é importante ressaltar que a proteção de dados pessoais merece um olhar singular, ressaltando Ingo Sarlet que é "sempre também render homenagem à dignidade da pessoa humana, ao livre desenvolvimento da personalidade e à liberdade pessoal como autodeterminação" (SARLET, 2021, p. 44).

REFERÊNCIAS

ABRIL, Patricia S.; PIZARRO MORENO, Eugenio. La intimidad europea frente a la privacidad americana: Una visión comparativa del derecho al olvido. *Revista Para El Análisis Del Derecho*, nº 1, Barcelona, p. 8-9, 2014. Disponível em: la intimidad europea frente a la privacidad americana (derechoaleer.org) Acesso em: 3 dez. 2023.

BERNASIUK, Helen Lentz Ribeiro. *Liberdade de pesquisa genética humana e a necessidade de proteção dos dados genéticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022*. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm>. Acesso em 2 dez. 2023.

BRASIL. Planalto. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. *Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 3 dez. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Agravo em Recurso Especial nº 2130619 SP 2022/0152262-2*. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. VAZAMENTO DE DADOS PESSOAIS. Agravante: Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S.A. Agravado: Maria Edite de Souza. Relator: Min. Francisco Falcão. 27 mar. 2023. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202201522622&dt_publicacao=10/03/2023>. Acesso em: 2 dez. 2023.

FLEMING, Maria Cristina. LGPD: diferenças no tratamento de dados pessoais e dados pessoais sensíveis. *Conjur*, São Paulo, SP, 6 mar. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mar-06/fleming-diferencas-tratamento-dados-pessoais-sensiveis>>. Acesso em: 2 dez. 2023.

GOMES, Mário Manuel Vargas. *O código da privacidade e da proteção de dados pessoais, na lei e na jurisprudência (nacional e internacional)*. Lisboa: Centro Atlântico, 2006.

LONGHI, João Victor Rozatti. *Responsabilidade civil e redes sociais: retirada de conteúdo, perfis falsos, discurso de ódio e fake news*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

PELOSO PIURCOSKY, Fabrício et al. A lei geral de proteção de dados pessoais em empresas brasileiras: *Uma análise de múltiplos casos*. *Suma neg.*, Bogotá, v. 10, nº 23, p. 89-99, 2019. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2215910X2019000300089&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 5 maio 2021.

RUARO, Regina Linden; MACEDO, Fernanda dos Santos; BUBLITZ, Michele Dias. A privacy norte-americana e a relação com o direito brasileiro. *Revista Jurídica Cesumar*, Maringá (PR), v. 13, n. 1, p. 161-178, jan./jun. 2013.

RUARO, Regina Linden; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. O direito fundamental à proteção de dados sensíveis no sistema normativo brasileiro: uma análise acerca

das hipóteses de tratamento e da obrigatoriedade do consentimento livre, esclarecido e informado sob o enfoque da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) – lei 13.709/2018. In: BIONI, Bruno Ricardo (coord.). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 196. E-book. ISBN 9788530992200.

Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992200/>>. Acesso em: 3 dez. 2023.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TEIXEIRA, Tarcísio; GUERREIRO, Ruth Maria. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD): Comentada Artigo por Artigo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. p. 26. E-book. ISBN 9786555599015. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555599015/>>. Acesso em: 2 dez. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, MG, ano 14, n. 42, p. 179-218, jan./jun. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Proteção de Dados Pessoais na Constituição Federal Brasileira de 1988. *Revista Privacidade e Proteção de Dados (Privacy and Data Protection Magazine)*, 2021b.

4. DIREITO DE ACESSO DO TITULAR À IDENTIDADE DOS DESTINATÁRIOS DA TRANSFERÊNCIA DOS DADOS PESSOAIS POR PARTE DO RESPONSÁVEL PELO TRATAMENTO (ART. 15, N. 1, "C", DO GDPR – GENERAL DATA PROTECTION REGULATION): ANÁLISE DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO PROCESSO C-154/21, JULGADO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

THE HOLDER'S RIGHT OF ACCESS TO THE IDENTITY OF THE RECIPIENTS OF THE TRANSFER OF PERSONAL DATA BY THE RESPONSIBLE FOR THE PROCESSING (ART. 15, N° 1, "C", OF GDPR – GENERAL DATA PROTECTION REGULATION): ANALYSIS OF THE JUDGMENT GIVEN IN CASE C-154 /21, JUDGED BY THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION



<https://doi.org/10.36592/9786554601542-04>

Ricardo Luís Lenz Tatsch¹

RESUMO

No contexto de uma sociedade informacional e hiperconectada, há uma grande quantidade de dados pessoais que diariamente são captados, tratados, utilizados e transmitidos. Assim, realiza-se uma breve explanação e uma análise crítica do acórdão C-154/21, proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia em 12 de janeiro de 2023, que reconheceu o direito do titular ao acesso à identidade dos destinatários a quem o responsável pelo tratamento transferiu seus dados pessoais, não sendo admissível identificar apenas a categoria dos destinatários. Por meio de uma contraposição de argumentos e da pesquisa bibliográfica básica no ordenamento jurídico estrangeiro e no brasileiro, constatou-se que a doutrina europeia não se aprofundava sobre o assunto, sendo suas análises sobre o tema bastante sucintas, senão inexistentes. Já no ordenamento brasileiro, diante da estrutura gramatical do art. 18, VII, da LGPD, a doutrina não diverge a respeito da necessidade de especificação do destinatário dos dados pessoais transmitidos pelo controlador, sendo que o maior problema aparentar ser uma aplicação eficaz da LGPD.

Palavras-chave: Proteção de dados pessoais; destinatários dos dados; identidade; acesso; Tribunal de Justiça da União Europeia.

ABSTRACT

In the context of an informational and hyperconnected society, there is a large amount of personal data that is captured, processed, used and transmitted daily.

¹ Doutorando e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Participante do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direitos Fundamentais – GEDF (PUCRS). Procurador Regional da República. Ex-Procurador da Fazenda Nacional. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3162417730641494>. E-mail: ricardo.tatsch@edu.pucrs.br.

Therefore, a brief explanation and critical analysis of the case C-154/21, pronounced by the Court of Justice of the European Union on January 12, 2023, which recognized the holder's right to access the identity of the recipients to whom the controller transferred your personal data, it is not permissible to identify only the category of recipients. Through a contrast of arguments and basic bibliographical research in the foreign and Brazilian legal system, it was found that European doctrine did not developed deeply into the subject, with its analyzes on the subject being quite succinct, if not non-existent. In the Brazilian legal system, given the grammatical structure of art. 18, VII, of the LGPD, the doctrine does not disagree regarding the need to specify the recipient of the personal data transmitted by the controller, with the biggest problem appearing to be an effective application of the LGPD.

Keywords: Protection of personal data; data recipients; identity; access; Court of Justice of the European Union.

INTRODUÇÃO

O direito à informação é essencialmente um “direito humano ao saber” (SARLET, MOLINARO, 2014, p.4), em razão do que toda a pessoa humana possui tal direito. E em uma sociedade informacional, em que a geração, o conhecimento e a transmissão da informação tornam-se fontes fundamentais de produtividade e poder e em que a informação penetra em toda a estrutura social (Castells, 1999, p. 87), tona-se um elemento de suma importância o direito de conhecer quem está utilizando seus dados pessoais e com que finalidade, os quais são obtidos das mais diversas maneiras, em especial no mundo interconectado da internet.

O presente trabalho objetiva realizar uma análise crítica do acórdão C-154/21, proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia em 12 de janeiro de 2023, que reconheceu o direito do titular ao acesso à identidade dos destinatários a quem o responsável pelo tratamento transferiu seus dados pessoais, não bastando apenas a indicação da categoria de destinatários, salvo nos casos de impossibilidade de identificação.

Para atingir os objetivos almejados, realizar-se-á uma breve explanação do caso objeto do mencionado acórdão C-154/21 a partir dos fundamentos utilizados no julgamento, bem como considerá-los de forma crítica com a disposição semelhante existente no nosso direito.

É de se salientar, ainda, que para a consecução dos referidos fins será utilizado o método dialético de contraposição de argumentos e da pesquisa bibliográfica

básica referente ao ordenamento jurídico estrangeiro e ao brasileiro.

APRESENTAÇÃO DO CASO

O Oberster Gerichtshof (Superior Tribunal de Justiça da Áustria) suspendeu sua instância até a resolução de questão prejudicial por parte do Tribunal de Justiça da União Europeia,² fundada no art. 267º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE),³ sendo o julgamento realizado em 12 de janeiro de 2023, que resultou no acórdão C-154/21 (União Europeia, 2023).

O caso subjacente ao referido acórdão envolve a pessoa física R. W., que, em 15 de janeiro de 2019, dirigiu-se à empresa Österreichische Post (responsável pelo serviço postal na Áustria) visando obter, com fundamento no art. 15 do GDPR (*General Data Protection Regulation* – GDPR; ou Regulamento Geral de Proteção de Dados – RGPD), o acesso aos dados pessoais que lhe diziam respeito, conservados ou que tinham sido conservados no passado pela empresa e, em caso de transferência de dados a terceiros, a identidade desses destinatários. Em resposta, a empresa Österreichische Post apenas informou a utilização dos dados dentro dos limites do direito, além de que disponibiliza tais dados pessoais a parceiros comerciais para fins de *marketing*, bem como remeteu o requerente para um *site* na internet, para maiores informações e as relativas a outras finalidades de tratamento de dados. A empresa em questão não revelou a R. W. a identidade dos destinatários concretos dos dados, sendo essa necessidade de identificação colocada à

² O processo das questões prejudiciais constitui-se em um mecanismo contencioso, que objetiva garantir a uniformidade na interpretação e aplicação do Direito da União Europeia.

³ “O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial:

a) Sobre a interpretação dos Tratados;

b) Sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal.

Se uma questão desta natureza for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível.” (UNIÃO EUROPEIA, 2016b).

apreciação do TJUE, tendo em vista o contido no art. 15, nº 1, "c", do GDPR.⁴

O TJUE, no acórdão C-154/21, quanto à questão prejudicial que lhe foi submetida, utilizou os seguintes fundamentos para chegar à conclusão final: 1) O considerando 63 do GDPR prevê que o titular dos dados deve ter o direito de conhecer e ser informado, em particular, da identidade dos destinatários dos dados pessoais e não especifica que esse direito possa ser limitado apenas às categorias de destinatários; 2) Para respeitar o direito de acesso, qualquer tratamento de dados pessoais das pessoas singulares deve ser conforme os princípios contidos no art. 5º do GDPR, sendo um deles o da transparência; 3) O art. 15 do GDPR prevê um verdadeiro direito de acesso a favor do titular de dados, de maneira que ele tenha a opção de obter as informações sobre os destinatários específicos a quem os referidos dados foram ou serão divulgados, quando possível, ou as informações relativas a categorias de destinatários; 4) O exercício desse direito de acesso deve permitir ao titular dos dados verificar não só que os dados que lhe dizem respeito são exatos, mas também que são tratados de forma lícita. Então, para garantir o efeito útil de todos os direitos antes mencionados (itens 1, 2 e 3 deste parágrafo), o titular de dados pessoais deve dispor, em especial, do direito de ser informado da identidade dos destinatários concretos no caso de seus dados pessoais já terem sido divulgados; 5) Esta interpretação é confirmada pela leitura do artigo 19 do GDPR, que prevê, em seu primeiro período, que o responsável pelo tratamento comunica, em princípio, a cada destinatário a quem os dados pessoais tenham sido transmitidos, qualquer retificação ou apagamento dos dados pessoais ou limitação do tratamento e, no seu segundo período, que se o titular dos dados o solicitar, o responsável pelo tratamento fornece-lhe informações sobre os referidos destinatários (União Europeia, 2023, §§ 33-34, 36-37, 39-40).

Em resposta à questão prejudicial que lhe foi submetida pelo Oberster

⁴ "Artigo 15º:

Direito de acesso do titular dos dados.

1. O titular dos dados tem o direito de obter do responsável pelo tratamento a confirmação de que os dados pessoais que lhe digam respeito são ou não objeto de tratamento e, se for esse o caso, o direito de aceder aos seus dados pessoais e às seguintes informações:

(...)

c) Os destinatários ou categorias de destinatários a quem os dados pessoais foram ou serão divulgados, nomeadamente os destinatários estabelecidos em países terceiros ou pertencentes a organizações internacionais;" (UNIÃO EUROPEIA, 2016a).

Gerichtshof, declarou o TJUE:

O artigo 15º, n. 1, alínea c), do Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados), deve ser interpretado no sentido de que:

o direito de acesso do titular dos dados aos dados pessoais que lhe dizem respeito, previsto nesta disposição, implica, quando esses dados foram ou serão divulgados aos destinatários, a obrigação por parte do responsável pelo tratamento de fornecer a esse titular a identidade concreta dos referidos destinatários, a menos que seja impossível identificar esses destinatários ou que o referido responsável pelo tratamento demonstre que os pedidos de acesso do titular dos dados são manifestamente infundados ou excessivos, na acepção do artigo 12º, n. 5, do Regulamento 2016/679, casos em que o responsável pelo tratamento pode indicar a esse titular apenas as categorias de destinatários em causa (União Europeia, 2023, § 52).

ANÁLISE DO JULGADO

A União Europeia estabeleceu a proteção de dados pessoais como um dos direitos protegidos pela sua Carta de Direitos Fundamentais (CDFUE), estando o seu art. 8º redigido nos seguintes termos:

Artigo 8º

Proteção de dados pessoais

1. Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito.
2. Esses dados devem ser objecto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva rectificação.
3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente (União Europeia, 2000, p. 10).

Já o artigo 15, nº 1, alínea "c", do GDPR, estabelece que o titular dos dados possui o direito de obter do responsável pelo tratamento a confirmação de que os

dados pessoais que lhe digam respeito são ou não objeto de tratamento e, se for esse o caso, o direito de acessar aos seus dados pessoais e às informações dos “destinatários ou categorias de destinatários a quem os dados pessoais foram ou serão divulgados, nomeadamente os destinatários estabelecidos em países terceiros ou pertencentes a organizações internacionais”. Assim, ao aparentemente facultar ao responsável pelo tratamento de dados o fornecimento ao titular das informações sobre os destinatários ou das categorias de destinatários a quem os dados pessoais foram ou serão transferidos, possibilitou a realização de interpretação restritiva, que resulta em restrição do acesso do titular a respeito da circulação dos seus dados.

Para parcela da doutrina, não havia muitas dificuldades interpretativas no artigo 15, nº 1, alínea “c”, do GDPR, pois se limitava a afirmar que esse preceito obriga “o responsável a informar o titular no que concerne aos destinatários ou categoria de destinatários futuros (“serão divulgados”)”, sendo que essa última hipótese “é apenas possível se os destinatários ou categoria de destinatários se encontrarem determinados ou forem determináveis”, nada referindo a respeito da necessidade de particularização dos que receberam os dados pessoais do titular (Fidalgo, 2021, p. 177), além de não demonstrar a necessidade de tornar plenamente efetiva a disposição contida no artigo 8º da CDFUE.

Por sua vez, a necessidade de efetivação do referido art. 8º foi percebida por outra parcela da doutrina, que considera que para o titular, entre as faculdades que integram o direito fundamental à proteção de dados pessoais, o direito de acesso é o mais relevante em termos práticos, sendo considerado, em face de sua função instrumental, um aspecto essencial do direito do interessado à proteção de dados pessoais. E em face desse direito de acesso, o titular “poderá ter um verdadeiro controle sobre sua informação pessoal e sobre quem e para que se está utilizando” (Arenas Ramiro, 2021, p. 1.440). Entretanto, no tocante aos destinatários ou categorias de destinatários para quem foram transferidos os dados pessoais do titular, Mónica Arenas Ramiro também não faz qualquer assertiva a respeito da necessidade da especificação de suas identidades (2021, p. 1.478-1.480).

Já a doutrina nacional, analisando o direito de acesso previsto no art. 15º, nº 1, alínea “c”, do GDPR, igualmente não tem se aprofundado sobre a necessidade de

especificação do destinatário de seus dados pessoais, limitando-se a afirmar que “o titular dos dados pessoais poderá ter acesso a eles e também a uma série de informações, entre as quais as finalidades, categorias, destinatários, prazo de conservação, origem dos dados (...)” (Maldonado, 2019, p. 93).

Fazendo uma apreciação do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais, Indra Spiecker Genannt Döhmann ressalta, quanto ao princípio da transparência (art. 5º, nº 1, alínea “a”), que ele possui dois elementos que o concretizam e possuem fundamentos em trechos do GDPR, sendo um deles o de que “o titular dos dados deve ter condições de proceder a um controle próprio da forma como se lida com os dados” e o outro o de que “o responsável pelo tratamento também deve ser obrigado a proceder a uma verificação prospectiva da licitude do tratamento de dados, acompanhada de um dever de documentação” (2023, p. 105). Ainda, o direito do titular de ter acesso a informações (art. 15º do GDPR) está relacionado com o dever de prestar informações por parte do responsável pelo tratamento (arts. 13º e 14º do GDPR), o qual corresponde a um devido direito à informação, em face do que essas posições jurídicas estão em “estreita conexão”, porquanto “o direito de acesso se estende ao menos às informações que precisam ser disponibilizadas de qualquer modo” (Spiecker Genannt Döhmann, 2023, p. 105). A doutrinadora alemã prossegue afirmando que o GDPR (arts. 13º e 14º) obriga o responsável pelo tratamento a disponibilizar uma variedade de informações, caso tenham sido obtidos por ele ou mesmo por terceiros, compreendendo:

as informações sobre o responsável, as finalidades e o fundamento jurídico do tratamento, eventualmente interesses legítimos do responsável ou de terceiros, destinatário, intenção de transferência para países terceiros e garantias previstas (par. 1 em cada caso). Além disso, o responsável pelo tratamento dos dados deve disponibilizar à pessoa interessada as informações necessárias para garantir a ela um tratamento equitativo e transparente (par. 2 em cada caso: por exemplo, duração do armazenamento, decisões automatizadas em casos avulsos, fonte dos dados, existência de um direito de reclamação junto a uma autoridade de fiscalização). Essas informações é que dão ao titular dos dados condições de avaliar a licitude do tratamento de dados e, eventualmente, recorrer a direitos contrários (Spiecker Genannt Döhmann, 2023, p. 105).

Vê-se, pois, que para essa autora, aparentemente, não há dúvidas de que o responsável pelo tratamento, se assim provocado pelo titular, deve informar a identidade dos destinatários concretos dos dados, não bastando a mera informação da categoria dos destinatários.

De outro lado, no direito brasileiro a proteção de dados pessoais foi elevada à categoria de direito fundamental expressamente previsto na Constituição de 1988 por meio da Emenda Constitucional nº 115/2022 (fundamentalidade formal), a qual introduziu o inciso LXXIX no art. 5º,⁵ embora já houvesse disciplina da matéria por meio da Lei nº 13.709/2018. Saliente-se, porém, que materialmente a proteção de dados pessoais já era um direito fundamental, conforme afirma Ingo W. Sarlet:

“A fundamentalidade em sentido material (aqui a ponte para com os direitos humanos) guarda direta relação com a relevância do conteúdo das posições subjetivas atribuídas pela ordem jurídica a determinado sujeito de direitos, isto é, a determinado titular, visto que, no sentido formal, um direito é tido como fundamental de acordo com o nível de robustez das garantias estabelecidas pelo constituinte.

(...)

Iniciando pela perspectiva material, que, como adiantado, aproxima os direitos humanos dos direitos fundamentais, não acarreta maior dificuldade demonstrar a relevância, para a esfera individual de cada pessoa e para o interesse coletivo (da sociedade organizada e do Estado), dos valores, princípios e direitos fundamentais associados à proteção dos dados pessoais e por ela protegidos. Nesse sentido, merecem destaque, entre outros, o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o direito à privacidade, (...), porquanto aqui apenas se trata de justificar que o direito à proteção de dados pessoais é inequivocamente fundamental também no sentido material, pois – mesmo que se considere como de natureza instrumental – ele serve justamente à proteção de tais valores, princípios e direitos (Sarlet, 2023, p. 28-29).

Nesse contexto, é de se afirmar que a Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD) teve grande inspiração no GDPR europeu, embora com

⁵ 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:

(...)

LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais. (Brasil, 1988)

ele tenha várias diferenças.

Especificamente no tocante ao direito do titular de acesso à identidade dos destinatários a quem o responsável pelo tratamento transferiu os dados, a LGPD não possui disposição idêntica ao do art. 15, nº 1, alínea "c", do GDPR, mas apenas uma que se assemelha em suas finalidades, qual seja, o art. 18, VII, da LGPD, que estabelece que o titular dos dados pessoais possui o direito de obter do controlador a "informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados".

É indubitável que as estruturas gramaticais do art. 18, VII, da LGPD, e do art. 15, nº 1, alínea "c", do GDPR, são bastante diversas, o que resulta em uma interpretação diferente. Por isso, utilizando o art. 18, VII, da LGPD, para o caso posto no acórdão C-154/21, conclui-se que a norma brasileira é mais precisa quanto à especificação do destinatário dos dados pessoais transferidos, o que provavelmente evitará uma série de questionamentos judiciais sobre tal preceito. A respeito da interpretação, é oportuno lembrar que a norma não pode ser confundida com o próprio texto, do qual podem ser extraídas uma ou várias normas (GRAU, 2002, p. 19 *et. seq.*), além de que toda a interpretação tem como limite o próprio texto do qual foi extraída.⁶

Assim, segundo Guilherme Damasio Goulart, a determinação contida no art. 18, VII, da LGPD, deveria ser sempre cumprida pelos controladores através de suas políticas e privacidade, sendo uma decorrência do princípio da transparência. Porém, em realidade, isso não é feito, pois as políticas de privacidade são bastante lacônicas no tocante às informações a respeito de outras entidades que recebem os dados objeto de compartilhamento. Desta forma, as "disposições genéricas, além de não indicar quais os dados compartilhados, também não indicam quais os agentes que recebem os referidos dados, o que representa uma clara violação ao princípio da

⁶ Eros Roberto Grau também assevera que: "Diz Vittorio Frosini [1991:12] que a interpretação jurídica não é a aplicação mecânica de um mandamento, mas uma atividade criadora no sentido próprio do termo. E, adiante [1991:10], esclarece: 'A interpretação não é um simples desenvolvimento de um texto escrito a outro, que permanece em um nível meramente discursivo; o juiz extrai a mensagem legislativa de um contexto, a reúne com outras, em um novo contexto, remodelando a mensagem em uma nova modalidade expressiva'.

Os textos normativos não possuem significações inerentes, nem sentidos prévios definidos – diz Müller [1996: 168 e 177]; eles se limitam a estabelecer uma moldura limitadora das possibilidades legais e legítimas da correta concretização do direito. A construção da norma de decisão (isto é, a decisão) se dá dentro dessa moldura, mas decorre da realidade, porque é ela que confere sentido ao texto interpretado." (2002, p. 73).

transparência" (Goulart, 2022, p. 255).

Veja-se que do inciso VII do art. 18 da LGPD não é possível extrair com clareza se há necessidade de informar a qualificação precisa das entidades públicas ou privadas com quem ocorreu o compartilhamento dos dados, muito embora a lógica indique que sim, visto que, se assim não fosse, o titular deixaria de ter o controle sobre a utilização dos seus dados pessoais, o que a Lei nº 13.709/2018 tentou evitar (Cots; Oliveira, 2021, p. 138).

Então, parece não haver dúvidas no direito pátrio a respeito do dever de se especificar a identidade do destinatário dos dados pessoais transferidos pelo controlador, a fim de que o titular possa ter controle a respeito das informações "coletadas, manipuladas, gerenciadas e distribuídas" (Gonçalves, 2022, p. 142). Por isso, é necessário que o controlador, pertencente à esfera pública ou privada, quando "se relacionar com terceiros, fora da cadeia de consentimento ou de um legítimo interesse inicial", informe o "titular sob que circunstâncias e motivos está se utilizando dos dados e se ele autoriza essas operações", inclusive "para quem está sendo transferido" (Gonçalves, 2022, p. 142), sob pena de responsabilização.⁷

Portanto, em face da estrutura gramatical utilizada no art. 18, VII, da LGPD, não há dificuldades quanto à interpretação a ser realizada nesse dispositivo legal, no sentido da necessidade da especificação dos destinatários dos dados transferidos pelo controlador. Contudo, há necessidade de conscientização do controlador no sentido de manter "uma lista atualizada de quem são as entidades públicas e privadas com os quais compartilha os dados pessoais do titular, por ser seu direito solicitá-la a qualquer tempo" (Teixeira; Guerreiro, 2022, p. 113).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar do Regulamento Geral de Proteção de Dados europeu ser a inspiração da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, há muitas diferenças entre esses diplomas.

⁷ "O direito do titular ser informado sobre o compartilhamento e sobre todos os aspetos envolvidos na cadeia de tratamento é dever objetivo dos controladores, sem os quais eles serão responsabilizados, administrativa ou judicialmente, se não o cumprirem" (Gonçalves, 2022, p. 142).

Especificamente sobre o GDPR, o art. 15º, nº 1, alínea “c”, embora em um primeiro momento não apresentasse uma maior dificuldade hermenêutica, vimos que havia dúvidas a respeito do direito do acesso do titular à identidade do destinatário dos dados pessoais transferidos pelo responsável. Porém, foi em um caso concreto, objeto da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no Processo C-154/21, que se constatou a dificuldade do titular dos dados pessoais em ver efetivado o princípio da transparência e o direito à informação previstos no GDPR e, por consequência, o seu direito a conhecer a identidade dos destinatários a quem suas informações foram transferidas.

Vê-se como evidente o acerto do julgado do TJUE, sob pena de se fragilizar ainda mais a posição de inferioridade que o titular dos dados possui perante o responsável pelo tratamento, o que estaria a violar, além dos princípios basilares da RGPD, insculpidos em seu art. 5º (conforme apontado no acórdão C-154/21), notadamente o princípio da transparência, o direito à informação e o princípio da dignidade da pessoa humana.

No direito brasileiro, em razão estrutura gramatical do art. 18, VII, da LGPD (significativamente diversa da disposição semelhante existente no art. 15º, nº 1, alínea “c”, do GDPR), parece não haver dúvidas na doutrina da necessidade de especificação do destinatário dos dados pessoais transmitidos pelo controlador. Entretanto, no nosso país, o maior problema aparenta ser uma aplicação eficaz da LGPD, e não de forma apenas aparente, como estamos a constatar diariamente.

REFERÊNCIAS

ARENAS RAMIRO, Mónica. El Derecho de acceso y las condiciones generales de ejercicio de los derechos (comentário al artículo 15 RGPD y a los artículos 12 y 13 LOPDGDD. *In*: TRONCOSO REIGADA, Antonio (Dir.). *Comentario al reglamento general de protección de datos y la ley orgánica de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*. Pamplona: Thomson Reuters, 2021, p. 1.437-1.490.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05-10-1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 dez. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15-08-2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 05 dez. 2023.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede – A era da informação: economia, sociedade e cultura*. Vol. 1, 3ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

COTS, Márcio; Oliveira, Ricardo. *Lei geral de proteção de dados pessoais comentada*. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

FIDALGO, Vítor Palmela. Comentários ao art. 15. In: CORDEIRO, A. Barreto Menezes Cordeiro (Coord.). *Comentários ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei nº 58/2019*. Coimbra: Almedina, 2021.

GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. *Proteção de dados pessoais: direitos do titular*. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

GOULART, Guilherme Damasio. Comentários ao art. 18, VII. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. *Comentários à lei geral de proteção de dados pessoais: Lei 13.709/2018*. São Paulo: Foco, 2022, p. 255.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MALDONADO, Viviane Nóbrega. Direitos dos titulares de dados. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. *Comentários ao GDPR: Regulamento geral de Proteção de Dados da União Europeia*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. Direito à informação e direito de acesso à informação como direitos fundamentais na Constituição Brasileira. *Revista da AGU*, Brasília-DF, ano XIII, n. 42, p. 09-38, out./dez. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In: MENDES, Laura Shertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz Rodrigues (Coords.). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 21-60.

SPIECKER GENANNT DÖHMANN, Indra. A proteção de dados pessoais sob o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia. In: MENDES, Laura Shertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz Rodrigues (Coords.). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 95-111.

TEIXEIRA, Tarcisio; GUERREIRO, Ruth Maria. *Lei geral de proteção de dados pessoais: comentada artigo por artigo*. 4ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. *Jornal Oficial da União Europeia*, 18-12-2000. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 04 dez. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados. *Jornal Oficial da União Europeia*, 04-05-2016a. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>. Acesso em: 03 dez. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o funcionamento da União Europeia. *Jornal Oficial da União Europeia*, 07-06-2016b. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF. Acesso em: 03 dez. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Primeira Seção. Reenvio prejudicial – Proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais – Regulamento (UE) 2016/679 – Artigo 15º, n 1, alínea c) – Direito de acesso do titular aos seus próprios dados – Informações sobre os destinatários ou categorias de destinatários a quem os dados pessoais foram ou serão divulgados – Restrições. *Processo C-154/21*, 12-01-2023. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62021CJ0154&qid=1701650607502>. Acesso em: 03 dez. 2023.

5. PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS GENÉTICOS VS. PROTEÇÃO DA IDENTIDADE GENÉTICA: UMA ANÁLISE DOS CASOS JULGADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADI 5.545/RJ) E PELO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS (A. 225/2018)

PRIVACY AND PROTECTION OF GENETIC DATA VS. PROTECTION OF GENETIC IDENTITY: AN ANALYSIS OF CASES JUDGED BY THE BRAZILIAN (ADI 5.545/RJ) AND PORTUGUESE (A.225/2018) CONSTITUTIONAL COURTS



<https://doi.org/10.36592/9786554601542-05>

*Liziane Menezes de Souza*¹

RESUMO

Com o reconhecimento expresso do direito fundamental à proteção de dados pessoais pelo Brasil e pela União Europeia, inclusive, com a emersão de uma Regulamento Geral de Proteção de Dados a disciplinar a matéria ante aos países integrantes do bloco, asseverou-se a preocupação estatal com a busca pela efetividade não apenas do direito à proteção de dados pessoais, como, para além disso, da proteção dos dados pessoais sensíveis: dentre os quais estão incluídos os dados genéticos. Com vistas, assim, aos esforços que Tribunais Constitucionais têm enfrentado para realizar o controle de constitucionalidade tendo como parâmetro os direitos à privacidade e à proteção de dados pessoais, o presente estudo se propõe a analisar dois casos em específico: a decisão proferida pelo STF na ADI 5.545/RJ, julgada em 13/04/2023, na qual se requereu a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da lei estadual nº 3.990/2002/RJ, que determinou a coleta de material genético em salas de parto, abordando questões relativas à privacidade e à intimidade; e, ainda, a decisão do Tribunal Constitucional de Portugal que, no Processo 95/2017 (acórdão 225/2018), declarou inconstitucional a norma que impunha sigilo à identidade genética em caso de gestação de substituição, tendo usado como fundamento os direitos à identidade genética e ao livre desenvolvimento da personalidade. Com a análise, pretende-se responder qual foi o fundamento de constitucionalidade adotado por cada um dos Tribunais Constitucionais em questão e como se deu a aplicação do princípio da concordância prática (ou a harmonização) entre os direitos fundamentais quando identificados os conflitos suscitados. De

¹ Doutoranda em Direito (PUC/RS). Mestre em Direito e Sociedade (Unilasalle). Especialista em Proteção de Dados Pessoais: LGPD e GDPR - Curso Binacional com dupla titulação (FMP/Universidade de Lisboa). Especialista em Ensino de Filosofia (UFPEL). Bacharel em Direito (Unicruz), com mobilidade acadêmica na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Portugal (FDUC). Membro da Comissão Especial de Proteção de Dados e Privacidade da OAB/RS (CEPDP). Integrante do Grupo de Pesquisa "IA e Direito" - GPIAD, coordenado pela Prof. Dr. Gabrielle Bezerra Sales Sarlet (PUC/RS). Advogada. E-mail: lizianemenezes.adv@gmail.com. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/3591287005621791>.

forma conclusiva, é possível sustentar que ambos os Tribunais adotaram a proporcionalidade como meio de interpretação da constituição, de modo que, muito embora as decisões sejam diferentes na conclusão por privilegiar ou não a privacidade dos dados genéticos, apresentam semelhanças ao abordar critérios de proporcionalidade e de razoabilidade aplicados ao caso concreto para decidir de forma a menos restringir direitos fundamentais, protegendo – em cada julgado, no limite daquilo que a dignidade da pessoa humana impõe – os bem jurídicos fundamentais envolvidos.

Palavras-chave: Direito fundamental à privacidade; proteção de dados genéticos; identidade genética; concordância prática; harmonização.

ABSTRACT

With the explicit recognition of the fundamental right to the protection of personal data by Brazil and the European Union, including the establishment of a General Data Protection Regulation to regulate the matter among the member countries of the bloc, the state's concern for the effectiveness not only of the right to the protection of personal data but also of the protection of sensitive personal data, including genetic data, has been affirmed. In view of the efforts that Constitutional Courts have faced in conducting constitutional review, with a focus on the rights to privacy and protection of personal data, this study aims to analyze two specific cases: the decision rendered by the Brazilian Supreme Federal Court (STF) in ADI 5,545/RJ, on April 13, 2023, which sought the declaration of unconstitutionality of provisions of state law No. 3,990/2002/RJ, mandating the collection of genetic material in delivery rooms, addressing issues related to privacy and intimacy. Additionally, it examines the decision of the Constitutional Court of Portugal in Case 95/2017 (judgment 225/2018), declaring unconstitutional the rule imposing confidentiality on genetic identity in the case of surrogate pregnancy, grounding its decision on the rights to genetic identity and free development of personality. The analysis aims to answer what constitutional basis was adopted by each of the Constitutional Courts in question and how the application of the principle of *practical concordance* (or harmonization) between fundamental rights occurred when conflicts were identified. In conclusion, it is possible to argue that both courts adopted proportionality as a means of constitutional interpretation. Thus, even though the decisions differ in their conclusions regarding whether to prioritize the privacy of genetic data, they share similarities in addressing criteria of proportionality and reasonableness applied to the specific case. This is done to decide in a way that minimally restricts fundamental rights, protecting—in each judgment, within the limits of what human dignity requires—the fundamental legal interests involved.

Keywords: Fundamental right to privacy; protection of genetic data; genetic identity; practical agreement; harmonization.

INTRODUÇÃO

Não raras vezes a complexidade das relações sociais constituídas em uma realidade tecnológica, globalizada e multifacetada faz exsurgir a demanda de

sopesamento ou de harmonização de direitos fundamentais de maneira que determinadas controvérsias sejam sanadas de forma a considerar a necessidade de salvaguarda de bens-jurídicos constitucionalmente protegidos sem que se imponha hierarquização entre direitos fundamentais em conflito, além de se ater a princípios relacionados com a tão cara noção de dignidade humana.

Nesse contexto, por despontar de maneira mais profunda a preocupação sociojurídica com minimização² dos riscos relativos à exposição de dados pessoais³, sobretudo dos dados pessoais sensíveis – dentre os quais se inserem os dados genéticos⁴ – foi ajuizada, no Brasil, a ação direta de inconstitucionalidade nº 5.545/RJ, que tramita junto ao Supremo Tribunal Federal brasileiro desde 13/06/2016, tendo essa sido efetivamente julgada pelo plenário do Tribunal somente no corrente ano, em 16/06/2023, com trânsito em julgado em 24/06/2023.

A ADI proposta pelo Procurador-Geral da República questionou a constitucionalidade de dispositivos da Lei nº 3.990/2002, do Estado do Rio de Janeiro, que, em seus dois primeiros artigos⁵, determinava a coleta compulsória de material genético de genitoras e de recém-nascidos em hospitais públicos e

² No Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia, aliás, consignou-se a existência do subprincípio da *minimização de dados*, por força do qual, segundo Indra Spiecker Döhm (2021, p.106-107), o tratamento conferido aos dados pessoais deve ser limitado em termos quantitativos e qualitativos, apresentando ligação com a finalidade previamente estabelecida, visto que “esse princípio obriga os agentes de tratamento de dados a só captar e tratar dados quando outras possibilidades de consegui-los não são viáveis”.

³A disciplina jurídica da proteção de dados pessoais, como observou Danilo Doneda (2021, p. 3), vem sendo construída há cinco décadas e, nesse campo, ressalta-se a Lei de Proteção de Dados do *Land* alemão de Hesse, de 1970, como um marco normativo dessa matéria, a partir do qual os contornos do que se entende por proteção de dados tornaram-se mais concretos como resultado do incremento volume e da importância que o tratamento de dados pessoais alcançou na sociedade moderna. Nesse sentido, Ingo Sarlet (2021, p. 21) acrescenta que “a proteção de dados pessoais alcançou uma dimensão sem precedentes” na sociedade tecnológica, afetando as esferas da vida social, econômica e cultural contemporânea no Mundo, fenômeno designado *Ubiquitous Computing*. Atualmente, são visíveis os esforços mundiais para adoção de instrumentos normativos próprios a tratar sobre a proteção de dados, inclusive, adotando uma perspectiva a partir do *risco*, como demonstra o mapa elaborado pela Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés francesa, cuja última atualização é datada de 10/2023 (CNIL, 2023).

⁴ Os dados genéticos são definidos como sensíveis, segundo Ruaro (2015, p. 5), uma vez que se referem aos aspectos mais íntimos do indivíduo identificado ou identificável, demandando uma reflexão que discuta e adote formas para minimizar e evitar riscos.

⁵ Os artigos 1º e 2º da Lei nº 3.990/2002 apresentaram, originalmente, menção à obrigação de adoção, pelo Estado, de medidas que “evitem, impeçam ou dificultem a troca de recém-nascidos em suas dependências”, prevendo, dentre outras medidas, a “utilização de kit de coleta de material genético de todas as mães e filhos ali internados, coletados na sala de parto para arquivamento na unidade de saúde a disposição da Justiça” (BRASIL, 2002).

privados, sem fazer menção à coleta de consentimento prévio da mãe, sob a genérica e abrangente finalidade de evitar a troca de bebês em maternidades⁶.

O caso em questão estimulou um importante debate acerca da privacidade relativa aos dados genéticos e da *dúplice dimensão do código genético*, uma vez que coexistem os direitos vinculados à privacidade de dados, à intimidade, à autodeterminação informativa e, também, os direitos sobre a identidade genética – esse último capaz de franquear ao recém-nascido não apenas o direito à vida, à saúde, à paternidade, mas também à sua história pessoal e a seus traços socioculturais (BRASIL, 2023, p. 2).

Nesse cenário, será objeto de análise crítica no presente ensaio o inteiro teor das discussões e dos votos exarados no julgamento da ADI nº 5.545/RJ, julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade de dispositivos infraconstitucionais em razão de violação direta aos incisos X e LIV do artigo 5º da constituição federal, fazendo-se, por oportuno, um contraponto com a decisão, recentemente, emanada pela Tribunal Constitucional de Portugal no Acórdão nº 225/2018, que, igualmente, deu ensejo a um debate a respeito de identidade genética e privacidade.

A ação que tramitou em solo português, julgada em 24/04/2018, por outro lado, tratou de privilegiar o direito à identidade genética ao julgar inconstitucional a norma que impunha sigilo à identidade genética em caso de gestação por substituição, apontando para a necessidade de se garantir o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Percebe-se que, muito embora ambos os casos postos sob análise neste estudo compreendam discussões, dentre outras, a respeito de conflito entre o direito à privacidade e o direito à identidade genética, as decisões tomadas pelos Tribunais Constitucionais do Brasil e de Portugal apresentam diferenças significativas no que diz respeito ao fundamento – ou ao parâmetro – de constitucionalidade adotado

⁶ Nesse ponto, como sintetizou o Ministro Alexandre de Moraes (BRASIL, 2023, p.26) ao descrever a controvérsia posta sob controle abstrato de constitucionalidade pelo STF, "o exame da constitucionalidade da norma impugnada põe em discussão a proporcionalidade de medida voltada à proteção do direito fundamental à identidade biológica, em confronto com os riscos decorrentes da guarda, por hospitais e maternidades, de dados sensíveis relacionados à intimidade e privacidade das pessoas".

para realizar uma ponderação de direitos fundamentais e aplicar o princípio da *concordância prática* ou *harmonização*; e semelhanças quanto ao critério de interpretação da constituição, esse centrado na proporcionalidade.

Desse modo, o presente estudo promoverá uma análise dos dois casos para responder qual foi o parâmetro de constitucionalidade adotado em cada uma das ações, aferindo quais direitos fundamentais foram tomados como violados em cada situação, sem deixar de observar as contribuições frutíferas que ambas as discussões trouxeram ao mundo do Direito em relação à privacidade de dados *supersensíveis* (como é o caso dos dados genéticos) e à disciplina da privacidade genética e da proteção de dados atrelada à bioética e ao fenômeno de *genetização da vida*.

Pode-se averiguar, da análise das decisões proferidas nos casos postos sob análise, que ambos os Tribunais Constitucionais fizeram uso da proporcionalidade como critério de interpretação da constituição para, em cada caso concreto, melhor aplicar o princípio da concordância prática e ponderar direitos fundamentais em situação de conflito, fazendo exsurgir o privilégio daquele capaz de menos trazer restrições de direitos fundamentais envolvidos e de modo a permitir a mais abrangente proteção dos bens-jurídicos que apresentam proteção constitucional: a privacidade (no caso brasileiro) e a identidade pessoal e genética (no caso português).

PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS GENÉTICOS NA ADI Nº 5.545/RJ: DOS FUNDAMENTOS DE CONSTITUCIONALIDADE E DA PROPORCIONALIDADE COMO CRITÉRIO INTERPRETATIVO DA CONSTITUIÇÃO

Ao se debruçar sobre a aferição de (in)constitucionalidade de que eram eivados dispositivos da Lei Estadual nº 3.990/2002/RJ, o Supremo Tribunal Federal realizou importante análise acerca do que se pode compreender por *colisão* entre direitos fundamentais, que, diferentemente do que se toma por "direitos humanos", consistem naqueles direitos geralmente atribuídos à pessoa humana, reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado (SARLET, 2023, p. 276).

Isso porque, para a devida realização de controle abstrato de constitucionalidade no caso concreto da ADI 5.545, é possível dizer que se buscou realizar o emprego do chamado *princípio da concordância prática* ou *princípio da harmonização* – princípio que dialoga com o princípio da unidade da constituição – para promover a combinação e a simultânea proteção de bens jurídicos em conflito, como é o caso da proteção de dados genéticos e da proteção da identidade genética, sem que a consideração de um implique, necessariamente, na negativa de vigência ou no apagamento do outro direito.

Tem-se que a realização da *harmonização* em questão se trata de dever estatal evidente, ao passo em inexistente prevista hierarquia entre as normas constitucionais e, bem assim, entre os direitos fundamentais. No entanto, como bem pontua Ingo Sarlet (2023, p. 187), “a Constituição não estabelece critérios para a harmonização [...], de tal forma que, na sua realização, a noção de concordância prática (harmonização) não se concretiza senão mediante avaliações mais ou menos subjetivas do intérprete quando do ato da interpretação e aplicação”.

Nesse cenário, importa trazer à evidência o que ensinou Canotilho (1993, p. 191) acerca da *multifuncionalidade* dos princípios constitucionais e da necessária integração do direito: “os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica do tudo ou nada), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes”. Adotando-se tal compreensão, tem-se que, enquanto uma *regra válida* deve ser efetivamente cumprida na exata medida de suas prescrições, os *princípios constitucionais* devem ser, além de cumpridos, ponderados, não havendo que se falar em hierarquização ou privilégio de um sobre outro a ponto de viabilizar, pela via inadequada e de maneira indesejada, a anulação de um dos direitos eventualmente postos em situação de colisão.

O emprego da harmonização, muito embora evite a drástica desconsideração de um dos direitos conflitantes em determinado caso concreto, não se trata de uma tarefa pouco complexa, demandando que se adote, para tanto, princípios e critérios de interpretação constitucional que norteiem a análise realizada.

Segundo Canotilho (1993, p. 406), a tensão que reside, por vezes, nas situações de conflito, “é compatível com a *natureza principiai* dos direitos

fundamentais", o que viabiliza o exercício de juízos de ponderação⁷ (*Abwägung*) de bens jurídico-constitucionais afetados a partir da própria constituição, mediante a aplicação dos princípios da proporcionalidade, da necessidade e da adequação, e, em casos extremos, uma ponderação capaz de conduzir a resultados diversos daqueles que se obteria em casos de mera aplicação do princípio da concordância prática, levando em conta condições de fato e de direito existentes no caso concreto.

A proporcionalidade e a razoabilidade, em sua evolução, podem, pois, consistir em meio interpretativo da constituição nos momentos em que se imponha a realização de concordância prática e de ponderação, conformando critérios de controle do poder e exercendo a função de difundir a proibição do excesso, eis que, em sua *dupla face*, como observa Ingo Sarlet (2023, p. 192), "passa a atuar como critério de controle de legitimidade constitucional de medidas restritivas de direitos (do âmbito de proteção dos direitos fundamentais), bem como para o controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento de seus deveres de proteção".

No caso da ADI nº 5.545, julgada e transitada em julgado apenas no corrente ano de 2023, é possível extrair a compreensão de que, ao fundamentar seus votos, os Ministros adotaram noções de proporcionalidade e de razoabilidade como meio interpretativo da constituição para, ao tomar a decisão a respeito da inconstitucionalidade dos dispositivos legais questionados e levados a controle abstrato, adotar como fundamento de constitucionalidade o direito à privacidade, além do princípio constitucional do devido processo legal.

Os direitos fundamentais indicados como violados no caso concreto, são, afinal, positivados na Constituição Federal vigente: sustentou-se que a lei estadual foi escrita de maneira a violar o artigo 5º, inciso X (direito fundamental à proteção da privacidade e da intimidade) e inciso LIV (direito fundamental ao devido processo

⁷ A ponderação de bens jurídico-constitucionais, segundo Canotilho (1993, p. 634), deve estar assentada na noção de que as normas constitucionais não apresentam hierarquia normativa material, de que a ponderação é feita entre *bens constitucionais* e não entre valores "extra-constitucionais" e, ainda, de que a otimização de bens constitucionais levadas a efeito por meio da ponderação não pressupõe exercício arbitrário, abusivo ou *inespecífico* de um direito fora do respectivo âmbito de proteção.

legal, em sua vertente substantiva de proteção da proporcionalidade), ambos da Constituição Federal.

O emprego dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no caso ora analisado torna-se evidente quando o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em seu voto, faz direta menção à necessidade de se “aferir a compatibilidade da lei aos fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observação do princípio da proporcionalidade (Verhältnismässigkeitsprinzip), ou seja, de se proceder à censura sobre a adequação (Geeignetheit) e a necessidade (Erforderlichkeit) do ato” (BRASIL, 2023, p. 104). Nesse ponto, compreendeu-se que a inconstitucionalidade se manifesta pelo excesso de poder, configurando censura na esfera de liberdade de conformação do legislador.

Ainda em seu voto na ADI 5.545/RJ, que acompanhou a relatoria do Ministro Luiz Fuz ao declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais questionados, assim posicionou-se o Ministro Gilmar Ferreira Mendes (BRASIL, 2023, p. 109):

A aplicação do teste de proporcionalidade no exame da constitucionalidade de leis potencialmente violadoras dos direitos à privacidade e à proteção de dados pessoais requer que se examine se a intervenção sobre o direito serve a um propósito legítimo e é necessária, adequada e apropriada como meio para esse fim. De mais a mais, rememoro que os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção. Expressam, igualmente, postulado de proteção. Utilizando-se da formulação de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais contemplam não apenas uma proibição de excesso (Übermassverbote), como, também, uma proibição de proteção insuficiente (Untermassverbote). (CANARIS, Claus-Wilhelm. Grundrechtswirkungen und Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts, JuS, 1989, p. 161).

Compreendeu-se, no caso, ao fim e ao cabo, pela presença de *desproporcionalidade* da medida sugerida na lei estadual: em evidente excesso e desborde dos princípios específicos da *finalidade* e da *necessidade*, previa-se a coleta obrigatória de material genético de mães e recém-nascidos em hospitais e

unidades de saúde, públicas e privadas, dispensado o consentimento⁸, ainda que o cumprimento da finalidade previamente estabelecida – qual seja, evitar a troca de recém-nascidos em unidades hospitalares – pudesse ser alcançado mediante emprego de medidas menos invasivas no que diz respeito à restrição de outros direitos dos titulares envolvidos.

Nesse ponto, cumpre observar a menção feita pelo Ministro em seu voto a respeito da existência de medidas – diversas da coleta irrestrita de material genético em instituições de saúde – menos invasivas e menos restritivas de direitos para alcance da mesma finalidade, podendo-se citar a utilização de pulseiras de identificação numeradas para mãe e filho e a utilização de grampo umbilical enumerado com o número correspondente ao da pulseira. Tratam-se, pois, de medidas menos interventivas na esfera privada das pessoas envolvidas (BRASIL, 2023 p. 5).

Diante, portanto, da proposta de análise do caso sob o prisma da privacidade e da proteção de dados pessoais (como fez o STF no julgado), importa considerar que o direito fundamental em questão envolve duas perspectivas: a *subjéctiva*, relativa à imposição de se proteger a pessoa dos riscos que ameaçam sua personalidade com a coleta de dados; e a *objectiva*, relativa à oferta da garantia ao titular de controlar o fluxo dos seus dados (MENDES, 2014, p. 176). Assim, como observou o Ministro Gilmar Ferreira Mendes (BRASIL, 2023, p. 110), como a dimensão subjéctiva da proteção de dados impõe ao legislador o ônus de apresentar justificativa constitucional para qualquer intervenção que afete à autodeterminação informativa, “a justificativa constitucional da intervenção deve ser traduzida na identificação da finalidade e no estabelecimento de limites ao tratamento de dados em padrão suficientemente específico”.

⁸ A respeito do direito fundamental à proteção de dados sensíveis, Ruaro e Sarlet (2021, p. 191) referem que “exsurge inegavelmente da atual ideia de vigilância e de tecnolocontrole a tarefa de reforçar a importância do consentimento”, tendo as autoras aduzido que a relação entre a proteção de dados e o processo de elaboração de consentimento na vida digital corresponde à observância tanto de um direito/dever de informação das pessoas, quanto de um dever dos agentes públicos e privados de garantir a deliberação livre, a possibilidade de revisão e de retirada do consentimento. Veja-se que, na lei questionada, não sei falou nem da coleta de consentimento (com respectivos requisitos, como de liberdade e transparência), nem dos direitos de revisão e revogação do ato.

Além disso, observa-se que o diploma legal questionado previu a obrigação de fornecimento de dados pessoais sensíveis (genéticos) para composição de um banco de dados sequer regulamentado – tampouco previu, ao menos, prazo para sua regulamentação – sem que apresentasse, ademais, quaisquer menções a elementos outros, igualmente, objeto de proteção no ordenamento jurídico brasileiro: desde a proteção estatal a bancos de dados (como os genéticos, os *biobancos*⁹), até às questões relativas ao ciclo de vida de dados pessoais ou a previsão de meios adequados de armazenamento, manipulação e descarte dos dados manipulados nas instituições de saúde.

Nesse ponto, muito embora o parâmetro de constitucionalidade adotado pelo Tribunal tenha se voltado, de modo específico, à privacidade e ao devido processo legal, tem-se que esse poderia compreender, igualmente, o direito à proteção de dados pessoais, inserido no inciso LXXIX do artigo 5º da Constituição Federal – o que, acredita-se, somente não se realizou porque a ADI fora distribuída em momento anterior à inclusão do direito à proteção dos dados pessoais no rol de direitos fundamentais da Constituição Federal vigente através da Emenda Constitucional nº 115, de 2022.

Faz-se tal menção porque, de maneira evidente, as disposições questionadas na ADI 5.545/RJ violam, inclusive, o direito à proteção de dados pessoais, inclusive, naquilo que diz respeito aos dados sensíveis – que demandam maior proteção porque essencialmente ligados à personalidade humana – e, ainda, os princípios específicos que regem a disciplina: a decisão de procedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade demonstra, de maneira evidente, que os dispositivos não se atentaram à imprescindibilidade de previsão de manipulação de dados pessoais somente no limite daquilo em que *necessário* para se atingir a *finalidade* previamente estipulada para embasar o tratamento de dados previsto.

⁹ A respeito dos biobancos e da proteção que sua manutenção aspira, Fernandes *et al* (2015, p. 296) assevera que, uma vez que não há uma convenção internacional para regular os biobancos de pesquisa humana, por exemplo, é necessário que haja recurso aos sistemas legais nacionais para identificação de princípios e de regras capazes de constituir os "tijolos" na "construção" de um quadro regulatório para as atividades dos biobancos, garantindo que operem com confiabilidade técnica e respeito aos padrões éticos.

No caso concreto, ao contrário, previu-se a coleta abrangente e indiscriminada de dados pessoais, sem atrelar tal coleta e manipulação de dados a uma base legal adequada – eis que menção alguma se fez à necessidade de obtenção de consentimento, tampouco se poderia vincular a questões de saúde, pois a obrigação de coleta abrangia *todas* as mães e *todos* os recém-nascidos, independentemente de questões relacionadas à sua condição física ou ao risco concreto de troca – e, para além disso, deixou-se de fixar meios mais brandos para se atingir a finalidade definida, ainda que existentes e viáveis segundo o STF, caracterizando o excesso.

É possível asseverar que os dispositivos questionados sequer apresentavam, portanto, compatibilidade com as recentes regras previstas na vigente lei geral de proteção de dados, ao passo em que desalinhados com os princípios da finalidade (em razão do qual o tratamento deve se dar para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular), da adequação (pelo que o tratamento deve ser compatível com as finalidades informadas ao titular), da necessidade (que impõe *limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades*) e da segurança (que impõe previsão de utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas), todos previstos no artigo 6º da Lei 13.709/2018 (BRASIL, 2018).

Quanto à *necessidade*, o Ministro Alexandre de Moraes, em seu voto, apontou para a existência de determinação do Ministério da Saúde de “registro biométrico de mães e recém-nascidos mediante identificação palmar – medidas também aprovadas em estados como Goiás e Paraná – e o uso de pulseiras eletrônicas de identificação” (BRASIL, 2023, p. 22), medidas passíveis de ação para prevenir a troca de recém-nascidos em maternidades através de meios menos invasivos em comparação com aqueles previstos na lei fluminense. Destacou o Ministro que “a lei falhou na desproporcionalidade, na falta de adequação, diria até na incompetência de o estado legislar sobre a matéria de proteção de dados importantíssimos como esses” (BRASIL, 2023, p.22).

Nesse cenário, cumpre apontar que a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos da 32ª Sessão da Unesco – cuja existência foi precisamente citada no julgado em análise (BRASIL, 2023, p. 14) – faz, de fato, expressa previsão

à necessidade de consentimento prévio, à não-discriminação e a parâmetros específicos para manipulação de material genético – como é o caso de disposição precisa a respeito de procedimento para manipulação, da forma de conservação e de destruição, do cruzamento, da aplicação e do acompanhamento dos processos – sendo que todos os parâmetros em questão foram, igualmente, desconsiderados pela lei fluminense objeto da ADI 5.545/RJ.

Quanto ao subprincípio da *finalidade*, esse, igualmente, não foi observado na redação dos dispositivos questionados. Nesse ponto, o Ministro Relator Luiz Fux (BRASIL, 2023, p. 67) observou que, “ao não impedir que as amostras de DNA sejam utilizadas em finalidades estranhas à constatação de filiação, o legislador estabeleceu medida excessivamente restritiva a direitos fundamentais, revelando verdadeira proteção deficiente”. Em igual sentido, o Ministro Nunes Marques (BRASIL, 2023, p. 19) acrescentou que o material orgânico coletado poderia tornar-se imprestável para o exame de DNA ao longo do tempo, ser extraviado ou mesmo trocado indevidamente, de modo que a coleta realizada não alcançaria a finalidade colimada pelo legislador.

Tem-se, deste modo, que os dispositivos declarados inconstitucionais pelo STF não guardavam correspondência com o postulado da *proporcionalidade*, violando, portanto, a natureza dos subprincípios constitucionais dela decorrentes. Como bem observa Alexy (2012, p. 116), “a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza”.

Tal conclusão – acerca da *desproporcionalidade* dos dispositivos – aliás, foi adotada pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes (BRASIL, 2023, P. 115 e 121), de maneira a sintetizar a discussão trazida tanto no voto do Ministro Relator Luiz Fux, quanto nos votos dos demais ministros que apresentaram considerações, ao acompanhar o entendimento pela inconstitucionalidade dos dispositivos:

A mencionada norma contraria a recomendação médica acerca do procedimento para investigação paterno-filial e também não traz segurança para a própria identificação,

uma vez que o material genético coletado pode ser trocado. E mais: não há qualquer garantia positivada de que o material não seja utilizado para fins diversos dos previstos na lei, ou seja, que não digam respeito a trocas ou subtração de recém-nascidos. Ao assim proceder, a legislação não se apresenta adequada aos fins pretendidos, bem como flexibiliza o direito fundamental à privacidade, sem garantir a manutenção do sigilo ou a devida proteção quanto à segurança de manuseio. [...] Consequentemente, sem guardar qualquer correspondência com o postulado da *proporcionalidade* e seus subprincípios da *necessidade*, *adequação* e *proporcionalidade em sentido estrito*, a lei em questão, ao obrigar a colheita de material genético, desprezando o elemento volitivo e a real *utilidade para o fim a que se propõe*, além de ser invasiva à *intimidade* e não possuir prazo específico de manutenção do material biológico colhido em sala de parto, detém plúrimas interpretações que podem se sobressair inconstitucionais (BRASIL, 2023, p.. 115 e 121).

Visualiza-se, desse modo, que o Tribunal Constitucional brasileiro tratou de privilegiar a proteção do direito à privacidade no julgado – ainda que tenha se suscitado que a lei objeto de controle visava dar efetividade à identidade genética da pessoa humana – uma vez que, para que houvesse a concomitante e necessária salvaguarda do direito à identidade genética, outras medidas menos restritivas de direitos fundamentais vinculados à esfera da intimidade estavam à disposição (inclusive, na mesma lei estadual datada de 2002).

Está-se a tratar, portanto, do reconhecimento de que o direito à privacidade de dados sensíveis abrande o dever constitucional de se coibir previsão legislativa que preveja, sem a imposição de critérios objetivos de proteção dos dados manipulados, a apropriação de informação genética. Afinal, como constou do acórdão do julgamento do ADI (BRASIL, 2023, p. 3), tal apropriação “gera diversos riscos ao que exsurtem dessa, dentro os quais se destaca a *genetização da vida*”.

O fenômeno designado “genetização da vida”, que reduz o indivíduo à sua dimensão exclusivamente genética, resultando na discriminação de pessoas e na criação de uma nova categoria social das pessoas que potencialmente podem desenvolver uma doença genética (BRASIL, 2023, p. 3), gera, também, conforme Maria Celeste Santos (2001. p. 321), o abandono de uma leitura unitária do ser humano, impondo uma visão cindida e despersonalizada do homem.

A esse respeito, um aspecto adicional a ser enfatizado refere-se à irreversibilidade de certas intervenções genéticas, as quais, se aplicadas sem

reflexão adequada, têm o potencial de extinguir ou modificar drasticamente espécies em um curto período de tempo. Exsurge, atualmente, a indagação sobre as implicações éticas e, principalmente, legais na regulamentação do uso de biotecnologias destinadas ao aprimoramento humano, o que se torna ainda mais relevante devido à falta de transparência nas decisões relacionadas à pesquisa em saúde, que, em teoria, são fortemente influenciadas por interesses sociopolíticos e econômicos. (SARLET, 2020, p. 515). Tais pontos, evidentemente, reportam-se salutarmente frente a uma previsão – como fazia a lei estadual questionada – de criação de um banco de dados genético sem qualquer menção às formas de proteção da sua manutenção e manipulação.

Nesse contexto, pode-se considerar que o STF, ao evidenciar a inconstitucionalidade de dispositivo legal relativo à apropriação de dados genéticos – e, bem assim, rechaçar o desenvolvimento de uma *genetização da vida* emanado da parte infraconstitucional do ordenamento jurídico brasileiro – tratou de trazer luz, mesmo que implicitamente, ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, ao princípio da igualdade e ao fundamento da autodeterminação informativa¹⁰.

Afinal, a categorização de pessoas pautada, exclusivamente, na definição de sua estrutura genética, trataria de violar o preceito da igualdade contido no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade – que, por impor ao estado um dever negativo de *não lesão*, estaria sob risco no momento em que positivada uma previsão de coleta obrigatória de material genético capaz de permitir categorização de seres humanos – além, evidentemente, de instrumentos internacionais firmados pelo Brasil, como é o caso da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, que traz os princípios da *igualdade* e de *respeito à igualmente humana* desde o seu preâmbulo (UNESCO, 2004, p. 1).

Quanto à compatibilidade da decisão do STF com a impossibilidade de perfilamento irrestrito, cumpre mencionar que os riscos atrelados a essa prática (profiling) foram, também, abordados recentemente pela União Europeia na

¹⁰ A autodeterminação informativa apresenta uma fórmula de proteção abstrata que, segundo Laura Schertel Mendes (2020, p. 233) "oferece grande flexibilidade como poder de decisão", pois, como não designa conteúdo de garantia fixo, esse direito pode ser aplicado em inúmeros casos de tratamento de dados (coleta, processamento ou transmissão).

elaboração do AI Act, tendo havido uma alteração substancial na lista de sistemas de IA a serem proibidos na União Europeia, dentre as quais constam sistemas de policiamento preditivo baseados em perfilamento¹¹.

Ademais, no que diz respeito à autodeterminação informativa, cumpre destacar que, muito embora esse não tenha sido reconhecido expressamente como um direito fundamental na Constituição Federal de 1988, esse se apresenta como fundamento natural da disciplina da proteção de dados – entendimento adotado pela Ministra Rosa Weber ao julgar a ADI 6.387 (BRASIL, 2020), que tramitou no STF e trouxe à Corte brasileira a necessidade de larga discussão a respeito do compartilhamento de dados.

Da declaração de inconstitucionalidade emanada do STF no caso da ADI 5.545 extrai-se, portanto, robusta e direta compatibilidade não somente com o direito à privacidade, à intimidade e ao processo legal tomados como parâmetro de constitucionalidade, mas também com a posterior lei geral de proteção de dados e com seus respectivos subprincípios e fundamentos, notadamente, àqueles relativos à *necessidade*, à *adequação* e à *finalidade*, aplicáveis em caso de coleta e de manipulação de dados, além dos relativos à *igualdade*, à *autodeterminação informativa* e à inadequada prática de perfilamento irrestrito.

IDENTIDADE GENÉTICA E GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO: OS FUNDAMENTOS DE CONSTITUCIONALIDADE ADOTADOS PELO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL NO ACÓRDÃO 225/2018

O Tribunal Constitucional de Portugal travou importante debate a respeito da confidencialidade de dados genéticos e do direito à identidade genética no contexto

¹¹ Na elaboração do *Artificial intelligence act*, o Conselho adotou a sua posição comum, em dezembro de 2022, pra propor que se definam como práticas proibidas – dentro de seu sistema de abordagem baseada em risco – as seguintes: "Parliament wants to ban the use of biometric identification systems in the EU for both real-time and ex-post use (except in cases of severe crime and pre-judicial authorisation for ex-post use) and not only for real-time use, as proposed by the Commission. Furthermore, Parliament wants to ban all biometric categorisation systems using sensitive characteristics (e.g. gender, race, ethnicity, citizenship status, religion, political orientation); predictive policing systems (based on profiling, location or past criminal behaviour); emotion recognition systems (used in law enforcement, border management, workplace, and educational institutions); and AI systems using indiscriminate scraping of biometric data from social media or CCTV footage to create facial recognition databases" (EUROPEAN PARLIAMENT, 2023, p. 10).

de gestação de substituição, desencadeado pelo julgamento do processo nº 95/17, julgado em 24/04/2018, sob relatoria do Conselheiro Pedro Machete. No caso em questão, deputados da República requereram, em sede de controle abstrato, a declaração da inconstitucionalidade de preceitos da Lei nº 32/2006 de Portugal (Lei da Procriação Medicamente Assistida – “LPMA”), na redação dada pelas Leis n.ºs 17/2016, de 20 de junho, e 25/2016.

O primeiro dispositivo questionado (artigo 8º da LPMA), relativo à *gestação de substituição*, admitia a celebração de negócios de gestação de substituição a título excepcional e mediante autorização prévia. Desse modo, o pedido de inconstitucionalidade do artigo teve como fundamento os princípios da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, além do dever do Estado de proteção da infância.

Em um segundo momento, questionou-se a constitucionalidade do dispositivo legal relacionado com a *confidencialidade* (artigos 1º e 15º, nº 4, da LPMA), uma vez que tais dispositivos previam imposição de obrigação de sigilo absoluto relativamente às pessoas nascidas em consequência de processo de procriação medicamente assistida com recurso a dádiva de gametas ou embriões, inclusive nas situações de gestação de substituição, sobre o recurso a tais processos ou à gestação de substituição e sobre a identidade dos participantes nos mesmos como dadores ou enquanto gestante de substituição (PORTUGAL, LPMA, 2016).

Argumentou-se que essa previsão foi disposta de modo a violar o direito à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética; além dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da proporcionalidade (PORTUGAL, 2018, p. 107).

Em terceiro lugar, indicou-se a presença de inconstitucionalidade no dispositivo legal que tratava a respeito da determinação de parentalidade, indicando-se, igualmente, frontal violação aos direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e da identidade genética, além dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da proporcionalidade.

Observa-se, assim, que todos os fundamentos de constitucionalidade suscitados para embasar o pedido formulado junto ao Tribunal Constitucional estão expressamente positivados na Constituição da República portuguesa (PORTUGAL, 1976). Afinal, apontou-se existência de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana (artigos 1º e 67º, nº 2, alínea "e"), ao dever do Estado de proteção da infância (artigo 69º, nº 1), ao princípio da igualdade (artigo 13.º) e ao princípio da proporcionalidade (artigo 18º, nº 2); além, ainda dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética (artigo 26, nº 1 e 3).

Partindo-se, portanto, da compreensão de que se postulou pela declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos 1º e 15º, nº 4, tendo como argumento principal a violação ao direito à identidade pessoal e ao princípio da proporcionalidade, ao se analisar a decisão tomada pelo Tribunal Constitucional português naquilo em que diz respeito à confidencialidade dos dados genéticos, compreende-se que o Tribunal entendeu que, no caso concreto, privilegiar o princípio da identidade pessoal consistiria na medida menos restritiva de direitos fundamentais, ainda que eventualmente atenuada a confidencialidade.

Afinal, sobre a regra questionada que impunha a não revelação da identidade do doador à pessoa que nasce da técnica de reprodução assistida heteróloga, o Tribunal Constitucional reconheceu estar – do ponto de vista jurídico-constitucional – perante um conflito de direitos fundamentais: "por um lado, o direito de pessoa nascida de PMA à sua identidade pessoal, donde decorre um direito ao conhecimento da sua ascendência genética e, por outro lado, o direito a constituir família e o direito à intimidade da vida privada e familiar" (PORTUGAL, 2018, p. 6).

Nesse cenário, posicionou-se o Tribunal no sentido de promover uma ponderação, pautada na proporcionalidade¹² como instrumento de interpretação constitucional, para determinar que uma proibição absoluta do acesso à identidade de todas as mulheres que assumam o papel de gestantes de substituição viola,

¹² No julgado consignou-se, ademais, que a segurança jurídica inerente a um Estado de direito democrático impõe que se reconheça que, por força do princípio da proporcionalidade a que devem estar obrigadas as restrições de direitos, "o grau de exigência de determinabilidade e precisão da lei há-de ser tal que garanta aos destinatários da norma um conhecimento preciso, exato e atempado dos critérios legais a que a Administração há-de usar, diminuindo desta forma os riscos excessivos que, para esses destinatários, resultariam de uma norma indeterminada quanto aos próprios pressupostos de atuação da Administração (PORTUGAL, 2018, p. 81).

flagrantemente, os direitos à identidade pessoal e identidade genética, revelando-se medida desproporcional e inadequada (PORTUGAL, 2018, p. 6). Asseverou-se, assim, em Portugal (2018, p. 7), que “a proteção da personalidade exige que o direito tutele o direito à verdade, o direito ao conhecimento das origens genéticas, de modo a que, em última instância, seja preservada a própria identidade pessoal do ser humano”.

Percebe-se, pois, que, ao se realizar ponderação no caso concreto, os elementos que compõem o direito à identidade pessoal não foram suprimidos ou atenuados com a justificativa de defesa de uma confidencialidade abstrata, tendo se considerado (ainda que implicitamente) que bens-jurídicos fundamentais de maior abrangência e em maior proporção estariam – no caso de manutenção do anonimato na forma prevista na lei questionada – em situação de proteção insuficiente ou inexistente, a inviabilizar a efetividade, por completo, de direitos como o direito à identidade pessoal e genética e à livre personalidade.

O juízo de ponderação realizado pelo Tribunal Constitucional português vinculou-se, portanto, ao princípio da proporcionalidade, que, segundo Mendes e Branco (2013, p. 184), “*diz respeito ao último teste do princípio da proporcionalidade (proporcionalidade em sentido estrito)*” e exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do conflito, que não exista outra via menos danosa para o deslinde da questão e que o ônus atribuído ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter naquela atividade (de aplicação do princípio da concordância prática, vinculada à unidade da constituição).

Entende-se que outra não poderia ter sido a posição do Tribunal Constitucional de Portugal se compreendido que a aplicação dos princípios constitucionais (quando aplicáveis) é imprescindível e, nos casos de conflito de direitos relativos a bens-jurídicos constitucionalmente protegidos, como delinea Alexy (2012, p. 117), “o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ambas as decisões, ao aplicar o princípio da harmonização para ponderar a respeito dos direitos fundamentais que embasam as discussões travadas nos casos

em análise (em especial, o direito à privacidade e o direito à identidade pessoal e genética), adotaram a proporcionalidade como meio de interpretação da constituição para chegada a um juízo de inconstitucionalidade dos dispositivos questionados em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

Encontra-se, nesse contexto, essa grande semelhança entre os julgados: a proporcionalidade como método interpretativo constitucional levou os Tribunais Constitucionais a concluir pela imprescindibilidade de, em cada caso concreto, atuar de modo a privilegiar os parâmetros de constitucionalidade que melhor consagram os subprincípios da necessidade, da finalidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito.

Na ADI 5.545/RJ, lançou-se luz sobre a necessidade de efetivação do direito à privacidade e à proteção dos dados genéticos, uma vez que, no caso concreto, havia medidas menos restritivas de direitos capazes de salvaguardar o direito à identidade genética (direito colidente). Já no caso português, privilegiou-se o direito à identidade genética visto que, naquele caso concreto, a abrangência dos bens-jurídicos que aspiravam por proteção nesse sentido era consideravelmente superior à suposta necessidade de proteção de uma confidencialidade abstrata e irrestrita (anonimato dos envolvidos na gestação por substituição).

As diferenças evidentes encontradas nos julgados, que residem na conclusão brasileira pela necessidade de antever a proteção dos dados genéticos e do devido processo legal, ainda que estivesse em discussão o livre exercício da identidade genética; enquanto o Tribunal português, por sua vez, privilegiou a constitucionalidade da identidade genética atrelada à determinação de parentalidade. A distinção se deve, em verdade, às peculiaridades identificadas em cada caso que levaram a tais decisões, sendo que ambas consideraram a aplicação dos princípios constitucionais não apenas da proporcionalidade, mas também da razoabilidade e dos subprincípios da finalidade, da necessidade e da adequação.

O caso brasileiro considerou, sobretudo, que as disposições contidas na Lei 3.990/2002 não apresentavam maiores especificações a respeito da coleta de consentimento para tratamento de dados, do ciclo de vida dos dados pessoais sensíveis (genéticos) coletados, da forma de armazenamento e manipulação adequada, dos meios seguros de descarte, da existência de outras formas menos

invasivas de se atingir a finalidade proposta e, ainda, dos meios de proteção de uso indevido desses dados. Logo, evidenciou-se considerável precariedade em termos de proteção da privacidade que resultou na inconstitucionalidade dos dispositivos. Afinal, é dever do Estado promover a proteção da privacidade não apenas em sua esfera negativa (deixar de violar), mas também em sua esfera positiva (atuar para proteger).

Por outro lado, no caso português, ao tratar, especificamente, sobre gestação por substituição, considerou-se que a identidade pessoal, por compreender o direito ao conhecimento da ascendência genética (história), não poderia ser restringida em nome da proteção de um anonimato não amparado ou suficientemente justificado por elementos objetivos de proporcionalidade e de necessidade, a evidenciar a *desproporcionalidade* da imposição de obrigação de sigilo absoluto sobre a identidade dos participantes dos processos de gestação pro substituição.

Tem-se, portanto, que ambas as decisões, muito embora diferentes na maneira de concluir pelo privilégio ou não do direito à privacidade dos dados genéticos ao adotar parâmetros de constitucionalidade, são semelhantes naquilo em que ponderaram – através do aspecto da proporcionalidade e dos subprincípios da *necessidade*, da *finalidade*, da *adequação* e da *proporcionalidade em sentido estrito* aplicáveis nos casos concretos – visando alcançar o meio mais eficaz de harmonizar direitos e viabilizar a proteção de bens-jurídicos durante a aplicação do *princípio da concordância prática* ante conflito de fundamentais positivados nas constituições do Brasil e de Portugal.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Brasília: Presidência da

República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 6.387*. Requerente Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Deferimento de medida cautelar pela Ministra Relatora Rosa Weber, em 07 de maio de 2020. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895165>. Acesso em: 19 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *ADI nº 5.545/RJ*. Relator Luiz Fux. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4998973>. Acesso em: 10 nov. 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

DÖHMANN, Indra Spiecker gen. A proteção de dados pessoais sob o regulamento geral de proteção de dados da união europeia. In: DONEDA, Danilo et al. [coord.]. *Tratado de proteção de dados pessoais*. 2. reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. In: DONEDA, Danilo et al. [coord.]. *Tratado de proteção de dados pessoais*. 2. reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados*. 2. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

EUROPEAN PARLIAMENT. *Artificial intelligence act – Briefing – EU Legislation in Progress*. European Parliamentary Research Service – EPRS, 2021. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/698792/EPRS_BRI\(2021\)698792_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/698792/EPRS_BRI(2021)698792_EN.pdf). Acesso em: 24 de out. 2023.

FERNANDES, M.S et al. Brazilian legal and bioethical approach about donation for research and patents of human body parts. *J Community Genet*. [s. l.], v.8, n.3, July 2017. Doi: 10.1007/s12687-017-0303-y. Epub 2017 May 29. PMID: 28555435; PMCID: PMC5496841.

FERNANDES, M.S. et al. Genetic information and biobanking: a Brazilian perspective on biological and biographical issues. *J Community Genet*, [s. l.], v.6, n. 3, July 2015. Doi: 10.1007/s12687-015-0242-4. Epub 2015 Jun 13. PMID: 26070434; PMCID: PMC4524876.

RIO DE JANEIRO. *Lei nº 3.990 de 11 de outubro de 2002*. Obriga a adoção de medidas de segurança que evitem, impeçam ou dificultem a troca de recém-nascidos. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 2002. Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/rj/lei-ordinaria-n-3990-2002>. Acesso em 11 nov. 2023.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Limites éticos e jurídicos do projeto genoma humano. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.) *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: RT, 2001.

SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. Uma investigação na perspectiva do sistema normativo brasileiro acerca das possibilidades de regulamentação da edição genética em embriões humanos (CRISP CAS9). In: MENDES, Gilmar Ferreira; HÄBERLE, Peter; BALAGUER CALLEJÓN, Francisco; SARLET, Ingo Wolfgang; STRAPAZZON, Carlos Luiz; AGUILAR CALAHORRO, Augusto (Orgs). *Direitos fundamentais, desenvolvimento e crise do constitucionalismo multinível: livro em homenagem a Jörg Luther*. Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev. atual. – São Paulo: SaraivaJur, 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In: DONEDA, Danilo et al. [coord.]. *Tratado de proteção de dados pessoais*. 2. reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel Campos Soares. O Supremo Tribunal Federal e a proteção constitucional dos dados pessoais: rumo a um direito fundamental autônomo. In: DONEDA, Danilo et al. [coord.]. *Tratado de proteção de dados pessoais*. 2. reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MENDES, Laura Schertel. Autodeterminação informacional: origem e desenvolvimento conceitual na jurisprudência da Corte Constitucional Alemã. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel [coord.]. *Lei geral de proteção de dados (Lei nº 13.709/2018) a caminho da efetividade: contribuições para implementação da LGPD*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 211-242.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. *Processo 95/17*. Acórdão 225/2018. 2018. Disponível em:

<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html>. Acesso em 13 nov. 2023.

PORTUGAL. *Lei nº 32/2006, de 26 de julho de 2006*. Alterada pelas leis nºs 17/2016, de 20 de junho e 25/2016. Procriação medicamente assistida. 2016. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/32-2006-539239>. Acesso em: 10 nov. 2016.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Lisboa: 1976. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 10 nov. 2023.

RUARO, Regina Linden. Direito fundamental à liberdade de pesquisa genética e à proteção de dados pessoais: os princípios da prevenção e da precaução como garantia do direito à vida privada. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 10, n. 2, p. 9-38, mai./ago. 2015.

RUARO, Regina Linden; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales Sarlet. O direito fundamental à proteção de dados sensíveis no sistema normativo brasileiro: uma análise acerca das hipóteses de tratamento e da obrigatoriedade do consentimento livre, esclarecido e informado sob o enfoque da lei geral de proteção de dados (LGPD) – Lei 13.709/2018. In: DONEDA, Danilo et al. [coord.]. *Tratado de proteção de dados pessoais*. 2. reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

UNESCO. *Declaração internacional sobre os dados genéticos humanos*. Tradução: Comissão Nacional da UNESCO - Portugal. Paris: Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura, 2004. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_genericos.pdf. Acesso em: 11 de nov. 2023.

**6. SEPARAÇÃO INFORMACIONAL DE PODERES E LIMITAÇÃO AO
COMPARTILHAMENTO DE DADOS ENTRE ÓRGÃOS DE INTELIGÊNCIA: ANÁLISE DA
BVR Nº 2354/13 DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO E DA ADI Nº
6529 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

*INFORMATIONAL SEPARATION OF POWERS AND LIMITATIONS ON DATA SHARING
BETWEEN INTELLIGENCE AGENCIES: ANALYSIS OF BVR Nº 2354/13 OF THE
GERMAN FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT AND ADI Nº 6529 OF THE FEDERAL
SUPREME COURT*



<https://doi.org/10.36592/9786554601542-06>

Taina Daniele Werle¹

RESUMO

O receio diante do uso e tratamento de dados pela administração pública não é recente e está alinhado com a possibilidade de sua utilização para finalidades incompatíveis com o ordenamento jurídico. Nesse cenário, o presente trabalho traz a problemática do compartilhamento de dados entre órgãos de inteligência, com foco na decisão BVR 2354/13 do TCFA e na decisão da ADI 6529 do STF, abordando as preocupações crescentes com os limites desse compartilhamento em linha com os potenciais riscos para os direitos fundamentais. Com o desenvolvimento do trabalho, foi possível observar que as decisões analisadas reforçam a noção de que a separação informacional de poderes é um elemento crucial quando o assunto é compartilhamento de dados, bem assim que tanto o TCFA quanto o STF reconhecem a importância de definir certos limites ao compartilhamento de dados, inclusive entre órgãos de inteligência e segurança, modo a serem definidos requisitos claros, proporcionais e motivados para tal, garantindo-se a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

¹ Advogada. Mestranda em Direito pela PUCRS. Bolsista CAPES. Especialista em Direito Tributário pela FGV. E-mail: werle.taina@edu.pucrs.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/956764875528022>. O presente trabalho foi realizado com apoio da PUCRS através do PROEX – CAPES.

Palavras-chave: Proteção de Dados; direitos fundamentais; limites constitucionais; poder público.

ABSTRACT

The apprehension regarding the use and handling of data by the public administration is not recent and is aligned with the possibility of its use for purposes incompatible with legal frameworks. In this scenario, this paper addresses the issue of data sharing among intelligence agencies, focusing on the BVR 2354/13 decision of TCFA and the decision of ADI 6529 of STF, discussing the growing concerns about the limits of this sharing in line with potential risks to fundamental rights. Through the development of the paper, it was possible to observe that the analyzed decisions reinforce the notion that the informational separation of powers is a crucial element when it comes to data sharing, and both TCFA and STF recognize the importance of defining certain limits to data sharing, including among intelligence and security agencies, in order to establish clear, proportional, and motivated requirements for such sharing, ensuring the protection of citizens' fundamental rights.

Keywords: Data Protection; fundamental rights; constitutional limits; public authority.

INTRODUÇÃO

Ao longo dos tempos, os Estados têm acumulado uma considerável quantidade de informações sobre os cidadãos, em virtude de suas diversas responsabilidades e funções. Esses dados são empregados na prestação de serviços públicos e, teoricamente, na elaboração de estratégias mais eficazes para a entrega de serviços essenciais à sociedade, assim como na implementação mais apropriada de políticas públicas (ARAÚJO, ZULLO e TORRES, 2020, p. 242).

Atualmente, a administração pública detém uma das maiores quantidades de dados em escala global, que circulam de forma contínua, seja formal ou informalmente. No passado, a coleta, o (re)processamento e, por vezes, a eliminação

desses dados costumavam passar despercebidos, mas essa situação vem mudando significativamente ao longo da última década (CRISTÓVAM e HAHN, 2020, p. 4).

As controvérsias sobre o tratamento de dados pessoais pela administração pública não são recentes, estando vinculados ao receio quanto à possibilidade do uso de dados para finalidades incompatíveis com o ordenamento jurídico vigente (CARVALHO, 2023, p. 142).

No contexto da sociedade atual, entretanto, elevaram-se as preocupações sobre os limites da captação, uso e compartilhamento de dados pelo Poder Público por conta dos potenciais riscos significativos para os direitos humanos e fundamentais, dada a possibilidade de instauração e intensificação de discriminação, práticas abusivas de perfilamento, análise preditiva e vigilantismo, que exacerbam as assimetrias informacionais e culminam na violação da privacidade e da dignidade humana (SARLET e SALES SARLET, 2023, pp. 145-146).

Tanto o Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCFA), em caso onde o objeto era uma reclamação constitucional contra a transferência de dados pessoais recolhidos pelos serviços de informações, quanto o Supremo Tribunal Federal (STF), em caso que abordava a transferência de dados do Sistema Brasileiro de Inteligência para a ABIN, trouxeram, direta ou indiretamente, a questão da separação informacional e das limitações ao compartilhamento de dados na administração pública, mais especificamente, entre órgãos de inteligência, diante do alegado interesse público.

Com base nesse cenário, questiona-se como o Tribunal Constitucional Federal Alemão e como o Supremo Tribunal Federal tem avaliado a limitação ao compartilhamento de dados entre órgãos de inteligência, mais especificamente, com base no BVR 2354/13 do TCFA e na ADI 6529 do STF.

O objetivo central do presente trabalho é trazer considerações sobre o problema proposto e, para tanto, o trabalho possui como objetivos específicos (i) revisar a bibliografia sobre a separação informacional de poderes, que é posta em foco quanto o assunto é o compartilhamento de dados entre órgãos da administração pública, dada necessidade de proteção das informações, bem assim (ii) analisar a BVR 2354/13 do TCFA e (iii) analisar a ADI 6529 do STF.

Assim, o presente trabalho abordará, primeiramente, o tema da separação informacional de poderes para, em seguida, serem apresentados aspectos sobre o caso e a decisão proferida na BVR 2354/13 pelo TCFA e, após, indicados os aspectos sobre o caso e a decisão proferida na ADI 6529 do STF. Ao final serão tecidas conclusões sobre o compartilhamento de dados para os serviços de inteligência, com base na exposição do tema e nas decisões analisadas.

DA SEPARAÇÃO INFORMACIONAL DE PODERES

A nossa Constituição Federal atual prevê um sistema de divisão de poderes, denominado pelo constituinte como separação de poderes, que foi fortemente influenciado pela tradição dos Estados Unidos e, também, se assemelha ao modelo que foi adotado pela Lei Fundamental da Alemanha em 1949 (SALES SARLET e SARLET, 2023, p. 13).

Esse sistema possui como ponto central a colaboração entre os três poderes estatais com o propósito de alcançar os objetivos estabelecidos pela Constituição Federal, contudo, através de uma atuação descentralizada e limitada, permitindo-se a supervisão e fiscalização mútua através de mecanismos que garantem o controle do exercício do poder (SALES SARLET e SARLET, 2023, p. 13).

A relevância da observância da separação (ou divisão) de poderes para a manutenção do Estado Democrático de Direito e da nossa ordem constitucional resta clara, inclusive, diante da constatação de que tal tema encontra-se dentre as matérias que não podem ser objeto de abolição através de emenda constitucional, dado que a Constituição Federal estabelece, como cláusula pétrea, em seu art. 60, § 4º, a separação dos poderes (BRASIL, 1988).

A separação informacional de poderes, por sua vez, nas palavras de Gabrielle Bezerra Sales Sarlet e Ingo Wolfgang Sarlet (2023, p. 13), "consiste em uma ressignificação, tanto lógica quanto necessária, da semântica do princípio da divisão de poderes (art. 2º, CF) à luz do constitucionalismo digital, tendo em vista o atual estado de compartilhamento dos dados em poder do Estado" (SALES SARLET e SARLET, 2023, p. 13). Logo, a divisão informacional apresenta-se como uma

limitação ao compartilhamento de dados na administração pública (SALES SARLET e SARLET, 2023, p. 16).

Necessário destacar que a concentração de poder informacional é um dos fenômenos do tecnoautoritarismo e, assim sendo, a problemática da centralização e da falta de restrições ao compartilhamento de dados pessoais no Poder Público lesiona a proteção de dados e coloca em perigo a própria estrutura democrática e o Estado de Direito (SARLET e SALES SARLET, 2023, p. 137).

Partindo da ideia de que nenhum dado é irrelevante, a preservação dos dados pessoais demanda a restrição ou proibição da unificação informacional, tanto em âmbito privado quanto em âmbito público, por conta do seu potencial danoso significativo à dignidade da pessoa e aos direitos fundamentais, sem desconsiderar o impacto na concretização dos princípios do Estado Democrático de Direito (SARLET e SALES SARLET, 2023, p. 135).

Ademais, em consonância com o acima indicado, a proibição de bases de dados públicas compartilhadas, cujo intercâmbio é indiscriminado entre todos os órgãos estatais, emerge como uma necessidade premente em um Estado Democrático de Direito (SARLET e SALES SARLET, 2023, p. 134).

Laura Schertel Mendes refere que, na sociedade informacional, o poder informacional merece destaque, visto que relacionado ao tratamento de informações e ao conhecimento gerado a partir delas (MENDES, 2022). Esse tratamento, se realizado de modo supervisionado, com os procedimentos adequados, de forma transparente e visando objetivos legais do Estado, pode ser tido como legítimo, não se aplicando tal entendimento, contudo, se a utilização for feita “para subjugar indivíduos através de vigilância ininterrupta e sorrateira, assim como para tomar decisões sem o devido processo legal e sem permitir a participação do cidadão”, oportunidade em que seria, portanto, contrária ao ordenamento jurídico e lesionaria o Estado de Direito (MENDES, 2022).

Assim sendo, por mais que os dados sejam necessários para a implementação de políticas públicas, há necessidade de impor limites ao seu compartilhamento e, adicionalmente, torna-se relevante, como lecionam Gabrielle Bezerra Sales Sarlet e Ingo Wolfgang Sarlet, o reconhecimento do princípio fundamental (e dever) implícito à separação/divisão informacional de poderes, que vincula o Poder Público e exige

que este motive decisões que versem sobre tratamento de dados, para que haja “a configuração efetiva de uma proteção multinível” (SALES SARLET e SARLET, 2022).

O ordenamento jurídico alemão também reconhece um direito à separação informacional (*informationelle Gewaltenteilung*), derivado do direito fundamental à autodeterminação informacional (MARTINS, 2016, pp. 152-153). Sobre tal ponto, ainda que não seja objeto do presente trabalho, merece menção a decisão anterior do TCFA, conforme BVR 1215/07 (BVerfGE 133, 277 – 377), que estabeleceu que normas que viabilizem o intercâmbio de dados entre órgãos policiais e serviços de inteligência devem ser submetidas à rigorosas exigências, considerando a autodeterminação informacional e a separação informacional, devendo ser realizadas apenas excepcionalmente (ALEMANHA, 2013).

Em consonância com o anteriormente referido, tanto o TCFA quanto o STF abordaram, direta ou indiretamente, a questão da separação informacional e as limitações ao compartilhamento de dados na administração pública, mais especificamente, entre órgãos de inteligência, razão pela qual as decisões BVR 2354/13 e ADI 6529 foram objeto de análise no presente trabalho e terão seus aspectos centrais expostos a seguir.

ASPECTOS DA DECISÃO PROFERIDA PELO TCFA – BVR 2354/13

A BVR 2354/13, que teve sua decisão proferida no final do ano de 2022, trata sobre uma reclamação constitucional contra a transferência de dados pessoais recolhidos pelos serviços de informações, mais especificamente, questionando o § 19 Absatz 1 Satz 1, § 20 Absatz 1 Satz 1 e 2, bem assim, § 21 Absatz 1 Satz 1, da Lei sobre a Cooperação Federal e Estatal em Matéria de Proteção da Constituição e sobre o Serviço Federal de Proteção da Constituição (Bundesverfassungsschutzgesetz - BVerfSchG) - com referência à Lei sobre a Base de Dados sobre Extremismo de Direita (Rechtsextremismus-Datei-Gesetz; RED-G) (ALEMANHA, 2022).

Na exposição fática do caso, destaca-se que, nos termos do § 20 Absatz 1 Satz 1 da BVerfSchG, o Serviço Federal para a Proteção da Constituição transmite dados e informações pessoais às forças policiais e ao Ministério Público, se houver

indícios fáticos de que a transmissão é necessária para prevenir ou reprimir crimes contra a segurança do Estado (ALEMANHA, 2022).

Em continuidade, menciona-se que o § 20 Absatz 1 Satz 2, da BVerfSchG, define os crimes contra a segurança do Estado como, entre outros, os crimes enumerados nos §§ 74a e 120 da Lei da Constituição dos Tribunais (GVG). Além de que, § 21 Absatz 1 Satz 1, da BVerfSchG, alarga as obrigações de transmissão do § 20 Absatz 1 Satz 1 e 2, da BVerfSchG, para inclusão, também, das autoridades de proteção da Constituição dos Estados federados (ALEMANHA, 2022).

Relata-se, ainda, que a Lei da Base de Dados sobre o Extremismo de Direita (RED-G) se refere a estes regulamentos de transmissão de informações e que o arquivo de extremismo de direita é uma base de dados (ou arquivo) conjunto das autoridades policiais federais e estaduais e dos serviços de informação, que possui como objetivo o combate ao extremismo violento de direita (ALEMANHA, 2022).

Nesse sentido, em tal arquivo ou base de dados, são armazenados dados pessoais específicos cujo conhecimento seja necessário para a investigação ou, ainda, para a prevenção e repressão contra o extremismo violento de direita (ALEMANHA, 2022).

A reclamação constitucional contra os mencionados dispositivos foi proposta por pessoa que havia sido condenada a uma pena juvenil de três anos por ser cúmplice de nove crimes de homicídio, no julgamento do chamado "*National Socialist Undergroun*", e se encontrava, na época da propositura, em programa de proteção de testemunhas (ALEMANHA, 2022).

Através da reclamação constitucional, o reclamante se opôs contra os poderes de compartilhamento de dados das autoridades de proteção da Constituição, alegando a existência de uma violação ao seu direito fundamental à autodeterminação informativa (ALEMANHA, 2022).

Cumprе destacar, aqui, que o *National Socialist Underground*, ou NSU, é considerado como uma célula terrorista neonazista, que possuía (ou possui) como lema "ações em vez de palavras", tendo cometido assassinatos e roubos na Alemanha, sem grande publicidade sobre as razões dos atos praticados, possuindo como objetivo central causar temor em imigrantes na tentativa de, assim, expulsá-los da Alemanha (WELLE, 2021).

O reclamante, dentre outros argumentos, mencionou que era afetado pelos dispositivos questionados, já que, por ter se envolvido em atividades extremistas, pelos processos NSU, havia uma elevada probabilidade de que os seus dados pessoais fossem transmitidos e armazenados com base nas disposições contestadas (ALEMANHA, 2022).

Também alegou que as disposições lesionam o direito fundamental à autodeterminação informativa sem justificção constitucional, violam o princípio da proporcionalidade e, em parte, a exigência de clareza das normas (ALEMANHA, 2022). Além de que, conforme alegações, indica que a obrigação de transmissão de dados nos moldes dos dispositivos mencionados não poderia ser justificada, uma vez que permite violar o princípio da separação informacional, por conta da amplitude das infrações que lhe dão origem, de modo que, até mesmo um vago prognóstico de um passado extremista, ou que representasse ameaça à segurança, poderia desencadear a obrigação de transmitir os dados (ALEMANHA, 2022).

O Comissário Federal para a Proteção de Dados e a Liberdade de Informação, ao se manifestar sobre o caso, indicou existirem preocupações constitucionais com relação ao tema, uma vez que os requisitos fáticos das disposições contestadas eram vagos e amplos, ainda mais diante da magnitude da violação dos direitos fundamentais envolvida no caso (ALEMANHA, 2022). Ademais, destacou que, por conta das (possíveis) violações à direitos fundamentais serem graves, a proporcionalidade estava em xeque, até mesmo em razão da transferência pretendida não se limitar à proteção de interesses jurídicos particularmente importantes e de fatos concretos ou suficientes para embasá-la, havendo risco de cidadãos inocentes tornarem-se foco dos serviços de informações (ALEMANHA, 2022).

Pois bem. Partindo para a exposição da decisão proferida no presente caso, tem-se que o TCFA entendeu que a reclamação constitucional apresentada era admissível, no que havia sido dirigida contra as disposições de transmissão de informações constantes noo § 20 Absatz 1 Satz 1 e 2, bem assim, § 21 Absatz 1 Satz 1 da BVerfSchG (ALEMANHA, 2022).

A reclamação foi considerada igualmente fundamentada, destacando-se que o direito fundamental à autodeterminação informativa, enquanto expressão do

direito de personalidade, é afetado pela realização de transmissão de dados e informações de caráter pessoal prevista nas disposições impugnadas. Ademais, a transferência de dados pessoais através da qual uma autoridade torna os dados que recolheu acessíveis a outro organismo, na visão do tribunal, constitui uma nova violação dos direitos fundamentais em relação à coleta original de dados (ALEMANHA, 2022).

Em continuidade, o tribunal reconheceu que, inobstante as disposições impugnadas sejam formalmente compatíveis com a Constituição, dada a competência legislativa do Governo Federal nesta matéria, nela não se inclui a regulamentação da cooperação entre autoridades do mesmo Estado. Bem assim, ainda que os dispositivos sejam formalmente compatíveis com a ordem constitucional, os poderes de compartilhamento de dados, no caso analisado, não satisfazem os requisitos constitucionais de clareza das normas e de proporcionalidade, bem como não há requisitos suficientes para o registo adequado da transmissão de dados, na visão do tribunal (ALEMANHA, 2022).

No que toca à clareza das normas, destacou-se que o fator decisivo para a constatação da sua ausência é a compreensibilidade (ou não) do conteúdo previsto pela pessoa afetada pela norma. Logo, as normas não devem conduzir a dificuldades excessivas de aplicação na prática, o que não foi constatado no caso, decidindo-se assim, pela falta de clareza (ALEMANHA, 2022).

Sobre a violação da proporcionalidade, referiu-se que os poderes regulados nos dispositivos questionados também violam tal princípio. Embora reconhecido que os dispositivos (i) servem a um objetivo legítimo de combater de forma eficaz os crimes contra a segurança do Estado e, conseqüentemente, também (ii) protegem a manutenção do Estado, (iii) sua segurança e, adicionalmente, (iv) a vida, integridade física e liberdade dos cidadãos, sendo necessários para alcançar os objetivos no sentido constitucional, por outro lado, tais autorizações de transmissão de dados e/ou informações não são consistentemente compatíveis com as exigências do princípio da proporcionalidade (ALEMANHA, 2022).

Isso pois, conforme retrata o julgado, a transferência de dados e informações pessoais para as autoridades de segurança está sujeita ao princípio de separação informacional. Considerando os poderes de vigilância das autoridades, essas

transferências de informações estão sujeitas a requisitos de motivação mais rigorosos (ALEMANHA, 2022).

Igualmente, as autorizações legais para a transferência de dados, bem como as medidas de transferência em casos individuais, precisam cumprir a proporcionalidade, devendo a transferência ser adequada, necessária e proporcional para alcançar um objetivo legítimo (ALEMANHA, 2022).

As autoridades, como característica das suas atividades, em linha com o exposto pelo tribunal, extraem as suas conclusões de uma grande quantidade de dados que recolhem muito antes das ameaças concretas estarem estabelecidas, bem como realizam filtros e ligações entre as informações recebidas e com resultado de outras agências, a fim de obter informações relevantes e de as transmitir. Entretanto, o fato de as autoridades acessarem grandes quantidades de dados pessoais em condições simplificadas, em grande parte na obscuridade, e possuírem a capacidade de utilizar estes dados para obter informações sobre os cidadãos, só pode ser justificado diante de interesses jurídicos particularmente elevados (ALEMANHA, 2022).

Por conseguinte, o compartilhamento, ainda que de dados obtidos por métodos menos intrusivos, só pode ser admitido diante de interesse público excepcional (ALEMANHA, 2022).

Seguindo na análise da decisão, observa-se a indicação de que, no caso de compartilhamento de dados com serviços de inteligência ou autoridades penais, a transmissão somente seria possível para a repressão de infrações graves, além de exigir que haja uma suspeita baseada em fatos específicos para os quais existam circunstâncias concretas e fundamentadas (ALEMANHA, 2022). Tais requisitos não teriam sido observados no que tange aos dispositivos impugnados, uma vez que nem todas as infrações enumeradas nos §§ 74a e 120 da GVG – e referidas pelos dispositivos questionados – possuíam a natureza de infrações graves (ALEMANHA, 2022).

As disposições impugnadas estariam permitindo, na visão do tribunal, o compartilhamento ou transferência de dados quando houvesse tão somente indícios de que a medida seria necessária à prevenção ou repressão de crimes contra a

segurança do Estado, independentemente de existir, em verdade, situação de ameaça concreta (ALEMANHA, 2022).

Por fim, destaca-se que não houve, com base nos dispositivos questionados, a indicação efetiva do fundamento jurídico invocado para permitir a realização da transmissão desejada (ALEMANHA, 2022). Uma vez que a transferência de dados para outros organismos constitui uma ingerência nos direitos fundamentais, exige decisão formal para tal, na qual devem ser examinados os respectivos requisitos legais para justificar a efetivação do compartilhamento de dados (ALEMANHA, 2022).

ASPECTOS DA DECISÃO PROFERIDA PELO STF – ADI 6529

A ADI 6529, julgada em 2021, foi proposta objetivando a declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 4º, § único, da Lei nº 9.883/99, que dispõe sobre o compartilhamento de dados dentro do Sistema Brasileiro de Inteligência (SISBIN), e prevê, mais especificamente, que os órgãos componentes do SISBIN deveriam fornecer para a ABIN, para fins de integração, dados e conhecimentos relacionados com a defesa dos interesses nacionais.

Dentre os argumentos que fundamentaram o pedido de reconhecimento da inconstitucionalidade, indicou-se que a ABIN desempenha um papel central no Sistema Brasileiro de Inteligência, assumindo responsabilidades fundamentais de planejamento, execução, coordenação, supervisão e controle das atividades de inteligência e que, para cumprir essas funções, detém poder para requisitar informações junto aos demais órgãos do sistema (BRASIL, 2021).

Contudo, dada a extensão do SISBIN, tal constatação poderia indicar que a ABIN possui poder de solicitar informações de investigações confidenciais, dados fiscais sigilosos, relatórios do COAF, registros de sigilo telefônico e outras informações altamente sensíveis (BRASIL, 2021).

Nesse cenário, a ADI foi proposta como tentativa de limitar o alcance da mencionada previsão legal, visando esclarecer que, embora haja a possibilidade de compartilhamento de informações entre órgãos da administração pública no âmbito do SISBIN, existem limites constitucionais para tal, devendo as solicitações serem

adequadamente justificadas sob a perspectiva da proporcionalidade, sem comprometer os direitos fundamentais dos cidadãos (BRASIL, 2021).

Argumentou-se ainda no sentido de que o dispositivo questionado não estava alinhado, ao menos, ao direito fundamental ao sigilo, previsto no art. 5º, XII, da CF, e ao direito fundamental à intimidade e à vida privada, conforme previsão do art. 5º, X, da CF (BRASIL, 2021).

Na decisão do caso, restou destacada a indiscutível importância da atividade de inteligência na preservação da segurança nacional, bem assim que a eficácia dessas operações geralmente está vinculada ao caráter confidencial do processo e das informações coletadas. No entanto, tratando-se de um Estado Democrático de Direito, é imperativo que essa função estatal, assim como todas as outras, esteja sujeita a um controle que possibilite a avaliação de sua conformidade com as estritas finalidades públicas a que se destina (BRASIL, 2021).

Necessário lembrar que, no passado do Brasil, serviços de inteligência foram utilizados, com abuso de poder, para identificação e perseguição política de opositores durante a ditadura militar (BRASIL, 2021). Nesse contexto, mister alinhar as atividades de inteligência com o regime democrático, no qual a perseguição de opositores e o aparelhamento político do Estado não são tolerados e, dado o histórico brasileiro, é imperativo implementar um controle efetivo dessas atividades, garantindo o estrito cumprimento de sua finalidade institucional (BRASIL, 2021).

Logo, imprescindível que os dados a serem fornecidos estejam diretamente relacionados a um interesse público objetivamente comprovado e respaldados por uma motivação específica (BRASIL, 2021).

Ademais, se o fornecimento de dados pelos órgãos componentes do SISBIN à ABIN possui o fito de integrar os órgãos e tornar eficiente "a defesa das instituições e dos interesses nacionais", só o compartilhamento daquelas informações relacionadas verdadeiramente com tais finalidades seria compatível com a Constituição Federal (BRASIL, 2021).

A decisão de compartilhamento, portanto, conforme entendimento do STF, deve ser devidamente motivada, permitindo eventual controle de legalidade, pois, ainda que a atividade de inteligência se desenvolva em regime de sigilo ou de restrição de publicidade, tal circunstância não afasta a obrigação de motivação dos

atos administrativos, ainda mais se estes atos envolverem acesso a dados e informações sensíveis dos cidadãos e existir um potencial de limitação e/ou lesão a direitos fundamentais (BRASIL, 2021).

Além do mais, não basta que a medida cumpra o interesse público e seja adequadamente motivada, é imprescindível que haja um procedimento adequado e a segurança dos sistemas, inclusive com registro de acessos para possibilitar eventual responsabilização futura, se necessário (BRASIL, 2021).

Concluiu-se, assim, pelo julgado mencionado, que existem requisitos a serem seguidos para o compartilhamento de dados entre órgãos da administração pública, inclusive em se tratando de órgãos de inteligência, devendo ser observados os limites delineados constitucionalmente.

A importância da decisão da ADI nº 6529 para o tema da separação informacional de poderes, na ordem jurídica brasileira, é destacada por Gabrielle Bezerra Sales Sarlet e Ingo Wolfgang Sarlet que, ao tratarem sobre o tema da separação informacional, citam este como um primeiro importante julgado, que deixou claro o repúdio ao poder sem controle e a indispensabilidade da motivação e da observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, não sendo admitidas arbitrariedades (SARLET e SALES SARLET, 2023, p. 140).

Para mais, indicam os autores que, com base na decisão, é reconhecida a necessidade de limitação ao compartilhamento de dados, podendo os órgãos componentes do SISBIN fornecer dados à ABIN só se comprovado o interesse público da medida e seguindo as exigências para tal (SALES SARLET e SARLET, 2023, p. 13).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através do presente trabalho, considerando a análise do tema da separação informacional de poderes e do compartilhamento de dados entre órgãos da administração pública, mais especificamente, dos órgãos de inteligência, bem assim diante dos aspectos trazidos sobre as decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCFA) e pelo Supremo Tribunal Federal (STF), foi

possível extrair algumas conclusões relevantes no que toca aos limites do compartilhamento de dados entre órgãos de inteligência.

No cenário internacional, a decisão do TCFA, conforme BVR 2354/13, ressaltou a importância da clareza nas normas que regem o compartilhamento de dados, bem como que, ainda que as normas questionadas, formalmente, possuam compatibilidade com a Constituição, a falta de requisitos claros e proporcionais para a medida podem comprometer a sua constitucionalidade.

Adicionalmente, destacou-se, pelo julgado do TCFA, a necessidade de rigorosas exigências para permissão do compartilhamento de dados, considerando a autodeterminação informativa e a separação informacional.

Já no âmbito nacional, a decisão do STF na ADI 6529 trouxe parâmetros essenciais para o tema do compartilhamento de dados na administração pública e pelos órgãos de inteligência, sendo um dos primeiros julgados envolvendo, também, a separação informacional.

Na decisão do STF, destacou-se a exigência de motivação específica e de relação direta com o interesse público, além da adequada segurança das informações, como requisitos indispensáveis para o compartilhamento de dados, modo a assegurar a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Ambas as decisões analisadas reforçam a noção de que a separação informacional de poderes é um elemento crucial quando o assunto é o compartilhamento de dados na administração pública. Tanto na Alemanha quanto no Brasil as cortes constitucionais reconhecem a importância de definir certos limites, impondo requisitos claros, proporcionais e motivados para garantir a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA, BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 28. September 2022 - 1 BvR 2354/13 -, Rn. 1-167. Disponível em: https://www.bverfg.de/e/rs20220928_1bvr235413.html. Acesso em: 05 dez. 2023.

ALEMANHA, BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 24. April 2013 - 1 BvR 1215/07 -, Rn. 1-233. Disponível em: https://www.bverfg.de/e/rs20130424_1bvr121507.html. Acesso em: 05 dez. 2023.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de; ZULLO, Bruno Almeida; TORRES, Maurílio. Big Data, algoritmos e inteligência artificial na Administração Pública: reflexões para a sua utilização em um ambiente democrático. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 80, p. 241-261, abr./jun. 2020. DOI: 10.21056/aec.v20i80.1219.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6529*. Distrito Federal. Relator: Cármen Lúcia. Julgado em: 11 out. 2021.

CARVALHO, Lucas Borges de. O poder público e a proteção de dados pessoais no Brasil: novos desafios, velhas práticas administrativas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 282, n. 2, p. 133-162, 2023. DOI: 10.12660/rda.v282.2023.89347. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/89347>. Acesso em: 29 nov. 2023.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; HAHN, Tatiana Meinhart. Administração Pública orientada por dados: Governo aberto e infraestrutura nacional de dados abertos. *Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública*, v. 6, n. 1, p. 1-24, 2020. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdagp/article/view/6388>. Acesso em: 25 nov. 2023.

MARTINS, Leonardo. *Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais*. Volume 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade. São Paulo: Konrad-Adenauer Stiftung KAS, 2016. Disponível em: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=4f4eb811-9fa5-baeb-c4ce-996458b70230&groupId=268877. Acesso em: 05 dez. 2023.

MENDES, Laura Schertel. *Democracia, poder informacional e vigilância: Limites constitucionais ao compartilhamento de dados pessoais na Administração Pública*. O Globo, 2022. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/blogs/fumus-boni-iuris/post/2022/08/laura-schertel-democracia-poder-informacional-e-vigilancia.ghtml>. Acesso em 05 dez. 2023.

SALES SARLET, Gabrielle Bezerra Sales, SARLET, Ingo Wolfgang. *Separação Informacional de Poderes na Ordem Jurídico-Constitucional*. Série "Direito, Tecnologia, Inovação e Proteção de Dados num Mundo em Transformação". Coordenado por Ingo Wolfgang Sarlet, Laura Mendes, Danilo Doneda. São Paulo: Expressa, 2023.

SALES SARLET, Gabrielle Bezerra; SARLET, Ingo Wolfgang. O STF e o compartilhamento de dados no âmbito do poder público. *Revista Consultor*

Jurídico, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-out-21/direitos-fundamentais-stf-compartilhamento-dados-ambito-poder-publico/>. Acesso em: 03 dez. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang; SALES SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. Notas sobre os limites do compartilhamento de dados pessoais e a separação informacional de poderes no Brasil – A contribuição do STF. *In: Direitos fundamentais na era digital: Anuário 2023 das Comissões Especiais de Proteção de Dados (CEPD) e de Direito Digital (CEDD)*. Laura Schertel Mendes et al. (Org.). Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2023. p. 133-150.

WELLE, Deutsche. *Terror de extrema direita: "A NSU segue viva"*. Isto é. Publicado em 04.11.2021. Disponível em: <https://istoe.com.br/terror-de-extrema-direita-a-nsu-segue-viva/>. Acesso em: 05 dez. 2023.

**7. DO DIREITO FUNDAMENTAL À INVIOABILIDADE DAS COMUNICAÇÕES
TELEFÔNICAS: AFINAL, O QUE FOI DECIDIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
QUANDO DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 625.263-PR –
TEMA 661?**

*THE FUNDAMENTAL RIGHT TO THE INVIOABILITY OF TELEPHONE COMMUNICATIONS:
AFTER ALL, WHAT WAS DECIDED BY THE SUPREME FEDERAL COURT IN THE JUDGMENT
OF EXTRAORDINARY APPEAL Nº 625.263-PR – THEME 661?*



<https://doi.org/10.36592/9786554601542-07>

William de Quadros da Silva¹

RESUMO

O presente artigo tem como objeto tecer alguns comentários críticos a respeito da tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 625.263-PR, que permitiu a autorização sucessiva de interceptação telefônicas, e por tempo indefinido, quando preenchidos os requisitos constitucionais e legais. O texto inicia-se com um relato do caso, expondo-se o histórico do processo e um resumo dos votos proferidos; depois, far-se-á uma revisão da teoria dos direitos fundamentais e das possibilidades de sua restrição e, por fim, estuda-se, especificamente, a inviolabilidade das telecomunicações, sob o ponto de vista da normatividade alemã e brasileira. Trata-se de uma pesquisa exploratória-descritiva, que faz uso das técnicas de pesquisa de estudo de caso, consistente no acórdão oriundo do STF e revisão bibliográfica dos temas examinados.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; inviolabilidade das telecomunicações; garantia da fundamentação; Lei nº 9.296/1996.

ABSTRACT

The purpose of this article is to make some critical comments about the thesis established by the Federal Supreme Court when it ruled on Extraordinary Appeal nº 625.263-PR, which allowed successive authorization of telephone interceptions, and for an indefinite period of time, when the constitutional and legal requirements were met. The text begins with an account of the case, setting out the history of the case and a summary of the votes cast; then there is a review of the theory of fundamental rights and the possibilities of restricting them and, finally, a specific study of the inviolability of telecommunications, from the point of view of German and Brazilian legislation. This is an exploratory-descriptive study, which makes use of case study

¹ Advogado. Mestre em Ciências Criminais e mestrando em Educação (PUCRS). Membro do ARGOS - Grupo de Pesquisa Interdisciplinar em Educação Digital. E-mail: william.quadros.silva@outlook.com.

research techniques, consisting of the STF ruling and a bibliographical review of the topics examined.

Keywords: Fundamental rights; inviolability of telecommunications; guarantee of justification; Law nº 9.296/1996.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto tecer alguns comentários críticos a respeito da tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE 625.263/PR, que permitiu a autorização sucessiva de interceptação telefônicas, e por tempo indefinido, quando preenchidos os requisitos constitucionais e legais, tese essa correspondente ao tema 661 quando reconhecida a repercussão geral do respectivo assunto.

O texto inicia-se com um relato do caso, expondo-se o histórico do processo e um resumo dos votos proferidos, com o objetivo de se compreender a real questão debatida e decidida; depois, far-se-á uma revisão da teoria dos direitos fundamentais e das possibilidades de sua restrição, e, por fim, estuda-se, especificamente, a inviolabilidade das telecomunicações, sob o ponto de vista da normatividade alemã e brasileira.

Trata-se de uma pesquisa exploratória-descritiva, por meio de um estudo de caso (YIN, 2010), consistente no acórdão oriundo do STF, com o objetivo de se compreender a controvérsia e os motivos da decisão, para posterior exame crítico que será feito por meio de uma revisão bibliográfica dos temas examinados.

RE 625.263/PR (TEMA 661): BREVE RELATO

Inicialmente, faz-se um breve relato do histórico do processo, da origem ao Supremo Tribunal Federal, para que se possa compreender a questão debatida.

Os pacientes impetraram *habeas corpus* perante o Tribunal Regional da 4ª Região (TRF4) sustentando a nulidade absoluta do processo criminal, eis que ele se desenvolveu a partir de provas ilícitas, por derivação, porque elas seriam decorrentes de uma interceptação telefônica nula, ao argumento de que a medida foi autorizada fora dos ditames legais. Neste caso, as autorizações foram deferidas de forma

sucessiva, com fundamentação deficiente quanto à necessidade da medida. A ordem, contudo, foi denegada pela Corte Regional (BRASIL, 2006).

A causa foi levada ao Superior Tribunal de Justiça, oportunidade em que o *mandamus* foi concedido, de forma unânime, anulando-se todo o processo criminal (BRASIL, 2008). O Ministério Público Federal interpôs recurso extraordinário e que foi provido, por maioria, pelo Pretório Excelso, reestabelecendo-se o feito (BRASIL, 2022).

Na oportunidade, o placar da votação foi de 6x4. O relator original foi o Min. Gilmar Mendes, sendo o redator para o acórdão o Min. Alexandre de Moraes. O Min. Luís Barroso declarou-se impedido para votar neste caso.

Este recurso extraordinário deu azo ao tema 661, firmando-se a seguinte tese:

São lícitas as sucessivas renovações de interceptação telefônica, desde que, verificados os requisitos do artigo 2º da Lei nº 9.296/1996 e demonstrada a necessidade da medida diante de elementos concretos e a complexidade da investigação, a decisão judicial inicial e as prorrogações sejam devidamente motivadas, com justificativa legítima, ainda que sucinta, a embasar a continuidade das investigações. São ilegais as motivações padronizadas ou reproduções de modelos genéricos sem relação com o caso concreto.

Antes de se comentar os votos da Corte Suprema, faz-se necessário um resumo dos votos proferido quando do julgamento pelo Tribunal da Cidadania.

O, então relator, Min. Nilson Naves, manifestou-se no sentido de reconhecer que o debate girava em torno da ponderação, da aplicação do princípio da proporcionalidade entre os direitos individuais dos pacientes (inviolabilidade das comunicações telefônicas) vs. direitos coletivos (segurança pública). O direito previsto no art. 5º, XII, CF/88 é fundamental e sua restrição decorre da própria Lei Maior, que disciplina a forma de sua limitação, neste caso, uma lei específica: Lei n.º 9.296/96. Assim, o cerne da questão não diria respeito a uma colisão aparente de direitos, mas sim do respeito (ou não) aos critérios legais que autorizam a violação desse direito pelas instâncias ordinárias, pois foram autorizadas sucessivas interceptações com fundamentação carente, além de exceder os prazos

estabelecidos pela legislação sobre esta medida investigativa. Seu entendimento foi seguido pelos demais integrantes do colegiado².

O Ministério Público Federal interpôs recurso extraordinário, sustentando: a) violação ao art. 93, IX, CF/88; b) art. 136, § 2º, pois, limitar a medida investigativa da interceptação telefônica a um período temporal, implicaria risco à segurança pública, violação ao princípio da proibição da proibição deficiente, bem como que as decisões anuladas foram devidamente fundamentadas. Por fim, este caso deu origem a diversas outras investigações que poderiam ser anuladas na manutenção da ordem concedida. O recurso extraordinário não foi conhecido, porém, o respectivo agravo foi provido pelo Min. Eros Grau, encaminhando o processo ao Plenário. A repercussão geral foi reconhecida, sendo tombada sob o tema n.º 661. O caso foi levado a julgamento apenas em março 2022, 14 anos depois da decisão proferida pelo STJ.

Nas palavras do relator, o Min. Gilmar Mendes, "A questão jurídica com repercussão geral reconhecida no presente recurso extraordinário cinge-se a examinar a constitucionalidade de sucessivas prorrogações do prazo de autorização para a interceptação telefônica". Ou seja, deveria haver um limite temporal para que o Estado pudesse violar o direito fundamental às comunicações telefônicas? Em caso negativo, quais seriam os critérios que o justificassem? O relator recorda que a matéria já ensejou uma condenação brasileira na CIDH (caso Escher). Em seu voto, foi superada a restrição temporal, de modo que o objeto de controvérsia diria respeito

² Comunicações telefônicas. Sigilo. Relatividade. Inspirações ideológicas. Conflito. Lei ordinária. Interpretações. Razoabilidade. 1. É inviolável o sigilo das comunicações telefônicas; admite-se, porém, a interceptação "nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer". 2. Foi por meio da Lei nº 9.296, de 1996, que o legislador regulamentou o texto constitucional; é explícito o texto infraconstitucional? e bem explícito? em dois pontos: primeiro, quanto ao prazo de quinze dias; segundo, quanto à renovação? "renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova". 3. Inexistindo, na Lei nº 9.296/96, previsão de renovações sucessivas, não há como admiti-las. 4. Já que não absoluto o sigilo, a relatividade implica o conflito entre normas de diversas inspirações ideológicas; em caso que tal, o conflito (aparente) resolve-se, semelhantemente a outros, a favor da liberdade, da intimidade, da vida privada, etc. É que estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana (Maximiliano). 5. Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse, com efeito, o prazo de lei (Lei nº 9.296/96, art. 5º), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º), ou razoável prazo, desde que, é claro, na última hipótese, haja decisão exaustivamente fundamentada. Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei nº 9.296/96, evidente violação do princípio da razoabilidade. 6. Ordem concedida a fim de se reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito. (HC n. 76.686/PR, relator Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 9/9/2008, DJe de 10/11/2008)

aos requisitos normativos para a execução desta medida, em especial, a sua imprescindibilidade e necessidade de fundamentação consistente, justificando eventuais sucessões por prazo indeterminado.

O insucesso prévio das interceptações anteriores demandaria uma fundamentação qualificada, pois seria um indício da precariedade deste meio de investigação, não justificando a flexibilização do direito fundamental em exame, o que não ocorreu no caso concreto, cujas decisões eram padronizadas, genéricas, levando ao improvimento da inconformidade ministerial e manutenção do decisum *a quo*. Seu voto foi seguido pelos Min. Dias Toffoli, Min. Nunes Marques e Min. Ricardo Lewandowski.

A divergência foi aberta pelo Min. Alexandre de Moraes que, na abertura de seu voto, defendeu que a tese sugerida pelo relator “acaba com a interceptação telefônica; se queremos acabar com a interceptação telefônica, então, aí, não há problema”. Prossegue o ministro afirmando que existiriam outros meios de prova mais eficientes. Agora, neste caso concreto, o ministro votou no sentido de que as decisões que deferiram as interceptações, sucessivas foram suficientemente fundamentadas, ainda que sucintamente, de acordo com o grau exigido para aquela etapa processual. Diante de uma possível colidência entre direitos (individuais vs. coletivos), há que se proceder a uma harmonização entre eles, pois os direitos individuais não seriam absolutos. No caso concreto, as normas constitucionais e legais que permitiam a restrição ao direito em tela forem respeitadas e que o entendimento do STJ contrariou a jurisprudência do STF a respeito do tema, colacionando diversos julgados sobre o assunto. O voto foi seguido pelo Min. Luiz Fux, Min. Edson Fachin, Min. Cármen Lúcia, Min. Rosa Weber. O Min. André Mendonça mudou seu voto, filiando-se à divergência³.

³ CONSTITUCIONAL E PENAL. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. AFASTAMENTO DO SIGILO DE DADOS TELEFÔNICOS QUE SOMENTE PODERÁ SER DECRETADO, DE FORMA EXCEPCIONAL, POR ORDEM JUDICIAL DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA PELO JUIZ COMPETENTE PARA A AÇÃO PRINCIPAL, QUANDO O FATO INVESTIGADO CONSTITUIR INFRAÇÃO PENAL PUNIDA COM RECLUSÃO E DESDE QUE PRESENTE A INDISPENSABILIDADE DESSE MEIO DE PROVA. POSSIBILIDADE DE RENOVAÇÕES SUCESSIVAS DESDE QUE DEMONSTRADA A SUA NECESSIDADE DIANTE DE ELEMENTOS CONCRETOS E A COMPLEXIDADE DA INVESTIGAÇÃO, RESPEITADO O LIMITE DE 15 (QUINZE) DIAS ENTRE CADA UMA DELAS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. 1. A interceptação telefônica, prevista no art. 5º, XII, da Constituição Federal e regulamentada pela Lei n. 9.296/96, dependerá de ordem judicial (cláusula de reserva jurisdicional) e deverá ser expedida pelo juiz competente para a ação principal, em decisão devidamente fundamentada que demonstre a sua

DA LIMITAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como mencionado por Cláudio Ari Mello, "o centro de gravidade do constitucionalismo contemporâneo são os direitos fundamentais" (2004, p. 125), portanto, além de ser essencial a compreensão de sua configuração, é igualmente importante se saber as hipóteses de suas limitações e restrições, visto que nenhum direito é absoluto, sob pena de incompatibilidade entre si, bem como da própria convivência humana harmônica em qualquer sociedade (PEREIRA, 2006, p. 132).

Os direitos fundamentais não existem isoladamente; o ordenamento jurídico é a soma deles todos, o conjunto final resultante de sua normatividade, por isso, alguns desses direitos foram previstos de forma aberta, possibilitando flexibilizações, de acordo com a casuística, sem perder o seu núcleo essencial e

conveniência e a indispensabilidade desse meio de prova (HC 94.028/AM, Rel. Min. CÁMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe de 29/05/2009; Inq 2.424/RJ, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, DJe de 26/03/2010; HC 103.418/PE, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 14/11/2011; HC 96.056/PE Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 08/05/2012). 2. O afastamento do sigilo de dados telefônicos somente poderá ser decretado, da mesma maneira que no tocante às comunicações telefônicas, nos termos da Lei n. 9.296/96 e sempre em caráter de absoluta excepcionalidade, quando o fato investigado constituir infração penal punida com reclusão e presente a imprescindibilidade desse meio de prova, pois a citada lei vedou o afastamento da inviolabilidade constitucional quando não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal ou a prova puder ser feita por outros meios disponíveis, não podendo, em regra, ser a primeira providência investigatória realizada pela autoridade policial. 3. Possibilidade de sucessivas prorrogações da interceptação telefônica, desde que demonstrada a necessidade de renovar a medida e respeitado o limite de 15 (quinze) dias entre cada uma delas, sem que exista violação ao art. 5º, da Lei n. 9.296/96. Precedentes da CORTE: RHC 120.111/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe 31/03/2014; HC 145.569-AgR/MT, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 28/09/2017; HC 137.820/RJ, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Redator para o acórdão Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 12/06/2018; HC 130.596-AgR/SP, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 30/08/2018; HC 128.755-AgR/PA, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 18/02/2020; RHC 192.427-AgR/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 30/11/2020; HC 201.609-AgR/SP, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 17/06/2021; ARE 1.320.336-AgR/GO, Rel. Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, DJe de 29/09/2021; HC 204.378-AgR/MT, Rel. Min. NUNES MARQUES, DJe de 3/2/2022. 4. No caso concreto, diante da demonstração, mínima e razoável, de que a medida era imprescindível para elucidação dos fatos, especialmente se levada em conta as ações criminosas investigadas, não há como declarar a nulidade das decisões que, embora sucintas, estão de acordo com o dever de fundamentação exigido pelo art. 93, IX, da Constituição Federal. 5. Recurso extraordinário provido, com a fixação da seguinte tese para o Tema 661: "São lícitas as sucessivas renovações de interceptação telefônica, desde que, verificados os requisitos do artigo 2º da Lei nº 9.296/1996 e demonstrada a necessidade da medida diante de elementos concretos e a complexidade da investigação, a decisão judicial inicial e as prorrogações sejam devidamente motivadas, com justificativa legítima, ainda que sucinta, a embasar a continuidade das investigações. São ilegais as motivações padronizadas ou reproduções de modelos genéricos sem relação com o caso concreto". (RE 625263, Relator(a): GILMAR MENDES, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 17-03-2022, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-109 DIVULG 03-06-2022 PUBLIC 06-06-2022)

colidir com outros direitos, além de possibilitar que normas de menor grau hierárquico (leis ordinárias, por exemplo) possam regular o seu funcionamento (exercício e restrição) (PEREIRA, 2006, p. 133-134).

O Supremo Tribunal Federal, por meio do tema 661, decidiu quais seriam os requisitos para que fosse lícita a restrição ao direito fundamental da inviolabilidade das telecomunicações. Foram declaradas constitucionais as disposições da Lei n.º 9.296/1996, especificamente, as decisões proferidas em um caso específico, mas sem o estabelecimento de critérios mais rigorosos sobre o grau de fundamentação exigido.

Nenhum direito fundamental seria absoluto e há exceções ao seu pleno exercício por parte de seus titulares, ou imposição de limitações por terceiros interessados. Assim, a primeira questão relaciona-se à fonte normativa dessas restrições. Os direitos fundamentais tem, por fonte, a Constituição Federal, logo somente poderiam ser limitados por meio e/ou com autorização dela (MENDES; BRANCO, 2018, p. 200).

Desse modo, toma-se de exemplo o tema deste trabalho: a norma constitucional contida no art. 5º, XII, CF/88:

Art. 5º, XII, CF/88: é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

O referido dispositivo constitucional estatui as hipóteses de (in)violabilidade das telecomunicações: a) lei prévia; b) fins de investigação criminal ou instrução processual penal; c) ordem judicial. Entretanto, do mesmo modo como corre com a jurisdição do TCF, tais requisitos não são suficientes para que um direito seja relativizado.

A existência de lei prévia diz respeito à garantia da *reserva legal*, porém, é preciso que essa lei não empregue termos vagos, genéricos ou indeterminadas, capazes de conferir abertura semântica e reduzir o âmbito de tutela dos direitos fundamentais; por outro lado, a existência de uma lei específica impede que existam

outros diplomas legislativos sobre a mesma matéria, bem como auxiliam o intérprete na compreensão do núcleo essencial do direito em si. A exigência de lei é chamada de reserva legal simples, contudo, no âmbito da interceptação telefônica, estamos diante de uma reserva legal qualificada, pois outros critérios devem ser atendidos. Neste caso, o material obtido por meio da interceptação deve ser empregado como prova em processo criminal, vedada a sua utilização para instruir expedientes de outra natureza (cível, trabalhista, administrativo...), após o deferimento de uma ordem judicial autorizadora da medida, sob pena de completa nulidade (MENDES; BRANCO, 2018, p. 203-207).

Aqui, é preciso se salientar a qualidade dos pressupostos constitucionais exigidos para a flexibilização deste direito fundamental, em especial, a finalidade do produto dessa medida: investigação criminal ou instrução processual penal, porque vai ao encontro do entendimento do Tribunal Constitucional Alemão, ao determinar que o objetivo seja igualmente de ordem/hierarquia constitucional ou semelhante, impossibilitando que o legislador ordinário possa ampliar as hipóteses (MARTINS, 2020, p. 160).

A existência de um lei prévia seria um critério formal, porém, essa mesma lei deverá ser submetido a um juízo de proporcionalidade, a fim de que não haja uma violação, em demasia, da norma constitucional. Ou seja, quando houver a previsão de restrição de um direito fundamental, ela deve ocorrer de forma pontual e necessária a um fim específico, apta a tutelar outro direito fundamental, preservando-se o seu núcleo essencial (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2020, p. 402 e ss).

Embora o tema central do RE tenha sido o reconhecimento da ausência ou não de fundamental judicial das decisões que deferiram as sucessivas interceptações telefônicas, não se pode negar que havia um assunto subjacente, qual seja: a segurança pública. Haveria um conflito entre esses direitos? Segurança pública é um direito fundamental e passível de ser exigido do Estado? Esse debate tem sido frequente nos últimos anos e influenciado a opinião pública e o atuar do Poder Judiciário, visto que existe um senso comum de que o direito penal, ao menos, no Brasil, serviria como um instrumento de pacificação social e não limitação do poder punitivo estatal. Assim, ainda que houvesse o reconhecimento desse direito

fundamental, não haveria a dita colisão entre ela e as liberdades individuais, com a sua paulatina erosão; pelo contrário: a tutela efetiva dos direitos fundamentais individuais teria, como consequência, uma tutela com maior eficácia da segurança pública da coletividade (GHIRINGHELLI, 2009).

A ideia de uma possível colisão entre direitos fundamentais individuais vs. coletivos fez com que o Tribunal Constitucional Alemão viesse a admitir provas ilícitas, por violação da norma constitucional, em seu entender, na oportunidade em Ada Grinover escreveu sobre o tema (GRINOVER, 1976, p. 145-146)

DA INVIOABILIDADE DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS

A essência da tutela das telecomunicações relaciona-se com a defesa do direito à intimidade e da privacidade estabelecida entre os interlocutores. A correspondência e as telecomunicações são apenas os meios pelos quais os cidadãos mantêm contato indireto entre si, motivo pelo qual o que está em exame é o conteúdo dessas mensagens (SARLET; MARINONI, MITIDIERO, 2020, p. 482-483).

A Lei Fundamental alemã tutela o direito à inviolabilidade das comunicações em seu art. 10º, item 1; bem como admite restrições a esse direito, mediante uma lei ordinária. Essa restrição pode ocorrer por via judicial (em regra) ou por via administrativa, quando se tratar de casos urgentes e/ou de segurança nacional, nos termos do item 2.

O art. 10 II GG é fruto de uma reforma constitucional em 1968, como fruto das tensões decorrentes da Guerra Fria, em virtude da existência de grupos radicais. O referido dispositivo legal demanda dois requisitos, a saber: a) existência de lei prévia; b) ordem judicial. Por tal motivo, defende-se que se trata de uma reserva qualificada, porque não basta haver uma lei autorizadora da medida. E, aqui, a limitação somente seria autorizada quando a justificativa fosse de natureza penal ou relacionada à segurança pública, não muito diferente do que ocorre no Brasil (MARTINS, 2020, p. 156-159).

Contudo, não basta uma simples decisão judicial para que essa norma seja atendida. O Tribunal Constitucional Federal (TCF) aplica à própria lei um juízo de proporcionalidade, com o objetivo de avaliar se as suas finalidades abstratas são

suficientes para a restrição do direito fundamental em exame; aqui, a fonte da restrição é da mesma hierarquia ao direito referido: a Lei Fundamental, de modo que uma lei ordinária não atenderia ao rigoroso exame do TCF. E não basta haver lei, porque ela não poderia autorizar a restrição de um direito fundamental quando o seu objetivo fosse a persecução de crimes menos graves, exercendo um juízo estrito de proporcionalidade que vai além do que se espera de uma Corte Constitucional (MARTINS, 2020, p. 159-160).

Entretanto, não haveria vedação para que um dos próprios interlocutores da conversa efetuada viesse a gravá-la, ainda que de forma clandestina, visto que não se trata de uma interceptação, ou seja, a intervenção de terceiros no processo comunicativo. O STF admite lícita a prova, caso ela seja empregada pelo interlocutor em defesa de direito próprio em face do outro. O tema sofreu alterações por parte da Corte Suprema: inicialmente, foi reconhecida a ilicitude, mas, depois, a prova foi admitida como lícita (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2020, p. 485).

Antes do atual ordenamento constitucional, o direito em estudo encontrava-se protegido no art. 153, § 9º da Constituição Federal de 1969, com a ressalva de que não havia qualquer previsão normativa para a sua restrição, portanto, na hipótese de uma prova ser produzida, o reconhecimento de sua nulidade deveria passar pelo crivo da proporcionalidade em conjugação a outros direitos (GRINOVER, 1976).

Entre a promulgação da Carta Magna (05.10.1988) e da entrada em vigor da lei especial (25.07.1996), havia um vácuo normativo, pois a antiga legislação que disciplinava o tema (Lei n.º 4.177/1962 – Código de Telecomunicações) não foi recepcionado pelo STF, logo, não havia qualquer norma no ordenamento jurídico que permitisse a interceptação telefônica (TAVARES, 2013, p. 536)

Agora, no tocante à Lei nº 9.296/1996, algumas considerações precisam ser feitas, eis que, como mencionado anteriormente, não basta a existência de uma lei prévia e uma autorização judicial para que a restrição seja tida como lícita.

A denúncia anônima, por si só, não justifica o deferimento da medida investigativa. Nos termos da legislação especial, este é um meio de prova subsidiário, ou seja, o pedido deveria ser indeferido quando *a prova puder ser feita por outros meios disponíveis* (art. 2º, II), de modo que o conteúdo da interceptação não possa se constituir do único meio de prova em desfavor dos suspeitos. A medida

deve ser proporcional e realizada com razoabilidade aos fins propostos e dentro das demais normas respectivas, aqui disciplinadas pela Resolução n.º 59/2008 do Conselho Nacional de Justiça (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2020, p. 485-486). E, na esteira do posicionamento do TCF, não é qualquer espécie de crime que pode ser investigado por meio desta invasiva medida: somente os crimes que sejam punidos com penas de reclusão. O restante da lei disciplina outros critérios legais de ordem logística.

Ou seja, além dos requisitos constitucionais e legais, a medida, quando de sua execução, deverá atender a regras administrativas, para preservação de sua integridade probatória, sob pena de imprestabilidade e nulidade da prova produzida.

Tais elementos adicionais visam dar concretude ao princípio da proporcionalidade e seus três conhecidos desdobramentos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Esta teoria deriva, justamente, da avaliação da reserva de lei (simples) para casos mais complexos, onde se passou a exigir uma legislação mais detalhada (qualificada), de acordo com os direitos em voga (HESS, 2017, p. 274).

Contudo, como visto no relato do caso em estudo, o Supremo Tribunal Federal não se debruçou sobre os critérios específicos da lei que autoriza a interceptação telefônica, mas sim tratou de analisar um requisito comum a todas as medidas que impliquem a restrição de direitos fundamentais, em especial, aqueles que demandam autorização judicial prévia: a garantia da motivação, esculpida no art. 93, IX, CF/88.

O referido dispositivo legal estatui que: *todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)*. Isto é, estamos tratando de uma norma constitucional de cunho processual que, se desrespeitada, implica a nulidade do ato. No acórdão paradigma, segundo o entendimento da Corte Suprema, todos os requisitos constitucionais e legais que disciplinam a restrição das telecomunicações foram atendidas e esses requisitos encontram-se presentes nos fundamentos empregados quando do deferimento do pedido.

Na ótica dos acusados, a autoridade judiciária de 1º grau não teria atendido aos ditames da Lei n.º 9.296/1996 ao autorizar as interceptações, tais como a imprescindibilidade da medida, frente a outros meios de prova; a necessidade da

prorrogação sucessiva, por quase 2 anos, diante dos resultados das diligências prévias etc. Assim, por meio dos fundamentos do juízo de origem, foi possível o exercício do contraditório e da ampla defesa, assim como do controle judicial em grau recursal pelas demais instâncias (TRF4, STJ e STF), atendendo às características desta garantia processual constitucional (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2020, p. 884-890), ainda que os Tribunais tenham tido diferentes entendimentos sobre a norma em análise, neste caso concreto (destaca-se). A própria tese firmada, ao final do julgamento, concluiu pela permissão da restrição ao direito fundamental da inviolabilidade das telecomunicações, sem prazo determinado, desde que fundamentada a decisão, porém, não foi construído qualquer modelo decisório de motivação. Pode-se concluir que a tese firmada apenas reforçou as normas dispostas no art. 5º, XI e 93, IX, ao decidirem que a fundamentação é um critério para qualquer decisão válida constitucionalmente.

O art. 93, IX, CF/88 não estabelece os critérios para que uma decisão seja considerada como motivada e essa não é uma característica apenas dessa norma constitucional, por isso, somente com o tempo, por meio da práxis, é que o próprio sistema acabará por conferir os desenhos normativos respectivos (ROTHENBURG, 2017, p. 121), embora, neste tema específico, a Lei Maior, assim como a Lei n.º 9.296/1996 estabeleçam quais critérios precisam ser atendidos para que a decisão que autoriza a interceptação seja tida como motivada. E, no entendimento do Pretório Excelso, ainda que de forma sucinta, esses ditames foram atendidos.

A própria fundamentação das decisões judiciais é um direito fundamental, embora não esteja elencado no rol do art. 5º e que, apenas em 1988, foi positivada na Constitucional. Tratava-se de um princípio processual, cuja configuração ficava limitada às disposições dos códigos. Porém, agora que essa garantia foi erigida a um direito fundamental, ela precisa ser tratada dessa forma, tal como os demais direitos fundamentais clássicos. E, sendo um direito fundamental (recente), é preciso se levar em consideração todo o seu histórico e desenvolvimento cultural e normativo. É preciso se compreender o seu conceito e núcleo essencial, assim como eventuais hipóteses de restrição e a sua funcionalidade, ou seja, como ele é interpretado e aplicado pelas Cortes no país, em especial, pelo Supremo Tribunal Federal (PEREIRA, 2006, p. 75-78).

O caso Escher, mencionado pelo Min. Gilmar Mendes em seu voto, envolveu interceptações telefônicas irregulares, requeridas pela polícia militar, em face de organizações que teriam ligação com o Movimento Sem-Terra (MST), e não pessoas físicas, e que foram deferidas pelo juízo. O Ministério Público local, de ofício, requereu o reconhecimento da completa ilicitude dessas provas, aos seguintes argumentos: i) ausência de legitimidade da PM; ii) ausência de fundamento legal para o pedido; iii) ausência de justificativa; iv) ausência de sigilo do expediente; v) ausência de fundamentação; vi) ausência de prévia intimação do MP sobre a medida; vii) ausência de fundamentação jurídica, e sim política, pois as interceptações serviram para finalidades diversas à investigação criminal, o que foi deferido (GIACOMOLLI, 2016, p. 63-64).

A dificuldade de compreensão da tese firmada, e seus pressupostos jurídicos, é fruto do modelo decisório colegiado existente no Brasil. Trata-se do formato *seriatim*, na qual a decisão final não espelha o julgamento da instituição (ex: STF), mas se compreende como sendo a soma dos julgamentos individuais de seus componentes, cada qual com motivações e conclusões distintas sobre a mesma causa, isto é, a matéria não é decidida de forma integral por todos os juízes (ALVIM, 2023, p. 169-173).

Assim, é permitido se perguntar, afinal, o que realmente fora decidido quando do julgamento do RE 625.263/PR – TEMA 661? Certamente não foi o direito fundamental à inviolabilidade das comunicações e as hipóteses constitucionais permissivas, como se esperava, mas outra matéria.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho tinha como meta analisar o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE 625.263/PR, tema n.º 661 de repercussão geral, e que resultou na tese de que é possível a prorrogação sucessiva de interceptações telefônicas, sem limite temporal, desde que atendidos os requisitos legais, em especial a fundamentação das decisões judiciais autorizadas da medida.

Existe um ponto pacífico na literatura, assim como na jurisprudência brasileira, que nenhum direito fundamental é absoluto e que são passíveis de restrições, desde que atendidos alguns critérios, especialmente ordem judicial *fundamentada*, ou seja, que explique os motivos da limitação desse direito a algum episódio específico. Não se trata do debate a respeito da colisão de direitos, implicando um juízo de ponderação e proporcionalidade, mas sim se os requisitos normativos foram cumpridos.

O caso foi levado à Suprema Corte brasileira para se deliberar sobre a nulidade da ausência de fundamentação das decisões, visto que se trata de requisito essencial à restrição de um direito fundamental, ficando o tema sobre a inviolabilidade das telecomunicações (e todos os seus vieses constitucionais e legais) fora da discussão principal, sendo tratadas de forma reflexa, mas sem a mesma atenção.

Ao final, percebe-se que o STF reconhece que as restrições de direitos fundamentais exigem uma prévia autorização normativa, neste caso, estabelecida pela própria Constituição, porém, superada a questão temporal, o critério limita-se à existência de uma decisão judicial suficientemente fundamentada, que justifique a violação ao direito fundamental, mas sem a formulação de critérios objetivos para que, em futuros casos, possa-se aferir se esse requisito foi observado, diante de sua subjetividade.

Ou seja, houve uma inversão do direito fundamental em discussão na Corte Suprema: da inviolabilidade das telecomunicações passou-se ao da fundamentação das decisões, alterando substancialmente a compreensão sobre o acórdão. Isso só foi possível através do estudo de caso, analisando-se o histórico do processo, e não apenas a decisão isolada em si, uma metodologia de pesquisa que ainda precisa ser melhor assimilada para aperfeiçoamento das ciências no campo jurídico.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. [Lei Fundamental (1949)]. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Trad. Assis Mendonça. Revisor jurídico: Urbano Carvelli. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 4 dez 2023.

ALVIM, Teresa Arruda. *A fundamentação das sentenças e dos acórdãos*. Curitiba: Editora Direito Contemporâneo, 2023.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; BASSO, Maura. Segurança pública e direitos fundamentais. *Leituras de direito constitucional*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009, p. 269-292.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 4 dez. 2023.

BRASIL. Lei n.º 9.296, de 24 de julho de 1996. *Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm. Acesso em: 4 dez. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional da 4ª Região. *Habeas corpus n.º 2006.04.00.031493-8/PR*. Sétima Turma, Rel. Des. Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère, j. 24 out. 2006. Disponível em: www.trf4.jus.br.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus n.º 76.686/PR*. Sexta Turma, Rel. Nilson Naves, j. 9 set. 2008. Disponível em: www.stj.jus.br.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário n.º 625.263/PR*. Plenário, Rel. Gilmar Mendes, redator p/ acórdão: Alexandre de Moraes, j. 17 mar. 2008. Disponível em: www.stf.jus.br.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. São Paulo: Saraiva, 1976.

HESS, Heliana Maria Coutinho. Apontamentos sobre o princípio da proporcionalidade na Alemanha e no Brasil: aplicações ao direito midiático. In: PRETTO, Renato Siqueira de; KIM, Richard Pae; TERAOKA, Thiago Cortizo (coord.). *Interpretação constitucional no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017, p. 271-296.

MARTINS, Leonardo. *Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais – v. IV: liberdade de reunião; sigilo de comunicação; liberdade de locomoção; inviolabilidade do domicílio*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

MELLO, Claudio Ari. *Democracia constitucional e direito fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROTHENBURG, Walter Claudius. O tempo como fator de aplicabilidade das normas constitucionais. In: PRETTO, Renato Siqueira de; KIM, Richard Pae; TERAOKA, Thiago Cortizo (coord.). *Interpretação constitucional no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017, p. 119-136.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

YIN, Robert K. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. Trad. Ana Thorell. 4. ed. Porto Alegre; Bookman, 2010.

8. AS REDES SOCIAIS E O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS: A VISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

SOCIAL NETWORKS AND THE PROCESSING OF PERSONAL DATA: THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION'S VIEW



<https://doi.org/10.36592/9786554601542-08>

*Fabrizio Predebon da Silva*¹

RESUMO

A autoridade nacional da concorrência da Alemanha fundamentou uma decisão em caso de defesa da concorrência na violação do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados pelo Grupo Meta, afirmando que o tratamento dos dados *off*- Facebook consiste em abuso de posição dominante no mercado de redes sociais *online*. O caso chegou ao Tribunal de Justiça da União Europeia, que, respondendo a questões prejudiciais submetidas pelo Tribunal Regional Superior de Düsseldorf (Alemanha), interpretou dispositivos do RGPD, em decisão que tutela a proteção de dados pessoais e outros direitos fundamentais, ao passo que limita os poderes das grandes empresas gerenciadoras de redes sociais.

Palavras-chave: Redes sociais; tratamento de dados pessoais; consentimento.

ABSTRACT

The German national competition authority based a decision in a competition defense case on the violation of the General Data Protection Regulation by Meta, stating that the processing of off-Facebook data constitutes an abuse of a dominant position in the online social networking market. The case reached the Court of Justice of the European Union, that, responding to preliminary questions submitted by the Higher Regional Court of Düsseldorf (Germany), interpreted provisions of the GDPR, in a decision that protects personal data and other fundamental rights, while limits the powers of large social media management companies.

Keywords: Social media; processing of personal data; consent.

INTRODUÇÃO

A ascensão e consolidação das redes sociais *online* estão diretamente ligadas ao sucesso do desenvolvimento e implementação da tecnologia, assim como do

¹ Mestrando na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Procurador da República.

modelo de negócios adotado. Com efeito, o Facebook, que é parte na decisão ora analisada, oferece aos usuários a possibilidade de utilização gratuita da rede social, enquanto financia suas atividades por meio da publicidade feita sob medida para cada indivíduo.

A personalização dos anúncios publicitários em larga escala tornou-se possível pela automatização da captura e tratamento de dados pessoais, que são fornecidos no registro cadastral na plataforma ou obtidos durante a navegação tanto dentro da rede social – curtidas, compartilhamentos, buscas, cliques, comentários, publicações – como fora – dados capturados de outros aplicativos e serviços do grupo Meta e de outros sítios eletrônicos e aplicativos que permitem que o grupo Meta capture os dados de navegação com a utilização de Cookies². Com base no tratamento desses dados pessoais, a Meta cria o perfil de cada usuário e produz informações detalhadas sobre as suas preferências e interesses, o que possibilita a entrega de anúncios sob medida (TJUE, 2023, p. 11).

O tratamento de dados pessoais realizado pela Meta tem por base os Termos de Serviço, os Termos de Uso, a Política de Dados, a Política de Cookies e a Política de Privacidade (identificados adiante apenas como Termos de Serviço), que são de aceitação obrigatória para a o uso da rede social e dos demais produtos da Meta. Municada do consentimento geral obtido no momento do registro, a empresa obtém os dados de utilização do usuário de diferentes dispositivos (computadores, celulares, tablets) enquanto navega nos produtos da Meta e de terceiros, e cruza com a conta do usuário nos produtos da Meta (Facebook, Instagram e outros).

Foi nesse contexto que a autoridade Federal da Concorrência da Alemanha proibiu a Meta Platforms, a Meta Platforms Ireland e o Facebook Deutschland de condicionar, aos usuários residentes na Alemanha, o uso do Facebook à possibilidade de captação e tratamento de seus dados pessoais *off-Facebook* (proveniente de outros produtos do grupo Meta e de sítios eletrônicos e produtos de terceiros), e de realizar o tratamento desses dados sem consentimento, com base apenas nos Termos de Serviço em vigor. Ademais, a autoridade determinou que os

²Central de Privacidade. Meta. Disponível em: <<https://www.facebook.com/privacy/policies/cookies/?subpage=subpage-1.7>>. Acesso em: 11/09/2023.

Termos de Serviço fossem adaptados para deixar claro que tais dados não serão recolhidos, utilizados ou cruzados com as contas de usuários do Facebook sem o consentimento do usuário. Por fim, a autoridade pontuou que o consentimento não é válido quando constitui condição para a utilização da rede social. De acordo com a autoridade Federal da Concorrência da Alemanha, a previsão nos Termos de Serviço do tratamento dos dados *off*-Facebook consiste em abuso de posição dominante no mercado de redes sociais *online* e em violação ao art. 6º, nº 1, e art. 9º, nº 2, do Regulamento (EU) 2016/679 (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados - RGPD).

A decisão foi objeto de recurso ao Tribunal Regional Superior de Düsseldorf (Alemanha), que suspendeu o julgamento e submeteu ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) questões prejudiciais:

[...] em primeiro lugar, quanto à possibilidade de as autoridades nacionais da concorrência controlarem, no âmbito do exercício das suas competências, a conformidade de um tratamento de dados pessoais com os requisitos estabelecidos no RGPD; em segundo lugar, quanto à possibilidade de um operador de uma rede social em linha tratar os dados pessoais sensíveis do titular dos dados, na aceção do artigo 9.o, n.os 1 e 2, deste regulamento; em terceiro lugar, quanto à licitude do tratamento dos dados pessoais do utilizador em causa por parte desse operador, em conformidade com o artigo 6.o, n.o 1, do referido regulamento; e, em quarto lugar, quanto à validade, à luz do artigo 6.o, n.o 1, primeiro parágrafo, alínea a), e do artigo 9.o, n.o 2, alínea a), do mesmo regulamento, do consentimento dado a uma empresa com uma posição dominante no mercado nacional das redes sociais em linha, para efeitos desse tratamento. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, 2023, p.12).

A DECISÃO DO TJUE QUANTO ÀS QUESTÕES PREJUDICIAIS

O TJUE, ao responder às questões prejudiciais, interpretou artigos do RGPD, do Tratado da União Europeia (TUE) e do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), conforme os subtópicos a seguir.

INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 51 E SEQUINTE DO RGPD E DO ARTIGO 4º, Nº 3, DO TUE

O Tribunal Regional Superior de Düsseldorf questionou se a autoridade da concorrência de um Estado-Membro, no exame de eventual abuso de posição dominante (art. 102 do TFUE), pode constatar que os Termos de Serviço da empresa e sua aplicação estão em desacordo com o RGPD, e se essa constatação pode ocorrer quando há em curso investigação pela autoridade de controle principal competente (art. 56, nº 1, RGPD).

As autoridades de controle, previstas no art. 51 do RGPD, são autoridades públicas independentes responsáveis pela fiscalização da aplicação do Regulamento, com a finalidade de proteger os direitos e liberdades fundamentais no tratamento de dados e facilitar a sua circulação na União. Para tanto, elas têm poderes de investigação, de correção, consultivos e de autorização, nos termos do art. 58, nº 1 a 3, do RGPD. Note-se que, no caso sob análise, não foi a autoridade de controle prevista no RGPD que constatou a desconformidade entre os Termos de Serviço do Facebook e sua aplicação e o RGPD, mas a autoridade nacional da concorrência da Alemanha.

No entender do TJUE, a constatação pela autoridade nacional da concorrência do abuso de posição dominante por desrespeito ao RGPD e a imposição de medidas para fazer cessar esse abuso com fundamento no direito da concorrência não invade os poderes previstos no art. 58 do RGPD, reservados às autoridades de controle (TJUE, 2023, p. 18).

Essa visão está alinhada às transformações proporcionadas pelo desenvolvimento da tecnologia da informação e comunicação, em um mundo cada vez mais digital, em que se fala em capitalismo de plataforma (Nick Srnicek, 2017), capitalismo de vigilância (Shoshanna Zuboff, 2015) e capitalismo de dados (Sarah Myers West, 2019). A nova realidade posta tem os dados pessoais como bens que, ao serem tratados, conferem poderes e vantagens econômicas e políticas a quem os utiliza. Nesse sentido, não devem os dados pessoais serem excluídos do âmbito de análise da autoridade da concorrência no exercício de suas atribuições, sob pena de prejuízo ao direito da concorrência na União.

No entanto, a autoridade nacional da concorrência deve observância às decisões das autoridades de controle, caso elas já tenham analisado o caso ou casos semelhantes, e deve consultar as autoridades de controle e solicitar cooperação (art. 4º do TUE), quando, no exercício das suas atribuições, entender que há desconformidade com o RGPD, para sanar suas dúvidas ou decidir se deve aguardar decisão das autoridades de controle antes de realizar a sua própria investigação. Caso as autoridades de controle não objetem e não apresentem resposta em prazo razoável, pode a autoridade nacional da concorrência prosseguir a sua investigação (TJUE, 2023, p. 18).

INTERPRETAÇÃO DO ART. 9º, Nº 1, E Nº 2, ALÍNEA “E”, DO RGPD

O Tribunal Regional Superior de Düsseldorf questionou se o tratamento de dados pessoais por redes sociais originados de registros e compras *online* em sítios de terceiros e obtidos por *cookies* ou tecnologia semelhante deve ser considerado como tratamento de categorias especiais de dados, nos termos do art. 9º, nº 1, do RGPD, e se a consulta a sites ou aplicativos relacionados às categorias especiais de dados do art. 9º, nº 1, e a introdução de dados ou a interação com botões, como *like* e *share*, ou botões que permitam o *login* nesses sítios e aplicativos com as credenciais de usuário da rede social, telefone ou endereço eletrônico do usuário, tornam manifestamente públicos tais dados recolhidos por *cookies* ou tecnologia semelhante.

As categorias especiais de dados reúnem dados pessoais que mais impactam nos direitos e liberdades fundamentais. Eles se equiparam aos dados sensíveis previstos no art. 5º, inciso II, da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), e as possibilidades de seu tratamento são mais restritas. Nos termos do art. 9º, nº 1, do RGPD, eles revelam “a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa.” O tratamento das categorias especiais de dados é proibido, de acordo com o art. 9º, nº1, do RGPD, excetuando-se os casos do art. 9º, nº 2, da RGPD, figurando

dentre elas o fato de o titular manifestamente torná-los público (alínea “e”).

Os dados produzidos pela interação entre o usuário de rede social e sites e aplicativos relacionados às categorias especiais de dados se enquadram no art. 9º, nº 1, do RGPD quando o seu tratamento permite revelar informações pertencentes a essas categorias. Nesse caso, o tratamento é em regra proibido, ressalvadas as exceções do nº 2 do art. 9º. (TJUE, 2023, p. 20).

Tais dados sensíveis revelam características e condições personalíssimas, com enorme potencial discriminatório, devendo ser tutelados prioritariamente (Caitlin Sampaio Mullholand, 2018, p. 165 e 166). Nesse sentido, a decisão dá concretude a um dos objetos e objetivos do RGPD, que é defender os direitos e liberdades fundamentais, com especial ênfase ao direito à proteção de dados pessoais, e previne que situações com alto potencial discriminatório sejam criadas a partir do tratamento desnecessário de dados sensíveis dos usuários, em materialização do princípio da minimização dos dados (art. 5º, nº 1, alínea “c”).

Em relação à exceção do art. 9º, nº 2, alínea “e”, reforça o TJUE que a consulta a sítios eletrônicos e aplicativos relacionados às categorias de dados especiais não significa intenção de tornar tais consultas e os dados a partir delas originados de conhecimento público (TJUE, 2023, p. 21). Entendimento contrário deixaria os titulares de dados pessoais mais vulneráveis do que já são na relação com quem realiza o tratamento e utiliza tais dados. Também aniquilaria a privacidade dos usuários, que teriam seus dados sensíveis captados e tratados a partir de meras consultas a aplicativos e sítios eletrônicos.

Já quanto à inserção de dados e a interação com botões como *like* e *share* nesses sítios, segundo o Tribunal, só se pode considerar que o titular dos dados relativos às categorias especiais manifestamente tornou-os públicos caso tenha, “com base numa parametrização individual efetuada com pleno conhecimento de causa, manifestado claramente a escolha de que esses dados sejam tornados acessíveis a um número ilimitado de pessoas” em decisão prévia ao fornecimento ou ao acionamento dos botões (TJUE, 2023, p. 21).

Não basta uma cláusula de consentimento ampla e geral nos Termos de Serviços das redes sociais para que todo e qualquer dado pessoal do usuário seja obtido e tratado, sob pena de tornar a autodeterminação informativa uma mera

formalidade a ser atendida pela inclusão de texto padrão no contrato. O consentimento para o tratamento de dados pertencentes às categorias especiais, no caso sob análise, deve ser expresso, com base em informações fornecidas pelo site ou aplicativo antes da inserção dos dados ou da interação com botões. A interpretação dada pelo tribunal à exceção do art. 9º, nº 2, "e", é restritiva, favorecendo a proteção de dados e dos direitos fundamentais ante a livre circulação de dados.

INTERPRETAÇÃO DO ART. 6º, Nº 1, ALÍNEAS "B" E "F", DO RGPD

O Tribunal Regional Superior de Düsseldorf questionou se a obtenção de dados pessoais dos usuários de redes sociais provenientes (os dados) de outros serviços do grupo controlador da rede social ou de terceiros, o cruzamento desses dados com as contas dos usuários dessa rede social ou a utilização desses dados podem ser considerados necessários para a execução de um contrato no qual os titulares sejam partes (alínea "b") ou para efeito de interesses legítimos perseguidos pelo responsável pelo tratamento ou por terceiro (alínea "f").

No entender do TJUE, em relação à alínea "b", o cruzamento de dados pessoais provenientes de outras atividades do grupo ou de terceiros pelos gerenciadores da rede social com a conta do usuário na rede social apenas pode ser considerado necessário para a execução de um contrato "se esse tratamento for objetivamente indispensável para realizar uma finalidade que faça parte integrante da prestação contratual destinada" (TJUE, 2023, p. 27) ao usuário parte. Não se está a falar de tratamento de dados útil à execução, mas aquele sem o qual o objeto principal do contrato não poderia ser entregue. Além disso, a necessidade somente se configura se não houver outro meio menos invasivo para a correta execução do contrato (TJUE, 2023, p. 24).

Quanto ao tema, a utilização dos dados pessoais torna possível a personalização da entrega de conteúdo e de anúncios publicitários, revelando-se útil ao usuário e mais útil ainda ao gerenciador da rede social, considerando que a moderação de conteúdo tem o potencial de aumentar o engajamento do usuário, resultando em mais interação e produção de dados na plataforma. Apesar de útil, o

TJUE não vê a personalização dos conteúdos como necessária para o fornecimento do serviço de rede social aos usuários (TJUE, 2023, p. 24).

Devemos ter em conta também que, por vezes, os dados em bloco reúnem dados sensíveis e não sensíveis, e caso não seja possível dissociá-los, o tratamento de todo o bloco é proibido, conforme interpretação do TJUE ao art. 9º, nº 1, do RGPD (TJUE, 2023, p. 22-23).

Quanto à alínea "f", o cruzamento de dados provenientes de fora da rede social com a conta do usuário da rede social só pode ser considerado necessário para a consecução de interesses legítimos, nos termos do dispositivo, se feito "na estrita medida do necessário para a realização desse interesse legítimo e que resulte de uma ponderação dos interesses opostos" (TJUE, 2023, p. 27), não podendo tal interesse legítimo prevalecer sobre os direitos e liberdades fundamentais dos usuários.

O RGPD, no considerando 49, enuncia como interesse legítimo a segurança da rede e das informações, que é a capacidade da rede ou sistema informático de resistir a eventos acidentais ou maliciosos que "comprometam a disponibilidade, a autenticidade, a integridade e a confidencialidade dos dados pessoais conservados ou transmitidos, bem como a segurança dos serviços conexos oferecidos", como é o caso de ataques de negação de serviço e distribuição de códigos maliciosos.

INTERPRETAÇÃO DO ART. 6º, Nº 1, ALÍNEAS "C", "D" E "E", DO RGPD

O Tribunal Regional Superior de Düsseldorf questionou se a obtenção de dados pessoais dos usuários de redes sociais provenientes (os dados) de outros serviços do grupo controlador da rede social ou de terceiros, o cruzamento desses dados com as contas dos usuários dessa rede social ou a utilização desses dados podem ser considerados necessários para o cumprimento de uma obrigação jurídica (alínea "c"), para a salvaguarda de interesses vitais (alínea "d") ou para o exercício de funções de interesse público ou da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento (alínea "e").

A ideia do modelo de negócio das redes sociais, partindo-se da ideia do capitalismo de plataforma de Srnicek, é mediar gratuitamente a interação entre usuários, sediando o conteúdo por eles produzido e transformando em dados todas

as atividades desenvolvidas na plataforma, e por vezes fora dela, e usar os dados para vender anúncios publicitários, aprimorar a plataforma e ampliar a sua utilização, aumentando assim a possibilidade de captação de dados e de oferecimento de anúncios publicitários. De acordo com o autor, os dados pessoais “educam e dão vantagem competitiva aos algoritmos; permitem a coordenação e terceirização de trabalhadores; permitem a otimização e flexibilidade dos processos produtivos; possibilitam a transformação de bens de baixa margem em serviços de alta margem; e a própria análise de dados é geradora de dados, em um ciclo virtuoso.” (Nick Srnicek, 2017, p. 29). Por isso a tentativa de justificar o tratamento de dados pessoais, inclusive sensíveis, com base em interpretação do RGPD que se mostra contrária à tutela dos direitos fundamentais.

No que toca à alínea “c”, o Tribunal entende que a obrigação jurídica deve decorrer do direito da União ou do Estado-Membro em causa, sendo o tratamento realizado na estrita medida do necessário (TJUE, 2023, p. 29). E quanto ao caso ora debatido, como não foram oferecidos elementos suficientes para a análise pelo TJUE, deve o Tribunal Regional Superior de Düsseldorf verificar se a Meta está obrigada a alguma obrigação jurídica de obtenção e conservação de dados pessoais de forma preventiva, com a finalidade de atender eventual pedido de uma autoridade nacional.

Quanto às alíneas “d” e “e”, a interpretação do Tribunal é no sentido de que tal tratamento deve ser considerado necessário à defesa de interesses vitais ou a exercício de funções de interesse público ou ao exercício de autoridade pública. No caso das redes sociais, o TJUE vê como pouco provável que estejam investidas de missão de interesse público ou abrangidas pelo exercício de autoridade pública, considerando a essência econômica e comercial das suas atividades (TJUE, 2023, p. 28), apesar do importante papel cívico que exercem, “já que usuários desses sistemas se tornam cada vez mais dependentes dessas plataformas para obter notícias e informações” (Jillian C. York e col., 2019, p. 139).

Em relação à defesa de interesses vitais dos titulares dos dados pessoais e de terceiros, o considerando 46 do RGPD elenca casos exemplificativos e que servem também ao interesse público, como a monitoração de epidemias e emergências humanitárias, como catástrofes naturais e de origem humana. Tais situações, no

entanto, não permitem o tratamento de dados pessoais “em termos absolutos e de forma puramente abstrata e preventiva” (TJUE, 2023, p. 28).

INTERPRETAÇÃO DO ART. 6º, Nº 1, ALÍNEA “A” E ART. 9º, Nº 2, ALÍNEA “A”, DO RGPD

O Tribunal Regional Superior de Düsseldorf questionou se o consentimento dado pelo usuário de rede social para o tratamento de seus dados é válido e, em especial, livre, quando o operador da rede social ocupa posição dominante no mercado respectivo.

Conforme o TJUE, a ocupação de posição dominante pelo operador de rede social não obsta que o usuário consinta com o tratamento de seus dados pessoais, porém tal circunstância deve ser considerada para determinar se o consentimento foi livre e válido, cabendo ao operador fazer a prova (TJUE, 2023, p. 30).

Não é raro que a prestação de serviços esteja condicionada à autorização para o tratamento de dados do usuário, fazendo com que a escolha recaia sobre aceitar o tratamento e participar da rede social, ou negar o tratamento e, por consequência, ficar fora do ambiente privado de debate público. Isso demonstra o poder que grandes companhias privadas exercem sobre a liberdade de expressão e sobre o direito de informação: é sob os seus termos que os debates ocorrem no mundo digital.

Conforme o considerando 42 do RGPD, o consentimento somente é considerado livre quando o titular tiver escolha verdadeira ou livre ou quando não for prejudicado ao recusar ou retirar o consentimento. A afirmação é complementada pelo considerando 43, que informa que o consentimento se presume não livre se não for possível dá-lo separadamente para diferentes operações de tratamento ou se a prestação de um serviço depender de consentimento de tratamento de dados desnecessário para a sua execução. O tratamento de dados pessoais obtidos de terceiros e que digam respeito a convicções religiosas ou condições de saúde de um usuário não é necessário para que a Meta preste o serviço de rede social online. Ainda assim, esteve em seus Termos de Serviço a autorização para tratamento de dados sensíveis obtidos off-Facebook. E o que acontecia em se o usuário não concordava com os termos dessa empresa em posição dominante, em um mercado

com pouca fungibilidade entre os serviços de redes sociais? Ele não poderia usar o serviço, em prejuízo a sua participação no mundo digital.

A sugestão dada pelo TJUE é que seja disponibilizada aos usuários alternativa equivalente ao serviço prestado, porém sem o tratamento de dados, ainda que mediante remuneração adequada (TJUE, 2023, p. 30). Ainda, devem os usuários dispor da liberdade de negar consentimento a operações de tratamento de dados desnecessárias para a execução do serviço, sem serem obrigados a renunciar integralmente ao serviço da rede social (TJUE, 2023, p. 30). Os Termos de Serviço também devem separar o consentimento para tratamento de dados obtidos na rede social do consentimento para tratamento de dados obtidos off-Facebook, presumindo-se esse viciado se obtido em conjunto obrigatório com aquele (TJUE, 2023, p. 30). O exercício da hipercidadania, ou cidadania digital, a que se refere Javier Bustamante (2010, p. 17), depende da inclusão digital e da possibilidade de participação das pessoas no ambiente virtual sem sacrifício de outros direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O exercício dos direitos fundamentais em um mundo cada vez mais digitalizado depende, em certa medida, da utilização das redes sociais, potencializadoras da liberdade de expressão e do direito à informação, espaços privados de debate público, ferramentas que conectam milhões ou bilhões de pessoas ao redor do mundo. Para participar das redes sociais, os usuários precisam aceitar os Termos de Serviço e consentir com o tratamento de seus dados pessoais, mesmo em casos em que o tratamento é dispensável para a prestação do serviço. A negativa do consentimento, que é o exercício do direito à autodeterminação informativa, pode significar a renúncia integral ao serviço e, por conseguinte, à poderosa ferramenta concretizadora de direitos fundamentais no ciberespaço.

A regulamentação protetiva dos dados pessoais e a sua implementação e interpretação com olhar voltado aos direitos fundamentais pelas cortes é imprescindível para que seja possível desfrutar os avanços tecnológicos e todas as benesses que eles propiciam, sem descuidar dos direitos conquistados. E foi esse o

papel que o TJUE desempenhou ao interpretar dispositivos do RGPD e responder às questões prejudiciais suscitadas pelo Tribunal Regional Superior de Düsseldorf (Alemanha), aqui objeto de análise.

O Tribunal amplia os mecanismos de proteção de dados pessoais ao garantir que a autoridade nacional da concorrência pode analisar a conformidade dos atos de uma empresa ao RGPD no exercício de suas atribuições atreladas à defesa da concorrência, devendo tais autoridades observar decisões pretéritas das autoridades de controle e casos em andamento, bem como consultar tais autoridades se o caso não se amoldar às duas situações anteriores.

Merece destaque, ainda, a proteção conferida aos dados sensíveis pela interpretação do TJUE ao que se deve considerar como dado tornado público pelo titular. O Mero fato de o usuário realizar consultar a aplicativos e sítios eletrônicos não revela vontade manifesta de torná-los público, sob pena de sacrifício ao direito fundamental à privacidade e à autodeterminação informativa.

Cuidados especiais foram exigidos também com a obtenção de dados em sítios e aplicativos que não a rede social, como a obrigação de demonstração da sua indispensabilidade para a prestação dos serviços de rede social ou para a realização de interesse legítimo da empresa, como é o caso da segurança da rede.

Por fim, o TJUE analisou a validade do consentimento para tratamento de dados concedido a uma empresa em posição dominante no mercado de redes sociais, avaliando que tal circunstância deve ser levada em consideração para a aferição da regularidade do consentimento. Deve-se somar a isso a existência de escolha verdadeira e a ausência de prejuízo ao usuário em caso de negação ou retirada do consentimento. O serviço não pode ser negado com base na ausência de consentimento amplo para tratamento de qualquer tipo de dado em qualquer situação. A lógica do tudo ou nada não é adequada à proteção de dados pessoais.

A atuação do TJUE no caso analisado confere proteção aos dados pessoais e a outros direitos fundamentais e exerce controle sobre os poderes detidos pelos intermediadores da comunicação e informação. Nessa linha, os direitos fundamentais devem ser constantemente revisitados pelas cortes constitucionais e análogas para que sua interpretação se mantenha, na medida do possível, atualizada à realidade a que se aplicam, que se altera em velocidade crescente com o

desenvolvimento da tecnologia.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 20/09/2023.

BUSTAMANTE, Javier. Poder comunicativo, ecossistemas digitais e cidadania digital. In: SILVEIRA, Sergio Amadeu da. *Cidadania e Redes Digitais*. 1ª Edição. São Paulo: Maracá – Educação e Tecnologias, 2010.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da lei geral de proteção de dados (Lei 13.709/18). *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 19, nº 3, 2018, p. 159-180. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8697583>. Acesso em: 18/09/2023.

SRNICEK, Nick. *Platform capitalism*. Cambridge: Polity Press. 2017

UNIAO EUROPEIA. *Regulamento nº 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho*, de 27 de abril de 2016. Regulamento Geral Sobre a Proteção de Dados. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>. Acesso em 02/08/2023.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão no Processo C-252/21*. Julgado em 4 de julho de 2023. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=%2522social%2Bmedia%22&docid=275125&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4168431>. Acesso em: 10/09/2023.

WEST, Sarah Myers. Data capitalism: Redefining the logics of surveillance and privacy. *Business & society*, v. 58, n. 1, p. 20-41, 2019.

YORK, Jillian C.; ZUCKERMAN, Ethan. Moderating the public sphere. In Jørgensen, R. F. (Ed.), *Human rights in the age of platforms*, v. 137, 2019

ZUBOFF, Shoshana. Big other: surveillance capitalism and the prospects of an information civilization. *Journal of information technology*, v. 30, n. 1, p. 75-89, 2015.

9. ANÁLISE DO ACÓRDÃO DO PROCESSO Nº C-401/19 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA: MONITORAMENTO PRÉVIO E AS BASES PARA REGULAÇÃO DA INTERNET NO BRASIL

REVIEW OF THE RULING IN CASE C-401/19 OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE: PRIOR MONITORING AND THE BASES FOR INTERNET REGULATION IN BRAZIL



<https://doi.org/10.36592/9786554601542-09>

Pedro Guilherme Müller Kurban¹

RESUMO

O presente trabalho se propõe analisar pelo método de abordagem indutivo o acórdão do processo C-401/19 (EU:C:2022:297) do Tribunal de Justiça da União Europeia sob o enfoque do direito fundamental da liberdade de expressão em conflito com a regulamentação da diretiva 2019/790. Pelos métodos de procedimento comparativo e funcionalista, buscar-se-á uma reflexão a partir desse debate cotejando-o com a proposta de regulação das mídias digitais no Brasil, interpretando-o de forma sociológica e política, cotejando com outros modelos internacionais.

Palavras-chave: Liberdade de expressão; regulação digital; Diretiva 2019/790; dever de agir com diligência; direitos autorais; prestadores de serviço de compartilhamento; PL 2630/20.

ABSTRACT

The present work proposes to analyze, using the inductive approach method, the ruling in case C-401/19 (EU:C:2022:297) of the Court of Justice of the European Union from the perspective of the fundamental right of freedom of expression in conflict with the regulation of directive 2019/790. Through the methods of comparative and functionalist procedures, a reflection will be sought based on this debate, comparing it with the proposal for regulating digital media in Brazil, interpreting it in a sociological and political way, comparing it with other international models.

Keywords: Freedom of expression; digital regulation; Directive 2019/790; duty to act with diligence; copyright; sharing service providers; PL 2630/20.

¹ Advogado. Mestrando em Direito pela Escola de Direito da PUCRS. Especialista em Ciências Penais pela PUCRS. Especialista em Direito Eleitoral pela PUCMG. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9313489471287327>. Email: pedro@deliapiresadvogados.com.br.

INTRODUÇÃO

O acórdão do processo C-401/19, julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, aprecia a diretiva 2019/790 da União Europeia (União Europeia, 2019) questionada através de um recurso apresentado pela República da Polónia por compreender que o regulamento afeta inexoravelmente a liberdade de expressão e outorga poderio em demasia para as plataformas de carregamento de conteúdo, uma vez que impõem a estas deveres de vigilância e de controle prévio dos conteúdos, constituindo-as verdadeiras moderadoras das postagens e do fluxo informativo. O suporte normativo debatido no processo C-401/19 (EU:C:2022:297) é a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (União Europeia, 2000) e seu artigo 11², a fim de averiguar o grau passível de restrição ao direito fundamental da liberdade de expressão e de informação. A diretiva 2019/790 (União Europeia, 2019) foi editada tendo por escopo preservar os direitos de autor de uso indevido, privilegiando este direito fundamental em relação à obra produzida e à licença.

O Tribunal, na decisão em apreço, reconhece que a diretiva acaba por criar como consequência colateral o monitoramento prévio das plataformas sobre os conteúdos postados e a perniciosa filtragem automática; todavia, sopesando os valores e os direitos em liça, concluiu que não existe alternativa melhor e viável até o momento que não acarrete essa moderação *ex ante*, sustentando que, para preservação dos direitos autorais sobre os conteúdos e para fins de se evitar o seu mau uso em desvio, a diretiva deveria permanecer hígida. Nesse diapasão, rejeitou o recurso da Polónia.

O exame da decisão em comento expõe os dilemas da regulação digital para o equilíbrio de direitos fundamentais – liberdade de expressão, direitos de personalidade e autorais, propiciando auspiciosamente uma reflexão acerca das propostas regulatórias da internet no Brasil em um momento de acirrado debate, notadamente pelo PL 2630/20 (Brasil, 2020) e seus substitutivos, uma vez que envolveu vetores convergentes com as controvérsias nos principais tópicos

² Que dispõe, *in verbis*: 1. Todas as pessoas têm direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber e de transmitir informações ou ideias, sem que possa haver ingerência de quaisquer poderes públicos e sem consideração de fronteiras. 2. São respeitados a liberdade e o pluralismo dos meios de comunicação social.

discutidos, ainda que o Tribunal tenha se debruçado sobre o controle dos prestadores de serviço de compartilhamento em relação a conteúdos vinculados à propriedade intelectual e a direitos autorais. A discussão se trava em torno dos deveres de diligência e de vigilâncias das plataformas de redes sociais e carregadoras de conteúdo, além da criação de mecanismos de monitoramento prévio e filtragem automática destes, assim como o seu entrelaçamento com os riscos à liberdade de expressão, seus limites, sem perder de perspectiva a necessidade de se resguardar e proteger os direitos autorais, que é o cerne do recurso analisado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. Ora, todos esses temas são prementes: monitoramento prévio, dever de vigilância e de diligência, tensão com a liberdade de expressão, possibilidade de censura, poder das mídias digitais.

O ACÓRDÃO DO PROCESSO C-401/19 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

A República da Polônia se insurgira contra os riscos de filtragem automática e prévia de conteúdos compartilhados, pois configuraria restrição ao exercício do direito fundamental da liberdade de expressão e de informação, atingindo o conteúdo essencial desse direito. O Tribunal de Justiça da União Europeia, no entanto, entendeu pela imprescindibilidade de mecanismos específicos para salvaguardar o mercado de concessão de licenças justas sobre conteúdos protegidos, concluindo que a Carta de Direitos da União Europeia (União Europeia, 2000) não veda toda e qualquer restrição à liberdade de informação, e também não o pudera, posto ser indispensável algum grau de responsabilização e de controle. Assim o sendo, para preservação de outros direitos fundamentais, alguma restrição acabará por se efetivar, e não será ela por si só a causa para impugnação da regulação, como a diretiva 2019/790 (União Europeia, 2019), mais especificamente seu artigo 17, objeto do recurso da Polônia. Segundo o *decisum*, aliás, o artigo 17 da diretiva 2019/790 (União Europeia, 2019) não discrimina medidas concretas e específicas que os prestadores de serviço de partilha devem tomar, mas encaminha deveres de diligência para que evitem esforços de bloquear o uso e o compartilhamento ilegítimos de materiais protegidos por direitos autorais.

Cabe então às empresas eventual demonstração de que tomaram as medidas mais recomendadas em análise posterior; a diretiva comunitária não circunscreve taxativamente quais são os procedimentos a serem adotados, delegando-os aos provedores, que estão mais habilitados a utilizar os mecanismos mais adequados para cada tipo de serviço que prestam, afetando o menor possível o fluxo informacional. Assinala-se que o intuito da diretiva, consoante a interpretação do Tribunal, é uma forma de conferir maior liberdade de atuação às empresas, sem subtrair delas deveres e responsabilidades.

A Polônia sustentou em seu recurso que a diretiva 2019/790 (União Europeia, 2019) acarretará aos serviços de compartilhamento a obrigação de monitorizar todos conteúdos carregados, criando pernicioso filtragem automática, que conflitaria com a liberdade de expressão inserta no artigo 11 da Carta (União Europeia, 2000), porque, consoante aduziu, não poderia haver este tipo de ingerência (União Europeia, 2022, p. 12), e causaria o risco de bloqueio de conteúdos lícitos através de algoritmos automatizados, provocando limitação *ex ante* da difusão dos conteúdos. A decisão mencionou a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem a garantir não só a liberdade de expressão e de informação indistintamente, mas também os meios de sua difusão, assentando tratar-se a internet um dos meios por excelência do exercício deste direito fundamental, anotando que os autores de conteúdos não estão obrigados a ceder autorizações ou licenças aos serviços de compartilhamento (União Europeia, 2022, p. 13); por esse motivo, estes devem demonstrar que envidaram todos esforços possíveis para obter esta licença quando tais conteúdos forem compartilhados em sua plataforma.

Aos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha incumbe o dever de agir com diligência após serem notificados pelos titulares dos direitos autorais alegadamente violados, a fim de bloquearem os conteúdos protegidos (União Europeia, 2022, p. 13-14). Trata-se da sistemática do *notice and take down*. A decisão em análise interpreta a diretiva no sentido que cabe aos prestadores não só atuar com diligência para fazer cessar as violações concretas aos direitos autorais, mas também tomar medidas para que não tornem a ocorrer. Nesse tocante,

o Tribunal admite que de fato se criou a necessidade de controle prévio³, asseverando não haver alternativa possível que não o uso de ferramentas de reconhecimento e filtragem automática prévia, reconhecendo que nenhuma das partes apresentou solução melhor (União Europeia, 2022, p. 14). De acordo com o julgado, deve ser analisado à luz do princípio da proporcionalidade se as obrigações dos prestadores foram cumpridas (União Europeia, 2022, p. 14). Reconheceu-se que o artigo 17, nº 4 da diretiva 2019/719 “comporta uma restrição ao exercício do direito à liberdade de expressão e de informação dos utilizadores desses serviços de partilha, garantido pelo artigo 11º da Carta” (União Europeia, 2022, p. 14).

A Polônia sustentava que referido dispositivo não assegurava o respeito ao conteúdo essencial do direito fundamental de liberdade de expressão e o do princípio da proporcionalidade, o que outorgaria “carta branca” aos serviços de partilha de conteúdo, que levaria inexoravelmente ao bloqueio automático de conteúdos lícitos, atrasando sua divulgação ao público, subtraindo assim o valor da informação, que, se liberada após escrutínio, já estaria defasada (União Europeia, 2022, p. 15). Basicamente, segundo a Polônia, configurar-se-ia censura como efeito colateral, mais danoso em relação à eventual violação de direitos autorais.

O Tribunal consignou que restrições aos direitos e liberdades só podem se dar por lei, e esta desde que respeite o conteúdo essencial do direito fundamental restringido⁴. Ademais, as limitações do direito fundamental em causa não podem ultrapassar limites do que é adequado e necessário, devendo-se optar pela medida menos restritiva a fim de que os efeitos reflexos – nomeados de inconvenientes pela Corte (União Europeia, 2022, p. 15) – não superem desproporcionalmente os benefícios almejados com a limitação. As regulamentações que gerem restrição não podem carregar subjetivismos; portanto, devem prever “regras claras e precisas que regulem o alcance”, o que ganha maior relevo quando de tratamento automatizado (União Europeia, 2022, p. 16). Ora, não se proíbe toda e qualquer restrição à liberdade

³ Como afirmado pela República da Polônia.

⁴ Inarredável não associar o conceito de conteúdo essencial declinado pela Corte com o a ideia de núcleo essencial dos direitos fundamentais e sua necessidade de preservação e intocabilidade, sendo “a garantia de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais aponta para a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental” (Sarlet, 2018, p. 421).

de informação; porém, a restrição imposta deve ser rigorosamente delimitada. De acordo com o Tribunal (União Europeia, 2022, p. 18), a proteção dos titulares dos direitos autorais é objetivo legítimo de restrição à liberdade de informação, uma vez que são garantidos enquanto direito de propriedade intelectual⁵, os quais não podem ficar desguardados porquanto merecedores de proteção na forma da mesma Carta de Direitos Humanos; nesse aspecto, algum tipo de restrição à liberdade é inexorável. No confronto entre direitos e interpretações dos direitos insertos na Carta de Direitos Humanos da União Europeia (União Europeia, 2000), como aludido no acórdão em análise, “há que dar preferência àquela que torna a disposição compatível com o direito primário e não à que leva a declarar a sua incompatibilidade com este” (União Europeia, 2019, p. 12).

Eventuais excessos de regulamentação praticados pelos Estados-Membros para pretensamente dar efetividade à diretiva impugnada podem vir a ser revisados pelo próprio Tribunal, como assentado na decisão (União Europeia, 2022, p. 16). Logo, o julgado entendeu que a diretiva 2019/90 (União Europeia, 2019) é uma base a lançar diretrizes a serem seguidas pelos Estados-Membros, os quais, acaso ultrapassem o limite do razoável com legislações virtualmente abusivas, podem vir a ser corrigidas pelo mesmo Tribunal de Justiça da UE. O Tribunal admite que a redação da diretiva não especifica as medidas concretas que devem ser implementadas pelos serviços de partilha de conteúdo, mas entende que esta redação mais genérica é necessária para possibilitar eventuais adaptações às circunstâncias, normalmente voláteis diante da realidade tecnológica e das particularidades de cada serviço desse jaez (União Europeia, 2022, p. 17). Com efeito, deixar a cargo dos prestadores a definição das medidas necessárias tenderia a ser mais eficiente do que impor uma rígida e generalista lista de obrigações específicas. O acórdão reconhece que a restrição em pauta é legítima, a um porque prevista em lei – a diretiva 2019/790 em si (União Europeia, 2022, p. 16). A dois porque entende que a redação mais aberta é necessária e não configura restrição genérica. A três pois os direitos de propriedade intelectual devem ser protegidos “de forma a contribuir para a realização de um mercado dos direitos de autor justo e que funcione

⁵ Previstos no artigo 17º, nº 2 da Carta de Direitos Humanos da União Europeia (União Europeia, 2000); *in verbis*: “É protegida a propriedade intelectual”.

corretamente".

O julgamento compreendeu que não há desproporcionalidade na restrição trazida pela diretiva 2019/790 (União Europeia, 2019), fixando, por outro lado, que os bloqueadores automáticos de conteúdo não poderão induzir ao chamado *overblocking*, sob pena de, aí sim, serem atentatórios ao direito fundamental de liberdade de informação, recomendando uma uniformização dos mecanismos entre os Estados-Membros malgrado haja obras que podem pertencer ao domínio público em um país e outro não, por exemplo. Na linha do que estabelecido no julgado, a diretiva 2019/790 (União Europeia, 2019) impõe um verdadeiro dever de informação aos prestadores de serviços de partilha de conteúdo em linha consistente em "informarem os seus utilizadores, nas suas condições gerais de utilização, da possibilidade de utilizarem obras e outro material protegido ao abrigo de exceções ou limitações aos direitos de autor e direitos conexos previstas no direito da União" (União Europeia, 2022, p. 19).

O Tribunal esclareceu ainda que os prestadores só devem agir mediante provocação dos sedizentes lesados, tornando condição prévia a demonstração da titularidade do direito autoral transmitindo as informações pertinentes e necessárias. Reconhece, porém, que "em determinados casos, a disponibilidade de conteúdos não autorizados protegidos pelos direitos de autor só possa ser evitada mediante notificação dos titulares de direitos" (União Europeia, 2022, p. 19). O acórdão estabelece que o direito de proteção da propriedade intelectual não é absoluto (União Europeia, 2022, p. 20). Interpretando a diretiva 2019/709 (União Europeia, 2019), o Tribunal assevera que há garantias processuais aos utilizadores para reverterem bloqueios no carregamento de conteúdos classificados indevidamente como violadores de direitos autorais⁶, instituídos mecanismos de reclamação e de recurso céleres, assegurando, pois, o contraditório, inclusive para atestar alguma exceção legal aos direitos autorais em disputa. Veja-se que "os utilizadores devem poder recorrer quando considerem que o acesso a um conteúdo por eles carregado foi indevidamente bloqueado ou que esse conteúdo foi retirado" (União Europeia, 2022, p. 20). O Tribunal declara haver um dever de fundamentação dos pedidos por parte

⁶ E o fundamenta no artigo 17º, nºs 7, 8 e 9 da diretiva 2019/709 (União Europeia, 2019).

dos prestadores do serviço quando instados a se manifestar sobre essas reclamações dos utilizadores. Outrossim, realça que a diretiva garantiria cooperação e transparência entre Estados-Membros, prestadores de serviço e as partes interessadas, possibilitando efetivo diálogo e coparticipação.

Concluiu o julgado em contraposição ao alegado pela República da Polónia, apontando haver justo equilíbrio na diretiva 2019/709 (União Europeia, 2019) quanto à liberdade de informação e aos direitos autorais, mesmo com a obrigação dos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha de monitorarem os conteúdos carregados pelos usuários nas plataformas respectivas. Por derradeiro, o Tribunal de Justiça da União Europeia ainda recorda que cabe aos Estados-Membros internalizar⁷ a disposição do artigo 17º da diretiva 2019/709 (União Europeia, 2019) assegurando este justo equilíbrio entre os direitos fundamentais protegidos pela Carta de Direitos Fundamentais da EU (União Europeia, 2000), norteando-se pelo princípio da proporcionalidade.

MONITORAMENTO PRÉVIO DE CONTEÚDOS E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

No Brasil, o principal referencial legislativo nesta matéria é a Lei 12.965/2014 - Marco Civil da Internet (Brasil, 2014). Para responsabilização do provedor de aplicações de internet, o artigo 19 do Marco Civil da Internet⁸ incorporou em parte a teoria do *notice and takedown*⁹ em casos de conteúdos gerados por terceiros, outorgando-lhes responsabilidade subjetiva e solidária (Tepedino; Terra; Guedes, 2021, p. 79 e 81). Sobre essa teoria ou técnica, Wesendock e Jacques (2022, p. 6) oportunamente esclarecem que

⁷ O termo utilizado pelo acórdão é “transposição” do artigo 17 da diretiva 2019/709 (União Europeia, 2022, p. 21).

⁸ *In verbis*: 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.

⁹ Procedimento conferido aos detentores de direitos de propriedade intelectual para notificar extrajudicialmente os provedores de internet para retirarem do ar informações consideradas violadora, a partir da qual, se não atendida, pode gerar a responsabilização. “Esta notificação deve obedecer a uma série de requisitos legais para sua validade” (Teffé; Moraes, 2017, p. 126).

é a forma que, em parte, é adotada no sistema norte-americano, conhecida como *notice and takedown*. Lá, contudo, embora se trate de um procedimento extrajudicial, é permitido o contraditório do autor da publicação antes da remoção da postagem pela plataforma.

Ainda a esse respeito, o *notice and take down* é um procedimento conferido aos detentores de direitos de propriedade intelectual para notificar extrajudicialmente os provedores de internet para retirarem do ar informações consideradas violadoras, a partir da qual, se não atendido, pode gerar a responsabilização e “esta notificação deve obedecer a uma série de requisitos legais para sua validade” (Teffé; Moraes, 2017, p. 126). Em função dessa exigência de ordem judicial, e não de mera notificação do interessado, o legislador brasileiro prestigiou a liberdade de expressão ao circunscrever as restrições às hipóteses de prática de ilícito, submetidas a controle judicial (Tepedino; Terra; Guedes, 2021, p. 273). A própria dicção do artigo 19 descreve a finalidade de “assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura” (Brasil, 2014). Sarlet e Hartmann (2019, p. 99) sustentam ter sido uma escolha acertada ao se privilegiar a liberdade, pontuando que a sistemática americana de responsabilização por notificação extrajudicial, no contexto de proteção à propriedade intelectual, conduziu a uma “censura excessiva como forma de reduzir o risco do dever de indenizar”. Na mesma toada, Carla Frade de Paula Castro (2023, p. 151) afirma que “esse modelo de *notice and takedown* (notificação e derrubada) pode ser utilizado como mecanismo de censura indireta”.

Consigne-se que o Marco Civil excepciona essa regra em relação à violação de direitos autorais e à exposição pornográfica sem autorização dos participantes, também chamada de “pornografia de vingança”¹⁰, bastando a notificação extrajudicial nessas situações para eventual responsabilidade subsidiária do provedor que não retire esse conteúdo potencialmente lesivo (Souza; Lemos, 2016, p. 105; Brega, 2023, p. 10).

Critica-se que a previsão brasileira imunizaria os provedores como em nenhum lugar do mundo, deixando, por outro lado, a vítima sem proteção, sobrelevando o papel do juiz, quando a cessação do conteúdo ilícito poderia ser feita

¹⁰ Respectivamente, § 2º do artigo 19 e artigo 21, ambos do Marco Civil da Internet (Brasil, 2014).

em segundos (Borges; Longhi; Martins, 2021, p. 49). Nesse sentido, pende de julgamento pelo STF o Tema de Repercussão Geral nº 987 (Brasil, 2018), em que se questiona a constitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da Internet supracitado, “esperando-se que os fatos recentes façam a Corte refletir o quanto um usuário de rede social, consumidor do serviço nos termos do CDC, está sendo desproporcionalmente exposto a riscos” (Longhi, 2020, p. 46). Biolcati (2022, p. 202-203) defende uma obrigação normativa de filtro de conteúdos por parte dos provedores, asseverando que eventual falha no controle de material manifestamente ilícito ou com potencial danoso geraria responsabilização civil¹¹. Não obstante as previsões e os mecanismos legais, são conhecidas as dificuldades inerentes para que se concretize uma efetiva responsabilização civil por ilícitos perpetrados nas redes sociais. Teffé e Moraes (2017, p. 124-125) recordam a facilidade na causação de danos aos direitos de personalidade propiciada pelas redes sociais. Para Rezende e Custódio (2021, p. 45), as redes sociais seriam instrumento de terceiro para a perpetração do ilícito, e não deveriam ser elas próprias responsabilizadas, salvo em caso de descumprimento de decisão judicial para, por exemplo, retirada de conteúdo reputado ilegal, ou para identificação dos geradores do dano.

Quanto a outorgar às redes sociais a moderação do conteúdo, cita-se que “o perigo dessa alternativa reside no empoderamento dos provedores para decidir o que deve e o que não deve ser exibido mediante critérios que não são apenas aqueles constantes em seus termos de uso” (Souza; Lemos, 2016, p. 85). Questiona-se a quem caberia o critério de determinação da retirada do conteúdo: “além disso, e talvez ainda mais questionável, é decidir quem é o legitimado para esse poder” (Wesendock; Jacques, 2022, p. 5). O maior poder de decisão aos provedores sobre os conteúdos é também alvo de crítica de Santin e Dai Pra (2022, p. 6-7).

Um novo modelo de regulação a ser adotado no Brasil vem sendo vigorosamente discutido, tendo por base o Projeto de Lei 2630/20 (Brasil, 2020), de autoria do Senador Alessandro Vieira, aprovado inicialmente no Senado ainda em 2020. A proposição, contudo, já sofreu alterações na Câmara do Deputados e a sua redação final está longe de consenso, com pontos controversos e várias emendas ao

¹¹ Trata-se do seu modelo interpretativo do artigo 19 do Marco Civil da Internet.

projeto, sem que haja definição para criação de novos instrumentos restritivos e regulatórios. O escopo do PL é, de um lado, coibir e imprimir prontidão para retirada do material considerado falso ou odioso, e, do outro, conferir um ambiente livre sem intentos censores. Quando da configuração de conhecimento prévio de ilícitos, os provedores poderão ser responsabilizados a partir da instauração de protocolos de segurança em casos de negligência ou de insuficiência.

O PL 2630 (Brasil, 2020) tenciona criar mecanismos de autocontrole para a produção de relatórios e a avaliação de riscos por parte das plataformas para mitigar a divulgação de conteúdos ilícitos, guardando similitude e inspiração no modelo alemão que obriga as redes sociais a divulgarem relatórios semestrais (Brega, 2023, p. 18). Nesse compasso, a proposta legislativa brasileira institui uma série de obrigações para moderação e controle do conteúdo, privilegiando o atendimento de notificações e de reclamações, afastando-se assim da atual sistemática do Marco Civil da Internet, excetuando e praticamente esvaziando a atual redação do artigo 19. Todos esses mecanismos descritos devem fazer parte dos termos de uso dos provedores, obrigando-os a se adaptarem em vista dessa legislação¹².

Criticando a primeira versão do PL 2630/2020 do Senado (Brasil, 2020), cujas características permanecem no parecer substitutivo de 27 de abril de 2023 (Brasil, 2023), Laurentiis e Ferreira (2020) anotam certas vaguezas conceituais dos fenômenos aos quais se busca combater com a legislação, notadamente quanto às definições de desinformação e de discurso violento, considerando a concessão excessiva de poder às plataformas; somados esses e outros motivos, os autores se posicionaram pela rejeição da proposta por entenderem inviável a sua reformulação¹³. O projeto de lei atenderia à ideia de autorregulação regulada, a qual deve ser exercida com moderação, de acordo com Santin e Dai Pra, (2022, p. 5). A autorregulação regulada das redes sociais é defendida por Sarlet e Hartmann (2019,

¹² Ademais, o PL 2630/2020 (Brasil, 2020) prevê imposição de multas relevantes em casos de descumprimento de decisões judiciais para fomentar o pronto atendimento aos comandos, além de sanções, como a suspensão temporária das atividades dos provedores, o que já ocorreu em algumas situações por determinação judicial mesmo sem legislação específica. Por fim, o projeto indica a criação de um comitê gestor para regular a atuação dos provedores por meio de código de conduta e de diretrizes definidas.

¹³ A partir da experiência alemã, Brega (2023, p. 20) reconhece que, "apesar de o temor do over-blocking não ter se concretizado conforme previsto, o NetzDG alocou um enorme poder para as redes sociais".

p. 97), segundo os quais “é aceitável que as plataformas possuam alguma autonomia na gestão da manifestação, mas um controle externo não pode ser descartado”.

Igualmente, Facchini Neto e Rodrigues defendem o modelo, desde que congregue uma participação efetiva dos usuários visando à diversidade e à preservação dos direitos de personalidade (2021, p. 508). Comentando o Projeto de Lei 2630/20, ainda na redação original do Senado (Brasil, 2020), Borges, Longhi e Martins (2021, p. 49) opinam, acerca da autorregulação regulada, que

acertadamente, a lei procura distribuir os deveres de proteção aos direitos fundamentais atribuindo aos *players* privados a necessidade de se envolverem na produção de tais regras, induzindo a autorregulamentação em um papel em que o poder público caminha lado a lado, instituindo padrões mínimos, como o de desinformação, ataques à honra etc.

Rodotá (2015, p. 1), ao propugnar a sua ideia de uma carta de direitos na internet, alertava contra as investidas coibitivas tanto de governos quanto de empresas, preconizando mais liberdade em detrimento de restrições ou amarras legais, considerando que as *Big Techs* já possuem poder demais sobre a vida dos usuários. Ora, nas palavras de Luís Roberto Barroso (2023, p. 38), “a regulação de conteúdo, portanto, não pode abalar a liberdade de expressão. Justamente ao contrário, ela deve ter por alvo a sua proteção. Toda censura é suspeita”. A obrigação de retirada de conteúdos acarreta contínua e pernicioso vigilância por parte das redes sociais para determinar o que é ou não verdadeiro, inibindo a circulação de discursos alternativos (Sarlet; Siqueira, 2020, p. 569). Brega (2023, p. 21-22) sustenta que a regulação do Marco Civil da Internet não deveria ser modificada, aduzindo que os resultados da experiência alemã do NetzDG não foram satisfatórios pelos riscos à liberdade de expressão e pelo poder excessivo dado aos provedores, embora proponha a “incorporação das exigências formais promovidas pelo NetzDG”, tal como a facilitação de denúncias de conteúdos e a produção de relatórios sobre as providências tomadas a partir destas, a fim de trazer maior transparência à sociedade civil.

A autorregulação regulada, inspirada no modelo alemão, implica uma problemática do quão envolvidas as empresas de mídias sociais podem estar no

engajamento político. As plataformas de mídias digitais já possuem suas próprias políticas de remoção de conteúdo e de exclusão de usuários, não isentas de contestação (Sarlet; Hartmann, 2019, p. 97). Estas polêmicas agudizariam sobretudo acaso se imponham obrigações legais de moderação prévia por parte destas empresas, como o chamado dever de cuidado inserto no PL 2630/2020 (Brasil, 2020). Sarlet e Hartmann (2019, p. 99) registram a assimetria entre o usuário e a empresa de mídia digital, apontando o "caráter quase estatal da censura", concluindo que "as plataformas de conteúdo oferecem hoje maior risco de silenciamento sistemático do que as autoridades públicas". Por outro lado, "o Estado é um ator com maus antecedentes em sua atuação na matéria" (Barroso, 2023, p. 41).

OUTROS MODELOS REGULATÓRIOS PELO MUNDO

Em 18 de maio de 2023, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que as plataformas de mídias sociais não são civilmente responsáveis pelas publicações de seus usuários, nos casos *Twitter v. Taamneh* e *Gonzalez v. Google* (Estados Unidos da América, 2023), em que se alegava que as redes sociais avalizaram atos terroristas por permitirem a divulgação de seus conteúdos: "Alegaram, ainda, que Twitter, Facebook, Google e YouTube violaram a Lei Antiterrorismo, que prevê, especificamente, a responsabilização civil de publicações por ajudar e encorajar atos terroristas" (Melo, 2023). Ambos os julgamentos eram aguardados para fins de trazer novos contornos sobre a responsabilidade civil das plataformas de mídia digital, redimensionando a liberdade de expressão tida como irrestrita e imune. Porém, a posição da Suprema Corte americana referendou a prevalência da liberdade de expressão. Esta proteção proeminente tem assento histórico, comungando do entendimento de que, uma vez limitada em uma situação, criar-se-á precedente para uma contínua limitação ao sabor da autoridade da ocasião. Entendendo que nunca se poderá evitar certa discricionariedade e interpretação subjetiva, opta-se por permissão ampla – inclusive falsidades e conteúdos odiosos - para que posições justas não acabem sendo censuradas ao argumento casuísta de excesso ilícito.

Sustenta-se, em suma, na ideia do contradiscurso¹⁴ como forma de superação dos extremos e das inverdades. O acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia se alinha mais à tradição alemã:

Na Alemanha, a liberdade de expressão não tem o caráter preferencial *a priori* frequentemente reconhecido nos Estados Unidos. Além de uma maior ênfase na separação entre o que seja opinião e o que seja fato – informação errada ou falsa não é objeto de proteção –, a Corte Constitucional realiza um balanceamento frequente entre a liberdade de expressão, de um lado, e, de outro, a dignidade e os direitos de personalidade. Com frequente prevalectimento do direito à honra sobre o direito de criação artística e mesmo sobre o direito de informação (Barroso, 2023, p. 36-37).

Brega (2023, p. 6) realça que, tanto no Brasil quanto na Alemanha, adota-se a responsabilidade subjetiva do provedor, frisando que na Alemanha prevalece a interpretação de responsabilidade a partir de notificação. Facchini Neto e Rodrigues (2021, p. 502-503) recordam que a Lei Geral de Fiscalização das redes da Alemanha (NetzDG) implementou sistemática similar ao *notice and takedown*, asseverando, outrossim, as críticas voltadas a essa legislação fundadas no receio de censura e silenciamento por outorgar aos provedores o controle da licitude do conteúdo e a definição dos critérios para sua retirada. Entretanto, Borges, Longhi e Martins (2021, p. 39) aduzem que o receio de *overblocking* – ou seja, a retirada excessiva de conteúdos pelas plataformas – não se confirmou. Baseando-se nos relatórios das redes sociais sobre denúncias feitas e sobre providências tomadas, que são obrigação imposta pela NetzDG, de igual modo Brega (2023, p. 20) analisa que o *overblocking* não se concretizou, enfatizando a resistência dos provedores à exclusão de conteúdos mesmo diante do risco de multas milionárias. Laurentiis e Ferreira (2020) grifam a crítica a essa legislação germânica ao argumento de que ocorreria verdadeira “inversão da lógica de proteção da liberdade de expressão” porque os provedores antecipar-se-iam ao público bloqueando conteúdos de

¹⁴ Segundo Andrade (2021, p. 33), “a crença no contradiscurso como melhor forma de combater o discurso de ódio e o preconceito que o alimenta não se baseia em uma esperança vazia ou em uma espécie de idealismo desapegado da realidade. Essa crença vem fundada na história, que mostra que o preconceito não se derrota com a censura e a interdição da palavra, mas com a ampliação do debate público, para que, no entrecchoque de ideias, a razão prevaleça”.

antemão para evitar multas altíssimas. Aliás, observa-se que a NetzDG instituiu responsabilização subjetiva dos provedores, esclarecendo-se que

a conduta que o torna responsável não é nem a negativa em atender a uma notificação [...] nem a recusa a seguir uma decisão judicial. O provedor se torna responsável a partir de falhas sistemáticas, reiteradas, em adotar as disposições organizacionais previstas em lei (Brega, 2023, p. 16).

Esse diploma alemão serviu de supedâneo para a promulgação de lei semelhante na França visando combater conteúdos de ódio na internet (*visant à lutter contre les contenus haineux sur internet*) – apelidada de *Loi Avia*, a qual, contudo, não foi recepcionada na integralidade pelo Conselho Constitucional francês na decisão nº 2020-801 de 18 de junho de 2020 por não conformidade parcial com a constituição (*Non conformité partielle*):

O Conselho Constitucional considerou que a lei incitaria as plataformas a suprimirem conteúdos assinalados pelos internautas, ilícitos ou não, constituindo uma 'ameaça à liberdade de expressão e de comunicação não adaptada, necessária e proporcional' ao objetivo final (Eichenberg, 2020).

Recentemente, também na França, foi aprovada a lei 2023-451 de 9 de junho de 2023 visando regulamentar a atuação de influenciadores digitais que operam pelas redes sociais - *visant à encadrer l'influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux* (França, 2023). A lei prevê responsabilidade civil solidária tanto do agente de influência quanto de quem o contratou – anunciante e mandatário – em casos de danos causados a terceiros. A legislação foi aprovada pelo Senado e ainda pode ser eventualmente revisada pelo Conselho Constitucional francês; contudo, indica mais uma tentativa de regulamentação das redes sociais, cujo foco, nesse caso, é a atuação comercial dos influenciadores digitais, pois cria uma série de obrigações e de proibições tanto para os profissionais quanto para as redes sociais, inclusive no que se refere à celeridade de remoção de conteúdos denunciados e vedados pela lei. O jornal *Le Monde* (*Influenceurs [...]*, 2023) chegou a defini-la como “a primeira lei do setor adotada

definitivamente pelo Parlamento" – *la première loi encadrant le secteur définitivement adoptée par le Parlement*. Laurentiis e Ferreira (2020) destacam que a *Loi Avia* foi considerada "inconstitucional em praticamente todas as suas disposições pela Corte constitucional francesa por afronta à liberdade de expressão".

Além disso, Facchini Neto e Rodrigues (2021, p. 503) aludem à lei aprovada na Rússia em 2021 obrigando os provedores a remover conteúdos catalogados como ilegais, acentuando o "toque político" impresso nesse aparato repressor, que dialoga com a censura. Não se pode perder de perspectiva que a agenda política permeia esses debates e tende a ditar o rumo e as diretrizes que afetarão o controle sobre o fluxo de informações, potencializando eventual desequilíbrio de narrativas. Não é diferente da realidade brasileira, sendo imperioso levar esse componente em consideração na aquilatação de virtual regulação das redes sociais com novéis hipóteses de responsabilização jurídica, e "pior do que o poder que as palavras têm de ferir é dar ao Governo o poder de escolher, dentre um conjunto praticamente infinito de expressões, quais devem ser punidas" (Andrade, 2021, p. 32). Do exame da NetzDG, Brega (2023, p. 21) conclui que essa legislação não alterou significativamente os meios digitais; porém, criou o risco de danos ao debate democrático por conceder poder de controle excessivo às redes sociais, asseverando que "eventuais benefícios trazidos pelo diploma não compensam as suas aparentes falhas", o que pode servir de parâmetro para eventual regulamentação no ordenamento brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se que a liberdade de expressão em meios digitais provoca desafios globalmente, não sendo exclusividade brasileira encontrar a regulamentação adequada que preserve a maior liberdade possível sem que se afete os demais direitos fundamentais. O acórdão C-401/19 do Tribunal de Justiça da União Europeia analisado revela que algum grau de restrição deverá peremptoriamente incidir, inexistindo, pois, liberdade absoluta e irrestrita. Aliás, o julgamento reconhece, por mais desagradável que seja, que sucederá o monitoramento prévio pelas

plataformas de conteúdo em razão da normativa impugnada pela República da Polônia. A bem da verdade, a própria decisão não se arroga absoluta ou definitiva, uma vez que prudentemente adverte que, em caso de futuras regulamentações por parte dos Estados-Membros baseada na diretiva 2019/90 (União Europeia, 2019) ultrapassarem a barreira do razoável, poderão ser revistas pelo próprio Tribunal de Justiça da União Europeia.

Neste talvegue, a reflexão sobre a temática lança oportunas diretrizes para a calorosa discussão travada no Brasil, sem que se descuide dos riscos de ambas as situações: a ausência de regras claras criando distorções e prejuízos a outros direitos fundamentais, assim como o risco real de patrulhamento e censura minando a liberdade de expressão, agravado pelo acirramento político que o país vive e os contornos ideológicos que revestem o debate. Não se pode perder de perspectiva que algum modo de regulamentação das redes sociais acabará ocorrendo no Brasil; todavia, nenhuma lei será panaceia das deturpações digitais. Por isso, importa ter presentes os modelos regulatórios e as experiências adotadas em diferentes ordenamentos jurídicos para que se possa ajustar o melhor modelo possível diante das peculiaridades nacionais, levando em consideração especialmente os erros detectados em outros países, que servem de alerta para a construção legislativa brasileira.

Desse modo, o que de mais valioso se pode extrair da decisão escrutinada é a constatação de necessidade de revisão constante das regulamentações, já que a realidade *online* é cambiante e altamente dinâmica. Além disso, o Tribunal de Justiça da União Europeia teve o mérito de reconhecer os males colaterais que a regulamentação pode causar, reforçando a exigência de vigilância na matéria para ajustes periódicos. Com efeito, desprezar os malefícios da tomada de decisão regulatória para um lado ou para o outro é por si só danoso e obnubilante. O controle sobre opinião é intrinsecamente problemático e, quanto maiores os meios legais e regulamentares do seu exercício, maior será a discricionariedade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ*, Rio de Janeiro, RJ, v. 23, n. 1, p. 9-34, jan-mar. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão, imprensa e mídias sociais: jurisprudência, direito comparado e novos desafios. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, DF, v. 25, n. 135, p. 20-48, jan/abr. 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2023v25e135-3015>. Acesso em: 4 jun. 2023.

BIOLCATI, Fernando Henrique De Oliveira. *Internet, Fake News e Responsabilidade Civil das Redes Sociais*. (Coleção Direito Civil Avançado). São Paulo: Grupo Almedina, 2022. E-book. ISBN 9786556276410. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786556276410/pageid/3>. Acesso em: 1 abr. 2023.

BORGES, Gabriel Oliveira Aguiar; LONGHI, João Victor Rozatti; MARTINS, Guilherme Magalhães. Comentários acerca de alguns pontos do Projeto de Lei das *Fake News* sob a ótica da responsabilidade civil. *Revista IBERC*, Belo Horizonte, v. 4, n. 1, p. 35-51, jan./abr. 2021

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Parecer e Substitutivo ao Projeto de Lei nº 2630, de 2020*. Relator: Dep. Orlando Silva, 27 abr. 2023. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2265334&filename=Tramitacao-PRLP%201%20=%3E%20PL%202630/2020. Acesso em: 29 maio. 2023.

BRASIL. [Marco Civil da Internet]. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 13 abr. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 abr. 2023.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n. 2630, de 2020*. Relator: Senador Alessandro Vieira. Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141944>. Acesso em: 3 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 1037396/SP*. Recurso

extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 5º, incs. II, IV, IX, XIV e XXXVI, e 220, caput, §§ 1º e 2º, da Constituição da República, a constitucionalidade do art. 19 da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) que impõe condição para a responsabilização civil de provedor de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais por danos decorrentes de atos ilícitos de terceiros. Tema de Repercussão Geral nº 987. Discussão sobre a constitucionalidade do art. 19 da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) que determina a necessidade de prévia e específica ordem judicial de exclusão de conteúdo para a responsabilização civil de provedor de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais por danos decorrentes de atos ilícitos praticados por terceiros. Relator: Min. Dias Toffoli, 4 de abril de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=987>. Acesso em: 21 jun. 2023.

BREGA, Gabriel Ribeiro. A regulação de conteúdo nas redes sociais: uma breve análise comparativa entre o *NETZDG* e a solução brasileira. *Revista Direito GV*, São Paulo, SP, v. 19, e2305, 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6172202305>. Acesso em: 02 jun. 2023.

CASTRO, Carla Frade de Paula. Responsabilidade civil de provedores de aplicações de internet por infrações de terceiros a direitos autorais: uma proposta para o Brasil. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 60, n. 237, p. 141-171, jan./mar. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/237/ril_v60_n237_p141. Acesso em: 29 jun. 2023.

EICHENBERG, Fernando. Lei francesa para combater discurso de ódio na internet entra em vigor no país esvaziada. *O Globo*, Rio de Janeiro, RJ, 30 jun. 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/lei-da-franca-para-combater-discurso-de-odio-na-internet-entra-em-vigor-esvaziada-24507469>. Acesso em: 27 abr. 2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of The United States (USSC). *Reynaldo Gonzalez, et al., Petitioners v. Google LLC, nº 21-1333*, 18 May 2023. On Writ of Certiorari to The United States Court of Appeals for The Ninth Circuit. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-1333_6j7a.pdf. Acesso em: 26 June 2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of The United States (USSC). *Twitter INC v. Taamneh et al, nº 21-1496*, 18 de maio de 2023. On Writ of Certiorari to The United States Court of Appeals for The Ninth Circuit. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-1496_d18f.pdf. Acesso em: 26 June 2023.

FRANÇA. Conselho Constitucional (Conseil Constitutionnel). *Décision n.2020-801 DC*, 18 juin 2020. Loi visant à lutter les contenus haineux sur internet. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020/2020801DC.htm>. Acesso em: 27 avril 2023.

FRANÇA. Sénat. *Loi nº 2023-451*, du 9 juin 2023. Loi visant à encadrer l'influence

commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000047663185>. Acesso em: 14 juin 2023.

INFLUENCEURS: la première loi encadrant le secteur définitivement adoptée par le Parlement. *Le Monde*, Paris, França, 1 juin 2023. Disponível em: https://www.lemonde.fr/pixels/article/2023/06/01/influenceurs-la-premiere-loi-encadrant-le-secteur-definitivement-adoptee-par-le-parlement_6175749_4408996.html. Acesso em: 14 juin 2023.

LAURENTIIS, Lucas Catib de; FERREIRA, Felipe Grizotto. Liberdade de expressão, plataformas digitais e transparência: Quatro críticas ao Projeto de Lei da liberdade, responsabilidade e transparência na internet. *Jota*, São Paulo, SP, 20 jul. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/liberdade-de-expressao-plataformas-digitais-e-transparencia-20072020>. Acesso em: 27 abr. 2023.

LONGHI, João Victor Rozatti. *Responsabilidade civil e redes sociais: retirada de conteúdo, perfis falsos, discurso de ódio e fake news*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

MELO, João Ozorio de. Para Suprema Corte dos EUA, redes não são responsáveis por posts de usuários. *Conjur*, São Paulo, SP, 19 maio 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mai-19/suprema-corte-eua-redes-nao-sao-responsaveis-posts>. Acesso em: 26 jun. 2023.

REZENDE, Elcio Nacur; CUSTÓDIO, Felipe Augusto Silva. Fake news e as redes sociais: uma análise sobre a responsabilização civil das plataformas digitais no direito brasileiro. *Estudo & Debate*, Lajeado, RS, v. 28, n. 3, p. 35-47, 2021. Disponível em: <http://www.univates.br/revistas/index.php/estudoedebate/issue/view/144>. Acesso em: 4 abr. 2023.

RODOTÀ, Stefano. Por que é necessária uma Carta de Direitos da Internet? Tradução Bernardo Diniz Accioli de Vasconcellos e Chiara Spadaccini de Teffé. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, p. 1-8, jul.-dez./2015. Disponível em: <http://civilistica.com/por-que-e-necessaria-uma-carta-de-direitos-da-internet/>. Acesso em: 10 abr. 2023.

SANTIN, Janaína Rigo; DAI PRA, Marlon. Relações de poder e democracia: como regular a desinformação no ecossistema das big-techs. *Pensar - Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, CE, v.27, n.2, p.1-17, abr./jun. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.5020/2317-2150.2022.11442>. Acesso em: 27 maio 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. atual. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; HARTMANN, Ivar Alberto Martins. Direitos Fundamentais e Direito Privado: a Proteção da Liberdade de Expressão nas Mídias Sociais. *Revista Direito Público RDU*, Porto Alegre, RS, v. 16, n. 90, p. 85-108, nov-dez. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt. Liberdade de expressão e seus limites numa democracia: o caso das assim chamadas "fake News" nas redes sociais em período eleitoral no Brasil. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, RJ, v. 6, n. 2, p. 534-578, maio/ago. 2020.

SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. *Marco Civil da Internet: construção e aplicação*. Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda, 2016.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; MORAES, Maria Celina Bodin de. Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil. Análise a partir do Marco Civil da Internet. *Pensar - Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, CE, v. 22, n. 1, p. 108-146, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.5020/2317-2150.2017.6272>. Acesso em: 12 jun. 2023.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisele Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

UNIÃO EUROPEIA. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000*. Estrasburgo, França: Conselho da União Europeia. Parlamento Europeu [2023]. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 28 ago. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019*. Relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital e que altera as Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE. Estrasburgo, França: Parlamento Europeu [2023]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0790&from=SL>. Acesso em: 28 ago. 2023

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Seção). *Processo C- 391/16 (ECLI:EU:C:2019:403)*. Reenvio prejudicial – Espaço de liberdade, segurança e justiça – Política de asilo – Proteção internacional – Diretiva 2011/95/UE – Estatuto de refugiado – Artigo 14.o, n.os 4 a 6 – Recusa de concessão ou revogação do estatuto de refugiado em caso de ameaça para a segurança ou para a sociedade do Estado-Membro de acolhimento – Validade – Artigo 18.o da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Artigo 78.o, n.o 1, TFUE – Artigo 6.o, n.o 3, TUE – Convenção de Genebra. Recorridos: Ministerstvo vnitra (C-391/16) e Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides. Relator:

T. von Danwitz, 14 de maio de 2019. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=214042&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=3137189>. Acesso em: 28 nov. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Seção). *Processo C-401/19 (EU:C:2022:297)*. Recurso de anulação – Diretiva (UE) 2019/790 – Artigo 17.o, n.o 4, alínea b), e alínea c), in fine – Artigos 11.o e 17.o, n.o 2, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Liberdade de expressão e de informação – Proteção da propriedade intelectual – Obrigações impostas aos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha – Controlo automático prévio (filtragem) dos conteúdos colocados em linha pelos utilizadores. Recorrente: República da Polónia. Recorridos: Parlamento Europeu; Conselho da União Europeia. Relator: M. Ilešič, 26 de abril de 2022. Disponível em: https://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?mode=req&pageIndex=0&docid=258261&part=1&doclang=PT&text=&dir=&occ=first&cid=1945988. Acesso em: 22 ago. 2023.

WESENDONCK, Tula; JACQUES, Luísa Dresch da Silveira. Desordem informacional: uma análise sob o olhar das características do fenômeno e da responsabilidade civil no Brasil. *Pensar - Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, CE, v. 27, n. 3, p. 1-13, jul./set. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.5020/2317-2150.2022.12835>. Acesso em: 24 abr. 2023.

10. TECNOLOGIAS DO PRESENTE E ESTRATÉGIAS DO PASSADO: COMENTÁRIOS À ADPF 722/DF, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

PRESENT TECHNOLOGIES AND STRATEGIES OF THE PAST: Comments on ADPF 722/DF



<https://doi.org/10.36592/9786554601542-10>

*Juliana Rodrigues Ribas*¹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo comentar os fatos e razões de julgamento da ADPF 722/DF julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 16 de maio de 2022, especificamente quanto aos direitos fundamentais violados quando da confecção e divulgação do “dossiê antifascista” por secretaria vinculada ao Ministério da Justiça brasileiro. Para tanto, a pesquisa utiliza o procedimento histórico a fim de recordar as estratégias semelhantes utilizadas pela ditadura militar brasileira e compará-las às ameaças do fenômeno que hoje se denomina como tecno-autoritarismo num contexto de democracia securitária. Por fim, conclui que a decisão analisada acerta em seu dever de manutenção do Estado Democrático de Direito, limitando os poderes da administração e identificando um desvio de competência no caso concreto.

Palavras-chave: Dossiê antifascista; democracia securitária; tecno-autoritarismo; separação informacional entre poderes; ditadura militar.

ABSTRACT

The present article aims to discuss the facts and reasoning behind the judgment of ADPF 722/DF by the Brazilian Supreme Federal Court on May 16, 2022, specifically regarding the fundamental rights violated during the creation and dissemination of the “antifascist dossier” by an entity linked to the Brazilian Ministry of Justice. To achieve this, the research employs a historical approach to recall similar strategies used by the Brazilian military dictatorship and compares them to the threats posed by the phenomenon now referred to as techno-authoritarianism in the context of security democracy. Finally, it concludes that the analyzed decision is correct in fulfilling its duty to uphold the Democratic Rule of Law, limiting the powers of the administration, and identifying a deviation of competence in the specific case.

Keywords: Antifascist dossier; security democracy; techno-authoritarianism; informational separation of powers; military dictatorship.

¹ Bolsista CAPES/PROEX. Doutoranda pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, na área de Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado.

INTRODUÇÃO

Conforme relatado pelo Uol em 24 de julho de 2020 ², a Secretaria de Operações Integradas (SEOPI), diretamente subordinada ao Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública, elaborou um dossiê contendo informações detalhadas de centenas de indivíduos, incluindo fotografias, endereços nas redes sociais, domicílios e alguns números de telefone celular³. Essa investigação tinha como alvo um contingente composto por 579 servidores federais e estaduais de segurança, além de três professores universitários identificados como membros do "movimento antifascismo". Destacava-se que todos esses indivíduos eram críticos ao governo do presidente Jair Bolsonaro.

Para além da Polícia Federal e do Centro de Inteligência do Exército, o documento originado no âmbito do Ministério da Justiça foi direcionado a diversos órgãos públicos, tais como a Polícia Rodoviária Federal, a Casa Civil da Presidência da República, a Agência Brasileira de Inteligência, a Força Nacional, e três "centros de inteligência" associados à Secretaria de Operações Integradas (SEOPI) nas regiões Sul, Norte e Nordeste do país. Estes centros desempenham o papel de pontos de encontro e troca de informações entre o Ministério da Justiça e profissionais de segurança pública, tanto civis quanto militares, recrutados pelo referido ministério. Conseqüentemente, o dossiê do Ministério da Justiça propagou-se pelas administrações públicas federal e estaduais, e as conseqüências dessa disseminação permanecem incertas.

Em 27 de julho de 2020, o partido Rede Sustentabilidade propôs Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) requerendo em caráter liminar a suspensão da produção de relatórios de inteligência sobre o "movimento antifascista" e professores universitários produzido pela Secretaria de Operações

² <https://noticias.uol.com.br/colunas/rubens-valente/2020//ministerio-justica-governo-bolsonaro-antifascistas.htm>

³ O evento ocorreu pouco tempo após o ex-Deputado Estadual Douglas Garcia, do PSL-SP, ter solicitado, por meio do Twitter (https://twitter.com/DouglasGarcia/status/1267546485849305088?ref_src=twsrc%5Etfw%7Ctwcamp%5Etweetembed%7Ctwterm%5E1267546485849305088%7Ctwgr%5E&ref_url=https%3A%2F%2Fwww.poder360.com.br%2Fmidia%2Fdeputado-pede-denuncias-contra-antifascistas-e-recebe-fotos-de-vampeta-nu%2F) o nome completo e evidências de pessoas autodenominadas antifascistas.

Integradas, ligada ao Ministério da Justiça. Além do referido pedido de suspensão, a Rede solicitou a abertura de inquérito para investigar o ministro da Justiça por possível crime, à época o hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal André Mendonça.

O arguente sustentou que a referida prática violava os direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição Federal, quais sejam: liberdade de expressão (IV); direito à intimidade, à vida privada e à honra (X); liberdade de reunião (XVI); e liberdade de associação (XVII).

Ao prestar informações sobre o descumprimento arguido, o Ministério da Justiça e Segurança Pública não negou expressamente a elaboração de um dossiê sobre cidadãos brasileiros que expressem posicionamentos contrários ao fascismo, tampouco seu compartilhamento com outros órgãos da Administração. As informações prestadas se resumiram a recordar a competência do Ministério da Justiça na coleta de informações.

Em 20 agosto de 2020, o Plenário do STF, sob a relatoria da Ministra Carmén Lúcia, determinou a suspensão de relatórios e coleta de informações sobre movimento antifascista pelo Ministério da Justiça. O pedido da Rede Sustentabilidade para investigar o titular da pasta foi rejeitado pelos ministros, uma vez constatado que o monitoramento de servidores pelo Ministério da Justiça começou antes da gestão de Mendonça.

A relatora da ADPF 722, ministra Cármen Lúcia, concluiu que a coleta de informações com o propósito de mapear posições políticas de um grupo específico ou identificar opositores ao governo caracteriza um desvio de finalidade nas atividades de inteligência.

Durante o julgamento da medida cautelar, a Ministra Cármen Lúcia, atuando como relatora, defendeu a validade da ação, questionando a existência do dossiê e sua conformidade constitucional. Alexandre de Moraes destacou a incompatibilidade de relatórios de inteligência para monitorar preferências ideológicas, criticando a qualidade do suposto dossiê. Em sua intervenção, Edson Fachin condenou a coleta de informações sobre escolhas pessoais, alegando que essa prática assemelha-se a métodos de governos autoritários. Luís Roberto Barroso ressaltou a importância da inteligência, mas afirmou que o monitoramento

de adversários políticos é incompatível com os princípios democráticos. Rosa Weber, por sua vez, considerou a utilização da inteligência sem "interesse legítimo" como bisbilhotice, expressando preocupação com a saúde da democracia. Luiz Fux defendeu a suspensão da produção de relatórios, argumentando que ninguém deve ser monitorado por suas opiniões. Ricardo Lewandowski criticou a elaboração de dossiês sobre preferências ideológicas em um estado democrático de direito. Gilmar Mendes apontou a possibilidade de monitoramento de servidores críticos ao governo, questionando a falta de justificativa do Ministério da Justiça. Em concordância com a relatora, Dias Toffoli defendeu a atuação correta do Ministro da Justiça, André Mendonça. Marco Aurélio Mello, o único voto divergente, sustentou que o tema deveria ser tratado pelo Congresso, não pelo STF.

Para fins de contraditório e análise do mérito em Plenário do Supremo Tribunal Federal, manifestaram-se a Advocacia Geral da União e o então Procurador Geral da República, que seguiram o entendimento do Ministro da Justiça, opinando pela improcedência da ADPF.

O Supremo Tribunal Federal julgou procedente o pedido formulado na arguição de descumprimento de preceito fundamental, declarando inconstitucionais os atos do Ministério da Justiça e Segurança Pública de produção ou compartilhamento de informações sobre a vida pessoal, escolhas pessoais e políticas, práticas cívicas de cidadãos, servidores públicos e professores universitários identificados como integrantes de movimento político antifascista. A medida cautelar deferida foi confirmada, nos termos do voto da Relatora.

O DOSSIÊ ANTIFASCISTA E AS REMINISCÊNCIAS AUTORITÁRIAS DA DITADURA MILITAR BRASILEIRA

A luta do homem contra o poder é a luta da memória contra o esquecimento
(KUNDERA).

Em sede da ADPF 722/DF, o arguente defendeu que a prática do dossiê, sob a justificativa de atividade de inteligência, é caracterizada como uma investigação genuína, censória e politicamente persecutória, atipicamente conduzida diretamente

pelo Ministério da Justiça. Alega a existência de desvio de finalidade na prática estatal devido à "confusão entre 'interesse nacional' e 'interesse do Presidente da República'". Além disso, destaca que a estratégia aparente das investigações secretas promovidas pelo Ministério da Justiça é o enfraquecimento do discurso contrário, sem apresentar qualquer risco significativo à segurança pública ou à integridade nacional, o que justificasse a abertura de procedimentos investigativos ou o uso da controversa Lei de Segurança Nacional.

Em contraponto, dentre outros argumentos, o então Ministro da Justiça arguiu que o Sistema Brasileiro de Inteligência, de acordo com a Lei n. 9.883/1999, objetiva prover a alta administração com informações relativas a questões de interesse nacional constitui uma prática fundamentada na preservação da soberania nacional, na proteção do Estado Democrático de Direito e no respeito à dignidade da pessoa humana. Essa abordagem envolve a condução de atividades de inteligência que abarcam a obtenção e o tratamento de conhecimento acerca de elementos que, imediata ou potencialmente, possam influenciar o processo decisório e as ações governamentais. Além disso, busca-se assegurar a defesa e a segurança da sociedade e do Estado ⁴.

Ademais, para o Ministério da Justiça, não se estabelece uma relação de causa e efeito entre a atividade de inteligência regularmente conduzida, cujos resultados se materializam principalmente nos Relatórios de Inteligência, e a alegada violação de preceitos fundamentais da Constituição. Isto decorre do fato de que as informações elaboradas dentro do Sistema de Informações de Segurança Pública não acarretam consequências na esfera jurídica de terceiros, como sanções ou

⁴ Uma referência ao artigo 1º e parágrafos da Lei nº 9.883 de 07 de dezembro de 1999: "Art. 1º Fica instituído o Sistema Brasileiro de Inteligência, que integra as ações de planejamento e execução das atividades de inteligência do País, com a finalidade de fornecer subsídios ao Presidente da República nos assuntos de interesse nacional. § 1º O Sistema Brasileiro de Inteligência tem como fundamentos a preservação da soberania nacional, a defesa do Estado Democrático de Direito e a dignidade da pessoa humana, devendo ainda cumprir e preservar os direitos e garantias individuais e demais dispositivos da Constituição Federal, os tratados, convenções, acordos e ajustes internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte ou signatário, e a legislação ordinária. § 2º Para os efeitos de aplicação desta Lei, entende-se como inteligência a atividade que objetiva a obtenção, análise e disseminação de conhecimentos dentro e fora do território nacional sobre fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório e a ação governamental e sobre a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado".

investigações, mas, ao contrário, servem para subsidiar as autoridades da área de segurança pública na tomada de decisões.

Essas questões não são novas para a história brasileira. A prática de compilar dossiês contra adversários políticos foi estabelecida durante o período da ditadura empresarial-militar no Brasil: “uma das principais estratégias de implantar um projeto de sociedade baseado no controle dos subversivos foi a construção de um aparelho de repressão com a capacidade de espionar a vida das pessoas” (MIRANDA, 2021, p. 52).

Após o golpe civil-militar de 1964 e a destituição do Governo João Goulart, as Forças Armadas empreenderam rapidamente a instituição de um aparato repressivo, um serviço de informações, alinhado aos interesses do regime. Para tal, foi necessária a aprovação da Lei nº 4.341, enviada ao Congresso Nacional em junho de 1964, que estava sob a influência direta da ditadura nas mãos do Presidente Castelo Branco. Este projeto resultou na criação do Serviço Nacional de Informações (SNI). O Serviço, substituindo o Serviço Federal de Informações e Contra-Informações (SFICI), foi estabelecido com amplos poderes, respondendo hierarquicamente apenas ao Presidente (SNI, 2013).

Durante os anos de 1964 a 1967, sob o governo de Castelo Branco, o chefe do SNI era o General Golbery de Couto e Silva, responsável por conceber as funções do SNI em todas as esferas de poder dentro e fora do Estado. A investigação e espionagem eram apenas algumas das funções desempenhadas pelo SNI. O objetivo principal era construir uma extensa rede, uma comunidade de informações capaz de monitorar as atividades dos opositores do regime (sindicatos, partidos de esquerda, intelectuais, estudantes), subordinando ministérios civis, Forças Armadas, autarquias e Polícias Estaduais. A partir de 1968, as informações excederam as demandas previamente estabelecidas pela direção. É o retrato que Fico (2015) narra:

Pouco antes da posse de Costa e Silva, Castelo Branco havia introduzido na Lei de segurança nacional a concepção de que se vivia uma “guerra interna” e, portanto, o “inimigo” - além de eventuais ameaças externas - era o brasileiro “subversivo”. Essa concepção amparou a criação dos sistemas que moldaram o aparato repressivo. O conceito estratégico nacional determinou uma completa reformulação dos órgãos de segurança e informações e estabeleceu que as forças federais e estaduais deveriam

atuar de maneira conjunta no combate à "subversão" - isto é, aos comunistas e a todos que fossem acusados de contestar o regime militar. (FICO, 2015)

Durante o ano de 1968, observou-se, por um lado, um aumento das manifestações de rua de diversos setores sociais, incluindo profissionais liberais, estudantes e operários. Somando-se a este movimento, houve uma crescente adoção da luta armada dentro dos círculos da esquerda. Simultaneamente, nos quartéis, ampliava-se o coro que clamava por medidas mais severas contra os "inimigos da Revolução", sem concessões à sutileza ou aos limites legais. O cenário mais desfavorável para os militares envolvia a convergência das oposições civis moderadas, destacando-se a Frente Ampla, juntamente com os setores da esquerda radical, representados pelo movimento estudantil, formando uma ampla frente contrária ao regime. Foi precisamente essa conjuntura que culminou na promulgação do AI-5, responsável por legitimar a política armada como "o único canal de legitimidade política no comando do Estado" (NAPOLITANO, 2022, p. 335).

Em 1989, após o encerramento do SNI, repórteres investigativos acessaram seus vastos arquivos e fizeram emergir a variedade da inteligência formatada para servir a máquina da repressão formada pela Polícia Federal, polícias militares estaduais, delegacias de ordem social e política dos estados e serviços de inteligência do exército. Num movimento cuja semelhança com o caso presente quase alcança a distopia, emergiram, parcialmente, os olhos e grampos do SNI, que, "ironias à parte, [...] cresceu, inchou como a inflação brasileira, com poderes ilimitados e, conseqüentemente, extravagantes e totalitários. Passou a meter o bedelho em tudo" (BAFFA, 1989, p. 15). O resultado? Milhares de arquivos, hoje em posse do Arquivo Nacional, como "prontuários de pessoas físicas e jurídicas, inquéritos policiais militares, relatórios de vigilância, documentação administrativa, material didático, orientações correspondências, análises de conjunturas e estruturas, monitoramento dos meios de comunicação, além de jornais, revistas, fotografias e cartazes" (MIRANDA, 2021, p. 54). Selecionamos um desses arquivos de inteligência, classificado como reservado, para ilustrar como as técnicas de identificação do nível de risco ao interesse do governo autoritário, ou seja, o nível de subversão, era interrogado para formar um relatório individual:

R E S E R V A D O

-02-

guirá o interrogatório sobre o fato principal que se tem em vista; e

- explorar partes vulneráveis do entrevistado como vaidade, inibição, inteligência, etc.

5. A entrevista pretende identificar o seguinte:

- grau de cultura: bem informado, regularmente informado, mal informado, ignora o assunto;

- doutrina política: idem, idem, idem;

- grau de politização: idem, idem, idem;

- caráter: reto, tortuoso e dissimulado

6. A experiência demonstra que o comunista convicto e culto revela coerência e lógica, procurando demonstrar as suas qualidades. O comunista fanático e ignorante, procura manter-se em negativas nas perguntas que ele supõe comprometedoras; revela logo a ignorância, mas é coerente na defesa dos "Chavões" comunistas. O "inocente útil" é difícil de ser caracterizado, pois revela uma certa coerência na defesa das teses nacionais e ao mesmo tempo revela-se favorável a certas teses marxistas. O ignorante tal se evidencia com facilidade. O indivíduo simplório, comum, responde as mais fáceis com naturalidade e confessa desconhecimento das demais.

7. E N T R E V I S T A

a. Qualificação, Nome, Filiação, Idade, Estado Civil, Dependentes, Grau de Escolaridade, Profissão, Salário, Bens, Partido Político, outras utilidades lucrativas, endereço.

b. Perfil filosófico

1) Qual sua opinião sobre SÓCRATES, PLATÃO e ARISTÓTELES?

2) Que acha da Bíblia, já a folheou? O que mais o impressionou?

R E S E R V A D O

Informativo para Interrogatório Retirado dos Arquivos do SNI (BAFFA, 1989, p. 27)

O mapeamento de servidores públicos cujas opiniões se opõem ao governo não é um movimento opressor novo. As suas consequências se não houvesse a suspensão do comportamento na ADPF 722/DF? Ora, se olharmos para o passado, entre 1964 e 1973, "foram aposentados ou demitidos 3.783 funcionários públicos, dentre os quais 72 professores universitários e 61 pesquisadores científicos. [...] A maior parte dos militares, se não todos, que se opunham ao golpe foi excluída das fileiras. Foram expulsos ao todo 1.313 militares" (CARVALHO, 2015, p. 168).

O resultado histórico de um crescimento antidemocrático de um aparelho de inteligência com o objetivo maior de manutenção ditatorial? A censura à imprensa resultou na eliminação da liberdade de opinião, coibindo também a liberdade de reunião. Os partidos políticos eram sujeitos a regulamentação e controle governamental, enquanto os sindicatos enfrentavam ameaças constantes de intervenção. O exercício do direito de greve era proibido, e a defesa legal era prejudicada por prisões arbitrárias. O sistema judiciário militar julgava crimes civis, e a inviolabilidade do lar e da correspondência não encontrava respaldo. A integridade física era frequentemente violada através de práticas de tortura nas prisões governamentais, culminando em uma flagrante desconsideração pelo direito à vida. Muitas famílias das vítimas ainda permanecem sem esclarecimentos sobre as circunstâncias das mortes e os locais de sepultamento. Este período foi marcado por anos de sobressalto e medo, caracterizados pela atuação descontrolada dos órgãos de informação e segurança (CARVALHO, 2015, p. 167-68).

Ora, a utilização dos recursos estatais para a elaboração de dossiês, transgredindo princípios fundamentais do regime democrático constitucional, representa uma verdadeira perseguição aos opositores políticos, caracterizando-se como prática de espionagem ilegal e ameaça à ordem. Agravando a situação, destaca-se que esta não constitui a primeira ocorrência desse fenômeno, pois existem amplas evidências da existência do "Gabinete do Ódio" nas dependências do Palácio do Planalto.

Assim como seus contemporâneos populistas, Bolsonaro demonstrou hostilidade em relação aos valores e instituições da democracia liberal, contudo, o seu método de ataque às instituições apresentou particularidades distintas, quando comparado a fenômenos previamente abordados na literatura. O *modus operandi* de Bolsonaro não se alinhou precisamente ao modelo categorizado como legalismo autocrático ou ao caracterizado como constitucionalismo abusivo. Em vez disso, a sua abordagem se enquadra no que denominamos como "infralegalismo autoritário". Este método priorizou a implementação de uma agenda populista e autoritária através da emissão de decretos, nomeações e ações nos domínios administrativo, orçamentário e burocrático. Tais medidas foram respaldadas por pressões parainstitucionais sobre agentes públicos e dirigidas para a erosão ou neutralização

de diversos direitos e valores consagrados pela Constituição de 1988 (VIEIRA *et al.*, 2022).

A abordagem de Bolsonaro também impactou a autonomia de instituições de controle e vigilância, com destaque para a Polícia Federal. Num movimento denominado por muitos como "Supremocracia", o STF emitiu decisões que visavam evitar a apropriação dessas instituições para fins particulares ou a enfraquecer sua capacidade de controle. Em junho de 2019, o portal de notícias The Intercept Brasil divulgou os primeiros de uma série de diálogos que expuseram uma comunicação paralela e extraoficial entre procuradores encarregados da acusação de políticos potencialmente envolvidos em esquemas de corrupção investigados pela Operação Lava-Jato e Sérgio Moro, o juiz responsável pela maior parte dos casos relacionados à operação. As conversas foram obtidas por hackers e compartilhadas anonimamente com o portal de notícias. Após a identificação dos responsáveis pela invasão dos celulares, Sérgio Moro declarou à imprensa sua intenção de descartar as mensagens apreendidas. A declaração foi levada perante o STF, que, por meio da ADPF 605, interveio para evitar a destruição das provas apreendidas junto aos hackers. O STF também interveio para evitar a abertura de um inquérito contra Glenn Greenwald, fundador do Intercept, por meio da ADPF 601. Essa decisão foi proferida em resposta à divulgação, pela imprensa, de que a Polícia Federal havia iniciado uma investigação sobre as movimentações financeiras de Greenwald, com o objetivo de verificar uma suposta atividade criminosa relacionada aos vazamentos.

Em abril de 2020, o ministro Alexandre de Moraes, por meio da Medida Cautelar nº 37.097 (MS 37.097), interveio para impedir a nomeação do novo diretor da Polícia Federal, Alexandre Ramagem. A substituição no comando da Polícia Federal ocorreu em meio a tensões entre Sérgio Moro e o Presidente Bolsonaro, além de relatos de desconforto por parte deste último em relação a investigações conduzidas pela Polícia Federal do Rio de Janeiro, que tinham como alvo membros de sua família. Na visão do ministro, a nomeação de Ramagem configurava um típico caso de desvio de finalidade, uma vez que a intenção seria favorecer a família do presidente e aumentar seu controle sobre a instituição. Classificado como desvio de finalidade, o ato da administração pública foi passível de anulação por via judicial.

O STF também emitiu decisões que impediam o monitoramento de informações relativas a servidores públicos ou outros cidadãos pelo poder público. Em agosto de 2020, o plenário do tribunal deferiu parcialmente uma medida cautelar para estabelecer que os órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Inteligência (SISBIN) somente podem fornecer dados e conhecimentos específicos à Agência Brasileira de Inteligência (ABIN) quando for comprovado o interesse público da medida (ADI 6.529). Além disso, qualquer decisão sobre o compartilhamento deve ser devidamente motivada para eventual controle de legalidade pelo Poder Judiciário e deve passar por um procedimento administrativo formalmente instaurado. A ação foi movida pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) em relação ao Decreto nº 10.445/2020, que passou a condicionar o fornecimento de informações no âmbito do Sisbin a uma requisição do diretor-geral. Antes do decreto, as hipóteses de requisição de informações eram mais restritas. Em dezembro de 2020, diante de notícias sobre a utilização da estrutura da Abin para fornecer assessoria à defesa da família do presidente em processos criminais, um despacho da relatora da ação solicitou informações e reiterou a censura a essa deturpação do órgão (ADI 6.529).

DEMOCRACIA SECURITÁRIA E AS ARMADILHAS DO TECNO-AUTORITARISMO

Vivemos num mundo sem alternativas. É um mundo que propõe uma realidade única e que rotula de lunáticos [...] todos aqueles que acreditam na existência de uma alternativa para tudo [...]. Nessa generalizada atmosfera de medo e fatalismo, cresce a convicção de que não há alternativas para a lógica política contemporânea e para a tirania da economia ou as atitudes referentes à ciência e à tecnologia, ou à relação entre natureza e humanidade (DONSKIS, 2019, p. 11).

Inúmeras dimensões da segurança têm sido disputadas e transformadas em elemento central por regimes políticos contemporâneos. Autores como Augusto (2022), defendem que este fenômeno configura uma modalidade inovadora de autoritarismo, que se distingue dos regimes ditatoriais do século XX, qual seja as *democracias securitárias* “de uma premissa de que a segurança pública seria um ‘problema de todos’, por tais razões, não seria apenas um dever e/ou responsabilidade exclusiva do estado” (DIAS *et. al.*, 2023, p. 131).

Esta estratégia foi amplamente utilizada pelo governo de Jair Bolsonaro, convocando a sociedade a atuar em parceria com o Estado na manutenção da ordem, seja em discursos de promoção ao armamento de cidadãos, seja em convocações políticas para denúncias de movimentos “subversivos” como a que culminou no dossiê antifascista ora analisado. Nessa lógica, identificamos armadilhas jurídicas à democracia, semelhantes à ementa do parecer apresentado pelo então Procurador Geral da República, reproduzida no relatório do acórdão da ADPF 722/DF ora analisada:

CONSTITUCIONAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATIVIDADES DE INTELIGÊNCIA. RELATÓRIOS. ASSESSORAMENTO. **CENÁRIOS DE RISCO. SEGURANÇA DA SOCIEDADE E DO ESTADO.** DIREITOS FUNDAMENTAIS. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. INTIMIDADE. PRIVACIDADE. RESERVA DE JURISDIÇÃO. INFORMAÇÕES DE FONTES ABERTAS. DESVIO DE FINALIDADE. INEXISTÊNCIA. 1. Não **têm nenhum propósito persecutório (criminal, disciplinar ou de qualquer outra natureza) as informações registradas em relatórios de inteligência, mas apenas o de antever riscos à segurança da sociedade e do Estado**, a fim de que as autoridades públicas possam, tempestivamente, adotar as providências que entenderem cabíveis. 2. São pressupostos da atividade de inteligência, além da necessária obediência à Constituição Federal e às leis, constituir-se em atividade de Estado e de assessoramento oportuno. Estado e de assessoramento oportuno. 3. Desde que se valha de fontes abertas de informação, cujo acesso não esteja sob reserva de jurisdição, é constitucionalmente legítima e até mesmo necessária a atividade de inteligência, sendo que a menção a fatos e pessoas não implica violação de direitos fundamentais, tais como os da liberdade de expressão, da intimidade e da vida privada. – Parecer pela improcedência dos pedidos”. (Grifos nossos)

Nas palavras do parecer, a legitimidade do Dossiê Antifascista se concentra na função de “antever riscos à segurança da sociedade e do Estado, a fim de que as autoridades públicas possam, tempestivamente, adotar as providências que entenderem cabíveis”. Eis um argumento antigo, conforme visualizamos no item anterior, pois “no lugar de uma Constituição para limitar o poder e proteger as liberdades civis, políticas e sociais, os juristas da ditadura implantaram uma engenharia jurídica fundamentada inteiramente na doutrina de segurança nacional” (LIMA, 2022, p. 348). Tal abordagem possibilitou a relativização dos direitos e

garantias fundamentais, originalmente protegidos pelo paradigma constitucional surgido no período pós-Segunda Guerra Mundial, durante a repressão aos opositores do regime.

Vislumbra-se uma configuração do Panóptico foucaultiano, na qual o Estado-observador permanece oculto pelas persianas, enquanto tem acesso à visibilidade de todos, sendo que essa própria visibilidade constitui uma armadilha, resultando na disciplina do corpo e da mente, com cicatrizes que se manifestam na alma e na racionalidade.

Nessa nova formatação autoritária, a maioria dos cidadãos apoia qualquer ação em nome da sua segurança, da preservação da ordem social e da salvaguarda do patrimônio, tanto estatal quanto privado. "E não existe princípio democrático, direitos civis ou humanos, nem mesmo garantia da integridade física das pessoas, que sejam capazes de frear a mobilização violenta das forças de segurança e seu emprego espetacular contra os cidadãos, muitas vezes de forma letal" (AUGUSTO, 2020, p. 278).

E qual o perigo à segurança pública retratado na ADPF 722/DF? O movimento antifascista, ou seja, o movimento de servidores públicos federais que se declararam, privadamente, contrário a condutas fascistas que, no contexto histórico, eram atribuídas ao governo da situação. O fascismo pode ser conceituado como um conjunto de discursos e práticas que envolvem o cultivo do ódio, a propagação de comunicação violenta e a implementação de ações visando a eliminação em larga escala de indivíduos considerados inimigos por aqueles que detêm o controle sobre a opinião, a economia e a política de uma sociedade. As Tecnologias de Informação e Comunicação, como poderosas máquinas de produção de linguagem, desempenham o papel de uma incubadora altamente especializada do fascismo em sua forma contemporânea (TIBURI, 2020).

Nesse contexto de sociedade de informação, práticas como a produção e divulgação entre diferentes órgãos estatais de informações privadas de cidadãos são amplificadas pelas informações extraídas de cadastros governamentais, redes sociais e as mais variadas fontes de dados abertas. Esse emprego visa intensificar tanto quantitativa quanto qualitativamente o domínio exercido pelo Estado sobre a população, tendo impactos diretos e indiretos nos direitos e garantias fundamentais

dos cidadãos. Dentre esses direitos, incluem-se a dignidade da pessoa humana, os direitos da personalidade (com destaque para a privacidade e proteção de dados pessoais) e as liberdades fundamentais (SARLET, 2022).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se o esquecimento é, de fato, constitutivo da memória, então, para o direito, torna-se central determinar se é possível distinguir entre o que devemos lembrar e o que podemos esquecer (BARBOSA, 2018, p. 40).

É crucial salientar que o direito à memória e à verdade nunca será, de fato, um direito a um conhecimento definitivo sobre o passado. Trata-se de demandar que a narrativa histórica institucional seja contemplada a partir de informações anteriormente ocultadas ou intencionalmente esquecidas.

A transição em direção à experiência autoritária foi ansiada, advogada e aclamada por muitos. Não é de surpreender que, diante das consequências históricas dessa escolha, o fenômeno do esquecimento emerja como uma solução simultaneamente frequente e atrativa.

Analisar o crescimento do SNI e as consequências de seu aparelho burocrático quando encontra as ideias de governantes mais truculentos e autoritários como o que ocorreu durante os anos de 1968 a 1974, os mais sombrios - quiçá até o último governo - da história do país, auxilia a compreensão do perigoso comportamento suspenso pela ADPF 722/DF.

A homogeneidade de pensamento que serve ao autoritarismo é, "mais que antiliberal, *anticonstitucional*" (BARBOSA, 2018, p. 23). Utilizar-se de serviços de inteligência para identificar e agrupar indivíduos que defendem pensamentos diversos ao do grupo que está no poder é estratégia que remonta aos mais cruéis períodos da ditadura militar e do SNI.

Mais um motivo que, para Sarlet (2022b), reconhecer a existência de um princípio implícito, geral e estruturante para a atuação estatal, denominado de separação informacional de poderes, torna-se não apenas possível, mas também cogente. Nesse ponto, o voto da Ministra Cármen Lúcia na ADPF 722/DF é impecável:

É imprescindível que a colheita de dados, a produção de informações e o respectivo compartilhamento entre os órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Inteligência se opere com estrita vinculação ao interesse público, observância aos valores democráticos e respeito aos direitos e garantias fundamentais. **Produção e compartilhamento de dados e conhecimentos específicos que visem ao interesse privado do órgão ou de agente público não é juridicamente admitido e caracteriza desvio de finalidade e abuso de poder.** (grifos nossos)

Importante sinalizar que, após o julgamento da ADPF 722/DF, o Supremo Tribunal Federal densificou seu entendimento de proteção à privacidade e restrição às possibilidades de tratamento de dados pessoais pelo Estado, bem como seu compartilhamento entre órgãos e entidades da Administração na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.649⁵.

REFERÊNCIAS

AUGUSTO, Acácio. O Dispositivo Monitoramento como Tecnologia Política: formas da democracia securitária e do cidadão-polícia. In: SABARIEGO, Jesús; AMARAL, Augusto Jobim do; SALLES, Eduardo B. C. (Coord.). *Algoritarismos*. Valencia: Tirant lo blach, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 722, Relatora: Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 16-05-2022, Processo Eletrônico DJe-112, divulg. 08-06-2022, public. 09-06-2022.

BAFFA, Ayrton. *Nos Porões do SNI: o retrato do monstro de cabeça oca*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 1989.

BARBOSA, Leonardo A. A.. *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. 3 reimp. Brasília: Câmara dos Deputados. Edições Câmara, 2018.

⁵ Extraímos fragmento da ementa da ADI n. 6.649 que trata, especificamente, do uso de dados pessoais pela atividade de inteligência: "6. O compartilhamento de informações pessoais em atividades de inteligência deve observar a adoção de medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público; a instauração de procedimento administrativo formal, acompanhado de prévia e exaustiva motivação, para permitir o controle de legalidade pelo Poder Judiciário; a utilização de sistemas eletrônicos de segurança e de registro de acesso, inclusive para efeito de responsabilização em caso de abuso; e a observância dos princípios gerais de proteção e dos direitos do titular previstos na LGPD, no que for compatível com o exercício dessa função estatal. (ADI 6649, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 15-09-2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 16-06-2023 PUBLIC 19-06-2023).

CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 19 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

DIAS, Felipe da Veiga; SANTOS, Lucas da Silva; AMARAL, Augusto J. Democracia Securitária: implicações das políticas de segurança pacificadoras e humanizadoras. *In: Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, v. 23, n. 1, p. 129-144, jan-abr. 2023.

FICO, Carlos. *História do Brasil contemporâneo: da morte de Vargas aos dias atuais*. 1. ed. São Paulo: Contexto, 2015. *E-book*. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br>. Acesso em: 03 dez. 2023.

LIMA, Danilo Pereira. Juristas Autoritários: o uso do Direito na consolidação da ditadura militar. *In: ROSENFELD, Luis; LIMA, Danilo Pereira. História constitucional brasileira*. Porto Alegre: ediPUCRS, 2022.

MIRANDA, Rosinda da Silva. Ditadura Civil-Militar, Sistema Nacional De Informação (Sni): Relatórios sobre o Centro de Intercâmbio de Pesquisas de Estudos Econômicos e Sociais (Cipes) e sua Prática de Proselitismo do Marxismo-Leninismo. *In: FONTES, E. J. O; ALVES, Davison (Org.). Governos militares na Amazônia: política educacional, conflitos e legislações agrárias, a operação Amazônia, cultura histórica e os direitos humanos*. Belém, PA: Cabana, 2021.

NAPOLITANO, Marcos. "O General e o Guarda da Esquina": o lugar do AI-5 na história política e na memória da ditadura militar brasileira. *In: ROSENFELD, Luis; LIMA, Danilo Pereira. História constitucional brasileira*. Porto Alegre: ediPUCRS, 2022.

NASCIMENTO, Dmitri Felix do. *O Serviço Nacional de Informações (SNI): o Estado de Pernambuco vigiado*. Recife: Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Pernambuco. CFCH. Pós – Graduação em História, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/11389> . Acesso em 26 nov. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang; SALES SARLET, Gabriele. *Separação informacional de poderes no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa, 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang; SALES SARLET, Gabriele. Tecno-autoritarismo, tecno-fascismo social, democracia e proteção de dados. *In: Consultor Jurídico*, 13 nov. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-nov-13/direitos-fundamentais-tecno-autoritarismo-tecno-fascismo-societal-protecao-dados/> . Acesso em 30 nov. 2023.

TIBURI, Márcia. Turbofacismo: facismo na era digital e o caso brasileiro. *In: SABARIEGO, Jesús; AMARAL, Augusto Jobim do; SALLES, Eduardo B. C. (Coord.). Algoritmos*. Valencia: Tirant lo blach, 2020.

VIEIRA, O. V.; GLEZER, R.; BARBOSA, A. L. P.. Supremocracia e Infralegalismo Autoritário: o comportamento do Supremo Tribunal Federal durante o governo Bolsonaro. *In: Novos estudos CEBRAP*, v. 41, n. 3, p. 591–605, set. 2022.

11. COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA INTERINSTITUCIONAL INTERNACIONAL E O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 51 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE INTERNATIONAL INTERINSTITUTIONAL JUDICIAL COOPERATION AND THE FUNDAMENTAL RIGHT TO DATA PROTECTION: AN ANALYSIS OF THE JUDGEMENT OF THE CONSTITUTIONALITY DECLARATORY ACTION Nº 51 BY THE FEDERAL SUPREME COURT



<https://doi.org/10.36592/9786554601542-11>

Micaela Porto Filchtiner Linke¹

RESUMO

Este comentário jurisprudencial debruça-se sobre a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 51 à luz da Cooperação Judiciária Interinstitucional Internacional para a efetivação do direito fundamental à proteção de dados. Objetiva-se com este estudo analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal no caso quanto à validade do uso das cartas rogatórias e dos Acordos de Assistência Judiciária em Matéria Penal para fins de investigação criminal sob o prisma da consolidação do dever de cooperação judiciária em nível internacional. Para tanto, utilizou-se de metodologia indutiva, considerando tratar-se de um estudo de caso, por meio da análise do julgado objeto deste comentário jurisprudencial e de sua subsequente análise crítica por meio da revisão bibliográfica sobre a Cooperação Judiciária Interinstitucional Internacional e sobre o Direito Fundamental à Proteção de Dados. Com isso, observou-se como resultado da presente pesquisa o reconhecimento do dever de Cooperação Judiciária Interinstitucional à nível internacional especialmente relevante para a proteção dos direitos fundamentais digitais, *in casu*, da proteção de dados, em razão da sua natureza supranacional.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; declaração direta de constitucionalidade; direitos fundamentais internacionais; constitucionalismo digital.

ABSTRACT

This jurisprudential commentary focuses on the Constitutionality Declaratory Action n. 51 in light of International Interinstitutional Judicial Cooperation for the implementation of the fundamental right to data protection. The aim of this study is to analyze the decision of the Federal Supreme Court in the case regarding the validity

¹ Graduada e Mestra em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS em Teoria Geral da Jurisdição e Processo, bolsista CAPES/PROEX. Advogada. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/4307477726609257> E-mail: micaela.linke@edu.pucrs.br.

of the use of rogatory letters and Legal Assistance Agreements in Criminal Matters (MLAT) for the purposes of criminal investigation from the perspective of consolidating the duty of judicial cooperation at an international level. To this end, considering that it is a case study, an inductive methodology was used, through the analysis of the decision object of this jurisprudential commentary, and its subsequent critical evaluation through the bibliographical review on International Interinstitutional Judicial Cooperation and on the Fundamental Right to Data Protection. Thus, the result of this research was the recognition of the duty of Interinstitutional Judicial Cooperation at an international level, especially relevant for the protection of fundamental digital rights, in case, the data protection, due to its supranational nature.

Keywords: Federal Supreme Court; direct declaration of constitutionality; international fundamental rights; digital constitutionalism.

INTRODUÇÃO

Este comentário jurisprudencial debruça-se sobre a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 51 à luz da Cooperação Judiciária Interinstitucional Internacional para a efetivação do direito fundamental à proteção de dados. Desse modo, objetiva-se, centralmente analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal no caso quanto à validade do uso das cartas rogatórias e dos Acordos de Assistência Judiciária em Matéria Penal para fins de investigação criminal sob o prisma da consolidação do dever de cooperação judiciária em nível internacional.

Para tanto, utilizou-se de metodologia indutiva, considerando tratar-se de um estudo de caso, por meio da análise do julgado objeto deste comentário jurisprudencial e de sua subsequente avaliação crítica por meio da revisão bibliográfica sobre a Cooperação Judiciária Interinstitucional Internacional e sobre o Direito Fundamental à Proteção de Dados. Com isso, iniciou-se com breve relatório sintético da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 51 por meio do estudo documental do seu julgamento de parcial procedência exarado em sessão plenária em 18 de abril de 2023 e seguiu-se com apanhado sobre o estado legislativo e regulamentar da Cooperação Judiciária Interinstitucional no ordenamento jurídico brasileiro, bem como com a avaliação a situação legislativa e doutrinária atual sobre o direito fundamental à proteção de dados no Brasil, apontando as peculiaridades de sua efetivação concreta, ao final, concluindo-se com uma análise crítica do julgado em comento.

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 51.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 51 foi julgada, em 18 de abril de 2023, em Sessão Plenária, pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2023a). Esta, ajuizada pela Federação das Associações das Empresas Brasileiras de Tecnologia da Informação – ASSESPRO Nacional – em face da Presidência da República e do Congresso Nacional, tendo contado com a intervenção de diversos *amici curiae*², inicialmente versava sobre a constitucionalidade e a consequente aplicabilidade do Decreto nº 3.810 (BRASIL, 2001), dos artigos 237, II do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) e dos artigos 780 e 783 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), ou seja, sobre a utilização das cartas rogatórias e dos Acordos de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Brasil e os Estados Unidos da América para a obtenção de conteúdo de comunicações que esteja sob controle de empresa de tecnologia localizada fora do território nacional, o que é frequentemente objeto de questionamentos por meio de decisões judiciais. Todavia, o Supremo Tribunal Federal consignou que, em verdade, o escopo da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 51 compreendia – para além dos dispositivos legais citados – o artigo 11 da Lei nº 12.965 (BRASIL, 2014) e artigo 18 da Convenção de Budapeste (BRASIL, 2023), os quais, conjuntamente interpretados, tratam da aplicação da legislação brasileira em relação a atividades de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, dados e comunicações eletrônicas ocorridas em território nacional, reafirmando os princípios da soberania e da independência nacional na concretização do dever estatal de proteção dos direitos fundamentais de consecução de segurança pública dos cidadãos brasileiros ou residentes no país (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2023a).

² Constam como *amici curiae* intervenientes na Ação Direta de Constitucionalidade nº 51: Facebook Serviços Online do Brasil LTDA., Verizon Media do Brasil Internet LTDA (atual denominação de Oath do Brasil Internet LTDA., anteriormente conhecida como Yahoo! do Brasil Internet LTDA. – Verizon Media Brasil), Instituto de Referência em Internet e Sociedade – Iris –, Sociedade de Usuários de Tecnologia – Sucesu Nacional e ABERT – Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2023a).

Discutida em Sessão Plenária a existência de matéria jurídica relevante, por maioria, concluiu-se que os inúmeros casos judiciais citados pela requerente em que houve decisões que implicitamente declararam a inconstitucionalidade dos dispositivos relativos ao cumprimento de cartas rogatórias e à aplicação do tratado de assistência mútua em matéria penal atestam a existência de controvérsia jurídica relevante envolvendo a constitucionalidade dos dispositivos legais em questão, imbuída de consequências jurídicas, econômicas, tecnológicas e financeiras relevantes, sendo cabível a Ação Declaratória de Constitucionalidade nos termos do artigo 14, inciso III, da Lei nº 9.868 (BRASIL, 1999). Finalmente, observou o Supremo Tribunal Federal (2023a) que o contexto atual do constitucionalismo frente à revolução tecnológica aponta para a necessidade de compreensão de que a *internet* e o mundo digital obrigam o constitucionalismo a transpor os limites nacionais da jurisdição constitucional, bem como impõe ao ordenamento jurídico brasileiro a necessidade de aperfeiçoamento dos instrumentos de cooperação para qualificação e melhoria do procedimento de requisição e obtenção de dados eletrônicos transnacionais (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2023a) a fim de promover a proteção efetiva dos direitos fundamentais entrelaçados nestes dilemas.

Com isso, conhecida por maioria de votos e julgada por unanimidade parcialmente procedente, declarou-se, por meio da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 51 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2023a), a constitucionalidade do Decreto nº 3.810³ (BRASIL, 2001), dos artigos 237, II do Código de Processo Civil⁴ (BRASIL, 2015) e dos artigos 780 e 783 do Código de Processo Penal⁵ (BRASIL, 1941) e da possibilidade de solicitação direta de dados e comunicações eletrônicas das autoridades nacionais a empresas de tecnologia

³ O Decreto nº 3.810 promulga o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América (BRASIL, 2011).

⁴ Mencionado artigo dispõe o seguinte: "Art. 273. Se inviável a intimação por meio eletrônico e não houver na localidade publicação em órgão oficial, incumbirá ao escrivão ou chefe de secretaria intimar de todos os atos do processo os advogados das partes: [...] II - por carta registrada, com aviso de recebimento, quando forem domiciliados fora do juízo." (BRASIL, 2015).

⁵ Ditos artigos estão assim redigidos: "Artigo 780. Sem prejuízo de convenções ou tratados, aplicar-se-á o disposto neste Título à homologação de sentenças penais estrangeiras e à expedição e ao cumprimento de cartas rogatórias para citações, inquirições e outras diligências necessárias à instrução de processo penal. [...] Artigo 783. As cartas rogatórias serão, pelo respectivo juiz, remetidas ao Ministro da Justiça, a fim de ser pedido o seu cumprimento, por via diplomática, às autoridades estrangeiras competentes." (BRASIL, 1941)

especificamente nas hipóteses do artigo 11 da Lei nº 12.965⁶ (BRASIL, 2014) e do artigo 18 da Convenção de Budapeste⁷ (BRASIL, 2023).

Dessa forma, a decisão da corte suprema brasileira atestou por meio da Ação Direta de Constitucionalidade nº 51 a possibilidade de realização de atos concertados e de requisição de informações por parte das autoridades brasileiras a empresas de tecnologia com representação no país que detenham ou controlem dados no Brasil, bem como nos casos de atividades de coleta e tratamento de dados no território nacional e nas hipóteses de crimes cometidos por indivíduos localizados no país (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2023a). Ainda, o acórdão, vislumbrando a expansão do problema *sub judice* para além dos contornos delineados em sede de petição inicial, determinou a comunicação da decisão ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo para que adotem as providências necessárias ao aperfeiçoamento do quadro legislativo, incluindo a discussão e a aprovação do projeto da Lei Geral de Proteção de Dados para Fins Penais e de novos acordos bilaterais ou multilaterais

⁶ Referido artigo assim dispõe: "Artigo 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros. § 1º O disposto no caput aplica-se aos dados coletados em território nacional e ao conteúdo das comunicações, desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil. § 2º O disposto no caput aplica-se mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que ofereça serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil. § 3º Os provedores de conexão e de aplicações de internet deverão prestar, na forma da regulamentação, informações que permitam a verificação quanto ao cumprimento da legislação brasileira referente à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados, bem como quanto ao respeito à privacidade e ao sigilo de comunicações. § 4º Decreto regulamentará o procedimento para apuração de infrações ao disposto neste artigo." (BRASIL, 2014)

⁷ Mencionado artigo, consoante Decreto Lei nº 11.491, dispõe: "Artigo 18 - Ordem de exibição 1. Cada Parte adotará as medidas legislativas e outras providências necessárias para dar poderes a autoridades competentes para ordenar: a. a qualquer pessoa residente em seu território a entregar dados de computador especificados, por ela controlados ou detidos, que estejam armazenados num sistema de computador ou em qualquer meio de armazenamento de dados de computador; b. a qualquer provedor de serviço que atue no território da Parte a entregar informações cadastrais de assinantes de tais serviços, que estejam sob a detenção ou controle do provedor. 2. Os poderes e procedimentos referidos neste artigo estão sujeitos aos Artigos 14 e 15. 3. Para os fins deste Artigo, o termo "informações cadastrais do assinante" indica qualquer informação mantida em forma eletrônica ou em qualquer outra, que esteja em poder do provedor de serviço e que seja relativa a assinantes de seus serviços, com exceção dos dados de tráfego e do conteúdo da comunicação, e por meio da qual se possa determinar: a. o tipo de serviço de comunicação utilizado, as medidas técnicas tomadas para esse fim e a época do serviço; b. a identidade do assinante, o domicílio ou o endereço postal, o telefone e outros números de contato e informações sobre pagamento e cobrança, que estejam disponíveis de acordo com o contrato de prestação de serviço. c. quaisquer outras informações sobre o local da instalação do equipamento de comunicação disponível com base no contrato de prestação de serviço." (BRASIL, 2023)

para a obtenção de dados e comunicações eletrônicas nesse contexto (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2023a).

O DEVER DE COOPERAÇÃO JUDICIAL INTERINSTITUCIONAL INTERNACIONAL.

À luz da breve análise do acórdão de julgamento de parcial procedência da Ação Direta de Constitucionalidade nº 51, nota-se que o Supremo Tribunal Federal por meio deste julgamento reforçou a constitucionalidade dos atos de Cooperação Judicial Interinstitucional Internacional e ainda apontou para a necessidade de o ordenamento jurídico brasileiro aprimorar-se na regulamentação de ditos atos de cooperação a fim de dar concretude aos valores constitucionais, inclusive, no desafiador âmbito digital. Nesse sentido, a cooperação judiciária no Brasil é uma temática que, atualmente, vem ganhando espaço no ordenamento jurídico pátrio, remontando as discussões sobre sua implementação há mais de uma década.

Nos textos normativos nacionais, a cooperação aparece primordialmente como assunto central na Recomendação nº 38 de 2011 do Conselho Nacional de Justiça, que, explicitamente, dispunha sobre a chamada cooperação nacional, ativa, passiva e simultânea entre os órgãos do Poder Judiciário da União e dos Estados, como sendo método admissível para a prática de todos os tipos de atos, providências, medidas, incidentes, procedimentos e ritos processuais, que devia ser regido pelos princípios da agilidade, concisão, instrumentalidade das formas e unidade da jurisdição nacional (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011).

Dita recomendação é considerada parte do movimento de constitucionalização do processo civil⁸ e da consolidação do modelo de processo cooperativo que é atestado com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL). A legislação processual civil vigente no país concretizou a visão do processo civil como instrumento de tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e

⁸ A constitucionalização do processo civil, conforme Hermes Zaneti Júnior, resume-se na revolução da visão do direito processual, fruto da interferência do texto constitucional nas noções de jurisdição, ação, defesa e processo, vinculando o estudo do processo civil em vinculação com a unidade da Constituição. (ZANETI JÚNIOR, 2021, p. 30-31).

adequada dos direitos⁹ na dimensão constitucional (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO; 2017, p. 169), obstinado centralmente à resolução de litígios (ARENHART, OSNA; 2019, p. 31), por meio, dentre diversas, nas disposições de normas fundamentais do processo civil, da imposição de dever de cooperação entre todos os sujeitos do processo para a obtenção de decisão de mérito justa e efetiva em tempo razoável, concretizando os valores constitucionais (BRASIL, 2015).¹⁰⁻¹¹

Com isso, valorizou-se o diálogo a fim de favorecer a prestação jurisdicional tempestiva e adequadamente (AVELINO, 2015, pp. 187-196), positivando a ideia de cooperação recíproca como princípio, vinculado à boa-fé processual (BEGA, MOREIRA; 2016, pp. 301-322). Em adição, o Código de Processo Civil dispôs, em capítulo específico, sobre a Cooperação Nacional como abrangente dever de recíproca cooperação incumbido aos órgãos do Poder Judiciário¹², visando reduzir trâmites burocráticos para a comunicação entre os órgãos do Poder Judiciário (AVELINO, 2015, pp. 187-196).

A previsão legal da cooperação judiciária nacional no Código de Processo Civil traz à baila uma mudança cultural¹³ necessária: a de que não obstante a existência de distinções de competência, de especialidade, de graus de jurisdição, dentre outras, o Poder Judiciário é uno e necessita de um cenário de trabalho colaborativo (FERREIRA, 2019, pp. 11-48) para a consecução de seu objetivo último, a prestação

⁹ Nesse sentido, sobre os movimentos de constitucionalização do processo civil, escrevem Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero: "A primeira constitucionalização do processo representa a positivação das garantias processuais. Finalidade: evitar o arbítrio no processo. A segunda constitucionalização do processo inclui na teoria do processo civil a metódica dos direitos fundamentais. Finalidade: potencializar o processo como instrumento para outorga de tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva." (OLIVEIRA, MITIDIERO; 2012, p. 21.)

¹⁰ "Artigo 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva." (BRASIL, 2015.)

¹¹ O artigo 6º do Código de Processo Civil, conforme escrevem Patrícia Bega e Alexandre Moreira, guarda interessante relação com o Código de Processo Civil de Portugal, veja-se: "O dispositivo brasileiro guarda semelhança com a redação disposta no artigo 7º do Código de Processo Civil Português, o dispositivo lusitano direciona as partes a justa composição do litígio, destacando a grande importância dos participantes do processo (Magistrados, mandatários judiciais, partes) no deslinde do feito, quando da decisão final da causa pelo Juiz, em eventual composição amigável [...]." (BEGA, MOREIRA; 2016, pp. 301-322)

¹² "Artigo 67. Aos órgãos do Poder Judiciário, estadual ou federal, especializado ou comum, em todas as instâncias e graus de jurisdição, inclusive aos tribunais superiores, incumbe o dever de recíproca cooperação, por meio de seus magistrados e servidores. Artigo 68. Os juízos poderão formular entre si pedido de cooperação para prática de qualquer ato processual...." (BRASIL, 2015.)

¹³ Nesse sentido, Fábio Fresca destaca: "[...] a introdução da cooperação judiciária nacional reforça necessidade de mudança cultural, pois ao admitir a concertação entre juízos, apresenta-se como um inovador instrumento de flexibilização do sistema de competência." (FRESCA, 2021, pp. 2-14.)

de um, cada vez mais qualificado, serviço justiça.¹⁴ Ainda, a adoção deste modelo amplo e complexo de cooperação – com potencial para o aprimoramento da eficiência processual – exige uma postura aberta, criativa e interativa pelos sujeitos atuantes no processo, o que é, muitas vezes, antinatural à cultura jurídica nacional (ARAGÃO, 2020a).

Sob este prisma, contínuas são as discussões sobre o tema e o início mais contundente de sua aplicação implicou a publicação da Resolução nº 350 de 2020 pelo Conselho Nacional de Justiça, dispondo sobre a Cooperação Judiciária Nacional em âmbito judicial e administrativo na dimensão positivada no Código de Processo Civil de cooperação ativa, passiva e simultânea entre os órgãos do Poder Judiciário, bem como na dimensão da “cooperação interinstitucional entre os órgãos do Poder Judiciário e outras instituições e entidades, integrantes ou não do sistema de justiça, que possam, direta ou indiretamente, contribuir para a administração da justiça” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

Mencionado texto normativo expressamente dispõe que o objetivo da incumbência aos órgãos do Poder Judiciário de recíproca cooperação em todas as instâncias e graus de jurisdição objetiva o incremento da eficiência¹⁵ do serviço justiça (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). A partir de então, consolidou-se um complexo de meios, de instrumentos, de formas e de atos jurídicos de interação entre os órgãos do Poder Judiciário para o aprimoramento da administração da justiça (DIDIER JÚNIOR, 2020, p. 61-62).

Nesse sentido, no âmbito da segunda dimensão da Cooperação Judiciária Nacional, conforme a Resolução nº 350 do Conselho Nacional de Justiça, a cooperação interinstitucional ganhou força.¹⁶ A mencionada resolução, dispõe que a

¹⁴ Utiliza-se da concepção de justiça e judiciário como serviço à semelhança ao Escrito por Richard Susskind (2019).

¹⁵ Utiliza-se da diferenciação dos conceitos de eficácia – atingimento dos objetivos propostos –, efetividade – obtenção dos resultados almejados a partir dos objetivos propostos – e eficiência – relação custo-benefício no atingimento dos objetivos propostos – consoante Marco Félix Jobim. (JOBIM, 2018.)

¹⁶ Nesse sentido, destaca-se, por exemplo, texto de Karina de Mattos, Lincoln de Moura e Guilherme Balbi sobre o Observatório Nacional sobre Questões Ambientais, Econômicas e Sociais de Alta Complexidade e Grande Impacto e Repercussão, vide o seguinte excerto: “No dia 31 de janeiro de 2019, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Portaria Conjunta nº 01/2019, instituíram o Observatório Nacional sobre Questões Ambientais, Econômicas e Sociais de Alta Complexidade e Grande Impacto e Repercussão (doravante, “Observatório”). Conforme exposto no respectivo site, a finalidade do Observatório é, em suma,

cooperação interinstitucional compreende a realização de harmonização de procedimentos e rotinas administrativas, a gestão judiciária, a elaboração e a adoção de estratégias para o tratamento adequado de processos coletivos e ou repetitivos e a realização de mutirões para análise do enquadramento de processos ou de recursos nas hipóteses em que há precedentes obrigatórios.¹⁷

Para tanto, a cooperação pode ser estabelecida entre quaisquer instituições do sistema de justiça ou de fora dele, visando, invariavelmente, a contribuição para a execução da estratégia nacional do Poder Judiciário, o aprimoramento da administração do sistema de justiça, a celeridade e a efetividade da prestação jurisdicional (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). Esta perspectiva da cooperação amplifica a necessidade de mudança de paradigma que o instituto implica: o enfrentamento de problemas conhecidos à administração da justiça por abordagens criativas, otimizando recursos humanos, estruturais e temporais dos sujeitos processuais e dos membros dos órgãos do Poder Judiciário para o aprimoramento da prestação de tutela jurisdicional efetiva (ARAGÃO, 2020b, pp. 33-57), invariavelmente à luz dos princípios da eficiência e da adequação, inafastáveis da cooperação judiciária (MEIRELES, 2015).

Nesse ponto, vê-se o fundamento valorativo da cooperação, o qual, para além da relação do juízo com as partes e das partes entre si, atinge demais envolvidos na administração da justiça em uma perspectiva sistêmica e panprocessual, atingindo a relação entre juízes e diferentes órgãos do Poder Judiciário, bem como instituições

promover o aperfeiçoamento da atuação das instituições em ocorrências de grande impacto e repercussão, incluindo a implantação e modernização de rotinas, prioridades, organização, especialização e estruturação dos órgãos competentes de atuação do Poder Judiciário e do Ministério Público. A iniciativa se mostra inovadora em âmbito nacional por permitir a atuação conjunta dos órgãos administrativos de controle das carreiras da Magistratura e do Ministério Público em contextos de profunda complexidade. Ela denota, assim, um esforço institucional de articulação no sistema de justiça e uma compreensão de que tais desafios dependem de uma complexa rede de esforços para seu correto enquadramento e resolução." (MATTOS, MOURA, BALBI; 2021. pp. 1033-1059.)

¹⁷ Magistralmente sintetizam Mário Guerreiro, David Vieira e Victor Coelho: "A resolução inova, de outra banda, ao prever a prioridade na interlocução com os tribunais e outras entidades não integrantes do Poder Judiciário, como o Ministério Público, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública. Para alcançar a finalidade pretendida na gestão e centralização dos processos repetitivos, prevê o ato normativo que os tribunais e outras entidades atuantes no sistema de justiça poderão indicar a multiplicidade de processos envolvendo a mesma controvérsia; os aspectos econômico, político, social e jurídico da questão veiculada em demandas judiciais; o reflexo que uma tese fixada está causando em alguma situação fática ou jurídica não abordada expressamente no julgamento do tema e os fatos que indiquem possível distinção ou superação do precedente firmado pelo STF." (GUERREIRO, VIEIRA, COELHO; 2023.)

públicas e privadas nacionais e internacionais (ARAGÃO, 2020c, pp. 450-474). A expansão do instituto, especialmente no que concerne à Cooperação Judiciária Interinstitucional, conquanto tenha ocorrido vinculada ao processo civil não se atém unicamente a este e fortaleceu concomitantemente o instituto da Cooperação Jurídica Internacional¹⁸ em matéria penal, visto que atinente a mesma temática, conquanto precedente às discussões de um processo judicial colaborativo.

A Cooperação Jurídica Internacional corresponde à colaboração mútua entre entes de diferentes Estados para o combate e a resolução de crimes, podendo ser estabelecida entre países, denominada bilateral, entre comunidades de países previamente constituídas, chamada comunitária, e internacional *stricto sensu* (RODRIGUES, 2019, p. 106). Em sede de processo penal, a percepção de que a prevenção e a repressão de alguns tipos criminais depende de atuação conjunta entre Estados, o aumento do compartilhamento de conhecimento entre ordenamentos jurídicos distintos com o desenvolvimentos das tecnologias de informação e de redes internacionais de juristas e estudiosos, bem como o crescimento global dos direitos humanos e fundamentais levaram à conclusão de que a cooperação jurídica é um percurso necessário ao aprimoramento da efetividade do direito penal no âmbito digital especialmente (CAEIRO, 2019, p. 553-563) no qual se colidem diversos direitos em um mesmo processo.

O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS.

Nesse âmbito digital e concomitantemente à evolução da cooperação no âmbito jurídico processual, em razão da revolução tecnológica, o direito, inclusive na esfera constitucional, viu-se diante da constante necessidade de se adaptar à nova realidade social. Nesse cenário, a proteção de dados foi reconhecida como direito fundamental expresso no texto fundamental a partir da Emenda Constitucional, promulgada sob o número 115, que incluiu, nos termos da legislação

¹⁸ Na legislação processual civil, a Cooperação Jurídica Internacional aparece nos artigos de 28 a 34 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

infraconstitucional¹⁹ dita garantia no rol de direitos fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil²⁰.

Considerando que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 expressa uma certa e determinada ordem de valores, tendo como núcleo o protagonismo das pessoas como fundamento e fim último do Estado Democrático de Direito (FIGUEIREDO, 2018, p. 15) a inclusão expressa de um direito ao rol constitucional representa a inegável consolidação do constitucionalismo digital. Quanto a este ponto, cabe destacar que consoante Ingo Wolfgang Sarlet (2019, p. 90), a dignidade da pessoa humana é composta tanto por seu caráter negativo – dever de abstenção – quanto pelo estabelecimento de condutas positivas – dever de efetivação e proteção ativa da dignidade das pessoas, de modo que a proteção de dados, consagrada no texto constitucional, resta dotada da fundamentabilidade formal e material dos direitos e garantias individuais (SARLET, 2018, p. 75-76)²¹.

Não obstante, antes de sua inclusão expressa no texto constitucional, a proteção de dados já encontrava guarida no ordenamento jurídico brasileiro, sendo

¹⁹ Quanto à legislação referente à proteção de dados, esta é regida, consoante a Lei nº 13.709 (BRASIL, 2018), nos seguintes termos introdutórios: "Artigo 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Parágrafo único. As normas gerais contidas nesta Lei são de interesse nacional e devem ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Artigo 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: I - o respeito à privacidade; II - a autodeterminação informativa; III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais."

²⁰ "Artigo 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: [...] LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 115, de 2022)" (BRASIL, 1988).

²¹ Prudente explicitar que se alinha ao conceito de fundamentabilidade, tanto forma quanto material de Ingo Wolfgang Sarlet, o qual leciona: "A fundamentabilidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos, devidamente adaptados ao nosso direito constitucional pátrio: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, de tal sorte que – nesse sentido – se cuida de direitos de natureza suprallegal; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) de reforma constitucional (art. 60 da CF) [...]; c) por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (artigo 5º, §1º, da CF). A fundamentabilidade material, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade." (SARLET, 2018, p. 75-76)

considerado um direito fundamental implícito depreendido do artigo 5º, inciso XII, da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988)²² que assegura o sigilo das comunicações de dados (além do sigilo da correspondência, das comunicações telefônicas e telegráficas), do artigo 5º, inciso LXXII, da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988)²³ que assegura a possibilidade de impetração da ação de *habeas data*, ação constitucional, com status de direito-garantia fundamental autônomo, cujo objetivo é garantir aos cidadãos o acesso e a retificação de dados constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, ou seja, sendo uma garantia procedimental do exercício da autodeterminação informacional (SARLET, 2020, p. 183). Denota-se, logo, que o reconhecimento por meio de Emenda Constitucional do direito fundamental individual à proteção de dados é uma das implicações diversas e variadas ocasionadas pela revolução tecnológica no direito constitucional, demonstrando a necessidade de adaptação do constitucionalismo à realidade digital e às suas mazelas próprias, no que concerne à proteção de dados, relevância é tão significativa que foi expressamente incluída no rol de garantias fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil.

Na ampliação da proteção dos direitos fundamentais no ecossistema digital, consoante lição de Gilmar Ferreira Mendes e Victor Oliveira Fernandes (2020, p. 9), a jurisdição constitucional – por sua vez – deve deferir-se à cultura jurídica consolidada ao mesmo tempo em que absorve as peculiaridades do ciberespaço para que as respostas judiciais sejam efetivas e adequadas a este. Nesse sentido, a proteção dos dados pessoais elevou-se a uma nova dimensão na sociedade

²² Referido dispositivo legal aponta: “Artigo 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: [...] XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; [...]” (BRASIL, 1988)

²³ Mencionado dispositivo legal prescreve: “Artigo 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: [...] LXXII - conceder-se-á “habeas-data”: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo; [...]” (BRASIL, 1988)

tecnológica por meio da introdução do uso da tecnologia da informática e da ampla digitalização, o que lhe conferiu um caráter onipresente influente nas mais diversas esferas sociais, econômicas, políticas e culturais contemporâneas (SARLET, 2020, p. 179-180)²⁴.

Nesse contexto, nota-se que ainda é bastante presente o debate sobre a responsabilidade dos intermediários no ciberespaço pelo respeito aos direitos fundamentais à luz do Marco Civil da *Internet* (BRASIL, 2014) e da Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018), destacando-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.649 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2023b), julgada em 2023 pelo Supremo Tribunal Federal, na qual se conferiu interpretação conforme a disposições do Decreto nº 10.046/2019 (BRASIL, 2019), que estabelece as normas e as diretrizes para o compartilhamento de dados entre os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e os demais Poderes da União, tratando da governança no compartilhamento de dados no âmbito da administração pública federal e instituindo o Cadastro Base do Cidadão e o Comitê Central de Governança de Dados. Ditas dúvidas surgem exatamente em decorrência das peculiaridades do direitos fundamentais digitais, visto que estes são imbuídos de conflitos principiológicos entre a proteção da autodeterminação e a regulamentação, a proteção da privacidade e a necessidade de compartilhamento de informações para proteção de outros direitos, a identificação de autoria na época do anonimato, dentre outros debates paradoxais que aportam perante o Poder Judiciário na discussão sobre os direitos no mundo digital.

Com isso, denota uma crescente tendência de regulamentação nacional, acompanhada da expressão de *soft law* com os princípios guias, a resolução sobre os direitos humanos e a *internet* e o seu catálogo de desafios, todos da Organização das Nações Unidas, e, desse modo, vislumbra-se uma nova configuração do espaço e do tempo político, conforme Francisco Balaguer Callejón (2020, p. 589), que transforma as condições estruturais do constitucionalismo e da própria noção de constituição. Paralelamente, na ordem contemporânea, é perceptível uma consolidação de um complexo sistema de complementação institucional, no qual a

²⁴ Este fenômeno é comumente denominado *Ubiquitous Computing* (SARLET, 2020, p. 178).

insuficiência de respostas em certo âmbito, exige vigilância e monitoramento amplificados com parâmetros mínimos de proteção dos direitos humanos e com uma instância internacional para garantia em face a falhas nacionais (PIOVESAN, 2021).

Exatamente neste sentido que concluiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 51 quando dispôs sobre os limites da jurisdição constitucional diante da intrincada rede de leis estrangeiras tratados internacionais que dispõem sobre o tema da Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2023a). O julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 51 – conquanto não traga nenhuma significativa novidade, visto que desde antes do direito fundamental à proteção de dados estar positivado no texto constitucional brasileiro a privacidade de informações já era relativizada em matéria penal, visto que o sigilo de correspondência e comunicações expressamente é quebrado em caso de decisão judicial para instrução em processo penal e investigação criminal (BRASIL, 1988) – aponta para a digitalização dos direitos fundamentais ou para uma dimensão digital dos direitos fundamentais, bem como para uma digitalização do próprio direito e para reconhecimento gradual, na esfera constitucional e no âmbito do direito internacional, do direito humano e fundamental à proteção de dados e de seus direitos (e deveres) conexos, em um releitura dos direitos fundamentais “clássicos” (SARLET, 2020, p. 180), porquanto esclarece a necessidade de releitura dos direitos fundamentais do sigilo e da proteção de dados em interpretação conjunta para a harmonização das interações das garantias constitucionais e a consecução dos valores postos pela Constituição da República Federativa do Brasil no cenário global.

À imagem das mudanças perpetradas no direito, como estrutura organizacional e normativa regulatória, com o reconhecimento de garantias fundamentais à luz do constitucionalismo digital, diante das transformações fático-sociais decorrentes da revolução tecnológica, o instrumental à disposição dos órgãos do Poder Judiciário precisa estar apto a lidar com a dinamicidade e complexidade da realidade. Nesse ponto, a Cooperação Interinstitucional aplicada internacionalmente, consoante decisão do Supremo Tribunal Federal (2023a), apresenta-se como instrumento necessário para alavancar resultados satisfatórios na asseguarção de um mínimo de proteção efetiva aos direitos humanos e

fundamentais violados criminalmente em meio digital, cuja repressão e prevenção não é alcançada pelos métodos tradicionais; sem implicar em violação ao direito de proteção de dados, se legitimamente utilizado, em razão da ordem de valores do próprio texto fundamental brasileiro e da ordem jurídica internacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 51 representa a adaptação e harmonização do direito à realidade digital atual, na qual se mostra necessário conjugar direitos de proteção de dados e demais garantias fundamentais em um contexto em que crimes e condutas, da mesma forma que os dados, ocorrem de maneiras dispersas na sociedade contemporânea, sem qualquer apego às fronteiras nacionais. Com isso, o reconhecimento da legitimidade e da relevância da Cooperação Interinstitucional Internacional pelo Supremo Tribunal traz à baila a urgência premente de trabalho conjunto para a efetivação das garantias fundamentais na esfera digital.

Nesse compasso, a Cooperação Interinstitucional deve concretamente expandir, não apenas ao Poder Judiciário, mas, naturalmente, também às partes e às instituições cooperantes nacionais e internacionais, instituindo uma nova sinergia entre todos os entes cooperantes, a qual oportuniza a criação de novas técnicas de atuação coordenada (SODRÉ, 2019, pp. 145-174). Afinal, é na crescente e diuturna busca pela complementariedade, pela cooperação e pela coordenação na atuação de todos os agentes atuantes no serviço justiça que se encontra consciência de que todos são parte do sistema, engrenagens de uma mesma máquina (HILL, PINHO; 2021, pp. 72-91), a qual visa, ao fim e ao cabo, a consecução dos valores fundamentais em nível transnacional inclusive em âmbito digital.

Para tanto, contudo, observa-se que há ainda muito o que construir culturalmente no Brasil, em âmbito jurídico e político, como perfeitamente observado na decisão da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 51, a celebração de outros tratados e acordos que possibilitem a obtenção a dados eletrônicos com maior agilidade e segurança por meio do estabelecimento de diálogo pelos Poderes Legislativo e Executivo com demais países e instituições internacional é necessária

para que se aprimorem instrumentos de cooperação, bem como para que se desenvolva arcabouço normativo relativo à proteção de dados para fins penais, buscando o equilíbrio deste direito com as demais garantias fundamentais (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2023a). Afinal, é necessidade internacional a qualificação da concretização e da consecução dos direitos humanos na esfera digital, o que depende da atuação conjunta, cooperante e colaborativa entre entes públicos e privados nacionais e internacionais.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. Potencialidades e limites da cooperação judiciária nacional. *Civil Procedure Review*, vol. 11, n. 1, ano 2020a.

ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. Potencialidades e limites da cooperação judiciária nacional. *Civil Procedure Review*, vol. 11, n. 1, ano 2020b. pp. 33-57.

ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. Fundamentos da Cooperação Judiciária Nacional. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, ano 14, vol. 21, n. 3, 2020c. pp. 450-474.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

AVELINO, Murilo Teixeira. Breves Comentários à Cooperação Nacional no Código de Processo Civil. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*. n. 8, 2015.

BEGA, Patrícia Fernandes; MOREIRA, Alexandre Magno Augusto. O princípio da cooperação judiciária do novo Código de Processo Civil: uma análise a partir da proteção ao trabalhador frente ao instituto da recuperação judicial. *Revista de Processo Jurisdição e Efetividade da Justiça*. vol. 2, n. 1, 2016.

BRASIL. *Decreto Lei nº 3.689*. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1941.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Assembleia Constituinte, 1988.

BRASIL. *Lei nº 9.868*. Brasília: Congresso Nacional, 1999.

BRASIL. *Decreto nº 3.810*. Brasília: Presidência da República, 2001.

BRASIL. *Lei nº 12.965*. Brasília: Congresso Nacional, 2014.

BRASIL. *Lei nº 13.105*. Brasília: Congresso Nacional, 2015.

BRASIL. *Lei nº 13.709*. Brasília: Congresso Nacional, 2018.

BRASIL. *Decreto nº 10.046*. Brasília: Presidência da República, 2019.

BRASIL. *Decreto Lei nº 11.491*. Brasília: Presidência da República, 2023.

CAEIRO, Pedro. *Editorial do dossiê "Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal" – Problemas actuais em perspectiva global*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 5, n. 2, 2019, pp. 553-563.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Redes Sociais, Companhias Tecnológicas e Democracia*. *Revista Estudos Institucionais*, v. 6, n. 2, maio/ago. 2020. pp. 579-599.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação nº 38*. Brasília, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº. 350*. Brasília, 2020.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Cooperação judiciária nacional: esboço de uma teoria para o Direito brasileiro*. Salvador: JusPodivm. 2020.

FERREIRA, Gabriela Macedo. *O ato concertado entre juízes cooperantes: esboço de uma teoria para o Direito brasileiro*. *Civil Procedure Review*. v.10, n. 3, 2019.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito à saúde*. 5ª edição, revista, atualizada e ampliada. Coleção Leis Especiais para Concursos de coordenação de Leonardo Garcia. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

FRESCA, Fábio. *Competência Adequada e Eficiência Processual: alteração da competência para julgamento de processos repetitivos por atos concertados*. *Revista Acadêmica Faculdade Progresso*, vol. 7, n. 1, 2021.

GUERREIRO, Mário Augusto Figueiredo de Lacerda; VIEIRA, David Laerte; COELHO, Victor Meneses de Carvalho. *Cooperação judiciária nacional: notas introdutórias à Resolução 775 do STF*. *Conjur*, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-02/opiniao-cooperacao-judiciaria-nacional-stf> Acesso em: 22 de Set. 2023.

HILL, Flávia Pereira; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Desjudicialização e atos probatórios concertados entre as esferas judicial e extrajudicial: a cooperação interinstitucional online prevista na resolução 350 do CNJ*. *Revista Interdisciplinar do Direito-Faculdade de Direito de Valença*, vol. 19, n. 2, 2021, pp. 72-91.

JOBIM, Marco Félix. *As funções da eficiência no processo civil brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O Novo Processo Civil*. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MATTOS, Karina Denari Gomes de; MOURA, Lincoln Antônio Andrade de; BALBI, Guilherme. O Observatório Nacional e a Cooperação entre Conselhos Judiciais e Ministeriais no Brasil. *Revista Estudos Institucionais*, vol. 7, n. 3, ano de 2021.

MEIRELES, Edilton. Cooperação judiciária nacional. *Revista de Processo*, vol. 249, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, vol. 16, n. 1, janeiro-abril, 2020. pp. 1-33.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: volume I: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 19ª ed. Versão ebook. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

RODRIGUES, Ezequiel. A cooperação judiciária internacional em matéria penal. *Janus* 2018-2019 A dimensão externa da segurança interna, 2019, p. 106.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção de Dados Pessoais como direito fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 14, n. 42, 2020. pp. 179-218.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 51*. Brasília, 2023a.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.649*. Brasília, 2023b.

SUSSKIND, Richard. *Online Courts and the Future of Justice*. New York: Oxford University Press, 2019

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: do problema ao precedente / da teoria do processo ao código de processo civil de 2015*. Coleção: O novo processo civil. Coordenadores: Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

12. O CASO AFFAIRE M.P. VS. PORTUGAL DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

THE AFFAIRE M.P. VS. PORTUGAL CASE FROM THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS



<https://doi.org/10.36592/9786554601542-12>

*Pedro Aranalde Fabrício*¹

RESUMO

O presente estudo analisa a decisão proferida no caso *AFFAIRE M.P. vs. PORTUGAL* pela CEDH, a qual tratou de examinar possível omissão de Portugal ao não sancionar um cidadão português pelo uso de suposta prova obtida por meio ilícito – e de conteúdo invasivo de privacidade e sigilo – em processo judicial tramitado naquele país. Na primeira parte, o artigo analisa o direito de defesa e de produção de provas sob a perspectiva da doutrina portuguesa e brasileira. Na segunda parte, o trabalho investiga o direito à proteção da privacidade, sigilo de dados e correspondência. Ao final, se examina os limites do direito à prova e a necessidade de ponderação entre direitos fundamentais.

Palavras-chave: Corte Europeia de Direitos Humanos; proteção de dados; prova ilícita; privacidade; redes sociais.

ABSTRACT

The present study examines the decision rendered in the case *AFFAIRE M.P. vs. PORTUGAL* by the European Court of Human Rights (ECHR), which sought to assess a potential omission by Portugal in not sanctioning a portuguese citizen for the alleged use of evidence obtained through illicit means – and of invasive content pertaining to privacy and confidentiality – in a judicial procedure conducted in that country. In the first part, the article analyzes the right to defense and the production of evidence from the perspective of portuguese and brazilian legal doctrine. In the second part, the study investigates the right to privacy, data confidentiality, and correspondence protection. Ultimately, the article explores the limits of the right to evidence and the necessity of balancing fundamental rights.

Keywords: European Court of Human Rights; data protection; illicit evidence; privacy; social media.

¹ Mestrando em Direito do Programa de Pós-Graduação da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Civil e Processo Civil (FMP/RS). LL.M. em Proteção de Dados (FMP/RS e FDUL/PT). Membro da Comissão Especial de Defesa do Consumidor da OAB/RS. Advogado. E-mail: pedro@fabricioadvogados.com.br

INTRODUÇÃO

A Corte Europeia de Direitos Humanos, por ocasião do julgamento do caso *AFFAIRE M.P. vs. PORTUGAL*, examinou a alegação de suposta violação ao artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (*1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência; 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros*). O caso oriundo de demanda judicial na Espanha e em Portugal (com questões preliminares de competência), trazida à debate à CEDH, tratou de discussão sobre divórcio e divisão de guarda dos filhos de um casal (sendo a esposa espanhola e o marido português), no qual houve a utilização de prova documental oriunda de meio digital e metaprovas testemunhais. Na ocasião, a parte ré dos processos originários (marido/pai) juntou *prints* de tela de computador de mensagens eletrônicas enviadas pela parte autora (esposa/mãe) a terceiros em redes sociais, com o fim demonstrar a veracidade de algumas de suas alegações defendidas em juízo (a hipótese de que o processo de divórcio deveria ser julgado procedente em razão infidelidade da esposa, bem como de suposta indignidade da autora para a manutenção da guarda dos filhos do casal).

Contudo, embora o litígio estivesse sendo processado na jurisdição portuguesa, a requerente era cidadã espanhola e a mesma discussão já era tratada perante o Tribunal de Primeira Instância de Madrid, o qual veio a proferir ato decisório antecedente à análise do juízo português, por determinação de competência realizada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. Por esta razão, em Portugal a controvérsia foi julgada sem análise de mérito, de modo a considerar a decisão da Justiça Espanhola como definitiva também em solo português.

Nessa linha, previamente à sentença portuguesa, a parte autora requereu no processo originário que as provas fossem desentranhadas dos autos, alegando que seu marido havia acessado sua correspondência eletrônica (*site* de

relacionamentos) sem seu consentimento e de forma abusiva, de modo que a utilização daquele conteúdo não contribuía para a corroboração dos fatos discutidos e delimitados pelo *thema probandum*, mas tão somente para *agredir a sua dignidade* perante o Juízo.

A partir do caso narrado, o presente artigo pretende examinar as questões relativas à possível violação à privacidade e correspondência, bem como investigar o tratamento doutrinário e jurisprudencial no que diz respeito ao abuso do direito à prova e hipóteses de ilicitude probatória, sem o intuito de se analisar ou valorar o caso em concreto, mas tão somente de analisá-lo tecnicamente na perspectiva dos Direitos Fundamentais e das regras atinentes ao Direito Probatório.

DO DIREITO À PROVA E AS SITUAÇÕES DE ABUSO DE DIREITOS

O caso *AFFAIRE M.P. vs. PORTUGAL*, julgado em 7 de setembro de 2021 pela Corte Europeia de Direitos Humanos, tratou de questões delicadas a dois direitos fundamentais em conflito: a) direito a prova; b) direito de privacidade e inviolabilidade de correspondência. Por um lado, interessado na corroboração das suas alegações fáticas, a parte ré (marido/genitor) do processo originário considerou pertinente a produção e utilização de provas que demonstrariam a suposta infidelidade de sua esposa no decorrer do casamento havido entre ambos, bem como à robustez de suas alegações de indignidade para a manutenção do poder familiar. De outra banda, reputando ilícitas as provas anexadas aos processos de divórcio e de divisão de guarda, a parte autora (esposa/genitora) manifestou por diversas ocasiões descontentamento com as fontes de prova, alegando violação ao seu direito de respeito à vida privada e correspondência.

Importa notar que, embora a recorrente no processo de jurisdição da CEDH alegasse a violação à sua correspondência, nos processos originários foi travada discussão a respeito de suposto consentimento e compartilhamento de acesso de correspondência, de modo que não é possível no presente trabalho apontar seguramente a hipótese fática dos autos, mas restritamente veicular as alegações de ambas as partes e considerá-las para fins de análise teórica. No aspecto, será tratado na perspectiva comparatista as previsões e discussões jurídicas atinentes à

legislação constitucional portuguesa e brasileira, levando em consideração os pontos então decorrentes.

O direito à prova, derivado do direito de defesa, é previsto de maneira ampla no art. 6º² da Convenção Europeia de Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, aprovada em Roma, em 1950, a qual fora recepcionada por Portugal (MELO JÚNIOR, J. E. de; OLIVEIRA, G. P. T. de C, 2019, p. 6) e está contido expressamente na Constituição Portuguesa no art. 20º³. Na Constituição brasileira⁴ a garantia do acesso à justiça (art. 5º, XXXV) e os direitos do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV) apoiam inegavelmente o direito a produzir prova como direito fundamental (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2022, p. 264). Cabe considerar, ainda, que o direito à prova “já (é) comumente reconhecido como uma das manifestações mais importantes das garantias fundamentais relativas ao direito de agir e de se defender em juízo”.

A produção de prova está relacionada, portanto, à justificação e comprovação das hipóteses atinentes às alegações debatidas no processo judicial, seja por parte autora, ré ou terceiro interessado, podendo se afirmar como garantia de se demonstrar a verdade dos fatos em que se funda a pretensão. Além do interesse das partes, o direito à prova está ligado ainda à necessidade de correta apuração dos fatos para a apropriada correspondência da decisão judicial com o que ocorreu externamente ao processo, considerando ainda a aplicação da norma jurídica

² Conforme preconiza o n. 3 do art. 6º: “O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada; b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa; c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem; d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação.”

³ Art. 20º, n. 4. “Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.”

⁴ A respeito do direito à prova na processualística brasileira: “Do art. 369 do CPC brasileiro, cujo texto dispõe que ‘As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz’, adscreeve-se regra sobre a admissibilidade da relevância na perspectiva da pertinência. Ao dispor sobre o direito à prova quanto aos enunciados de ‘fatos em que se funda o pedido ou a defesa’, há clara determinação quanto às provas relativas às alegações que compõem o mérito. Se as questões processuais constituem passo indispensável para o exame do pedido ou da defesa, presumem-se essas também consideradas pelo legislador no referido texto.” (CARPES, 2023, RB 3.5).

condizente, sendo considerado como exigência jurídica de racionalidade – à luz, especialmente, de regras gerais e específicas da epistemologia (FERRER BELTRÁN, 2007, p. 53).

Dessa forma, o interesse na correta investigação dos fatos acarreta inclusive o fundamento atinente à outorga de poderes instrutórios ao julgador⁵, pois embora este atue sob um modelo cooperativo, ao menos na perspectiva do direito processual civil, não pode exercer um papel inquisitório no sentido de ultrapassar os limites condizentes com a atividade jurisdicional e à *litis contestatio*. A doutrina do Direito Probatório aduz para, em grande medida, contextualizar a averiguação da verdade no processo judicial sob o prisma de objetivo institucional

Ao que possa parecer em primeiro plano, as partes têm autonomia e liberdade absolutas para se utilizar de qualquer meio ou fonte de prova disponível que facilite a demonstração de suas afirmações⁶, entretanto, as limitações do direito à prova são tão amplas quanto o próprio direito, de modo que a ponderação e a harmonização de princípios são impositivas no que diz respeito, principalmente, a conflito de direitos fundamentais (como, no caso, direito à prova, defesa, privacidade, sigilo e intimidade).

É necessário se ter em conta, por outro lado, que o interesse principal das partes no seu exercício é a obtenção da vitória na controvérsia, “servindo-se do direito à prova e realizando seus interesses em demonstrar aquilo que devem provar; entretanto, esse escopo é perseguido independentemente da eventualidade de que a decisão se funde em uma apuração verídica dos fatos” (TARUFFO, 2012, p. 197-198).

⁵ O Código de Processo Civil de 2015 prevê, ainda, um dever de produção (exibição) de provas documentais com possibilidade de imposição de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias, sendo uma “espécie de tutela específica do direito à prova, a fim de que o juiz só ‘desista’ da prova quando isso realmente se mostrar inviável, utilizando – somente nesse caso – da presunção contida no art. 400, I. Tal deve [...] foi confirmado pelo STJ quando do julgamento do Tema 1000, sobre a possibilidade de imposição de multa para a exibição de documentos” (DE PAULA RAMOS, 2022, p. 123).

⁶ Nesse sentido, conforme ensina Taruffo “Está claro que la libertad de la prueba para las partes se viene a configurar, en el plano de las garantías, como derecho a la prueba, es decir, precisamente como derecho a utilizar cualquier medio de prueba disponible que resulte útil para la determinación de los hechos (...)” (2011, p. 357, nota 102).

DO DIREITO À PRIVACIDADE E SIGILO DE DADOS E CORRESPONDÊNCIA

A Constituição da República Portuguesa trata das provas ilícitas, no nº 8 do artigo 32, sob a perspectiva do processo penal português, reputando nulas “todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”. Ainda, no art. 34, prevê a inviolabilidade do “domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada (...)”. Nos termos dos mencionados dispositivos, a recorrente perante a CEDH aduziu que a República Portuguesa deixou de resguardar a observância de seus direitos de privacidade ao não sancionar o ex-marido que se utilizou das provas extraídas de suas redes sociais.

A respeito das provas ilícitas no sistema brasileiro, Carpes menciona que:

Muitos ordenamentos vedam a admissibilidade da prova ilícita, ou seja, da prova que foi produzida mediante a violação de direitos. No Brasil, a vedação encontra-se expressa na Constituição, cujo texto dispõe que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (art. 5º, LVI). Considera-se ilícita, por exemplo, a prova consubstanciada na interceptação e na escuta telefônica – o que alcança as mensagens armazenadas em aparelhos celulares – não previamente autorizada por autoridade judiciária. A ilicitude é caracterizada pelo que dispõe o art. 5º, XII, da própria Constituição, densificado pela Lei nº 9.296/96, cujo texto regulamenta o instituto da interceptação de comunicações telefônicas e também em sistemas de informática e telemática. A ilicitude tem caráter penal: para aqueles que realizarem interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, promoverem escuta ambiental ou quebrarem segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei, a pena pode chegar a quatro anos de reclusão (art. 10, da Lei nº 9.296/96). Trata-se, no entanto, de vedação que caracteriza déficit epistêmico: a inadmissibilidade de prova relevante, ainda que ilícita, constitui lacuna no contexto probatório que pode ser decisiva na corroboração do enunciado fático. A busca pela verdade é, portanto, condicionada a fim de que referida atividade não resulte na violação de outros direitos, como o direito à intimidade, o direito ao sigilo de correspondência e ao sigilo profissional, por exemplo. (CARPES, 2023, RB 2.3)

Importa notar no caso, entretanto, que o local pelo qual o ex-marido acessou as redes sociais da ex-esposa foi o computador localizado na residência dividida por ambos e, portanto, a ele também pertencente. Nessa linha, a doutrina do Direito das Famílias aponta que se tratando de mensagens instantâneas acessadas através de um computador pertencente ao grupo familiar, não haveria falar em violação ao direito de sigilo de correspondência (TARTUCE, 2012, p. 99)⁷. Contudo, o acesso e utilização de conteúdo de natureza privada, tal qual a intimidade do diálogo havido entre as pessoas, não pode ser violado com a justificação de que o local pelo qual foi extraído era um computador familiar, ao menos pela seguinte razão: mesmo que o acesso tivesse sido realizado por outro dispositivo externo à residência do casal, a violação aos direitos de privacidade da esposa ocorreria, pois o dado sensível se encontrava especificamente à rede social da esposa, e não nos arquivos do computador, de modo que a visualização das mensagens trocadas só era de possível acesso após inserção de *login* e senha na sítio eletrônico – não importando, portanto, de qual computador ou dispositivo o acesso foi feito.

Por outro lado, não parece razoável considerar a juntada das provas no processo de divórcio como reprodução ilícita do conteúdo violado, considerando tratar de feito judicial sob sigilo de justiça, não merecendo se encaixar na hipótese de “divulgação de conteúdo sensível” (o qual teria impactos de natureza criminal), sendo possível considerar, entretanto, como abuso de direito à prova. Nessa linha, porém, não significa dizer que a anexação do conteúdo não se constituiu como uma prova ilícita: a produção da prova se deu por meio ilícito e, portanto, a sua consideração no processo judicial deveria ter sido inadmitida liminarmente ou no decorrer da marcha processual, tornando-se nulas, nos termos do já mencionado n^o 8, art. 32 da Constituição Portuguesa.

A respeito da proteção à privacidade, a doutrina demonstra a vasta nomenclatura utilizada, a qual permite interpretação extensiva:

Ao se tratar da privacidade, há de se fazer antes de tudo um esclarecimento inicial sobre a terminologia utilizada. A profusão de termos utilizados pela doutrina brasileira para

⁷ No mesmo sentido: “(...) o acesso a mensagens eletrônicas não viola o sigilo da correspondência quando obtidas do computador de uso da família” (DIAS, 2017, Cap. 4).

representá-la, propriamente ou não, é considerável; além de “privacidade” propriamente dito, podem ser mencionados os termos: vida privada, intimidade, segredo, sigilo, recato, reserva, intimidade da vida privada, e outros menos utilizados, como “privatividade” e “privaticidade”, por exemplo. O fato de a doutrina estrangeira apontar igualmente para várias nomenclaturas certamente contribui, induzindo juristas brasileiros a experimentar alternativas. (DONEDA, 2021, p. RB 1.7).

O fundamento constitucional da proteção de dados está, em linhas gerais, ligado à noção de livre desenvolvimento da personalidade, entremeado no princípio da dignidade da pessoa humana e no direito geral de liberdade, incluído o direito à livre autodeterminação informativa (SARLET, 2020, p. 185). Nesse sentido, para além da comunicação, interceptação e outros problemas relacionados ao sigilo pessoal, a proteção constitucional merece interpretação que garanta extensivamente os referidos princípios:

“(...) acabou[-se] por fundamentar uma interpretação no mínimo temerosa no que diz respeito à matéria: se, por um lado, a privacidade é encarada como um direito fundamental, as informações pessoais em si pareciam, a uma parte da doutrina, serem protegidas somente em relação à sua “comunicação”, conforme o art. 5º, XII, que trata da inviolabilidade da comunicação de dados.

Tal interpretação trazia consigo o risco de sugerir uma grande permissividade em relação à utilização de informações pessoais. Nesse sentido, uma decisão do STF, relatada pelo Ministro Sepúlveda Pertence¹¹, reconheceu expressamente a inexistência de uma garantia de inviolabilidade sobre dados armazenados em computador com fulcro em garantias constitucionais, endossando tese de Tércio Sampaio Ferraz Júnior segundo a qual o ordenamento brasileiro tutelaria o sigilo das comunicações – e não dos dados em si.¹² Nessa decisão, fica saliente a dificuldade em tratar do tema da informação pessoal de uma forma diversa daquela binária – sigilo/abertura, público/privado – dificultando a devida consideração da complexidade da matéria da informação. Esta decisão foi, a partir de então, amplamente referenciada como precedente em julgados nos quais o STF identificou que a natureza fundamental da proteção aos dados estaria restrita ao momento de sua comunicação.

A leitura das garantias constitucionais para os dados somente sob o prisma de sua comunicação e de sua eventual interceptação lastreava-se em uma interpretação que

não abrangia a complexidade do fenômeno da informação ao qual fizemos referência. Havia um hiato entre a tutela da privacidade, está constitucionalmente protegida, e a tutela das informações pessoais em si – que, para a corrente mencionada, gozariam de uma proteção mais tênue. E esse hiato possibilitava a perigosa interpretação que podia eximir o aplicador de levar em conta os casos nos quais uma pessoa é ofendida em sua privacidade – ou tem outros direitos fundamentais desrespeitados – não de forma direta, porém por meio da utilização abusiva de suas informações pessoais em bancos de dados. Não é necessário ressaltar, novamente, o quanto hoje em dia as pessoas são reconhecidas em diversos relacionamentos somente de forma indireta, pela representação de sua personalidade que é fornecida pelos seus dados pessoais, ressaltando, ainda mais, a importância da proteção de tais dados para a proteção da identidade e personalidade de cada um de nós.

Apenas sob o paradigma da interceptação, da escuta, do grampo – situações que são apenas uma parcela dos problemas que podem ocorrer no tratamento de dados com a utilização das novas tecnologias – não é possível proporcionar uma tutela efetiva aos dados pessoais na amplitude que a importância do tema hoje merece.” (DONEDA, 2021, p. RB 4.1)

Cabe salientar a peculiaridade do caso em apreço também considerando o interesse dos filhos do casal litigante, de modo que parte da doutrina brasileira defende que se possa admitir, excepcionalmente, provas ordinariamente consideradas ilícitas, “com apoio nos princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança e reconhecida sua situação de prioridade absoluta fundada na hipervulnerabilidade” dos interessados, desde que presentes os seguintes requisitos: gravidade do caso; dificuldade de demonstrar a verdade de forma lícita; imprescindibilidade da prova na formação da apuração dos fatos (AURELLI; LEITE, 2020, p. 19).

Evidente, portanto, que a garantia de respeito à vida privada constitui, tanto no sistema europeu quanto no sistema brasileiro, direito fundamental atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana e a sua flexibilização com outras normas fundamentais necessitam um grau de excepcionalidade muito grande, o que não corresponde ao caso em análise, sobretudo considerando que a controvérsia dizia respeito principalmente ao interesse dos pais/cônjuges e que a hipótese fundada na prova ilícita não era imprescindível para a apuração dos fatos em juízo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do conflito entre os direitos de defesa e de produção de prova, em oposição aos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana (privacidade, intimidade, sigilo de correspondência etc.), torna-se imperativo conceder primazia à proteção destes últimos. O bem jurídico tutelado, em favor da parte que anexou as provas ilícitas, não justifica a violação aos direitos fundamentais da parte contrária, ainda que envolvendo discussão sensível como a disputa pela guarda dos filhos entre ambos.

Embora o processo judicial não tenha finalizado com uma decisão de mérito, sem a necessidade de valoração do conjunto probatório, certo é que a parte recorrente na CEDH teve sua intimidade violada e exposta no tribunal português (embora o processo tramitasse em segredo judicial – o que afasta, de certo modo, a ação de “divulgação” do conteúdo).

Conclui-se, portanto, que as decisões da Corte Portuguesa e da CEDH, ao não responsabilizarem a parte que anexou documentos de origem ilícita no processo judicial, violaram manifestamente as garantias de respeito à intimidade e privacidade da parte recorrente. Estas decisões, longe de estimularem condutas ilegais, deveriam, na verdade, desencorajá-las, a fim de proteger a integridade do sistema judicial.

REFERÊNCIAS

AURELLI, Arlete Inês; LEITE, Rita de Cássia Curvo. Admissibilidade da “prova ilícita” em demandas envolvendo interesses de crianças. *Revista de Processo*. vol. 303/2020. p. 259 – 290. Maio/2020 DTR\2020\6806.

CARPES, Artur. *O que provar?*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Affaire M.P. v. Portugal*. Decisão da CEDH de 7 de setembro de 2021, Quarta seção da CEDH. Publicado em 07 de janeiro de 2022.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. Disponível em língua portuguesa: FERRER BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova*. Trad. Vitor de Paula Ramos. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2023.

DE PAULA RAMOS, Vitor. *Ônus da Prova no Processo Civil: Do Ônus ao Dever de Provar*. 3 ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. vol. 2. 8 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

MELO JÚNIOR, J. E. de; OLIVEIRA, G. P. T. de C. A Prova Civil no Brasil e em Portugal à luz dos Princípios Constitucionais do Devido Processo Legal, do Contraditório e da Isonomia. *REVISTA ESMAT*, [S. l.], v. 11, n. 17, p. 13–38, 2019. DOI: 10.34060/reesmat.v11i18.281. Disponível em: http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/281. Acesso em: 1 dez. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção de Dados Pessoais como Direito Fundamental na Constituição Federal Brasileira de 1988: Contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, [S. l.], v. 14, n. 42, p. 179–218, 2020. DOI: 10.30899/dfj.v14i42.875. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/875>. Acesso em: 1 dez. 2023.

TARUFFO, Michele [1943-2020]. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos* [2009]. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

_____. *La prueba de los hechos* [1992]. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

TARTUCE, Fernanda. *Processo civil aplicado ao direito de família*. São Paulo: Método, 2012.

13. TERCEIRIZAÇÃO, TECNOLOGIA E O DIREITO AO TRABALHO NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA

*OUTSOURCING, TECHNOLOGY AND THE RIGHT TO WORK IN POST-MODERN
SOCIETY*



<https://doi.org/10.36592/9786554601542-13>

Andressa Munaro Alves¹

RESUMO

Uma recente decisão emblemática afastou dúvidas acerca da possibilidade de terceirização da atividade-fim. Por meio de quase trezentas páginas de julgado, almeja-se responder: a recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, particularmente no Tema 725, encontra-se alinhada aos modernos moldes laboristas? Através do método de abordagem dedutivo, far-se-á breve recapitulação histórica das revoluções industriais para bem firmar as bases necessárias à análise do caso concreto. Amoldando tal análise sob os procedimentos histórico-funcionalistas, perseguir-se-á o plano de fundo desta pesquisa, forte na observação da harmonia decisória e da realidade social. A pesquisa é de tipo qualitativo e predominantemente bibliográfica. Ao final, verificou-se que a decisão encontra-se alinhada aos modernos moldes trabalhistas, vez que se enquadra em toda a ascensão lógica da história da labuta, assim como aos facilitadores propiciados desde a inserção da tecnologia na zona trabalhista.

Palavras-chave: Tecnologia; terceirização; pós-modernidade.

ABSTRACT

A recent emblematic decision removed doubts about the possibility of outsourcing the core activity. Through almost three hundred pages of judgment, the aim is to answer: is the recent decision handed down by the Federal Supreme Court, particularly in Topic 725, aligned with modern labor standards? Through the deductive approach method, a brief historical recap of the industrial revolutions will be made to establish the necessary bases for the analysis of the specific case. Shaping this analysis under historical-functionalist procedures, the background of this research will be pursued, strong in the observation of decision-making harmony and social reality. The research is qualitative and predominantly bibliographic. In the end, it was verified that the decision is aligned with modern labor standards, as it fits

¹ Doutoranda e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) - Bolsista CAPES. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Escola Superior Verbo Jurídico Educacional. Professora no Programa de Graduação em Direito nas Faculdades Integradas São Judas Tadeu.

Pesquisadora e Líder de eixo do Grupo de Pesquisas "Novas Tecnologias, Processo e Relações de Trabalho" (PUCRS). Advogada. andressa.castroalvesadv@gmail.com.
<http://lattes.cnpq.br/4221813695037911>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3688-1976>.

into the entire logical rise of the history of work, as well as the facilitators provided since the insertion of technology in the labor zone.

Keywords: Technology; outsourcing; postmodernity.

INTRODUÇÃO

O estudo dedica-se a analisar a recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal com linha direcionada à área trabalhista. O Tema 725, que foi reconhecido por sua repercussão geral, através de quase trezentas páginas bem-firmou entendimento acerca da possibilidade de terceirização da atividade-fim em âmbito justralhista. A presente análise visa refletir acerca da tese fixada, assim como os seus contornos em cenário brasileiro. Outrossim, não serão enfrentadas questões processuais, dado que apenas se visa analisar o mérito do presente caso.

Na busca de adequada análise, pretende-se responder ao seguinte questionamento: a recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, particularmente no Tema 725, encontra-se alinhada aos modernos moldes laboristas? Para tanto, na parte inicial, passa-se a rememorar a evolução trabalhista (e suas relações), assim como o papel da tecnologia em todo esse desenvolvimento. Através do método de abordagem dedutivo, far-se-á breve recapitulação histórica das revoluções industriais para bem-firmar as bases necessárias para análise do caso concreto.

Sob as lentes propiciadas pela tese firmada, ambiciona-se verificar se esta encontra-se em equilíbrio com as modernas relações de trabalho. Por isso, vencida a primeira parte do estudo, na segunda passa-se a cotejar a decisão que deu ensejo ao Tema 725 do STF. Amoldando tal análise sob os procedimentos histórico-funcionalistas, perseguir-se-á o plano de fundo desta pesquisa, forte na observação da harmonia decisória e da realidade social. A pesquisa é de tipo qualitativa e predominantemente bibliográfica.

A EVOLUÇÃO (TECNOLÓGICA) DO TRABALHO E SEUS IMPACTOS NAS RELAÇÕES: DO FACILITADOR DA LIDA À IMPERIOSA NECESSIDADE DE SUA UTILIZAÇÃO

As Revoluções Industriais eclodiram a partir do corolário lógico de uma série de questões sociais de época. Isto porque, afora a inclusão da tecnologia na rotina laborativa, circunstância essa que impactou sobremaneira toda a história do trabalho dali em diante e em cada uma das revoluções de que se tem notícia, tal inserção foi o resultado coeso do que há muito se desenhava no mundo da lida: a labuta sempre estaria acompanhada de aparato tecnológico. O labor, embora seja ato intimamente humano, se possível fosse a sua substituição por maquinário, não se tratava de trabalho, mas de atividade. E que, depois de seu entrelaçamento com os meios tecnológicos-digitais, nunca mais foi (nem será) o mesmo.

Sob o aspecto temporal, a primeira Revolução Industrial eclode nos idos do século XVIII através da introdução das máquinas na rotina de certas categorias. A máquina a vapor modificou condições de trabalho, permitiu a rapidez na execução de demandas que no passado eram apenas realizadas por meio da mão de obra humana e acelerou rotinas fabris. A indústria têxtil passou a produzir mais depressa do que no passado quando contava apenas com a força dos homens, além de não mais se preocupar com as horas produtivas e dispostas, já que as máquinas sempre se encontram prontas ao labor (NASCIMENTO, 2013).

Em contexto mais avançado, mais perto do que se aponta como segunda Revolução Industrial, a produção em massa passou a ganhar espaço na rotina dos trabalhadores. As linhas de montagens, agora mais bem equipadas com o auxílio da eletricidade, no final do século XIX e início do XX, proporcionaram a produção em massa, acelerando ciclos e fomentando a produção em larga escala (SCHWAB, 2016), haja vista que alguns dos impedimentos do passado como, por exemplo, o limitador noturno, não mais se verificava consoante a luz elétrica.

A dominação da tecnologia foi tanta que os negócios – e as formas negociais – existentes à época também foram severamente alterados a cada avançar desta nova ferramenta. A sociedade, vista como um todo, percebeu os impactos em diversos de seus seguimentos destes novos instrumentos. Como exemplo de impacto social tem-se a economia, que se fez fluída, dada a ascensão da produção

e aquisição de bens, além da reorganização estrutural das distribuições de manufaturas. A inclusão da tecnologia foi proporcional à ascensão do desenvolvimento de diversos setores e, na mesma forma, o fomento e busca por profissionais qualificados em adaptar-se a ela (FREEMAN, 2019).

Mais além, no cenário que pacifica-se como terceira Revolução Industrial, a produção automatizada passa a fazer parte do mundo do labor. O cotidiano trabalhista se vê atingindo pela incrementação das atividades através de eletrônicos e computadores. Tecnologia era o impulso do momento, a julgar porque a incorporação da novel ferramenta nas cúpulas empresariais acabou por alterar o ritmo da labuta dentro do dia a dia fabril, a nova era lançava ao trabalho a intensificação da produção e do lucro (GUITARRARA, 2023). Passava-se a analisar a lida por etapas de produção, além da redução da mão de obra, em virtude de os equipamentos eletrônicos realizarem atividades anteriormente exercidas por pessoas. Abria-se a possibilidade de visualizar o trabalho por etapas.

Neste contexto, vê-se nascer modelo de trabalho flexível, motivado a produzir produtos em larga escala dentro de contexto organizado e vinculado à demandas pontuais, haja vista que visava-se o manejo de utensílios não tão caros para que a demanda de gastos suprisse a de investimento. A reestrutura das organizações era pautada na continuidade dos empregados que se adaptassem ao labor rápido, mecânico e dedicados ao fazer específico, posto que, naturalmente, outro setor da mesma empresa estaria realizando a atividade imediatamente seguinte àquela, pois oriunda de ciclo coordenado e pré-existente. Denominando tal forma de labuta, assim nascia a terceirização (MARTINEZ, 2020, p. 464-465).

Há quem diga que, além da terceirização, trata-se de fenômeno capaz de divorciar o labor da atividade econômica, a julgar porque, por vezes, em determinada etapa do ciclo terceirizador, os laços se perdem pelos serviços e pessoas desconectadas a ele, pois estas, não estão envolvidas diretamente, mas através de entidade interveniente que elas conectam. Essa nova forma descentralização laboral acabou por desencadear reflexos na remuneração, na forma de prestação de serviço, na prática empresarial, além de outros fatores alinhados ao trabalho (DELGADO, 2019, p. 540-541).

Avançando cronologicamente, a quarta Revolução Industrial tem ligação direta com a internet das coisas, a produção inteligente e a comunicação instantânea. Em tal contexto, as máquinas possuem capacidade de aprender incessantemente, fato que inevitavelmente reduz a mão de obra, vez que o sistema de robotização, além de deter habilidade de aperfeiçoamento do que fora por certo humano ensinado (AS REVOLUÇÕES, 2020), agora poderá substituí-lo, naturalmente porque não necessitará dos períodos imperiosos à fisiologia humana para descanso, normais ao trabalhador com características vitais.

Ocorre que, como defende Fincato, Wünsch e Schneider,

As bases que alicerçaram a fundação e a evolução do Direito do Trabalho remontam, em sua grande maioria, a uma realidade social-política-econômica muito diferente da observada hodiernamente. A lógica industrial que por muito tempo prevaleceu, com um caráter mais rígido e elementos bem definidos, além de um ritmo mais vagaroso no que se refere a grandes mudanças, esvaiu-se. Em seu lugar, visualiza-se um ambiente laboral distinto, mais rápido e conectado, com relações e atores mais complexos dividindo um espaço que constante e rapidamente se transforma. (FINCATO; WÜNSCH; SCHNEIDER, 2021, p. 93)

Não por outra razão, há quem defenda a existência de uma quinta Revolução Industrial, pois a tecnologia existe e de forma patente atua na melhora do labor – fato que não pode ser desconsiderado. Acontece que, para a continuidade dos trabalhadores neste ciclo, deve-se *"aprender a surfear o salir corriendo"* (VIDAL, 2019, p. 181). Assim sendo, considerando o novo e complexo cenário social, imprescindível se faz o reajustamento de vetustas condutas, assim como o reconhecimento de que a tecnologia não mais sairá da rotina de trabalho, e nem deve. Basta ver que ela facilitará ciclos repetitivos, possibilitando a realização do novo trabalho, momento em que se aproxima, inclusive, de um trabalho revestido de trabalhabilidade.

Em sendo crível o novo caminho, ter-se-á a tecnologia como aliada e facilitadora da lida, não a razão da extinção de seu posto. Inclusive, neste espaço, faz-se fundamental recordar que a própria Constituição da República Federativa do

Brasil de 1988, por diversas passagens², aduz o fomento a tecnologia, reconhecendo o seu papel e ratificando sua importância. Desse modo, percebe-se que a tecnologia além de ser direito constitucionalmente garantido, seja como fomentadora do próprio desenvolvimento social, seja como incorporadora para a (própria) evolução, é partícipe do processo laboral há muito tempo.

Outrossim, os desafios ainda continuam. Na pós-modernidade, deve-se recordar (e acompanhar) a constituição das novas nações e possibilidades delas oriundas. Mesmo porque, em cenário pós-moderno, o desempenho *ad eternum* da mesma profissão não será uma regra, mas uma exceção. Os novos ciclos em sociedade exigirão adaptação, dado que não se vive mais no contexto industrial do labor, mas em época de empreendimento constante com necessidade de energia profissional para desempenhá-la (BAUMAN, 1998, p. 30-54).

Nessa toada, por conseguinte, considerando que “as regulamentações existentes parecem inadequadas para novas realidades e as supostas consequências do progresso tecnológico são impostas por meio de fatos” (ZIPPERER, 2019, p. 81-82), é imprescindível reconhecer que não apenas deverão surgir novas regulamentações, mas precisar-se-á de alinhamento legislativo e judiciário nesse sentido. Não é à toa que Stürmer e Alves afirmam que “diante disso, é chegado o momento da realização de novas divisas ao direito laboral, pois a tecnologia não irá retroagir e, para que a evolução trabalhista caminhe em direção próspera, urge-se novas leituras aos antigos modelos” (2023, pg. 143).

Desta feita, ressalvada a importância da tecnologia no desenvolvimento da história e progresso das relações (e ciclos) trabalhistas, assim como as já existentes previsões constitucionais valorizando-a, percebe-se que, hodiernamente, deve-se interpretar o que se tem à luz das atuais relações de trabalho. Partindo de tais premissas, eis que o maior diploma brasileiro há mais de trinta anos enaltece o papel

² Fato que se comprova, por exemplo, nos artigos “5º, inciso XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”; “Art. 23, inciso V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação”; “Art. 24, inciso IX - educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação”; “Art. 187, III - o incentivo à pesquisa e à tecnologia;”, entre outros, da Constituição da República (BRASIL, 1988).

da tecnologia no âmbito nacional, na parte conseguinte desse estudo passa-se a analisar o Tema de Repercussão geral do Supremo Tribunal Federal para verificação se ele se encontra em moldes alinhados à modernidade.

A (POSSÍVEL) TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM: UMA ANÁLISE CRÍTICA AO TEMA 725 DO STF

Ao longo da exposição do caso analisado, bem como através das razões decisórias, permeou-se uma série de entretons que tocam, direta e indiretamente, o futuro do trabalho. No fito de atender a metodologia e problemática lançada com o presente estudo, destacar-se-á as disposições que possuem ligação direta com a tecnologia atrelada as (novas e vindouras) relações de trabalho. O Tema de repercussão geral 725 será analisado, então, especificamente no que corresponde ao impacto da tecnologia e do labor contemporâneo.

De relatoria do Ministro Luiz Fux, o Recurso Extraordinário de nº 958.252 reverte-se em repercussão geral pela notabilidade de sua discussão. O tema gira em torno da possibilidade de terceirizar as atividades fins em amago empresarial. Nesse interregno argumentativo, a temática enfrenta questões relevantes ao cenário trabalhista, entre elas, a substituição da mão de obra humana, em razão da ascensão tecnológica, o impacto que tal realidade ocasiona no princípio-mor da República Federativa do Brasil de 1988, a dignidade da pessoa humana, entre outras questões atinentes a tal perspectiva (BRASIL, 2023).

A tese fixada, "é lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante" (BRASIL, 2023), proporciona um novo "continuar" ao mundo laborativo, vez que, além de possibilitar a terceirização da atividade-fim, traz à tona o desafio que as novas formas de trabalho enfrentam (e enfrentarão) – a globalização do mundo e das relações, agora, integradas e proporcionadoras de novos feitos.

Ao longo de quase cinquenta páginas de voto, o Relator expõe de maneira didática todos os pontos que processos de repercussão geral possuem. Entre as questões preliminares de mérito e especificidades processuais que aqui não se

pretende enfrentar, dispôs o Ministro sobre a mudança do mundo e a disruptiva realidade social. Mudança essa que daria embasamento capaz de, hodiernamente, defender a possibilidade de terceirizar a atividade-fim de determinada atividade econômica. Indo ao mérito, ele inicia suas razões de decidir pontuando que tudo sobre o digladio seria enfrentado, argumentando desde suas previsões legislativas, até as modificações oriundas da Reforma Trabalhista de 2017 (BRASIL, 2017).

Quando refere-se à Reforma Trabalhista promovida em 2017, rememora que esta, além de incrementar o texto celetista originário, no sentido de dar-lhe mais dispositivos (BRASIL, 1943), promoveu severas mudanças em alguns de seus artigos que, além de irradiar consideráveis alterações à própria legislação referida, refletiu o teor de seu moderno conteúdo em algumas determinadas legislações paralelas ao regramento destinado aos trabalhadores – especificamente, na Lei nº 6.019, sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas (BRASIL, 1974).

O plano de fundo do voto condutor teve por esteio a demonstração de que na atualidade não se pode desconsiderar o destacado papel da tecnologia nas relações laborativas, tanto como facilitadora de determinadas atividades, quanto como fonte organizacional econômica, no sentido de potencializar o lucro, reaproveitar materiais, possibilitar maior alcance de resultados em menor espaço de tempo, etc. Ademais, frisa que a tecnologia como meio de aproximação de partes garante maior leque de potenciais parceiros, haja vista que o estreitamento de barreiras oceânicas oportuniza acesso a novos parceiros societários (BRASIL, 2023).

O voto do Relator ratifica a necessidade de adaptação ao novo mundo tocado pela tecnologia através de 16 incisos elencando pontos a serem observados dada essa aproximação. No que refere-se aos impactos da tecnologia nas relações de trabalho, destaca-se:

- (ii) economias de escala e de escopo; (iii) redução da complexidade organizacional; [...]
- (v) precificação mais precisa de custos e maior transparência; (vi) estímulo à competição de fornecedores externos; (vii) maior facilidade de adaptação a necessidades de modificações estruturais; (viii) eliminação de problemas de possíveis excessos de produção; (ix) maior eficiência pelo fim de subsídios cruzados entre departamentos com desempenhos diferentes; (x) redução dos custos iniciais de entrada no mercado, facilitando o surgimento de novos concorrentes; (xi) superação de eventuais limitações

de acesso a tecnologias ou matérias-primas; (xii) menor alavancagem operacional, diminuindo a exposição da companhia a riscos e oscilações de balanço, pela redução de seus custos fixos.(BRASIL, 2023)

Nesta toada, assente na tese fixada, o voto enfrenta as noveis questões dispostas pela alteração legislativa, no sentido de que inexistente, atualmente, restrição para fins de terceirização – ou seja, admite que dentro da mesma empresa se terceirize as atividades fins (BRASIL, 2017). Da mesma forma, ventila possível a inconstitucionalidade da súmula nº 331, vez que na sua percepção, a barreira que por ela é prevista, no sentido de impossibilitar a prática de terceirização-fim, trata-se de rigorosa (e grave) restrição as atividades econômicas, incompatível com a realidade moderna, (BRASIL, 2023).

É importante referir, ainda, que recordou o Relator em seu voto da Teoria da Administração, rememorando que, naquela ciência, percebeu-se a ascensão do desempenho das atividades quando se descentralizava a gestão dos meios organizacionais. A transferência de determinadas atividades à empresas parceiras, além de ocasionar o aperfeiçoamento das performances e ciclos, alinha-se à realidade social influenciada pela tecnologia, a julgar pelo notório maquinário que algumas dessas empresas terceirizadas possuem e, naturalmente, colocam à disposição³ a partir dessa parceria (BRASIL, 2023).

Voto que também merece destaque é o de Moraes que, além de reforçar a necessidade de observação do livre exercício das atividades econômicas, assevera que a produção capitalista fomentada pelas novas formas de trabalho, no aspecto comercial e produtivo, não pode ser barrada pelo Estado. Outrossim, recapitula que, em alguns ramos específicos, a sequência lógica de atos (e etapas) de produção contam com maquinário próprio que além de aperfeiçoar a entrega final devem estar em constante adaptação, pois não se vive mais o que no passado vivia-se – a mesma empresa realizando todo os atos de produção. Em suma, acompanhou de forma integral o voto condutor (BRASIL, 2023).

³ Neste momento, o Relator passa a apontar exemplos como a organização de grandes empresas, como a Nike e a Benetton, especificamente na pg. 27 de seu voto.

Em sua vez, Toffoli inaugura seu voto dispendo sobre o mundo e a globalização da atividade econômica. Segue suas considerações apontando que neste novo momento vive-se consideráveis investimentos industriais, e que isso não pode ser julgado de forma espontânea como precarização das relações de trabalho, eis que todos os países do mundo por essa novel realidade são tocados e, acompanhando os votos que pela possibilidade de terceirização da atividade-fim entenderam, reafirmou que os fundamentos constitucionais devem ser observados à frente da realidade (BRASIL, 2023).

Importantes contribuições foram lançadas pelo Ministro Gilmar Mendes que, preliminar ao seu voto, destaca que a Justiça do Trabalho precisa ser "refundada"⁴. Ao longo de suas ponderações, recorda o histórico laboral e a pretensão lançada às relações de emprego, mas em ato contínuo ressalta a flagrante internacionalização das relações, a evolução cultural, assim como as estruturas empresariais modernas. Ressalta a complexidade do cenário culminado com a crescente tecnologia inserida nos meios produtivos, fato que fomenta a economia e a torna mais produtiva (BRASIL, 2023).

Interessante é o voto da Ministra Carmen Lúcia, que, ao iniciar revelando sua preocupação com os índices alarmantes de desempregados em território brasileiro, avança em suas razões expondo que as formas de trabalho se alteraram, mas igualmente precisam ser interpretadas à luz da Constituição de 1988. Ao defender que realizar a terceirização *de per si* não precariza o trabalho, mas a sua execução de forma não responsável e sem as devidas medidas, salienta que o não-trabalho é afronta à dignidade humana e, no moderno social, os novos cenários precisam ser observados.

À essa altura, é imprescindível rememorar as sempre atuais considerações de Sarlet, quando defende que "desde que preservado o núcleo essencial do princípio ou direito fundamental em causa, não se vislumbra qualquer obstáculo à necessária adaptação às exigências de um mundo em constante transformação" (2016). Quanto aos demais Ministros que os votos não foram mencionados aqui, o desfecho decisório foi de que Celso de Mello acompanhou o relator e ficaram vencidos os

⁴ Expressão que se encontra na 2ª página do voto do Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2023, p. 221).

Ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e a Ministra Rosa Weber.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no exame aqui realizado, verificou-se que a realidade contemporânea é constantemente alterada pela aceleração das mudanças vivenciadas pelas relações de trabalho, tanto no que abrange o seu desenvolvimento, quanto pelo que toca os seus reflexos na realidade daqueles que exercem determinada atividade. Em termos de sociedade laboralista, embora algumas lacunas sejam verificadas no texto destinado a dispor sobre as atividades exercidas, fato é que muitas dessas lacunas existem pela impossibilidade de acompanhar a rapidez com que a realidade acontece, notoriamente, pois atingida pela tecnologia que permeia esse enredo.

A recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, particularmente no Tema 725, encontra-se alinhada aos modernos moldes trabalhistas, vez que esta enquadrou-se a toda a ascensão lógica da história do trabalho, assim como aos facilitadores alcançados desde a inserção da tecnologia na zona laboral. Tal qual como narrado na primeira parte desta reflexão, há muito a incrementação da lida possibilitada pelos meios tecnológicos reflete no aprimoramento do trabalho, notoriamente pelo fato deste ser produzido em maior escala e, agora, pelas atividades repetitivas serem desenvolvidas pelo maquinário, viabiliza que a mão de obra humana se preocupe com coisas outras, especiais e especificamente próprias.

Assim sendo, considerando todo o caminhar lógico do mundo e das relações, a decisão proferida pela mais alta Corte brasileira, especialmente com relação às nuances trabalhistas oriundas do Tema 725, ratificam a necessidade de interpretar o que se têm determinado pela Carta Constitucional brasileira sob o enfoque da modernidade. Desta maneira, constitucionalizar a terceirização da atividade-fim é partilhar que a cada avanço social novas possibilidades aparecerão, bem como novas formas de exercício laborativo serão verificadas – todas essas, devendo ser subordinadas aos ditames constitucionais, mas interpretadas sob a hodierna realidade.

REFERÊNCIAS

AS REVOLUÇÕES industriais (1ª, 2ª, 3ª e 4ª). Ricardo Marcílio. [S. l.: s. n.], 2 jun. 2020. 1 vídeo (49 min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=laavOBDF2BA>. Acesso em: 09 set. 2023.

BAUMAN, Zygmunt. *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*. Tradução: Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama. Revisão técnica: Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 06 set. 2023.

BRASIL. *Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974*. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019compilado.htm. Acesso em: 06 de set. 2023.

BRASIL. *Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 01 set. 2023.

BRASIL. *Tema 725 – Terceirização de serviços para a consecução da atividade-fim da empresa*. Relator: Ministro Luiz Fux. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4952236&numeroProcesso=958252&classeProcesso=RE&numeroTema=725>. Acesso em: 31 ago. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 331*. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#:~:text=%C2%A0S%C3%BAmula%20n%C2%BA%20331%20do%20TST. Acesso em: 06 set. 2023.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

FINCATO, Denise Pires; WÜNSCH, Guilherme; SCHNEIDER, Pedro Guilherme Beier. *O Direito e as Metamorfoses do Trabalho: desafios e perspectivas do direito do trabalho em um cenário de transformações*. Londrina: Thoth, 2021.

FREEMAN, Joshua B. *Mastodontes: A história da fábrica e a construção do mundo moderno*. Tradução: Pedro Maia Soares. São Paulo: Todavia, 2019.

GUITARRARA, Paloma. Toyotismo. *Brasil Escola*. [20--]. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/geografia/toyotismo-acumulacao-flexivel.htm>. Acesso em: 09 set. 2023.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Sua Proteção na Constituição Federal Brasileira de 1988. *Revista Fórum Justiça do Trabalho*, ano 33, n. 392, Belo Horizonte, Fórum, 2016.

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Tradução: Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

STÜRMER, Gilberto; ALVES, Andressa Munaro. Tempo, Tecnologia e Trabalhabilidade: Do Controle de Horas Trabalhadas ao Labor por Produtividade no Octogênio Aniversário da CLT. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; VILLATORE, Marco Antônio César; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa (coord.). *CLT 80 anos de consolidação: novas reflexões sociais, econômicas e jurídicas*. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2023. E-book.

VIDAL, Marc. *La era de la humanidad: Hacia la quinta revolución industrial*. [S. l.]: Ediciones Deusto, 2019.

ZIPPERER, André Gonçalves. *A intermediação de Trabalho Via Plataformas Digitais. Repensando o Direito do Trabalho A Partir Das Novas Realidades do Século XXI*. São Paulo: Ltr, 2019.

14. TRABALHADORES NAS PLATAFORMAS DIGITAIS: CONSIDERAÇÕES SOBRE O CASO GLOVO DA ESPANHA

DIGITAL PLATFORMS WORKERS: CONSIDERATIONS ON THE GLOVO CASE IN SPAIN



<https://doi.org/10.36592/9786554601542-14>

*Paula Jaeger da Silva*¹

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo a análise do acórdão proferido pelo Tribunal Supremo da Espanha, STS 2924/2020, que envolve pedido de reconhecimento de vínculo laboral entre um trabalhador (entregador) e a empresa GLOVO (plataforma digital de intermediação). O trabalhador estava enquadrado na modalidade de Trabalhador Economicamente Dependente, conhecido como TRADE, figura da legislação espanhola que possui certo tipo de proteção, porém, não é considerado empregado, mas também não é um trabalhador autônomo comum. Assim, se objetiva fazer uma apresentação das principais características e direitos reservados aos TRADE's na Espanha e fazer um paralelo com a legislação pátria, que apesar da evolução nas formas de prestar trabalho, continua enquadrando os trabalhadores no sistema binários (autônomo x empregado). O método de abordagem utilizado é o dedutivo a partir dos conceitos doutrinários e jurisprudenciais, com a técnica da revisão bibliográfica.

Palavras-chave: TRADE; empregado; autônomo; relação de trabalho; plataforma digital.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the ruling handed down by the Supreme Court of Spain, STS 2924/2020, which involves a request for recognition of an employment bond between a worker (delivery person) and the company GLOVO (digital intermediation platform). The worker was classified as an Economically Dependent Worker, known as TRADE, a figure in Spanish legislation that has a certain type of protection, however, he is not considered an employee, but nor is he an ordinary self-employed worker. Thus, the objective is to present the main characteristics and rights reserved to TRADE's in Spain and to draw a parallel with the national legislation, which despite the evolution in the ways of providing work, continues to place workers in the binary system (self-employed x employee). The approach method used is

¹ Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS; Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Pós-Graduada em Direito do Trabalho pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Advogada na área trabalhista e previdenciária. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8314882242862365>. Bolsista CNPQ. E- mail: paula@paulajaeger.com

deductive based on doctrinal and jurisprudential concepts, with the technique of bibliographical review.

Keywords: TRADE; employee; autonomous; work relationship; digital platform.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objeto de análise o acórdão de julgamento do Tribunal Supremo da Espanha identificado como STS 2924/2020 que analisou o recurso de um trabalhador em face de uma decisão do Tribunal Superior de Justiça de Madrid – Espanha.

O caso em análise decorre de pedido de reconhecimento de vínculo de emprego de um trabalhador que prestava serviços para a Empresa Glovo (plataforma de intermediação).

O trabalhador assinou contrato de prestação de serviços com a empresa reclamada em 08/09/2015 para a realização de entrega de encomendas, recados ou microtarefas como trabalhador autônomo. Após, em 20/06/2016 o trabalhador fez a comunicação sobre o recebimento de mais de 75% de seus rendimentos da referida Empresa, então, as partes firmaram contrato para o exercício de atividade profissional como trabalhador autônomo economicamente dependente, que se trata de uma espécie de contrato de trabalho prevista no ordenamento Espanhol, conforme restará demonstrado no próximo tópico.

É importante saber que, conforme consta no acórdão, a Empresa GLOVO APP (doravante, GLOVO), é uma start-up constituída em 9 de setembro de 2014, que atua como uma empresa de tecnologia que tem como atividade principal ser uma plataforma digital de intermediação. Ou seja, através da plataforma, diferentes empresas locais com as quais a GLOVO pode manter acordos comerciais oferecem uma série de produtos e serviços. Por sua vez, o consumidor final pode solicitar a compra de tais produtos através de mandato que concede a um terceiro utilizando a plataforma e pagando o custo do produto e transporte, sendo que a GLOVO disponibiliza -lhe um entregador que se dirige ao estabelecimento, adquire o produto e o leva ao seu destino. Também é possível solicitar apenas o transporte de mercadorias de um ponto a outro, sem adquiri-las.

Ressalta-se que a Empresa obtém seu lucro dos acordos comerciais que celebra com estabelecimentos, lojas e comércios, e não pelo que os usuários pagam pelas compras.

A atividade que o trabalhador deveria realizar era gerenciada através do APP da Empresa, e as comunicações entre as partes se dava através de e-mail. A sistemática de trabalho se dava da seguinte forma: Após reservar o horário em que pretendia trabalhar, o trabalhador ativava a posição de "disponibilidade" no seu celular e a partir de então, os pedidos começavam a chegar, de acordo com sua faixa e área geográfica. O entregador tinha que aceitar o pedido, podendo fazê-lo de forma automática ou manual.

Na primeira modalidade, a plataforma atribui uma distribuição automática de mensagens que o trabalhador poderia rejeitar manualmente. No modo manual, a plataforma não atribui o pedido ao entregador, mas sim o entregador deve selecionar qual entrega deseja fazer entre as disponíveis. Uma vez aceite a encomenda, o entregador deveria realizá-la da forma exigida pelo cliente, contactando-o diretamente.

O trabalhador poderia rejeitar um pedido previamente aceito no meio da execução, caso em que a mensagem seria reatribuída a outro entregador da mesma área sem qualquer penalidade. E o sistema remuneratório do trabalhador variava de acordo com número de entregas que leva em consideração a quilometragem e tempo de condução, sendo que o cliente pagava um valor pela entrega, que era repassado ao trabalhador com o desconto de um percentual que ficava com a empresa a título de comissão pela intermediação realizada e o sistema de cobrança de serviços era realizado quinzenalmente.

Para o deslinde do feito, é importante ter conhecimento de alguns fatos ocorridos na relação entre as partes: o trabalhador tinha o direito de interromper a sua atividade durante 18 dias úteis por ano, acordando ambas as partes o período do seu gozo; o trabalhador não era obrigado a justificar as suas ausências ao serviço ao arguido, bastando apenas comunicá-las previamente; não existe acordo de exclusividade, tendo o trabalhador a liberdade de contratar terceiros para o exercício de qualquer tipo de atividade com o único limite de respeitar a percentagem dos seus rendimentos provenientes da GLOVO para continuar mostrando a condição TRADE

(trabalhador economicamente dependente); durante o exercício da sua atividade, o trabalhador era localizado permanentemente através de um geolocalizador GPS com o qual eram registados os quilómetros percorridos em cada serviço.

Ainda, cumpre mencionar que houve discussão entre as partes acerca da rescisão do contrato e o pedido do trabalhador pelo reconhecimento de vínculo de emprego na via judicial.

Assim, a decisão proferida pelo Tribunal Social número 39 de Madrid em 3 de setembro de 2018, processo 1353/2017, negou a existência de uma relação laboral entre a Glovo e o trabalhador, afirmando que o demandante se enquadrava como trabalhador economicamente dependente (TRADE).

O trabalhador apelou e a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça de Madrid em 19 de setembro de 2019, recurso 195/2019, negou a existência de vínculo empregatício entre as partes.

O autor, então, interpôs recurso de unificação da doutrina, invocando como decisão contrastante aquela proferida pelo Superior Tribunal de Justiça das Astúrias em 25 de julho de 2019, recurso 1143/2019, invoca dentre suas razões que existia uma relação laboral entre as partes.

Então, o Supremo Tribunal espanhol no seu julgamento, considerou que os trabalhadores de entrega que prestam serviços na economia Gig são classificados como empregado, e é sobre este ponto que será tecidas considerações a seguir.

TRABALHADOR ECONOMICAMENTE DEPENDENTE (TRADE) x EMPREGADO

A Espanha tem sido um dos países com maior nível de judicialização de litígios envolvendo o trabalho em plataformas de intermediação (CATALINA, 2021). A controvérsia central dos referidos litígios é determinar se há subordinação entre o trabalhador e a plataforma de intermediação, pois é este é um dos elementos caracterizadores mais "emblemáticos" da relação de emprego, seja no ordenamento jurídico espanhol como no brasileiro.

O artigo 1.1. do Estatuto dos Trabalhadores da Espanha (ET) estabelece que se considera empregado aquele que presta serviços profissionais, agindo de forma subordinada e sob as ordens do seu empregador, que lhe paga um salário em troca

da força de trabalho.

Por outro lado, de acordo com o artigo 1.1 da Lei 20/2007, de 11 de julho, sobre o Estatuto do Trabalho Independente (LETA), o trabalhador independente (autônomo) é aquele que exerce a sua atividade profissional em nome próprio, sem estar vinculado a um empregador a quem presta os seus serviços e, portanto, sem se submeter às ordens desse empregador.

No Brasil, também temos as figuras do trabalhador empregado e do autônomo, sendo muito semelhante aos da Espanha os seus elementos caracterizadores, pois a CLT prevê o conceito legal de empregado no seu artigo 3º: "toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário".

Assim, da leitura do conceito de empregado se extraem os pressupostos que deverão necessariamente coexistir para caracterizar uma relação de emprego: prestação de trabalho por pessoa física, pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação.

Por seu turno, a definição do trabalhador autônomo não está descrita na Consolidação das Leis do Trabalho, pois estes trabalhadores não estão no seu âmbito de proteção, todavia, pode ser extraída da interpretação conjunta dos requisitos contidos nos artigos 2º e 3º da CLT, ou seja, autônomo será o trabalhador que não se enquadra nas características previstas na legislação celetista.

Entende-se que esse sistema binário de classificação de trabalhadores funcionou bem e atendeu a demanda da sociedade até duas décadas atrás, pois de lá para cá, as relações de trabalho mudaram, se desenvolveram e começaram a surgir novas formas de prestar o labor.

Ciente desde cenário, a Espanha em 11 de julho de 2007 promulgou a Lei nº 20, conhecida como Estatuto do Trabalho Autônomo – ETA, primeiro diploma na União Europeia a promover a sistematização da disciplina relativa a tal espécie de prestação de serviços, destinado a unificar o tratamento legal até então dispensado aos autônomos.²

E inserido no ETA, surgiu uma nova "espécie" de contrato de trabalho os

² A disciplina jurídica do trabalho autônomo se encontrava dispersa no ordenamento espanhol, sendo que as suas principais normas de regência advinham do direito comercial ou civil.

chamados “**trabalhadores autônomos economicamente dependentes**” – ou, no termo mais comumente utilizado pela doutrina e que doravante será aqui também adotado, o “TRADE”.

Como visto na decisão envolvendo a plataforma GLOVO, o trabalhador iniciou a prestação de serviço na condição de trabalhador autônomo e após passou a ser enquadrado como TRADE, por atingir 75% da sua remuneração advinda da plataforma. E é exatamente este o ponto diferencial entre os trabalhadores autônomo e o TRADE, pois não obstante sua autonomia funcional, este desenvolve sua atividade com uma forte dependência econômica de certa empresa ou cliente que o contrata, conforme regulação prevista no Capítulo III do Título II da Lei nº 20/2007.

Há na caracterização do TRADE um critério econômico diferenciador, que consiste no fato de o trabalhador depender de um **único** cliente, por receber dele, pelo menos, 75% dos rendimentos obtidos com seu trabalho e demais atividades econômicas e profissionais (artigo 11.1 do ETA).

Além disso, o trabalhador não pode repassar a prestação do trabalho para um terceiro, tampouco manter sob seu controle trabalhador quem execute suas atividades para o cliente de quem é dependente, sob pena de ser considerado um trabalhador autônomo “comum” (artigo 11.2 do ETA). Além desses elementos, a legislação espanhola prevê também a necessidade da presença da autonomia técnica e material que deve possuir o TRADE, evitando-se que estas sejam de propriedade de seu cliente, bem como exige do TRADE a utilização de critérios organizativos próprios, sem prejuízo de indicações técnicas que possa receber de seu cliente, conforma alíneas “c” e “d” do artigo 11.2 do ETA.

Com o surgimento desta modalidade de trabalho (TRADE) surgiu uma proteção “intermediária” aos trabalhadores, ou seja, não possuem a completa proteção decorrente da relação de emprego, tampouco estão desprotegidos como os autônomos comuns, veja-se então alguns dos direitos alcançados aos TRADE’ (previstos nos artigos 14, 15 e 16 do ETA):

- a) interrupção anual da atividade por 18 dias úteis, salvo previsão mais benéfica no contrato individual ou nos acordos de interesse profissional;
- b) descanso semanal remunerado;
- c) jornada de trabalho máxima a ser fixada pelas partes, por meio de contrato

individual ou acordo de interesse profissional. Há possibilidade de prestação de horas extras, desde que pactuada pelas partes, até o limite previsto no acordo de interesse profissional ou, na ausência deste, de 30% da jornada ordinária acordada;

d) horário de trabalho compatível com a vida pessoal, familiar e profissional do trabalhador;

e) adaptação da jornada da trabalhadora autônoma dependente vítima de violência doméstica, de forma a fazer efetiva sua proteção ou assistência social;

f) possibilidade de rescisão do contrato no caso de descumprimento contratual grave por parte do cliente, com direito a indenização por perdas e danos;

g) direito a indenização por perdas e danos no caso de rescisão do contrato sem justa causa pelo cliente;

h) direito a interromper justificadamente a atividade profissional, sem ruptura do contrato, nos seguintes casos: mútuo acordo, necessidades familiares urgentes, supervenientes e imprevisíveis, incapacidade temporária, maternidade ou paternidade, força maior ou outras causas explicitadas pelos acordos de interesse profissional.

i) presunção, na ausência de manifestação das partes, de celebração do contato por prazo indeterminado;

j) privilégio creditício no concurso de credores, referente a créditos por trabalho pessoal independente devidos durante os seis meses anteriores à declaração do concurso.

Apesar da atualização da legislação com surgimento da espécie de trabalho "TRADE" os litígios entre trabalhadores e empresas no que se refere ao enquadramento do contrato de trabalho não cessaram, pois segue se discutindo se determinadas relações estão obedecendo as regras estabelecidas no contrato, como é o caso anteriormente narrado.

Todavia, apesar desta constatação, acredita-se que a ampliação nas possibilidades de espécies de contrato de trabalho representa uma evolução do direito laboral em face do avanço tecnológico e especialmente nas evidentes novas formas de prestar serviço.

Mas, como já dito, no ordenamento jurídico pátrio ainda não se tem a previsão de uma espécie de contrato de trabalho que se assemelhe ao TRADE, pois ainda é

basicamente utilizado o sistema binário autônomo x empregado.

No entanto, não se deve perder de vista que o artigo 1º da Magna Carta de 1988 traz o trabalho como princípio destacado no seu inciso IV³. Percebe-se que o trabalho como valor social é um dos princípios fundamentais que visa nortear o país. Observa-se também que o trabalho está inserido no texto constitucional exatamente ao lado do princípio da livre iniciativa, que significa dizer, que ambos podem e devem “caminhar juntos”, sem a necessidade de se enaltecer a dicotomia entre “capital-trabalho” (STURMER, 2014, p.23).

Assim, entende-se o direito ao trabalho como primeiro direito humano e fundamental, devendo as demais normas, serem interpretadas levando em consideração este princípio consagrado entre os direitos que norteiam a ordem constitucional democrática e social instituída na nação (SILVA, 2020, p.21).

Ainda, o artigo 6º da CF prevê o trabalho como direito social a ser implementado pelo Estado na busca do equilíbrio e da justiça social, mais uma vez se vê a valoração do trabalho, entendido como gênero, e não apenas a valoração do emprego (espécie).

No sentido de permitir e consagrar formas diversas de relações de trabalho, o Supremo Tribunal Federal apresenta jurisprudência que visa preservar a validade da autonomia da vontade das partes quando firmam contrato de prestação de serviço.

Neste sentido, o Ministro Roberto Barroso no julgamento da Rcl 56.285/SP (j. 06/12/2022) aduz:

“12. Considero, portanto, que **o contrato de emprego não é a única forma de se estabelecerem relações de trabalho**. Um mesmo mercado pode comportar alguns profissionais que sejam contratados pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho e outros profissionais cuja atuação tenha um caráter de eventualidade ou maior autonomia. Desse modo, **são lícitos, ainda que para a execução da atividade-fim da empresa, os contratos de terceirização de mão de obra, pareceria, sociedade e de prestação de serviços por pessoa jurídica (pejotização)**, desde que o contrato seja real,

³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

[...]

isto é, de que não haja relação de emprego com a empresa tomadora do serviço, com subordinação, horário para cumprir e outras obrigações típicas do contrato trabalhista, hipótese em que se estaria fraudando a contratação."

Deste modo, a inegável a licitude de outras formas de relação de trabalho que não a relação de emprego regida pela CLT, sendo que nos casos concretos, verificado o descumprimento do contrato, a Justiça pode intervir pra que seja aplicado o enquadramento correto, tal como ocorreu no caso GLOVO demonstrado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade está em constante transformação, assim como o trabalho. Com o avanço da tecnologia surgiram alternativas na forma de se trabalhar, especialmente decorrentes do aumento no número de atividades intermediadas por plataformas digitais (o que também levou à extinção de determinadas profissões).

No caso em análise, houve o pedido de reconhecimento de vínculo de um trabalhador entregador em face da empregada GLOVO (plataforma digital de intermediação) o Tribunal Supremo da Espanha reformou a decisão do Tribunal Superior de Justiça de Madrid declarando pela existência de vínculo laboral.

Todavia, o que se pretende demonstrar com o presente estudo é que na Espanha, diferente do Brasil, para além de um enquadramento binário (autônomo x empregado), existe a legislação reconhece o chamado TRADE, que seria uma figura intermediária, gozando de certo grau de proteção.

Assim, acredita-se ser necessária uma atualização na legislação que abranja e dê certo grau de proteção aos trabalhadores que a princípio não se enquadram nem como autônomo, tampouco como empregado, seria uma categoria "híbrida", tal como o TRADE na Espanha.

Evidente que apenas a criação de nova legislação não evitará o ajuizamento de demandas com o pedido de reconhecimento de vínculo, o qual, se comprovado, deverá ser aplicado ao caso concreto, como no caso GLOVO.

Além disso, parece que o Poder Judiciário, assim como têm feito o STF, também deve prezar pela validação das formas de contratação firmadas pelas partes

com autonomia, pois como dito, o emprego não é a única forma de se proteger o trabalhador.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro. Trabalhadores Intelectuais – Subordinação Jurídica – Redimensionamento. *Revista Síntese Trabalhista*. Porto Alegre: Síntese, v. 16, no. 183, set. 2004. pp.139-155.

BRASIL. Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

BULGUERONI, Renata Orsi. *Trabalho autônomo dependente: experiências italiana e espanhola e a realidade brasileira*. 2011. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-18052012-135740/pt-br.php>. Acesso em 05 out. 2022.

CATALINA, Adrian Macías. *A proteção dos falsos trabalhadores independentes no sistema espanhol*. Disponível em: <<https://www.huellalegal.com/proteccion-del-falso-autonomo-en-el-ordenamiento-espanol/>>. Acesso em 15/11/2023.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTR, 2017.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. STS 2924/2020. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/05986cd385feff03/20201001>>.

FERNANDES, Anníbal. *O Trabalhador Autônomo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1984.

FINCATO, Denise Pires; SILVA, Jaqueline Mielke. Interpretação sistêmica e sustentabilidade jurídica: a necessária (re)construção do Direito do Trabalho. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, v. 10, n. 19, p. 1-24, 2019.

KAUFMANN, Marcus de Oliveira. Por Uma Nova Dogmática do Direito do Trabalho: Implosão e Perspectivas. *Revista LTr*, vol. 70, no. 02, fev. 2006. pp. 226-249.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NAHAS, Thereza C. Considerações a respeito da relação de trabalho – a questão do trabalho semidependente. *Revista LTr*, vol. 71, no. 09, set. 2007. pp. 1090-1093.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. *Efetividade dos direitos fundamentais e o trabalhador autônomo economicamente dependente: uma proposta de tratamento jurídico*. 2008. 292 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008. Disponível em:

<<http://www.repositorio.ufba.br:8080/ri/handle/ri/12305>>. Acesso em: 05 out. 2022. p. 145.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *O Moderno Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1994.

ROMITA, Arion Sayão. *O Princípio da Proteção em Xequê*. São Paulo: LTr, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015.

SIGNES. Adrian Todolí. *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, 2017.

SILVA, Otavio Pinto. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

SILVA, Paula Jaeger. *O Trabalho nas Plataformas Digitais de Intermediação: Estudos Sobre a Natureza Jurídica da Relação com os Motoristas de Aplicativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

STÜRMER, Gilberto. *Direito Constitucional do Trabalho no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de Emprego: estrutura legal e supostos*. São Paulo: LTr, 2005.

ZIPPERER, André Gonçalves. *A intermediação de trabalho via plataformas digitais: repensando o direito do trabalho a partir das novas realidades do século XXI*. São Paulo: LTr, 2019.

15. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL EM FACE DA AUTOMAÇÃO E A OMISSÃO DO ESTADO BRASILEIRO: ANÁLISE DIALÓGICA DO MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 618-MG E DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 73, JULGADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

CONSTITUTIONAL PROTECTION AGAINST AUTOMATION AND THE BRAZILIAN STATE'S OMISSION: DIALOGICAL ANALYSIS BETWEEN INJUNCTION ORDER NO. 618/MG AND THE DIRECT ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY BY OMISSION N. 73



<https://doi.org/10.36592/9786554601542-15>

Plínio Gevezier Podolan¹

RESUMO

O artigo 7º, XXVII, da Constituição brasileira, previu a proteção do trabalhador em face da automação, na forma da lei. Contudo, passados mais de 35 anos, tal legislação ainda não foi efetivada pelo Estado brasileiro. Assim, a partir de uma pesquisa bibliográfica e documental, propõe-se analisar qualitativamente a finalidade do dispositivo protetivo do referido artigo para, em seguida, evidenciar, através de dados estatísticos, a realidade emergencial da substituição da mão-de-obra humana por novas tecnologias, em escala multitudinária. Desenhado o cenário atual, propõe-se uma análise dialógica entre o Mandado de Injunção n. 618/MG e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 73, ambas de competência do Supremo Tribunal Federal e que versam sobre o tema aqui proposto. Por fim, constatada a omissão do Estado brasileiro quanto à proteção ao trabalhador, após uma análise dos principais projetos de lei que tratam da matéria, são postas reflexões sobre normas alternativas existentes que sirvam de integração ou analogia até que sobrevenha legislação específica sobre o tema.

Palavras-chave: Automação; proteção; trabalhador; desemprego tecnológico; omissão estatal.

ABSTRACT

Article 7, XXVII, of the Brazilian Constitution, described the protection of workers in the face of automation, in accordance with the law. However, more than 35 years later, such legislation has not yet been implemented by the Brazilian State. Thus,

¹ Doutorando em Direito pelo Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT). Especialista em Direitos Humanos e Cidadania Global pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Professor da Escola da Magistratura do Trabalho da 23ª Região. Juiz do Trabalho no TRT da 23ª Região. Membro do Terceira Margem - Grupo de Pesquisa em Filosofia, Literatura e Direitos Humanos. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4634553096251386> / ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3509-5401> / e-mail: pliniopodolan@gmail.com.

based on bibliographical and documentary research, it is proposed to qualitatively analyze the purpose of the protective device in article 7, XXVII, of the Brazilian Constitution and, then, to highlight, through statistical data, the emergency reality of replacement of human labor through new technologies, on a multitudinous scale. Having outlined the current scenario, a dialogical analysis is made between Injunction Order n. 618/MG and the Direct Action of Unconstitutionality by Omission n. 73, both under the jurisdiction of the Federal Supreme Court, and which deal with the topic proposed here. Finally, having verified the omission of the Brazilian State regarding worker protection, after an analysis of the main laws projects that deal with the subject, reflections will be proposed on existing alternative standards that can serve as an integration or analogy until specific legislation comes into being.

Keywords: Automation; protection; worker; technological unemployment; state omission.

INTRODUÇÃO

O Constituinte brasileiro de 1988 considerou relevante proteger o trabalhador em face da automação, tanto que inseriu tal proteção no rol de direitos sociais, mais precisamente no artigo 7º, XXVII. Vislumbrava-se, àquela época, mesmo antes do advento da internet e da inteligência artificial, mas sobretudo em virtude do avanço da robótica, que as inovações tecnológicas poderiam colocar em risco um dos fundamentos do Estado Democrático Brasileiro, qual seja, o valor social do trabalho, previsto no artigo 1º, IV, da Carta Magna. Nesse passo, a livre iniciativa fora averbada no artigo 170, colmatada no mesmo plano topográfico da valorização do trabalho *humano*, tendo como um dos seus princípios a busca pelo pleno emprego, conforme seu inciso VIII.

Atribuída ao legislador a tarefa de criar a norma que garantiria a proteção do trabalhador em face da automação, passaram-se mais de 35 anos sem que qualquer produto legislativo tenha sido concretizado, de modo que o presente trabalho pretende destacar a omissão do Estado brasileiro na efetividade de tal proteção.

Para isso, valendo-se de pesquisa bibliográfica e documental, faz-se uma análise crítica quanto à finalidade do dispositivo protetivo do artigo 7º, XXVII, da Constituição brasileira. Na sequência, apresentam-se dados estatísticos que denotam a realidade emergencial de substituição da mão-de-obra humana por novas tecnologias em escala multitudinária, com a extinção de muitos postos de trabalho.

Com esse alicerce, numa perspectiva qualitativa, debruça-se sobre o Mandado de Injunção nº 618/MG em subsequente diálogo com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 73, ações essas que versam sobre o tema aqui proposto; a primeira outrora apreciada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e a segunda pendente de julgamento.

Por fim, constatada a omissão do Estado brasileiro quanto à proteção ao trabalhador, após uma análise dos principais projetos de lei que versam sobre a matéria, são dadas, em reflexão, normas alternativas que possam servir de integração ou analogia até que sobrevenha legislação específica sobre o tema.

PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL EM FACE DA AUTOMAÇÃO

Como regra, quando há a propositura de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) em face do Congresso Nacional, o pressuposto é de que este deixou de fazer o que lhe compete: legislar. Por essa razão, o STF adota medidas preparatórias e instrutórias para o seu julgamento, sendo uma delas intimar as duas casas do Legislativo para confirmar ou não a omissão apontada, conforme dispõe o artigo 6º, da Lei nº 9.868/1999 (BRASIL, 1999). Na manifestação apresentada pela Câmara dos Deputados na ADO nº 73, a fim de justificar a ausência de legislação sobre proteção em face da automação, manifestou-se aquela casa que:

Trata-se de legislar em tênue equilíbrio entre a proteção do trabalho humano, incontestavelmente necessária, sem impedir a inevitável transformação dos meios de produção e os avanços tecnológicos, sob pena de nossas indústrias restarem arcaicas e obsoletas frente ao mercado internacional (Brasil, STF, 2022).

Aparentemente, portanto, esse é o principal conflito que guiará a análise aqui proposta. A proteção, desejada pelo Constituinte originário, tem sido negligenciada em prol da manutenção da livre iniciativa, desprezando-se a valorização do trabalho humano e o seu valor social. Não seria possível conciliar, numa agenda nacional e internacional, ambos valores fundamentais?

Antes, porém, de se mergulhar nessa reflexão, faz-se necessário compreender, sob a perspectiva teórica, qual o alcance do direito fundamental social previsto no artigo 7º, XXVII, da Constituição. Como ensina Ingo W. Sarlet (2015, posição 3440) “os direitos fundamentais [...] constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos”. Veja-se que os direitos fundamentais não apenas visam proteger o cidadão de excessos do próprio Estado, mas também objetivam orientar as ações do Estado em todas as suas esferas de poder. Por isso, inclusive, é que um projeto de lei, quando apresentado, precisa passar, necessariamente, pelo escrutínio constitucional e, falhando o legislador nessa tarefa, caberá ao STF salvaguardar, mesmo que tardiamente, o respeito à Constituição.

Nessa trilha, Sarlet (2015, posição 3515) trata da “eficácia dirigente” dos direitos fundamentais, na medida em que neles há “uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais”. Ao tratar da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, o autor ensina que há neles uma “eficácia irradiante”, pois servem de base para uma “interpretação do direito infraconstitucional” (SARLET, 2015, posição 3543), a exemplo da técnica usada pelo STF quando opera interpretação conforme à Constituição. Atesta, também, a existência de uma “eficácia horizontal”, pela qual os direitos fundamentais produzem efeitos entre particulares (SARLET, 2015, posição 3543). Não há como se ignorar, desse modo, a fundamentalidade da proteção ao trabalho, de modo que a eficácia de tal direito deve se espriar, inclusive, entre particulares e deve conduzir o Estado em suas ações, em qualquer esfera de poder.

Continuando a revisão teórica, Sarlet (2015, posição 3569) alerta para uma outra função importante dos direitos fundamentais, ainda na perspectiva objetiva, qual seja, o dever de proteção do Estado. Aqui o citado jurista menciona que essa proteção alcança o indivíduo em diversas facetas, explicando que “no âmbito da doutrina germânica, a existência de deveres de proteção encontra-se associada principalmente – mas não exclusivamente – aos direitos fundamentais à vida e à integridade física (saúde), assim como à proteção ao meio ambiente” (Sarlet, 2015, posição 3572). Ao lançar os olhos para a nossa Constituição, ele identifica alguns

direitos fundamentais que se encontram nesta categoria, dentre os quais destaca aquele previsto no artigo 7º, XXVII (Sarlet, 2015, nota 458), que é, exatamente, o que trata da proteção do trabalhador em face da automação. Em outras palavras, há um dever do Estado em proteger o indivíduo nessas hipóteses.

Ao tratar do plano de eficácia das normas constitucionais, uma das organizações mais conhecidas foi traçada por José Afonso da Silva, que as distinguiu de acordo com sua eficácia plena, contida ou limitada. Em rasa síntese, no primeiro grupo, tem-se as normas que “produzem todos os seus efeitos essenciais” (SILVA, 2014, p. 5), com aplicação direta e imediata, independentemente de regulamentação. No segundo grupo, embora sejam normas de aplicação direta e imediata, pode haver regulação posterior pelo legislador infraconstitucional ou limites impostos pela própria Constituição. O terceiro e último grupo seriam as normas que dependem de um ato normativo para alcançarem sua eficácia plena. Essa seria a hipótese, portanto, do artigo 7º, XXVII, da Constituição, na medida em que o texto constitucional expressamente confere a proteção, em face da automação, *na forma da lei*. Sarlet (2015, posição 8676), ao analisar as classificações realizadas por diversos autores e autoras, embora aponte distinções, concluiu que há uma premissa comum entre elas: a “de que inexistente norma constitucional completamente destituída de eficácia”, mesmo essas consideradas como de eficácia limitada.

Se, até o momento, compreende-se que todas as normas de direitos fundamentais possuem em si alguma eficácia e, como direito fundamental que é, o Estado tem o dever de protegê-lo e de garantir sua efetividade, não se mostra razoável, a qualquer pretexto, deixar de prover ao cidadão trabalhador uma lei que o constituinte previu e de cuja proteção, a cada ano que passa, clama por mais urgência. Deixar de proteger o trabalhador ao argumento de que a livre iniciativa e a concorrência de mercado precisam ser asseguradas, não é, certamente, ponderar valores constitucionais com o objetivo de conciliá-los, mas representa, às escâncaras, escolher um lado em prejuízo integral de outro, sobretudo quando se analisam os dados do desemprego tecnológico e a projeção estatística do futuro próximo, como se fará posteriormente. Aliás, conforme análise feita por Valério de

Stefano, essa ideia de que uma regulamentação protetiva do trabalho humano prejudicaria o processo de inovação é generalista:

Nem se deve presumir que a regulamentação sufocaria necessariamente a inovação, outro corolário generalizado de abordagens tecnodeterminísticas à automação. Primeiro, é errado acreditar que a regulamentação laboral tem um impacto negativo inevitável no desenvolvimento econômico – existe, em vez disso, uma vasta literatura que fornece evidências em contrário (Berg e Kucera (eds.), 2008; Berg (ed.), 2015; Lee e McCann, 2011; Deakin, 2016). Mais especificamente, regulamentação e leis de despedimentos coletivos de trabalho que garantam o funcionamento industrial, servem de sistemas de relações e sustentam o papel dos representantes dos trabalhadores e dos sindicatos associados a resultados econômicos positivos. Instituições coletivas robustas do mercado de trabalho têm sido associadas a um bom desempenho na manutenção da estabilidade dos níveis de emprego durante a recente crise financeira na Alemanha (Bohachova, Boockmann e Boch, 2011) (tradução do autor) (Stefano, 2018, p. 22)².

Nesse conflito entre a ordem econômica e a justiça social, destaca-se uma interpretação que aqui se considera mais apropriada com os fins constitucionais e com os fundamentos do Estado Democrático de Direito:

A (ordem) econômica deve assegurar a todos a existência digna conforme os ditames da justiça social. O objetivo da ordem social é o próprio bem-estar social e a justiça social. A primeira deve garantir que o processo econômico, enquanto produtor, não impeça, mas ao contrário, se oriente para o bem-estar e a justiça sociais. A segunda não os assegura, instrumentalmente, mas os visa, diretamente. Os valores econômicos são valores-meio. Os sociais, valores-fim (Ferraz Júnior *et al*, 1989, p. 53).

² "Nor should it be assumed that regulation would necessarily stifle innovation, another widespread corollary of techno-deterministic approaches to automation. First, it is wrong to believe that labour regulation has an inevitable negative impact on economic development – vast literature providing evidence to the contrary exists, instead (Berg and Kucera (eds.), 2008; Berg (ed.), 2015; Lee and McCann, 2011; Deakin, 2016). More specifically, collective redundancies regulation and collective labour laws that ensure functioning industrial relations systems and sustain the role of workers' representatives and trade unions can be associated with positive economic outcomes. Robust collective labour market institutions have been associated with good performance in maintaining employment levels stable during the recent financial crisis in Germany (Bohachova, Boockmann and Boch, 2011)".

Traçado esse cenário inicial, caminha-se para a análise da automação em si e de seus efeitos sobre o mundo do trabalho, em substituição ao trabalho humano.

REALIDADE AUTOMACIONAL

Nos últimos 50 anos, assistiu-se à troca histórica de uma ferramenta: da máquina de escrever pelo computador. Não se alude aqui sequer à internet. Fala-se tão somente da substituição do objeto. Poder-se-ia afirmar, precipitadamente, que tal inovação tecnológica não necessariamente implicou a substituição do trabalho humano. Essa inovação certamente trouxe maior comodidade, aumentando a eficiência da digitação de textos, já que passou a ser possível corrigir os textos antes de imprimi-los, entre outros aprimoramentos. Ocorre que, a médio prazo, a atividade econômica que envolvia as máquinas de escrever manuais sucumbiu. Não havia mais necessidade de produzi-las na mesma escala em que eram produzidas (Super Interessante, 2018) e, conseqüentemente, a mão-de-obra que era destinada a fabricá-las passou a ser obsoleta ou dispensável. É certo que as fábricas de computadores criaram uma demanda que não existia antes e, se analisado o problema sob a perspectiva do mercado, é possível presumir que tenha havido uma reacomodação. Porém, se observado o problema sob a perspectiva do trabalhador, sobretudo daquele que perdeu seu emprego nas fábricas que produziam tais máquinas de escrever, a mesma afirmação não se sustenta. A presente digressão serve apenas para ilustrar, inicialmente, os dados que serão doravante apresentados.

Ao tratar da proteção em face da automação, não se demonstra satisfatório que o foco seja em, efetivamente, definir o que seja automação, embora não se furte de tal tarefa neste trabalho. O objetivo central pelo qual o constituinte inseriu essa proteção na Constituição brasileira serviu para proteger o trabalho desempenhado por humanos, não sendo demais lembrar que o *caput* do artigo 170 valoriza o trabalho "humano". Há uma adjetivação explícita, portanto. O desiderato é que o humano não tenha seu trabalho substituído por qualquer desenvolvimento da técnica, colocando-o em situação de vulnerabilidade social, o que, a propósito, deve ser evitado ou combatido, conforme dispõe o artigo 3º, III, da Constituição brasileira.

Sobre a técnica, aliás, vale a pena ressaltar a crítica feita por Adorno e Horkheimer, para quem a “técnica é a representação do poder que os economicamente mais fortes exercem [...]. A racionalidade técnica hoje é a racionalidade da própria dominação. Ela é o caráter compulsivo da sociedade alienada de si mesma” (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 41).

A automação, nesse particular escopo constitucional, serve para designar todo desenvolvimento tecnológico que vise substituir o trabalho humano, ainda que em parte, não importando o nome que se dá à técnica desenvolvida: maquinaria, robotização, reengenharia, algoritmização, inteligência artificial, etc. Se há um investimento estatal ou privado no sentido de aprimorar a técnica, e se isso puder incorrer em desemprego, há um problema que precisa ser enfrentado e cuja proteção foi alçada ao patamar de direito fundamental.

Em análise das estruturas de trabalho e das economias dos países que formam o BRICS (Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul), a OIT sinalizou algumas preocupações relevantes com o desemprego em massa, sendo que um dos fatores é o avanço tecnológico, ao lado de migrações climáticas, por exemplo (ROGOVSKY; COOKE, 2021, p. 3). Diversos estudos vêm sendo realizados em todo o mundo para identificar essa substituição humana pela tecnologia, nos postos de trabalho, havendo fortes evidências de que a humanidade, no sistema socioeconômico em que está majoritariamente fundada, não está preparada para absorver o volume de pessoas que perderão seus empregos para a tecnologia.

Segundo relatório do Fórum Econômico Mundial, de 2016, embora a tecnologia tenha sido responsável pela criação de 2 milhões de novos empregos, no mesmo período de apuração, ela extinguiu 7,1 milhões de empregos, representando um déficit de 5,1 milhões (WEF, 2016, p. 13/14). Já em 2020, o mesmo Fórum apresentou novo relatório, dessa vez, considerando a substituição, pela tecnologia, das tarefas humanas (e não dos empregos). Concluiu-se que, em 2020, a tecnologia já substituíra 38% das tarefas desempenhadas por humanos, sendo que a estimativa é de que essa substituição alcançará 47% das tarefas em 2025 (WEF, 2020, p. 27/29). Ainda nessa perspectiva, em outra pesquisa, referindo-se a algoritmização, concluiu-se que “as estimativas do MGI (2013) sugerem que algoritmos sofisticados poderiam substituir

aproximadamente o conhecimento de 140 milhões de trabalhadores em tempo integral em todo o mundo" (tradução do autor)³.

Lançando os olhos para o cenário brasileiro, outras pesquisas igualmente demonstram essa substituição humana, a exemplo da que constatou, no setor agrícola sucroalcooleiro, que "por hora trabalhada, a colhedora substitui 67 cortadores" (VIEIRA, 2003, p. 11). Ainda no campo, dados da Organização Internacional do Trabalho apontam queda de 8,5 para 5,7 milhões de trabalhadores na zona rural brasileira entre os anos de 2008 e 2019 (ILO, 2020), sem que isso tenha implicado diminuição da produção agrícola do país (VELOSO *et al*, 2019, p. 2). Essa tendência se repete em todas as atividades econômicas, tanto na indústria⁴, como no setor de serviços⁵, a exemplo do setor bancário⁶.

O que não se pode ignorar é que os primeiros a serem atingidos são os trabalhadores com menor formação e, em especial, os que estão na base da estrutura social⁷. Segundo o relatório de 2020, do Fórum Econômico Mundial, os mais atingidos são os menos qualificados (WEF, 2020, p. 27/29). E, nesse sentido, há um vasto número de trabalhadores considerados excluídos digitais, que não possuem sequer acesso às ferramentas tecnológicas e tampouco capacitação para operá-las. De acordo com pesquisa realizada pela TIC Domicílios, em 2022, enquanto na classe A, assim aferida pela renda domiciliar, havia 96% de usuários de internet, nas classes D e E, o número cai para 73% (TIC DOMICÍLIOS, 2022). Em outra pesquisa, realizada

³ "Estimates by MGI (2013) suggests that sophisticated algorithms could substitute for approximately 140 million full-time knowledge workers worldwide" (Frey; Osborne, 2013, p. 19).

⁴ "No Brasil, também se observou uma retração da participação da indústria na geração de empregos, já que em 2012 esse setor econômico participava com a criação de 13,2% do total dos empregos formais no país, sendo que em 2021 esse número caiu para 11,8%" (Podolan, 2023, p. 35).

⁵ "Estima-se que metade dos portuários no país tenham perdido seus empregos entre os anos de 1995 e 2002" (Soares, 2019, p. 226).

⁶ "A presente pesquisa indica uma queda de 37% dos postos de trabalho, no setor bancário, entre 1990 a 2010" (Sanches, 2012, p. 20).

⁷ Essa também é uma constatação a que se chegou em outras partes do mundo. "As robot costs decline and technological capabilities expand, robots can thus be expected to gradually substitute for labour in a wide range of low-wage service occupations, where most US job growth has occurred over the past decades (Autor and Dorn, 2013). This means that many low-wage manual jobs that have been previously protected from computerisation could diminish over time". Tradução do autor: À medida que os custos dos robôs diminuem e as capacidades tecnológicas se expandem, pode-se esperar que os robôs substituam gradualmente o trabalho numa vasta gama de ocupações de serviços de baixos salários, onde a maior parte do crescimento do emprego nos EUA ocorreu nas últimas décadas (Autor e Dorn, 2013). Isso significa que muitos empregos manuais de baixos salários que foram anteriormente protegidos da informatização podem diminuir com o tempo. (Frey; Osborne, 2013, p. 21/22).

pelo IBGE, aferiu-se os motivos pelos quais não havia acesso à internet por parte dos respondentes, tendo sido constatado que 42,2% não sabiam usar, 27,7% não possuíam interesse e 20,1% achavam caro, além de outros motivos (Brasil, IBGE, 2022).

Cientes dessa realidade e da possibilidade de agravamento da crise social quanto mais a técnica avançar, é preciso pôr em questão o que o Estado brasileiro está fazendo para proteger essa população que, descartada do mundo do trabalho pela tecnologia, vê sua vulnerabilidade social aprofundada. Se a proteção do trabalhador é um direito fundamental e, como tal, possui alguma eficácia, deixar de cumpri-la significa afrontar diretamente a Constituição e a estrutura jurídica que presumivelmente sustenta o Estado democrático. Se é admissível que o Estado e a sociedade deixem de proteger esse direito fundamental, qual será o próximo direito fundamental de que se abrirá mão?

Referindo-se à doutrina estrangeira, Sarlet considera "correto afirmar que todos os direitos fundamentais (na sua perspectiva objetiva) são sempre, também, direitos transindividuais" (SARLET, 2015, posição 3499), isso porque esses direitos são realizados dentro de uma comunidade e devem ser por ela reconhecidos, havendo, nesse sentido, uma "responsabilidade comunitária dos indivíduos" (SARLET, 2015, posição 3499). Faz-se preciso superar a omissão e assumir a responsabilidade para conferir a proteção e a efetividade ao direito fundamental em análise, sobretudo porque, além da responsabilidade do Estado brasileiro, encontra-se a responsabilidade da comunidade e, nesse particular, da função social a que também se destina a empresa e a propriedade, diversas vezes mencionada no texto constitucional. Sobre o desemprego massivo dos trabalhadores portuários, em virtude das novas tecnologias empregadas, Soares teceu a seguinte análise sobre a função da empresa:

Isso significa que a empresa não pode, de acordo com o comando constitucional, visar tão somente o lucro, mas deve atuar de modo que a sociedade também seja beneficiada com seu empreendimento, já que o desemprego estrutural que afeta a categoria dos portuários tem implicações severas nos custos públicos para o curto amparo do benefício social (seguro-desemprego), mas também na redução de impostos e no

aumento de índices negativos de desenvolvimento humano e segurança pública (Soares, 2019, p. 225).

Diante desse cenário alarmante, no próximo tópico, far-se-á uma análise do Mandado de Injunção (MI) nº 618/MG, o qual teve por objeto a alegação de desemprego tecnológico, julgado pelo STF em 2014 e, na sequência, da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 73, proposta em 2022, ainda não apreciada, cujo objetivo é declarar a omissão brasileira quanto à legislação prevista no artigo 7º, XXVII, da Constituição.

ANÁLISE DIALÓGICA ENTRE O MI Nº 618/MG E A ADO Nº 73

Como se disse outrora, o artigo 7º, XXVII, da Constituição brasileira previu a proteção do trabalhador em face da automação, na forma da lei. O objetivo principal da presente análise é evidenciar a omissão do Estado brasileiro, uma vez que a lei que deveria instrumentalizar essa proteção, 35 anos depois, ainda não foi publicada.

Antes, porém, de se ingressar na análise judicial dessa omissão, tem-se como de extrema relevância perscrutar os motivos que levaram o Constituinte originário a incluir essa proteção como direito fundamental. Em minuciosa pesquisa, Frederico G. Cezar (2019) fez uma análise descritiva e qualitativa de todas as propostas apresentadas na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, a partir das quais se constatou claramente o objetivo ali pretendido. Em sua compilação, Cezar descreveu 16 sugestões destinadas a proteger o trabalhador em face da automação. Dentre as várias conclusões a que chegou, destacou:

A ênfase na explicitação de premissas sobre efeitos negativos da automação reforça perspectiva de que, desde o início da discussão constituinte, preponderava, no campo dos parlamentares e setores da sociedade civil favoráveis à normatização jurídica do tema em análise, a perspectiva de que o avanço da automação representava ameaça concreta de retrocesso social para os trabalhadores, em prejuízo do desenvolvimento econômico e social (Cezar, 2019, p. 132/133).

Por outro lado, as propostas consideraram que as inovações tecnológicas eram necessárias para tornar a economia brasileira mais competitiva e que era preciso buscar um equilíbrio social nesse novo paradigma tecnológico:

A premissa relacionada ao equilíbrio entre automação, desenvolvimento econômico e preservação dos interesses do trabalhador em um nenhum momento foi refutada no debate constituinte analisado e não foi apresentada como algo exclusivamente relacionado aos interesses do trabalhador. Esse *topos* é sempre enunciado sob o viés do interesse público, enquanto tentativa de síntese de interesses igualmente legítimos de promoção da livre iniciativa, do desenvolvimento científico e tecnológico e da proteção social (Cezar, 2019, p. 180).

Merece destaque o trecho acima, pois, sob a perspectiva da proteção jurídico-constitucional, ela não se cinge apenas ao trabalhador considerado individualmente. Tal fenômeno, desemprego tecnológico, afeta estruturalmente toda a sociedade, razão pela qual deve assumir, tal qual se descreveu, o interesse público de proteção. Nesse sentido, os atos ou omissões tendentes a manter esse desequilíbrio não encontram “guarida dentro da atual ordem constitucional, estruturada sob o paradigma do Estado Democrático de Direito” (CEZAR, 2019, p. 180).

Embora o referido autor tenha esmiuçado todas as propostas que foram apresentadas, aqui se faz referência apenas a uma delas, que sintetiza, ao menos em parte, as demais. Trata-se da proposta apresentada em 31/03/1987, pelo Senador Nivaldo Machado (PFL/PE) cuja redação se deu no sentido de garantir aos trabalhadores:

I - higiene, segurança do trabalho e proteção da saúde referente às doenças provocadas pela tecnologia e automação industrial;

II - integração na vida e no desenvolvimento da empresa, inclusive quanto ao direito de informação e de veto sobre novos processos de automação industrial, visando ao bem-estar, à garantia de emprego da população e à realidade sócio-econômica, segundo for estabelecido em lei;

III - garantir e definir critérios no processo de automação, no sentido de minimizar os impactos sociais negativos decorre(n)tes (Brasil, Assembleia Nacional Constituinte, Sugestão 0201-0300).

Como se denota, caso essa redação tivesse sido aprovada, balizas importantes já teriam sido previamente definidas. É importante destacar que em todas as propostas, ora se apresenta o termo automação, ora aparece o termo tecnologia, ou ainda, novas tecnologias, entre outras expressões (CEZAR, 2019, p. 118/125). Essa informação será relevante para a análise do julgamento do Mandado de Injunção 618/MG que se fará adiante. Aliás, nas justificativas à sugestão 8.860, de autoria do Senador José Ignácio Ferreira (PMDB/ES), afirmou-se que os benefícios da automação industrial e outras aplicações congêneres da técnica ao trabalho corresponderão à justa contrapartida ao trabalhador" (Brasil, Assembleia Nacional Constituinte, Sugestão 8801-8900). Como se observa, foi utilizada a expressão *outras aplicações congêneres da técnica ao trabalho*, de modo que a modalidade tecnológica é de menor importância, desde que ela implique a substituição do trabalho humano. Em algumas dessas sugestões, inclusive, por considerar que há um processo de automação irreversível, defendeu-se que os trabalhadores atingidos deveriam ser recompensados ou beneficiados de alguma maneira (CEZAR, 2019, p. 126).

Tendo esse repertório como ponto de partida, ao se analisar os fundamentos do julgamento do Mandado de Injunção n. 618/MG, percebe-se claramente que as premissas do Constituinte não foram sequer reconhecidas. Tal ação constitucional foi movida pelo impetrante ao argumento de que, após seis anos de trabalho no Banco do Estado de Minas Gerais (BEMGE), foi demitido em virtude das "inovações tecnológicas" e da "automação da agência bancária onde trabalhava" (BRASIL, STF, MI 2014, p. 1).

Não é demais lembrar que a Constituição previu, em seu artigo 5º, LXXI, a possibilidade de que o mandado de injunção seja a medida cabível para suprir eventual omissão normativa que "torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania" (BRASIL, CRFB/88). A rigor, sem adentrar na questão fática acima descrita, a ausência da norma a que se refere o artigo 7º, XXVII, da Constituição inviabiliza a segurança jurídica, social e econômica do trabalhador em face da

automação, de modo que, *a priori*, é sustentável a impetração do mandado de injunção para esse desiderato.

Em virtude da referida ação, nas informações prestadas naquela oportunidade, o Senado Federal sustentou, ao revés, que a ação adequada seria a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, por compreender que o Mandado de Injunção seria adstrito a normas como “decretos e regulamentos” (BRASIL, SENADO, MI 618, 2014, p. 2/3). Considerou que a intenção da *proteção em face da automação* não quis compreender a “medidas restritivas à dispensa de empregados ou mesmo à fixação de qualquer indenização” (BRASIL, SENADO, MI 618, 2014, p. 3/4). Apesar de afirmar não ter sido esse o propósito, igualmente não expressou qual então seria o alcance da proteção constitucional. Entretanto, na esmiuçada análise das propostas levadas à Assembleia Nacional Constituinte, como destacado, a proteção contra o desemprego tecnológico e a possibilidade de compensação ao trabalhador ali apareceram diversas vezes. E, por fim, o Senado Federal entendeu que o STF não deveria acolher o Mandado de Injunção sob pena de romper “o equilíbrio entre os poderes” (BRASIL, SENADO, MI 618, 2014, p. 4).

Em seu parecer, o Procurador Geral da República opinou pela ilegitimidade do autor e, caso essa preliminar fosse ultrapassada, que fosse julgada procedente a ação, ou seja, reconhecendo-se a omissão do Legislador e comunicando-se a mora ao Congresso Nacional (BRASIL, PGR, MI 618, 2014, p. 4).

Contudo, valendo-se de uma saída inusitada, a Relatora, Ministra Carmem Lúcia concluiu que não havia ausência de regulamentação, como apontara o impetrante. Sua linha de raciocínio se baseou no argumento de que a expressão “inovações tecnológicas” é distinta de “automação”. Destaca-se que sua análise levou em conta a redação do aviso prévio que o trabalhador recebeu do Banco que o empregava. Neste aviso prévio constaram as motivações pelas quais fora demitido, sendo que uma delas foi representada pela seguinte frase: “inovações tecnológicas e racionalização de métodos e rotinas de trabalho”. Contudo, em sua leitura pessoal, a Ministra compreendeu que:

O art. 7º, inc. XXVII, da Constituição não estipula como direito do trabalhador proteção contra ‘inovações tecnológicas’, mas sim ‘em face da automação’, conceitos diferentes.

Na automação substitui-se o trabalho humano pelo de máquinas. A inovação tecnológica está relacionada a mudanças na tecnologia, não havendo necessariamente a substituição do homem por máquina (Brasil, STF, MI 618, 2014, p. 6).

A crítica a essa decisão possui diversas variáveis. A primeira é um suposto preciosismo semântico que não encontra respaldo técnico. Como se esmiuçou anteriormente, automação é uma denominação genérica para qualquer avanço da técnica, sendo que o constituinte originário, nos debates constitucionais, usou diversas expressões similares como *novas tecnologias* ou ainda, *aplicações congêneres da técnica ao trabalho*. Assim, a pretexto de dizer que são coisas distintas, resta evidente que o julgamento em apreço se afasta da finalidade constitucional ou, ainda, de uma interpretação semântica razoável, já que toda *automação*, necessariamente, decorre de uma *inovação tecnológica*.

De fato, nem toda inovação tecnológica importará em substituição do trabalho humano, mas a automação, como fruto de uma inovação tecnológica, sim. Nesse cenário, é dever do julgador avaliar se a inovação tecnológica, seja ela qual for, desdobrou ou não em substituição do trabalho humano e, nesse sentido, embora o aviso prévio tenha atestado claramente que o desemprego se deu em razão das inovações tecnológicas, o julgamento não enfrentou tal questão.

Nesse sentido, resta claro que as inovações tecnológicas implementadas pelo Banco foram determinantes para a demissão do trabalhador; houve, portanto, *substituição do trabalho humano por tecnologia*. O impetrante teve frontalmente violado seu direito constitucional ao trabalho e ao dever do Estado brasileiro de zelar pelo pleno emprego, com valorização do trabalho humano. Assim, o Estado brasileiro negligenciou um direito fundamental duplamente; primeiro, pela omissão do Legislativo ao não conferir a adequada proteção normativa e, segundo, pelo Judiciário, ao não corrigir essa omissão quando teve oportunidade de fazê-lo.

Acertou o STF quando disse que a proteção visa impedir a substituição do *trabalho humano pelo de máquinas*. E, considerando que a base fática na qual fundou sua análise foi o aviso prévio transcrito no acórdão, esse expressamente disse que o desemprego causado ao impetrante decorreu das "inovações tecnológicas", e mais, da "racionalização de métodos e rotinas de trabalho", racionalização essa que

significa redução ou enxugamento dos modos de produção. Se as inovações tecnológicas adotadas pelo Banco não tivessem implicado redução do quadro de funcionários (ou seja, substituição da mão-de-obra humana), não haveria razão para incluir essa circunstância como justificativa da demissão. Aliás, diga-se de passagem, a dispensa poderia ser até mesmo imotivada, considerando a falta de regulamentação do artigo 7º, I, da Constituição brasileira. Portanto, questiona-se: se essa não era a hipótese fática da proteção constitucional, qual seria? Tal ilação, contudo, não se retira do acórdão em análise.

Prosseguiu-se o julgamento dizendo que “somente a ausência da norma regulamentadora que daria eficácia a preceito da Constituição da República viabilizaria esta ação” (BRASIL, STF, MI 618, 2014, p. 6). Partiu-se, pois, do pressuposto de que a pretensão do impetrante não é sequer amparada pela Constituição, já que o principal fundamento da decisão foi a interpretação de que o direito invocado pelo impetrante não está “previsto na Constituição” (BRASIL, STF, MI 618, 2014, p. 7) ao argumento, repete-se, de que a expressão “inovações tecnológicas” não se confunde com “automação”.

O referido Mandado de Injunção foi impetrado em 23/11/1999, sendo que seu julgamento se deu 15 anos mais tarde, em 01/10/2014, transitando em julgado em 17/10/2014. Quase 8 anos depois, em 11/07/2022, a Procuradoria Geral da República (PGR) ingressou com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 73, “em face da mora do Congresso Nacional em tornar efetivo o art. 7º, XXVII, da Constituição Federal”. Em sua peça de ingresso, a PGR se valeu do conceito de automação proposto por Fincato, como “fenômeno ligado à tecnologia” consubstanciado “pela mecanização do sistema produtivo através do uso de máquinas e robôs para o desempenho de certas atividades, notoriamente em substituição (parcial ou total) ao trabalho humano” (FINCATO, 2013, p. 1200).

Em sua análise, a PGR ressaltou que a pandemia da Covid-19 intensificou ainda mais a automação dos postos de trabalho, apontando a emergência de proteção para aquilo que já era uma preocupação constitucional em 1988. Pontuou que:

A proteção do trabalhador em face da automação há de gerar, portanto, em uma perspectiva atual, mecanismos que tutelem o emprego, a segurança e a saúde do trabalhador, decisivos para reduzir a desigualdade existente nas relações de trabalho e para assegurar a efetiva implementação do direito fundamental previsto no art. 7º, XXVII, da Constituição Federal (Brasil, PGR, ADO 73, p. 11).

A PGR reforçou que, a despeito das várias tentativas de regulamentar a matéria⁸, até hoje ela não se efetivou, o que configura a inércia do Legislativo e compromete a efetividade desse direito fundamental. Dentre os vários de seus argumentos, destaca-se a menção à *proibição da proteção deficiente dos direitos fundamentais* que foi objeto do HC n. 102.087/MG. Requereu, por fim, a declaração de mora legislativa do Congresso Nacional e a fixação de um prazo razoável para cumprir essa tarefa, sem, contudo, indicar qualquer normativo, por analogia, que fosse aplicável até a superveniência da legislação específica.

Em sua manifestação, a Câmara dos Deputados tratou da separação dos poderes e da necessidade de que esses trabalhem de forma independente e harmônica entre si (BRASIL, CÂMARA, ADO 73, p. 3). Para além de sua independência, reputou que ao legislador é conferida uma maior margem de "discricionariedade legislativa" e que sua subordinação é restrita "às normas constitucionais" (BRASIL, CÂMARA, ADO 73, p. 6). Analisando-se essa manifestação proposta pela Câmara, é de se notar que a própria Constituição asseverou que a proteção do artigo 7º, XXVII depende de ato normativo, tratando-se, portanto, de ato vinculado à atividade legiferante, não havendo espaço para discricionariedade quanto ao fazer da lei e, quanto ao seu conteúdo, a finalidade deve ser de proteção ao trabalhador. Na sequência, a Câmara refutou o argumento apresentado pela PGR de que haveria "*inertia deliberandi*", pois considerou que a "Constituição Federal não trouxe balizas relativas a prazos" (BRASIL, CÂMARA, ADO 73, p. 7) para a apresentação e tramitação

⁸ PL 4035/2019 (Senador Paulo Paim), PLS 26/1994 (Senador Albano Franco), PLS 17/1991 (Senador Fernando Henrique Cardoso), PLS 74/1990 (Senador Fernando Henrique Cardoso), PL 1091/2019 (Deputado Wolney Queiroz), PL 2611/2000 (Deputado Freire Júnior), PL 1366/1999 (Deputado Paulo Paim), PL 34/1999 (Deputado Paulo Rocha), PL 3053/1997 (Deputado Milton Mendes), PL 325/1991 (Deputado Nelson Proença), PL 790/1991 (Deputado Freire Júnior), PL 2313/1991 (Deputado Luiz Soyer), PL 4691/1990 (Deputado Gandi Jamil), PL 6101/1990 (Deputado Jose Carlos Saboia), PL 4195/1989 (Deputado Nelton Friedrich), PL 2867/1989 (Deputado Costa Ferreira) e PL 2151/1989 (Deputada Cristina Tavares).

de um projeto de lei, compreendendo que o STF, na ADI 2.495, julgada em 2002, considerou que, uma vez iniciado o processo legislativo, não há que se falar em mora.

Sobre o objeto legislativo, a Câmara considerou ser difícil equilibrar a proteção do trabalho humano, "sem impedir a inevitável transformação dos meios de produção e os avanços tecnológicos, sob pena de nossas indústrias restarem arcaicas" (BRASIL, CÂMARA, ADO 73, p. 8/9) e que tal complexidade seria fundamento para a lei em questão ainda não ter sido publicada. Na sequência, citou 16 projetos de lei que tratavam da matéria em apreço, sendo que a maioria deles fora arquivada.

Em sua manifestação, o Senado Federal considerou não haver mora legislativa, igualmente por considerar a complexidade da matéria como fator determinante para esse interstício (BRASIL, SENADO, ADO 73, p. 3). Em síntese, destacou a existência de dois projetos de lei em tramitação que tratam da matéria. O primeiro referido foi o PL nº 4.035/2019, do Senador Paulo Paim (PT/RS), o qual se encontra apto para pauta na Comissão de Assuntos Sociais do Senado (BRASIL, PL 4.035/2019). Em análise ao parecer da Comissão de Assuntos Sociais, o Relator Senador Veneziano Vital do Rêgo votou pela aprovação do projeto, que ainda pende de análise por essa comissão. Do seu parecer (BRASIL, PL 4.035/2019), destacam-se alguns pontos. Inicialmente, verifica-se a preocupação em não haver desemprego tecnológico. Para isso, a sugestão prevê que a dispensa fundada em automação dependerá de prévia negociação coletiva, a qual, por sua vez, deverá "incluir o reaproveitamento e a realocação de trabalhadores", "por processos de readaptação" (BRASIL, PL 4.035/2019, p. 2). Também há uma preocupação de que os processos de automação não prejudiquem a saúde e segurança do trabalhador.

Contudo, não há, de fato, impedimento para a demissão em virtude do emprego de tecnologia, uma vez que o PL nº 4.035/2019 sugere que a empresa, quando adotar automação, ofereça "plano de desligamento voluntário" e uma "indenização do trabalhador dispensado no valor mínimo de três vezes a sua maior remuneração mensal" (BRASIL, PL 4.035/2019, p. 2), o que, aparentemente, prejudica as margens para uma negociação coletiva. Isso significa que, se todo o sistema de proteção falhar, ou seja, se não for possível readaptar o trabalhador a um novo posto

de trabalho ou nova atividade, a empresa tem assegurado o direito de demiti-lo, mediante indenização.

Assim, as consequências sociais desse desemprego tecnológico que, muitas das vezes, ocorre em massa, serão sentidas por toda a sociedade, sobretudo porque, inexistindo a reacomodação no mundo do trabalho, esse trabalhador aprofundará sua vulnerabilidade social, seja buscando na informalidade sua subsistência, seja buscando assistência do Estado, o que, em qualquer hipótese, acarretará aumento da pobreza e da desigualdade.

Outro Projeto de Lei destacado na manifestação do Senado Federal é o de nº 1091/2019, proposto pelo Deputado Wolney Queiroz (PDT/PE), o qual se encontra, desde 11/10/2021, na Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF) (BRASIL, CÂMARA, PL 1.091/2019). Menos tímido que o PL que tramita no Senado, este, em seu art. 1º, § 1º, define o que seja automação como sendo “o método pelo qual se utilizem quaisquer equipamentos, mecanismos, processos ou tecnologias para realização de trabalho, ou para seu controle, com reduzida ou nenhuma interferência humana” (BRASIL, CÂMARA, PL 1.091/2019).

Antes de adentrar no que o PL chamou de “proteção trabalhista”, ele também definiu um seção de “proteção previdenciária”, propondo, em seu artigo 11, que a União estipule contribuições que visem desestimular demissões coletivas em virtude da automação e, ainda, no artigo 12, um progressão das alíquotas, cuja base de cálculo seria o faturamento da empresa, caso haja demissão acima da “média setorial aferida” (Brasil, Câmara, PL 1.091/2019), média essa que seria analisada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Na parte referente à proteção trabalhista, o PL n. 1091/2019 considera que qualquer automação deve manter ou melhorar as condições de trabalho, conforme dito em seu artigo 5º. Isso, é claro, se não houver substituição da mão-de-obra humana. Determina, em seu artigo 3º, que a empresa deverá comunicar o sindicato da categoria e à Superintendência Regional do Trabalho, “com antecedência mínima de seis meses em relação à data de adoção ou implantação da automação” (BRASIL, CÂMARA, PL 1.091/2019), como se fosse um plano de impacto, indicando, desde logo, como será a readaptação dos empregados. Esse projeto de lei prevê, ainda, uma modalidade de garantia provisória de emprego, uma vez que, conforme seu artigo 5º,

§ 2º, “o empregador não poderá demitir sem justa causa quaisquer empregados, nos primeiros seis meses, e nenhum dos empregados readaptados para outras funções, nos primeiros dois anos, sempre contados a partir da adoção, implementação ou ampliação da automação da empresa” (BRASIL, CÂMARA, PL 1.091/2019). Referido projeto determina, também, a necessidade de o empregador prover capacitação, demonstrando preocupação com a saúde e segurança do trabalhador.

Ainda, sobre a proteção trabalhista, o artigo 8º considera que, quando a dispensa do trabalhador for inevitável em virtude dessa automação, suas verbas rescisórias devem ser pagas em dobro, o que seria, talvez, equivalente a uma forma de indenizar o trabalhador, como também previu o PL nº 4.035/2019, que tramita no Senado Federal, porém, com outro parâmetro de valores. Por fim, o PL nº 1.091/2019, em seu artigo 9º, veda a dispensa em massa em virtude de automação, assim compreendida aquela que atinja “dez por cento ou mais do total de empregados da mesma unidade de trabalho” (BRASIL, CÂMARA, PL 1.091/2019).

Em virtude desses projetos acima descritos, que ainda estão em tramitação, é que o Senado se escusou de eventual inércia, não admitindo a mora legislativa.

Contudo, ainda que não haja lei definindo o prazo de tramitação de um processo legislativo, não parece minimamente razoável, à despeito da complexidade posta em questão, que tenham se passado 35 anos sem que qualquer processo legislativo tenha sido concluído. Tal lapso temporal certamente não é considerado razoável, como quis o Constituinte, ao inserir, no inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição, que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo” (BRASIL, CRFB/88).

Ademais, os processos de automação, na agricultura, na indústria ou no setor de serviços, aumentam sua velocidade, a cada dia que passa, e assumem contornos ainda mais dramáticos quando se verifica o potencial de substituição que deles derivam, conforme dados estatísticos antes apresentados. Continuar negligenciando essa proteção constitucional é, ao mesmo tempo, admitir que demissões em massa ou individuais sejam praticadas, sem qualquer critério, em virtude da automação.

Importante ressaltar que a reforma trabalhista (Lei nº 13.467/2017) inseriu o artigo 477-A da CLT (BRASIL, DECRETO-LEI nº 5.452/1943), equiparando as dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas para todos os fins, isto é, se

antes a jurisprudência sinalizava quanto à necessidade de maior cautela nas dispensas plúrimas, pelos impactos sociais que causam, hoje a lei autoriza que sejam realizadas imotivadamente. Aliás, e aqui abre-se um breve parêntese, para lembrar que o artigo 7º, I, da Constituição, também previu proteção que até hoje não se efetivou, qual seja, a proteção “contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar”. Nesse sentido, não é demais ressaltar que o Brasil, embora não tenha editado lei complementar para cumprir tal proteção, havia aderido à Convenção 158 da OIT que regula a matéria e que, inclusive, traz em seu artigo 13⁹, uma diretriz para proteção em face da tecnologia. Contudo, por ato unilateral da Presidência da República, em 1996, apresentou-se denúncia ao referido tratado. Tal ato administrativo, o Decreto 2.100, de 20/12/1996, foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.625, que tramita no Supremo Tribunal Federal desde 1997 e, até hoje, não foi definitivamente julgada, o que evidencia, outra omissão do Estado brasileiro, que arrasta a apreciação dessa matéria por mais de 25 anos, ferindo o artigo 5º, LXXVIII, da Constituição brasileira.

Seja por um ou por outro lado, a proteção não existe normativamente. Ainda que se queira construir uma proteção por amálgama principiológica, essa ainda seria insuficiente. Nesse sentido, relevante o que pondera Sarlet:

[...] Especificamente no concernente ao princípio da proporcionalidade e sua relevância também na esfera da assim designada proibição de retrocesso (ou não reversibilidade ou regressividade), importa lembrar que a proporcionalidade opera tanto como uma proibição de excesso, quanto naquilo em que, vinculada aos deveres de proteção – com os quais não se confunde –, proíbe uma proteção insuficiente – exigindo, pelo contrário, uma proteção social compatível com as exigências da dignidade da pessoa humana no marco de um Estado Democrático e Social de Direito (Sarlet, 2015, posição 13672).

⁹ “Art. 13 – 1. Quando o empregador prever término da relação de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos: a) proporcionará aos representantes dos trabalhadores interessados, em tempo oportuno, a informação pertinente, incluindo os motivos dos termos previstos, o número e categorias dos trabalhadores que poderiam ser afetados pelos mesmos e o período durante o qual seriam efetuados esses termos; b) em conformidade com a legislação e a prática nacionais, oferecerá aos representantes dos trabalhadores interessados, o mais breve que for possível, uma oportunidade para realizarem consultas sobre as medidas que deverão ser adotadas para evitar ou limitar os termos e as medidas para atenuar as conseqüências adversas de todos os termos para os trabalhadores afetados, por exemplo, achando novos empregos para os mesmos”. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 158**. Aprovada em 1982 pela OIT, sem vigência no Brasil).

Assim, não publicar a norma protetiva que reivindica a Constituição a fazer é, em última hipótese, ausência de proteção ou, pelo menos, proteção insuficiente de um direito fundamental que visa garantir, a um só tempo, a dignidade da pessoa humana e a manutenção de Estado Democrático e Social de Direito, uma vez que o valor social do trabalho humano é um dos fundamentos que o compõe, conforme o artigo 1º da Constituição brasileira. Sobre isso, crucial o destaque que se faz da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, quando reconheceu a omissão do Estado brasileiro na regulação dos crimes por homotransfobia:

Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição *sem* a vontade de fazê-la cumprir integralmente *ou*, então, do que a promulgar *com o intuito de apenas* executá-la *com o propósito subalterno* de torná-la aplicável *somente* nos pontos que se mostrarem *convenientes* aos desígnios dos governantes *ou* de grupos majoritários, *em detrimento* dos interesses maiores dos cidadãos *ou*, muitas vezes, em frontal desrespeito aos direitos das minorias, *notadamente daquelas expostas a situações de vulnerabilidade*. (Iguais destaques no original) (Brasil, STF, ADO 26, p. 9).

SUPERAÇÃO DA OMISSÃO BRASILEIRA

Como citado anteriormente, no julgamento da ADO n. 26, o Supremo Tribunal Federal não apenas reconheceu a mora do Congresso Nacional “na implementação de prestação legislativa” sobre a proteção constitucional do art. 5º, incisos XLI e XLII, como também, deu interpretação conforme para “enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja sua forma de manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89 (lei do racismo), até que sobrevenha legislação autônoma”¹⁰.

¹⁰ “Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”)”. (Brasil, STF, ADO 26, p. 9).

Em outra matéria, sobre a omissão acerca da legislação do direito de greve dos servidores públicos, o Supremo também decidiu pela mora do Legislativo, a exemplo dos julgamentos havidos nos Mandados de Injunção nº 670 e nº 710, onde se compreendeu que, enquanto não sobreviesse norma específica regulamentando a matéria, deveria se aplicar, naquilo que fosse compatível, a Lei nº 7.783/1989, que é a lei de greve dos trabalhadores em geral.

Esses dois exemplos acima, embora pareçam desconexos com o tema aqui enfrentado, são citados apenas para ilustrar que, quando a mora legislativa se traduz em prejuízo à efetividade dos direitos fundamentais e sociais previstos na Constituição, o Supremo Tribunal indica e orienta a aplicação de normas que, por analogia, sejam úteis para o desiderato: atingir a proteção esperada até que sobrevenha norma específica sobre o tema.

Em análise aos projetos de lei que foram descritos anteriormente, o PL nº 1.091/2019 é, dentre os que estão em tramitação, o menos tímido numa proteção efetiva do trabalhador em face da automação, porém longe de ser finalizado. Por não haver norma específica que trate do assunto, buscou-se nas fontes do direito internacional, sobretudo nas Convenções da OIT, as quais, por versarem sobre direitos sociais, são consideradas como tratados de direitos humanos (MAZZUOLI *et al*, 2021, p. 241) e, por essa razão, possuem, segundo a interpretação conferida pelo STF, *status* de supralegalidade¹¹.

Analisando o impacto da automação no trabalho portuário, Soares identificou que houve uma redução de quase metade dos trabalhadores que se dedicavam a essa atividade e perderam seus empregos entre os anos de 1995 e 2002¹². Constatada a ausência de regulamentação específica que pudesse proteger esses trabalhadores dos processos de automação, a autora recorreu à Convenção nº 137 da OIT que tem vigência no Brasil desde 1995. Em que pese a redação dos dispositivos desta Convenção sejam generalistas, chama-se a atenção para o seu preâmbulo, escrito em 1973, na Conferência Internacional do Trabalho em Genebra:

¹¹ Conferir julgamentos do HC nº 87.585/TO e do RE nº 466.343/SP, no Supremo Tribunal Federal.

¹² "Tal progresso sócio-econômico, contudo, não foi sentido pelos trabalhadores portuários, que concomitantemente ao incremento tecnológico e à potencialização dos lucros de operadores portuários e de toda a rede empresarial envolvida, viram definhando a razão de seu sustento" (Soares, 2019, p. 225).

Considerando que os métodos de processamento de carga nos portos se modificaram e continuam a se modificar — por exemplo, a adoção de unidades de carga, a introdução de técnicas de transbordo horizontal (*roll on roll off*), o aumento da mecanização e automatização enquanto que novas tendências aparecem no fluxo das mercadorias, e que semelhantes modificações deverão ser ainda mais acentuadas no futuro; [...] Considerando que essas mudanças têm também repercussões consideráveis sobre o nível de emprego nos portos e sobre as condições de trabalho e vida dos portuários e que medidas deveriam ser adotadas para evitar ou reduzir os problemas que decorrem das mesmas [...] (OIT, Convenção 137, 1995).

O que há de mais significativo nessa Convenção, e que aqui se destaca, é o seu artigo 2º que determina aos países signatários o dever de promover uma política nacional para assegurar aos portuários “um emprego permanente ou regular” e, no seu segundo item, assegura que haja “um mínimo de período de emprego ou um mínimo de renda” (OIT, Convenção 137, 1995). Fazendo-se uma interpretação com olhos na proteção em face da automação, além de observar uma garantia de emprego como propósito primeiro, há também a previsão de uma renda por um período em caso de desemprego tecnológico, o qual não se confunde com o seguro-desemprego já garantido pela Constituição.

Nesse sentido, é importante lembrar, apenas para fortalecer o argumento, que a Constituição brasileira, em seu art. 7º, XXXIV, equipara, para todos os fins, o trabalhador com vínculo empregatício e o trabalhador avulso, que é o caso do trabalhador portuário, de modo que tal Convenção pode ser aplicada imediatamente aos demais trabalhadores urbanos e rurais.

Outro instrumento normativo internacional é a Convenção 158 da OIT, que prevê medidas em caso de desemprego tecnológico, mas, como explicado antes, sua aplicação foi suspensa em virtude da denúncia realizada por decreto presidencial, cuja validade é objeto de apreciação no Supremo Tribunal Federal, desde 1997. À propósito, a Recomendação nº 166 da OIT, que complementa a Convenção ora citada, regula a cessação de emprego, vigente desde 1982, mas igualmente não é aplicada no Brasil. Dela se depreendem várias medidas para evitar ou mitigar os efeitos da rescisão por motivos tecnológicos, sendo que um deles é o dever de a empresa ajudar a recolocar seus empregados, demitidos por essa razão, em outros

empregos. Além disso, cita-se a Convenção sobre Desenvolvimento dos Recursos Humanos, de 1975, que assegura capacitação e reciclagem aos trabalhadores (OIT, Recomendação 166, 1982, sem vigência no Brasil).

Por fim, também vale ressaltar a Recomendação nº 123/2022 do Conselho Nacional de Justiça, que recomendou a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nesse sentido, em consulta realizada sobre o alcance das obrigações dos Estados sobre a garantias da liberdade sindical, a Corte Interamericana de Direitos Humanos deu parecer consultivo, em 31/07/2019 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2019, p. 11), onde demonstra sua preocupação com a automação nos países da América Latina, compreendendo ser fundamental o papel das organizações de trabalhadores na representação coletiva e no diálogo social, papel esse que fora reforçado, por exemplo, no PL nº 1.091/2019.

De todo modo, no que aqui couber, mostra-se importante lembrar que no artigo 6º da Constituição brasileira estão previstos direitos sociais fundamentais, dentre os quais se destaca o direito ao trabalho. Quando, em alguma medida, Estado e sociedade deixam de garantir trabalho a alguns cidadãos, atingidos pela automação e não reinseridos no mundo do trabalho em virtude de sua baixa qualificação, enquanto outros possuem trabalho porque tiveram mais acesso à educação e mais oportunidades, esse movimento negligente acirra ainda mais as desigualdades sociais, aumentando a miséria no Brasil, distanciando-o dos seus objetivos descritos no art. 3º de sua Constituição, além de tornar cada vez mais utópico o ideal de igualdade, também previsto como direito fundamental no seu artigo 5º.

Alternativamente, na falta de uma ocupação capaz de gerar renda para garantir a subsistência do cidadão trabalhador, deve ser assegurado a ele, ao menos, o direito de "assistência aos desamparados", também previsto no artigo 6º da Constituição. Certamente isso é relevante, mas não deveria ser a primeira saída:

Políticas destinadas a substituir a proteção dos direitos laborais pela proteção do rendimento (como a renda básica universal) corre o risco de negligenciar uma característica essencial da regulamentação do emprego, que não é apenas proteger

trabalhadores porque são economicamente dependentes dos seus empregadores e têm fraca poder de negociação “no mercado”, mas também limita e racionaliza o poder unilateral exercício de prerrogativas gerenciais “no trabalho”, ou seja, enquanto estão empregados (tradução do autor)¹³.

Assim, dado o valor social conferido ao trabalho como fator que alcança a formação da personalidade do indivíduo, tanto melhor será se o Estado brasileiro garantir a existência de trabalho digno, em busca do pleno emprego, tornando a assistência como política subsidiária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em todas as justificativas analisadas neste trabalho, o Estado brasileiro, em suas esferas de poder, demonstrou uma preocupação de que eventual legislação protetiva ao trabalhador, em face da automação, fosse um empecilho para o avanço tecnológico, o qual é levado em consideração para conferir às empresas maior competitividade, dando a elas ampla margem para que desenvolva livremente a iniciativa econômica. Ocorre que o custo dessa liberdade econômica é, sobretudo, um custo humano, à medida em que quanto mais se investe em inovações tecnológicas, investimentos esses tanto privados como do próprio Estado, mais se vulnera os trabalhadores, que veem o seu direito ao trabalho, previsto no artigo 6º da Constituição, vilipendiado.

O presente estudo, em seu primeiro tópico, analisou o alcance da proteção constitucional em face da automação, previsto no artigo 7º, XXVII, da Constituição brasileira. Ali, embora se reconheça que tal direito dependa de regulamentação para atingir eficácia plena, constatou-se que todos os direitos fundamentais possuem em si alguma eficácia, podendo ser dirigente, irradiante e horizontal, na dimensão objetiva. Concluiu-se que os valores econômicos devem servir de meio para o

¹³ “Policies aimed at substituting protection of employment rights for protection of income risk neglecting an essential feature of employment regulation, which is not just protecting workers because they are economically dependent on their employers and have weak bargaining power “on the market”, but is also limiting and rationalizing the unilateral exercise of managerial prerogatives “on the job”, i.e. while they are employed” (STEFANO, 2018, p. 17).

atingimento dos valores sociais, os quais devem ser compartilhados e garantidos por todos, Estado e sociedade.

No segundo tópico, fez-se referências a dados estatísticos que demonstram a atual realidade do impacto da automação no mundo do trabalho, gerando desemprego tecnológico, um dos principais fatores de atenção da Organização Internacional do Trabalho. Viu-se, ainda, que as pessoas mais atingidas pelo emprego de tecnologias são as menos qualificadas e, portanto, mais vulneráveis social e economicamente.

Na sequência, em que pese tenham se passados mais de 35 anos desde a promulgação da Constituição brasileira, até hoje a proteção em face da automação não fora regulamentada, o que denota não só a omissão do parlamento brasileiro, como também se revela a omissão do Supremo Tribunal Federal por não ter enfrentado adequadamente esse tema quando teve oportunidade. Por isso, apreciou-se criticamente o julgamento do Mandado de Injunção nº 618/MG, finalizado em 2014, e cujas razões para negar ao impetrante sua pretensão foram dissociadas do propósito protetivo constitucional, propósito esse revelado por meio das sugestões apresentadas à Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. Fazendo um diálogo, verificou-se a atual Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 73, a qual, proposta em 2022 pela Procuradoria Geral da República, ainda pende de julgamento, oportunidade em que o STF poderá promover uma correção histórica.

Por fim, restando clara a omissão do Estado brasileiro, o último tópico propõe-se a apresentar soluções de normas atualmente existentes, sobretudo no plano internacional e, ainda, da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, para fomentar um arcabouço normativo e interpretativo que possa, desde logo, efetivar essa proteção, enquanto não sobrevier a legislação específica de que trata o artigo 7º, XXVII da Constituição. Assim, o que se propõe, por derradeiro, é que os poderes estatais, sobretudo, o Legislativo e o Judiciário, assumam a responsabilidade de protagonizar essa proteção que, ao ser negligenciada, fere a dignidade humana, o direito ao trabalho e o seu valor social.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Sugestões dos Constituintes 0201-0300*. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/sugestoes-dos-constituintes/arquivos/sgco0201-0300. Acesso em 10 nov. 2023.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Sugestões dos Constituintes 8801-8900*. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/sugestoes-dos-constituintes/arquivos/sgco8801-8900. Acesso em 10 nov. 2023, p. 274.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 1.091, de 2019*. Tramitação. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192959>. Acesso em 13 nov. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação n. 123, de 07 de janeiro de 2022*. Recomenda aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. DJe/CNJ n. 7, de 11/01/2022. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4305>. Acesso em 14 nov. 2023.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 nov. 2023.

BRASIL. *Decreto-lei n. 5.452, de 01º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 14 nov. 2023.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). *Tabelas - Acesso à internet*. PNAD Contínua, Tabela 6794, 2022. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/6794#resultado>. Acesso em 10 nov. 2023.

BRASIL. *Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989*. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define atividade essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.HTM. Acesso em 14 nov. 2023.

BRASIL. *Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em 14 nov. 2023.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n. 4.035, de 2019*. Parecer da Comissão de Assuntos Sociais. Relator Senador Veneziano Vital do Rêgo. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137793>. Acesso em 13 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.625*. Relator Min. Maurício Corrêa. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1675413>. Acesso em 13 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26*. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>. Acesso em 13 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 73*. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6443764>. Acesso em 10 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção n. 618/MG*. Relatora Ministra Carmen Lúcia. Publicado em 01/10/2014. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=264180789&ext=.pdf>. Acesso em 10 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção n. 670/ES*. Relator Ministro Maurício Corrêa. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2018921>. Acesso em 14 nov. 2023.

CEZAR, Frederico Gonçalves. *Valores constitucionais de proteção do trabalhador em face da automação: Análise tópica dos argumentos da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988*. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição). Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Alcance de las obligaciones de los Estados, bajo el sistema interamericano, sobre las garantías a la libertad sindical, su relación con otros derechos y aplicación desde una perspectiva de género*. Solicitud de opinión consultiva a la corte interamericana de derechos humanos. Publicada em 31/07/2019, p. 11. Disponível em <https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/vid/corte-idh-solicitud-opinion-883974257>. Acesso em 14 nov. 2023.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Stevenson. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência, eficácia e supremacia*. São Paulo: Editora Atlas, 1989.

FREY, Carl Benedikt; OSBORNE, Michael A. *The future of employment: how susceptible are jobs to computerisation?*, 2013. Disponível em https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The_Future_of_Employment.pdf. Acesso em 14 nov. 2023.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION - ILO. *Employment by sex, rural / urban areas and economic activity*. ILO modelled estimates, nov. 2020. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1Qlh4RD_ZloZKic8c4Ey580qdWK3KPiPU/view. Acesso em 14 nov. 2023.

LAZZARIN, Helena; LAZZARIN, Sonilde; SEVERO, Valdete (orgs.). *A centralidade dos Direitos Sociais (recurso eletrônico)*. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2022. Disponível em <https://www.editorafi.org/ebook/451centralidade>. Acesso em 20 nov. 2023.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; MARANHÃO, Ney e AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *Direitos Humanos e Direito Internacional Público: considerações à luz da tutela jurídico-internacional do ser humano que trabalha*. Revista de Direito do Trabalho, v. 216, p. 239/272, mar./abr., 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção n. 137*. Trabalho Portuário. Aprovada em 1973. Vigência no Brasil em 12/08/1995. Disponível em https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235871/lang--pt/index.htm. Acesso em 14 nov. 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção 158*. Aprovada em 1982 pela OIT, sem vigência no Brasil. Disponível em https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236164/lang--pt/index.htm. Acesso em 13 nov. 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Recomendação n. 166*. Recomendação de Cessação de Emprego. Aprovada em 1982. Sem vigência no Brasil. Disponível em https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312504:NO. Acesso em 14 nov. 2023.

PODOLAN, Plínio Gevezier. *Trabalhadores descartáveis: a exclusão do mundo do trabalho pela tecnologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

ROGOVSKY, Nikolai; COOKE, Fang Lee. *Towards a human-centred agenda: Human resource management in the BRICS countries in the face of global challenges*. ILO, 2021. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---inst/documents/publication/wcms_830693.pdf Acesso em 10 nov. 2023.

SANCHES, Ana Tércia. *Dimensões da Difusão Tecnológica no Setor Bancário e a Nova Divisão do Trabalho*, 2012. Disponível em: <https://28deagosto.webnode.page/news/dimens%C3%B5es%20da%20difus%C3%A3o%20tecnologica%20no%20setor%20bancario%20e%20a%20nova%20divis%C3%A3o%20do%20trabalho/>. Acesso em 10 nov. 2023.

SANTOS, Roseniura; SOARES, Erica. *O direito à proteção em face da automação e desemprego tecnológico: parâmetros constitucionais para a regulamentação*. 3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade. Universidade de Santa Maria, 2015. Disponível em <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/563/2019/09/6-20.pdf>. Acesso em 20 nov. 2023.

SARLET, Ingo. Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional (e-book)*. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SOARES, Marcele Carine dos Praseres. Trabalhadores portuários e a Organização Internacional do Trabalho: proteção contra a automação e a favor da saúde, higiene e segurança. *In Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*: vol. 8, n. 81, ago. 2019. Disponível em <https://hdl.handle.net/20.500.12178/162915>. Acesso em 14 nov. 2023.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais (recurso eletrônico)*. Disponível em <https://arquivos.integrawebsites.com.br/66582/bc2c06fb00ef651400fb18045b1797b3.pdf>, 2014. Acesso em 14 nov. 2023.

STEFANO, Valerio de. *"Negotiation the algorithm": Automation, artificial intelligence and labour protection*. International Labour Office. Employment. Working Paper n. 246. Geneva, 2018. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_policy/documents/publication/wcms_634157.pdf. Acesso em 13 nov. 2023.

SUPER INTERESSANTE (Tecnologia). *Ainda se fabricam máquinas de escrever?* Publicado em 18/04/2011. Atualizado em 04/07/2018. Disponível em <https://super.abril.com.br/mundo-estranho/ainda-se-fabricam-maquinas-de-escrever>. Acesso em 10 nov. 2023.

TIC DOMICÍLIOS 2022. *Relatório C2A - Usuários de Internet: indicador ampliado*. Disponível em <https://cetic.br/pt/tics/domicilios/2022/individuos/C2A/>. Acesso em 10 nov. 2023.

VIEIRA, Gilberto. *Avaliação do custo, produtividade e geração de emprego no corte de cana-de-açúcar, manual e mecanizado, com e sem queima prévia*. Dissertação (Mestrado em Agronomia) - Universidade Estadual Paulista, Faculdade de Ciências

Agronômicas, Botucatu, 2003. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/90605>. Acesso em 10 nov. 2023.

VELOSO, Fernando; MATOS, Silva; BARBOSA FILHO, Fernando de Holanda; PERUCHETTI, Paulo. *Produtividade do trabalho no Brasil: uma análise dos resultados setoriais desde meados da década de 1990*, 2019.

WORLD ECONOMIC FORUM. *The Future of Jobs Report: Employment, Skills and Workforce Strategy for the Fourth Industrial Revolution*, 2016. Disponível em: https://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs.pdf. Acesso em 10 nov. 2023.

WORLD ECONOMIC FORUM. *The Future of Jobs Report*, 2020. Disponível em: https://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs_2020.pdf. Acesso em 10 nov. 2023.

PARTE II
DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS

**16. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DIREITO DE CRÍTICA AOS AGENTES PÚBLICOS:
ANÁLISE CRÍTICA DA DECISÃO 1 BVR 1073/20, DO
BUNDESVERFASSUNGSGERICHT**

*FREEDOM OF SPEECH AND THE RIGHT TO CRITICIZE PUBLIC OFFICIALS: A CRITICAL
ANALYSIS OF THE DECISION 1 BVR 1073/20, FROM THE BUNDESVERFASSUNGSGERICHT*



<https://doi.org/10.36592/9786554601542-16>

Bernardo Spencer da Fontoura Teixeira¹

RESUMO

Não há dúvida de que os direitos fundamentais também vinculam os particulares. Assim, é possível que ocorram colisões de direitos fundamentais na esfera das relações privadas. Uma das hipóteses mais frequentes é a do conflito entre o direito à liberdade de expressão e os direitos de personalidade. Conforme a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal (BVerfG), a liberdade de expressão goza de uma preferência *prima facie* em relação aos direitos de personalidade dos agentes públicos, em razão do poder que estes exercem em sociedade. No entanto, isso não significa que qualquer crítica direcionada a tais agentes estará abrangida pela liberdade de expressão, sendo necessário realizar uma ponderação no caso concreto, a qual só pode ser dispensada em situações excepcionais.

Palavras-chave: Liberdade de expressão; direitos de personalidade; crítica; agentes públicos.

ABSTRACT

There is no question that constitutional rights also bind individuals. Thus, collisions of constitutional rights may occur in the sphere of private relationships. One of the most frequent scenarios is the conflict between the right to freedom of expression and personality rights. According to the jurisprudence of the Federal Constitutional Court (BVerfG), freedom of expression enjoys a *prima facie* preference over the personality rights of public officials, due to the power they wield in society. However, this does not mean that any criticism directed at such officials is covered by freedom of expression; it is necessary to apply a balancing test in each case, which can only be dispensed with in exceptional situations.

Keywords: Freedom of speech; personality rights; criticism; public officials.

¹ Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – bolsista CAPES TAXAS. Bacharel em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Assessor de Procuradoria de Justiça no Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Currículo lattes: <<http://lattes.cnpq.br/6727670469440321>>. Endereço eletrônico: bernardo.teixeira93@edu.pucrs.br.

INTRODUÇÃO

Trata-se de decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*, doravante BVerfG) em reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) ajuizada por uma parlamentar filiada ao Partido Verde daquele país, alegando violação ao seu direito geral de personalidade por parte das instâncias ordinárias. Para uma melhor compreensão da decisão, importa ter em mente alguns fatos.

Durante um debate na Assembleia Legislativa (*Abgeordnetenhaus*) de Berlim, um membro da coalizão governante questionou um integrante do Partido Verde que discursava sobre violência doméstica sobre a sua posição acerca de uma decisão de seu partido, no estado da Renânia do Norte-Vestefália, de abolir a punição para atos sexuais cometidos contra crianças. A reclamante, então, interveio, com a seguinte exclamação “vírgula, se não houver violência envolvida!” (*Komma, wenn keine Gewalt im Spiel ist!*) (ALEMANHA, 2021).

Posteriormente, uma pessoa publicou em sua página no Facebook uma foto da reclamante, acompanhada do que parecia ser uma citação direta de uma frase de sua autoria, afirmando que, caso não houvesse violência envolvida, não haveria nenhum problema em manter relações sexuais com crianças. A postagem recebeu vinte e dois comentários, dos quais diversos buscavam atingir diretamente a honra da reclamante, referindo-se a ela com termos como “vagabunda” (*Schlampe*) e “pedófila suja” (*Pädodreck*) (ALEMANHA, 2021).

A reclamante, então, buscou junto às instâncias ordinárias obter uma ordem judicial que determinasse ao Facebook o fornecimento dos dados dos autores dos comentários, a fim de postular em face deles a devida reparação pelos danos causados. O pedido foi fundamentado na seção 14, parágrafo 3, da Lei de Serviços Telemáticos (*Telemediengesetz*) vigente à época, que disciplinava a pretensão, em face de um provedor de serviços, de fornecer dados armazenados por si quando tais dados fossem necessários para o ajuizamento de ações civis que tratem de violações de direitos protegidos por conteúdos ilegais cf. a seção 1 parágrafo 3 do *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* (doravante NetzDG), legislação que dispõe sobre a regulação de conteúdo nas redes sociais (ALEMANHA, 2021).

Inicialmente, o juízo de primeira instância considerou que todas as reações dos usuários constituíam simples manifestações de opinião, as quais diziam respeito a fatos específicos, não caracterizando, assim, qualquer ofensa à reclamante que pudesse ser enquadrada no tipo penal da injúria (§ 185 do *Strafgesetzbuch*, o Código Penal alemão, doravante StGB). Na sequência, a decisão foi parcialmente alterada, a fim de determinar ao Facebook que fornecesse os dados de seis dos vinte e dois usuários, cujos comentários foram considerados ofensivos (ALEMANHA, 2021).

Já em sede recursal, mais seis comentários foram considerados ofensivos, enquanto os dez remanescentes foram desconsiderados por não incorrer no tipo penal da injúria, bem como por dizerem respeito a fatos específicos, não podendo ser considerados, em todos os contextos fáticos, como simplesmente depreciativos, tratando-se de conteúdo apenas opinativo. Ademais, as instâncias ordinárias levaram em conta o fato de a reclamante ser uma pessoa politicamente exposta, de sorte que deveria tolerar certos ataques (ALEMANHA, 2021).

Finalmente, o BVerfG julgou procedente a reclamação constitucional, por entender que as instâncias ordinárias haviam violado o direito geral de personalidade da reclamante, com base no Art. 2 Abs. 1 e no art. Art. 1 Abs. 1, ambos da Lei Fundamental (*Grundgesetz*). Com efeito, as decisões anteriores, segundo o BVerfG, haviam falhado em realizar a correta ponderação entre o direito à liberdade de expressão dos usuários e o direito à honra da reclamante. Assim, o BVerfG anulou tais decisões, determinando o retorno dos autos à Corte de Apelações (*Kammergericht*, doravante KG) para a prolação de novo julgamento (ALEMANHA, 2021).

Tal decisão revela diversos aspectos passíveis de análise. No entanto, dados os limites do presente estudo, cingiremos nossa abordagem às questões relativas à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, em especial no que diz respeito às plataformas de mídias sociais, bem como à colisão de direitos fundamentais identificada no caso em tela.

Para tanto, percorreremos o seguinte caminho: i) iniciaremos com uma breve exposição acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas; ii) destacaremos as características mais importantes do NetzDG; iii)

traçaremos as linhas mestras do conceito e aplicação da técnica da ponderação de direitos fundamentais, ressaltando-se, desde logo, a impossibilidade de realizar um exame aprofundado a esse respeito no escopo deste trabalho; iv) concluiremos com alguns breves apontamentos de direito comparado.

A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE OS PARTICULARES

O fato de que os direitos fundamentais atuam também na esfera das relações jurídico-privadas – e não somente no campo das relações entre os particulares e o Estado – é questão, hoje, amplamente aceita pela doutrina, a partir do reconhecimento de uma dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, bem assim do pressuposto de que, no Estado Social de Direito, não apenas o Estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade passou a participar ativamente do exercício do poder, de modo que a liberdade individual precisa ser protegida não apenas contra os poderes públicos, mas também contra aqueles que possuem maior poder social e econômico no âmbito da sociedade (SARLET, 2018, p. 396).

Tal aspecto eficaz dos direitos fundamentais recebe diversos nomes, sendo os mais conhecidos “eficácia privada”, “eficácia horizontal” e “eficácia em relação a terceiros” (esta última derivada da expressão alemã *Drittwirkung*, também chamada de “eficácia externa”) (SARLET, 2012, p. 199). Embora se possa controverter acerca da nomenclatura utilizada, tais expressões serão utilizadas, ao longo deste trabalho, de modo intercambiável.

Conforme destaca SARLET (2012, p. 203), o problema da existência de uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais apenas se mostra relevante quando se trata daqueles direitos que não possuem exclusivamente os órgãos estatais como destinatários, restando excluídos da discussão, portanto, aqueles que, em princípio, não são oponíveis aos particulares, assim como os que expressamente possuem, entre seus destinatários, entidades privadas e os particulares em geral.

No entanto, para além do reconhecimento da existência de uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o problema está em saber de que maneira se

dá essa eficácia. Desde logo, verifica-se a existência de duas posições acerca do tema na doutrina jurídica alemã. A primeira corrente sustenta uma eficácia imediata (direta) dos direitos fundamentais nas relações privadas, com base no argumento de que os direitos fundamentais constituem normas de valor que são válidas para toda a ordem jurídica, bem como na força normativa da Constituição, sendo, assim, inaceitável que o direito privado forme “uma espécie de gueto à margem da Constituição”. Por sua vez, a segunda corrente, que terminou por prevalecer na jurisprudência do BVerfG, defende uma eficácia mediata (indireta), segundo a qual os direitos fundamentais não são diretamente oponíveis nas relações entre particulares, mas carecem de uma transposição pelo legislador e, na ausência desta, por meio de uma integração jurisprudencial, através de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado (SARLET, 2012, p. 210-2).

Inobstante a divergência acerca da eficácia mediata ou imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, o fato é que ambas as correntes convergem no sentido de reconhecer a importância da vinculação dos atores sociais detentores de expressivo poder social e econômico aos direitos fundamentais, dadas as relações manifestamente desiguais que se estabelecem entre o indivíduo e tais entidades, ao ponto de poderem ser consideradas relações similares àquelas havidas entre o cidadão e o Estado (SARLET, 2012, p. 217-8). É nesse contexto que deve ser compreendido o NetzDG, conforme será explorado a seguir.

O NETZDG E O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Em 2017, o Parlamento alemão aprovou a “Lei sobre a melhoria da aplicação do direito nas redes sociais” (*Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken* ou *Netzwerkdurchsetzungsgesetz*, abreviado como *NetzDG*). Trata-se de legislação que visa combater a “desinformação” e o “discurso de ódio”, sendo aplicável às redes sociais com mais de 2 milhões de usuários ativos no país. A definição de redes sociais é fornecida pelo texto da lei como “provedores de serviços de telecomunicações que operam plataformas na internet, com fins lucrativos, destinadas a permitir que os usuários compartilhem qualquer conteúdo

com outros usuários ou o tornem disponível ao público".² Estão expressamente excluídas do âmbito de aplicação da lei as plataformas jornalísticas e os aplicativos de mensagens³, tais como o *WhatsApp* (ALEMANHA, 2017).

A lei impõe às redes sociais a obrigação de fornecer aos usuários um procedimento "facilmente reconhecível, diretamente acessível e permanentemente disponível" para a submissão de denúncias acerca de conteúdo ilegal⁴, sendo considerado como tal aquele que se amolda a uma série de tipos penais, mencionados expressamente por referência aos respectivos artigos do StGB, a exemplo do § 185, que trata da injúria, objeto da decisão ora em comento (ALEMANHA, 2017).⁵

Ao receber uma denúncia, a rede social deve escrutinar a legalidade do conteúdo denunciado. Caso entenda que o conteúdo é ilegal, deve removê-lo (o conteúdo deixa de existir) ou bloquear acesso a ele (restrição seletiva). Ainda, o NetzDG diferencia os conteúdos ilegais dos manifestamente ilegais: os primeiros devem ser removidos ou bloqueados em até 7 dias; os segundos, em até 24 horas (SCHMITZ; BERNDT, 2018). No entanto, a lei não especifica o que acontece se as redes sociais não cumprirem os prazos de 7 dias e 24 horas para a remoção dos conteúdos ilegais e manifestamente ilegais (KASAKOWSKI, 2020).

Embora o descumprimento das obrigações impostas no NetzDG possa ensejar a aplicação de multas de até 50 milhões de euros, é importante ter em vista que a multa é aplicada em razão do descumprimento sistemático das suas provisões. Nesse sentido, não é a falha em remover ou bloquear um conteúdo

² No original: "§ 1 (1) Dieses Gesetz gilt für Telemediendiensteanbieter, die mit Gewinnerzielungsabsicht Plattformen im Internet betreiben, die dazu bestimmt sind, dass Nutzer beliebige Inhalte mit anderen Nutzern teilen oder der Öffentlichkeit zugänglich machen (soziale Netzwerke)".

³ "§ 1 (1) (...) Plattformen mit journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten, die vom Diensteanbieter selbst verantwortet werden, gelten nicht als soziale Netzwerke im Sinne dieses Gesetzes. Das Gleiche gilt für Plattformen, die zur Individualkommunikation oder zur Verbreitung spezifischer Inhalte bestimmt sind".

⁴ "§ 3 (1) Der Anbieter eines sozialen Netzwerks muss ein wirksames und transparentes Verfahren nach Absatz 2 und 3 für den Umgang mit Beschwerden über rechtswidrige Inhalte vorhalten. Der Anbieter muss Nutzern ein bei der Wahrnehmung des Inhalts leicht erkennbares, unmittelbar erreichbares, leicht bedienbares und ständig verfügbares Verfahren zur Übermittlung von Beschwerden über rechtswidrige Inhalte zur Verfügung stellen".

⁵ "§ 1 (3) Rechtswidrige Inhalte sind Inhalte im Sinne des Absatzes 1, die den Tatbestand der §§ 86, 86a, 89a, 91, 100a, 111, 126, 129 bis 129b, 130, 131, 140, 166, 184b, 185 bis 187, 189, 201a, 241 oder 269 des Strafgesetzbuchs erfüllen und nicht gerechtfertigt sind".

específico que enseja a responsabilização, mas sim a não adoção sistemática dos mecanismos previstos, como a não disponibilização aos usuários do procedimento de denúncia. Ainda, a recorrência de decisões incorretas acerca da ilegalidade dos conteúdos dentro de um período limitado pode indicar que o processo de tratamento das denúncias não se encontra implementado adequadamente, ensejando, assim, a aplicação de multa (SCHMITZ; BERNDT, 2018).

Importante destacar que o *NetzDG*, desde que foi aprovado, não escapou de algumas críticas. Dentre essas, destaca-se a de que a legislação incentivaria as redes sociais a bloquearem uma grande quantidade de conteúdo lícito, a fim de evitar a imposição das multas cominadas, em vez de realizar a análise complexa acerca da legalidade do conteúdo denunciado (ECHIKSON; KNODT, 2018).

Nesse sentido, argumenta-se que o *NetzDG* seria inconstitucional, na medida em que violaria o direito fundamental à liberdade de expressão. De acordo com essa perspectiva, qualquer regulamentação das mídias sociais deve combater não somente a remoção insuficiente de conteúdos, mas também a remoção excessiva. Assim, ao sancionar apenas a remoção de conteúdos ilícitos, mas não a de conteúdos lícitos, o *NetzDG* seria um convite ao bloqueio em massa (HONG, 2018).

Com efeito, não se pode olvidar que, em linha com a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, o *BVerfG* tende a conferir uma proteção *prima facie* à liberdade de expressão no conflito com outros direitos fundamentais, em especial no que tange ao direito de crítica a pessoas públicas em relação ao poder que estas exercem em sociedade (*Machtkritik*) (SARLET, 2022), objeto da decisão ora em análise. Tal proteção, ao menos em princípio, também vincularia, ainda que indiretamente, as redes sociais como o Facebook, por força da *Drittwirkung* (HONG, 2018).

Noutro norte, contudo, o *BVerfG* também entende que as manifestações que não possuam conteúdo crítico, ainda que intenso, sendo destinadas tão somente à humilhação e degradação de uma pessoa (*Schmähkritik*), violam o direito geral de personalidade, bem como a dignidade da pessoa humana, o que também se aplica às pessoas públicas, tendo em vista que estas, apesar da maior exposição, também são merecedoras de proteção à sua dignidade e personalidade. Sendo assim, em que pese a posição preferencial da liberdade de expressão, esta poderá ceder em uma

ponderação destinada a resolver a colisão de direitos fundamentais no caso concreto (SARLET, 2022).

No entanto, cabe salientar que, quando estiver claramente caracterizada a *Schmähkritik*, a técnica da ponderação poderá ser dispensada. Por outro lado, caso não se configure tal situação excepcional, a ausência de uma ponderação pelas instâncias ordinárias representa uma violação ao direito de personalidade da(s) parte(s) (SARLET, 2022). Foi o que ocorreu no caso em tela, em que as instâncias ordinárias, afastando *Schmähkritik*, no que tange a algumas das manifestações dos usuários, concluíram pela prioridade da liberdade de expressão, sem realizar o sopesamento (ALEMANHA, 2021).

Vejamos, portanto, de que forma ocorre a ponderação.

COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E PONDERAÇÃO

Ponto de partida para a compreensão da técnica da ponderação é a distinção traçada por ALEXY (2008, p. 85 e ss.) entre regras e princípios. Para o autor alemão, a nota distintiva entre ambas as espécies de norma é o fato de que os princípios devem ser considerados como “mandamentos de otimização”, i.e., são normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, levando-se em consideração as possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Estas últimas, por sua vez, dependem das regras e princípios colidentes. Portanto, é da natureza dos princípios que eles possam obter satisfação em graus variados (ALEXY, 2008, p. 90).

Por sua vez, regras são normas que impõem mandamentos definitivos, de sorte que sempre serão satisfeitas (ou não satisfeitas) em sua integralidade. Dessa forma, ALEXY (2008, p. 91) estabelece uma distinção qualitativa entre as regras e os princípios, sendo toda e qualquer norma jurídica pertencente a uma dessas categorias.

De forma a tornar mais clara essa distinção, ALEXY (2008, p. 92 e ss.) examina os potenciais conflitos entre regras e colisões de princípios, assim como as maneiras de solucionar tais conflitos normativos, compreendidos como a possibilidade de aplicação de duas normas ao mesmo caso concreto, cujas consequências jurídicas para o caso seriam total ou parcialmente incompatíveis (SILVA, 2010, p. 47).

Conforme ALEXY (2008, p. 92-93) e SILVA (2010, p. 47-49), na hipótese de um conflito entre regras, há duas possibilidades de solução. De um lado, é possível inserir em uma das regras uma cláusula de exceção que elimine o conflito. De outra banda, considerando que as regras possuem uma eficácia do tipo "tudo-ou-nada", e a fim de que não se relativize tal caráter definitivo, uma das duas regras conflitantes deverá ser declarada inválida, no todo ou em parte, quando não for possível a introdução de uma tal cláusula.

Já no que diz respeito à colisão de princípios, trata-se de hipótese que demanda solução inteiramente diversa. Nesse caso, será estabelecida uma relação de precedência condicionada, o que significa que, mediante certas condições, um dos princípios colidentes deverá prevalecer sobre o outro, cuja validade, importa ressaltar, em nada será afetada (ALEXY, 2008, p. 93-94).

As condições sob as quais um princípio prevalece sobre outro dependem, evidentemente, do caso concreto, de sorte que a solução do conflito poderá se dar de maneira oposta em dois casos nos quais venham a colidir os mesmos princípios (ALEXY, 2008, p. 93-94). Isso se deve à ausência de uma hierarquia abstrata de bens constitucionais, o que torna necessário um juízo de ponderação, a fim de obter-se uma norma de decisão adequada ao caso concreto (CANOTILHO, 2003, p. 1.237).

A adequada compreensão do sistema jurídico como um modelo composto de regras e princípios permite identificar as normas de direitos fundamentais em uma ou em outra dessas categorias. Em verdade, tais normas possuem um caráter dúplice, de modo que uma norma de direito fundamental pode ser uma regra, um princípio ou pode ser de tal forma que reúna tanto um princípio quanto uma regra. Quando a norma de direito fundamental se apresenta como um princípio, a sua aplicação se dará por meio da ponderação (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 32-33).

De acordo com ALEXY (2007, p. 56-67), não pode haver catálogo de direitos fundamentais sem que exista colisão de direitos fundamentais. Esta, por sua vez, nada mais é do que uma colisão de princípios (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 41). Ainda, há que se ter em mente que existe uma relação bastante estreita entre a natureza dos princípios e a máxima da proporcionalidade. De fato, a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais:

adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. É no âmbito desta última que tem lugar a ponderação (ALEXY, 2008, p. 116-117).

A máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito pode ser enunciada por meio da chamada lei da ponderação, segundo a qual “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2008, p. 167). A ponderação, assim, pode ser dividida em três etapas: inicialmente, importa determinar o grau de não satisfação do primeiro princípio; a seguir, é necessário estabelecer a importância de satisfazer o princípio colidente; por último, cumpre verificar se a importância de satisfazer este último justifica a afetação ao primeiro (ALEXY, 2003, p. 436-437).

Bem compreendida a técnica da ponderação, podemos avançar para uma análise mais específica do caso concreto.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E HONRA PESSOAL NO DIREITO COMPARADO

Conforme já adiantamos, o BVerfG anulou as decisões das instâncias ordinárias, determinando o retorno dos autos à KG para a prolação de nova decisão, com a devida ponderação entre os direitos fundamentais colidentes. Ao assim decidir, o BVerfG traçou as diretrizes que deverão ser observadas pela KG no sopesamento. Nesse sentido, muito embora o maior peso concedido à liberdade de expressão no que tange às críticas a pessoas públicas, o BVerfG destacou a necessidade de levar em consideração o contexto no qual as manifestações foram proferidas, incluindo o alcance dos comentários, se foram feitos no calor do momento ou após maior reflexão, além de outros requisitos (ALEMANHA, 2021).

Ainda, tratando-se de publicações em redes sociais, o BVerfG considerou possível conferir um peso reforçado aos direitos de personalidade das pessoas públicas, nas hipóteses em que a crítica tenha caráter tão somente ofensivo, sem contribuir para a formação da opinião pública. Assim, a espécie de crítica que deve ser tolerada pelas pessoas politicamente expostas depende não só do caráter da manifestação, mas também da posição que tais pessoas ocupam e do respectivo nível de atenção por elas demandado (ALEMANHA, 2021).

Importa contrastar o entendimento do BVerfG com aquele esposado pela Suprema Corte norte-americana (doravante SCOTUS), assim como a posição da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (doravante STF).

No que tange ao direito de crítica a pessoas públicas, a SCOTUS proferiu julgamento paradigmático em 1964, no caso *New York Times Co. v. Sullivan*. Na ocasião, em que o jornal *The New York Times* recorria de uma condenação por danos causados à honra de um legislador municipal (*city commissioner*) em um anúncio veiculado no periódico, a SCOTUS, de forma unânime, decidiu que, conforme a Primeira Emenda à Constituição norte-americana, um agente público necessita comprovar malícia real (*actual malice*) a fim de obter reparação por danos à sua honra (KOSSEFF, 2023, p. 109; ESTADOS UNIDOS, 1964).

Por sua vez, o STF também adere, de modo relativamente forte, à doutrina da preferência da liberdade de expressão, mostrando certa condescendência com as manifestações atentatórias à honra pessoal de agentes estatais, do que é exemplo a ADPF 130, de 2009, na qual o STF julgou não recepcionada pela Constituição Federal 1988 a assim chamada Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67) (SARLET, 2021, p. 496).

No entanto, apesar do maior peso conferido à liberdade de expressão, isso não afasta a possibilidade de responsabilização civil por danos morais e/ou materiais, mas tão somente impõe uma "*cláusula de modicidade*", nas palavras do relator, Min. Ayres Britto, "*porque todo agente público está sob permanente vigília da cidadania*" (BRASIL, 2009).

De outro lado, o STF também já decidiu que, embora a condição de agente público atenua o grau de reprovabilidade da conduta do autor da manifestação, as críticas não podem ser infundadas, devendo ser observados certos limites. Assim, acusações graves e cuja veracidade não seja comprovada ensejam a reparação por danos morais (SARLET, 2021, p. 496; BRASIL, 2011).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme demonstra a decisão analisada, no conflito entre a liberdade de expressão e os direitos de personalidade, a primeira recebe proteção diferenciada

quando se trata de críticas a pessoas politicamente expostas, as quais devem tolerar um maior nível de crítica, tendo em vista o poder que exercem em sociedade.

No entanto, o maior peso conferido à liberdade de expressão não significa que toda e qualquer crítica às pessoas públicas seja aceitável, devendo ser feito o devido sopesamento entre os direitos fundamentais em conflito, sendo que, nas hipóteses em que a crítica vise tão somente a ofender e degradar a pessoa, será dispensável até mesmo a ponderação, prevalecendo o direito à honra.

No âmbito do direito comparado, verifica-se que tal entendimento destoa, de um lado, da posição dominante nos Estados Unidos da América, cuja Suprema Corte definiu um *standard* bastante rigoroso que precisa ser demonstrado pelo agente público que busque obter reparação por danos à sua honra. Por outro lado, parece encontrar recepção pela jurisprudência do STF, que considera a condição de agente estatal como atenuante do grau de reprovabilidade da conduta do autor da crítica, ainda que não inteiramente, sendo ainda cabível a responsabilização civil por críticas infundadas e não comprovadas.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA, *BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 19. Dezember 2021 - 1 BvR 1073/20 - Rn. (1 - 53)*. Disponível em: <http://www.bverfg.de/e/rk20211219_1bvr107320.html>. Acesso em: 30 nov. 2023.

ALEMANHA. *Netzwerkdurchsetzungsgesetz vom 1. September 2017 (BGBl. I S. 3352)*. Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (NetzDG). Bundesgesetzblatt Jahrgang 2017 Teil I Nr. 61, ausgegeben am 07 nov. 2017b, Seite 3352. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/netzdg/BJNR335210017.html>>. Acesso em: 30 nov. 2023.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2007. 166 p.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. 669 p.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 130/DF*. Arguente: Partido Democrático Trabalhista - PDT. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, 30 de abril de 2009. Disponível em: <

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 30 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Originária n.º 1.390/PB*. Autores: José Martinho Lisboa e José Targino Maranhão. Réus: os mesmos. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 12 de maio de 2011. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626839>>. Acesso em: 30 nov. 2023.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. 1522 p.

ECHIKSON, William; KNODT, Olivia. Germany's NetzDG: A Key Test for Combatting Online Hate (November 22, 2018). In: *CEPS Policy Insight*. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3300636>>. Acesso em: 30 jun. 2023.

ESTADOS UNIDOS. *New York Times Co. v. Sullivan*. Supreme Court of the United States – 376 U.S. 254 (1964). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/>>. Acesso em: 30 nov. 2023.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2011. 325 p.

Hong, Mathias. *Das NetzDG und die Vermutung für die Freiheit der Rede*, VerBlog, 2018. Disponível em: <<https://verfassungsblog.de/das-netzdg-und-die-vermutung-fuer-die-freiheit-der-rede/>>, DOI: 10.17176/20180109-111851, acesso em: 30 nov. 2023.

KASAKOWSKIJ, Thomas et al. Network Enforcement as Denunciation Endorsement? A Critical Study on Legal Enforcement in Social Media. In: *Telematics and Informatics*, [s.l.], v. 46, 2020. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0736585319308093?via%3Dihub>>. Acesso em: 30 nov. 2023.

KOSSEFF, Jeff. *Liar in a Crowded Theater: freedom of speech in a world of misinformation*. Johns Hopkins University Press. Baltimore, Maryland, 2023. 661 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2018. 515 p.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. 1567 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Discurso do ódio, mídias sociais e deveres de informação*. Consultor Jurídico, 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-fev-27/discurso-odio-midias-sociais-deveres-informacao/>>. Acesso em: 30 nov. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado - Algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: *Revista Fórum de DIREITO CIVIL – RFDC*. Vol. 01, n.º 01, 2012, pp. 231-287. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/10923/11331>>. Acesso em: 30 nov. 2023.

SCHMITZ, Sandra; BERNDT, Christian. *The German Act on Improving Law Enforcement on Social Networks (NetzDG): A Blunt Sword?* (December 14, 2018). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3306964>>. Acesso em: 30 jun. 2023.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. 279 p.

17. SEM LIBERDADE DE EXPRESSÃO (E SEM A CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANO) PODERÍAMOS ESTAR NO PÂNTANO¹: O CASO FRAGOSO DACOSTA VS. ESPANHA

WITHOUT FREEDOM OF SPEECH (AND WITHOUT THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS) WE MIGHT BE IN THE SWAMP: THE CASE FRAGOSO DACOSTA VS. SPAIN



<https://doi.org/10.36592/9786554601542-17>

Rodrigo Doval Rosa Lopes²

RESUMO

O trabalho comenta o caso Fragoso Dacosta v. Espanha, julgado pela CEDH, em 2023, no qual o demandante fora punido pela justiça espanhola, com base em legislação infraconstitucional, por ofensas a símbolo nacional (a bandeira). Analisa-se, assim, os fatos relevantes, as decisões dos tribunais nacionais, bem como a decisão da CEDH, que decidiu ter havido violação ao art. 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Se faz, também, uma comparação com o emblemático caso Texas v. Johnson (1989), julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Conclui-se pela correção da decisão tomada pela CEDH, bem como pela importância da atuação desta corte para proteção de direitos humanos na Europa, em especial da liberdade de expressão, ante a postura deferente e autocontida dos tribunais nacionais.

Palavras-chave: Liberdade de expressão; controle de convencionalidade; revisão judicial; controle de constitucionalidade; autocontenção judicial.

ABSTRACT

The paper comments the case Fragoso Dacosta v. Spain, judged by the ECHR, in 2023, in which the plaintiff was punished by the Spanish courts upon infraconstitutional legislation for offences towards a notional symbol (the flag). The relevant facts and the decision of the national courts are analyzed, as well the decision of the ECHR, which holds that had been a violation of the Article 10 of the European Convention on Human Rights. A comparison is also made with the emblematic case Texas v. Johnson (1989), judged by the Supreme Court of the United States. It is concluded that the decision taken by the ECHR was correct, and that the Court is important to the protection of the human rights in Europe, especially the freedom of expression, due the self-restraint posture of the national courts.

¹ O título faz alusão à letra de Motorpsycho Nightmare (especificamente ao trecho: "without freedom of speech I might be in the swamp"), canção de Bob Dylan, 1964.

² Mestrando em Direito pela PUCRS (bolsista PRO-Stricto 50%); especialista em direito processual civil pela PUCRS. Advogado. <http://lattes.cnpq.br/6737676618037869>.
E-mail: rodrigodovalrlopes@hotmail.com.

Keywords: Freedom of expression; conventionality control; judicial review; judicial self-restraint.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo comentar, de forma crítica, a decisão tomada, em 08 de junho de 2023, pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), no caso FRAGOSO DACOSTA v. ESPANHA (*Application nº 27926/21*). Cumpre, portanto, que se faça uma breve apresentação do contexto fático-normativo e decisões envolvendo o caso, com a exposição dos fatos relevantes e principais fundamentos utilizados pelo judiciário espanhol e pela CE

Em outubro de 2014, os empregados encarregados da limpeza do *Arsenal Militar de Ferrol* entraram em greve por conta da falta de pagamento de salários. A greve estendeu-se até março de 2015, período durante o qual os trabalhadores reuniam-se, diariamente, para protestos em frente ao arsenal.

Todos os dias, os protestos coincidiam com a solenidade de içamento da bandeira nacional na presença dos militares, o que motivou um oficial militar a enviar carta à *Confederación Intersindical Galega* denunciando suposta falta de respeito dos grevistas para com a bandeira nacional. O representante sindical Pablo Frago Dacosta participou, então, de reunião com os militares, que requereram aos protestantes que baixassem o tom durante a cerimônia diante da bandeira.

Nos protestos do dia seguinte à reunião, Frago Dacosta empunhou um megafone e, durante a solenidade, gritou: "*aquí tedes o silencio da puta bandeira*" e "*hai que prenderlle lume á puta bandeira*". Importante destacar que a atitude de Frago Dacosta se limitou ao proferimento dessas frases de protesto e que não houve notícia de qualquer tipo de incidente dela decorrente ou a ela relacionado.

Em fevereiro de 2015, ele foi denunciado criminalmente, com base no art. 543 do Código Penal Espanhol, por ofensa a símbolo nacional. Em de março de 2017, foi condenado ao pagamento de multa no valor de 1.260,00 Euros, a ser substituída por pena privativa de liberdade em caso de não pagamento.

Disse a decisão de primeiro grau que a manifestação de Frago Dacosta, feita publicamente em frente aos militares, teria objetivo de desacatar e ofender.

Destacou, também, que embora acadêmicos defendessem a descriminalização desse tipo de conduta, os juízes estavam vinculados à aplicação da lei penal quando presentes os pressupostos. Em segundo grau a decisão foi mantida, com ênfase em suposto sentimento de humilhação provocado pelas palavras aos militares.

Em fevereiro de 2019, o caso chegou ao Tribunal Constitucional da Espanha sob a alegação de violação dos direitos de liberdade de expressão e ideológica. Destaque-se que o próprio procurador público sustentou que a sanção imposta era desproporcional e que os juízos de primeira e segunda instância não haviam considerado elementos essenciais do caso, como o contexto e objetivo das mensagens.

Em dezembro de 2020, o Tribunal Constitucional negou o Recurso de Amparo por seis votos a cinco. O julgamento pautou-se pela necessidade de estabelecer se os juízos anteriores haviam feito um correto balanço entre o direito de liberdade de expressão do condenado, de um lado, e a proteção do interesse geral na defesa dos símbolos nacionais, de outro. A partir disso, considerou que as expressões empregadas por Fragoso Dacosta eram desnecessária e não guardavam conexão com o contexto das manifestações nem com as reivindicações dos manifestantes.

Considerando que as palavras foram proferidas durante o içamento da bandeira e reprodução do hino nacional, o que seria a mais solene das cerimônias em quartéis militares, entendeu o Tribunal que Fragoso Dacosta teve intenção de menosprezar e insultar não apenas o simbolismo político representado pela bandeira, mas também os princípios e valores por ela representados e os sentimentos de unidade dos cidadãos. Concluiu, então, que as declarações transmitiam sentimento de intolerância não protegidos pela liberdade de expressão, sendo a sanção proporcional.

Com isso, Fragoso Dacosta levou o caso à CEDH, invocando a violação do art. 10 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos; é dizer, alegou que a sanção penal violava o seu direito à liberdade de expressão. O demandante argumentou, essencialmente, que, mesmo que suas palavras pudessem ser consideradas agressivas, deveria ter sido melhor considerado o contexto em que proferidas. Destacou que suas declarações foram direcionadas a um símbolo e não incitou qualquer tipo de violência ou desordem, devendo ser consideradas expressão

simbólica de seu sentimento de desapontamento e, portanto, dentro do legítimo exercício de sua liberdade de expressão.

O governo espanhol, por sua vez, alegou que a sanção imposta estava prevista em lei e tinha a finalidade legítima de proteger um símbolo comum a todos membros da nação. Alegaram, também, que as cortes domésticas teriam devidamente considerado as circunstâncias do caso e concluído que a penalidade era proporcional e necessária em uma sociedade democrática.

A CEDH, focando-se na determinação de se a sanção imposta seria necessária em uma sociedade democrática, entendeu que as autoridades espanholas não haviam feito uma ponderação justa entre os interesses relevantes ao condenar o demandante, sendo a sanção excessiva. Decidiu, assim, ter havido violação ao art. 10 da Convenção.

Os principais fundamentos da decisão foram, em síntese, no sentido de que as declarações foram dirigidas a um símbolo, e não a uma pessoa; que a liberdade de expressão contempla expressões que possam chocar ou ofender o Estado ou qualquer setor da população; que deveria ser considerado o contexto dos protestos; que as palavras foram expressão da frustração do demandante e não geraram nenhum distúrbio ou desordem.

UMA COMPARAÇÃO PRÉVIA: TEXAS V. JOHNSON (1989)

Impossível falar no caso em comento sem lembrar do paradigmático caso *JOHNSON v. TEXAS*, julgado, em 1989, pela Suprema Corte dos Estados Unidos (*SCOTUS*). E as semelhanças vão além do debate *in abstracto* a respeito da liberdade de expressão e suas possíveis restrições. Muitos dos fatos relevantes de ambos os casos são análogos em um alto grau de concretude, haja vista que ambos tratam da relação entre o direito à liberdade de expressão e legislações infraconstitucionais que sancionam atos de ofensa à símbolos nacionais e, mais especificamente, ambos se dão em um contexto de protestos e dizem respeito, de uma forma ou de outra, à queima da bandeira nacional.

No caso estadunidense, Gregory Lee "Joey" Johnson, crítico radical do que chamava política imperialista americana - que, a seu ver, "excedia criminalmente até

os ilícitos que os nazistas seriam capazes de cometer" (MOREIRA, 2022, p. 657) – e filiado, desde 1976, à Brigada Jovem Comunista Revolucionária (*Revolutionary Communist Youth Brigade*), participou dos protestos que referido grupo promoveu, em Dallas, contra a política e administração do então presidente Ronald Reagan e algumas empresas da cidade, por ocasião da Convenção do Partido Republicano de 1984 na cidade - que levaria à indicação de Reagan à reeleição.

Não se tem notícia de que Johnson tenha participado dos atos de balbúrdia e vandalismo praticados pelo grupo – gritos de palavras de ordem e obscenidades pelas ruas, pichações, derrubada de vasos de plantas etc.-, entretanto foi o único processado por "profanação de objeto venerado", prevista na Seção 42.09, do Código Penal do Texas. Isso porque, "quando em frente à Câmara Municipal de Dallas, sem planejamento prévio, e entre os gritos oriundos da aglomeração, Johnson retirou a bandeira debaixo de sua camiseta e a banhou com material inflamável de um isqueiro para, logo em seguida, nela atear fogo" (MOREIRA, 2022, p. 657).

Note-se que, apesar de Johnson ter, diferentemente de Fragoso Dacosta, efetivamente ateadado fogo à bandeira, assim como no caso espanhol não houve relatos de violência e maiores perturbações decorrentes da atitude.

A condenação em primeiro grau foi a um ano de prisão e multa de U\$ 2.000,00. Essa condenação foi confirmada pela Corte de Apelações para o 5º Distrito do Texas e, posteriormente, reformada pela Corte de Apelações Criminal do Texas, que entendeu que a ação de queimar a bandeira estava protegida pela liberdade de expressão garantida pela Primeira Emenda da Constituição, uma vez que, no contexto do protesto político, a atitude de Johnson constituía "um claro discurso aceito pela Constituição, já que não é dado ao governo impor um único sentimento e código de conduta aos cidadãos em relação àquele símbolo" (MOREIRA, 2022, p. 658).

O Estado do Texas levou o caso até à Suprema Corte, onde, em apertadíssima maioria de cinco dos nove *Justices*, restou decidido que a Primeira Emenda não protege apenas a palavra, mas também o discurso simbólico, estando, portanto, a queima da bandeira protegida pela liberdade de expressão. Com isso, foi declarada a inconstitucionalidade da legislação estadual texana.

No que aqui interessa, a SCOTUS, após definir que atos e condutas também poderiam, conforme o contexto, enquadrarem-se como *expressão* para fins de proteção pela Primeira Emenda, entendeu que, no contexto da Convenção Republicana, os protestos dos manifestantes “deixavam claro que a queima da bandeira era o ápice de uma apresentação política que visava demonstrar a insatisfação dessa parcela da população com os caminhos tomados pelo presidente Ronald Reagan na condução do governo” (MOREIRA, 2022, p. 660-661). Destacou, também, que nem o próprio estado do Texas alegou perturbação ou quebra da paz em reação à queima da bandeira, tampouco demonstrou qualquer intenção de Johnson de incitar qualquer forma de violência. Houve apenas depoimentos de algumas pessoas que afirmaram terem se sentido ofendidas. (MOREIRA, 2022, p. 662-663).

Assim, restou assentado que “a norma texana violaria a Primeira Emenda, uma vez que não se pode proibir uma ideia tão somente porque ela é contrária a opinião ofensiva ou desagradável à maioria no país”, sendo inclusive o erro ideológico protegido pela Constituição (MOREIRA, 2022, P. 664).

Por fim, importa referir que o *Justice* Brennan, redator da *opinion* da maioria, advertiu que o meio adequado de proteger e defender a bandeira seria por meio da persuasão, não da punição. Que, justamente por se tratar da bandeira, a melhor resposta à sua queima seria explorar o singular poder persuasivo da própria bandeira, concluindo que a bandeira não é consagrada pela punição de sua profanação, o que seria restringir a liberdade que a própria bandeira simboliza³.

Nesse mesmo sentido pode-se interpretar o sentido das palavras de Johnny Cash dirigidas ao público, na mesma década de 1980, durante a apresentação da

³ *Nas palavras do próprio Justice*: “And, precisely because it is our flag that is involved, one's response to the flag-burner may exploit the uniquely persuasive power of the flag itself. We can imagine no more appropriate response to burning a flag than waving one's own, no better way to counter a flag burner's message than by saluting the flag that burns, no surer means of preserving the dignity even of the flag that burned than by -- as one witness here did -- according its remains a respectful burial. We do not consecrate the flag by punishing its desecration, for in doing so we dilute the freedom that this cherished emblem represents” (TEXAS V. JOHNSON, 1989).

música *Ragged Old Flag*: "I thank God for all the freedoms we've got in this country. I cherish them. Even the right to burn the flag"⁴ (BETTS, 2016).

A analogia entre os casos é evidente. Entretanto, o que se nota é que, no caso estadunidense, apesar de a conduta inclusive parecer mais grave, haja vista que houve, de fato, o incêndio da bandeira, a condenação foi desde logo afastada pelo Tribunal do Texas. Ademais, a Suprema Corte exerceu sua função de controle de constitucionalidade das leis, garantindo ampla proteção ao direito à liberdade de expressão e, inclusive, alargando seu conteúdo⁵.

Já no caso espanhol, em que pesem as semelhanças, a questão teve de chegar a CEDH para que a liberdade de expressão fosse protegida, tendo o Tribunal Constitucional da Espanha deixado de examinar a constitucionalidade da lei.

COMENTÁRIOS

Dispensa-se aqui tratar da liberdade de expressão em âmbito geral. Sua importância é inquestionável, sendo elemento basilar de todo sistema que se pretenda democrático. Não existe democracia sem liberdade de expressão. A própria decisão ora em comento já parte dos pressupostos normativos de que se trata de direito humano consagrado no art. 10 da Convenção Europeia e direito fundamental positivado na Constituição da Espanha, em seu art. 20, § 1º, a. A questão gira em torno de possíveis restrições a essa liberdade, ao reconhecimento de eventuais abusos do direito, bem como a verificação *in concreto* se determinadas condutas estão por protegidas ou não. No caso, se o demandante, ao adjetivar a bandeira de

⁴ Em tradução livre: "eu agradeço a Deus pelas liberdades que temos nesse país. Eu as aprecio. Mesmo o direito de queimar a bandeira". Importante referir, também, que em continuação, após pausa e protestos do público, completou com: "we've also got a right to bear arms and if you burn my flag I'll shoot ya" ("nós também temos o direito de carregar armas e se você queimar a minha bandeira eu vou atirar em você"). Independentemente da questão armamentista, que não se está aqui defendendo, o que vale aqui é a ideia geral de supremacia da liberdade, independente de convicções pessoais, e com limite apenas a partir da intervenção em liberdades alheias.

⁵ Presno Linera (2022, p. 18-28) analisa a evolução legislativa e jurisprudencial da liberdade de expressão nos Estados Unidos desde o Seditio Act de 1798, destacando períodos históricos de maior e menor tendência à proteção, ressaltando que nos "momentos conflictivos de finales de la segunda década del siglo XX no se consideró que la libertad de expresión ocupase una posición especialmente relevante en el funcionamiento del sistema democrático estadounidense"(PRESTO LINERA, 2022, p. 21) e tratando o gradual aumento da proteção que foi sendo dado pela Suprema Corte, culminando na interpretação mais ampla da Primeira Emenda, tal qual visto em *Texas v. Johnson*.

puta e dizer que dever-se-ia atear fogo a ela, estava exercendo legitimamente seu direito à liberdade de expressão.

O próprio quadro normativo relevante para o caso já prevê que certas formas de expressão não são protegidas pelo direito à liberdade de expressão. A Constituição espanhola estabelece que a liberdade de expressão pode ser limitada para proteção de outros direitos constitucionalmente protegidos, pelas disposições legais que os implementem e, especialmente, pelo direito à honra, privacidade, reputação e das crianças e adolescentes. Também o art. 10 da Convenção Europeia prevê que o direito à liberdade de expressão pode ser restringido e penalizado quando previsto legalmente e necessário em uma sociedade democrática.

Assim, a questão a ser resolvida pela CEDH, foi se a limitação imposta pelo art. 543 do Código Penal espanhol, ao criminalizar o insulto a símbolo nacional, estaria enquadrada em alguma das hipóteses de restrição previstas pela Convenção; especificamente, se a punição seria medida necessária em uma sociedade democrática.

Entretanto, o que mais chama atenção no caso comento não é a decisão da CEDH em si, mas o fato de que, no âmbito da justiça espanhola, o Tribunal Constitucional considerou a punição adequada por estar prevista em lei infraconstitucional, que, como parece ser o entendimento do Tribunal, teria o condão de restringir e conformar direitos constitucionais.

Trata-se do que Cuerda Arnau (2022) chama de controle constitucional deferente. É dizer, a posição de extrema autorrestrição por parte do Tribunal Constitucional, pautada na ideia de que não pode usurpar o papel constitucional do legislador como depositário da soberania popular. Posição essa que acaba se convertendo em cânone que resulta na abdicação do Tribunal em exercer o controle de constitucionalidade das leis. A autora, inclusive, utiliza o caso Frago Dacosta como exemplo ilustrativo dessa conduta, apontando as diversas inconsistências na fundamentação da decisão e *non sequitur* entre os seus argumentos e conclusões. O Tribunal Constitucional assumiu a mesma conduta do juízo de primeiro grau, que, como visto, chegou a comentar que a descriminalização desse tipo de conduta era defendida pela doutrina, mas que o juiz, estando vinculado pela lei, deveria aplicá-la quando presentes os pressupostos.

A decisão do caso Fragoso Dacosta foi amplamente criticada pela doutrina constitucional e penalista espanhola, que defende que o art. 543 do CP deveria ser revogado, redigido de forma radicalmente diversa ou aplicado com extrema prudência pelo tribunal (ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, 2023).

Além de não exercer o devido controle de constitucionalidade da lei penal, é manifesta a má apreciação dos fatos por parte do Tribunal Constitucional. Afora o fato de não ter havido qualquer incidente nem violação da ordem pública em decorrência das palavras proferidas, impossível desconsiderar, como o fez o Tribunal, o contexto dos protestos, muito menos entender-se, como também fez o Tribunal, que as declarações não estariam associadas às reivindicações e, portanto, não protegidas pela liberdade de expressão.

Não só as expressões não podem ser consideradas lesivas a outros direitos fundamentais, como, pelo contrário, deu-se em representação e defesa dos direitos dos trabalhadores, estando ainda mais fortemente protegidas (PRESNO LINERA, 2021). Isto é, sendo Fragoso Dacosta representante sindical e estado atuando na defesa dos interesses dos trabalhadores em conflito laborar sobre a falta de pagamento, sua liberdade de expressão deveria, inclusive, ser reforçada (ROJO TORRECILLA, 2023).

Conforme Lascuráin (2021), quanto mais política for uma expressão grosseira ou ofensiva, mais justificável ela é, devendo ser eliminada de delitos específicos de injúria à Coroa ou ultraje à bandeira. E, quando contextualizadas, o caráter político das expressões proferidas por Fragoso Dacosta fica evidente. Além de estar atuando no interesse e defesa sindical dos trabalhadores, as declarações foram uma resposta direta à requisição vinda das autoridades militares para que os protestantes baixassem o tom durante o içamento da bandeira. *"Aquí tedes o silencio da puta bandeira"*. Ou seja, além de protestar legitimamente em defesa dos direitos dos trabalhadores, Fragoso Dacosta protestou, também legitimamente, contra a tentativa dos militares de restringir o direito de greve por respeito a seus supostos sentimentos patrióticos, os quais, ao que parece, seriam mais importantes que o pagamento dos salários.

É de se lastimar que justiça espanhola tenha justificado a condenação sob o argumento, dentre outros, de que os militares sentiram-se ofendidos e humilhados

com as palavras proferidas. Aqui, além de deferente à lei, o judiciário espanhol mostrou-se, de certa forma, deferente à autoridade militar, denotando, inclusive, certa dose de chauvinismo ao considerar o sentimento patriótico dos militares – ou, se se preferir, seus melindres em relação à “ofensas” a símbolos nacionais - superior e mais importante do que a liberdade de expressão individual e os direitos dos trabalhadores.

Felizmente a CEDH considerou que, embora as autoridades nacionais estivessem em melhores condições do que juízes internacionais de compreender o impacto de palavras ofensivas, especialmente as direcionadas a símbolos nacionais, e, portanto, para interpretar e aplicar a legislação doméstica, cabe à Corte Europeia a última palavra sobre se a interpretação dada à lei e as consequências de sua aplicação são compatíveis ou não com a Convenção.

Ainda, importante registrar que a CEDH destacou que a liberdade de expressão não se aplica apenas a informações ou ideias recebidas favoravelmente, ou consideradas inofensivas ou indiferentes, mas também àquelas capazes de ofender, chocar ou perturbar o Estado ou qualquer setor da população – que eventuais sentimentos de ofensa advindos de provocações a símbolos nacionais têm natureza completamente diversa de ataques pessoais à honra ou reputação de uma pessoa. Assim, como disse a CEDH, qualquer indivíduo que tome lugar em um debate público de interesse geral, como fazia o demandante, não pode ultrapassar certos limites, especialmente quanto ao respeito à reputação e direitos dos outros; fora isso certo grau de exagero, provocação e imoderação é permitido. Até porque não se pode protestar como convém sem querer ferir ninguém⁶.

Por fim, nota-se que a insuficiência da proteção ao direito por parte do Tribunal Constitucional no caso em comento não é fato isolada no contexto europeu e, especialmente, espanhol. Pelo contrário, não é rara a timidez, sintomática de uma mentalidade mais deferente e autocontida, das cortes nacionais europeias, inclusive constitucionais, em prestar a devida proteção à liberdade de expressão em todo seu alcance.

⁶ *Parafraseando Belchior, na canção Apenas um rapaz latino americano (1976), quando diz, também protestando: “Sons, palavras, são navalhas; e eu não posso cantar como convém sem querer ferir ninguém”.*

Presno Linera (2022) trata da liberdade de expressão na Europa como direito que ampara, *prima facie*, ideias que ofendam o Estado ou seus símbolos (PRESNO LINERA, 2022, p. 28-31) e, mais especificamente, da exteriorização da dissidência por meio de atos expressivos contra estátuas, monumentos e lugares simbólicos (PRESNO LINERA, 2022, p. 31-34). Analisa, então, uma série de casos julgados pela CEDH, oriundos de diversos países membros, alguns da própria Espanha, em que os tribunais constitucionais nacionais não prestaram adequada proteção à liberdade de expressão e confirmaram a aplicação de sanções penais ou administrativas, revelando a importância da atuação da Corte Europeia para plena observância da Convenção.

Inclusive, ante a multiplicidade de casos similares, destaca o autor que há uma linha jurisprudencial mantida pela CEDH no sentido de que o a extensão do artigo 10 da Convenção abarca o discurso expressivo que, mesmo que acabe sendo ofensivo para algumas pessoas que o tenham presenciado ou dele tomado conhecimento, transmita uma ideia ou opinião, fazendo-o de forma pacífica e sem gerar perigo claro ou iminente de algum mal (PRESNO LINERA, 2022, p. 34). E, referindo-se especificamente à realidade espanhola, lamenta que, apesar dos recentes casos oriundos do país que chegaram à CEDH e da jurisprudência reiterada desta corte para mais ampla garantia e proteção da liberdade de expressão, isso pareça não estar influenciando para mudança na orientação dos tribunais nacionais nem incentivando alterações legislativas (PRESNO LINERA, 2022, p. 35).

E, não se pense que a questão ora comentada é irrelevante para a realidade brasileira. Embora o art. 35, da lei 5.700/1961, que considera contravenção passível de multa a violação as disposições sobre o respeito aos símbolos nacionais, seja letra morta em nosso ordenamento, muito recentemente, em 2019, foi proposto projeto de lei prevendo pena de até dois anos para quem queimar a bandeira (CASAGRANDE, 2020). Em que pese o anacronismo e falta de seriedade política da proposta, que fique o alerta: "a liberdade é sagrada mesmo que desafie nossos sentimentos patrióticos mais caros, e não importam por que meios ela se manifeste, quer pela palavra, quer pela ação" (MOREIRA, 2022, p. 670).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A decisão comentada é sintomática da mentalidade constitucional europeia. Embora a CEDH tenha declarado a violação da liberdade de expressão do demandante e, com isso, protegido direito indispensável a qualquer democracia, a questão somente teve de chegar à Corte Europeia por conta da atitude exageradamente deferencialista e autocontida do Judiciário espanhol, inclusive e especialmente, de seu Tribunal Constitucional, que, ao não realizar uma adequada ponderação entre os direitos e interesses em jogo, considerou que a legislação infraconstitucional, nomeadamente o Código Penal, não seria incompatível com a Constituição, haja vista ser expressão da função constitucional do legislador.

E, é nisso que ganha importância a atuação da CEDH: para, nos casos em que as cortes nacionais mostrarem-se recalcitrantes e falharem em sua função de interpretação do direito infraconstitucional, garantir que o direito seja interpretado e aplicado em conformidade à Convenção. Espera-se que as decisões da CEDH, quando bem tomadas, como entende-se ser a ora comentada, sirvam de exemplo e incentivo aos tribunais domésticos para que assumam seu papel de intérpretes da Constituição e garantidores de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio. *Era libertad de expresión: el caso Frago Dacosta ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. *Diario La Ley*, n. 10324, jul. 2023.

Disponível em:

https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAC2NQWvDMAyFf818GYx4a2kvumQ5jIK20LtiC8fgWq0tZ82_r7ZW8JAE-qR3bVTWkW4Cjn0M_HqhjMnUNXNezzCWRkZwqtC97JxVvRt00jAN7GBv_0xcaMQJ OsPFU-IXnYQF0zdVsHa7NXXm3wMuMaBEzj2Wx9voPQxjp_Wxs91-YxYqVQE4xUBZyMwxzF8qefCVsLj5ilFAw9tZGX7Derk9N30T0etJ8s-_Ny5pH1DoExNI_8y9A_umv5fyAAAWKE. Acesso em: 03/12/2023.

BETTS, Stephen L. *Fashback: Johnny Cash Raises Political Voice With 'Ragged Old Flag*. *Rolling Stone*, jul. 2016. Disponível em:

<https://www.rollingstone.com/music/music-country/flashback-johnny-cash-raises-political-voice-with-ragged-old-flag-236434/>. Acesso em: 03/12/2023.

CASAGRANDE, Cássio. Queimar a bandeira é um direito – nos EUA: projeto do deputado mojar Vitor Hugo mostra desorientação do bolsonarismo. *JOTA*, 4 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/o-mundo-fora-dos-autos/queimar-a-bandeira-e-um-direito-nos-eua-04062020>. Acesso em: 03/12/2023.

CUERDA ARNAU, María Luisa. *El control constitucional deferente en materia penal (tres ejemplos de renuncia al control material sobre el derecho a castigar)*. *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento jurídico*. v. 32, p. 68-87, 2022. Disponível em: <https://ojs.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/649/615>. Acesso em: 03/12/2023.

LASCURAÍN, Juan Antonio. *Labios como espadas: libertad de expresión y derecho penal*. *Almacén de Derecho*, 2021. Disponível em; <https://almacenederecho.org/labios-como-espadas-libertad-de-expresion-y-derecho-penal>. Acesso em: 03/12/2023.

MOREIRA, Daniel Scaramella. Texas v. Johnson, 1989: sob a constituição americana, dessacralizar a bandeira é um direito sagrado. In: BECKER, Rodrigo Frantz (Coord.). *Suprema Corte dos Estados Unidos: casos históricos*. São Paulo: Almedina, 2022.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel. *Breves consideraciones sobre el caso “hay que prenderlle lume á puta bandeira*. *El Derecho y el Reves*, feb. 2021. Disponível em: <https://presnoliner.wordpress.com/2021/02/09/breves-consideraciones-sobre-el-caso-hai-que-prenderlle-lume-a-puta-bandeira/>. Acesso em: 03/12/2023.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel. *La libertad de expresión del disidente y su aplicación jurisprudencial en Estados Unidos y en Europa*. *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento jurídico*. v. 32, p. 16-43, 2022. Disponível em: <https://ojs.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/645/611>. Acesso em: 03/12/2023.

ROJO TORRECILLA, Eduardo. *La importancia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ámbito laboral u de protección social (VI) Notas a la sentencia de 8 de junio de 2023, caso Fragoso Dacosta c. España. Sobre la libertad de expresión de un representante sindical: vulneración del art. 10.2 del Convenio (y muy amplio, y obligado, recordatorio de la sentencia del TC 190/2020 de 15 de diciembre*. Jun. 2023. Disponível em: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/06/la-importancia-de-la-jurisprudencia-del.html>. Acesso em: 03/12/2023.

TEXAS V. JOHNSON, 491 U.S. 397 (1989). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/491/397/#tab-opinion-1958037>. Acesso em: 03/12/2023.

18. O SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA E A APARENTE INCOMPETÊNCIA PARA ANÁLISE DE PEDIDO DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL

THE BEST INTEREST OF THE CHILD AND THE APPARENT CONFLICT OF JURISDICTION FOR THE ANALYSIS OF REQUESTS FOR INTERNATIONAL PROTECTION



<https://doi.org/10.36592/9786554601542-18>

*Kim William Pinto Mendonça*¹

RESUMO

A criança entendida como sujeito de direitos passa a ganhar relevância após a Segunda Guerra Mundial, com formalização de princípios e garantias, por intermédio de instrumentos como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, datada de 10 de dezembro de 1948. Nesse sentido, gradativamente buscou-se a efetivação e extensão de meios para proteção integral, formando-se acordos para que fossem assegurados o seu superior interesse. Dessa forma, a União Européia produziu políticas que obrigam os países-membros a respeitar, proteger e promover os direitos das crianças, bem como analisar aquelas que possam gerar impactos e considerá-las de acordo com o superior interesse, inclusive desempenhando um papel de liderança no apoio em vários setores, dentre eles humanitário e situações de conflito. Por outro lado, tem-se que a situação envolvendo refugiados, pessoas que necessitam de proteção em território diverso daquele em que são originários, em função de perseguições existe há muitos séculos, sendo objeto de diversos instrumentos para normatização e garantia de efetivação de proteção internacional. Portanto, a análise da decisão n.º C-720/20 do TJUE mostra-se pertinente por retratar uma realidade social, na qual alia um caso envolvendo o superior interesse da criança e a situação de pessoas refugiadas, além de demonstrar a dificuldade de cumprimento de normativas internacionais, sendo uma forma de evidenciar o uso de subterfúgios para a inobservância da proteção integral da criança e obstaculização à resolução de situações que as envolvam, em especial, questões que tratam de pessoas em situação de refúgio.

Palavras-chave: Competência; proteção integral; superior interesse da criança; refugiados; manutenção da família.

ABSTRACT

The child, understood as a subject of rights, began to gain relevance after the Second World War, with the formalization of principles and guarantees through instruments such as the Universal Declaration of Human Rights, dated December 10, 1948. In this

¹ Mestrando Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Área de Concentração: Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado. Linha de Pesquisa: Eficácia e Efetividade da Constituição e dos Direitos Fundamentais no Direito Público e Direito Privado. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7023582989132328> . Endereço eletrônico: kimwmendonca@gmail.com Bolsista CAPES – TAXA. Advogado.

sense, efforts were gradually made to achieve and extend means for comprehensive protection, forming agreements to ensure their best interests. Thus, the European Union has produced policies that obligate member countries to respect, protect, and promote children's rights, as well as to analyze those that may generate impacts and consider them in accordance with the best interests, including playing a leadership role in support across various sectors, including humanitarian and conflict situations. On the other hand, the situation involving refugees, people who need protection in a territory different from their country of origin due to persecution, has existed for many centuries, being the subject of various instruments for standardization and guarantee of the effectiveness of international protection. Therefore, the analysis of the decision n.º C-720/20 of the CJEU is relevant as it portrays a social reality, which involves a case concerning the best interests of the child and the situation of refugee people, while demonstrating the difficulty of complying with international norms, being a way to highlight the use of subterfuges for the disregard of comprehensive child protection and obstruction to the resolution of situations involving them, especially issues dealing with people in refugee situations.

Keywords: Conflict of jurisdiction; comprehensive protection; best interests of the child; refugees; family maintenance.

CASO EM ANÁLISE

O presente trabalho analisará a resolução do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), processo autuado C-720/20, referente ao caso com entrada em 24 de dezembro de 2020 e decisão proferida em 1º de agosto de 2022, no qual suscitada a resolução de competência para análise de um pedido apresentado por um menor, no Estado-Membro do seu nascimento, Alemanha, em razão dos pais terem obtido anteriormente status de refugiados em outro Estado-Membro, na Polônia, objetivando proteção internacional.

Discute-se no presente caso, a interpretação do Regulamento (UE) nº 604/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, que estabelece os critérios e mecanismos de determinação do responsável pela análise de pedido de proteção internacional apresentado em um Estado-Membro por um nacional de país diverso ou apátrida, bem como da Diretiva 2013/32/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, relativa a procedimentos comuns de concessão e retirada do estatuto de proteção internacional.

Portanto, em atenção à dúvida suscitada, por força do Regulamento Dublin III, houve suspensão do processo levando-se para decisão no Tribunal de Justiça da Corte Europeia, sem que se decidisse efetivamente o mérito da questão.

Foram levantados os seguintes pontos:

I. Atendendo ao objetivo do direito da União de evitar migrações secundárias e ao princípio geral da unidade da família, consagrado no Regulamento [Dublin III], se haveria a aplicação por analogia o artigo 20º, n.º 3, do regulamento quando um menor e os seus pais apresentam pedidos de proteção internacional no mesmo Estado-Membro mas os pais já houvessem se beneficiado de proteção internacional noutro Estado-Membro, enquanto o filho nasceu no Estado-Membro em que apresentou o pedido de proteção internacional?

II. Em caso de resposta afirmativa à primeira questão, se poderia haver omissão do exame do pedido de proteção internacional do filho menor, em conformidade com o Regulamento [Dublin III], e adoção de uma decisão de transferência nos termos do artigo 26º, tendo em conta a possibilidade de o Estado-Membro no qual os seus pais beneficiaram de proteção internacional ser responsável pelo exame do pedido de proteção internacional apresentado pelo menor?

III. Em caso de resposta afirmativa à questão anterior, o artigo 20º, n.º 3, do Regulamento [Dublin III] seria igualmente aplicável por analogia na medida em que, no seu segundo período, prevê que não é necessário iniciar um novo procedimento de tomada a cargo para filhos nascidos posteriormente, embora exista nesse caso o risco de o Estado-Membro de acolhimento não ter conhecimento de uma eventual situação de acolhimento do menor ou recusar, segundo a sua prática administrativa, a aplicação por analogia do artigo 20º, n.º 3, correndo assim o filho menor o risco de se tornar um "refugiado em órbita"?

IV. Em caso de resposta negativa às questões 2 e 3, se haveria a possibilidade, em aplicação por analogia do artigo 33º, n.º 2, alínea a, da Diretiva [Procedimentos], um pedido de proteção internacional apresentado por um menor num Estado-Membro ser objeto de uma decisão de inadmissibilidade, mesmo que não seja o próprio menor mas os seus pais que beneficiariam de proteção internacional noutro Estado-Membro?

O caso em apreciação compreende a história de uma família composta pelos pais e cinco filhos, nacionais da Rússia, que, em 19 de março de 2012, obtiveram status de refugiados na Polónia. Contudo, posteriormente, em dezembro de 2012, a família mudou-se para a Alemanha, país em que postularam proteção internacional.

Em 25 de abril de 2013, a República Federal da Alemanha pediu à República da Polônia que tais pessoas retornassem ao País, o que foi negado seguindo sob argumento de que já se beneficiavam de proteção internacional no território em que estavam.

Contudo, em 02 de outubro de 2012, a República Federal da Alemanha indeferiu os pedidos de proteção internacional em razão de já possuírem *status* de refugiados na Polônia e determinou que abandonassem o território, sob pena de afastamento. A decisão foi parcialmente anulada, em 07 de novembro de 2014, em relação à obrigatoriedade de deixarem o território.

Posteriormente, em 21 de dezembro de 2015, ocorreu, na Alemanha, o nascimento do requerente do processo, sendo apresentado em 07 de março de 2018 um pedido de proteção internacional às autoridades alemãs, que gerou o presente caso.

Foram, ainda, proferidas duas decisões do Serviço Federal para as Migrações e Refugiados da Alemanha, em 14 de fevereiro de 2019 e 19 de março de 2019, em que os pais e irmãos do requerente no processo principal receberam nova ordem para abandonarem o território, sob pena de afastamento, em razão do que já fora alegado – proteção internacional na Polônia, estando com recurso pendente de julgamento.

Em 20 de março de 2019, o Serviço Federal para as Migrações e os Refugiados indeferiu o pedido de proteção internacional apresentado no processo principal, entendendo inadmissível, com fundamento no §29, n.º 1, ponto 1, alínea a), da Lei Relativa ao Direito de Asilo, lido em conjugação com o artigo 20º, n.º 3, segundo período, do Regulamento Dublin III.

Assim, interposto recurso para o órgão jurisdicional de reenvio, que diante das circunstâncias suscitou as dúvidas de competência já referidas acima e a possibilidade de indeferimento do pedido por entendê-lo inadmissível

A decisão do Tribunal de Justiça foi no sentido de que a Alemanha seria competente para análise do pedido de proteção internacional e não poderia o pedido ser objeto de uma decisão de inadmissibilidade, sobretudo por não estar a hipótese abrangida na exceção do artigo 33, nº 2 da Diretiva.

O APARENTE CONFLITO DE COMPETÊNCIA, SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA E MANUTENÇÃO DA FAMÍLIA

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 foi editada no contexto pós Segunda Guerra Mundial, como uma forma de tentar impedir que um novo episódio semelhante ocorresse, bem como de modo a existir um instrumento que pudesse impulsionar a paz entre as nações promovendo os direitos naturais como condição *sine qua non* (TOSI, 2004).

Nesse sentido, verificou-se também uma importante mudança de perspectiva sobre o conceito da criança como sujeito de direitos na medida em que, deu ensejo à Declaração dos Direitos da Criança (1959), na qual dispõe como princípio 2º que:

A criança gozará proteção especial e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade.

Na instituição de leis visando este objetivo levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança.

Posteriormente, editada a Convenção sobre o Direito das Crianças (1989), curiosamente o instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal, ratificado por cento e noventa e seis países, com previsão no artigo 3º, 2, que:

Os Estados Partes comprometem-se a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários ao seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores legais ou outras pessoas legalmente responsáveis por ela e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.

Ainda, prevê o artigo 7º, 1, da Convenção sobre o Direito das Crianças (1989), que "A criança deve ser registrada imediatamente após seu nascimento e, desde o momento do nascimento, terá direito a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e ser cuidada por eles".

Mais, no artigo 8º, 1, da Convenção sobre o Direito das Crianças (1989). "Os Estados Partes comprometem-se a respeitar o direito da criança de preservar sua identidade, inclusive a nacionalidade, o nome e as relações familiares, de acordo com a lei, sem interferência ilícitas".

Conforme suprarreferido, a Convenção das Nações Unidas foi ratificada por 196 países, dentre eles a Alemanha, país de nascimento do menor que propôs a ação que originou o processo autuado C-720/20 no Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

Outrossim, com o decorrer dos anos, foram se criando instrumentos específicos para assegurar a proteção integral, verificando-se que na União Europeia inclusive foram editadas Diretrizes relacionadas à forma de tratamento de situações envolvendo crianças em conflitos armados, incluindo previsões e tratamento envolvendo países não pertencentes à União.

Tais diretrizes seriam uma forma de refletir o empenho no modo de abordar o impacto dos conflitos armados sobre as crianças, bem como garantir a aplicação do direito humanitário e direitos humanos que as protegem, considerando que:

The Convention on the Rights of the Child (CRC) is almost universally ratified, but by no means universally applied. Particularly in situations of armed conflict, children suffer disproportionately, in a variety of ways, and with long lasting effects. The impact of armed conflict on future generations may sow the seeds for conflicts to continue or to re-emerge. The Optional Protocol to the CRC on the involvement of children in armed conflict aimed at countering this situation².

Ainda, a leitura do instrumento citado permite verificar a previsão de prioridade dos direitos da criança afetadas por conflitos armados no âmbito dos direitos humanos.

² A Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC) é quase universalmente ratificada, mas não é de modo algum universalmente aplicada. Sobretudo em situações de conflito armado, as crianças sofrem desproporcionadamente, de diversas formas e com efeitos duradouros. O impacto dos conflitos armados nas gerações futuras pode lançar as sementes para que os conflitos continuem ou voltem a surgir. O Protocolo Facultativo à CDC sobre o envolvimento de crianças em conflitos armados têm por objetivo combater esta situação.

Todos os instrumentos supracitados possuem, de igual forma, previsão sobre a família como *grupo fundamental*, bem como o direito da criança de ter preservado a sua nacionalidade e as relações familiares.

Aliás, a importância da família restou expressamente reconhecida pela Organização das Nações Unidas quando, em 20 de setembro de 1993, instituiu o Dia Internacional da Família como sendo 15 de maio (ONU News, 2020).

O objetivo é uma homenagem à instituição familiar, *compreendida como o principal espaço de socialização do ser humano* (OLIVEIRA et al., 2020, p. 02), bem como a representação do núcleo essencial para formação moral. Assim, conforme Oliveira et al. (ano) "Para tanto, o papel da família, guardadas as restrições nos contextos específicos, ainda deve ser o de mediar o desenvolvimento infantil" (OLIVEIRA et al., 2020, p. 02).

Por óbvio que o desenvolvimento infantil também depende do contexto em que a criança está inserida, sendo, portanto, indispensável que o ambiente em que vive seja adequado, uma vez que se trata de uma soma de fatores que influenciam.

Nesse sentido, há mais um ponto de suma importância na análise do caso escolhido, que é o interesse da manutenção da unidade familiar unida. Isto porque, conforme já referido, é um consenso o entendimento que o bom desenvolvimento das crianças decorre do seu crescimento em um ambiente harmônico e saudável que não pode ser dissociado de uma relação boa entre e com os membros da família.

Logo, eventual decisão que determine o abandono da família do território, sob pena de afastamento, sem considerar que já estão há anos residindo na Alemanha, local em que começaram a construir uma nova vida, ensejaria um desequilíbrio evidente e quiçá irreparável no desenvolvimento da criança, que, reforça-se, deve ter especial proteção do Estado.

No tocante à Convenção Europeia, conforme Fischer e Pereira (2022, p. 96), tem-se que é "introduzida por norma de caráter genérico que impõem aos Estados-Partes as obrigações de respeitar e fazer valer os direitos e liberdades públicas reconhecidos nas Convenções".

O conceito de refugiado, compreende todo aquele que foi compelido a deixar o seu país natal por causa: etnia; religião; nacionalidade; convicção política ou pertencimento a grupo social, e/ou grave e generalizada violação de direitos

humanos e conflitos armados (ACNUR. Agência da ONU para Refugiados. Brasil). Por outro lado, o pedido de proteção internacional indica que – aqueles que forem refugiados – poderão usufruir dos mesmos direitos e assistência básica que qualquer outro estrangeiro, residente legalmente, possa ter (ACNUR. Agência da ONU para Refugiados. Brasil).

Em relação a conceitos, importante diferenciar o refúgio do asilo, uma vez que o primeiro é uma convenção de caráter universal, aplicável sem influência política, para proteção de pessoas com fundado medo de perseguição, enquanto o segundo é um exercício de soberania do Estado, uma decisão política que não se sujeita a organismos internacionais.

Nesse sentido, tecnicamente, ausentes informações sobre a existência do envolvimento de questão política, o caso trata exclusivamente de – refugiados – logo não há discricionariedade do país para decidir em razão de alegado exercício de soberania.

Insta salientar, não é por acaso que na implementação da Agenda 2030 das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável, em Assembleia Geral das Nações Unidas, realizada em Nova York, em setembro de 2015, foram estabelecidos dezessete objetivos de desenvolvimento sustentável, com a participação de 193 Estados-membros (Portal STF), destacando-se que na redução das desigualdades “10.7. Facilitar a migração e a mobilidade ordenada, segura, regular e responsável das pessoas, inclusive por meio da implementação de políticas de migração planejadas e bem geridas” (Portal STF, online).

Em face do exposto, a importância do caso em análise reside na constatação de forma inequívoca que a Alemanha procurou para driblar todos os tratados e as previsões supranacionais de proteção integral à criança, buscando por questões de – competência – uma maneira de se esquivar do reconhecimento do menor, titular da ação, como nacional, mesmo nascido no país.

Por outro lado, mesmo que se tratasse de asilo propriamente dito, verifica-se que a alegada necessidade de suscitar conflito de competência também se mostraria em dissonância com o previsto na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000), em que, no artigo 18, prevê que “É garantido o direito de asilo, no quadro da Convenção de Genebra de 28 de Julho de 1951 e do Protocolo de 31 de

Janeiro de 1967, relativos ao estatuto dos refugiados, e nos termos do Tratado que institui a Comunidade Europeia".

A leitura combinada com o artigo 24 do mesmo diploma não deixa dúvidas de que incidiria no caso de crianças, sobretudo considerando que: "As crianças têm direito à proteção e aos cuidados necessários ao seu bem-estar".

Insta registrar que a Alemanha é membro da União Europeia desde 1958 e a Polônia desde 2004. No tocante à análise da competência do pedido de asilo, ambos os países submetem-se ao Regulamento (UE) n.º 604/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, conhecido como Regulamento de Dublin III (2013), que estabelece os critérios para determinação do Estado-Membro, dentro da União Europeia, responsável pela análise de um pedido de proteção internacional para requerentes de asilo.

O artigo 3.2. do Regulamento de Dublin III (2013), determina:

"Caso o Estado-Membro responsável não possa ser designado com base nos critérios enunciados no presente regulamento, é responsável pela análise do pedido de proteção internacional o primeiro Estado-Membro em que o pedido tenha sido apresentado".

Situação que se enquadra na análise do caso em tela.

Isto porque, não há manifestação, por escrito, que o pedido seja analisado pelo Estado-Membro no qual os membros da sua família tenham sido autorizados a residir enquanto beneficiários de proteção internacional, ou seja, a Polônia.

Ademais, a redação do artigo 20.3, do Regulamento de Dublin III (2013), pressupõe que exista um processo de algum membro da família em trâmite, o que não era o caso dos autos, dispondo de forma expressa

Para efeitos da aplicação do presente regulamento, a situação do menor que acompanhe o requerente e corresponda à definição de membro da família é indissociável da situação de seu membro da família e é da competência do Estado-Membro responsável pela análise do pedido de proteção internacional desse membro da família, mesmo que o menor não seja requerente, desde que seja no interesse superior do menor.

O mesmo se aplica aos filhos nascidos após a chegada dos requerentes ao território dos Estados-Membros, não havendo necessidade de iniciar para estes um novo procedimento de tomada a cargo.

Logo, inaplicável por extensão o artigo supracitado, sendo – no máximo – possível configurar um aparente conflito de competência, já que a leitura atenta e combinada dos artigos permite concluir que a responsabilidade pelo julgamento do pedido de proteção internacional era da própria Alemanha.

Mais. Houve uma importante mudança na Constituição Alemã, ocorrida em maio de 1993, que gerou uma alteração, que por sua vez, fez com que o número de pedidos de asilo diminuísse substancialmente, e passou a orientar os processos que envolvessem a análise de requerimentos feitos por refugiados (Cidade Virtual, online), constando expressamente no artigo 16 que “Os perseguidos políticos gozam do direito de asilo” (Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, 2022, p. 24), fazendo com que pessoas oriundas de países “seguros” pudessem ter negado o seu pedido.

Desse modo, é possível depreender que o país utilizou da alegada preexistência de proteção internacional concedida aos pais do menor, em 2012, pela Polônia para negar o asilo solicitado sob argumento que os pais se beneficiaram da medida, uma vez que já havia tramitado processo em que os genitores eram requerentes de proteção internacional proposto no mesmo ano após a mudança da família para a Alemanha.

Ocorre que inexistem em qualquer um dos instrumentos a excepcionalidade de aplicação ou o afastamento dos princípios da proteção integral, sobretudo em questões que tratam de abrigo internacional e asilo político, situações em que se identifica uma maior necessidade de cumprimento dos preceitos para efetivá-la.

Além disso, denota-se que a ação que suscitou o suposto conflito de competência levou quase dois anos para ser julgada, protelando a solução da lide que poderia, desde o princípio, ser levada adiante se observados todos os instrumentos do qual a Alemanha é signatária, em especial aqueles que tratam da adoção de medidas para proteger a criança.

Por óbvio que não se desconhece as consequências que o grande fluxo de imigrantes pode vir a gerar em um país, tampouco que Alemanha é um dos países, reconhecidamente, com maior número de imigrantes na Europa. Entretanto, a família do menor requerente obteve, na Polônia, status de refugiado, ainda no ano de 2012.

A ausência de definição enseja a manutenção da criança no *status* de apátrida, isto é, que não é considerada por qualquer Estado como seu nacional, obstaculizando o exercício de direitos básicos. É, nesse sentido, que no ano de 1961 ocorreu a edição da Convenção sobre a Redução da Apatridia, da qual a Alemanha é signatária, sendo um dos objetivos a edição de leis de nacionalidade para evitar a apatridia infantil.

Há, ainda, uma importante mudança na Constituição Alemã, ocorrida em maio de 1993, que gerou uma mudança e fez com que o número de pedidos de asilo diminuísse substancialmente, passando a orientar os processos que envolvessem a análise de requerimentos feitos por refugiados.

Portanto, o pedido de resolução da competência indica um meio de querer transferir a responsabilidade sobre a decisão face a necessidade de interpretação Regulamento que deveria ser facilmente resolvido com a busca por priorizar o superior interesse da criança, a proteção integral e a manutenção da família.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As realidades sociais, que se apresentam de forma cada vez mais complexa, quando aliadas a situações que envolvem a vida familiar de refugiados indicam a necessidade de um estudo e um olhar mais apurado para que se tornem efetivas a aplicação das regras existentes, a fim de não se descuidar de importantes princípios assegurados em instrumentos ratificados pela maior parte dos países existentes.

Isto porque, não basta apenas a edição de normas escritas sem que possam ser interpretadas de maneira coordenada com regramentos sobre as mais diversas matérias práticas da vida em sociedade.

É inequívoco que um único caso nunca é apenas referente a uma só pessoa ou uma situação em específica, embora a questão posta em apreciação tenha uma roupagem de se tratar de um – simples pedido de proteção internacional – a decisão é capaz de gerar implicações na vida pessoal, em âmbito familiar, e coletivamente a

um número indefinido de pessoas que se encontram ou venham passar por situação similar, que se torna cada vez mais comum considerando o aumento dos movimentos migratórios.

Mais, em um exercício de projeção *lato sensu* é uma maneira de mostrar aos demais países, que ratificaram os mesmos tratados, o cumprimento das obrigações assumidas ou gerar precedentes para a desobediência.

Assim, a análise de decisão de caso prático possibilita que sejam identificados princípios e regramentos aplicáveis, bem como estudadas as formas de aliá-los observando meios de confirmar a proteção de pessoas que precisam nos moldes previstos.

Dessa forma, os direitos e garantias reconhecidos há décadas precisam ser assegurados de forma mais célere às pessoas que deles precisam, o que não está ocorrendo em alguns casos nos quais partes se apegam a tecnicismos e desconsideram as chamadas situações da vida para obstaculizar a regularização da situação de refugiados, o que deve ser exposto de modo a tentar impedir que continuem ocorrendo.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Disponível em <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>> Acesso 15 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agenda 2030*. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/hotsites/agenda-2030/>> Acesso 15 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agenda 2030. Redução das Desigualdades*. Disponível em <<https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/10>> Acesso 15 fev. 2024.

EUROPEAN ASYLUM SUPPORT OFFICE. *Guia prático sobre o superior interesse da criança nos procedimentos de asilo*. Disponível em <https://euaa.europa.eu/sites/default/files/publications/Practical_Guide_on_the_Best_Interests_of_the_Child_PT.pdf> Acesso 08 set. 2023.

FISCHER, Douglas. PEREIRA, Frederico Valdez. *As obrigações processuais penais positivas: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.

IRLANDA. *Regulamento de Dublin*. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:180:0031:0059:PT:PDF>> Acesso 15 fev. 2024.

OLIVEIRA, Daniela Emilena Santiago Dias de; SUZUKI, Amanda Caroline; PAVINATO, Graziela Aparecida; SANTOS, João Vitor Luiz dos. *A Importância da Família para o desenvolvimento infantil e para o desenvolvimento da aprendizagem: um estudo teórico*. Disponível em <https://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20200522115524.pdf> Acesso 15 fev. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR). Refugiados. In: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. *Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR). Refugiados*. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/perguntas-e-respostas/#prote%C3%A7%C3%A3o> . Acesso em: 15 fev. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR). Refugiados. In: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. *Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR). Refugiados*. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/quem-ajudamos/refugiados/#:~:text=S%C3%A3o%20pessoas%20que%20est%C3%A3o%20fora,direitos%20humanos%20e%20conflitos%20armados> . Acesso em: 15 fev. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR). Refugiados. In: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. *Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR). Refugiados*. Disponível em <[http://www.cidadevirtual.pt/acnur/acn_lisboa/swr/cx5-3.html#:~:text=O%20Artigo%2016%20a\)%20da,ac%C3%A7%C3%B5es%20dos%20Estados%20contra%20indiv%C3%ADduos.](http://www.cidadevirtual.pt/acnur/acn_lisboa/swr/cx5-3.html#:~:text=O%20Artigo%2016%20a)%20da,ac%C3%A7%C3%B5es%20dos%20Estados%20contra%20indiv%C3%ADduos.)> Acesso 15 fev. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. *Convenção das Nações Unidas sobre Direitos das Crianças*. Disponível em <<https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>> Acesso 15 fev. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. *Declaração dos Direitos da Criança*. Disponível em <<https://www.unicef.org/brazil/media/22026/file/declaracao-dos-direitos-da-crianca-1959.pdf>> Acesso 15 fev. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. Disponível em <<https://news.un.org/pt/story/2020/05/1713622>> Acesso 15 fev. 2024.

PARLAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. Disponível em <https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf> Acesso 15 fev. 2024.

TOSI, Giuseppe. *Direitos Humanos: reflexões iniciais*. Disponível em <<http://www.cchla.ufpb.br/ncdh/wp-content/uploads/2015/08/Direitos-Humanos-Historia-Teoria-e-Pratica.pdf>> Acesso 15 fev. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. *Guidelines on Children and Armed Conflict*. Disponível em <https://capacity4dev.europa.eu/sites/default/files/learning/Child-rights/docs/eu_guidelines_on_children_and_armed_conflict.pdf> Acesso 15 fev. 2024.

19. A RESPONSABILIDADE PARENTAL EM CASO DE RUPTURA DA RELAÇÃO MATRIMONIAL: AS DECISÕES DE MUDANÇA DE RESIDÊNCIA DO FILHO MENOR

PARENTAL RESPONSIBILITY IN CASE OF A MARITAL BREAKDOWN: DECISIONS REGARDING CHANGING RESIDENCE OF THE MINOR CHILD



<https://doi.org/10.36592/9786554601542-19>

Laura Oliveira Dorfmann¹

RESUMO

Fruto de diversos fatores associados à globalização, há a proliferação de relações jurídicas plurilocalizadas e conseqüentemente dos litígios advindos da ruptura dessas relações. No contexto europeu, essa realidade foi sentida de forma mais acentuada em virtude da progressiva construção de um espaço sem fronteiras jurídicas, impondo-se mecanismos de cooperação judiciária capazes de regular litígios. É nesse contexto de cooperação, mais especificamente no direito da família, que a Convenção de Haia de 1966 trouxe grande inspiração nos Regulamentos internos da União Europeia retratados no presente trabalho, como o Regulamento nº 2201/2003 e o Regulamento 2019/1111, os quais fornecem um sistema completo de definição de competência para casos que envolvam a responsabilidade parental. Assim, o presente artigo visa analisar decisão proferida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no tocante ao conflito de competência envolvendo menor.

Palavras-chave: Direito internacional; direito fundamental; Convenção de Haia de 1966; conflito de competência; direito de família.

ABSTRACT

As a result of several factors associated with globalization, there is the increase of multi-located legal relationships and, consequently, litigations arising from the rupture of such relationships. In Europe, this reality was experienced more significantly due to the progressive creation of a borderless legal space, imposing judicial cooperation mechanisms capable of regulating disputes. It is in this cooperative scenario, specifically concerning Family Law, that the 1966 Hague Convention brought great inspiration from the Rules of Procedure of the European Union, which are presented in this work, such as Regulations No. 2201/2003 and No. 2019/1111, which provide a complete system of defining jurisdiction for cases involving parental responsibility. Therefore, this article aims to analyze the decision rendered by the Court of Justice of the European Union regarding the conflict of jurisdiction involving a minor.

¹ Advogada. Mestranda em direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Graduada em direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: laura@dorfmann.adv.br. *Curriculum*: <http://lattes.cnpq.br/0983249939229128>

Keywords: International Law; fundamental rights; 1966 Hague Convention; conflict of jurisdiction; family law.

INTRODUÇÃO

O Direito da Criança e do Adolescente está edificado em uma base político-jurídica e ético-filosófica, estruturante em documentos e instrumentos jurídicos internacionais e internos de proteção dos direitos humanos, inclusive nos postulados constitucionais da dignidade humana.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2010), a dignidade da pessoa humana é um valor-guia de ordem jurídica, um valor jurídico fundamental da comunidade, sendo simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais. Na condição de limite, a dignidade é algo que pertence a cada um e que não pode ser perdido ou alienado. Como tarefa, a dignidade reclama que o Estado a preserve ou crie condições que possibilitem exercê-la. Para Olívia Marcelo Pinto de Oliveira (2011), a dignidade é norma-princípio de caráter supra, fundamentando o estado democrático de direito e, por conseguinte, todas as regras infraconstitucionais. Para Paulo Lôbo (2002) e Tânia da Silva Pereira (2011), a dignidade é um macro princípio.

O interesse do menor pode ser visto como valor nuclear da ordem jurídica, a ele se aplicando o princípio da dignidade da pessoa humana, tanto assim que no confronto entre a dignidade do adulto e do menor, é em relação a este que pende a balança do melhor interesse, princípio inarredável.

Um dos primeiros diplomas legislativos a preconizar a necessidade de proteção especial a crianças foi a Declaração de Genebra, de 1924. A ela se seguiram como diplomas de proteção à infância a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, a Declaração Universal dos Direitos da Criança da ONU, de 1959, o Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos, de 1966 e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, a Convenção de Haia de 1966 e 1980. Ainda, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José, de 1969) prevê, em seu artigo 19, que as crianças necessitam de medidas de proteção, advindas da família, da sociedade e do Estado.

São diversos documentos que surgiram com o objetivo de reconhecer os direitos da população infanto-juvenil.

Assim, o presente trabalho busca examinar Acórdão proferido pelo Tribunal Europeu nos autos do processo nº C-572/21, que envolve guarda de menor e sua mudança de residência, trazendo fundamentação, sobretudo na Convenção de Haia de 1966, que acalentou notável inspiração nos Regulamentos internos da União Europeia, também retratados na decisão, o Regulamento nº 2201/2003 e o Regulamento 2019/1111, os quais fornecem um sistema completo de definição de competência para casos que envolvam responsabilidade parental.

A Convenção da Haia de 1996 ocasionou inúmeros avanços, especialmente ao incluir em seu âmago a proteção das crianças no âmbito da responsabilidade parental de forma gerando soluções inovadoras aos conflitos de direito de família internacional. Ademais, a Convenção também inovou ao não trazer qualquer limitação geográfica, diferentemente da Convenção da Haia de 1961 que só se aplicava às crianças com residência habitual em algum Estado Contratante antes da ocorrência do conflito (LAGARDE, 1997).

Desta maneira, a citada Convenção da Haia de 1996 reconhece, como vulneráveis nos conflitos, todas as crianças com idade até 18 anos (art. 2º), a merecem um olhar protetivo do Estado. Além disso, destaca em seu preâmbulo o princípio do superior interesse da criança como um dos seus principais propósitos, o colocando como conceito chave de seu texto, o que demonstra sua conformidade com a Convenção sobre os Direitos da Criança.

Ademais, tais Convenções também se aproximam, por motivos outros, visto que a Convenção sobre os Direitos da Criança menciona em seu texto a necessidade de criação de acordos e Convenções que lidem com diferentes casos de famílias além-fronteiras (KHAZOVA, 2021), e a Convenção da Haia de 1996 é este instrumento internacional contemplando medidas capazes de melhorar a proteção dessas crianças.

A convenção relativa à competência, à lei aplicável ao reconhecimento, à execução e à cooperação em matéria de responsabilidade parental e medidas de proteção das crianças, celebrada em Haia, em 19 de outubro de 1996 foi ratificada, sendo objeto de adesão por Estados-Membros da União. A Federação da Rússia

aderiu igualmente a esta convenção em 2012, estando em vigor neste país desde 1 de junho de 2013.

A Convenção de Haia de 1996, com olhos fitos nos interesses das crianças, que devem ser priorizadas, define que a autoridade jurídica ou administrativa do Estado no qual a criança tem a sua residência habitual possui competência para tomar as medidas necessária para proteção e bens da criança, sendo que esta competência jurisdicional/administrativa será transferida caso haja troca de residência habitual do menor.

Ademais, é possível que um ou mais Estados Contratantes realizem acordos dispondo acerca de matérias reguladas pela Convenção de Haia, porém, obviamente, sem prejuízo da aplicação da linha mestra por esta ditada.

O Regulamento nº 2201/2003 aborda as perspectivas normativas da União Europeia em questões relativas à competência², ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental, ampliadas ao proporcionar mudanças e avanços no que tange o direito da criança.

Dito Regulamento apresenta, ainda, exame de temas que merecem destaque: (i) abrangência do regulamento alcançando matérias civil, independente da natureza da jurisdição; (ii) abordagem sobre bens dos menores; (iii) audição da criança como importante fator de aplicação; (iv) reconhecimento automático em toda UE de decisões proferidas em litígios em matéria de direito de família; (v) os direitos fundamentais e os princípios consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Predito Regulamento abona os direitos fundamentais e os princípios consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia com o condão

² Em obra que trata das questões que envolvem o acesso do cidadão da UE aos tribunais europeus, finalidade e competência originária do tribunal, que somente alcançava a composição de conflitos entre Estados e a organização oriundos da defesa e adaptação das esferas de competências recíprocas, e mais extensivamente, como um órgão que arbitrava o conflito de competência entre instituições. A construção dessa abertura de acesso à justiça aos cidadãos gerou uma releitura dos tribunais europeus, quando passou a desenvolver uma lógica que permitisse o acesso particular para discussão de interesses diversos aos que compunham os litígios entre os Estados e sua organização. Os regulamentos da UE possibilitaram a regulamentação da participação dos particulares e o direito comunitário passou a constituir o entendimento dessa participação e do enfrentamento jurisdicional dos seus litígios, cfr. (RAMOS, 2013)

de garantir o pleno respeito dos direitos fundamentais da criança (art. 24º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia).

Independentemente da natureza do Tribunal, aplica-se referido Regulamento para matérias de natureza cível relativas ao divórcio, separação e anulação de casamento, abarcando, aqui, questões atinentes à responsabilidade parental como atribuição, exercício, delegação, limitação e cessão.

No que tange o Regulamento 2019/1111, trata-se de competência ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial, responsabilidade parental e rapto internacional de crianças.

ANÁLISE DO JULGADO

O Acórdão estudado envolve litígio de guarda onde CC obteve a guarda exclusiva do seu filho M desde o seu nascimento no ano de 2011, residindo na Suécia até 2019. A partir de outubro de 2019, M começou a frequentar internato no território da Federação da Rússia.

Ocorre que VO, pai de M, reside na Suécia, e requereu perante o Tribunal de Primeira Instância (*Tingsrätt*) da localidade onde vive, que lhe fosse atribuída a guarda exclusiva de M, e, conseqüentemente, a residência do menor fixada no domicílio de seu pai.

A genitora CC suscitou exceção de incompetência sob fundamento de que, no momento da propositura da ação, o menor já estava residindo na Rússia.

As regras envolvendo menores devem ser lidas a luz do princípio da prioridade absoluta da criança e do adolescente, portanto, em casos de conflito entre a competência do local da residência dos pais, e do abrigo onde se encontra o menor, deverá o intérprete identificar em qual Comarca ou Juízo beneficiará, com maior eficácia, o direito da criança e do adolescente.

O Tribunal de *Tingsrätt*, da Suécia, julgou improcedente a exceção de incompetência suscitada pela genitora CC, sob fundamento de que, no momento da propositura da ação, o menor ainda não havia transferido sua residência habitual para a Rússia. Sendo atribuído, a título provisório, a guarda exclusiva ao genitor VO.

Não obstante tal decisão, o Regulamento (UE) 2019/1111 estabelece normas de competência uniformes em matéria de divórcio, separação ou anulação de casamento, bem como regras para dirimir litígios em matéria de responsabilidade parental que impliquem um elemento internacional. Assim, para salvaguardar o superior interesse da criança, o artigo 20 aduz que a competência jurisdicional deverá ser atribuída aos tribunais do Estado-Membro de residência habitual da criança, com suas devidas exceções, como por exemplo, nos casos em que ocorrer uma mudança de residência habitual da criança.

O Regulamento supracitado reformula o Regulamento 2201/2003 do Conselho, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental.

No presente caso, houve a mudança de residência do menor, todavia, este deslocamento ocorreu após a propositura da ação. Desta forma, o Tribunal de Recurso com sede em Malmö na Suécia (*Hovrätten över Skåne och Blekinge*) confirmou a decisão do *Tingsrätt* (Tribunal de Primeira Instância) segundo a qual os tribunais suecos são competentes por força do artigo 8º, nº 1, do Regulamento nº 2201/2003³. No entanto, anulou a decisão deste último tribunal de atribuir, a título provisório, a guarda exclusiva de M a VO.

A genitora CC postulou ao órgão jurisdicional de reenvio, Supremo Tribunal da Suécia (*Högsta Domstolen*), a reforma da decisão proferida pelo Tribunal de Recurso com sede em Malmö (*Hovrätten över Skåne och Blekinge*) e que fosse submetido ao Tribunal de Justiça um pedido de decisão prejudicial sobre a interpretação do artigo 61⁴ do regulamento nº 2201/2003.

³ Os tribunais de um Estado-Membro são competentes em matéria de responsabilidade parental relativa a uma criança que resida habitualmente nesse Estado-Membro à data em que o processo seja instaurado no tribunal.

⁴ Relações com a Convenção de Haia, de 19 de outubro de 1996, relativa à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento, à execução e à cooperação em matéria de poder paternal e de medidas de proteção de menores. No que se refere às relações com a Convenção de Haia, de 19 de Outubro de 1996, relativa à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento, à execução e à cooperação em matéria de poder paternal e de medidas de proteção de menores, o presente regulamento é aplicável: a) Quando a criança tenha a sua residência habitual no território de um Estado-Membro; b) Em relação ao reconhecimento e à execução de uma decisão proferida pelo tribunal competente de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro, mesmo se a criança em causa residir habitualmente no território de um Estado não membro que seja parte contratante na referida convenção.

Paralelamente à interposição do recurso, a genitora havia ingressado com ação perante o Tribunal Russo, requerendo a guarda exclusiva do filho. Em 2020 o tribunal se declarou competente para reconhecer qualquer questão relacionada com a responsabilidade parental, com base na residência habitual da criança. Importante esclarecer neste íterim, que a Rússia é Estado Parte da Convenção de Haia 1996 desde 01 de junho de 2013.

Perante tal situação, o órgão jurisdicional de reenvio buscou esclarecimentos perante o Tribunal de Justiça da União Europeia, visto que o artigo 8º, nº 1 do Regulamento 2201/2003 atribui competência em matéria de responsabilidade parental aos tribunais do Estado-Membro, onde o menor possuía sua residência habitual no momento da apresentação do processo perante o tribunal.

Neste sentido, observa-se que, por um lado, esta precisão pode levar a uma espécie de *perpetuatio fori*, aplicada em caso de mudança da residência habitual da criança para um Estado terceiro que é parte integrante da Convenção de Haia de 1996 durante o curso da ação. De maneira mais elucidativa, a *perpetuatio fori* visa preservar a ação em que inicialmente foi distribuída, assim, o tribunal não perde a competência mesmo quando se verifique uma mudança de lugar da residência habitual da criança no decurso da instância.

Por outro lado, atenta a regra de prevalência prevista no artigo 61, alínea "a" do Regulamento 201/2003, calha observar qual o momento a tomar em consideração para apreciar o lugar de residência habitual da criança e se o alcance deste artigo está limitado às relações entre os Estado-Membros ou se tem um âmbito de aplicação mais amplo. Não obstante, o órgão jurisdicional de reenvio acrescenta que, embora alguns tribunais de outros Estados-Membros tenham considerado que, em situações semelhantes, o artigo 8º, nº1, do Regulamento nº 2201/2003 não se aplica, a questão divide a doutrina especializada.

Nestas circunstâncias, o Supremo Tribunal da Suécia (*Högsta domstolen*) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial: *Um tribunal de um Estado-Membro mantém a sua competência nos termos do artigo 8º, nº 1, do Regulamento nº 2201/2003, quando a criança em causa no processo, no decurso da instância, transfere a sua residência habitual de um*

Estado-Membro para um Estado terceiro que é parte na Convenção de Haia de 1996 (v. artigo 61.o do referido regulamento)?

A partir deste questionamento suscitado ao longo do Acórdão, importante observar que o litígio afluou dúvida no tocante à competência de um Estado-Membro para Estado terceiro (parte na Convenção de Haia de 1966), pois o genitor ingressou com a ação no Tribunal da Suécia dois meses depois em que a criança começou a frequentar internato na Rússia.

Não obstante tal imprecisão, o órgão jurisdicional de reenvio requereu celeridade processual, assinalando a importância, não apenas por constar no artigo 105 do Tribunal de Justiça da União Europeia que prevê tramitação prejudicial urgente e acelerada, mas porquanto reconhecida a urgência em proferir decisão referente ao deslocamento de criança, designadamente quando a separação entre um menor e o progenitor ao qual tenha sido previamente atribuída a guarda, mesmo que apenas a título provisório, puder deteriorar ou prejudicar as suas relações e causar danos psíquicos, conforme consta no Regulamento nº 2201/2003 do Conselho.

No primeiro momento, o presidente do Tribunal de Justiça julgou improcedente o pedido de celeridade processual requerido pelo órgão jurisdicional de reenvio, sob argumento de que não fora fornecido elemento específico, relativo às circunstâncias concretas, suscetível de demonstrar que a natureza do processo exija tratamento célere. Contudo, o presidente do Tribunal de Justiça decidiu que o presente processo devia ser julgado prioritariamente.

Insta salientar a importância de conjugar o artigo 8º, nº 1 com o artigo 61, alínea a no Regulamento 2201/2003, devendo ser interpretado no sentido de que um tribunal de um Estado-Membro, ao qual foi submetido um litígio em matéria de responsabilidade parental, mantém a competência para conhecer desse litígio ao abrigo deste artigo 8º, nº 1, quando a residência habitual da criança em causa tenha sido legalmente transferida, no decurso da instância, para o território de um Estado terceiro que é parte na Convenção de Haia de 1996.

Ou seja, tanto o artigo 61, alínea a do Regulamento 2201/2003, quanto o artigo 8º, nº 1, são fundamentais para o presente caso, sendo previsto neste dispositivo que os tribunais de um Estado-Membro são competentes em matéria de

responsabilidade parental relativa a uma criança que resida habitualmente nesse Estado-Membro à data em que o processo seja instaurado no tribunal. Com efeito, devido a sua proximidade geográfica, esses Tribunais estão geralmente em melhores condições para apreciar as medidas a serem adotadas respeitando o melhor interesse da criança.

Há limitação introduzida pelo artigo 61, alínea a do Regulamento à aplicação do artigo 8º, nº 1, no momento em que o menor deixa de ter sua residência habitual no território de Estado-Membro e passa a tê-la no de um Estado terceiro, que seja parte na Convenção de Haia de 1966, revelando conformidade com a intenção do legislador da União de não afetar as disposições desta Convenção.

A este respeito, importa sublinhar que, por força do artigo 5º, nº 2, da Convenção de Haia de 1996, em caso de mudança da residência habitual de um menor deslocar-se para outro Estado Contratante, as autoridades do Estado da nova competência habitual terão a competência.

Ainda, será reforçado o cumprimento do disposto no artigo 52, nº 3 do mesmo dispositivo legal, o qual refuta a existência de acordos celebrados entre Estados Contratantes que venham a prejudicar a aplicação das disposições presentes na Convenção de Haia de 1966.

Não obstante, o mesmo dispositivo supramencionado resulta de um compromisso entre a posição dos Estados-Membros da União, partes da Convenção de Haia de 1966, que pretendiam ter a possibilidade de celebrar acordos separados na matéria, como a Convenção de Bruxelas, à qual sucedeu o Regulamento nº 2201/2003, e a dos outros Estados, partes na Convenção de Haia de 1996, que tinham receio de que esses acordos separados pudessem servir de argumento aos Estados que os tinham celebrado, para se desvincularem das suas obrigações para com os outros Estados parte nesta Convenção, vindo a causar enfraquecimento.

Foi alegado pelo Governo francês e a Comissão que se o tribunal de um Estado-Membro mantivesse a sua competência, por força da regra da *perpetuatio fori* (artigo 8º, nº 1 Regulamento nº 2201/2003), mesmo com a transferência legal do menor à um Estado terceiro (parte na Convenção de Haia de 1966) no curso do processo, tal extensão de competência poderia colidir tanto com o artigo 5º, nº 2 desta Convenção, como em seu artigo 52, nº 3. Admitir esta interpretação do artigo

8º, nº 1, do Regulamento nº 2201/2003, que desconsidera assim o alcance do artigo 61, *alínea a*, deste Regulamento, levaria os Estados-Membros a agirem contra as suas obrigações internacionais (v., neste sentido, Acórdão de 24 de março de 2021, MCP, C-603/20 PPU, EU:C:2021:231, nº 56).

Por último, importa precisar que o afastamento da aplicação do artigo 8º, nº 1, do Regulamento n.º 2201/2003 a favor da aplicação das disposições da Convenção de Haia de 1996 não afeta, por si só, o superior interesse da criança, devendo os tribunais dos Estados, parte nesta Convenção, se certificar de que este interesse é, nos termos do quarto considerando da referida Convenção, uma consideração primordial.

Atendendo às considerações precedentes, o artigo 8º, nº 1, do Regulamento 2201/2003, lido em conjugação com o artigo 61, *alínea a*, deste regulamento, deve ser interpretado no sentido de que um tribunal de um Estado-Membro ao qual foi submetido um litígio em matéria de responsabilidade parental não mantém a competência para conhecer desse litígio ao abrigo deste artigo 8º, nº 1, quando a residência habitual da criança, em causa, tenha sido transferida legalmente, no decurso da instância, para o território de um Estado terceiro que é parte na Convenção de Haia de 1996.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste contexto, é possível observar a existência de certa confiança entre os Estados que fazem parte da Convenção de Haia de 1966, fazendo com que a decisão proferida com base na *perpetuatio fori* seja uma realidade que tenha por base critérios de eficiência e segurança jurídica.

Assim, o fato de a jurisdição internacional de um Estado-Membro cessar depois de ter sido iniciada, em razão da mudança de residência habitual no menor para um Estado terceiro, parte na Convenção de Haia de 1966, apresenta distorção do procedimento.

Os Estados, partes na Convenção de Haia de 1966, deveriam optar inicialmente pelo texto aplicável a partir do ajuizamento da ação. Se um Estado-Membro se considerar competente, com base na residência habitual da criança em seu território,

deve continuar a exercer a jurisdição até a conclusão do procedimento, mesmo que a residência habitual do menor tenha sido alterada para Estado Parte da Convenção.

Em suma, o Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia envolve o estabelecimento da residência habitual do menor implicado em processo de guarda, visando ordenar a interação entre a Convenção de Haia e o Regulamento (CE) 2201/2003, demonstrando a importância da presença física da criança, bem como a continuidade e a integração social e familiar para granjear uma decisão precisa e correta.

REFERÊNCIAS

EUROPEAN CIVIL LAW. *Comment Brussels II Regulation*. Disponível em <http://www.europeancivillaw.com/content/brusselstwo033.htm>. Acesso em: out. 2023.

KHAZOVA, Olga. *The significance of the HCCH 1996 Child Protection Convention in implementing the United Nations Convention on the Rights of the Child*. In: HCCH Approach Global Event, 1919 October 2021. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/specialised-sections/child-protection/25-anniversary-child-protection>. Acesso em: out. 2023.

LAGARDE, Paul. *La nouvelle convention de La Haye sur la protection des mineurs*. *Revue critique de droit international privé*. Paris: Dalloz, n.2, 86, 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, n. 12, 2002, p.40-55 (p.43) OLIVEIRA, Olívia Marcelo Pinto de. Parto anônimo e cuidado: efetivação do melhor interesse da criança. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). Cuidado e responsabilidade. São Paulo: Atlas, 2011, p. 255.

PEREIRA, Tânia da Silva. O 'cuidado' chega ao Superior Tribunal de Justiça: decisão comentada. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 372.

PEREIRA, Tânia Da Silva. *O princípio do "melhor interesse da criança": da teoria à prática*. Revista Brasileira de Direito de Família, n. 6, p. 36, 2000.

RAMOS, Rui Manuel Moura. *Estudos de direito internacional privado da União Europeia*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

REGULAMENTO (CE) n. 1111/2019 do Conselho relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em

matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças e da Convenção da Haia de 1996 relativa à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento, à execução e à cooperação em matéria de responsabilidade parental e de medidas de proteção das Crianças. Disponível em:

https://dgrsp.justica.gov.pt/Portals/16/Coopera%C3%A7%C3%A3o%20Internacional/Autoridade%20Central/Legisla%C3%A7%C3%A3o/New-Reglmt-Brux_II-A-PT.pdf?ver=FVR2Dlea5Fpk2viXaDInbg%3D%3D. Acesso em: nov. 2023.

REGULAMENTO (CE) n. 2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n. 1347/2000. Disponível em:

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=830A0052&nid=830&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo. Acesso em: nov. 2023

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 8. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

**20. DO DIREITO AO RECONHECIMENTO E À PROTEÇÃO DAS UNIÕES
HOMOAFETIVAS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE
EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE A SITUAÇÃO RUSSA**

*THE RIGHT TO RECOGNITION AND PROTECTION OF SAME-SEX RELATIONS: AN ANALYSIS
FROM THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS REGARDING
THE RUSSIAN SITUATION*



<https://doi.org/10.36592/9786554601542-20>

William Arthur Leonhardt Born¹

RESUMO

O presente estudo visa analisar o julgamento do caso Fedotova e outros vs. Rússia julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, referente às violações do estado russo no reconhecimento e na proteção às uniões de pessoas do mesmo sexo. Diante dos apontamentos do caso, traça-se algumas considerações quanto aos padrões sociais heteronormativos, conservadores e ligados a discursos religiosos e sua influência no comportamento dos Estados na perpetuação da homofobia. A importância do tema surge, a partir das inúmeras ofensas a direitos de pessoas LGBTQI+ tanto na Rússia quanto em vários outros países do mundo, causando um cenário de violações sistemáticas de direitos fundamentais a esse grupo social. Ao final, conclui-se que há o direito fundamental ao reconhecimento e à proteção às uniões homoafetivas.

Palavras-chave: Direitos humanos; direitos fundamentais; dignidade da pessoa humana; direitos homoafetivos.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the judgment in the case of Fedotova and others vs. Russia analyzed by the European Court of Human Rights, regarding violations made by the Russian state in recognizing and protecting same-sex unions. In view of the case notes, some considerations are outlined regarding heteronormative, conservative social standards linked to religious discourses and their influence on the behavior of States in perpetuating homophobia. The importance of the topic arises from the numerous violations of the rights of LGBTQI+ people both in Russia and in several other countries around the world, causing a scenario of systematic

¹ Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da PUCRS, bolsista integral CAPES/PROEX, especialista em Direito Notarial e Registral (PUC-Minas), especialista em Família e Sucessões (FMP), currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/5899854917234703>, email: williamarthurleonhardt@gmail.com.

violations of fundamental rights for this social group. In the end, it is concluded that there is a fundamental right to the recognition and protection of same-sex unions.

Keywords: Human rights; fundamental rights; dignity of the human person; homo-affective rights.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa criticamente a decisão do caso "Fedotova e outros vs. Rússia" analisada pela Corte Europeia de Direitos Humanos sobre o tema da falta de proteção legal ao reconhecimento de uniões de pessoas do mesmo sexo. Para isso, aponta-se as principais questões do caso em comento, destacando os principais atos processuais e as normas nacionais (russas) e internacionais em discussão. A importância do tema surge, a partir das inúmeras ofensas a direitos de pessoas LGBTQI+ tanto na Rússia quanto em vários outros países do mundo, causando um cenário de violações sistemáticas de direitos fundamentais a esse grupo social.

Em seguida, estuda-se as questões referentes ao direito ao reconhecimento e à proteção das uniões de pessoas do mesmo sexo, partindo do diagnóstico do papel do estado na perpetuação da homofobia. Procura-se estabelecer uma relação entre as influências que a religião possui nesse processo.

Por fim, questiona-se sobre a possibilidade do reconhecimento de um direito fundamental ao reconhecimento e à proteção dessas uniões, com base nos princípios da dignidade humana, da liberdade e da igualdade. Faz-se necessário que todas as garantias e os direitos conferidos às relações heteronormativas se estendam para as relações homoafetivas. Utilizou-se como método de abordagem dedutivo, método de procedimento histórico e comparativo, método de interpretação tópico sistemático e como técnica de pesquisa a revisão bibliográfica e jurisprudencial.

CONTEXTUALIZAÇÃO: DA DECISÃO FEDOTOVA E OUTROS VS. RÚSSIA

Analisa-se o caso "Fedotova e outros vs. Rússia" julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos em 17 de janeiro de 2023. Os seis aplicantes são cidadãos

russos que formavam três casais e buscaram formalizar as suas uniões homoafetivas junto às repartições públicas russas, no entanto, não lograram êxito. Resultando na falta de reconhecimento e proteção legal por parte das autoridades governamentais russas que refutam essa possibilidade. A negativa por parte das respectivas repartições baseia-se no fato de que o casamento, segundo a legislação nacional em vigor, consiste na união voluntária entre um homem e uma mulher. Nesse sentido, todo casal que não é composto de maneira distinta não poderia se casar.

Os autores no presente caso asseveram que preencheram todos os requisitos presentes na lei (união voluntária, com consentimento mútuo e livre de impedimentos) para a celebração do casamento, contudo tiveram seus pedidos recusados por parte do governo russo. Ressalta-se que o código de família russa não bane expressamente a união de pessoas do mesmo gênero. Embora, na prática, as autoridades políticas e judiciárias não têm a permitido ou a reconhecido. Essa negativa viola os direitos fundamentais desses indivíduos, ora nubentes, bem como consiste em uma afronta aos artigos 8º e 12 da Convenção Europeia de Direitos do Homem

Confronta-se a negativa russa com inúmeros instrumentos internacionais, incluindo a Convenção Europeia, que proíbem qualquer tipo de discriminação com base na orientação sexual, juntamente com a imposição de que os Estados signatários protejam a vida privada e familiar de seus indivíduos. Apesar desses avanços legais em várias partes do mundo, a concepção de casamento na Rússia está estritamente ligada aos valores tradicionais e conservadoras de cunho biológico e religioso que refletem no sistema legal e na constituição russa, de modo que não se possibilita o reconhecimento de uniões homoafetivas. O texto constitucional russo, em especial no artigo 72 parágrafo 1º, foi alterado, em março de 2020, estabelecendo-se o dever do estado de garantir a proteção da família e a preservação dos valores tradicionais familiares. Ademias, é mister destacar que a legislação interna russa se baseia no princípio de que a principal função da família é a de gerar descendentes.

Diante disso, os aplicantes insurgiram-se quanto a possibilidade de reconhecimento das suas uniões homoafetivas, bem como da possibilidade de

casar-se, de modo que lhe sejam proporcionados os mesmos direitos e as garantias fundamentais conferidos às uniões “heteroafetivas”. Destaca-se que a Rússia não reconhece qualquer tipo de união de pessoas do mesmo sexo, fato que pode gerar várias formas de discriminação e violações de direitos fundamentais a comunidade LGBTQIAP+. Portanto, os aplicantes pugnam pela equidade perante a lei, ou seja, o reconhecimento de todos os direitos conferidos para as uniões nos padrões héteros tais como benefícios previdenciários, possibilidade de herdar, entre outros.

Em contrapartida, a Federação Russa defende que a proteção da família e a preservação dos valores tradicionais, com base na proteção da “moralidade pública”. Isto porque, somente pessoas de sexos opostos teriam direito ao casamento e a possibilidade de formar uma família. Defende que a forma familiar tradicional é um valor fundamental da sua sociedade, intrinsecamente ligada ao objetivo de preservar e desenvolver a espécie humana. Assevera que o reconhecimento ou não dessas uniões está no escopo de seu poder discricionário, assim uma decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos não pode impor a obrigação do reconhecimento de uniões de pessoas do mesmo sexo.

Ademais, destaca-se que a Rússia deixou de ser membro do Conselho da Europa, no entanto, como o caso era anterior a sua saída, a Corte entendeu ser possível a sua apreciação. Isto é, a Corte permanece competente para apreciar com os casos contra o estado russo por violações a direitos humanos que ocorreram até a data da sua saída (16 de setembro de 2022).

A Corte Europeia de Direitos Humanos, ao analisar o caso, definiu que a questão está no escopo de proteção do artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos do Homem, tendo havido a sua violação. Observou que a total impossibilidade dos requerentes de terem suas relações reconhecidas pela lei, diante da legislação interna russa no respeito a sua vida privada e familiar. A Corte entendeu que o estado russo falhou em promover algum mecanismo legal capaz de possibilitar e proteger as uniões de pessoas do mesmo gênero, ao mesmo tempo que possuía essa obrigação positiva de acordo com o referido artigo 8º da Convenção. Conclui-se que o reconhecimento oficial dessas uniões não é nada mais que a regulação de uniões que existem na realidade russa, de modo que conferirá a essas pessoas todos os direitos previstos para as uniões “tradicionais”.

DO DIREITO AO RECONHECIMENTO E À PROTEÇÃO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS: UMA CRÍTICA À PERPETUAÇÃO DA HOMOFOBIA PELO ESTADO

O advento da pós-modernidade impactou os indivíduos e as suas relações intensamente. A sociedade fragmentou o indivíduo, o qual era antes um sujeito tido como unificado em diversas expressões identitárias, o que Stuart Hall definiria como "crise identitária" em sua obra *A identidade cultural na Pós-Modernidade*. Portanto, o que anteriormente era considerado o indivíduo como identidade única, tornou-se o que altera entre papéis identitários tanto nos contextos cotidianos como também na plenitude de sua vivência ao longo do seu respectivo tempo de vida. Essa sociedade que deveria prezar pela diversidade, multiculturalidade e pluralidade, torna-se caótica e calcada no preconceito com o surgimento de identidades respaldadas nas expressões de gênero e sexualidade, em especial, pois há identidades sexuais mutáveis e ambíguas, as quais geram questionamentos, mudanças e fragmentações no que compõe parte da crise identitária (HALL, 2014, p. 133).

As questões de gênero, em especial em relação à homoafetividade, são assuntos não aceitos na sociedade russa, tendo em vista que essa sociedade ainda é fortemente regulada pelos princípios da religião cristã ortodoxa que controla as características da cultura, dos hábitos e das práticas públicas e privadas. Nesse sentido, a visão de mundo dos países de maioria russa está investida da imposição de uma disciplina e de uma moralidade pública pautada em princípios religiosos, cujas características são determinantemente vestidas de autoridade, conferindo um controle social rígido sobre diversas formas de comportamento sexual. Por meio do rígido controle social e religioso sobre as diversas formas de orientação e comportamento sexual, a moralidade tem como objetivo punir e combater comportamentos "antinaturais" ou socialmente indesejáveis por meio da disciplina moral (DABHOIWALA, 2013, p. 544). Por isso, seria preciso intervir de maneira mais acentuada para defender a sociedade do comportamento homossexual que é visto como uma perturbação social.

As autoridades políticas, militares e religiosas russas representam a autoridade determinante do que é sexual e socialmente considerado como natural ou

não. A importância da fé religiosa ortodoxa e das suas bases conservadoras são amplamente reafirmadas socialmente como uma questão de urgência diante de casos de práticas "antinaturais", tais como relações de pessoas do mesmo sexo (DABHOIWALA, 2013, p. 552). Para essas, aplica-se a censura jurídica, religiosa e social de combater o acesso de direitos fundamentais desses indivíduos, como o reconhecimento legal das suas uniões, da possibilidade de casar-se, adotar, entre outras. Os mecanismos legais e judiciais têm sido utilizados com o esforço de limitar e de refrear práticas sexuais supostamente "antinaturais".

A importância da fé religiosa e das suas bases conservadoras na Rússia são amplamente reafirmadas socialmente como uma questão de urgência, diante dos casos de práticas "antinaturais" tais como as relações de pessoas do mesmo sexo. A partir disso, pode-se afirmar que a sociedade russa está pautada nas distinções claras e fortemente marcadas entre o certo e o errado, a partir de visões tradicionais e religiosas que ditam os limites rígidos à moralidade e à liberdade sexual. Nessa lógica, objetiva-se combater comportamentos considerados "antinaturais" ou "socialmente indesejáveis" por meio da disciplina moral e religiosa.

A sexualidade pode ser considerada um dispositivo histórico de poder que insere o sexo em sistemas de unidade e de regulação social. Os mecanismos estatais sociais operam através do binarismo "hétero e homossexual" para a organização das sociedades na contemporaneidade, particularmente nos conhecimentos e nas práticas que sexualizam corpos, desejos, atos, identidades e relações interpessoais (LOURO, 2001, p. 543).

Por conta disso, o homossexual, neste contexto, nada mais é do que aquele que se coloca contra essa normalização, o que torna esse indivíduo um alvo de imediato, uma vez que representa uma oposição à heteronormatividade compulsória da sociedade. Vive-se, ainda atualmente, em um sistema pautado pelas relações estritamente naturalizadas entre homens e mulheres. Sendo assim, a sociedade está baseada nos padrões das relações heterossexuais, entre indivíduos sexualmente atraídos pelo sexo oposto; de modo que tudo que possa fugir dessa lógica, é "anormal". Em suma, as relações homoafetivas são transgressivas e perturbadoras ao *status quo* heteronormativo (BUTLER, 1999, p. 154).

Desse modo, a categorização binária de gênero (homem/mulher ou masculino/feminino) é utilizada como forma de perpetuar um regime heterossexual que opera de forma a limitar as possibilidades de gênero e sexualidade socialmente disponíveis, limitando e restringindo direitos fundamentais desses indivíduos. Essas pessoas são rotuladas e estigmatizadas, sofrendo uma série de violações de seus direitos, isto pois, a cultura social predominante não é capaz de aceitar e apreciar a diversidade de gênero.

É mister destacar que a homossexualidade não é apenas o desejo erótico-sexual existente entre pessoas do mesmo gênero, uma vez que se nasce gay, por essa razão ninguém poderia ser condenado por quem se é. A categorização de "heterossexual" e "homossexual" não deve mais comportar explicações biológicas sobre sexualidade, tais como aquelas presentes na Rússia. É necessário superar a ótica reprodutiva das relações sexuais interpessoais. Para isso, é preciso ampliar o acesso a direitos fundamentais de pessoas desse grupo social, por meio do respeito a diferentes identidades de gênero socialmente disponíveis.

Nesse contexto, frisa-se que o papel dos Estados nesse processo. Isto pois, os estados são construções históricas que regulam as atividades sociais, culturais e sexuais de seus indivíduos, com o objetivo de garantir a sua reprodução biológica e sexual; a (in)visibilidade de determinados corpos em estratégias de segurança como forma de violência discursiva, cujo função é a de reforçar as ortodoxias e as hierarquias de gênero, sexo e sexualidade.

Essas construções históricas regulam as atividades sexuais internas, com vistas a garantir a continuação da população e a perpetuação do poder por meio da reprodução biológica. Ademais, sinaliza-se que as ortodoxias e hierarquias de gêneros, sexo e sexualidade aprofundam a (in)visibilidade de certos grupos sociais, como os homossexuais.

Os mecanismos de controles sobre os corpos e suas identidades (sejam sexuais ou de gênero) são diversos, sendo o mais eficaz o discurso religioso, através de aparatos Estatais, afetando e decretando juridicamente normas de convivência e padrões de comportamento, principalmente em países teocráticos e ultraconservadores. Para isso, contesta-se o papel hegemônico das vertentes conservadores tradicionais, diante da sociedade moderna e diversa.

O fenômeno da globalização permitiu o desenvolvimento de indivíduos cujas "sexualidades fluidas", identidades de gênero distintas, apolíticas, desempenhando um papel disruptivo de hierarquias e normas sociais até então vigentes. Logo, faz-se necessário redefinir as identidades sociais heteronormativas presentes no sistema legal, a fim de incorporar os direitos fundamentais desse grupo social. Deveria se estabelecer um modelo de governo, no qual a população local é, ao mesmo tempo, causa e efeito do sistema de normas imposto por agentes externos, a fim de normatizar (e "normalizar") crenças e práticas múltiplas diferentes do padrão hétero.

O sistema legal russo, com base na moral religiosa e conservadora, atribui direitos e normas diferenciados entre os grupos sociais com a orientação sexual. Os limites entre o público e o privado na sociedade russa são muito tênues, uma vez que o comportamento de cada indivíduo deveria partir dos padrões sociais, culturais e religiosos pré-estabelecidos. A discussão de sexo e de sexualidade está na seara privada somente para os cidadãos heterossexuais e cisgêneros, ainda que controlados por padrões religiosos públicos (JESUS, 2014, p. 47). Essa é o pano de fundo para a vedação ao reconhecimento e à legitimidade das relações homoafetivas na Rússia, bem como em vários outros países.

Há inúmeras legislações no mundo que estabelecem restrições, proibições ou diferenciações à comunidade LGBTQIA+ apoiadas por seus respectivos Estados, o que se chamada de "homofobia patrocinada pelo Estado". Possuir relações com uma pessoa do mesmo sexo é proibido, considerado um crime cuja pena pode chegar à morte. Na maioria desses países, classifica-se o envolvimento dessas pessoas como práticas de sodomia ou atos homossexuais que devem ser punidas de diferentes formas desde a prisão até formas de morte (forca, decapitação ou apedrejamento). Há no mundo 13 países que condenam à morte pessoas com fundamento na orientação sexual e em 70 países a homossexualidade é considerada crime, segundo dados do relatório "Homofobia Patrocinada pelo Estado" do ano de 2019, elaborado pela Associação Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais e Intersexuais². Dentre esses países se destacam geograficamente países da África e da Ásia, principalmente do norte da África e do Oriente Médio.

² Disponível em: <<https://ilga.org/ilga-launches-state-sponsored-homophobia-2019>>. Acesso em: 08/11/2023.

As perseguições são pautadas na autoridade teocrática de textos e homens sagrados, na intolerância ao pluralismo social e religioso, no medo da liberdade sexual e na crença de que apenas os homens héteros poderiam governar. Correspondendo, desse modo, aos pilares que ajudam a manter a ordem social patriarcal e pautada nos princípios islâmicos.

Apesar de que o número de países que condenam a homossexualidade tenha diminuído nos últimos anos, há inúmeros óbices internos para que esses indivíduos tenham seus direitos atendidos. Há países nos quais, abrigam códigos que indiretamente dão margem à discriminação, como é o caso da Rússia, Hungria entre outros.

Inúmeros casos de violações de direitos de pessoas homoafetivas na Rússia e em outros países como os do Oriente Médio chamaram a atenção mundial e merecem atenção especial por parte da sociedade internacional. Isso se deve ao fato que, em muitos desses países, considera-se que a homossexualidade é uma doença. A exemplo da Transexualidade que era considerada um distúrbio mental, isto é, uma patologia até 2018 quando a Organização Mundial da Saúde promoveu a sua retirada da Classificação Estatística Internacional (CID-11).

Esse panorama de uma violação sistemática de direitos humanos faz com que muitos cidadãos desses países se vejam obrigados a fugir de seus países, a fim de preservar a sua integridade física e sua dignidade. Tais punições que podem variar desde o encarceramento até a condenação à morte são praticadas com base nas características sociais, culturais e religiosas daquele país, inseridos em uma estrutura que engaja e respalda socialmente e legalmente essas ações, como é caso russo.

Na Rússia, a homossexualidade e as relações homoafetivas não são proibidas, uma vez que o direito não veda tais condutas. No entanto, inexistem leis que protejam e respaldem as uniões homoafetivas, seja mediante o casamento seja mediante outra espécie de união. Esse fato fez com que muitos russos não tenham acesso a seus direitos fundamentais, forçando-os, muitas vezes, a viajar ou residir em outros países para viverem de maneira plena, digna e livre.

Ressalta-se que as relações homoafetivas existem e continuarão a existir, independentemente do reconhecimento jurídico do Estado. Nesse sentido, a

dignidade da pessoa humana implica uma obrigação geral de respeito pela pessoa (pelo seu valor intrínseco como pessoa), traduzida num feixe de deveres e direitos correlativos, relativos a um conjunto de bens indispensáveis ao florescimento humano (SARLET, 2005, p. 24).

O convívio com as diversidades é inerente à vida em sociedade, razão pela qual o respeito deve estar sempre presente em todas as relações. A homossexualidade é um fato não interdito pelo direito e diz respeito ao espaço privado da vida de cada um (Neves, Piovesan, p. 98, 2014). É preciso que os Estados adotem e implementem mecanismos eficazes ao combate à discriminação pautada na identidade de gênero, a fim de garantir o respeito aos direitos fundamentais da população LGBTQIA+. Logo, deve-se haver o reconhecimento de uniões de pessoas do mesmo gênero, com a garantia dos mesmos benefícios que são tradicionalmente conferidos às uniões "tradicionais" (no formato homem e mulher).

É imperioso que haja o respeito à dignidade humana, com respeito aos princípios da liberdade e da igualdade, juntamente com a proibição da discriminação sexual. Há que se reforçar a premissa de que todos são iguais perante a lei, impedindo que haja a imposição de qualquer forma de distinção de qualquer natureza. Para isso, é preciso alinhar a norma legal e constitucional com as políticas de respeito às uniões de pessoas do mesmo sexo. A intolerância, o preconceito e a falta de amparo legal são, desse modo, uma afronta aos direitos fundamentais desse grupo.

Frisa-se que reconhecer direitos a esse grupo social não significa reduzir, tampouco restringir, os direitos dos demais cidadãos. Isto é, esse movimento significa a inclusão de direitos aos excluídos, ao passo que garante a dignidade, a liberdade e a autonomia privada. Enquanto não houver a proteção legal às uniões de pessoas do mesmo gênero, reforça-se ações e discursos discriminatórios. É necessário, portanto, uma mudança do paradigma para a inclusão de direitos fundamentais básicos, isto é, garantir a proteção a esse grupo social juntamente com a garantia da não repressão.

Por fim, reconhece-se o direito fundamental ao reconhecimento e a proteção de uniões homoafetivas, com base nos princípios da dignidade humana, da igualdade

e da liberdade. Especialmente, pois, está-se diante de um importante aspecto da existência, da identidade e da essência desses indivíduos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise do caso “Fedotova e outros vs. Rússia” julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos em 17 de janeiro de 2023 traçou-se alguns apontamentos sobre o reconhecimento e a proteção de uniões de pessoas do mesmo sexo. A realidade russa e de muitos outros países em que prepondera a visão religiosa e conservadora faz com que inexistam mecanismos que protejam e respaldem direitos de pessoas LGBTQIA+, contribuindo para um cenário de violações de direitos fundamentais de indivíduos desse grupo.

O estudo do caso russo é de extrema importância, haja vista que foi possível traçar uma visão crítica de como o Estado e suas construções históricas regulam as atividades sexuais de sua população para valorizar a reprodução biológica e condicionam a visão social. Além disso, pôde-se apontar (in)visibilidade de certos corpos como estratégias de segurança para reforçar certas ortodoxias e hierarquias de gênero, de sexo e de sexualidade. O fenômeno da globalização acentuou estas hierarquias como também a comoditização dos corpos e das identidades a níveis internacionais.

O convívio com as diversidades é inerente à vida em sociedade, razão pela qual o respeito estar sempre presente em todas as relações. É preciso que os Estados adotem e implementem mecanismos eficazes de combate à discriminação pautada na identidade de gênero, a fim de garantir o respeito aos direitos fundamentais da população LGBTQIA+.

Logo, há o direito fundamental ao reconhecimento e à proteção de uniões de pessoas do mesmo gênero, com base nos princípios da dignidade humana, liberdade e igualdade. Faz-se necessário, portanto, estender todas as garantias e os direitos conferidos às relações heteronormativas para as relações homoafetivas.

REFERÊNCIAS

BUTLER, Judith. *Corpos que pesam: sobre os limites discursivos do 'sexo'*. In: LOURO, Guacira Lopes (Org.). *O corpo educado: pedagogias da sexualidade*. Belo Horizonte: Autêntica, 1999. p. 151-172. Disponível em: <https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/45109869/Pedagogia_Sexualidade.pdf?1461699261=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DO_CORPO_EDUCADO_PEDAGOGIAS_DA_SEXUALIDAD.pdf&Expires=1620498999&Signature=QEDxpKy3ovhLWmLXsr9xYDXIZnfy6P7B4BxOA1whlZ4xE7WgQqin-j2dP0YAdHC5CI-5~MBm-cm4MSzR5jF4drDlrfAzhGm-cF880dzryk-lxHvksiP6S4Higj4QeqCg8yMyMxBCdF6J58wVdXhBmt0IR9rBegagda-yO4MGBfdtyk6Q~be3vAJWF3MD~ycw5IRkwZ5jq86X7QbGiJMeVOBXx2N98owsUQ~6tp5d~AEDoGXWI53B7MtAgee4Y14PxLVgMybwjqHZ03OEeQ-0QT4GOCdhBJUmkzC5ZhkwThRlw293D9z8i69RizSneOH6cGudWM5twbgX3~qrbc9Q_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA#page=110>. Acesso em: 08/05/2021.

BUTLER, Judith. *Bodies that Matter: on the discursive limits of "sex"*. Nova York: Routledge, 1993. Disponível em: <<http://eng5010.pbworks.com/f/ButlerBodiesThatMatterEx.pdf>>. Acesso em: 08/05/2021.

BUTLER, Judith. *Gender Trouble: feminism and the subversion of identity*. Nova York: Routledge, [1990]. Disponível em: <http://lauragonzalez.com/TC/BUTLER_gender_trouble.pdf>. Acesso em: 08/05/2021.

DABHOIWALA, Faramerz. *As origens do sexo: uma história da primeira revolução sexual*. São Paulo: Globo, 2013, 1 ed. p. 543-567.

FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade I: a vontade de saber*. São Paulo: Graal, 2005.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva; Guacira Lopes Louro. Rio de Janeiro: Lamparina, 2014. p. 9. Disponível em: <<http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/ricultsociedade/article/view/6686>>. Acesso em: 08/05/2021.

HELLMAN, Ashlea. The Convergence of International Human Rights and Sharia Law: can international ideals and Muslim Religious Law coexist?. In: NEW YORK STATE BAR ASSOCIATION. *Pergam Writing Competition*. New York: New York State Bar Association, 2016. Disponível em: <http://www.nysba.org/Sections/International/Awards/2016_Pergam_Writing_Competition/submissions/Hellmann_Ashlea.html>. Acesso em: 08/05/2021.

JESUS, D.s.V.. O Mundo Fora do Armário: teoria queer e relações internacionais. *Revista Ártemis*, [S.L.], v. 17, n. 1, p. 41-50, 31 jul. 2014. Portal de Periódicos UFPB. Disponível em:

<<https://periodicos.ufpb.br/index.php/artemis/article/view/18751/11128>>. Acesso em: 08/05/2021.

LOURO, Guacira Lopes *Teoria queer: uma política pós-identitária para a educação*. Rev. Estudo. Fem., Florianópolis, v. 9, n. 2, p. 541-553, 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2001000200012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 08/05/2021.

MORTENSEN, Anne Katrine. *Abolition of the death penalty. An event history analysis of the political, cultural and socioeconomic determinants of death penalty abolition*. 2008. Dissertação (Mestrado em Política Comparada) – University of Bergen, Noruega, 2008.

NEVES, Mariana Moreira. PIOVESAN, Flavia. Os direitos fundamentais e o direito homoafetivo: a invalidade dos questionamentos preconceituosos. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 14, p. 93-117, jan./jun. 2014.

RICH, Adrienne. *Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence* (1980). In: *Signs*, v.5, n. 4, pp. 631–660. Disponível em: <<https://transasdocorpo.org.br/wp-content/uploads/2017/01/Compulsory-heterosexuality-and-lesbian-existence-2.pdf>>. Acesso em: 08/05/2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 24.

PARTE III

DIREITO ECONÔMICO, FINANCEIRO E TRIBUTÁRIO

21. FINALIDADE AMBIENTAL DA TRIBUTAÇÃO SEGUNDO AS DISPOSIÇÕES DA DIRETIVA Nº 2003/96/CE: COMENTÁRIO CRÍTICO AO ACÓRDÃO PROFERIDO PELA QUINTA SEÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA NO PROCESSO Nº C/833/21

ENVIRONMENTAL PURPOSE OF TAXATION ACCORDING TO THE PROVISIONS OF DIRECTIVE Nº 2003/96/EC: CRITICAL COMMENTARY ON THE JUDGMENT RENDERED BY THE FIFTH SECTION OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION IN CASE Nº C/833/21



<https://doi.org/10.36592/9786554601542-21>

Rafael Louzada Nardin¹

RESUMO

O presente texto tem como objetivo analisar e estruturar comentário crítico acerca do acórdão proferido pela Quinta Seção do Tribunal de Justiça da União Europeia no processo nº C/833/21, expediente judicial esse que tem como temática central o estudo da utilização da tributação para fins de alcance dos objetivos de política ambiental estabelecidos pela União Europeia, tomando-se por base as disposições da Diretiva nº 2003/96/CE. Para tanto, propõe-se um breve esclarecimento dos principais contornos fáticos e jurídicos que circundam o acórdão analisado, de forma a delimitar o cenário em que o presente litígio se passa. Após o estabelecimento de tal panorama, passar-se-á pelo estudo doutrinário das funções da tributação e de como ela pode ser empregada pelo atingimento de metas ambientais, tomando maior atenção em relação a função extrafiscal do fenômeno tributário. Ao final estruturam-se considerações conclusivas acerca da decisão proferida pela Quinta Seção do Tribunal de Justiça da União Europeia no processo nº C/833/21. Em síntese, conclui-se que o posicionamento assumido na decisão proferida pela TJUE se mostra assertivo, pois chancela o entendimento de que tributo que simplesmente onera cadeia de produtos energéticos poluentes efetivamente realiza a sua finalidade ambiental através do desencorajamento do consumo.

Palavras-chave: Tributação ambiental; fontes energéticas não renováveis.

ABSTRACT

¹ Advogado, bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pós-graduado em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul (ESMAFE-RS). Pós-graduado em Direito Tributário pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4320153255408752>. Email para contato: rafaellouzadanardin@gmail.com.

The purpose of this text is to analyze and structure a critical comment on the ruling handed down by the Fifth Section of the Court of Justice of the European Union in case No. C/833/21, a judicial file that has as its central theme the study of the use of taxation for purposes of achieving environmental policy objectives established by the European Union, based on the provisions of Directive No. 2003/96/EC. To this end, a brief clarification of the main factual and legal contours surrounding the analyzed ruling is proposed, in order to delimit the scenario in which the present dispute takes place. After establishing such panorama, we will proceed to a doctrinal study of the functions of taxation and how it can be used to achieve environmental goals, paying greater attention to the extra-fiscal function of the tax phenomenon. At the end, conclusive considerations are structured regarding the decision handed down by the Fifth Section of the Court of Justice of the European Union in case No. C/833/21. In summary, it is concluded that the position taken in the decision handed down by the CJEU appears to be assertive, as it endorses the understanding that a tax that simply burdens the chain of polluting energy products effectively achieves its environmental purpose by discouraging consumption.

Keywords: Environmental taxation; non-renewable energy sources.

INTRODUÇÃO

A preservação do meio ambiente é um tema de extremo interesse da comunidade internacional nas últimas décadas. Uma vez que o mundo globalizado começou a identificar que o desenvolvimento econômico despreocupado com a pauta ambiental está causando danos irreversíveis ao planeta, os países começaram a discutir formas de se impedir, ou pelo menos retardar, o esgotamento dos recursos naturais não renováveis e das mudanças climáticas ocasionadas por influência direta do ser humano moderno.

Por mais que tenha ocorrido inúmeros eventos importantes acerca da temática de preservação ambiental, pode se referir como um dos marcos mais relevantes para o reconhecimento internacional dessa pauta a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano ocorrida em Estocolmo, Suécia, em 1972. Aquela foi a primeira oportunidade em que governantes das maiores nações globais se reuniram para direcionar seu foco exclusivamente na pauta ambiental, tendo sido discutidas políticas, metas e métodos a serem observados pelas nações nas próximas décadas (ONU, 1972).

A partir da Convenção de Estocolmo, diversos outros eventos internacionais foram promovidos em favor da conscientização e estabelecimento de metas de

implementação de um comportamento econômico e social alinhado com a preservação do meio ambiente. Dentre os diversos temas que compõem esse âmbito de discussão, uma grande preocupação sempre foi a identificação de formas de substituição da matriz energética das economias mundiais extremamente poluente (a base de carvão, petróleo, etc) por uma, ou algumas, que não poluíssem em demasia o meio ambiente.

Acerca do tema da política energética, importante citar a firmação do Protocolo de Quioto, evento marcante na discussão das políticas energéticas internacionais, pois foi o primeiro tratado internacional realizado para debate do controle de emissão de gases de efeito estufa na atmosfera (ONU, 1997). A preocupação com a definição de uma nova fonte energética para substituir a atual matriz poluente é nítida na União Europeia. O bloco econômico europeu já divulgou que está readequando para padrões ambientais toda a sua estrutura de transporte do continente, representando uma das medidas para o atingimento do objetivo principal do programa europeu "*Fit for 55*": alcançar a neutralidade climática da UE até 2050 (Conselho da União Europeia, 2021).

Em face desse interesse na promoção da preservação do meio ambiente, a União Europeia tem estabelecido inúmeras diretivas que tem como objetivo direcionar a legislação dos Estados-membros em prol da adoção de posturas e comportamentos verdes. Dentre os diversos instrumentos estatais que podem ser empregados para atingimento deste objetivo, destaca-se aqui a tributação como um dos mais relevantes. Conforme será detalhado em tópico específico mais a frente, visando promover o alinhamento do regime fiscal do bloco às políticas de preservação ambiental discutidas desde 1972, foi emitida a Diretiva nº 2003/96/CE, na qual foram estabelecidos inúmeros pontos pertinentes para utilização do instrumento tributário para finalidade ambiental (Conselho da União Europeia, 2003).

Entretanto, por mais que tenha sido estabelecido tal ponto, ainda há muita discussão entre os Estados-membros acerca do efetivo enquadramento de seus "tributos ambientais" como "tributos por razões de política ambiental". Ou seja, existe ainda insegurança por parte de algumas jurisdições acerca dos requisitos que deveriam ser averiguados para análise do enquadramento ou não de um instrumento tributário como tendente ao atingimento de metas vinculadas à política ambiental do

Bloco Europeu. Neste sentido, passa-se a analisar criticamente decisão proferida pela Quinta Seção do Tribunal de Justiça da União Europeia que analisou essa problemática segundo os contornos da tributação espanhola sobre o carvão no processo nº C-833/21 (União Europeia, 2023).

ESCLARECIMENTO FÁTICO DO LITÍGIO ANALISADO NO PROCESSO Nº C-833/21 PELA QUINTA SEÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPÉIA

O caso escolhido para ser o plano de fundo fático do presente estudo é o reenvio prejudicial nº 833/21 promovido pela Audiência Nacional (Espanha) acerca da identificação dos requisitos que devem ser observados pela jurisdição espanhola para constatar se a sua legislação tributária sobre o mercado de carvão está alinhada com a Diretiva nº 2003/96/CE. Em síntese, naquela oportunidade estava sendo discutido entre a *Endesa Generación, S.A.U.* (empresa de energia contribuinte) e *Tribunal Económico-Administrativo Central* (Autoridade administrativa-fiscal espanhola) a estrutura de tributação sobre o consumo de carvão estabelecido pela *Ley nº 38/1992 (Ley de Impuestos Especiais)* a partir das alterações trazidas pela *Ley nº 15/2012 (Ley relativa a medidas fiscales para la sostenibilidad energetica)*.

No caso concreto, a Endesa teve uma de suas centrais térmicas (Litoral de Almería - Espanha) fiscalizada pelas autoridades fiscais espanholas no exercício de 2013. Naquela oportunidade, restou constatado que a empresa estava consumindo em seus estabelecimentos carvão que não tinha sofrido tributação em virtude de ter sido declarado como "para revenda", hipótese essa isenta a tributação do imposto sobre carvão previsto no art. 77º da *Ley nº 38/92*. Restou apurado que os lotes de carvão analisados tinham sido adquiridos por empresa secundária que faz parte do grupo empresarial da Endesa e encaminhado para autoconsumo, sem o devido recolhimento tributário.

Na esfera administrativa, foi defendido pela fiscalização, em síntese, que caberia a autuação da empresa para recolhimento de tributação majorada, acrescida de juros de mora, fazendo com que a tributação tivesse sua "matéria coletável" (base de cálculo) definida a partir do "poder calorífico superior do carvão, independentemente da energia efetivamente utilizada para a produção de

eletricidade". Em contrapartida, a empresa autuada argumentou que: 1) não seria cabível a determinação do imposto sobre o carvão com base no poder calorífico superior do carvão; 2) o carvão fiscalizado não se tratava dos lotes declaradas para revenda de empresa de seu grupo econômico; 3) a análise do estoque contábil estava equivocada; e 4) que o imposto em análise não estava em conformidade com o direito da União no que respeita aos consumos destinados à produção de energia elétrica.

Após a tramitação administrativa, a discussão chegou ao âmbito da Audiência Nacional (Espanha), que se manifestou parcialmente sobre a discussão, entendendo que "a matéria coletável do imposto sobre o carvão deve ser determinada tendo em conta o poder calorífico superior, uma vez que a legislação espanhola estabelece uma taxa de imposto fixa"; quanto à efetiva ocorrência do fato gerador do imposto, entendeu o órgão jurisdicional que esse "ocorreu efetivamente no momento da aquisição do carvão para efeitos de produção de energia elétrica" (União Europeia, 2023). Quanto ao alinhamento da legislação tributária espanhola às diretrizes estabelecidas na Diretiva nº 2003/96/CE, entendeu a Corte por suspender o julgamento e encaminhar algumas questões prejudiciais para serem analisadas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia:

1) A norma nacional espanhola que estabelece um imposto sobre o carvão destinado à produção de eletricidade é compatível com o artigo 14.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva [2003/96] quando, apesar de declarar ter como objetivo a proteção do ambiente, tal finalidade não se reflete na estrutura do imposto, destinando-se a sua coleta ao financiamento dos custos do sistema elétrico? 2) Pode o objetivo ambiental considerar-se concretizado na estrutura do imposto pelo facto de se fixarem as taxas de tributação por referência ao poder calorífico do carvão utilizado na produção de eletricidade? 3) A finalidade ambiental é alcançada pelo simples facto de se criarem impostos sobre certos produtos energéticos não renováveis e de a utilização dos produtos considerados menos nocivos para o meio ambiente não estar sujeita a tributação?» (União Europeia, 2023)

Frente a essas questões prejudiciais apresentadas, entende-se como pertinente o aprofundamento do estudo de alguns conhecimentos científicos essenciais da presente discussão, de forma a construir um arcabouço basilar para interpretação das conclusões formuladas pela Corte de Justiça Europeia no caso.

ANÁLISE CRÍTICA DO JULGADO

Frente ao panorama fático apresentado, percebe-se que há um grande conjunto de elementos que devem ser previamente averiguados antes da devida análise crítica das conclusões alcançadas pela Quinta Seção do Tribunal de Justiça Europeu no presente caso. Dessa forma, pretende-se nos tópicos seguintes explorar com certo detalhamento assuntos vinculados a tributação e do seu uso para atingimento de finalidades ambientais para, assim, construir-se um arcabouço sólido de conhecimentos pertinentes para o desfecho do litígio travado no caso ilustrado no tópico.

TRIBUTAÇÃO E SUAS FUNÇÕES/FINALIDADES

Historicamente, a tributação tem sido pensada e empregada como método de custeio da máquina estatal. Paulo Caliendo reconhece que, decidindo a sociedade pela sua organização em forma de Estado, naturalmente surge a necessidade de financiar tal estrutura de forma a atingir os objetivos pelos quais ele foi criado (CALIENDO, 2023, p. 451). Esses objetivos podem ser desde o custeio das atividades tipicamente estatais, até de políticas públicas e da concretização de direitos fundamentais. Assim, sendo a tributação um instrumento para o financiamento dessa atividade estatal de forma direta, ela possui a função arrecadatória, denominada pela doutrina como fiscalidade.

Entretanto, além da tributação possuir esse aspecto umbilicalmente ligada à sua gênese, autores como Luis Eduardo Shoueri reconhecem que desde o princípio foi possível constatar que a tributação acarreta outros efeitos que são diversos do simples financiamento do Estado (SCHOUERI, 2005, p. 41). Uma vez que o aspecto financeiro é elemento determinante na vida moderna, doutrinadores como Dyenyffer Brum de Moraes defendem que o encarecimento de certos produtos ou situações resulta em um efeito de indução comportamental das atitudes das pessoas (Moraes, 2013, p. 73). Esse fenômeno ficou conhecido como extrafiscalidade, ou seja, o efeito

causado pela tributação, ou por sua ausência, que resulta na indução comportamental das pessoas.

Destaca Caliendo como elementos caracterizadores da extrafiscalidade: i) fim constitucional pretendido; ii) meio utilizado; e a iii) técnica adotada. Perante o ordenamento brasileiro, o professor gaúcho defende que o fim constitucional almejado deve constar expressamente na Carta Magna e objetivar a realização das finalidades da ordem constitucional ou social (família, cultura, meio ambiente, etc.)² (CALIENDO, 2023, p. 454).

Com a adoção de uma posição de preservação ambiental pelo Bloco Europeu, esse começou a desenvolver políticas e regramentos que visavam ao atingimento deste objetivo comunitário. Todavia, além da possibilidade de a União Europeia atingir todas essas metas ambientais através da atuação ativa, essa poderia utilizar outros métodos que tendenciarium indiretamente a sociedade aos objetivos ambientais. Assim, a tributação, em virtude de seu indissociável aspecto extrafiscal, ou seja, de indução comportamental, se apresenta como excelente instrumento neste cenário de proteção e promoção do meio ambiente.

TRIBUTAÇÃO E SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL

É interessante destacar que a preocupação com o meio ambiente se mostra um fenômeno bastante presente no âmbito internacional já há algum tempo. Dentre os diversos eventos importantes que ocorreram e marcaram a mudança de postura internacional quanto ao ponto, destaca-se a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, Suécia, em 1972 (ONU, 1972).

Aquela oportunidade foi a primeira vez que grandes governantes estatais se reuniram de forma direta para discussão exclusiva de métodos, políticas e metas a serem desenhadas em prol da preservação do meio ambiente. A partir da declaração de Estocolmo, firmada ao final da conferência, além da criação da primeira agência ONU focada em questões ambientais, o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), foi estabelecido 26 cláusulas que abordavam tópicos relevantes

² No caso da União Europeia, poderia se utilizar a hipótese do “fim comunitário pretendido”.

para meio ambiente como preservação da água, do ar, do solo, da fauna e da flora; produção de recursos renováveis; descarga de substâncias tóxicas; direitos humanos; desenvolvimento da ciência e tecnologia; entre outros.

A partir deste momento, ocorreram inúmeros outros encontros internacionais sobre a temática ambiental de extrema importância, tais como: 1) Relatório Brundtland, de 1987, evento em que foi introduzido no debate internacional o conceito de desenvolvimento sustentável (ONU, 1987); 2) Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 (ONU, 1992); 3) Cúpula Mundial do Desenvolvimento Sustentável, ocorrida em Joanesburgo, África do Sul, em 2002 (ONU, 2002).

Frente à crescente preocupação internacional com a proteção do meio ambiente, inúmeras organizações internacionais investiram no estudo para alinhamento da pauta verde com o desenvolvimento social e, especialmente, econômico da comunidade global. A título de exemplo, é possível destacar o relevante trabalho desenvolvido pela OECD (Organization for Economic co-operation and development) como a chamada Green Tax Reform, que visa auxiliar governantes na estruturação de tributações em prol da preservação do meio ambiente (OECD, 1999).

Neste contexto de surgimento de inúmeras temáticas ambientais, como o problema do acúmulo de lixo e a necessidade de reciclagem, o desmatamento e a emissão dos gases poluentes causadores do efeito estufa, para direcionar o foco do presente estudo, entendeu-se pelo aprofundamento nos temas relativos à promoção de condutas em prol das mudanças das fontes energéticas tradicionais (como petróleo, gás, etc.) para as chamadas limpas (como eólica, solar, etc). Para alcance desse objetivo, além do desenvolvimento de inúmeras políticas de conscientização social da pauta ambiental, Casalta Nabais defende que a tributação se mostra como uma ferramenta muito eficiente para reeducação da população quanto à importância da preservação ambiental (NABAIS, 2009, p. 1).

TRIBUTAÇÃO DAS FONTES ENERGÉTICAS EM ALINHAMENTO COM A PRESERVAÇÃO AMBIENTAL

Quanto à questão energética, conforme comentado, essa tem sido objeto de inúmeras discussões internacionais entre as potências mundiais como o Protocolo de Quioto, firmado em 1997, e a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima, ocorrida no Rio de Janeiro em 1992. Para atingimento dos objetivos internacionais assumidos pelos países, esses começaram a desenvolver inúmeros instrumentos estatais como estabelecimentos de parâmetros mínimos de eficiência energética e potencial poluidor de veículo, incentivos à estruturação de usinas que produzem energia limpa como nuclear, eólica e solar. Dentro dessa seara de incentivos de fontes energéticas limpas, a tributação se mostra como uma ferramenta extremamente eficiente para a condução da mudança de comportamento da sociedade em prol dos objetivos ambientais.

Neste contexto de estruturação de sistemática tributária em prol da preservação do meio ambiente é que está encaixada a Diretiva nº 2003/96/CE. Tal expediente surge em face da previsão do Art. 6º da versão consolidada do Tratado de Roma que impõem a necessidade de integração da matéria de proteção ambiental nas políticas comunitárias e da então ausência de disposições acerca de parâmetros mínimos de tributação da electricidade e dos produtos energéticos que não os óleos minerais, sendo lacuna jurídica que poderia prejudicar o bom funcionamento do mercado interno europeu (UNIÃO EUROPEIA, 2002).

Ciente da preocupação ambiental do bloco europeu, resta previsto nas disposições iniciais da Diretiva que “a fim de promover a utilização de fontes de energia alternativas, as energias renováveis poderão beneficiar de tratamento preferencial” e que “as empresas que celebrem acordos destinados a melhorar significativamente a protecção do ambiente e a eficiência energética merecem uma atenção particular” (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2003).

Em síntese, trata-se de regulamento fiscal que estabelece as diretrizes comunitárias da União Europeia acerca da forma como a tributação deve ser empregada nos produtos energéticos e na electricidade para o atingimento das metas de redução da emissão dos gases estufas advindos da produção energética do bloco europeu. Dentre as inúmeras previsões diretivas que circundam o presente tema, para fins de viabilizar uma melhor interpretação do julgado a que esse estudo se propôs a analisar, passa-se a aprofundar a análise do art. 14º, nº 1, alínea a).

O dispositivo em destaque estabelece como regra geral a isenção tributária dos produtos energéticos, visando evitar a ocorrência de fraude, evasão fiscal ou manipulações tributárias abusivas, haja vista o grande potencial de ocorrência de guerra fiscal entre os Estados-membros. Entretanto, na segunda parte da alínea a) do nº 1, resta consagrada hipótese excepcional à regra isentiva do caput do artigo: “por razões de política ambiental, os Estados-Membros podem sujeitar estes produtos a imposto, sem que tenham de respeitar os níveis mínimos de tributação estabelecidos na presente directiva”. Ou seja, caso se pretenda atingir objetivo alinhado a preservação do meio ambiente, será possível a oneração tributária da cadeia produtiva de produtos energéticos poluentes (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2003).

Para complementar a correta interpretação das disposições acima mencionadas sobre a Diretiva nº 2003/96/CE, necessário se faz comentar brevemente sobre as disposições da Diretiva nº 2008/118/CE, que revoga a Diretiva nº 92/12/CEE. A Diretiva nº 2008/118/CE dispõe sobre o regime geral dos impostos especiais para consumo de produtos que possuem um impacto econômico relevante para o bloco europeu, sendo alguns deles os produtos energéticos e a eletricidade. Conforme Art. 1º, nº 2 da Diretiva em destaque, desde que compatível com as normas fiscais da Comunidade aplicáveis, “os Estados-Membros podem cobrar, por motivos específicos, outros impostos indirectos sobre os produtos sujeitos a impostos especiais de consumo” (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2008)³

Direcionando o foco a realidade tributária espanhola acerca da temática energética, tal matéria é regulada pela *Ley nº 38/1992 de Impuestos Especiales*, conforme alteração pela *Ley nº 15/2012 de medidas fiscales para la sostenibilidad energetica*. Essa última pontua em seu preâmbulo que suas disposições visam harmonizar o regime fiscal espanhol “com uma utilização [da energia] mais eficiente e respeitadora do ambiente e da sustentabilidade” (ESPANHA, 2012). Quanto ao consumo de carvão para fins energéticos, tal regra de incidência tributária se encontra prevista nos Art. 75 a 88 da *Ley nº 38/1992*. Tal imposto especial acrescido

³ Vale destacar que a Diretiva nº 2008/118/CE não está mais em vigor desde 12/03/2023, uma vez que foi revogada pela Diretiva (UE) 2020/262. Todavia, como sua análise é importante o desfecho do processo nº C/833/21 julgado pelo TJUE, mostra-se relevante sua abordagem no presente estudo.

pela *Ley nº 15/2012*, que propõe um agravamento fiscal da cadeia econômica do carvão que anteriormente era isenta, foi editado sob a justificativa de que objetivava influenciar a cadeia energética em prol de condutas alinhadas com a proteção do meio ambiente.

ANÁLISE DA TRIBUTAÇÃO DO IMPOSTO ESPECIAL ESPANHOL SOBRE O CONSUMO PARA FINS ENERGÉTICOS DO CARVÃO E DAS CONCLUSÕES ATINGIDAS PELO TJUE NO CASO DE ESTUDO

Retomando alguns elementos trabalhados no começo do presente texto, a tributação moderna apresenta duas funções básicas: a fiscalidade, que se mostra como a utilização do sistema tributário para o financiamento da máquina estatal; e a extrafiscalidade, que seria a utilização do fenômeno fiscal em prol da indução de comportamentos sobre a sociedade, tornando a questão arrecadatória secundária. Trazendo essas premissas para temática ambiental, é defendido pela doutrina moderna que a proteção do meio ambiente através da tributação pode se dar por ambos as funções.

É possível a utilizar a tributação para fins de financiar, por exemplo, programas governamentais que promovem práticas em prol da preservação do meio ambiente, como ocorre no caso da destinação de parcela da arrecadação federal para o Fundo Nacional do Meio Ambiente (Brasil, 1989). Além do financiamento da atuação direta do Estado, é possível também utilizar a tributação com fins extrafiscais que estimulam práticas verdes, como desonerações tributárias de carros a partir de sua eficiência energética, e que desestimulam práticas poluentes, como a majoração da carga tributária de produtos ligados aos processos poluentes como derivados do petróleo (BRASIL, 2022).

Tomando por base a estrutura do imposto especial espanhol incidente sobre o consumo de carvão, por mais que o produto de sua arrecadação não seja empregado em fundo ou programa governamental específico de proteção ambiental, como é alegada pela empresa contribuinte no caso estudado neste texto, não se pode negar que tal incidência tributária majorada está ocasionando em uma indução

comportamental negativa quanto ao consumo da commodity, perfectibilizando exato caso de extrafiscalidade positiva.

Em consonante sentido, Dyenyffer Brum de Moraes entende que as pessoas têm a tendência de alterar seus comportamentos quando diante de oportunidades disponíveis que venha acompanhadas de uma compensação: "As pessoas, portanto, respondem a incentivos, e isso os torna cruciais para analisar o funcionamento da economia". Firmada essa premissa, complementa a autora que "as decisões individuais não são absolutamente independentes; são tomadas em um ambiente - o mercado - também formado pelas decisões de outros agentes, de modo que as oportunidades disponíveis dependem, em grande medida, de escolhas feitas por outras pessoas" (MORAES, 2013, p. 73).

Retomando as disposições comunitárias sobre o tema, em contrapartida à regra geral de isenção tributária dos produtos energéticos e a eletricidade utilizados para produzir eletricidade prevista no art. 14, nº 1, alínea "a" da Diretiva nº 2003/96/CE, existe regra excepcional prevista na segunda parte do mencionado artigo, possibilitando assim que os Estados Membros tributem esses produtos "por razões de política ambiental". Tal disposição deve ser analisada em sintonia com a Diretiva nº 2008/118/CE, que versa sobre os impostos especiais de consumo, visto que essa possibilita que os Estados-Membros possam cobrar impostos indiretos suplementares sobre os produtos sujeitos a impostos especiais de consumo desde que estejam preenchidos dois requisitos: por motivos específicos; e conforme normas fiscais da União aplicáveis aos impostos especiais de consumo e ao imposto sobre o valor acrescentado no que diz respeito à determinação da matéria coletável, à liquidação, à exigibilidade e ao controle do imposto.

No caso do imposto especial espanhol sobre o consumo de carvão estabelecido a partir das alterações promovidas pela *Ley nº 15/2012* à *Ley nº 38/1992*, entendeu a Quinta Secção do TJUE no julgamento do reenvio prejudicial do processo nº C-833/21 que, por mais que não se esteja utilizando a função da fiscalidade do tributo para atingimento dos objetivos ambientais, a sua função extrafiscal de desencorajar o seu consumo através do encarecimento da carga tributária demonstra a utilização do imposto para motivo específico, a proteção ambiental:

Nestas circunstâncias, há que considerar que um imposto é cobrado «por razões de política ambiental», na aceção do artigo 14.º, n.º 1, alínea a), segundo período, da Diretiva 2003/96, quando existe uma relação direta entre a utilização das receitas e a finalidade da tributação em questão ou quando esse imposto, sem prosseguir uma finalidade puramente orçamental, é concebido, no que respeita à estrutura, nomeadamente à matéria coletável ou à taxa de imposto, de um modo que influencia o comportamento dos contribuintes num sentido que permita assegurar uma melhor protecção do ambiente, por exemplo, tributando significativamente os produtos considerados para desincentivar o seu consumo ou incentivando a utilização de outros produtos cujos efeitos são, em princípio, menos nocivos para o ambiente. (UNIÃO EUROPEIA, 2023)

Dessa forma, a alegação da contribuinte de ausência de motivos específicos face à não afetação predeterminada das receitas do tributo em tela não ocasiona na consequente não preenchimento do requisito de motivação específica prevista no Art. 1.º, n.º 2, da Diretiva nº 2008/118/CE. Para o órgão coletivo da Corte de Justiça Europeia, caso o tributo seja concebido estruturalmente “de modo a influenciar o comportamento dos contribuintes num sentido que permita realizar o motivo específico invocado, por exemplo, através da tributação significativa dos produtos considerados para desencorajar o respetivo consumo”, pode esse ser considerado como “tributo por razão de política ambiental” (UNIÃO EUROPEIA, 2023).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O progresso econômico em ritmo geométrico das grandes potências mundiais não deve ser entendido como um fenômeno negativo, todavia, deve gerar um alerta para a necessidade desse desenvolvimento econômico ocorrer a partir de bases sustentáveis e alinhadas com a preservação do meio ambiente. Conforme destaca Ingo Sarlet em sua doutrina acerca da realidade brasileira, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e qualidade de vida restou explicitamente previsto no texto constitucional em seu capítulo da ordem social (art. 225), “assumindo, de acordo com a formulação empregada pelo Constituinte, a feição de um ‘bem de uso comum do povo’, podendo, nesse sentido, ser qualificado como autêntico direito

coletivo, ainda que se possa controverter a respeito de seu caráter de direito fundamental" (SARLET, 2018, p. 178).

Na esfera internacional, a preocupação da proteção ambiental é tema de longa análise, já tendo sido firmados inúmeros tratados no sentido de estabelecer não só diretrizes para o desenvolvimento mundial sustentável como também metas objetivas de redução de práticas poluentes, como ocorre com os 17 objetivos do desenvolvimento sustentável (ODS) no Tratado firmado na Convenção das Nações Unidas em 2015 (ONU, 2015). Para atingimento desses objetivos assumidos por grande parte da comunidade global, além da necessidade de engajamento da sociedade e do setor econômico, os países devem se valer de instrumentos estatais no sentido de atuar tanto de forma ativa como de forma passiva.

Dentre as opções de influência estatal que podem ser empregadas, a tributação se mostra como ferramenta extremamente eficiente para proporcionar a concretização da proteção do meio ambiente. Tanto a função de fiscalidade (de promoção de incidência tributária para financiamento de programas governamentais em prol da sustentabilidade ambiental) como a função de extrafiscalidade (de indução comportamental dos agentes da sociedade em prol de posturas mais verdes), se mostram como facetas extremamente eficientes da tributação para contribuir com a concretização de um desenvolvimento econômico verdadeiramente sustentável.

Neste sentido, a previsão de Diretivas da União Europeia que permitem a instituição de tratamento tributário diferenciado em face do grau de lesividade vinculado à matéria tributária está perfeitamente alinhado com os compromissos assumidos pelo Bloco Europeu em inúmeros tratados internacionais. A partir da decisão ora estudada, pode-se constatar que a incidência tributária "para fins de política ambiental" não estará concretizada unicamente caso haja uma predeterminação do produto do tributo à determinado fundo/programa governamental de atuação em prol do meio ambiente. Haja vista a possibilidade da utilização da tributação pela sua perspectiva extrafiscal, é possível que um tributo seja enquadrado como "ambiental" caso sua estrutura de incidência ocasione na indução comportamental da sociedade de forma ou a estimular práticas verdes,

como no caso de isenções de carros elétricos, ou a desestimular práticas poluentes, como no caso do encarecimento tributário de fontes energéticas não renováveis.

Quando da utilização extrafiscal de um determinado tributo, tal eficiência acerca do objetivo específico que se busca ocasionar deve ser analisado, em um primeiro momento, de forma presumida. Entretanto, cria-se o dever de o Estado rever periodicamente através da análise de dados se o objetivo inicialmente pretendido realmente está sendo atingido na realidade. Assim, entende-se que a revisitação da presente matéria pela academia se mostra como fenômeno muito benéfico para desenvolvimento e atualização científica do regramento tributário ambiental, proporcionando conclusões mais maduras e contemporâneas que serão bases e fundamentos das futuras decisões acerca do desenvolvimento sustentável mundial.

REFERÊNCIAS

CALIENDO, Paulo *Curso de direito tributário*. – 5. ed. – Porto Alegre : Editora Fundação Fênix, 2023. Disponível em: https://www.fundarfenix.com.br/_files/ugd/9b34d5_effce1f00bed4e67bbb92e66e3a31d13.pdf Acesso em: 24 de agosto de 2023;

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Objetivo 55 ("Fit for 55")*. Bruxelas, 2021. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/green-deal/fit-for-55-the-eu-plan-for-a-green-transition/>. Acesso em: 28 out. 2023.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2003/96/CE do Conselho que reestrutura o quadro comunitário de tributação dos produtos energéticos e da electricidade*. Bruxelas, 2003. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32003L0096>. Acesso em: 28 out. 2023.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2008/118/CE do Conselho relativa ao regime geral dos impostos especiais de consumo e que revoga a Directiva 92/12/CEE*. Bruxelas, 2008. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008L0118>. Acesso em: 28 out. 2023;

BRASIL. *Decreto nº 11.158, de 29 de julho de 2022*. Aprova a Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/d11158.htm. Acesso em: 28 out. 2023;

BRASIL. *Lei nº 7.797, de 10 de julho de 1989*. Cria o Fundo Nacional de Meio Ambiente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1989].

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7797.htm. Acesso em: 28 out. 2023;

ESPAÑA. *Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética*. Madrid, ES: Rei da Espanha, [2012]. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/l/2012/12/27/15/con>. Acesso em: 28 out. 2023;

MORAES, Dyenyffer Brum de. *Tributação extrafiscal no direito brasileiro: aplicações efetivas e perspectiva de otimização*. – Porto Alegre: Imprensa Livre, 2013;

NABAIS, Casalta. Tributos com Fins Ambientais. *Revista das Finanças Públicas e Direito Fiscal*. Lisboa: 2009. Disponível em: <https://icjp.pt/sites/default/files/media/722-1115.pdf>. Acesso em: 28 out. 2023.

OECD. *Environmental Taxes and Green Taxes Reform*. Disponível em: <https://www.oecd.org/sd-roundtable/papersandpublications/39372634.pdf>. Acesso em: 24 out. 2023;

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. *Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano*. Estocolmo, 1972. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NL7/300/05/PDF/NL730005.pdf?OpenElement>. Acesso em: 28 out. 2023;

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. *Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <https://www.un.org/en/conferences/environment/rio1992>. Acesso em: 28 out. 2023;

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. *Protocolo de Quioto à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Alterações Climáticas*. Quioto, 1997. Disponível em: <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf>. Acesso em: 28 out. 2023.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. *Relatório da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Brundtland, 1987. Disponível em: <http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>. Acesso em: 28 out. 2023;

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. *Relatório da "World Summit" sobre Desenvolvimento Sustentável*. Joanesburgo, 2002. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/636/93/PDF/N0263693.pdf?OpenElement>. Acesso em: 28 out. 2023;

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. *Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável até 2030*. Nova Iorque, 2015. Disponível em <https://documents-dds->

ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/291/89/PDF/N1529189.pdf?OpenElement. Acesso em: 28 out. 2023;

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018;

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. – Rio de Janeiro: Forense, 2005;

UNIÃO EUROPEIA. *Tratado que institui a Comunidade Europeia (versão compilada Nice)*. Nice, 2002. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:12002E/TXT>. Acesso em: 28 out. 2023;

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia (Quinta Secção). *Processo C-833/21 (ECLI:EU:C:2023:516)*. Reenvio prejudicial – Tributação dos produtos energéticos e da eletricidade – Diretiva 2003/96/CE – Artigo 14.o, n.o 1, alínea a) – Isenção dos produtos energéticos e da eletricidade utilizados para produzir eletricidade – Derrogação – Tributação dos produtos energéticos por “razões de política ambiental” – Alcance. Recorrente: Tribunal Económico-Administrativo Central. Recorrido: Endesa Generación, S.A.U. Relator: Z. Csehi, 22 de junho de 2023. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=274871&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4107541>. Acesso em: 28 out. 2023.

22. DIRETIVA Nº 2011/16/UE E DIREITOS FUNDAMENTAIS: ANÁLISE CRÍTICA DO ACÓRDÃO C-245/19 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA E SUAS IMPLICAÇÕES NA COOPERAÇÃO FISCAL NO ESPAÇO EUROPEU

DIRECTIVE 2011/16/EU AND FUNDAMENTAL RIGHTS: CRITICAL ANALYSIS OF THE JUDGMENT C-245/19 OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION AND ITS IMPLICATIONS ON FISCAL COOPERATION IN THE EUROPEAN AREA



<https://doi.org/10.36592/9786554601542-22>

*Luiza Tonial Ribeiro*¹

RESUMO

O presente artigo analisa criticamente o Acórdão C-245/19 do Tribunal de Justiça da União Europeia (UE), focando na Diretiva 2011/16/UE e sua aplicação na cooperação fiscal entre Estados-Membros da UE. A metodologia empregada envolve uma análise detalhada do contexto legal e factual que conduziu ao acórdão, examinando os fundamentos da Diretiva 2011/16/UE e da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. O estudo também aborda questões jurídicas específicas, como a interpretação do direito à ação (artigo 47 da Carta) e a noção de "relevância previsível" das informações fiscais. Além disso, o artigo discute as repercussões do acórdão para a cooperação administrativa fiscal na União Europeia, avaliando os impactos sobre os direitos dos contribuintes e das entidades detentoras de informações fiscais. A análise se baseia em uma abordagem comparativa e crítica, revisando legislações e jurisprudências relevantes de Estados-Membros específicos e examinando as implicações do acórdão para as práticas administrativas e os direitos dos contribuintes. O objetivo é contribuir para uma compreensão mais profunda da intersecção entre cooperação fiscal e proteção de direitos fundamentais na UE, destacando o equilíbrio entre a eficiência administrativa e a proteção dos direitos individuais.

Palavras-chave: Acórdão C-245/19; Diretiva 2011/16/EU; cooperação fiscal; direitos fundamentais; direitos dos contribuintes.

ABSTRACT

This article critically analyzes the C-245/19 Judgment of the Court of Justice of the European Union, focusing on Directive 2011/16/EU and its application in fiscal cooperation among EU Member States. The methodology employed involves a

¹ Advogada. Mestranda em Direito na área de Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado pela PUCRS. Bolsista PROEX - CAPES. Especialista em Direito Tributário pela FGV-SP. Membro do Grupo de Pesquisas Avançadas em Direito Tributário - GTAX. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4777492842008338>. E-mail: luizatonial@gmail.com.

detailed analysis of the legal and factual context that led to the judgment, examining the foundations of Directive 2011/16/EU and the Charter of Fundamental Rights of the European Union. The study also addresses specific legal issues, such as the interpretation of the right to action (Article 47 of the Charter) and the concept of "foreseeable relevance" of fiscal information. Additionally, the article discusses the repercussions of the judgment for administrative fiscal cooperation in the European Union, assessing the impacts on the rights of taxpayers and entities holding fiscal information. The analysis is based on a comparative and critical approach, reviewing relevant legislations and jurisprudence of specific Member States and examining the implications of the judgment for administrative practices and taxpayers' rights. The goal is to contribute to a deeper understanding of the intersection between fiscal cooperation and the protection of fundamental rights in the EU, highlighting the balance between administrative efficiency and the protection of individual rights.

Keywords: C-245/19 judgment; Directive 2011/16/EU; fiscal cooperation; fundamental rights; taxpayers' rights.

INTRODUÇÃO

O presente estudo, realizado como exigência parcial para aprovação na disciplina de Constituição e Direitos Fundamentais II – Direito Constitucional Internacional e Comparado, do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado, da PUCRS, tem como objetivo analisar criticamente o Acórdão C-245/19 do Tribunal de Justiça da União Europeia ("TJUE") – Grande Secção – proferido dia 06 de outubro de 2020, que se destina a interpretar e aplicar a Diretiva 2011/16/UE, que se dedica à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade entre os Estados-Membros da União Europeia (UE). A análise deste acórdão é de vital importância, não apenas pelo seu impacto direto nas práticas de cooperação fiscal e na proteção dos direitos dos contribuintes na União Europeia, mas também como um estudo de caso relevante na interpretação dos direitos fundamentais no contexto do mercado único europeu.

Este trabalho visa, em primeiro lugar, desvendar o contexto legal que conduziu este acórdão, delineando os fundamentos da Diretiva 2011/16/UE e da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Seguidamente, focar-se-á uma análise do acórdão proferido e das questões jurídicas nele abordadas, nomeadamente a interpretação do direito à ação conforme estabelecido no artigo 47 da Carta dos Direitos Fundamentais da UE, e a noção de "relevância previsível" das informações sob os artigos 1 e 5 da referida Diretiva. Além disso, o artigo procura elucidar as implicações deste acórdão para a cooperação administrativa fiscal na União

Europeia, avaliando os impactos sobre os direitos dos contribuintes e das entidades detentoras de informações fiscais.

Através desta análise, o artigo pretende contribuir para uma compreensão mais profunda dos mecanismos de cooperação fiscal na UE, dos direitos dos contribuintes, das entidades envolvidas e da evolução da jurisprudência europeia em matéria de direitos fundamentais no contexto da fiscalidade. A discussão procura ser enriquecida com perspectivas comparativas e críticas, oferecendo assim um panorama abrangente e reflexivo sobre este acórdão significativo do TJUE.

QUADRO JURÍDICO - DIRETIVA 2011/16/EU DO CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA E A CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA

O Acórdão C-245/19 do Tribunal de Justiça da União Europeia tem como cerne a interpretação da Diretiva 2011/16/UE do Conselho da União Europeia relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade e os artigos 7, 8, 47 e 52, nº 1 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Neste sentido, a fim de entender melhor os contornos da presente discussão, passar-se-á, a analisar referidos fundamentos legais objeto do Acórdão em análise.

A Diretiva 2011/16/UE busca estabelecer as bases para a cooperação administrativa entre os Estados-Membros em questões fiscais, visando combater a fraude e a evasão fiscal internacional. Para tanto, estabelece regras e procedimentos de cooperação entre os Estados-Membros no que diz respeito a "troca de informações previsivelmente relevantes para a administração e a execução da legislação interna dos Estados-Membros" (CJUE, 2020).

Referida Diretiva é consequência direta da mobilidade dos contribuintes, do número de operações transfronteiriças e da internacionalização dos instrumentos financeiros, mostrando-se, para tanto, necessário o compartilhamento de informações para garantir o correto estabelecimento pelos Estados-Membros dos impostos devidos, evitando-se, assim, à fraude e evasão fiscal, bem como o fenômeno da dupla tributação.

Assim, através deste instrumento cria-se uma cooperação administrativa entre as administrações fiscais dos Estados-Membros, os quais, deverão trocar

informações sobre casos concretos sempre que lhes seja solicitado e proceder os inquéritos necessários para a obtenção de tais informações, garantindo a instauração de uma relação de confiança, mediante o estabelecimento de regras, obrigações e direitos idênticos para todos os Estados-Membros.

Pontua-se, entretanto, que as informações abrangidas pela Diretiva destinam-se a permitir, única e exclusivamente, a troca de informações em matéria fiscal necessária para o esclarecimento de informações e não investigações aleatórias ou informações de utilidade duvidosa relativas à situação tributária de determinado contribuinte.

Já a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia estabelece em seus artigos 7º, 8º, 47º e 52º, nº 01 respectivamente, o direito à privacidade; o direito à proteção de dados pessoais; o direito de ação e a um recurso efetivo; e, o direito de restrição de determinados direitos fundamentais em circunstâncias especiais. É o que se depreende da leitura dos artigos abaixo colacionados:

“Art. 7º Respeito pela vida privada e familiar

Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações.”

“Art. 8º Proteção de dados pessoais

1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito.

2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva retificação.

3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.”

“Art. 47º Direito à ação e a um tribunal imparcial

Toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma ação perante um tribunal. Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo. É concedida

assistência judiciária a quem não disponha de recursos suficientes, na medida em que essa assistência seja necessária para garantir a efetividade do acesso à justiça."

"Art. 52º Âmbito dos direitos garantidos

1. Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros.

2. Os direitos reconhecidos pela presente Carta, que se baseiem nos Tratados comunitários ou no Tratado da União Europeia, são exercidos de acordo com as condições e limites por estes definidos.

3. Na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção europeia para a proteção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa convenção, a não ser que a presente Carta garanta uma proteção mais extensa ou mais ampla. Esta disposição não obsta a que o direito da União confira uma proteção mais ampla."

Neste sentido, considerando os direitos acima elencados protegidos pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, analisa-se, no caso ora em questão, os seus limites considerando as disposições traçadas pela Diretiva, de forma a entender como a legislação fiscal se entrelaça com os direitos fundamentais, particularmente o direito à privacidade e à proteção de dados pessoais, de forma a garantir um equilíbrio eficaz entre a cooperação administrativa e fiscal dos Estados-membros com a proteção dos direitos individuais dos contribuintes e de terceiros detentores de informações.

Desta forma, feitas as considerações a respeito do plano de fundo legal do presente acórdão, as quais são cruciais para uma compreensão abrangente das suas implicações, passa-se a apresentar e analisar, no próximo tópico, o quadro fático e a decisão proferida no Acórdão.

ANÁLISE DO ACÓRDÃO

Em 2016 as autoridades fiscais espanholas enviaram um pedido de informação, com base na Diretiva 2011/46/UE e o tratado fiscal Luxemburgo-Espanha, às autoridades fiscais luxemburguesas para avaliar a situação fiscal de um residente espanhol, oportunidade em que o governo de Luxemburgo procedeu a solicitação aos seus residentes – empresa e banco luxemburgueses – das informações exigidas, quais sejam, (i) cópia de documentos, incluindo faturas e contratos, relativos aos contribuinte espanhol; e, (ii) informações financeiras, incluindo os números de contas bancárias e extratos de ativos financeiros.

Ao serem solicitados referidos documentos, ambos contribuintes, apesar da vedação contida na legislação luxemburguesa, contestaram as decisões perante os tribunais administrativos do país através, respectivamente, dos processos C-245/19 e C-246/19, tendo ambos sido remetidos ao Tribunal de Justiça da União Europeia com pedido de decisão prejudicial sobre a compatibilidade da legislação luxemburguesa com o direito da União Europeia, em especial o direito à privacidade e o direito de ação e a um recurso efetivo da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Além disso, questionou-se o alcance dos pedidos de troca de informações pelos Estados-Membros, considerando que o artigo 1º da Diretiva 2011/46/UE estabelece que desde que as informações sejam “previsivelmente relevantes” haveria o dever de cooperação e a troca de informações.

Assim, suscitou-se a análise detalhada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia de duas dimensões jurídicas fundamentais: o direito de ação e a relevância previsível das informações.

Sobre a primeira questão, o Tribunal se manifestou acerca da necessidade de se enfatizar a aplicabilidade do artigo 47 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no que diz respeito ao direito de ação e a um recurso efetivo, interpretando-se, em conjunto com os artigos 7º, 8º e 52º, nº 01, que a legislação de um Estado-Membro que impede que a pessoa detentora das informações fiscais recorra judicialmente contra a decisão que o obrigue a fornecer essas informações é incompatível com o direito. Veja-se:

“105 À luz de todas as considerações precedentes, há que responder às primeiras questões nos processos C-245/19 e C-246/19 que o artigo 47.º da Carta, conjugado com os artigos 7.º e 8.º, bem como com o artigo 52.º, n.º 1, desta, deve ser interpretado no sentido de que:

- se opõe a que a legislação de um Estado-Membro que concretiza o procedimento de troca de informações a pedido instituído pela Diretiva 2011/16 exclua que uma decisão através da qual a autoridade competente desse Estado-Membro obriga a pessoa que detenha informações a prestar-lhas para poder dar seguimento a um pedido de troca de informações emanado da autoridade competente de outro Estado-Membro possa ser objeto de um recurso interposto por essa pessoa; e
- não se opõe a que tal legislação exclua que essa decisão possa ser objeto de recursos interpostos pelo contribuinte visado, no outro Estado-Membro, pelo inquérito na origem do referido pedido, bem como pelos terceiros interessados relativamente às informações em causa”

Ora, referida, posição reflete o delicado equilíbrio entre a necessidade de eficiência administrativa na troca de informações fiscais, prevista na legislação luxemburguesa, e a proteção efetiva dos direitos fundamentais dos indivíduos e entidades envolvidas no pedido de informações fiscais.

Já sobre a segunda questão, a qual, diga-se, é o ponto central da decisão, verifica-se a interpretação do Tribunal do termo “previsivelmente relevante”, estabelecido no artigo 1, n.º 1 e no artigo 5º da Diretiva 2011/46/UE, como sendo informações potencialmente úteis para a investigação fiscal em andamento e que indiquem “a identidade do contribuinte visado pelo inquérito na origem de tal pedido, o período abrangido por tal inquérito e a identidade da pessoa que detém as informações” (CJUE, 2020). Veja-se trecho da decisão:

“110 A expressão «previsivelmente relevantes» constante do artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva 2011/16 visa, como o Tribunal de Justiça já referiu, permitir à autoridade requerente solicitar e obter todas as informações que possa razoavelmente considerar relevantes para efeitos da sua investigação, sem contudo a autorizar a extravasar de forma manifesta o âmbito desta nem a impor encargos excessivos à autoridade requerida (v., neste sentido, Acórdão de 16 de maio de 2017, Berlioz Investment Fund, C-682/15, EU:C:2017:373, n.ºs 63 e 66 a 68).

111 Além disso, esta expressão deve ser interpretada à luz do princípio geral de direito da União relativo à proteção das pessoas singulares ou coletivas contra intervenções arbitrárias ou desproporcionadas do poder público na sua esfera privada de atividade, referido no n.º 57 do presente acórdão.

112 A esse respeito, deve observar-se que, embora a autoridade requerente, que tem a direção do inquérito na origem do pedido de troca de informações, tenha margem de apreciação na avaliação, de acordo com as circunstâncias do caso, da relevância previsível das informações solicitadas, não pode, no entanto, solicitar à autoridade requerida informações sem qualquer relevância para essa investigação (v., neste sentido, Acórdão de 16 de maio de 2017, *Berlioz Investment Fund*, C-682/15, EU:C:2017:373, n.ºs 70 e 71).

113 Assim, uma decisão que ordenasse a prestação de informações através da qual a autoridade requerida desse cumprimento a um pedido de troca de informações da autoridade requerente destinado a que fosse efetuada uma pesquisa de informações aleatória, tal como referido no considerando 9 da Diretiva 2011/16, equivaleria a uma intervenção arbitrária ou desproporcionada do poder público.

114 Daí decorre que informações solicitadas para efeitos dessa pesquisa «aleatória» não podem, em caso algum, ser consideradas «previsivelmente relevantes», na aceção do artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva 2011/16.

115 A este respeito, a autoridade requerida deve verificar se a fundamentação do pedido de troca de informações que lhe foi dirigido pela autoridade requerente é suficiente para demonstrar que as informações em questão não se afiguram desprovidas de relevância previsível tendo em conta a identidade do contribuinte visado pelo inquérito na origem desse pedido, as necessidades desse inquérito e, caso seja necessário obter as informações em causa junto da pessoa que as possua, a identidade dessa pessoa (v., neste sentido, Acórdão de 16 de maio de 2017, *Berlioz Investment Fund*, C-682/15, EU:C:2017:373, n.ºs 76, 78, 80 e 82).

116 Por outro lado, no caso de essa pessoa ter interposto recurso da decisão que ordena a prestação de informações que lhe foi dirigida, o órgão jurisdicional competente deve fiscalizar se a fundamentação dessa decisão e do pedido em que a mesma se baseia é suficiente para demonstrar que as informações em causa não se afiguram, de forma manifesta, desprovidas de relevância previsível tendo em conta a identidade do contribuinte visado, a da pessoa que detém essas informações e as necessidades do inquérito em causa (v., neste sentido, Acórdão de 16 de maio de 2017, *Berlioz Investment Fund*, C-682/15, EU:C:2017:373, n.º 86).

117 É, portanto, à luz destes elementos que importa determinar se uma decisão que ordena a prestação de informações como a que está na origem do litígio no processo C-245/19, juntamente com o pedido de troca de informações em que essa decisão se

baseia, diz respeito a informações que não se afiguram, de forma manifesta, desprovidas de relevância previsível."

Em outras palavras, ao definir o alcance do referido termo, estabelece-se um limite para a natureza das informações que podem ser justificadamente solicitadas no contexto da cooperação administrativa fiscal, garantindo, assim, que as solicitações não se tornem "expedições de pesca".

Referida posição em relação a estas questões ilustra a complexidade inerente em equilibrar a necessidade de cooperação administrativa efetiva entre os Estados-Membros com a proteção dos direitos fundamentais, enfatizando-se a necessidade das decisões serem tomadas com cuidadoso respeito aos direitos fundamentais.

Desta forma, verifica-se que o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia não apenas esclarece a aplicação da Diretiva 2011/16/UE, mas também contribui para a jurisprudência da União Europeia em relação ao equilíbrio entre a eficiência administrativa e a proteção dos direitos individuais, delineando um precedente para futuras interpretações de legislações fiscais transfronteiriças.

Em suma, o acórdão do TJUE de 6 de outubro de 2020, relativo à Diretiva 2011/16/UE, apresenta um importante precedente no contexto da cooperação administrativa fiscal na União Europeia. Ele destaca o papel fundamental dos direitos fundamentais, mesmo em questões complexas de fiscalidade, e estabelece parâmetros claros para a natureza e o escopo das informações que podem ser solicitadas no âmbito da cooperação fiscal entre Estados-Membros.

Assim, feitos os esclarecimentos a respeito dos contornos dos casos objeto do presente artigo, passa-se a analisar a relação entre a eficiência administrativa na troca de informações fiscais e a proteção do direito à privacidade e dados pessoais.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CASO - DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA NA TROCA DE INFORMAÇÕES FISCAIS, DO DIREITO À PRIVACIDADE E DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

A troca de informações é "a partilha transfronteiriça de informações para fins fiscais entre administrações fiscais", a qual tem como objetivo "detectar e prevenir a evasão fiscal, assegurar a correta aplicação da legislação fiscal nacional de uma jurisdição e das convenções relativas à dupla tributação (CDT) e promover o cumprimento das obrigações fiscais nacionais" (OECD, 2022).

Esta troca permite uma administração tributária dinâmica, racional e eficiente, conduzindo, através do compartilhamento de dados entre Estados, a "redução de custos operacionais na arrecadação de tributos, concorrendo para a formação de uma conjuntura capaz de propiciar o alívio da pressão tributária" (HARDA, 2020).

Referida prática fora amplamente disseminada entre os países, a exemplo de Luxemburgo e Espanha, tendo sido, em nível nacional, elevada a princípio constitucional com a Emenda Constituição nº 19/98, a qual o inseriu na norma do artigo 37 da Constituição Federal.

Segundo Alexandre de Moraes (2001), o princípio da eficiência é "o que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social", dirigindo-se, assim, ao fim maior do Estado, a prestação de serviços sociais essenciais à população.

Apesar dos nobres objetivos almejados e pretendidos com o referido princípio, o mesmo deve ser sopesado, ao passo que o compartilhamento de informações fiscais entre Estados garante um maior controle da administração sobre informações dos contribuintes, as quais são informações sensíveis, devendo sua partilha se basear em requisitos específicos a fim de garantir não apenas a confidencialidade, mas a sua utilização adequada em conformidade com as regras e disposições jurídicas internacionais (OCDE, 2020; SARLET SALES SARLET, 2023).

Neste sentido, considerando que as informações fiscais compartilhadas entre os Estados revelam aspectos íntimos e delicados da vida dos contribuintes, devem estas serem compartilhadas apenas diante do preenchimento de requisitos específicos para a sua disponibilização, estabelecendo-se um equilíbrio entre a eficácia administrativa e a proteção de direitos fundamentais, em especial, o direito à privacidade e à proteção de dados pessoais, na cooperação fiscal transfronteiriça. É exatamente o que faz a decisão do TJUE.

No caso ora em análise, para além de estabelecer limites para as solicitações de intimações fiscais, documentos estes sensíveis, a fim de prevenir abusos e garantir que as demandas sejam pertinentes e justificadas, parte-se da lógica de que a garantia ao direito à privacidade e proteção de dados pessoais propicia a capacidade do indivíduo de "navegar por múltiplos ambientes sociais e culturais com liberdade para experimentar diferentes vivências sem que seja estigmatizado por isso" (BIONI, 2020), além de promover "objetivos fundamentais de políticas públicas relacionadas à cidadania liberal democrática, à inovação e ao florescimento humano" (COHEN, 2013), implicando na possibilidade de "concretização e manutenção de um sistema de democracia liberal" (COHEN, 2013).

Assim, ao dar ênfase na relevância previsível das informações como condição para a troca de informações, a decisão apenas assegura a proteção dos direitos dos contribuintes e das entidades que detêm as informações fiscais sensíveis contramedidas desmotivadas e abusivas dos Estados.

Neste sentido, o estabelecimento de referidas condicionantes através do presente acórdão representa marco importante na preservação da democracia e na intersecção entre a cooperação fiscal e a proteção de direitos fundamentais dentro da União Europeia, a qual é encontrada, inclusive, na legislação de Estados-Membros específicos e outras jurisprudências.

Este é o caso, por exemplo, da legislação fiscal alemã e francesa, as quais apresentam procedimentos rigorosos para a solicitação de informações fiscais que buscam equilibrar a eficiência administrativa com os direitos dos contribuintes, refletindo um esforço similar ao do acórdão na proteção dos direitos individuais no contexto da cooperação fiscal (IBDF, 2020).

Neste mesmo sentido, verifica-se o caso *Berlioz Investment Fund* (C-682/15), julgado em 16 de maio de 2017, o qual enfatizou a importância do direito à ação e a necessidade de um equilíbrio entre a cooperação fiscal eficaz e a proteção dos direitos fundamentais (CJEU, 2017; KPMG, 2017).

Assim, verifica-se que o acórdão do TJUE, o caso *Berlioz* e as legislações internas dos demais Estados-Membros compartilham um tema comum, qual seja, a necessidade de proteção dos direitos dos contribuintes e de terceiros nos processos de trocas de informações fiscais, refletindo, de certa forma, a uma tendência jurisprudencial e legislativa no cenário europeu na garantia de medidas fiscais que não violem direitos fundamentais.

Referida posição em relação a estas questões ilustra a complexidade inerente em equilibrar a necessidade de cooperação administrativa efetiva entre os Estados-Membros com a proteção dos direitos fundamentais, enfatizando-se a necessidade das decisões serem tomadas com cuidadoso respeito aos direitos fundamentais.

Em outras palavras, o acórdão objeto de análise do presente artigo encontra-se alinhado ao posicionamento já proferido pelo TJUE e presente no âmbito interno, através das legislações nacionais dos Estados-Membros, de forma que poderá, não apenas influenciar na evolução da legislação europeia relativa à cooperação fiscal e das práticas das próprias autoridades-fiscais, como moldar os tratados fiscais de diversos Estados-Membros a fim de evitar violações aos direitos individuais no contexto da fiscalidade.

CRÍTICAS E PERSPECTIVAS

O acórdão ora analisado demonstra um compromisso com a proteção dos direitos fundamentais, equilibrando eficientemente a necessidade de cooperação fiscal entre os Estados-Membros e a proteção dos direitos dos contribuintes e das entidades que detêm informações fiscais. A decisão fornece uma interpretação clara do termo "relevância previsível", um aspecto crucial da Diretiva 2011/16/UE, oferecendo assim uma orientação valiosa para as autoridades fiscais e judiciárias dos Estados-Membros.

Ocorre que, embora a decisão esclareça o conceito de "relevância previsível", os termos utilizados para conceituá-la ainda deixam uma margem considerável para interpretação pelos Estados-Membros, o que pode levar a inconsistências na aplicação prática da Diretiva.

Isto porque as informações que possuem uma relevância previsível devem ser analisadas em relação a própria investigação realizada pela autoridade-fiscal do Estado Membro, de forma que, existindo minimamente uma relação entre estas, presume-se a existência de uma relevância previsível.

Assim, não se estabelece com o referido conceito limites claros sobre o escopo da informação solicitada, bastando, apenas, que a mesma possua minimamente uma relação com o caso em questão, para que possa ser fornecida, de forma que, efetivamente, a proteção da privacidade encontra-se comprometida, já que, na prática, continua possibilitando a coleta de grandes volumes de dados pessoais e financeiros dos contribuintes europeus.

Além disso, verifica-se também a problemática envolvendo as diferentes interpretações do conceito de "relevância previsível" e o potencial aumento de divergência na aplicação das regras fiscais entre os Estados-Membros. A ambiguidade em torno do conceito pode permitir que autoridades fiscais abusem do sistema de troca de informações para fins além daqueles estritamente fiscais, levando a preocupações sobre a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos

Por fim, em contramão ao até então defendido, verifica-se, também, a possibilidade de criação nas legislações internas dos Estados-Membros de condicionantes que potencializam a imposição de barreiras administrativas excessivas às autoridades fiscais, potencialmente dificultando o combate à evasão fiscal e dificultando o trabalho da fiscalização.

Assim, em que pese o Acórdão represente um avanço significativo na proteção de direitos dos contribuintes e na clarificação da legislação fiscal europeia, verifica-se implicações práticas desta decisão para a cooperação fiscal entre os Estados-Membros e a uniformidade na aplicação da Diretiva 2011/16/EU, as quais permanecem como áreas de debate e análise contínua. Esta decisão exemplifica o contínuo esforço de equilibrar a eficiência administrativa com a proteção dos direitos

fundamentais, um desafio central no desenvolvimento do direito fiscal e da jurisprudência na União Europeia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Acórdão C-245/19 do Tribunal de Justiça da União Europeia emerge como um marco significativo na interseção entre a cooperação administrativa fiscal e a proteção dos direitos fundamentais. Ao analisar criticamente esta decisão, torna-se evidente que o Tribunal conseguiu estabelecer um equilíbrio delicado entre a necessidade de uma cooperação fiscal eficiente entre os Estados-Membros e a salvaguarda dos direitos dos contribuintes e das entidades detentoras de informações fiscais. Este acórdão não só clarifica o conceito de "relevância previsível" no contexto da Diretiva 2011/16/UE, mas também reafirma a importância do direito à ação e a um recurso efetivo conforme estipulado na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Ao mesmo tempo, a decisão destaca a contínua tensão entre a uniformidade na aplicação das regras fiscais transfronteiriças e a autonomia dos Estados-Membros na interpretação dessas regras. Enquanto a decisão impõe limites claros às solicitações de informações fiscais, prevenindo investigações fiscais arbitrárias ou indiscriminadas, ela também deixa espaço para variações na aplicação prática, potencialmente levando a divergências entre os Estados-Membros. Esta realidade sugere a necessidade de uma vigilância contínua e de futuras clarificações jurídicas para garantir uma aplicação coerente e justa da legislação fiscal da União Europeia.

Em última análise, o Acórdão C-245/19 não apenas contribui para a evolução da jurisprudência europeia sobre os direitos fundamentais no contexto fiscal, mas também estabelece um precedente importante para futuras decisões judiciais e legislativas. Este caso ressalta a importância de um diálogo contínuo entre a jurisprudência, a legislação e as práticas administrativas para assegurar que a cooperação fiscal na União Europeia seja realizada de uma maneira que respeite integralmente os direitos dos contribuintes e das entidades que detêm informações fiscais, mantendo ao tempo a eficácia e a eficiência necessárias no combate à fraude e à evasão fiscais. A decisão serve como um lembrete crucial de que, mesmo nas

complexidades da fiscalidade transfronteiriça, os direitos fundamentais devem permanecer no cerne de todas as práticas administrativas e decisões judiciais.

REFERÊNCIAS

CJEU, 6 de outubro de 2020, *Processos reunidos C-245/19 e C-246/19*, État luxembourgeois, UE:C:2020:795.

CJEU, 16 de maio de 2017, *Processo C-682/15*, Berlioz, EU:C:2017:373.

COHEN, Julie. *What is Privacy For*. Harvard Law Review, vol. 126, 2013.

DI FABIO, Udo. Grundrechtsgeltung in digitalen Systemen: Selbstbestimmung und Wettbewerb im Netz. München: C.H. Beck, 2016, p. 44-45; V. ainda BIONI, Bruno; MARTINS, Pedro. *Devido processo informacional: um salto teórico-dogmático necessário?*, Manuscrito. Disponível em: <https://brunobioni.com.br/wp-content/uploads/2020/08/Ensaio-Devido-Processo-Informacional1.pdf>. Acesso em 05 dez. 2023.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

IBFD. *Observatory on the Protection of Taxpayers' Rights*. 2020 General Report. Disponível em: <https://www.ibfd.org/ibfd-academic/observatory-protection-taxpayers-rights-optr>. Acesso em 05 dez. 2023.

KPMG. *Decision in the Berlioz Investment Fund S.A. v Directeur de l'administration des Contributions directes case (C-682/15)*. Disponível em: <https://kpmg.com/xx/en/home/insights/2017/05/etf-324-cjeu-decision-in-the-berlioz-investment-fund.html>. Acesso em: 05 dez. 2023.

MORAES, Alexandre. *Reforma administrativa: emenda constitucional nº 19/98*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Manual sobre o Intercâmbio de Informações*. Disponível em: https://www.oecd.org/tax/transparency/documents/EOI-manual_pt.pdf. Acesso em 05 dez. 2023.

SALES SARLET, Gabrielle Bezerra; SARLET, Ingo Wolfgang. *Separação Informacional de Poderes na Ordem Jurídico-Constitucional*. Série "Direito, Tecnologia, Inovação e Proteção de Dados num Mundo em Transformação". Coordenado por Ingo Wolfgang Sarlet, Laura Mendes, Danilo Doneda. São Paulo: Expressa, 2023.

SALES SARLET, Gabrielle Bezerra; SARLET, Ingo Wolfgang. O STF e o compartilhamento de dados no âmbito do poder público. *Revista Consultor Jurídico*,

2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-out-21/direitos-fundamentais-stf-compartilhamento-dados-ambito-poder-publico/>. Acesso em: 05 dez. 2023.

23. O CASO INTERNET AND MOBILE ASSOCIATION OF INDIA VS. RESERVE BANK OF INDIA: LIBERDADE ECONÔMICA NO MERCADO DE CRIPTOMOEDAS

THE CASE INTERNET AND MOBILE ASSOCIATION OF INDIA VS. RESERVE BANK OF INDIA:
ECONOMIC FREEDOM IN THE CRYPTOCURRENCY MARKET



<https://doi.org/10.36592/9786554601542-23>

Mário Augusto Figueiredo de Lacerda Guerreiro¹

RESUMO

No julgamento do caso *Internet and Mobile Association of India v. Reserve Bank of India*, em 2020, a Suprema Corte Indiana (SCI) proferiu importante decisão no que concerne à proteção dos direitos fundamentais. Na ocasião, discutia-se se a autoridade monetária daquele país, o *Reserve Bank of India* (RBI), poderia adotar medidas administrativas que, na prática, inviabilizavam o mercado indiano de criptomoedas. A SCI, após definir que as criptomoedas não poderiam ser equiparadas à moeda fiduciária, assentou, ainda assim, a atribuição do RBI de regular a matéria, reconhecendo deferência às suas políticas públicas, ante as suas notórias capacidades institucionais. Contraditoriamente, contudo, a SCI avançou para afirmar que os atos praticados pelo RBI teriam imposto restrições excessivas ao direito fundamental de liberdade econômica, sem demonstração de possíveis danos à economia indiana, razão pela qual seriam desproporcionais e, por conseguinte, inconstitucionais.

Palavras-chave: Suprema Corte da Índia; criptomoedas; capacidades institucionais; liberdade econômica; proporcionalidade.

ABSTRACT

In the *Internet and Mobile Association of India v. Reserve Bank of India* case, judged in 2020, the Supreme Court of India (SCI) gave an important decision regarding the protection of fundamental rights. At the time, there was a discussion about whether that country's monetary authority, the Reserve Bank of India (RBI), could adopt administrative measures that, in practice, would make the Indian cryptocurrency market unviable. The SCI, after defining that cryptocurrencies could not be equated to fiat currency, nevertheless established the RBI's responsibility to regulate the matter, recognizing deference to its public policies, given its notorious institutional capacities. Contradictorily, however, the SCI went on to state that the acts carried out by the RBI would have imposed excessive restrictions on the fundamental right of economic freedom, without demonstrating possible damage to the Indian economy, which is why they would be disproportionate and, therefore, unconstitutional.

¹ Doutorando em Direito Processual pela PUCRS. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra. Juiz de Direito do TJRS. E-mail:lacerdaguerreiro@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8744666174057009>.

Keywords: Supreme Court of India; cryptocurrencies; institutional capacities; economic freedom; proportionality.

INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende apresentar a decisão proferida em 4/3/2020 pela Suprema Corte da Índia (*Supreme Court of India* – SCI) no julgamento da *Writ Petition (civil)* No. 528/2018, da relatoria do *Justice V. Ramasubramanian*, ajuizada pela *Internet and Mobile Association of India* em face de *Reserve Bank of India* e apreciada em conjunto com a *Writ Petition (civil)* No. 373/2018. Em apertada síntese, a citada decisão derrubou normas que haviam banido a realização de transações com criptomoedas por instituições financeiras situadas na Índia (ÍNDIA, 2020), merecendo, assim, uma análise crítica mais aprofundada, a fim de se apurar o atual conteúdo do direito fundamental à liberdade econômica no contexto do mercado de criptoativos.

O objeto da ação proposta perante a Suprema Corte indiana era a declaração da inconstitucionalidade de dois atos emanados da autoridade monetária (banco central) daquele país, o *Reserve Bank of India* (RBI). O primeiro ato impugnado era a norma contida no parágrafo 13 do *Statement on Developmental and Regulatory Policies*², publicado em 5/4/2018, que impunha às entidades reguladas pelo RBI: 1) não negociar com moedas virtuais, nem oferecer serviços para facilitar qualquer operação envolvendo a transação ou a realização de pagamentos com moedas virtuais por qualquer pessoa ou empresa; 2) encerrar relações eventualmente já estabelecidas com tais indivíduos ou empresas (ÍNDIA, 2018). Já o segundo ato levado à apreciação da SCI era uma circular determinando o cumprimento dessas

² "13. Ring-fencing regulated entities from virtual currencies

Technological innovations, including those underlying virtual currencies, have the potential to improve the efficiency and inclusiveness of the financial system. However, Virtual Currencies (VCs), also variously referred to as crypto currencies and crypto assets, raise concerns of consumer protection, market integrity and money laundering, among others.

Reserve Bank has repeatedly cautioned users, holders and traders of virtual currencies, including Bitcoins, regarding various risks associated in dealing with such virtual currencies. In view of the associated risks, it has been decided that, with immediate effect, entities regulated by RBI shall not deal with or provide services to any individual or business entities dealing with or settling VCs. Regulated entities which already provide such services shall exit the relationship within a specified time. A circular in this regard is being issued separately."

diretivas, que foi enviada pelo RBI a bancos e instituições financeiras sujeitos à sua regulação e fiscalização, em 6/4/2018.

A associação autora da *Writ Petition (civil)* nº 528/2018 questionou os referidos atos, pedindo que os bancos e instituições financeiras regulados pelo RBI não fossem impedidos de oferecer serviços bancários a pessoas e empresas que atuam no mercado de criptomoedas. Alegou, inicialmente, que a legislação indiana não daria poderes ao RBI para proibir o comércio de moedas virtuais por corretoras que atuam nesse mercado e, ainda que tais poderes existissem, deveriam ser exercidos à luz de parâmetros como a proporcionalidade e outros estabelecidos em sede jurisprudencial, a exemplo do precedente *MS Gill v. The Chief Election Commissioner*.

Ademais, outros órgãos governamentais reguladores de diversas atividades econômicas já teriam se manifestado em sentido diverso do RBI, reconhecendo os aspectos benéficos dos criptoativos e da sua tecnologia subjacente (*blockchain*), bem como recomendando a sua regulação, mas não o seu banimento, sendo a posição do RBI irracional. Da mesma forma, inúmeros países economicamente desenvolvidos e até mesmo organismos internacionais ou multinacionais, seja por seus órgãos reguladores ou tribunais, já teriam examinado a fundo as criptomoedas, sem constatar nada pernicioso.

Prosseguiu a autora afirmando que seus associados teriam espontaneamente tomado medidas de precaução, em *compliance* com normas de KYC (*know your costumer*) e evitando transações internacionais. Ainda que assim não fosse, apenas criptomoedas totalmente anônimas deveriam ser banidas, podendo ser adotada medida menos invasiva do que a proibição geral, preservando-se as moedas digitais pseudo-anônimas.

Outro ponto importante trazido pela petição inicial era a arguição de inaplicabilidade ao caso da regra de deferência judicial às políticas econômicas estatais. É que o RBI, segundo a autora, seria uma agência governamental desprovida de poderes legislativos ou executivos e tampouco teria tomado a grave medida impugnada baseada em conhecimentos técnicos específicos da matéria, visto que nenhum estudo do mercado de criptomoedas fora realizado.

Por fim, a autora sustentou que o artigo 19(6) da Constituição Indiana (ÍNDIA, 2022) permitiria a regulação de uma atividade econômica mediante a imposição por lei de restrições razoáveis em prol do interesse público, mas uma proibição total instituída apenas por atos infralegais expedidos pelo RBI, sem a chancela do legislador, violaria frontalmente o artigo 19(1)(g) da mesma Carta Política³.

Já a *Writ Petition (civil)* No. 373/2018, proposta por um grupo de empresas e corretoras que negociavam criptomoedas e julgada em conjunto com a *Writ Petition (civil)* No. 528/2018, trouxe o argumento de que a exclusão das moedas virtuais da economia indiana formal estimularia transações no “mercado paralelo”. Acrescentou que não caberia à RBI regular tais ativos, uma vez que teria assumido a posição de que eles não se qualificam como moeda, por não preencherem simultaneamente todas as suas quatro características essenciais, servindo como: 1) meio de troca; 2) unidade de conta; 3) reserva de valor; 4) forma de quitação final de dívidas.

No julgamento do caso, a SCI começou por constatar que não há consenso quanto à natureza jurídica das moedas virtuais, variando sua conceituação ao redor do mundo desde “representações digitais de valor” (Fundo Monetário Internacional e Banco Central Europeu, entre outros) até “instrumento ou ativo financeiro” (Alemanha e Israel). Alguns ordenamentos jurídicos chegariam mesmo a considerar as criptomoedas como dinheiro propriamente dito (Luxemburgo, por exemplo) ou algo assemelhado, constituindo-se em “representações digitais de valor que funcionam da mesma forma que uma moeda nacional tradicional” (Internal Revenue Service – IRS/USA). De qualquer forma, pareceria haver o entendimento uniforme de que as

³ “Right to Freedom

19. Protection of certain rights regarding freedom of speech, etc. –

(1) All citizens shall have the right –

[...]

(g) to practise any profession, or to carry on any occupation, trade or business.

[...]

(6) Nothing in sub-clause (g) of the said clause shall affect the operation of any existing law in so far as it imposes, or prevent the State from making any law imposing, in the interests of the general public, reasonable restrictions on the exercise of the right conferred by the said sub-clause, and, in particular, nothing in the said sub-clause shall affect the operation of any existing law in so far as it relates to, or prevent the State from making any law relating to, –

(i) the professional or technical qualifications necessary for practising any profession or carrying on any occupation, trade or business, or

(ii) the carrying on by the State, or by a corporation owned or controlled by the State, of any trade, business, industry or service, whether to the exclusion, complete or partial, of citizens or otherwise.”

criptomoedas não são emitidas por bancos centrais, nem garantidas por qualquer governo nacional, restando desprovidas de curso legal, o que as diferencia das moedas fiduciárias.

Ainda assim, a SCI entendeu que o RBI poderia intervir no mercado de criptomoedas, pois seu estatuto lhe atribuiria a função de proteger o sistema financeiro nacional, não só através da sua política monetária, mas também pela regulação – e até mesmo proibição – de outros ativos financeiros que possam causar algum desequilíbrio econômico nacional. Aliás, o exercício dessa função técnica especializada, associada à autonomia do RBI perante o Poder Executivo, concedida por lei, ensejaria certa medida de deferência judicial às suas decisões.

Na sequência, após afastar outros questionamentos de somenos importância, a SCI adentrou no ponto central da controvérsia, consistente em saber se a norma impugnada passaria no teste de proporcionalidade, considerada a suposta afronta ao direito fundamental de liberdade econômica insculpido no artigo 19(1)(g) da Constituição Indiana. A Corte afirmou, então, que o RBI foi incapaz de produzir qualquer mínimo indício de que a negociação de criptomoedas na Índia poderia causar algum dano às suas entidades reguladas. Dessa forma, nem mesmo em caráter preventivo seria proporcional adotar uma medida tão drástica a ponto de banir toda uma atividade comercial, em clara e manifesta violação ao direito fundamental de liberdade econômica. Como resultado dessas constatações, a SCI julgou inconstitucionais as normas objeto da controvérsia, assentando, por conseguinte, a licitude das transações estabelecidas com base nas moedas virtuais.

DISCUSSÃO CRÍTICA DA DECISÃO DA SUPREMA CORTE DA ÍNDIA

Em 2008, Satoshi Nakamoto⁴ publicou um *paper* no qual propunha a criação de um sistema eletrônico de pagamentos baseado na tecnologia *blockchain*, que tinha duas características principais: 1) a descentralização, inexistindo uma autoridade central que medie, regule ou fiscalize as trocas econômicas, as quais se operam diretamente entre os usuários da rede (*peer-to-peer*), sendo registradas em

⁴ Trata-se de um pseudônimo, não se sabendo, até hoje, quem seria(m) o(s) verdadeiro(s) autor(es) do *paper*.

um livro-razão digital por todos compartilhado (*distributed ledger technology*); 2) proteção dos pagamentos e respectivos registros por criptografia avançada (NAKAMOTO, 2008, p. 3-4). Nascia, assim, o Bitcoin, a primeira e ainda mais relevante de uma série de criptomoedas criadas nos últimos anos que, atualmente, formam um mercado com valor estimado em mais de um trilhão de dólares (LI; LUCEY; URQUHART, 2023, p. 3).

Esse caráter descentralizado das criptomoedas, associado à possibilidade que elas criam de reserva e circulação de valores com a utilização de chaves públicas e privadas que conferem anonimato ou semi-anonimato aos usuários da rede, tem criado novos desafios aos Estados-nação. Entre outras questões, sobressaem a dificuldade de proteção dos direitos dos consumidores, de tributação dessa atividade econômica e de combate ao financiamento do terrorismo, lavagem de dinheiro e outros crimes, vislumbrando-se até mesmo o risco de desvalorização da moeda fiduciária (*fiat*), com possíveis consequências gravosas para a estabilidade econômica dos países (REVOREDO; BORGES, 2018, p. 31-40 e 159-164).

Nesse contexto, podem ser observados diversos modelos regulatórios ao redor do mundo, que vão desde uma regulação leve (União Europeia, Brasil⁵) até a total proibição das criptomoedas (China⁶, Egito). O objeto deste estudo, no entanto, limita-se à decisão da Suprema Corte Indiana (*Supreme Court of India – SCI*), que declarou inconstitucionais normas expedidas por entidade reguladora da política monetária daquele país (*Reserve Bank of India – RBI*), as quais haviam banido as negociações com criptomoedas por instituições financeiras, sufocando, por consequência, as corretoras de moedas virtuais, através das quais a grande maioria das trocas desses ativos eram realizadas.

Antes, porém, de se esmiuçarem os pontos jurídicos mais relevantes da decisão, é imprescindível esclarecer, desde já, que o RBI não proibiu ou baniu toda e qualquer negociação de criptoativos na Índia. Na realidade, sua atuação foi dirigida

⁵ No Brasil, a Lei 14.478/2022 teve como objetivo principal a regulação dos serviços prestados pelas corretoras de criptoativos (*exchanges*), sendo a normatização mais pormenorizada desse mercado outorgada ao Banco Central.

⁶ A China tem concentrado seus esforços na criação de uma moeda virtual oficial controlada pelo governo (*central bank digital currency – CBDC*), o *yuan* digital. O Brasil tem iniciativa semelhante, em fase mais embrionária, que é o DREX.

apenas às instituições financeiras sujeitas à sua regulação, no sentido de que não mais fornecessem acesso a serviços bancários para a consecução de tais transações econômicas. Dessa forma, ainda era possível, em tese, negociar criptomoedas, mas de forma muito rudimentar, insegura e incapaz de instrumentalizar operações de grande porte, o que, na prática, inviabilizava a atuação das corretoras de criptomoedas (*exchanges*) e pulverizava as trocas econômicas num “mercado paralelo” de criptoativos, os quais ainda podiam ser transferidos diretamente entre os usuários da rede (*peer-to-peer*).

Assentada essa premissa, a extensa decisão da SCI (180 páginas) perscrutou diversos temas jurídicos de alta indagação, destacando-se quatro que merecem uma análise mais detida: 1) a natureza jurídica das moedas virtuais; 2) a deferência judicial à decisão tomada pela autoridade monetária nacional; 3) o conteúdo do direito fundamental à liberdade econômica; 4) o juízo de proporcionalidade da medida estatal adotada. Passa-se, então, à discussão detalhada de cada um desses tópicos.

Ab initio, há o problema do enquadramento jurídico das criptomoedas. A SCI, apesar de examinar diversos conceitos estabelecidos por países e instituições ao redor do mundo, optou por uma postura minimalista, não afirmando peremptoriamente a natureza jurídica das moedas virtuais, mas antes se limitando ao quanto bastava para prosseguir no julgamento da causa. Assim, a SCI tão somente as diferenciou das moedas fiduciárias, que teriam o curso legal como seu traço distintivo, reconhecendo, entretanto, a possibilidade de o RBI limitar a sua comercialização por fundamento diverso, qual seja, por deter aquela agência a atribuição institucional de defesa do sistema financeiro indiano como um todo.

A legislação brasileira, tampouco, é suficientemente clara no que toca à natureza jurídica dos criptoativos, sendo a definição introduzida pelo artigo 5º, I, da Instrução Normativa 1.888/2019 da Receita Federal do Brasil (BRASIL, 2019) bastante obscura, eis que incorpora a expressão “representação digital de valor”, proveniente de outros ordenamentos jurídicos, para a qual não há uma correspondência exata com institutos já consagrados na ordem interna nacional. Da mesma forma, o recente Marco Legal das Criptomoedas - Lei 14.478/2022 (BRASIL, 2022) - se valeu da referida terminologia para conceituar os criptoativos, excluindo expressamente as moedas fiduciárias (nacional ou estrangeiras) e outros ativos

financeiros que especificou (artigo 3º). Por fim, a Resolução 175/2023 da Comissão de Valores Mobiliários (BRASIL, 2023), embora empregue a vaga definição "ativo representado digitalmente", ao menos teve o mérito de exigir requisitos técnicos, reportando-se às características fundamentais de qualquer criptomoeda: proteção por criptografia e utilização da tecnologia de registro distribuído (artigo 2º, X, do Anexo Normativo I).

De qualquer forma, percebe-se a falta de uniformidade no que diz respeito ao conceito de criptomoeda na Índia, no Brasil ou alhures. Tratando-se de tecnologia relativamente recente e extremamente disruptiva, parece, realmente, não haver enquadramento possível nas tradicionais figuras normativas até então existentes. Talvez o melhor caminho seja instituir uma nova categoria jurídica, cuja delimitação remeta aos seus elementos técnicos mínimos.

Voltando ao caso em exame, como visto, ficou assentado que o RBI poderia intervir na regulação do mercado de criptomoedas, ante a sua atribuição legal de proteção geral do sistema financeiro indiano. Tratando-se, portanto, de órgão especializado da Administração tendo sua política regulatória questionada perante um tribunal, entra em cena a questão da deferência judicial, consideradas as capacidades institucionais do RBI.

A doutrina da deferência judicial remonta ao julgamento do caso *Chevron*, em 1984, pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América (SCEUA). Tradicionalmente, a SCEUA tinha o posicionamento de que a interpretação adotada por uma agência governamental acerca da lei que ela tem a obrigação de executar poderia ser revertida pelo Poder Judiciário, o qual teria a palavra final sobre a interpretação das leis. A partir do julgamento do caso *Chevron*, todavia, a Suprema Corte Americana passou a entender que, nessas situações, primeiramente o tribunal deve verificar se o legislador foi claro e preciso ao tratar da questão controvertida na lei que rege a matéria, pois então tanto o órgão administrativo quanto o judiciário estariam vinculados a essa decisão política. Se, por outro lado, tal lei fosse omissa ou ambígua, haveria espaço para a agência interpretá-la, não devendo o Judiciário se imiscuir no respectivo ato administrativo, contanto que a compreensão extraída da lei fosse plausível e razoável, ainda que não fosse a melhor sob a ótica do tribunal (SIEGEL, 2018, p. 943-946). Deveria haver, assim, uma deferência judicial às decisões

administrativas tomadas por agências responsáveis pelo cumprimento da lei questionada, exceto se a interpretação exposta fosse manifestamente dissonante do texto da norma.

Posteriormente, o debate sobre a interpretação da lei por instituições externas ao Poder Judiciário foi retomado, agora pela perspectiva das capacidades institucionais. Os defensores dessa teoria alegam que não se deve perguntar qual a melhor interpretação da norma, mas sim qual é a melhor instituição para interpretá-la. É que haveria certas instituições com maior conhecimento técnico sobre matérias específicas do que o Poder Judiciário, ou que estariam sujeitas a uma responsabilidade política que os tribunais não têm. Práticas regulatórias, por exemplo, exigiriam expertise em áreas do conhecimento estranhas ao Direito, enquanto questões relacionadas aos costumes ou aos direitos das minorias teriam uma carga política que o Judiciário não tem legitimidade para assumir. Além disso, haveria o risco de efeitos dinâmicos e sistêmicos, uma vez que uma decisão tomada por um tribunal que não tem expertise ou legitimidade para dirimir uma controvérsia poderia desconsiderar a irradiação de impactos não vislumbrados, a atingirem atores públicos e privados, sendo mais prudente que essa avaliação caiba a quem tem as melhores capacidades institucionais para tanto (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 885-890).

Nessa mesma toada, a SCEUA recentemente evoluiu na aplicação da sua já antiga doutrina das questões maiores (*major questions doctrine*), para passar a entender que certas decisões políticas ou econômicas de maior relevância só poderiam ser delegadas pelo legislador a um órgão administrativo mediante previsão expressa e inequívoca em lei, não podendo o Judiciário presumir a outorga em casos de mera omissão ou ambiguidade da norma. Nesses casos, nem se adentraria na discussão sobre o acerto ou não da interpretação dada a um diploma legal pela agência estatal, ficando afastada qualquer possibilidade desta sequer se manifestar sobre o tema (DEACON; LITMAN, 2023, p. 1.034-1.049).

A deferência judicial às capacidades institucionais de órgãos técnicos tem sido reiteradamente encampada pelos tribunais brasileiros, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Por todos, vale citar o recentíssimo precedente formado com

o julgamento da ADI 6.148 (BRASIL, 2022), na qual o redator do acórdão, Ministro André Mendonça, bem sintetizou na ementa da decisão a ideia de que

[...] em se tratando de tema de complexa e controvertida natureza técnico-científica, cabe ao Poder Judiciário atuar com ainda maior deferência em relação às decisões de natureza técnica tomadas pelos órgãos públicos com maior capacidade institucional para o tratamento e solução da questão.

Com efeito, na ocasião, o STF julgou improcedente ação direta de inconstitucionalidade que impugnava a Resolução 491/2018 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), a qual fixava padrões de qualidade do ar, no exercício de atribuições que são concedidas àquele órgão pela Lei 6.938/81 e após estudos e debates com especialistas na matéria.

Já no caso ora em exame, embora o tribunal indiano tenha afirmado que a legislação de regência daria amplos poderes ao RBI para regular o mercado financeiro indiano, razão pela qual suas medidas deveriam merecer a deferência do Poder Judiciário, ainda assim prosseguiu no exame do mérito e acabou concluindo pela inconstitucionalidade dos atos adotados pela agência estatal, fundamentando-se na suposta inexistência de indícios de riscos sistêmicos à economia do país. Ora, tal raciocínio parece um tanto quanto contraditório, na medida em que, apesar de afirmar a capacidade institucional do RBI para avaliar os riscos sistêmicos dos seus atos, a corte não adotou concretamente a alegada deferência à decisão da mencionada agência, substituindo o juízo por ela exarado pelo seu próprio e negando a comprovação dos riscos apontados. À evidência, o que a SCI fez, na verdade, foi afastar a deferência ao RBI nos termos da *major questions doctrine*, na medida em que se tratava de questão de enorme impacto na economia indiana e inexistia lei regulando expressamente a matéria. Inclusive, essa incapacidade de o Legislativo indiano chegar a um consenso sobre o tema e produzir uma norma legal foi muitas vezes mencionada ao longo do acórdão da SCI. Em suma, a SCI afastou a deferência judicial aos atos do RBI e passou ao exame da sua compatibilidade com a Constituição Indiana, especialmente com o direito à liberdade econômica.

Quanto ao conteúdo do direito fundamental à liberdade econômica, é indispensável recorrer à análise econômica do Direito (AED), a fim de se buscar uma compreensão mais abrangente e aprofundada da decisão ora em comento.

No seu artigo 19(1)(g), a Constituição Indiana assegura a todos os seus cidadãos o direito de exercer livremente qualquer profissão, ocupação, comércio ou empreendimento, na mesma orientação da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB (BRASIL, 1988), nos seus artigos 1º, IV, 5º, XIII, e 170, *caput* e parágrafo único. Ambas as Cartas Políticas, entretanto, prevêm a possibilidade de o Estado criar restrições às atividades econômicas desenvolvidas por particulares, sempre no interesse da coletividade.

Essa intervenção do Estado na economia, que pode se dar de diversas formas, como a regulação e a tributação, entre outras, pode resultar na criação de condições favoráveis à expansão das atividades produtivas de um determinado país ou à estagnação e até mesmo retrocesso do seu crescimento. Em países que adotam a economia de mercado, todavia (como a Índia e o Brasil), a intervenção do Estado no domínio econômico deve sempre operar em prol da livre iniciativa e jamais no sentido de prejudicá-la (BARROSO, 2008, p. 20-22).

De fato, como bem colocado por Ronald Coase, qualquer transação econômica exige alguns custos para a sua realização, que estarão presentes desde seus atos preparatórios até o seu total exaurimento, como a busca por informações sobre o objeto de um contrato e o contratante, a redação de um contrato, o pagamento de impostos e as despesas necessárias para se exigir o cumprimento de uma obrigação. Se esses custos forem superiores ao possível lucro a ser obtido com a operação, provavelmente ela não se realizará. Assim, o Estado poderia reorganizar todos os fatores de produção da economia de um país através de políticas voltadas ao aumento ou redução dos custos de cada transação (COASE, 1960, p. 15-17).

Quanto mais elevados forem esses custos, menor será o estímulo para a atuação dos agentes econômicos, de modo que a redução de custos de transação torna a economia mais eficiente e permite o seu crescimento mais acelerado, enquanto custos de transação elevados podem inviabilizar o florescimento de novos negócios. O papel do Estado, através das suas instituições, introduzindo políticas públicas que desoneram as trocas econômicas de custos excessivos de transação,

mostra-se decisivo, por conseguinte, para o fomento das atividades produtivas de um país (NORTH, 1992, p. 9).

Da mesma forma, o Estado-juiz, ao pacificar um conflito de interesses, deve levar em consideração as consequências econômicas das suas decisões, o que vem sendo identificado no pragmatismo da fundamentação de muitos juízes (POSNER, 2010, p. 230-265). Isso significa que um juiz, ao decidir, deve ter em vista, entre outras questões, se está impondo maiores custos de transação e onerando as trocas econômicas, o que poderá ter efeitos sistêmicos adversos e, muitas vezes, imprevisíveis.

No Brasil, há que se destacar o papel vanguardista do STF ao realizar a análise econômica dos casos que são trazidos à sua apreciação. No julgamento do Recurso Extraordinário 1.285.904 (BRASIL, 2022), por exemplo, a Suprema Corte considerou inconstitucional lei estadual que proibia supermercados de cobrarem preços diferentes por bebidas geladas ou em temperatura ambiente, justamente ao argumento de que não haveria

[...] razoabilidade na obrigação instituída pela norma, haja vista que ela, além de desconsiderar o complexo processo de precificação de produtos, acarreta desnecessário aumento de custos aos empresários, materialmente violando os princípios da livre iniciativa e da liberdade econômica.

Como se percebe, o fundamento subjacente à decisão é que a imposição de novos custos de transação, criando riscos ao equilíbrio de um sistema econômico organizado, pode ferir direitos fundamentais como a livre iniciativa e a liberdade econômica.

Em síntese, no que diz respeito à liberdade econômica, tem-se direito fundamental que não é absoluto, podendo ser ponderado com outros igualmente consagrados pela Constituição e sofrendo, por isso, restrições. Tais limitações, contudo, não podem aniquilar por completo o conteúdo da livre iniciativa, que deve ser protegida através de políticas públicas e decisões judiciais que considerem suas consequências para a economia do país, reduzindo-se, sempre que possível, os custos de transação que oneram as atividades econômicas e ganhando-se, destarte,

eficiência no ambiente de negócios nacional, a fim de se fomentar o desenvolvimento das atividades produtivas.

Postas essas balizas, adentra-se à questão central da decisão ora em comento, que concerne à proporcionalidade da medida adotada pelo RBI. Mais especificamente, os autores da ação alegaram que a proibição de acesso ao sistema bancário tornaria, na prática, inviável a negociação de criptomoedas, o que seria uma medida desproporcional.

Pois bem, a SCI inicia sua análise do ponto consignando que a liberdade econômica até poderia sofrer restrições, mas caberia ao RBI o ônus de comprovar que não haveria uma medida menos drástica capaz de atender ao interesse público. Nessa linha, o tribunal passou a realizar um teste de proporcionalidade dos atos impugnados, questionando, em quatro etapas, 1) se a política pública é suficientemente importante a ponto de justificar a limitação a um direito fundamental; 2) se as medidas propostas estão racionalmente conectadas aos objetivos traçados pela lei; 3) se os meios utilizados para restringir o direito fundamental são os estritamente necessários para se atingir o mencionado objetivo; 4) se os interesses da sociedade superam aqueles dos indivíduos ou grupos que terão seus direitos limitados.

Pode-se extrair, à evidência, dos critérios delimitados pela SCI para o exame da proporcionalidade dos atos impugnados, a adoção dos já consagrados parâmetros da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Isto é, deve-se indagar, primeiramente, se a medida adotada é um meio adequado para se alcançar a finalidade pretendida (adequação). Em seguida, insta saber se essa medida é a que promove menos restrições ao direito fundamental ameaçado ou se há opções menos agressivas (necessidade). Finalmente, há que se perquirir se a realização do objetivo pretendido pela medida justifica a restrição imposta ao direito fundamental (proporcionalidade em sentido estrito), ou seja, se "as vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio" (ÁVILA, 2006, p. 160).

Um ponto que sobressaiu nesse teste de proporcionalidade foi a constatação pela SCI de que o RBI não teria considerado a possibilidade de alternativas menos gravosas antes de impor seus atos proibitivos. Inclusive, a SCI se baseou em relatório

do Parlamento da União Europeia que recomendou apenas a regulação do mercado de criptomoedas como medida suficiente para combater problemas como lavagem de dinheiro, financiamento de terrorismo, evasão fiscal e vulnerabilidade dos usuários, não sendo imprescindível ou sequer recomendável a proibição total (ainda que por meios indiretos) da atividade econômica em tela.

As medidas adotadas pelo RBI, portanto, não passariam no teste de proporcionalidade, ante a ausência do requisito da sua necessidade no caso concreto, segundo a avaliação da SCI. Isto porque “a restrição deve ser a menor possível para a proteção do interesse contraposto” (SARMENTO, 2002, p. 104), o que não se verificou na hipótese em exame, visto que a proibição total imposta às instituições financeiras de negociarem criptomoedas seria manifestamente excessiva, podendo o sistema financeiro indiano ser suficientemente protegido através de postura mais amena, voltada à mera regulação desse mercado.

Ademais, a SCI se manifestou no sentido de que apesar dos amplos poderes conferidos pela legislação ao RBI e do seu papel de destaque na economia indiana, não teria a referida agência demonstrado qualquer sinal ou dados empíricos sugerindo que algum dano poderia efetivamente ser causado às entidades por ele reguladas.

À luz desses argumentos, a SCI concluiu que as medidas impostas pelo RBI não passariam no teste de proporcionalidade, por imporem desnecessariamente uma severa limitação ao direito constitucional de liberdade econômica, enquanto outras providências menos invasivas, como a regulação da atividade, poderiam ter sido utilizadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A decisão proferida pela Suprema Corte indiana é digna de aplauso, não só por ter enfrentado com erudição e profundidade um tema de tão elevada complexidade, mas também por ter alcançado a solução correta para o caso concreto, abrindo caminho para o desenvolvimento do pujante mercado de criptomoedas na Índia.

Primeiramente, acertou a SCI ao adotar uma postura minimalista quanto à definição da natureza jurídica das criptomoedas, uma vez que se trata de inovação

tecnológica disruptiva, cujas características, funcionalidades e efeitos ainda são objeto de muita discussão não só no meio jurídico, mas também no âmbito econômico e até no bojo da ciência computacional. Dessa forma, se a corte não tinha todos os elementos necessários para decidir a questão em definitivo, a postura mais adequada era, realmente, adotar o minimalismo, julgando um caso de cada vez (SUNSTEIN, 2001, p. 259).

No que diz respeito à deferência, já ficou consignada, acima, certa contradição na argumentação desenvolvida pela SCI. Afinal, se o tribunal reconheceu que o RBI tinha maior capacidade institucional para avaliar os possíveis efeitos sistêmicos das suas medidas no sistema financeiro indiano, afirmando, inclusive, a necessidade de deferência judicial, não deveria ter se imiscuído, em seguida, na esfera regulatória. Tal confusão argumentativa, todavia, poderia ter sido sanada pela menção expressa à *major questions doctrine* (na prática adotada pela SCI), ante a inexistência de decisão legislativa sobre questão de grande repercussão econômica para o país, a qual não poderia ser dirimida por políticas regulatórias, como salientado anteriormente.

Outro ponto enfrentado pela decisão da SCI é o conteúdo do direito fundamental à liberdade econômica. A Índia, assim como o Brasil, adota o sistema de economia de mercado, no qual vigora a livre iniciativa, mas dentro de certas balizas impostas por outros princípios de estatura igualmente constitucional (GRAU, 2008, p. 306-309). A liberdade econômica não deve, entretanto, jamais ser sufocada por um acúmulo de custos de transação decorrentes de uma intervenção estatal excessiva ou equivocada.

No caso sob julgamento da SCI, observou-se justamente que a proibição de acesso aos serviços bancários para a compra e venda de criptomoedas geraria enormes custos de transação aos seus negociantes, que ficariam limitados às transações *peer-to-peer*, sofrendo grave limitação à sua liberdade econômica. Além disso, essa proibição não era sequer necessária, uma vez que não demonstrado qualquer indício de dano ao sistema financeiro indiano e possível a prevenção da sua eventual ocorrência através de mera regulação, o que evitaria "sacrifícios desnecessários a direitos fundamentais" (ALEXY, 2015, p. 591).

Acertada, destarte, foi a decisão proferida pela SCI, que, realizando juízo negativo de proporcionalidade das medidas emanadas do RBI, declarou a sua inconstitucionalidade, enaltecendo o direito fundamental à liberdade econômica e, com isso, promovendo o influxo de capitais e o desenvolvimento econômico na Índia.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2ª Edição, 2015.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 5ª Edição, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, número 14, maio/junho/julho 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=294>. Acesso em: 8/11/2023.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. *Resolução CVM n. 175, de 31 de março de 2023*. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/resolucoes/resol175.html#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20constitui%C3%A7%C3%A3o%2C%20o,revoga%20as%20normas%20que%20especifica.&text=ALTERADA%20pelas%20Resolu%C3%A7%C3%B5es%20181%2F23,%2F23%20e%20187%2F23>. Acesso em: 4/11/2023.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21/11/2023.

BRASIL. *Lei n. 14.478, de 21 de dezembro de 2022*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14478.htm. Acesso em: 4/11/2023.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. *Instrução Normativa RFB n. 1.888, de 3 de maio de 2019*. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=100592>. Acesso em: 4/11/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.148*. Tribunal Pleno, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Redator do acórdão Ministro André Mendonça, julgamento em 5/5/2022, publicação em 15/9/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 7/11/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 1.285.904 AgR*. Primeira Turma, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 30/5/2022, publicação em 20/6/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 8/11/2023.

COASE, Ronald. The problem of social cost. *The Journal of Law & Economics*, v. III, out. 1960. Disponível em: <https://www2.econ.iastate.edu/classes/tsc220/hallam/Coase.pdf>. Acesso em: 6/11/2023.

DEACON, Daniel T.; LITMAN, Leah M. The new major questions doctrine. *Virginia Law Review*, 109/5, 2023. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4165724. Acesso em: 7/11/2023.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 13ª Edição, 2008.

ÍNDIA. Reserve Bank of India. *Statement on Developmental and Regulatory Policies*. Publicação em: 5/4/2018. Disponível em: <https://www.rbi.org.in/commonman/Upload/English/PressRelease/PDFs/PR264205042018.PDF>. Acesso em: 17/10/2023.

ÍNDIA. Supreme Court of India. *Writ Petition (civil) No. 528/2018*. Relator: Justice V. Ramasubramanian. Partes: Internet and Mobile Association of India v. Reserve Bank of India. Julgado em: 4/3/2020. Disponível em: https://main.sci.gov.in/supremecourt/2018/19230/19230_2018_4_1501_21151_Judgement_04-Mar-2020.pdf. Acesso em: 17/10/2023.

ÍNDIA. *The Constitution of India (As of May, 2022)*. Disponível em: <https://legislative.gov.in/constitution-of-india/>. Acesso em: 18/10/2023.

LI, Yi; LUCEY, Brian; URQUHART, Andrew. Can altcoins act as hedges or safe-havens for Bitcoin? *Finance Research Letters*, v. 52, p. 103360, 2023. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1544612322005372>. Acesso em: 5/10/2023.

NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system*. Disponível em: <https://nakamotoinstitute.org/static/docs/bitcoin.pdf>. Acesso em: 5/10/2023.

NORTH, Douglass Cecil. *Transaction costs, institutions and economic performance*. São Francisco: International Center for Economic Growth, 1992. Disponível em: https://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNABM255.pdf. Acesso em: 6/11/2023.

POSNER, Richard. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

REVOREDO, Tatiana; BORGES, Rodrigo. *Criptomoedas no cenário internacional: qual o posicionamento de bancos centrais, governos e autoridades?* Disponível na loja virtual da Amazon, 2018.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

SIEGEL, Jonathan R. The constitutional case for "Chevron" deference. *Vanderbilt Law Review*, 71/937, 2018. Disponível em: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1029&context=vlr>. Acesso em: 7/11/2023.

SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Michigan Law Review* 101/885, 2003. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12319&context=journal_articles. Acesso em: 7/11/2023.

24. ANÁLISE E COMENTÁRIOS À SENTENÇA Nº C-231/20, DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, RELATIVO À IMPOSIÇÃO DE SANÇÕES PELA COMERCIALIZAÇÃO E VINCULAÇÃO COMERCIAL DE JOGOS DE AZAR



<https://doi.org/10.36592/9786554601542-24>

Ricardo Alan Wias¹

RESUMO

Este artigo tem como objetivo discorrer e analisar o julgado oriundo do processo C-231/20, julgado esse que diz respeito a punição ao indivíduo conhecido como "MT", esse, acusado de violar o monopólio estatal sobre jogos de azar e sua monetização. Foram feitas breves comparações ao tratamento que jogos de azar recebem no Brasil, assim como, analisado os elementos e princípios que o Tribunal de Justiça da União Europeia utilizou para justificar sua decisão.

Palavras-chave: União Europeia; jogos de azar; monopólio estatal.

ABSTRACT

This article aims to discuss and analyze the judgment stemming from case C-231/20, a trial that pertains to the punishment of an individual known as 'MT,' accused of violating the State monopoly on gambling and its monetization. Brief comparisons were drawn to the treatment that gambling receives in Brazil, and an analysis was conducted on the elements and principles that the Court of Justice of the European Union used to justify its decision.

Keywords: European Union; gambling; state monopoly.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar e tecer comentários sobre o julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), no processo C-231/20.

O referido processo, tem com seu principal objeto, sanções administrativas e penais quanto a comercialização e vinculação comercial do uso de jogos de azar, mais especificamente, máquinas caça-níqueis.

No caso em questão, um cidadão austríaco, que teve sua identidade mantida em sigilo, sendo chamado apenas de "MT", foi acusado de operar máquinas caça-

¹ Advogado e Mestrando em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Bolsista PRO-Scripto 50%. E-mail: ricardowias99@gmail.com. Curriculum: <http://lattes.cnpq.br/7580461664496545>.

níqueis não autorizadas em um local público dentro do território da Áustria. O acusado foi condenado por seu delito e multado no valor de €10.000 (dez mil) euros.

O cidadão Europeu MT recorreu da decisão ao Verwaltungsgerichtshof (Tribunal Administrativo da Áustria), alegando que a multa era exacerbada e que violava a sua liberdade para realizar prestação de serviços.

O tribunal austríaco decidiu suspender a aplicação da multa e solicitar uma decisão prejudicial ao Tribunal de Justiça Europeu (TJUE) sobre a questão da proporcionalidade das sanções administrativas impostas por violação de um monopólio estatal, assim como, para avaliar sobre a interpretação do Art. 56 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia², (TFUE). O referido Tratado garante a livre prestações de serviços na União Europeia.

O TJUE entendeu que o Artigo 56 do TFUE deve ser interpretado no sentido de que, o juiz nacional (nesse caso oriundo da Áustria), que julgue um procedimento relativo à imposição de sanções por violação de um monopólio no âmbito dos jogos de azar, deve examinar especificamente a compatibilidade com o Art. 56 do TFUE e as sanções previstas pela norma aplicável, levando em conta o caso concreto e nuances particulares do caso.

Para fundamentar essa interpretação, o TJUE afirmou que a livre prestação de serviços é um princípio fundamental da União Europeia que deve ser protegido. No entanto, esse princípio não é absoluto e pode ser restringido em determinadas circunstâncias, desde que a restrição seja justificada e proporcional.

No caso em questão, o TJUE entendeu que a restrição imposta pela lei austríaca, que prevê a imposição de uma multa mínima por cada máquina não autorizada, sem limite máximo, é justificada para proteger o interesse público na prevenção e repressão da fraude e da contravenção, em especial ao levar em conta que se trata de elemento de monopólio Estatal.

² O Artigo 56 inaugura o tópico "dos serviços" e possui em seu corpo do texto: "*No âmbito das disposições seguintes, as restrições à livre prestação de serviços na União serão proibidas em relação aos nacionais dos Estados-Membros estabelecidos num Estado-Membro que não seja o do destinatário da prestação.*"

No entanto, o TJUE também entendeu que essa restrição deve ser proporcional, o que significa que essa medida deve estar em conformidade com os princípios da adequação e da necessidade.

Tal como, o TJUE entendeu que a multa mínima de €10.000 (dez mil euros) euros é adequada para dissuadir os operadores de jogos de azar de colocar máquinas caça-níqueis não autorizadas no mercado.

No entanto, o TJUE também entendeu que essa multa pode ser excessiva em alguns casos, especialmente se a vantagem económica obtida com a infração for relativamente pequena, afastando assim, uma punição excessiva, ou seja, aplica-se o princípio da proporcionalidade.

Portanto, o TJUE concluiu que o juiz nacional deve verificar se a aplicação concreta da multa mínima de €10.000 (dez mil) euros respeita o princípio da proporcionalidade.

Além da multa mínima por cada máquina não autorizada, a normativa austríaca também prevê a imposição de uma pena substitutiva em face da privação de liberdade por cada máquina. O TJUE entendeu que essa pena também é justificada para proteger o interesse público na prevenção e repressão da fraude e da contravenção.

Dentro do julgado, O TJUE ainda destacou que a pena substitutiva de privação de liberdade é adequada para dissuadir os operadores de jogos de azar de colocar máquinas caça-níqueis não autorizadas no mercado.

No entanto, o TJUE também entendeu que essa pena deve ser aplicada de forma restritiva, apenas nos casos em que a multa mínima não seja suficiente para dissuadir o operador de jogos de azar.

Portanto, o TJUE concluiu que o juiz nacional deve verificar se a aplicação concreta da pena substitutiva de privação de liberdade respeita o princípio da proporcionalidade.

A decisão do TJUE no caso C-231/20 tem implicações significativas para a aplicação das normas de concorrência no setor dos jogos de azar na União Europeia. De modo que a decisão confirma que os Estados-Membros podem impor sanções administrativas a infrações de monopólios estatais no âmbito dos jogos de azar, mas que essas sanções devem ser proporcionais à gravidade da infração.

A decisão também tem implicações para os operadores de jogos de azar que atuam na União Europeia. Esses operadores devem estar cientes das normas de concorrência aplicáveis e garantir que suas atividades estejam em conformidade com essas normas.

MONOPOLIO ESTATAL E JOGOS DE AZAR

Conforme exposto anteriormente, o caso em questão versa sobre jogos de azar, nos quais alguém (seja individualmente ou de forma coletiva) aposta determinada quantia de dinheiro na esperança de alcançar ganhos elevados em comparação ao valor inicialmente investido.

De forma comparativa, destaca-se que, popularmente no Brasil, a Caixa Econômica Federal realiza a loteria nacional, com promessas de ganhos milionários por meio da compra de bilhetes que custam menos de R\$ 10 (dez) reais. Isso possibilita que um cidadão mude completamente seu patamar de vida, embora as chances de alguém de fato ganhar o prêmio sejam baixíssimas, gerando o senso comum de que é praticamente impossível vencer na loteria. Devido à sua baixa chance de retorno, torna-se um jogo de azar.

Além disso, no que tange aos jogos de azar, destaca-se que, embora as ideias de loteria também estejam presentes em território europeu, o cerne da discussão do julgado ora analisado concentra-se nas máquinas de caça-níqueis, outro tipo extremamente popular de jogo de azar.

Diferentemente das loterias, nessa modalidade de jogos de azar, o apostador possui maior probabilidade de retorno, tornando-se assim uma opção atrativa para determinados apostadores que não almejam somente despejar dinheiro em bilhetes de loteria e semelhantes.

Devido ao elevado potencial lesivo ao apostador que, de fato, se vicia em apostas, existem restrições ao apostador, como as presentes no Brasil através das medidas presentes na Lei nº 9.215, de 30 de abril de 1946. Mais recentemente, visa-se alterar seus elementos no Projeto de Lei nº 3915/2023.

A legislação brasileira atualmente é rígida no que diz respeito a jogos de azar, não havendo ampla permissão, e grande parte dos projetos ficam parados dentro do Congresso Nacional.

Recentemente, foi vetado pelo então presidente Jair Bolsonaro o Projeto de Lei (PL) nº 442/1991. Embora inicialmente proposto no ano de 1991, o caso só foi apreciado pelo poder legislativo e, subsequentemente, pelo poder executivo após mais de 30 (trinta) anos de tramitação. O projeto ganhou projeção por visar a legalização de cassinos, loterias e até mesmo o popular "Jogo do Bicho". Tal modalidade de aposta é apenas mais um jogo de azar, porém é tão popular que se enraizou na cultura do Brasil.

No mundo das apostas, o ganho do indivíduo é relevante para o Estado em vários aspectos, dentre os quais a possibilidade de cobrança de tributos, gerando assim lucros ao Estado.

Outro elemento considerado importante pelo legislador é o impacto das apostas em questões de saúde pública, de modo que um viciado em apostas venha a causar danos sociais a si mesmo e aos que estão ao seu redor. Assim, o Estado poderia "proteger o indivíduo contra si mesmo".

O desejo do Estado em evitar o vício de alguém em apostas não se dá apenas por benevolência, uma vez que um viciado em apostas poderia causar danos à coletividade. Por consequência, o Estado teria que arcar com gastos monetários com profissionais de saúde, caso esse almeje o tratamento através dos serviços públicos de saúde. Serviços esses que precisam possuir profissionais capacitados a diminuir os danos sofridos por pessoas que se tornam vítimas dos vícios em apostas.

Independentemente de como o legislador brasileiro trata casinos e apostas, o debate, que já envolve questões monetárias e de saúde pública, se torna ainda mais fervoroso quando se faz presente o elemento religioso, aspecto de grande relevância para o legislador (uma vez que há até mesmo a presença de uma "bancada evangélica" no Congresso). Debate esse, que na visão de *Claus Roxin* (2013, p. 21) não deveria existir.

O doutrinador argumenta que os debates deveriam se concentrar exclusivamente em questões técnicas e de saúde pública, uma vez que os jogos de azar têm o potencial de criar um vício significativo nas pessoas. A restrição aos jogos

de azar poderia ser percebida apenas como um componente predominantemente ligado a valores morais e religiosos.

Ocorre que uma legislação rígida e concentrada no poder estatal e fortemente vinculada a um viés religioso abre brecha para que as atividades ocorram de forma clandestina, afastando a figura presente do Estado e a aplicação das leis. Tal situação pode ocorrer tanto no direito brasileiro quanto europeu, como se faz presente no caso em questão.

Os países membros da União Europeia possuem autonomia para, de fato, regulamentar apostas e loterias, como no caso da Áustria, país em que o julgado teve origem. A controvérsia surge uma vez que o Estado estatizou o monopólio dos jogos de aposta e um indivíduo estava comercializando essa espécie de negócios.

A violação no caso possui particularidades condizentes com a atuação estatal direta, uma vez que, no caso em questão, existe a expressa previsão de que o indivíduo não poderia auferir lucros com base em jogos de azar. Assim, é evidente que se dá por presente uma violação por parte do indivíduo "MT".

O caso de "MT" apresenta o questionamento de até que ponto a concentração do poder estatal é correta. Embora o acusado afirme estar apenas realizando livre comércio, evidentemente que ele quebrou as regras do país em que está presente. O questionamento maior surge em relação à punição que deve ou não ser aplicada a um indivíduo que afirma estar somente prestando serviços, aspecto esse, que em seu entendimento, seria permitido pela legislação presente nos países da União Europeia, através do já mencionado Artigo 56 da TFUE.

Como a contravenção por parte de "MT" se deu de modo que violou a legislação nacional, o conflito surge uma vez que o acusado afirma que sua punição é excessiva e até mesmo ilegal, uma vez que a União Europeia permitiria a ampla prestação de serviços.

No entanto, sua linha de defesa acabou não sendo aceita pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), uma vez que esse deixou explícito que não se pode haver uma prestação de serviços caso esteja ocorrendo uma contravenção penal dentro do país em que o serviço estaria sendo supostamente prestado.

Com tal exposição, resta inegável que um delito foi cometido pelo acusado. A questão passa, então, à análise do dever das cortes de punir o indivíduo, de forma correta, tanto da esfera administrativa, quanto da esfera penal.

DA CONTRAÇÃO E IMPACTOS DA DECISÃO

A defesa do acusado constantemente afirmou que houve violações a princípios da UE, especificamente, o livre comércio, ocorre, que esse princípio não possui valor de caráter fundamental (SARLET, 2017, p. 1), ou seja, inexistente razão para com que o Direito do indivíduo venha a ser sobreposto quanto a coletividade e a soberania do Estado Austríaco.

Ressalva-se que a mera proibição legal não é capaz de dar legitimidade à criminalização (TAVAREZ, 2020, p. 84), necessitando que a conduta proibida seja capaz de gerar ao menos risco de lesão a um bem jurídico determinado.

Comprovado a conduta de "MT" e a previsão de punição dentro do ordenamento jurídico em questão, parte-se para a análise do que se diz respeito à punição do acusado, seja de forma pecuniária, seja com uma pena restritiva de direitos, ambas sob a jurisdição do TJUE.

Em um primeiro momento, analisa-se qual a legislação aplicável. Ocorre que os fatos ora narrados se fazem por presente em território que está dentro da jurisdição austríaca, e assim, de forma subsequente, sob a tutela da União Europeia.

Com o caso, de fato, sendo tutelado pela jurisdição do TJUE, a corte se manteve nos aspectos que dizem respeito somente à pena, ou seja, averiguar se há elementos capazes de justificar uma pena como a que fora aplicada no caso concreto.

A defesa do acusado afirma que a pena é exacerbada, uma vez que se trata somente de uma contração. Também afirmou que não há elementos beligerantes capazes de justificar uma pena tão severa.

O Tribunal, porém, se encontra em situação que pode levar a um impasse. É evidente que a corte não aceitará violações a legislações e jurisdições locais, como no caso da presente contração. No entanto, o modo como a corte punir o indivíduo no presente caso deve ser capaz de gerar o precedente do sentido de que não serão

aceitas contravenções por falta de um limite legal dentro do território de origem. Uma suposta falha legislativa não deve ser capaz de impedir a corte de aplicar a devida pena.

De tal modo, a corte se vê por possibilitada de modular aspectos jurisprudências para de fato, gerar o precedente correto, impedindo assim, toda e qualquer ilegalidade e impunidade do acusado.

Assim, mesmo de que modo hermenêutico, a corte evidenciou o sentido que o tribunal administrativo deve visar a manutenção do monopólio estatal, de modo que vise punir o contraventor e reafirmar que o conceito de livre comercio não justifica qualquer tipo de violação ao poder de um Estado-Membro da UE, em especial, de modo que sua competência seja de fato, mantida.

Com tal exposição, não só fora reafirmado o poder do Tribunal Administrativo Austríaco (Verwaltungsgerichtshof), como demonstrado que embora os fundamentos da UE, preveja, de fato, o livre mercado e o livre comercio, assim como, busque fortalecer o empreendedorismo por parte dos seus cidadãos, o monopólio Estatal de um país se sobrepõe a tal elemento.

Evidente que a contravenção aqui presente tenha sido cometida visando o sustento e proveito econômico por parte de seu contraventor, sua pena não é rígida em demasiado, visto que uma pena não rígida poderia deixar de punir um acusado que, na visão da corte, ativamente violou o monopólio Estatal, e fora além, fazendo-o de modo, que não só não esteja abrangido pelo livre comercio, como também esteja ativamente ferindo a soberania Estatal.

Com a decisão, de fato, proferida, fora ressaltado os princípios basilares, como o da proporcionalidade e razoabilidade, assim, embora haja uma pena com um valor pecuniário elevado, houve uma punição devida e correta para o caso em concreto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com tais exposições, a decisão pode ser vista como correta e encoberta pelo bom Direito. A atuação direta da corte preveniu maiores impunidades e foi capaz de reforçar a autonomia de um país-membro da EU.

Conforme o que foi exposto até o julgamento por parte do TJUE, a corte foi capaz de comprovar e reafirmar sua autonomia, assim como fortalecer o entendimento da diferença entre livre comércio e os limites quanto a contravenções penais.

Evidente que se fazem por presentes paralelos no que condiz a regulamentação do Brasil quanto a jogos de azar, sendo o julgado elemento capaz de reacender novos debates no que condiz a legalização (ou não) dos jogos de azar no Brasil.

Com as exposições dos motivos por parte da corte devidamente realizadas, conclui-se que as razões apresentadas no julgado evidenciaram que os princípios norteadores da União Europeia não se afastam do caso em cerne, em especial ao levar em conta que o monopólio estatal previamente estabelecido e concretizado.

Assim, a decisão fortalece o poder estatal de um país-membro da UE, mantendo sua capacidade e dever atribuído a si mesmo, no que diz respeito à regulamentação dos jogos de azares e semelhantes.

Com as devidas razões, é plausível admitir e assimilar que o conteúdo presente na decisão se resta por correto, tendo o litígio sido resolvido de modo adequado, uma vez que os princípios norteadores da União Europeia se fizeram presentes.

REFERÊNCIAS

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 10-30.

TAVAREZ, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. 2ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 80-90.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Conceito de direitos e garantias fundamentais*. Tomo Direito Administrativo e Constitucional. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 1. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/67/edicao-1/conceito-de-direitos-e-garantias-fundamentais>. Acesso em: 14 nov. 2023.

25. ANTIDUMPING NA EUROPA NA VISÃO CONSTITUCIONAL

ANTIDUMPING IN EUROPE FROM A CONSTITUTIONAL PERSPECTIVE



<https://doi.org/10.36592/9786554601542-25>

Maria Eduarda Arnau Rodrigues¹

RESUMO

O presente estudo descreve uma decisão controversa da União Europeia relacionada a medidas antidumping, baseada no Regulamento (CE) n. 1225/2009 do Conselho. O caso específico envolve a imposição de direitos antidumping sobre as importações de biodiesel da Argentina e da Indonésia. O regulamento inicial, adotado em 2013, alegou práticas de dumping prejudiciais à indústria da União Europeia. No entanto, o Tribunal Geral, em setembro de 2016, anulou partes do regulamento, questionando a adequação das evidências apresentadas pelas instituições da UE. O texto destaca a implementação de um direito antidumping provisório seguido por um definitivo em novembro de 2013. Além disso, aborda a flexibilidade proporcionada pelo Regulamento (UE) 2015/476 em resposta a relatórios da OMC sobre medidas antidumping. No entanto, o texto aponta que a aplicação prática dessas medidas pode gerar controvérsias, especialmente em disputas comerciais internacionais. A narrativa avança para discutir um caso específico envolvendo a empresa Vitol, importadora suíça de biodiesel, que busca contestar a validade do regulamento antidumping. O Tribunal de Justiça da UE é consultado sobre a admissibilidade do pedido de decisão prejudicial, considerando a falta de participação da Vitol no procedimento administrativo. A decisão do Tribunal destaca que a ausência de participação não exclui automaticamente a legitimidade ativa e que a referência a fornecedores não é suficiente para individualizar a recorrente. O órgão jurisdicional de reenvio forneceu razões suficientes para questionar a validade do regulamento, e o pedido de decisão prejudicial é considerado admissível. O cerne da decisão envolve a análise da conformidade do regulamento com o regulamento de base. O Tribunal conclui que o regulamento é inválido devido à falta de demonstração adequada do cumprimento dos requisitos relativos ao cálculo do valor normal e à avaliação cumulativa dos efeitos das importações, conforme estabelecido no regulamento de base. Em resumo, a decisão declara a invalidade do regulamento antidumping em questão, enfatizando a importância da fundamentação adequada nos cálculos e avaliações associados às medidas antidumping, além de abordar questões de participação e legitimidade ativa no contexto legal da União Europeia.

Palavras-chave: Antidumping; constitucional; União Europeia.

¹ Mestranda em Jurisdição e Processo pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Bolsista CAPES. Endereço eletrônico: arnau.eduarda@gmail.com. Currículo lattes: <https://lattes.cnpq.br/5412978606541431>

ABSTRACT

The present study describes a controversial decision by the European Union regarding antidumping measures, based on Council Regulation (EC) No. 1225/2009. The specific case involved the imposition of antidumping duties on biodiesel imports from Argentina and Indonesia. The initial regulation, adopted in 2013, alleged dumping practices harmful to the European Union's industry. However, in September 2016, the General Court annulled parts of the regulation, questioning the adequacy of the evidence presented by EU institutions. The text highlights the implementation of provisional and definitive antidumping duties in November 2013. Additionally, it addresses the flexibility provided by Regulation (EU) 2015/476 in response to WTO reports on antidumping measures. Nevertheless, the text notes that the practical application of these measures can generate controversies, especially in international trade disputes. The narrative progresses to discuss a specific case involving Vitol, a Swiss biodiesel importer, challenging the validity of the antidumping regulation. The EU Court of Justice is consulted on the admissibility of the preliminary ruling request, considering Vitol's lack of participation in the administrative procedure. The Court's decision emphasizes that non-participation does not automatically exclude legal standing, and referencing suppliers is insufficient to individualize the appellant. The referring court provided sufficient reasons to question the regulation's validity, rendering the preliminary ruling request admissible. The crux of the decision involves analyzing the regulation's compliance with the underlying regulation. The Court concludes that the regulation is invalid due to a lack of adequate demonstration of compliance with the requirements related to calculating the normal value and the cumulative assessment of the effects of imports, as stipulated in the underlying regulation. In summary, the decision declares the invalidity of the antidumping regulation in question, emphasizing the importance of proper justification in the calculations and assessments associated with antidumping measures, and addressing issues of participation and legal standing in the EU legal context.

Keywords: Antidumping; constitutional; European Union.

INTRODUÇÃO

Trata-se de decisão controvertida pela União Europeia em relação às medidas antidumping. Na ocasião, as disposições regulamentares eram regidas pelo Regulamento (CE) n. 1225/2009 do Conselho, datado de 30 de novembro de 2009. O artigo inaugural do regulamento estabeleceu os critérios para a imposição de direitos antidumping, abordando a comparação de preços de exportação com produtos semelhantes e a avaliação do prejuízo infligido à União Europeia.

O segundo artigo abordou a determinação de dumping, discutindo o cálculo do valor normal com base no custo de produção ou nos preços de exportação para

um país terceiro apropriado. Além disso, tratou da situação especial do mercado e dos métodos para calcular os custos associados à produção e venda do produto.

O terceiro artigo tratou da determinação de prejuízo, considerando fatores como a avaliação cumulativa das importações de produtos de vários países, a margem de dumping e a necessidade de comprovar que as importações objeto de dumping causavam prejuízo à indústria da União Europeia.

Outros elementos, além das importações objeto de dumping, foram examinados para assegurar que os prejuízos causados por esses fatores não fossem indevidamente atribuídos às importações em questão. O texto detalhou os elementos de prova necessários para essa avaliação, incluindo volume e preços das importações, contração da procura e práticas comerciais restritivas.

De modo geral, essa decisão visava estabelecer critérios e procedimentos para a imposição de medidas antidumping na União Europeia, com ênfase na comparação de preços, cálculo de custos e avaliação dos impactos das importações na indústria local.

DESENVOLVIMENTO

Em 27 de maio de 2013, a Comissão adotou o Regulamento (UE) n.º 490/2013, impondo um direito antidumping provisório sobre as importações de biodiesel da Argentina e da Indonésia. O regulamento alegou que as importações argentinas estavam sujeitas a práticas de dumping, prejudicando a indústria da União Europeia. O artigo 1.º deste regulamento estabeleceu um direito antidumping provisório sobre essas importações.

Uma análise crítica sugere que a decisão foi fundamentada na percepção de dumping e prejuízo à indústria local, destacando a natureza provisória do direito imposto. Contudo, essa medida poderia gerar controvérsias comerciais e impactar as relações econômicas com os países afetados, levantando questões sobre a eficácia e a equidade das práticas antidumping da União Europeia. Em 19 de novembro de 2013, o Conselho da União Europeia implementou um direito antidumping definitivo sobre as importações de biodiesel da Argentina e da Indonésia.

A decisão foi baseada em constatações relacionadas ao valor normal do produto similar, custos de produção e prejuízo causado à indústria da União Europeia. O Conselho argumentou que o mercado argentino do biodiesel era fortemente regulado pelo Estado, justificando o cálculo do valor normal de acordo com o regulamento de base. No entanto, a decisão foi criticada posteriormente pelo Tribunal Geral em setembro de 2016, que anulou partes do regulamento controverso relacionadas a alguns dos recorrentes.

O Tribunal Geral questionou a suficiência de evidências apresentadas pelas instituições da União Europeia, destacando a falta de prova de uma distorção significativa nos preços das matérias-primas na Argentina e na Indonésia devido a um sistema de taxas diferenciadas sobre as exportações. O tribunal considerou que as instituições não deveriam ter afastado os documentos contábilísticos dos produtores-exportadores argentinos e indonésios ao calcular o valor normal do biodiesel, questionando a adequação do processo decisório.

Essa decisão do Tribunal Geral levanta preocupações sobre a fundamentação e a consistência das práticas antidumping adotadas pela União Europeia, destacando a importância da apresentação de provas substanciais e da aderência rigorosa aos procedimentos regulamentares. O artigo 1.º do Regulamento (UE) 2015/476, de 11 de março de 2015, estabelece as medidas que a União Europeia pode adotar em resposta a um relatório do Órgão de Resolução de Litígios da OMC relacionado a medidas antidumping e contrárias às subvenções.

O regulamento autoriza a Comissão a revogar ou alterar a medida contestada, ou adotar outras medidas especiais de execução alinhadas com as recomendações do relatório, mediante o procedimento de exame especificado no artigo 4.º, n.º 3. O artigo 3.º do regulamento determina que, salvo indicação em contrário, as medidas adotadas produzem efeitos a partir da data de sua entrada em vigor, não sendo, portanto, base para o reembolso de direitos cobrados anteriormente.

A flexibilidade proporcionada para revogar, alterar ou adotar outras medidas reflete a busca por alinhamento com as recomendações internacionais. No entanto, questões sobre o processo de exame e a implementação prática dessas medidas podem ser alvo de análise crítica, especialmente no contexto de litígios comerciais internacionais.

Destaca-se que a doutrina (TIMM, 2011) examina os desafios e controvérsias associados às medidas antidumping, incluindo críticas sobre possível abuso ou uso indevido dessas medidas. No caso em questão, a recorrente, Vitol, uma sociedade suíça importadora de biodiesel, busca contestar a validade do Regulamento (UE) 2015/476, conforme alterado pelo Regulamento de Execução 2017/1578, que instituiu direitos antidumping sobre biodiesel originário da Argentina. A recorrente alega que o regulamento pode ser contrário ao regulamento de base, argumentando principalmente sobre a inadequada consideração das despesas relacionadas com a produção e venda do produto similar, o erro na avaliação cumulativa dos efeitos das importações, e a alegação de que não houve dumping.

A recorrente pagou direitos antidumping com base no regulamento em questão e buscou o reembolso desses direitos, mas teve seu pedido indeferido pelas autoridades nacionais, resultando em uma série de decisões desfavoráveis. Alega-se que a recorrente não teria, sem margem para dúvidas, o direito de interpor um recurso de anulação do regulamento com base no artigo 263.º, quarto parágrafo, do TFUE.

O tribunal de reenvio questiona a validade do regulamento, especialmente no que diz respeito à demonstração adequada das condições para desconsiderar as despesas relacionadas com a produção e venda do produto similar, a avaliação cumulativa dos efeitos das importações e a alegação de inexistência de dumping.

Destaca-se a possibilidade de a recorrente contestar a validade do regulamento mesmo após a revogação do mesmo para o futuro, e a questão central envolve a conformidade do regulamento contestado com o regulamento de base. Portanto, o caso levanta questões sobre a fundamentação e validade do regulamento antidumping, destacando a necessidade de analisar cuidadosamente a aplicação dos critérios estabelecidos no regulamento de base, bem como a alegação de que o procedimento foi conduzido de forma inadequada.

O tribunal de reenvio busca esclarecimentos do Tribunal de Justiça sobre a possível contrariedade do regulamento contestado ao regulamento de base em relação aos pontos mencionados. O texto trata da admissibilidade de um pedido de decisão prejudicial relacionado à validade de um regulamento antidumping.

A admissibilidade é questionada com base na falta de interposição de um recurso de anulação do regulamento pelo recorrente no órgão jurisdicional da União Europeia. Existem duas principais questões sobre a admissibilidade. Primeiramente, os governos belga e helénico, bem como o Conselho, questionam se o recorrente pode contestar o regulamento sem ter interposto anteriormente um recurso de anulação.

Em segundo lugar, a Comissão destaca a necessidade de o órgão jurisdicional de reenvio apresentar razões suficientes para questionar a validade do regulamento no caso em questão. No que diz respeito à legitimidade para pedir a anulação do regulamento antidumping, com base no artigo 263.º, quarto parágrafo, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), os governos belga e helénico, juntamente com o Conselho, questionam se o recorrente teria tido a oportunidade de interpor um recurso de anulação do regulamento. Segundo a jurisprudência, a possibilidade de invocar a invalidade de um ato da União pressupõe que o litigante tenha interposto um recurso de anulação dentro dos prazos estabelecidos. No entanto, a exceção de inadmissibilidade não pode ser invocada se houver dúvidas sobre se as disposições do regulamento se aplicam diretamente à parte em questão. Em relação à questão específica da admissibilidade do recurso, o texto destaca que um regulamento antidumping pode afetar diretamente um operador econômico, mas apenas se este for individualmente afetado por disposições específicas do regulamento. No entanto, no caso em questão, não foi demonstrado que os dados relativos à atividade comercial do recorrente foram considerados na constatação das práticas de dumping.

Portanto, a conclusão é que o recorrente não pode, sem margem para dúvidas, ser considerado como tendo legitimidade para interpor um recurso de anulação do regulamento no âmbito do artigo 263.º, quarto parágrafo, TFUE. Dessa forma, o órgão jurisdicional de reenvio busca esclarecimentos sobre a admissibilidade do pedido de decisão prejudicial, considerando se o regulamento antidumping é problemático no caso específico e se o recorrente teria tido legitimidade para interpor um recurso de anulação.

A decisão aborda a questão da legitimidade ativa para interpor um recurso de anulação de um regulamento antidumping, especificamente no contexto de biodiesel

proveniente da Argentina e da Indonésia. A recorrente, Vitol, busca contestar a validade do regulamento controvertido, alegando falta de participação no procedimento administrativo e questionando a individualização da empresa no contexto do regulamento.

O Tribunal destaca que a recorrente não participou no procedimento administrativo, mas enfatiza que a ausência de participação não é, por si só, suficiente para negar legitimidade ativa. Além disso, a referência à fornecedora argentina COFCO Argentina não é considerada suficiente para individualizar a recorrente. A decisão também descarta a possibilidade de a recorrente se unir ao recurso de anulação interposto por seu produtor associado.

A análise posterior se concentra na admissibilidade do pedido de decisão prejudicial. A Comissão questiona se o órgão jurisdicional de reenvio apresentou razões precisas para duvidar da validade do regulamento controvertido. O Tribunal enfatiza a importância de o órgão jurisdicional nacional expor claramente as razões que levaram à dúvida sobre a validade das disposições da União.

A decisão considerou que o órgão jurisdicional de reenvio forneceu informações suficientes, referindo-se aos Acórdãos anteriores e destacando as questões específicas relacionadas ao cálculo do valor normal do biodiesel. O Tribunal conclui que o pedido de decisão prejudicial é admissível, uma vez que contém indicações suficientes sobre as razões da dúvida quanto à validade do regulamento controvertido. Quanto à questão prejudicial, o órgão jurisdicional pergunta se o regulamento controvertido, conforme alterado, é inválido por violar o regulamento de base. Especificamente, questiona a conformidade com o artigo 2º, nº 5, do regulamento de base, em relação ao cálculo do valor normal do produto similar, e o artigo 3º, números 4, 6 e 7, em relação à avaliação cumulativa dos efeitos das importações. A decisão analisa essas questões à luz dos Acórdãos anteriores e da reabertura do inquérito antidumping. Conclui que o regulamento controvertido é inválido, pois não demonstrou adequadamente o cumprimento dos requisitos do artigo 2º, nº 5, e do artigo 3º, números os 4, 6 e 7, do regulamento de base. Isso decorre das constatações do Tribunal Geral sobre a distorção dos preços das matérias-primas e da falta de relação causal entre as importações objeto de dumping e o prejuízo à indústria da União.

Em resumo, a decisão declara a invalidade do regulamento controvertido, conforme alterado, devido à violação dos requisitos do regulamento de base, destacando a falta de fundamentação adequada nos cálculos do valor normal e na avaliação cumulativa dos efeitos das importações.

A decisão apresenta uma análise detalhada e fundamentada sobre a legitimidade ativa para contestar um regulamento antidumping, bem como a admissibilidade do pedido de decisão prejudicial. O Tribunal destaca a importância de uma exposição clara das razões que levaram à dúvida sobre a validade do regulamento em questão.

Ao abordar a questão prejudicial, a decisão examina minuciosamente se o regulamento controvertido está em conformidade com os requisitos do regulamento de base, especialmente em relação ao cálculo do valor normal do produto similar e à avaliação cumulativa dos efeitos das importações. A invalidação do regulamento é fundamentada na falta de demonstração adequada desses requisitos, à luz de Acórdãos anteriores e da reabertura do inquérito antidumping.

O termo antidumping é utilizado de maneira abrangente hodiernamente. Seu conceito é compreendido de forma diferente pela economia, pelo direito e, especialmente, pelo senso vulgar leigo, que o utiliza em situações que não constituem tecnicamente comportamento anticompetitivo. Essas diversas e irregulares utilizações do termo se devem, em grande parte, a divergências epistemológicas e axiológicas, que matizam a abordagem jurídica, política e econômica. A partir da referida decisão, é possível notar que os termos se conectam.

Os economistas identificam a prática do antidumping como sendo a discriminação de preços entre dois mercados nacionais, ou nas palavras de J. VINER "The one essential characteristic of anti-competitive, I contend, is price-discrimination between purchases in different national markets". Essa discriminação compreende aquela realizada entre diferentes mercados de exportação e não se refere, como se verá na definição jurídica, a uma comparação feita entre o mercado importador e o mercado exportador. O argumento econômico utilizado com maior frequência para justificar a aplicação das medidas antidumping é a desqualificação da concorrência realizada pelos produtos importados. Estes, além de serem vendidos

com discriminação de preços entre mercados nacionais, implicariam a prática de preços predatórios, o que afastaria investimentos e agravaria problemas sociais.

Além do mencionado artigo, também disciplina a matéria um acordo específico da OMC, celebrado com o intuito precípua de interpretar os termos vagos citados acima. Trata-se do Acordo sobre a Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994 (ou Agreement on the Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994), conhecido e daqui em diante mencionado apenas como "Acordo Antidumping".

O artigo 2.1 deste acordo de igual forma apresenta uma definição desta prática:

For the purpose of this Agreement, a product is to be considered as being anti-competitive, i.e. introduced into the commerce of another country at less than its normal value, if the export price of the product exported from one country to another is less than the comparable price, in the ordinary course of trade, for the like product when destined for consumption in the exporting country.

No Brasil, a prática do antidumping é definida pelo artigo 4º do Decreto 1602, de 23 de agosto de 1995, que regulamenta as normas e os procedimentos relativos à implementação do artigo VI do GATT, da seguinte forma: "Para os efeitos deste Decreto, considera-se prática de antidumping a introdução de um bem no mercado doméstico, inclusive sob as modalidades de drawback, a preço de exportação inferior ao valor normal". Em seguida, o artigo 5º define o valor normal como sendo "o preço efetivamente praticado para o produto similar nas operações mercantis normais, que o destinem a consumo interno no país exportador."

Para o direito, portanto, a definição de antidumping também é baseada na diferenciação de preços entre dois mercados. Porém, a sua ocorrência restringe-se aos casos em que os produtos de um país são introduzidos no comércio de outro por valor abaixo daquele praticado no mercado do país exportador. É de J. VINER (W. BARRA, 2000, p. 11), também, a primeira tentativa de classificar as diversas formas de antidumping.

Baseou-se o economista em três situações em que identificou a manifestação dessa prática, classificando-o como: (i) esporádico; (ii) de curto prazo; ou (iii) permanente. "O 'antidumping' eivado de "*predatoriedade*" no mercado interno, limita-se à venda sem margem de lucro, abaixo do preço de mercado, e não no sentido lato, utilizado no comércio exterior, de redução de preços inferiores aos vigentes no mercado; pois a redução de preços é objetivo da concorrência empresarial, e por si só não configura abuso de poder econômico e forma de concorrência desleal" (E. M. O. MARTINS, 1998, p. 126).

Assim, conforme esclarece J. R. P. RODRIGUES (1996, p. 35), "[o] antidumping predatório (...) exterioriza-se pela prática de comércio em situação na qual inexistente lucro por parte do praticante do antidumping. Duas razões justificariam essa postura: (I) afastamento dos competidores do mercado; (II) impedir que novos competidores atuem no mesmo mercado. Essa prática, contudo, só pode ser justificada no curto prazo, pois a longo prazo ela pode conduzir o seu próprio praticante à ruína" (grifos no original).

Apesar da utilidade econômica das distinções mencionadas, a regulamentação antidumping não acolhe estas classificações, que, portanto, têm interesse meramente didático. No sistema GATT/OMC, é possível identificar apenas dois tipos de antidumping, o condenável e o não condenável, sendo o último aquele que causa dano à indústria doméstica. Por isso, é necessário salientar que, ao contrário do que sustenta o senso comum e a esmagadora parcela da doutrina, o anticompetitivo não é por si só uma prática ilícita ou violadora das boas regras de mercado. Para ser considerado reprovável tem que causar dano à indústria doméstica. Ou seja, o antidumping, per se, não é uma prática desleal de comércio internacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se falar, então, que a decisão analisada reflete um comprometimento com a garantia de que as instituições da União sigam procedimentos adequados e fundamentem suas decisões de forma consistente. Além disso, destaca-se a importância da fiscalização jurisdicional para verificar a observância das regras

processuais e a exatidão material dos fatos, sem prejudicar o amplo poder de apreciação dessas instituições.

Em última análise, a decisão reforça a necessidade de conformidade estrita com os regulamentos da União Europeia nas medidas antidumping, contribuindo para a clareza e a integridade no processo de implementação dessas medidas comerciais.

Isso reflete um interesse, preliminar, aos direitos fundamentais antes de qualquer medida adotada, seja judicialmente ou governamental. O foco é manter a uniformização, atentado às particularidades de cada caso concreto e o contexto social inserido, para que seja possível uma proteção à segurança jurídica daqueles jurisdicionados.

REFERÊNCIAS

BARRAL, W. *Dumping e Comércio Internacional: A regulamentação Antidumping após a Rodada do Uruguai*, Rio de Janeiro, Forense, 2000, p.11.

MARTINS, E. M. O. Da Concorrência Desleal: o "Dumping" Predatório no Contexto Internacional e no Mercado Interno Brasileiro, in *Revista de Direito do Mercosul*, Buenos Aires, v. 2, n° 3, junho/1998, p. 126.

TIMM, Luciano Benetti. *Direito Antidumping e Medidas de Salvaguarda no Brasil*. Ed. Saraiva, 2011.

26. COMENTÁRIO À JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA EUROPEU ACERCA DA PUBLICIDADE DO CONSUMO DE MEDICAMENTOS NA INTERNET POR FARMÁCIA

COMMENT TO THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE ON THE
PUBLICITY TO CONSUMPTION OF DRUGS ON THE INTERNET BY PHARMACY



<https://doi.org/10.36592/9786554601542-26>

Gabriel Fraga Hamester¹

RESUMO

Comentário de decisão proferida pela 3ª Seção do Tribunal de Justiça Europeu, em que ficou reconhecida a aplicação da diretiva 2000/31, em medicamentos onde não há a necessidade de receita médica, na hipótese em que se aplica a necessidade de o paciente preencher um questionário de saúde antes da validação de sua primeira compra no site da internet. Da mesma forma, a proibição de descontos no caso de encomenda por quantidade, proibido também a publicidade ostensiva das farmácias e medicamentos, bem como utilização de sistemas que aumentem as métricas dos resultados nos buscadores online.

Palavras-Chaves: Saúde; consumidor; publicidade; dever de informação.

ABSTRACT

Commentary on the decision rendered by the 3rd Panel of the Superior Court of Justice, which recognized the need for prior notification to the consumer when sharing information in a database. In light of Law 12.414/2011, which regulates the formation and consultation of a credit history database, art. 5, item V, ensures that the registrant has the right to be informed in advance about the identity of the manager and about the storage and purpose of using personal data. Taking into account the particularities of the specific case, the conduct was analyzed under the light of the principle inherent to consumer relations, which is the right to information, protected by art. 43, paragraph 2, of the CDC. It was also considered that sharing without prior notice constitutes unlawful conduct, subject to presumed moral damage, without the need for proof by the consumer.

Keywords: Healthy; consumer; publicity; duty of information.

¹ Mestre e Doutorando pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), área de Concentração Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado, Linha da Eficácia e Efetividade da Constituição e dos Direitos Fundamentais no Direito Público e Direito Privado, Bolsista CAPES, Pós-Graduado em Direito do Consumidor pela Universidade de Coimbra, Membro da Comissão Coordenadora do Balcão do Consumidor (UFRGS) e da Comissão em Direito do Consumidor da OAB/RS E-mail: gfragahamester@gmail.com

INTRODUÇÃO

Vivemos na sociedade da informação², os dados tornaram-se o principal ativo do mercado global, a tecnologia foi a responsável por acelerar o tratamento e o processamento, de dados que em grande parte trata-se de dados sensíveis à pessoa humana e que são utilizados abusivamente por parte das empresas para conhecer seus clientes, identificar padrões e preferências e ofertar produtos personalizados e até mesmo, ilícitos (RUARO; BOTELHO, 2020, p. 159).

É nesse contexto que o presente comentário à jurisprudência se apresenta, já ventilando de forma sucinta as razões do julgado, o núcleo da questão jurídica tem na publicidade por parte de farmácias, medicamentos e suas marcas, na rede mundial de computadores de forma irrestrita e massiva o seu dilema.

Para que se possa enfrentar as questões de fundo que se apresentam durante o julgado, buscou-se trazer à realidade brasileira a temática a fim de explorar do ponto de vista da melhor doutrina as problemáticas da publicidade ao consumo.

Assim, foi dividido o trabalho em um tópico central, dividido em três momentos: no primeiro, far-se-á a apresentação dos principais tópicos do acórdão do TJUE, seguido da abordagem crítica em relação ao direito à saúde, cujo dispositivo constitucional é claro em assegurar como um direito social e ainda, radicado na dignidade da pessoa humana, é ponto de partida base para a discussão relativo a publicidade de medicamentos ao consumo, seja na internet ou no meio físico, vez que essa publicidade vincula medicamentos e esse por sua vez está diretamente ligado a condição de promover a saúde, mas de igual forma pode ser extremamente danoso, caso não seja realizado o controle daquilo que se promove e principalmente, caso o consumidor não possua as condições suficientes de se ver informado e assim, incorra em erro no uso, podendo inclusive, levar ao fim de sua vida antecipadamente pela má utilização do produto medicamentoso. Se trabalhará, portanto, a publicidade de medicamentos ao consumo e seus desafios no ambiente virtual, globalizado e líquido³.

² Sobre a "sociedade da informação" v. Lyon (1998, p. 384-402); v. Tb. Castells (1999)

³ Sobre "modernidade líquida", BAUMAN (1999)

ENTENDENDO A DECISÃO

A decisão *in comento* trata-se de uma ação interposta no Tribunal Federal da União Europeia no dia 15 de outubro, nos termos do art. 267 pelo Tribunal de Paris, França, em decisão do dia 28 de setembro de 2018. O objeto da lide em questão se desenvolve a partir da interpretação a ser dada ao art. 34º TFUE, do artigo 3-C da Diretiva 2001/83/CE, a qual estabelece aspectos normativos dos serviços da sociedade da informação, em especial o comércio eletrônico no mercado interno, e foi suscitado a partir da exploração através da rede mundial de computadores à consumidores franceses, uma campanha de publicidade de grande envergadura, de produtos farmacêuticos, de uma empresa neerlandesa.

Na lide, estão presentes uma sociedade empresária neerlandesa, que explora o ramo de farmácia, e possui um site na internet destinada especificamente à consumidores na França. E de outro lado, representantes de associações representativas de profissionais da farmácia estabelecidas na França.

Para fins de elucidação de conceitos, a Diretiva entende por serviço: “qualquer serviço da sociedade da informação, isto é, qualquer serviço prestado normalmente mediante remuneração, à distância, por via eletrônica e mediante pedido individual de um destinatário de serviços”, diz ainda: “os serviços da sociedade da informação abrangem uma grande diversidade de atividades económicas. Tais atividades podem, nomeadamente, consistir na venda de mercadorias em linha” (FRANÇA, 2020, p. 04).

A questão jurídica deu-se, pois, a farmacêutica neerlandesa estabeleceu ampla divulgação e publicidade de remédios aos consumidores francêses, que na França não estão sujeitas a prescrição médica obrigatória. Na referida publicidade, contemplava a inserção de folhetos publicitários em encomendas expedidas para outros operadores de venda à distância (método denominado *asilage*, em francês), bem como o envio de mensagens publicitárias postais. A procedeu igualmente à publicação, no referido sítio Internet, de ofertas promocionais que consistiam em conceder um desconto sobre o preço global da encomenda de medicamentos, quando este excedesse um determinado montante, bem como à compra de uma referência paga nos motores de busca.

As associações representativas dos farmacêuticos insurgiram-se contrário, alegando que essa prática infringia a legislação, de outro lado, a farmacêutica neerlandesa disse que sua regulamentação estava adstrita ao seu país de origem, e que vende os produtos através do comércio eletrônico. Em julgamento, o tribunal de comércio de Paris, declarou que tratava-se de concorrência desleal e recorreu a presente corte. Entendeu-se naquele turno que para além de concorrência desleal, a publicidade maciça realizada também incentivava o consumo abusivo de medicamentos, o que colocava em risco a saúde da população.

No mérito, o tribunal julgou que a empresa neerlandesa deve cumprir e respeitar a legislação do estado membro, sendo, portanto, aplicável a Diretiva 2000/31, que dispõe entre outras:

[...] proíbe as farmácias que vendem esses medicamentos de atrair a clientela com determinados procedimentos e meios, nomeadamente os que consistem na distribuição em grande escala de mensagens publicitárias postais e de folhetos publicitários fora das suas farmácias de oficina; – proíbe essas farmácias de fazer ofertas promocionais que consistem em conceder um desconto sobre o preço global da encomenda de medicamentos, quando este exceda um determinado montante; – obriga as referidas farmácias a inserir um questionário de saúde no processo de encomenda em linha de medicamentos; – proíbe essas mesmas farmácias de utilizar uma referência paga em motores de busca e comparadores de preços. (FRANÇA, 2020, p. 40)

Nesse sentido ainda:

os Estados-Membros podem, em relação a determinado serviço da sociedade da informação, tomar medidas derogatórias do n.o 2 desse artigo, desde que as mesmas, antes de mais, sejam necessárias para garantir a ordem pública, a proteção da saúde pública, a segurança pública ou a defesa dos consumidores, em seguida, sejam tomadas relativamente a um serviço da sociedade da informação que efetivamente lese esses objetivos ou comporte um risco sério e grave de os prejudicar, e, por último, sejam proporcionais aos referidos objetivos. (FRANÇA, 2020, p. 40)

Por fim, ficou entendido que, para além de ser considerada abusiva a publicidade e causar danos à saúde pública, deve ser realizado um cadastro, com um

questionário de saúde prévio à compra do produto por parte do consumidor. E não menos importante, definiu-se que a promoção através de tráfego pago só podem ser utilizados se for para a promoção de saúde pública e nada além deste motivo.

A PROTEÇÃO (FUNDAMENTAL) À SAÚDE DOS CONSUMIDORES: PUBLICIDADE DE MEDICAMENTOS AO CONSUMO E OS DESAFIOS NO AMBIENTE VIRTUAL

A saúde é prevista dentro de nossa Constituição Federal como um direito fundamental, estando dentro do rol do art. 6º, o qual trata dos direitos sociais. Portanto, é também um direito exigível por parte da população para que o Estado crie através de políticas públicas mecanismos para dar eficácia a este direito (SARLET; FIGUEIREDO, 2019, p. 120).

Os princípios dotados nos arts. 1º e 3º da CFB/88 denotam que o legislador constituinte calçou como fundamento do Estado a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho, uma sociedade justa e solidária, o fim da pobreza e das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de toso e estes "são determinantes para a proteção constitucional da saúde. Essa por sua vez está inserida nas disposições gerais da seguridade social, diz ainda que é um direito de todos, sem distinção (ROCHA, 2011, p. 05).

A saúde foi reconhecida não somente como um direito fundamental, mas também humano, pela Organização Mundial da Saúde – OMS, em 1946 (ROCHA, 2011, p. 16). Nesse sentido, noção de saúde em nossa carta constitucional deve ser compreendida dentro do contexto normativo à qual a Constituição foi calcada, ou seja, a saúde vai além de um critério objetivo de saúde física, ao estabelecer como um direito social, estamos diante de um conceito que contempla também a saúde física, mas de igual forma a psicológica, a biológica e a social, prismados por exemplo, na garantia inviolável do direito à vida, e não é qualquer vida, é a vida plena e com saúde.

Classifica-se o direito a saúde como um direito difuso, ou seja, é um direito de todos – art. 196 da CF, enquadrando-se, portanto, no dispositivo infralegal do Código de Defesa do Consumidor – CDC, em seu art. 81, I, "como sendo aquele

“transindividual de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” ((ROCHA, 2011, p. 19).

“A preocupação com a publicidade de medicamentos tem status constitucional, pois a Constituição Federal, em seu artigo 220, trata da sua regulamentação determinando, inclusive, ser competência de lei federal estabelecer a proteção da pessoa e da família diante da publicidade que possa ser nociva à saúde, bem como que a publicidade de medicamento deve encontrar restrições legais à sua veiculação” (BAGGIO, 2017, p.4)

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, através da resolução RDC 102, de 30 de 11 de 2000, regulamenta sobre propagandas, mensagens publicitárias e promocionais e outras espécies cujo objeto seja a divulgação e comercialização de medicamentos de produção nacional ou importado, em todas as formas e canais de veiculação (FARAH, 2012, p. 19).

Um outro dado interessantíssimo que precisa estar presente na discussão do tópico em questão, se deve ao fato que o Brasil possui, segundo a OMS, “um número de farmácias e drogarias três vezes superiores aos padrões recomendados no mundo” (FARAH, 2012, p.16).

De certa forma, os medicamentos são dentro de nosso país um dos mercados mais férteis e isso leva invariavelmente ao fomento da publicidade para que se alcance o maior número de potenciais consumidores a fim de escoar a produção que se destina ao consumo no ramo, a realidade de muitas cidades, principalmente aquelas longe das capitais, é comum em sua moldura identificar três construções: igreja, prefeitura e a farmácia, o que denota a cultura de consumo deste nicho através de nossa história.

Outra característica visível na estrutura do consumo de medicamentos e sua promoção, dá-se no campo de investimentos de investidores não cientistas começaram a patrocinar pesquisas para obter ao fim lucro com a venda de produtos farmacêuticos (FARAH, 2012, p.13).

A oferta de produtos e serviços no mercado de consumo brasileiro está prevista no Código de Defesa do Consumidor e é regulamentada no art. 30, o qual dispõe que toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços

oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado (BAGGIO, 2017, p. 03), dessa forma, vincula-se a publicidade de medicamentos ao consumo as regras materiais e processuais do CDC, em especial o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

Para fins de uma breve comparação, a legislação Portuguesa ao tratar do tema possui redação parecida em seu art. 4º, onde diz que "a publicidade deve ser lícita, inequivocadamente precisa e respeitar a verdade e os direitos dos consumidores (MACHADO, p.3, isso detona a importância que a publicidade possui para as relações de consumo, vulneráveis por excelência – art. 4, I do CDC, e mais ainda, relacionada aos consumidores idosos, vez que "somada essa característica ao avanço da idade como fator debilitante do ser humano, observa-se estar se tratando com um sujeito hipervulnerável (SCHIMITT, 2014, p. 286).

Uma das principais características da publicidade é que ela "rebelar-se contra qualquer forma de controle. A criatividade, que é sua matéria-prima, é avessa as regras", de forma que "se o desafio da publicidade é acompanhar a mutação da comunicação, o desafio do direito é compatibilizar os comandos normativos com a realidade fática" (PASQUALOTTO, 2015, p. 01).

A publicidade em matéria de direito do consumidor deve sempre vir acompanhada do dever de informar, inclusive, para que não sofra o fornecedor a responsabilização objetiva, na medida em que ao incorporar o dever de informação dentro de sua conduta, de forma correta, não poderá o consumidor alegar a simples inexistência de tal informação há época, de algum fato envolvendo o produto em circulação, isso é dizer "caso haja sido informado de determinado risco específico do produto, e esse venha, de fato, a ocorrer, não existirá um defeito de informação" (RAPOSA, 2018, p. 05), mas poderá, é claro, haver outras responsabilidades atribuível que não a do produto em si mesmo.

No ambiente virtual essa relação entre consumo e publicidade fica ainda mais complexa, atualmente há por parte de diversas empresas a utilização de ferramentas de busca e análise de perfil de dados, com alto processamento, chamado também de *big data* e *cookies*, esses mecanismos se utilizados de forma equivocada podem gerar condutas previstas no CDC como sendo abusivas, uma vez que possuem o

potencial de induzir, persuadir o consumidor a se portar, de forma estranha aos seus usos e costumes, sendo tal ato prejudicial ou perigoso à sua saúde e segurança, resultando risco coletivo, lembrando que a tolerabilidade comportamental é avaliada pelo razoavelmente sensato.

E nesse sentido, ao se falar em publicidade abusiva, “o risco avaliado é sempre o coletivo, social, difuso, de interesse da sociedade e da coletividade, de ordem pública. Não há menção ao campo individual, isolado, específico, pois o caráter é muito subjetivo ao verificar a abusividade perante uma só pessoa” (MAZON, 2011, p. 11,12).

Para que seja efetivada a proteção da saúde dos consumidores em sentido amplo, dentro do ambiente virtual, impulsionado pelas novas tecnologias e a publicidade, o direito precisará ter em seu campo de atuação um olhar plural, conectado ao seu sistema normativo, tendo em sua atuação o cuidado à dignidade humana, que independente do meio em que o homem esteja se relacionando, virtual ou físico, necessita de resguardo, principalmente em seu bem maior, a vida.

Assim, a interseção entre consumo e publicidade se torna um terreno fértil para uma série de dilemas éticos e jurídicos. Com a proliferação de ferramentas avançadas de análise de dados e o uso generalizado de tecnologias como big data e cookies, as empresas têm capacidade sem precedentes de segmentar e direcionar suas mensagens de marketing de forma altamente específica. No entanto, essa capacidade não vem sem preocupações significativas. Quando mal utilizadas, essas técnicas têm o potencial de violar os direitos dos consumidores, induzindo-os a comportamentos prejudiciais ou perigosos para sua saúde e segurança. Tais práticas não apenas representam um risco individual, mas também um risco coletivo, afetando a sociedade como um todo.

Em um contexto de publicidade abusiva, é essencial reconhecer que o risco avaliado é sempre de natureza coletiva, envolvendo interesses sociais, difusos e de ordem pública. Nesse sentido, a legislação precisa evoluir para enfrentar os desafios emergentes do ambiente digital, garantindo que os direitos dos consumidores sejam protegidos de maneira abrangente. Isso implica não apenas em proibir práticas publicitárias abusivas, mas também em promover a transparência nas estratégias de marketing online e fomentar uma cultura de consumo responsável. A proteção da

dignidade humana e da vida – inclusive no ambiente digital, deve ser o principal objetivo de qualquer regulação, assegurando que os indivíduos possam usufruir dos benefícios do ambiente virtual sem comprometer sua segurança e bem-estar.

A própria União Europeia, que não possui uma presunção de vulnerabilidade do consumidor, já identificou que há ambientes onde o consumidor acaba se tornando mais vulnerável e, como visto, o digital é um deles. Exemplo disto é o estudo *Consumer vulnerability across key markets in the European Union* que elencou cinco situações onde, a depender de características sociodemográficas, comportamentais, situação pessoal ou ambiente de mercado, o consumidor tem: maior risco de experimentar resultados negativos no mercado; capacidade limitada de maximizar seu bem-estar; dificuldade em obter ou assimilar informações; menos possibilidade de comprar, escolher ou acessar produtos adequados; é maior suscetibilidade a certas práticas de marketing. Vivendo e consumindo neste ambiente digital, e por meio da exploração da “[...] vulnerabilidade digital, aliada à técnica e à informacional, impositiva de certo grau de alienação do participante, são tomadas decisões direcionadas/influenciadas” pelo mercado. (MARQUES; MUCELIN, 2021, p. 67-94).

A “[...] noção polifórmica e mutável da vulnerabilidade (Art. 4º, I do CDC), permite flexibilidade e assegura que o Direito do Consumidor nacional se apresente com plasticidade o suficiente para que novas situações sejam tuteladas” (MARQUES; MUCELIN, 2022, p. 28). É o caso do Marco Civil da Internet – Lei 12.965/2014, Lei Geral de Proteção de Dados, e o PL 3514/15 em tramitação e o próprio Código de Defesa do Consumidor, na medida em que continua plenamente aplicável frente às inovações trazidas pelo meio ambiente virtual.

A relação jurídica de consumo, perfilhada não apenas pelos elementos estruturais (consumidor, fornecedor, produto ou serviço), mas igualmente funcionais (harmonia nas tratativas entre os atores negociais), setoriais (alocação na ambiência do mercado) e valorativos (promoção da parte mais fraca mediante deveres fundamentais de proteção pelo Estado) mantém larga e forte aplicabilidade às evoluções das tecnologias da informação, porquanto está-se ante o mercado de consumo digital, na lógica insuperável de que a simples conectividade já ecoa na silhueta da interdependência entre produto e prestação de serviços. Estar, pois, no mundo digital é postar-se claramente diante das relações de consumo com aplicação

inderrogável do CDC. [...]É importante frisar que a vulnerabilidade digital, mesmo que a seu respeito transpareça certa lacuna no sistema jurídico, outrora foi explorada dogmaticamente noutras vestes. E estando positivada no Código de Defesa do Consumidor, não simplesmente como presunção, senão como princípio (o que garante dimensão de peso, trato de segurança jurídica e integridade do direito), pode ter sentido alargado mediante interpretações que sejam coerentes e compatíveis como o microssistema. Aliás, microssistema este marcado pela dialogicidade de fontes com a Lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet) e Lei 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais) (MARTINS; LIMA, 2020, p. 119 – 161).

Não é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro um meio ambiente digital que não respeita o indivíduo, aqui entendido também como consumidor, o submetendo à condição de produto – cliente e, ao mesmo tempo, realizando práticas abusivas a partir do processamento de dados em massa, de forma indiscriminada, à margem da lei. O Marco Civil da Internet enuncia logo em seus primeiros artigos os pilares sobre os quais estão estabelecidos o uso da rede no Brasil e que devem ser respeitados, queiram ou não, por todos os fornecedores do mercado de crédito. Fazendo um cotejo sistemático dos ordenamentos ao que importam destaque ao presente trabalho, destacam-se: o respeito aos direitos humanos (art. 2, II); a defesa do consumidor (art. 2, V); a proteção da privacidade (art. 3, II); a proteção dos dados pessoais (art. 3, III); a segurança da rede e o estímulo ao uso de boas práticas (art. 3, V).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estamos em meio a digitalização dos direitos fundamentais, isso nos coloca gostemos ou não em um terreno virtual, ou seja, não há tempo e espaço definidos, e sim a rede, um local móvel, a territorial, conectado com tudo e todos.

Tal plano de fundo nos impelem a pensar o direito para além daquilo que até hoje se projetou, as normas jurídicas, conceitos e premissas precisam estarem adequadas aos novos tempos. De outro modo, não estamos a tratar de um novo direito, mas em verdade, de uma nova roupagem, de uma perspectiva distinta daquela conhecida, sem esquecer, por óbvio, de toda a construção realizada até aqui,

especialmente no tocante aos direitos fundamentais, que especialmente no Brasil constituem fundamentos para o direito questões múltiplas, dentre elas a circulação de condutas que colocam em risco a saúde, um direito fundamental.

E nesse contexto digital, as novas tecnologias evoluem também as práticas comerciais, que por sua vez fazem com que o marketing, através da publicidade sejam as molas propulsoras do consumismo de produtos e serviços tenham alcance antes inimagináveis. A publicidade serve ao fim como instrumento de informação e (má) direcionada pode ter o potencial de (des)informação ou pior, coloca objetivamente em risco aquele que (des)informado utiliza e ou adquire produtos que possam causar danos ao seu bem fundamental que é saúde – vida.

Para que haja a eficácia do direito fundamental à saúde, e nesse caso à saúde do consumidor, é extremamente necessário que ocorra a garantia de um acesso à informação plena sobre produtos e serviços e nesse caso, de produtos farmacêuticos, tendo em vista o potencial de risco que tal categoria exerce em detrimento de outros, por envolver na sua fabricação matérias que sem a devida informação, levam facilmente a danos graves e até à morte.

Quando colocamos todos esses ingredientes ventilados e jogamos à rede, o cuidado deve ser ainda maior, tendo em vista que não se tem a possibilidade de identificar o remetente específico da informação, principalmente se estamos a tratar de uma campanha publicitária de larga escala como essa em que foi enfrentada. E tratando-se de países distintos acende-se ainda mais luzes vermelhas, a ponto de que uma terminologia pode ter conceito distinto em outra língua, o que contribui ainda mais para a (des)informação.

Proteger o consumidor da publicidade de serviços e produtos vinculados a estabelecimentos ou produtos farmacêuticos é um dever fundamental do Estado, que através de suas legislações precisam acompanhar à realidade imposta pelas novas tecnologias e sua velocidade, aliás, equilibrar a velocidade das modificações da sociedade em razão da tecnologia, com a necessidade de tutela jurídica, é um dos maiores desafios do nosso tempo.

REFERÊNCIAS

BAGGIO, Andreza Cristina. Publicidade de medicamentos e a (hiper) vulnerabilidade do consumidor idoso. São Paulo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 112, jul./ago. 2017.

FARAH, Elias. Medicamentos – facilidade social de aquisição, obrigação legal de idoneidade técnica e direito médico de sua eficácia curativa. São Paulo. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 29, jan./jun. 2012.

FRANÇA. *Tribunal de Recursos de Paris (Terceira Seção)*. Acórdão do Tribunal de Justiça. Reenvio prejudicial – Medicamentos para uso humano não sujeitos a receita médica obrigatória – Venda em linha – Publicidade do sítio Internet de uma farmácia de oficina – Limitações – Proibição de descontos no caso de uma encomenda que exceda uma determinada quantidade e de utilização de referenciação paga – Obrigação de o paciente preencher um questionário de saúde antes da validação da sua primeira encomenda no sítio Internet – Proteção da saúde pública – Diretiva 2000/31/CE – Comércio eletrônico – Artigo 2.o, alínea a) – Serviço da sociedade da informação – Artigo 2.o, alínea h) – Domínio coordenado – Artigo 3.o – Princípio do país de origem – Derrogações – Justificação – Proteção da saúde pública – Proteção da dignidade da profissão de farmacêutico – Prevenção do consumo abusivo de medicamentos. Rel. Nome completo, Paris 1 de outubro de 2020. Disponível em: <file:///C:/Users/consulta3RTOALEGRE.019/Downloads/EMENTA%20-%20DIR.%20FUND.%20II%20-%20PAPER.pdf>. Acesso em: 1 dez. 2023.

MACHADO, Yasmin Aparecida Folha. Redes sociais e a publicidade médica: breve análise entre Brasil e Portugal. São Paulo. *Revista de Direito e Medicina*, v. 5, jan./abr. 2020.

MARQUES, Claudia Lima; MUCELIN, Guilherme. Novo mercado de consumo 'simbiótico' e necessidade de proteção de dados dos consumidores. In: SARLET, Gabrielle Bezerra Sales; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth; MELGARÉ, Plínio. *Proteção de dados: temas controvertidos*. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 67-94.

MARQUES, C. L.; MUCELIN, G. Vulnerabilidade na era digital: um estudo sobre os fatores de vulnerabilidade da pessoa natural nas plataformas, a partir da dogmática do Direito do Consumidor. *Civilistica.com*, [s. l.], v. 11, n. 3, p. 1-30, 25 dez. 2022. p. 27. p. 28.

MARTINS, Fernando Rodrigues; LIMA, Thainá Lopes Gomes. Da vulnerabilidade digital à curiosa "vulnerabilidade empresarial": polarização da vida e responsabilidade civil do impulsionador de conteúdos falsos e odiosos na "idade" da liberdade econômica. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 128, p. 119-161, mar./abr. 2020.

MAZON, Marília. O controle e a prevenção do dano ao consumidor perante a publicidade abusiva. São Paulo. *Revista de Direito do Consumidor*, v.78, abr./jun. 2011.

PASQUALOTTO, Adalberto. Direito e Publicidade em ritmo de descompasso. São Paulo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 100, jul./ago. 2015.

RAPOSO, Vera Lúcia. O que é que você sabe sobre seu comprimido? (a informação em relação a produtos farmacêuticos). São Paulo. *Revista de Direito do Consumidor*, v.117, mai./jun. 2018.

RUARO, Regina Linden; BOTELHO, Ingrid Pereira; STEFFENS, Luana. A internet das coisas e o direito fundamental à privacidade do cidadão. *REPATS*, Brasília, v. 7, n. 1. Jan/Jul, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO. Health as an enforceable positive right: the Brazilian Supreme. *KritV Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, v. 102, n. 2, p. 117-134, 2019. Federal Court's case law on the access to medicines.

SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014.

PARTE IV
DIREITOS SOCIAIS

27. O DIREITO EM SUBSTITUIÇÃO DAS FÉRIAS ANUAIS REMUNERADAS SOB A ÓTICA EUROPEIA E BRASILEIRA

THE RIGHT TO REPLACE PAID ANNUAL HOLIDAYS FROM A EUROPEAN AND BRAZILIAN PERSPECTIVE



<https://doi.org/10.36592/9786554601542-27>

Emelly Moura da Silva¹

RESUMO

Este estudo visa analisar brevemente o julgamento do caso italiano (Processo C-218/22), as questões de fato e de direito, do recorrente em função da ausência do recebimento de férias entre os anos de 2013 a 2016 do trabalhados e prestado ao Município de Cupertino, na Itália. Buscando compreender os entendimentos legais/normativos que divergem das Diretivas da União Europeia, e que consequentemente foram objeto de análise pelo Trio Recorrentenal Europeu. O objetivo desta análise é compreender quais fundamentos desta decisão e o teor crítico que envolve não só os parâmetros legais dos Estados-membros, mas as violações aos preceitos internacionais, como a Recomendação n. 132 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Palavras-chave: União Europeia; trio recorrentenal constitucional; OIT.

ABSTRACT

This study aims to briefly analyze the Italian case trial (Case C 218/22), the questions of fact and law, of the appellant due to the absence of receiving vacations between the years 2013 and 2016 from the work provided to the Municipality of Cupertino, in Italy. Comprising the legal/normative understandings that differ from the European Union Directives, and which were consequently subject to analysis by the European Court. The objective of this analysis is to understand the foundations of this decision and the critical content that involves not only the legal parameters of the Member States, or recorrente the violations of international precepts, such as Recommendation no. 132 of the International Labor Organization (ILO).

Keywords: European Union; constitutional recurring trio; ILO.

¹ Mestranda em Direito e bolsista pelo CNPq na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUCRS, sob orientação da Prof. Dra. Denise Fincato, Advogada OAB/RS, membro da Sociedade Internacional de Direito do Trabalho e Seguridade Social (SIDTSS), pós-graduada em Direito Constitucional Aplicado, e Direito e Processual Trabalhista. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP em 2019.2. Pesquisadora como bolsista pelo Programa Institucional de Bolsa Científica (PIBIC/UNICAP) no ano de 2019. Monitora de Direito Constitucional II pela mesma instituição no ano de 2018, bolsista do Programa Institucional de Bolsa Científica (CNPq) 2017/2018 em Direito do Trabalho sob orientação do Prof. Dr. Fábio Túlio Barroso. Participante como bolsista do Programa Institucional de Bolsa Científica (PIBIC/UNICAP) em Processo Civil (Processo Judicial eletrônico) no ano de 2016-2017 sob orientação da Profa. Dra. Virgínia Colares Soares Figueiredo Alves. Lattes: <https://lattes.cnpq.br/3614044584008319>, e-mail: mouraemelly7@gmail.com

INTRODUÇÃO

O presente trabalho investiga através do Julgamento da Decisão da União Europeia o caso do recorrente italiano que não restando outra alternativa a não ser a análise do Trio recorrentenal Europeu a fim do reexame sobre o Direito a uma retribuição financeira em substituição das férias anuais remuneradas não gozadas antes do termo da relação de emprego, em face da Regulamentação nacional que não permite a retribuição financeira com o objetivo de controlar a despesa pública, tendo como resultado o reexame pelo Trio recorrentenal Europeu a incidência do ônus da prova da incapacidade de gozar férias durante a vigência da relação de emprego com base no artigo 7º da Diretiva 2003/88/CE.

CONTEXTUALIZAÇÃO E INCIDÊNCIA NORMATIVA

No processo principal, o recorrente exerceu o cargo de «Istruttore Direttivo Tecnico» («gestor técnico de obras públicas») entre fevereiro de 1992 e outubro de 2016, no Município de Copertino. Por carta de 24 de março de 2016, dirigida ao Município de Copertino, o recorrente demitiu-se voluntariamente para pedir a reforma antecipada e cessou efetivamente funções a partir de 1 de outubro de 2016. No âmbito do processo principal, o recorrente alega que, durante o período de 2013-2016, as suas férias anuais remuneradas não gozadas ascenderam a 79 dias. Por conseguinte, pede uma compensação financeira por esses dias, por considerar que não pôde gozar essas férias anuais durante o período em que esteve em funções

O Município de Copertino respondeu que o recorrente estava ciente da sua obrigação de gozar os dias de férias remanescentes e de que não os podia converter numa compensação financeira. Nesse sentido, invoca a regra estabelecida no artigo 5º, nº 8, do Decreto Legislativo italiano nº 95, que prevê que os trabalhadores do setor público devem gozar as férias anuais de acordo com as regras da administração em que trabalham e que em nenhuma circunstância lhes assiste o direito a uma compensação financeira pelas férias anuais não gozadas.

O órgão jurisdicional de reenvio explica ainda que a Corte costituzionale (Trio recorrentenal Constitucional, Itália), no seu Acórdão n° 95/2016, julgou improcedentes os pedidos de declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º, n° 8, do Decreto Legislativo n° 95. O Trio recorrentenal Constitucional deu a sua própria interpretação da disposição em causa e considerou que, atenta essa interpretação, a disposição em causa não viola a Constituição italiana nem o direito da União aplicável. Esse órgão jurisdicional considerou que a prevenção da conversão em dinheiro descontrolada das férias tinha outros objetivos além da contenção da despesa pública. Estes objetivos incluem a reafirmação da importância do gozo efetivo de férias anuais e o incentivo ao planeamento racional das férias anuais remuneradas.

Os Acórdãos do Consiglio di Stato (Conselho de Estado, Itália) relativos ao artigo 5º, n° 8, do Decreto Legislativo n° 95 reafirmaram que as razões médicas, como as que determinam a incapacidade para o trabalho, não alteram o direito a uma compensação por férias anuais remuneradas não configuram como direito a indenização. Vale ressaltar ainda, o entendimento da Corte Suprema Italiana:

A Corte Suprema di Cassazione (Supremo Tribunal de Cassação) começou por considerar que a conversão em dinheiro dependia da prova de que o trabalhador não tinha podido beneficiar do seu direito a férias anuais remuneradas devido a «necessidades excepcionais e justificadas de serviço ou por força maior». Posteriormente, o Tribunal de Cassação decidiu que o trabalhador tem direito a uma retribuição financeira, a menos que o empregador prove que deu ao trabalhador a possibilidade de exercer efetivamente o seu direito a férias antes da cessação da relação de trabalho e que informou adequadamente o trabalhador, notificando-o expressamente da consequente perda dessa possibilidade. Mais concretamente, num caso de demissão por iniciativa de uma trabalhadora no termo da licença de maternidade, o Tribunal de Cassação reconheceu o direito a uma retribuição financeira, uma vez que, embora a relação tivesse efetivamente cessado com base numa decisão voluntária da trabalhadora, esta nunca teria podido gozar férias anuais remuneradas durante o período de suspensão obrigatória do contrato de trabalho.

Tendo dúvidas quanto à compatibilidade do direito italiano com a Diretiva Tempo de Trabalho, o Trio recorrentenale di Lecce (Trio recorrentenal de Lecce) decidiu suspender a instância e submeter ao Trio recorrentenal de Justiça.

Foram apresentadas observações escritas ao Trio recorrentenal de Justiça por o recorrente, pelo Município de Copertino, pelo Governo italiano e pela Comissão Europeia.

ESTUDO CRÍTICO DO CASO CONCRETO

No entendimento normativo da União Europeia, as férias para além dos períodos de descanso diário e semanal, os trabalhadores têm direito a, **pelo menos, quatro semanas de férias remuneradas por ano**. Não pode substituir essas férias por uma retribuição financeira, a menos que o contrato de trabalho termine antes de o trabalhador ter gozado a totalidade das férias anuais (Art. 7, UE).

No caso em tela, o entendimento passa por elasticidade interpretativa dada a necessidade de prova que demonstre a oportunidade de gozo em férias por parte do município arrolado e a parte recorrente, visto que existe violação normativa a substituição de férias por uma retribuição financeira.

Contudo, o trabalhador está sob a égide do poder diretivo e caso não seja oportunizado a permissividade de gozo, torna-se um direito tolhido de seu exercício.

O direito a férias do ponto de vista universal, liga-se intimamente ao princípio da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2001), uma vez que condições dignas de trabalho é um dos pilares para o núcleo deste direito. O desenvolvimento legal do Direito do Trabalho não é vinculado somente à indexação constitucional de um país, e parte disso infere ao juízo fundamental da dignidade da pessoa humana, ou seja, inerente à condição da existência humana (SARLET, 2001), não se limitando à hierarquia de normas e lapidação regional de leis (exemplo: a constituição de um país).

O que deve ser analisado no caso trazido em tela não se suprime somente à aplicação da teoria fato jurídico (PONTES DE MIRANDA, 2000), mas sim à interpretação extensa na norma sob o caso concreto específico, e a partir disto, poder emergir os efeitos erga omnes em futuros casos concretos em similaridade.

O Trio recorrentenale di Lecce (Trio recorrentenal de Lecce, Itália) além de reforçar que a compensação vai de contra a legislação nacional, nesse sentido o legislador opta pelo entendimento da teoria alemã de insuficiência de recurso do Estado (SARLET,2001) para o provimento de despesas públicas, ainda que haja parcialmente o reconhecimento indenizatório pela ausência de oportunidade de gozo.

O artigo base usado para interpretação do caso no julgamento pelo tribunal é o artigo 7º da Diretiva 2003/88/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de novembro de 2003, relativa a determinados aspetos da organização do tempo de trabalho, e este não se opõe a um direito nacional que não permite a monetização das férias anuais remuneradas não gozadas no termo da relação de trabalho se:

1) a proibição de exigir o pagamento da retribuição financeira não abranger o direito a férias anuais adquirido no ano de referência em que ocorre a cessação do contrato de trabalho; ou **2)** se o trabalhador teve a possibilidade de gozar as férias anuais nos anos de referência anteriores, incluindo durante o período mínimo de reporte; e por último **3)** se o empregador informou o trabalhador de que as férias anuais remuneradas não gozadas não podem ser acumuladas para serem substituídas por uma retribuição financeira no momento da cessação da relação de emprego.

Contudo, o mesmo artigo 7º da referente Diretiva, reforça a exigência de prova, fato processual que até o presente momento não foi de relevância para o Trio recorrentenale di Lecce (Trio recorrentenal de Lecce, Itália), mas fora suscitado pelo Tribunal Europeu:

[..] exige que o empregador demonstre que habilitou e incentivou o trabalhador a gozar as férias, que o informou de que a monetização não seria possível no momento da cessação da relação de emprego e que, não obstante, o trabalhador optou por não gozar as férias anuais.

Em caso de incumprimento da entidade empregadora, deve ser paga uma compensação ao trabalhador. Dessa forma, o julgamento do caso concreto possibilita a incidência de uma análise de equidade sob as normas italiana e a norma da União Europeia, de modo a conduzir as partes ao exercício da proporcionalidade de direito fundamentais trazida pela carta europeia no tocante ao recebimento de

férias versus a possível impossibilidade de gozo.

BREVE COMENTÁRIO SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E DA OIT

O artigo 7º da Constituição Federal de 1988 ressalva a importância não só do trabalho digno, porém da existência do direito a férias como suporte a manutenção do indivíduo, bem como para que, através deste direito, haja o alcance a outros direitos de cunho fundamental, os quais também presentes no texto constitucional de 88.

Quando se fala da supressão das férias tendo em vista o objetivo indenizatório como no caso do recorrente italiano, observamos que a norma infraconstitucional brasileira (Consolidação das leis de Trabalho – CLT) afirma que no artigo 137:

Art. 137. Sempre que as férias forem concedidas após o prazo de que trata o art. 134, o empregador pagará em dobro a respectiva remuneração.

§ 1º Vencido o mencionado prazo sem que o empregador tenha concedido as férias, o empregado poderá ajuizar reclamação pedindo a fixação, por sentença, da época de gozo das mesmas. (grifo nosso)

§ 2º A sentença cominará pena diária de 5% (cinco por cento) do salário-mínimo da região, devida ao empregado até que seja cumprida.

§ 3º Cópia da decisão judicial transitada em julgado será remetida ao órgão local do Ministério do Trabalho, para fins de aplicação da multa de caráter administrativo.

O objeto a ser levado em consideração, assim como de interesse do Trio recorrente na Europa, é a existência de prova por parte do empregador que assegure a condição de que houve ou não a oportunidade de se ausentar do serviço por motivo de férias, tais medidas processualmente falando se dão pela interposição de reclamação trabalhista a nível de Justiça do Trabalho (juízo de apreciação de primeiro grau).

A Organização Internacional do Trabalho, por sua vez, cristaliza em Recomendações aos países-membros o reforço ao entendimento da necessidade

dos valores fundamentais e a dignidade da pessoa humana como suporte normativo de regulação normativa laboral, em especial a **Recomendação 132** que fala especificamente do direito de férias:

Art. 9 – 1. A parte ininterrupta do período de férias anuais remuneradas mencionada no parágrafo 2 do Artigo 8 da presente Convenção deverá ser outorgada e gozada dentro de no máximo um ano, e o resto do período de férias anuais remuneradas dentro dos próximos dezoito meses, no máximo, a contar do término do ano em que foi adquirido o direito de gozo de férias.(...)

Art. 11 – Toda pessoa empregada que tenha completado o período mínimo de serviços que pode ser exigido de acordo com parágrafo 1 do Artigo 5 da presente Convenção deverá ter direito, em caso de cessação da relação empregatícia, ou a um período de férias remuneradas proporcional à duração do período de serviço pelo qual ela não gozou ainda tais férias, ou a uma indenização compensatória, ou a um crédito de férias equivalente.
(grifo nosso)

Ou seja, no entendimento da Recomendação 132 da OIT, existe previsibilidade indenizatória em caso de ausência de oportunidade de gozo, sendo mais um escopo de análise que fundamenta as decisões do Trio recorrente da União Europeia por meio de seus estados-membros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Reverenciando o Trio recorrente da União Europeia (Europeu) supracitado, reforça a importância da supremacia dos poderes e da autonomia por parte da União Europeia em intervir, juridicamente, a casos concretos que desviem do propósito de defesa de direitos dos cidadãos europeus como um todo.

O caso em fomento tem por indicação e inclinação a anuência do direito indenizatório através da ótica da existência de prova documental para a concessão ou não da indenização. A análise do artigo de 7º da Constituição da União Europeia esclarece antinomias não compreendidas pelo juízo anterior e proporciona a possibilidade de reexame, advertindo as condições concretas em que a concessão do direito a férias possibilidade da retribuição financeira em

substituição das férias anuais remuneradas no caso concreto.

Tal posicionamento, reforça que apesar da existência de cortes de vértices que estejam em colisão o que deve ser mantido, preservado e salvaguardado é a segurança jurídica da União Europeia para como seus cidadãos.

No contexto brasileiro, apesar de toda inclinação a Convenção 132 da OIT, paulatinamente mediante o recurso judicial e o acesso à justiça a realidade brasileira tem transformado o cenário de violações laborais por parte da sociedade, visto que neste sentido a norma infraconstitucional e constitucional dialogam com a efetividade dos princípios e direitos fundamentais.

O termômetro que permeia as democracias dos estados-membros e até do Brasil está solapado no nível de segurança jurídica em que os indivíduos estão a submeter-se, por isso que a oportunidade de não só o duplo grau de jurisdição, mas a existência do Trio recorrentenal Europeu que reanalise a matéria, reforça basilarmente a garantia máxima do fundamento de sua criação: a paz e a segurança entre seus Estados-membros.

REFERÊNCIAS

BRASIL, CLT, *Consolidações das Leis do Trabalho*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del1535.htm#:~:text=as%20f%C3%A9rias%20escolares.-,Art.,%C3%A9poca%20de%20gozo%20das%20mesmas. Acesso em: 1 de dez de 2023.

CASE LAW. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:62022CC0218#document1> Acesso em: 4 de dez de 2023.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 1999.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. São Paulo: Loyola, 2000.

INFO.nCURIA. CASE LAW. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=trabalhador&docid=274433&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=4615510#ctx1> Acesso em: 4 de dez de 2023.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. Tomo I, Parte geral. Campinas: Bookseeler, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2001, p. 60)

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2001.

OIT, Organização Internacional do Trabalho, C132 - *Férias Remuneradas*. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235863/lang--pt/index.htm
Acesso em: 1 de dez de 2023.

28. IGUALDADE REMUNERATÓRIA E GÊNERO NA UNIÃO EUROPEIA: OS EFEITOS PRÁTICOS DA ROBUSTA LEGISLAÇÃO SOBRE O TRABALHO DE IGUAL VALOR ENTRE HOMENS E MULHERES

GENDER EQUAL PAY IN THE EUROPEAN UNION: THE PRACTICAL EFFECTS OF ROBUST LEGISLATION ON WORK OF EQUAL VALUE BETWEEN MEN AND WOMEN



<https://doi.org/10.36592/9786554601542-28>

Jacqueline Varella¹

RESUMO

A igualdade de gênero é atualmente uma das questões mais incessantemente trabalhadas no cenário internacional, sendo foco não apenas das organizações mundiais, como também dos movimentos sociais e dentro dos ecossistemas locais, estando inserido nesse contexto, o estudo dos temas afeitos as políticas sociais e a igualdade de remuneração entre trabalhadores masculinos e femininos. Com base nesse eixo, a pesquisa procurou identificar os esforços da União Europeia em legislar sobre a igualdade de gênero no mercado laboral ao longo dos anos, e dos Tribunais em aplicar direitos fundamentais em casos concretos. A temática considera as conquistas alcançadas no campo legislativo, mas revela também, as fragilidades na aplicação prática desses direitos e valores, conferindo-se especial atenção à eficácia dos direitos fundamentais e os caminhos para sua efetividade. Tal conteúdo é pautado ao longo da análise do Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia em 03 de Junho de 2021, nos autos do Processo C-624/19, na exata medida em que tal estudo de caso permite debater o real alcance dos relevantes comandos contidos no artigo 157º do TFUE e seus efeitos diretos em litígios entre particulares, sempre que invocada a inobservância do princípio da igualdade de remuneração entre trabalhadores homens e mulheres por um "trabalho de valor igual". O método de abordagem utilizado é o dedutivo, a partir dos conceitos doutrinários e jurisprudenciais, com a técnica da revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Igualdade de gênero; igualdade de remuneração; trabalhadores homens e mulheres; comparação; trabalho de igual valor; União Europeia.

ABSTRACT

Gender equality is currently one of the most incessantly worked on issues on the international scene, being the focus not only of global organizations, but also of social movements and within local ecosystems, being inserted in this context, the study of

¹ Mestranda em Direito na PUC/RS. Advogada Trabalhista e Conselheira em Empresas Privadas. Ex-Diretora da SATERGS (Associação dos Advogados Trabalhistas de Empresas no Rio Grande do Sul) gestão 2018/2020. E-mail: Jacquelinevarella.adv@gmail.com. Currículo Lattes in: <https://lattes.cnpq.br/5470942886295265>. Integrante do Grupo de Pesquisa GTRATEC (Novas Tecnologias, Processo e Relações de Trabalho - PPGD da PUCRS).

themes related to social policies and equal pay between male and female workers. Based on this axis, the research sought to identify the efforts of the European Union to legislate on gender equality in the labor market over the years, and of the Courts to apply fundamental rights in specific cases. The theme considers the achievements achieved in the legislative field, but also reveals weaknesses in the practical application of these rights and values, paying special attention to the effectiveness of fundamental rights and the paths to their effectiveness. Such content is guided throughout the analysis of the Judgment handed down by the Court of Justice of the European Union on June 3, 2021, in the files of Case C-624/19, to the exact extent that such a case study allows debating the real scope of relevant commands contained in article 157 of the TFEU and their direct effects in disputes between individuals, whenever non-compliance with the principle of equal remuneration between male and female workers for “work of equal value” is invoked. The approach method used is deductive, based on doctrinal and jurisprudential concepts, with the technique of bibliographic review.

Keywords: Gender equality; equal pay; male and female workers; comparison; work of equal value; European Union.

INTRODUÇÃO

O presente artigo trata da análise crítica da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, no Acórdão de 03 de Junho de 2021, nos autos do Processo C-624/19, que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Watford Employment Tribunal (Tribunal do Trabalho de Watford, Reino Unido), e que deu entrada no Tribunal de Justiça em 22 de agosto de 2019, no processo em que contendem funcionários contra Empresa Tesco Stores Ltd². Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio em que cerca de 6.000 (seis mil) trabalhadores reivindicavam igualdade de remuneração entre colaboradores masculinos e femininos.

Foi neste cenário então, que o Watford Employment Tribunal (Tribunal do Trabalho de Watford) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de

² Tesco é uma multinacional varejista britânica, de pequenas lojas a hipermercados, sediada no Reino Unido. Em 2022, a empresa figurou na 126ª posição no ranking das 500 maiores empresas do mundo, da Revista Fortune. Em complemento, segundo a decisão proferida nos autos do processo C-624/19, pelo TJUE, a qualificação da Tesco Stores é a de que se trata de um retalhista que vende os seus produtos em linha e em 3.200 (três mil e duzentas) lojas situadas no Reino Unido. Estas lojas, de dimensão variável, empregam cerca de 250.000 (duzentos e cinquenta mil) trabalhadores no total, remunerados numa base horária e que executam diferentes tipos de trabalho. Esta sociedade dispõe igualmente de uma rede de distribuição composta por 24 centros de distribuição com cerca de 11.000 (onze mil) trabalhadores, também remunerados numa base horária e que executam diversos tipos de trabalho. Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/Tesco>. Acesso em: 02 dez. 2023.

Justiça, questões prejudiciais que indagavam em síntese, se o artigo 157º do TFUE (Tratado Sobre o Funcionamento da União Européia³) teria **efeito direto** nos pedidos baseados em discriminação de gênero, nos casos em que os demandantes executavam um “trabalho igual” ou de “valor igual” ao dos trabalhadores com os quais aqueles se comparavam, em possível discriminação advinda de uma fonte única (estabelecimentos diversos mas do mesmo empregador).

A dúvida que serve de mote para esse debate é na verdade, se o aparato legislativo já existente na União Européia, tem ou não, efeito direto sobre as demandas individuais ou se é necessário que sejam exaradas outras complementações legislativas específicas para valoração factual do “trabalho de igual valor”. Tal hesitação sobre a aplicabilidade direta da norma no caso concreto não aparenta emanar do espírito certo que permeou o Parlamento Europeu e o Conselho, quando, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário e após consulta ao Comité Económico e Social, almejou adotar através do artigo 157º, medidas destinadas justamente a garantir a aplicação direta do princípio da igualdade de oportunidades e da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de emprego e de trabalho, incluindo o princípio da igualdade de remuneração por trabalho igual ou de valor igual, em meios aos litígios da Sociedade.

Contudo, no centro emergem as questões práticas de como se assegurar a plena igualdade entre homens e mulheres na vida profissional, quais as medidas que podem ser adotadas nos Estados, Comunidades ou Ecossistemas locais que se destinem a facilitar o exercício de uma atividade profissional pelas pessoas em estado de desigualdade, ou prevenir e/ou compensar desvantagens na sua carreira profissional.

Todo o duelo entre o aparato legislativo e sua aplicabilidade prática, retratada no estudo de caso concreto foi analisado à luz do direito fundamental à igualdade entre homens e mulheres, mediante a melhor interpretação do artigo 157º TFUE, além do estudo da Section 79(4) da Lei 2010 relativa à igualdade de tratamento, e por fim, com fulcro na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Européia, e, do artigo

³ Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Versão Consolidada. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF. Acessado em 13/02/2024.

23º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, preocupando-se ainda, em enlaçar esse tema da igualdade de gênero aos conceitos constitucionais e celetista, previstos na legislação brasileira.

A SUBSUNÇÃO DA EQUIPARAÇÃO REMUNERATÓRIA DE GÊNERO À APRECIÇÃO FACTUAL DO JUIZ PARA ALÉM DAS FRONTEIRA DO ACÓRDÃO C-624/19 DO TJUE E O PARALELO COM A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Imperioso se faz a contextualização dos fatos, e para tal, necessário trazer à lume os fundamentos transcritos nos trechos relevantes do acórdão para entendimento do tema relacionado com o princípio da igualdade de remuneração entre trabalhadores homens e mulheres na União Europeia. Como descrito na decisão de reenvio, pelo Tribunal do Trabalho consultor, a Tesco Stores alegou no processo principal que o artigo 157º TFUE não teria efeito direto em circunstâncias que afirmou existirem no seu litígio em particular, na qual os trabalhadores que foram comparados, executavam um trabalho que comparavelmente “não era igual”. E a Empresa demandada complementou nas suas manifestações, para dar estofa ao seu argumento, que quanto ao critério do trabalho “de valor igual”, este exigiria especificações por disposições do Direito Nacional ou do Direito da União, para sua aplicação, e portanto, não teria aplicabilidade direta, na sua ótica. Tal argumento nasceu do fato de que não bastava invocar o princípio da igualdade de remuneração entre trabalhadores masculinos e femininos, pois seria necessário antes, identificar como ocorria a discriminação, fazendo-a através de disposições mais explícitas do que aquelas descritas genericamente no artigo 157º do TFUE.

O Tribunal de Justiça da União Europeia, no citado Acórdão de 03 de Junho de 2021, nos autos do Processo C-624/19, antes de mais nada, destacou como premissa interpretativa, o fato de que a própria redação do artigo 157º TFUE não fazia tal exigência, mas ao contrário, determinava aos Estados-Membros que assegurassem a aplicação do princípio da igualdade de remuneração entre trabalhadores masculinos e femininos, por “trabalho igual” ou de “valor igual”, inclusive não realizando distinção entre esses dois conceitos. Em trabalho de hermenêutica sobreluziu que o texto do referido artigo impõe de forma clara e precisa,

uma obrigação de resultado e com carácter imperativo e de aplicação imediata, nas duas hipóteses.

Na oportunidade daquele julgamento, foi invocada jurisprudência da Corte⁴, na qual já havia sido declarado o carácter imperativo do dispositivo legal sob comento, no qual a proibição de discriminação entre trabalhadores masculinos e femininos se impunha não só à atuação das autoridades públicas, mas também a todas as convenções destinadas a regulamentar de modo coletivo o trabalho assalariado, bem como, aos contratos entre particulares, tendo portanto, amplitude horizontal.

Entretanto intrigou o julgamento sob comento, quando em solução final, o Tribunal de Justiça da União Européia delega ao Juiz a busca e determinação de todos os elementos necessários para realizar uma apreciação factual a respeito da ocorrência da discriminação remuneratória, como se verifica do trecho do AC. C-624/19:

(...)

25. Ora, o Tribunal de Justiça precisou que, em tal situação, o juiz podia determinar todos os elementos de facto que lhe permitissem apreciar se um trabalhador do sexo feminino recebe uma remuneração inferior à de um trabalhador do sexo masculino que executa um trabalho igual ou de valor igual (v., neste sentido, Acórdão de 11 de março de 1981, Worringham e Humphreys, 69/80, EU:C:1981:63, n.o 23).

(...)

30. Neste contexto, a questão de saber se os trabalhadores em causa executam um «trabalho igual» ou um «trabalho [...] de valor igual», conforme previsto no artigo 157.o TFUE, faz parte de uma apreciação factual do juiz. A este respeito, há que recordar que cabe ao órgão jurisdicional nacional, o único competente para apurar e apreciar os factos, determinar se, tendo em conta a natureza das atividades concretamente exercidas pelos trabalhadores em questão, lhes pode ser atribuído um valor igual (v., neste sentido, Acórdãos de 31 de maio de 1995, Royal Copenhagen, C-400/93, EU:C:1995:155, e de 26 de junho de 2001, Brunnhofer, C-381/99, EU:C:2001:358).

Esta jurisprudência acenta que a igualdade remuneratória pressupõe que, para que se possa considerar que trabalhadores de ambos os sexos se encontram em situações idênticas ou comparáveis, é necessário verificar se eles exercem o mesmo

⁴ Acórdão de 8 de maio de 2019, Praxair MRC, C-486/18, EU:C:2019:379.

trabalho ou um trabalho ao qual pode ser atribuído um valor igual. Todavia, o detalhe reside no fato de que os conceitos de “trabalho igual” ou “trabalho de valor igual”, assim como, a questão de saber se os trabalhadores em causa o executam em pé de igualdade, são imprecisos e fazem parte de uma **apreciação factual** do juiz, cabendo ao órgão jurisdicional nacional determinar, de acordo com a natureza das atividades concretamente exercidas pelos trabalhadores em questão, se deve ser atribuído um valor igual ao trabalho dos comparáveis.

A ausência portanto, de conceitos objetivos e concretos a parametrizar as condições de equiparação salarial podem representar certo risco por um lado, porém, de outro, conferem uma amplitude à aplicabilidade do princípio da igualdade remuneratória de gênero, haja vista por exemplo, que, na jurisprudência de Portugal⁵, o conceito constitucional de trabalho igual encontra-se limitado pelos critérios da “natureza, qualidade e quantidade” do trabalho prestado.

Nesse sentido, o conceito constitucional de trabalho igual naquele país, encontra-se limitado, e o preceito constitucional (art. 59, nº 1, al. a)) fixa os princípios fundamentais a que o direito a uma justa retribuição deve atender, qual seja: (i) ser conforme à quantidade de trabalho, (ii) conforme a natureza do trabalho e (iii) conforme a qualidade do trabalho. Por conseguinte, não se examinará apenas o posicionamento do trabalhador na mesma categoria profissional do pretense discriminado, mas sim., os aspectos de produtividade, assiduidade, complexidade, antiguidade ou destreza, isto é, fatores objetivos comuns a ambos os sexos, restringindo-se portanto, a aplicação do princípio da igualdade remuneratória de gênero.

No Brasil, essa restrição igualmente ocorre através das previsões da Consolidação das Leis do Trabalho. Antes no entanto, em breve relato cabe asseverar que a igualdade de gênero é direito fundamental positivado em nosso ordenamento jurídico constitucional, que se solidifica a partir do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da CF/88) (BRASIL, 1988).⁶ A perspectiva de igualdade está

⁵ Acs. STJ de 14-11-1990 (Proc. n.º 002467, Sousa Macedo), de 12-10-2011 (Proc. n.º 343/04, Fernandes da Silva) e de 08-11-2018 (Proc. n.º 367/17, Domingos Morais).

⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;

contemplada na cláusula geral do caput do art. 5º da CF/88⁷, ao assegurar que todos são iguais perante a lei, bem como nas normas que vedam discriminações por questão de gênero (art. 3º, inciso IV, art. 7º, inciso XXX, e art. 226, § 5º, todos da Constituição Federal de 1988) (BRASIL, 1988). Todavia o tema recebe coroamento quando finalmente, a igualdade de gênero como direito fundamental, o qual visa traduzir a isonomia entre mulheres e homens, emerge de modo específico, com o inciso I do art. 5º da CF/1988, no qual enunciou-se a igualdade de gênero, ao estabelecer que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Já o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal afirma que “§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988). Segundo Ingo Sarlet (2012) a intenção do legislador em conceder a eficácia imediata é evitar um esvaziamento dos direitos fundamentais de modo a impedir que esses dispositivos sejam letra morta. A Carta Magna brasileira considerou todos os Direitos Fundamentais de aplicabilidade imediata, não devendo subestimar nem superestimar o alcance dessa norma.

Sob tal concepção, todo o ser humano, inclusive as mulheres, possuem o direito de serem tratadas com igualdade e dignidade em qualquer ambiente, sobretudo e também no meio laboral. Ademais, sendo os direitos fundamentais, em verdade, concretizações do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, com o princípio da igualdade de gênero, inclusive no trabalho, não haveria de ser diferente (SARLET, 2015, p. 71).

No entanto, na prática, o tema vai regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (artigo 461) e mais recentemente pela Lei da Igualdade Salarial (Lei 14.611/2023) e seu Decreto Regulamentador (nº 11.795/2023). A referida lei não mudou as regras de igualdade salarial já existentes, contudo, entende-se que a efetiva inovação está em torno de dois principais pontos (CAMILO; SERAU JÚNIOR, 2023): (i) consequências mais rígidas acaso haja a violação do contido na aludida norma, com aplicação de multas⁸; (ii) obrigatoriedade de publicação semestral de

⁷ 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: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

⁸ Quanto ao item (i) mencionado: consequência mais rígida foram agregadas ao antigo artigo 461 da

relatórios de transparência salarial e critérios remuneratórios das pessoas jurídicas de direito privado (somente empresas com mais de 100 empregados)⁹.

Ainda, a CLT - Consolidação das Leis do Trabalho no citado artigo 461, também assegura a igualdade salarial, com a observância das seguintes especificidades: (i) sendo idêntica a função entre os comparandos; (ii) trabalho de igual valor, (iii) prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial. E o "trabalho de igual valor", para os fins deste norma, é aquele que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço para o mesmo empregador não seja superior a quatro anos e a diferença de tempo na função não seja superior a dois anos.

Com efeito, no Brasil, embora presente esteja a igualdade de oportunidades e igualdade perante a lei, tal circunstância é insuficiente para que se efetive a igualdade material, isto é, a igualdade de todos perante os bens da vida, tão enfatizada nas chamadas democracias populares, e que, nas Constituições democráticas liberais, traduz-se em normas de caráter programático, como a brasileira (CARVALHO, 2007, p.625). Entretanto, a efetividade normativa que tanto se almeja decorrerá do compromisso do legislador com a visibilidade das dinâmicas de trabalho das mulheres a partir das lentes da perspectiva de gênero, pensando o Direito do Trabalho, mas considerando também, as obrigações da mulher com a casa, a família e o trabalho doméstico, pois são todos fatores que afetam o mundo do trabalho produtivo, e que naturalmente refletem em uma desigualdade remuneratória entre homens e mulheres (FEDERICH 2019).

Nesse campo fértil ao debate, não pairam dúvidas portanto, de que em qualquer perspectiva, mais generalista ou específica, a aplicação do princípio da igualdade remuneratória pela jurisprudência europeia permitiu o desenvolvimento dos conceitos nele implicados, de modo que vieram a constituir a base das Diretivas que se encontram em vigor nesta matéria, e também, o desenvolvimento do tema da

CLT, com a inclusão do § 7.º, trazendo imposição de multa de 10 (dez) vezes o novo salário devido a(o) empregada(o) discriminada(o), elevada ao dobro em caso de reincidência, sem prejuízo das demais cominações legais, caso o empregador descumpra os dispositivos do artigo 461 da CLT que trata sobre a igualdade salarial.

⁹ Quanto ao item (ii): as medidas de *enforcement* da igualdade salarial entre mulheres e homens são trazidas no artigo 5º, e exemplificadas no art. 4º da Lei 14.611/2023.

igualdade entre mulheres e homens em sede de revisão dos Tratados europeus.

Em nível europeu, cabe especial destaque ao Considerando 9 da Diretiva 2006/54 (UE, 2015) o qual esclarece que, em consonância com jurisprudência constante do TJUE, quando se pretende avaliar se trabalhadores realizam o mesmo trabalho ou trabalho de igual valor, há que determinar se é possível considerar que, no que se refere ao conjunto de fatores em que se inclui a natureza do trabalho, formação e as condições de trabalho, estes trabalhadores estão em situação comparável.

Encontra-se no Relatório sobre a aplicação da Diretiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu citada, um apelo aos Estados-Membros para que, de forma consistente, apliquem-na e façam-na cumprir, incentivando-se os parceiros sociais (sindicatos e empregadores) e as ONG a desempenhar um papel mais ativo na promoção da igualdade de tratamento, designadamente através de planos de ação destinados a corrigir as desigualdades salariais entre homens e mulheres, recorrendo a ações concretas e à monitorização dos resultados a nível empresarial, sectorial, nacional e da UE.

Fica patente portanto, através deste acórdão sob análise – C-624/19 – que o TJUE tem desenvolvido importantes soluções jurisprudenciais, que se unem às demais medidas da UE, assinalando que o referido princípio da igualdade remuneratória entre homens e mulheres no ambiente laboral faz parte dos fundamentos dela.

AS NORMAS JURÍDICAS INVOCADAS PELAS PARTES E AS APLICADAS NO CASO CONCRETO PELO TJUE NO CASO CONCRETO

Em contextualização cabe *ab initio* esclarecer que as demandantes no acórdão sob estudo (C-624/19), visando apoiar seus pedidos, alegaram no processo de origem, em síntese: (i) que o trabalho delas e o dos trabalhadores masculinos empregados pela Tesco Stores nos centros de distribuição da sua rede tinham o mesmo valor e, (ii) que tinham o direito de compará-los, ainda que esse fossem executados em estabelecimentos diferentes, nos termos do artigo 157º TFUE

(Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia)¹⁰, porque são imputáveis a uma única fonte, a saber, a Tesco Stores.

Em contraponto a empresa alegou no processo principal que: (i) o artigo 157º TFUE **não teria efeito direto** em circunstâncias como as dos autos porque os trabalhadores comparados executavam um “trabalho diferente”, na medida em que não existiam condições de trabalho comuns à luz da Section 79(4)¹¹ da Lei 2010 relativa à igualdade de tratamento; (ii) que o critério do “trabalho de valor igual”, contrariamente ao relativo a um “trabalho igual”, necessitava ser especificado por disposições do Direito Nacional ou do Direito da União, (iii) que a jurisprudência na sua ótica, corroborava essa interpretação e essa exigência¹²; (iv) que não poderia a Tesco, ser qualificada de “fonte única” a qual sejam imputáveis as condições de trabalho nas lojas e nos centros de distribuição da sua rede, por serem locais

¹⁰ O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia organiza o funcionamento da União e determina os domínios, a delimitação e as regras de exercício das suas competências. Este e o TUE (Tratado da União Europeia) constituem os Tratados em que se funda a União. Após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa o TFUE ficou com 358 artigos que cobrem diversos aspetos da vida interna da União, dos seus mecanismos democráticos, das suas políticas internas, e da ação externa da União. O TFUE determina as categorias e os domínios de competência da União, consagra os princípios de não discriminação e de cidadania, descreve as políticas e as ações internas da União, prevê a associação das países e territórios ultramarinos, inclui as disposições relativas à ação externa da União (de entre as quais, a política comercial comum, a cooperação com países terceiros e a ajuda humanitária, as medidas restritivas, os acordos internacionais, a cláusula de solidariedade e a relação com organizações internacionais, países terceiros e delegações da União) e integra as disposições institucionais, financeiras e relativas à cooperação reforçada da União. Disponível em: <https://euroogle.com/dicionario.asp?definition=913>. Acesso em: 05 dez. 2023.

¹¹ A Section 79 do Equality Act 2010 (Lei de 2010, Relativa à Igualdade de Tratamento), respeitante à questão da comparabilidade, prevê:

(1) A presente section é aplicável para efeitos do presente capítulo.

(2) Se A for um empregado, B é um elemento de comparação se as subsections (3) ou (4) forem aplicáveis.

[...]

(4) A presente subsection é aplicável se:

(a) B trabalhar para a entidade patronal de A ou para uma empresa associada da entidade patronal de A;

(b) B trabalhar num estabelecimento diferente do de A, e

(c) Em ambos os estabelecimentos forem aplicadas condições comuns (de um modo geral ou entre A e B).[...]. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/section/79>. Acesso em: 01 dez. 2023.

¹² Acórdão de 8 de abril de 1976, Defrenne (43/75, EU:C:1976:56). Estas questões foram suscitadas no âmbito de um litígio que opõe uma hospedeira de bordo à sua entidade empregadora, a SA Sabena, e que tem por objecto uma indemnização reclamada pela requerente no processo principal pelo facto de, entre 15 de Fevereiro de 1963 e 1 de Fevereiro de 1966, ter sido vítima, como trabalhadora do sexo feminino, de uma discriminação em matéria de remuneração relativamente aos seus colegas do sexo masculino que desenvolvem igual trabalho na qualidade de comissários de bordo. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61975CJ0043>. Acesso em: 10 fev. 2024.

distintos. Em suma, defendeu a Sociedade Empresarial, que a alegada discriminação só poderia ser identificada em função de disposições mais explícitas do que as previstas no artigo 157º TFUE, que por sua vez dispõe que:

Artigo 157º

(ex-artigo 141.o TCE)

1. Os Estados-Membros assegurarão a aplicação do princípio da igualdade de remuneração entre trabalhadores masculinos e femininos, por trabalho igual ou de valor igual.

2. Para efeitos do presente artigo, entende-se por "remuneração" o salário ou vencimento ordinário, de base ou mínimo, e quaisquer outras regalias pagas, direta ou indiretamente, em dinheiro ou em espécie, pela entidade patronal ao trabalhador em razão do emprego deste último.

A igualdade de remuneração sem discriminação em razão do sexo implica que:

A remuneração do mesmo trabalho pago à tarefa seja estabelecida na base de uma mesma unidade de medida;

A remuneração do trabalho pago por unidade de tempo seja a mesma para um mesmo posto de trabalho.

3. O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário e após consulta ao Comité Económico e Social, adotarão medidas destinadas a garantir a aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de emprego e de trabalho, incluindo o princípio da igualdade de remuneração por trabalho igual ou de valor igual.

4. A fim de assegurar, na prática, a plena igualdade entre homens e mulheres na vida profissional, o princípio da igualdade de tratamento não obsta a que os Estados-Membros mantenham ou adotem medidas que prevejam regalias específicas destinadas a facilitar o exercício de uma atividade profissional pelas pessoas do sexo sub-representado, ou a prevenir ou compensar desvantagens na sua carreira profissional.

O órgão jurisdicional de reenvio (Tribunal do Trabalho Tribunal do Trabalho de Watford, Reino Unido) fez afirmações que podem ser tratadas como premissas que justificaram o envio do caso ao TJUE, que são: (i) as demandantes no processo principal e os trabalhadores masculinos considerados como termos de comparação, embora efetivamente tenham sido empregados em estabelecimentos diferentes, tinham a mesma entidade patronal; (ii) adotou medidas de organização do processo para determinar, através de peritagens, se os empregos das demandantes no

processo principal têm o mesmo valor que o dos empregos com os quais se comparam; (iii) nos órgãos jurisdicionais do Reino Unido, existe incerteza quanto ao **efeito direto** deste artigo¹³, entre as discriminações suscetíveis de serem verificadas recorrendo apenas aos critérios de identidade de trabalho e igualdade de remuneração e as que só podem ser identificadas com base em disposições de aplicação mais explícitas, do direito da União ou nacionais; (iv) e que os pedidos em causa no processo principal podem estar abrangidos por esta segunda categoria, desprovida de **efeito direto**.

Recebendo-o, analisando-o em julgamento de mérito da questão, e visando responder as duas perguntas preliminares encaminhadas pelo órgão jurisdicional de reenvio, o Tribunal de Justiça da União Européia rechaçou a interpretação dada pela empresa, asseverando justamente o contrário, o que em síntese se passa a explicar em tópicos que compõem as razões de decidir do acórdão em exame: (i) o artigo 157º TFUE prescreve obrigação dos Estados-Membros assegurarem a aplicação do princípio da igualdade de remuneração entre trabalhadores masculinos e femininos, por trabalho igual ou de valor igual; (ii) o artigo impõe de forma clara e precisa, uma obrigação de resultado; (iii) tem carácter imperativo tanto para "trabalho igual" como para "trabalho de valor igual" proibindo a discriminação não só em relação à atuação das autoridades públicas, mas também a todas as convenções destinadas a regulamentar de modo coletivo o trabalho assalariado, bem como aos contratos entre particulares,¹⁴ devendo produzir efeitos verticais e horizontais; (iv) e que a jurisprudência do próprio Tribunal de Justiça, sobre o artigo 157º TFUE descreve que o mesmo tem **efeito direto** ao criar, na esfera jurídica dos particulares, direitos que os órgãos jurisdicionais nacionais têm por missão salvaguardar¹⁵; (v) no caso de uma remuneração desigual de trabalhadores masculinos e femininos por trabalho igual, prestado num mesmo estabelecimento ou serviço, privado ou público, o juiz é que poderá determinar todos os elementos de fato que lhe permitissem apreciar se um trabalhador do sexo feminino realmente recebe uma remuneração inferior à de um

¹³ Que está associada, em particular, à distinção estabelecida no Acórdão de 8 de abril de 1976, Defrenne (43/75, EU:C:1976:56),

¹⁴ Acórdão de 8 de maio de 2019, Praxair MRC, C-486/18, EU:C:2019:379.

¹⁵ v., neste sentido, Acórdão de 7 de outubro de 2019, Safeway, C-171/18, EU:C:2019:839.

trabalhador do sexo masculino que executa um trabalho igual ou de valor igual¹⁶; (vi) que será também a jurisprudência o balizador da aplicação do princípio da igualdade de remuneração entre trabalhadores masculinos e femininos no caso de um trabalho igual ou, de um trabalho de valor igual¹⁷; (vii) que constrariamente ao que defendeu a Tesco Stores, o **efeito direto** produzido pelo artigo 157º TFUE não se limita às situações em que os trabalhadores de sexo diferente comparados executam um “trabalho igual”, com exclusão de um trabalho de valor igual”, portanto, o dispositivo abrange as duas situações, e que tal circunstância é factual, cabendo ao juiz analisar e determinar se, tendo em conta a natureza das atividades concretamente exercidas pelos trabalhadores em questão, lhes pode ser atribuído um “valor igual”.¹⁸

Como argumento de relevância no acórdão, foi ancorado o fundamento da decisão no artigo 23º¹⁹ da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que promovem a igualdade de gênero e a estabelecem em todos os domínios, incluindo as matérias de emprego, trabalho e remuneração. Asseverou a Corte que à luz destes fundamentos, utilizar a interpretação sugerida pela Empresa, que distingue, para fins de aplicação do **efeito direto** (157º TFUE) a aplicação do princípio da igualdade de remuneração entre trabalhadores masculinos e femininos para um “trabalho igual” ou para um “trabalho de valor igual”, seria como deixar suscetível de prejuízo o efeito útil deste artigo e a realização do objetivo que prossegue, rechaçando-se portanto, a tese defensiva da Tesco.

Nesta toada, o Tribunal de Justiça em conclusão de julgamento, asseverou que sendo a empregadora uma entidade patronal, fonte única à qual podem ser atribuídas as condições de eventual discriminação remuneração dos trabalhadores que executam o seu trabalho nas lojas e nos centros de distribuição, então caberá ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se houve de fato uma violação do artigo 157º TFUE, e assim, em resposta explicitou: (a) quanto à primeira questão prejudicial²⁰ o

¹⁶ v., neste sentido, Acórdão de 11 de março de 1981, Worringham e Humphreys, 69/80, EU:C:1981:63.

¹⁷ v., neste sentido, Acórdão de 4 de fevereiro de 1988, Murphy e 157/86, EU:C:1988:62.

¹⁸ v., neste sentido, Acórdãos de 31 de maio de 1995, Royal Copenhagen, C-400/93, EU:C:1995:155, 42, e de 26 de junho de 2001, Brunnhofer, C-381/99, EU:C:2001:358.

¹⁹ “Artigo 23º - Igualdade entre homens e mulheres. Deve ser garantida a igualdade entre homens e mulheres em todos os domínios, incluindo em matéria de emprego, trabalho e remuneração. O princípio da igualdade não obsta a que se mantenham ou adotem medidas que prevejam regalias específicas a favor do sexo sub-representado.”

²⁰ (1ª questão) o artigo 157º (TFUE) tem **efeito direto** no que diz respeito aos pedidos baseados no fato

artigo 157º TFUE deve ser interpretado no sentido de que **tem efeito direto** em litígios entre particulares nos quais é invocada a inobservância do princípio da igualdade de remuneração entre trabalhadores masculinos e trabalhadores femininos por um “trabalho de valor igual”, conforme previsto neste artigo; (b) e quanto à segunda questão,²¹ perdeu seu objeto na medida em que foi respondido positivamente à primeira pergunta, confirmando a aplicação direta do princípio da igualdade remuneratória nos litígios particulares.

ANÁLISE CRÍTICA DA DECISÃO À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL DA IGUALDADE ENTRE MULHERES E HOMENS

A União Europeia é uma organização que atualmente envolve 27²² países, e a maioria já se comprometeu perante a comunidade internacional com a luta contra as discriminações de gênero por diversos mecanismos, tanto europeus, quanto internacionais. Neste quadro, espera-se que a União Europeia atue com maior proatividade em busca de soluções práticas que reduzam os números da discriminação, para além do arcabouço normativo já significativo, e que por si só não vem obtendo o êxito necessário nessa erradicação da desigualdade de gênero, em especial a remuneratória. Essa importante organização consegue atingir as legislações nacionais dos seus Estados-Membros, inclusive ao ter o poder de moldar estas mesmas leis estaduais, por meio de Diretivas que tem a aptidão de impor aos países, uma redução dos índices de disparidade e que os levem a uma maior harmonização. Mas este relevante papel não tem alterado significativamente os números desta disparidade de gênero no mercado de trabalho segundo pesquisas da Comissão Europeia de 2017 (CIG, 2017).

Com o conteúdo decisório do acórdão proferido no bojo do Processo C-624/19 (03.Jun.2021) objeto deste estudo, não ocorreu situação diferente, pois, tendo o

de os demandantes executarem um trabalho de valor igual ao dos trabalhadores com os quais aqueles se comparam?

²¹ (2ª questão) em caso de resposta negativa à primeira questão, o critério da fonte única, utilizado no âmbito da comparação efetuada ao abrigo do artigo 157º, deve ser distinguido da questão diferente [...] do valor igual e, em caso de resposta afirmativa a esta questão, este critério tem **efeito direto**?

²² A União Europeia contava com 28 países, ou seja, antes da saída do Reino Unido.

Tribunal de Justiça da União Europeia delegado aos Estados-membro e juizes a aplicação e a forma de materialização das soluções contra a desigualdade de gênero no trabalho, acabou por findar o seu mister em local de conforto.

É verdade que em breve histórico logo se percebe que desde **1957**²³, os tratados europeus já consagram o princípio da igualdade de remuneração por trabalho igual entre homens e mulheres (atualmente artigo 157º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). No artigo 153º²⁴ do mesmo tratado concede-se à União Europeia atuar no domínio mais amplo da igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego, e nesta senda, o artigo 157.º do TFUE autoriza as ações positivas para reforçar a autonomia das mulheres. Além disso, o programa “Direitos, Igualdade e Cidadania” financia as medidas que contribuem para a erradicação da violência contra as mulheres, com base no artigo 168º do TFUE.

Outro instrumento internacional que deve ser considerado relevante é a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, e também adotada pela Assembleia das Nações Unidas em **1979**. Como explícito no Guia criado pela Comissão pela Cidadania e Igualdade de Género em Portugal, esta “fundamenta-se na dupla obrigação de eliminar a discriminação baseada no sexo e de assegurar a igualdade entre mulheres e homens em todas as áreas da vida” (CIG, 2011).

Em **2006**, surge uma importante Diretiva já anteriormente citada, de implementação do princípio da igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de empregabilidade, que revoga ou altera quase todas as diretivas anteriores, trazendo de volta todos os conceitos e princípios esclarecidos e reformulados, e, portanto, tal diretiva é chamada de Diretiva de Reformulação. A Diretiva 2006/54/CE do Parlamento e do Conselho incorpora jurisprudência do TJUE e está dividida em quatro títulos, com o primeiro deles reservado para a definição dos tipos de discriminação, de assédio, e o conceito de remuneração, garantindo uma relevante

²³ Exemplo é o Tratado de Roma (1957), que instituiu a CEE, em seu artigo 119.º, prevê que os Estados-Membros devem garantir a aplicação do princípio em que homens e mulheres devem receber mesmo ordenado pelo mesmo trabalho, tendo este um comprometimento que se manteve ao longo dos anos e da construção da União Europeia em sua constituição atual.

²⁴ Artigo 153 do TFUE (ex-artigo 137.o TCE)

1. A fim de realizar os objetivos enunciados no artigo 151.o, a União apoiará e completará a ação dos Estados-Membros nos seguintes domínios:

evolução legislativa no tema.

Já com o Pacto Europeu para a Igualdade de Género para **2011-2020** (JORNAL, 2011), o Conselho da União Europeia então: “Reafirma o seu compromisso em cumprir a ambição da União Europeia no domínio da igualdade entre mulheres e homens tal como mencionado no Tratado, designadamente através de mainstreaming” (RÊGO, 2012, p. 40).

E, especificamente quanto ao princípio da igualdade de remuneração, previsto no artigo 157.º do Tratado de Funcionamento, pesquisas revelam que as disparidades salariais continuam altas e que a ligeira diminuição não se reporta devido a uma melhoria na situação das mulheres, mas sim a uma diminuição da oferta de emprego e dos próprios níveis de remuneração em consequência da crise econômica que afetou quase que todo o território europeu. A Comissão Europeia por sua vez, também ainda não tomou a iniciativa legislativa para a promoção e facilitação da **aplicação efetiva, na prática**, do princípio da igualdade salarial.

Então, com efeito, em que pese todos os esforços em busca da igualdade (material) entre homens e mulheres, esta ainda não se concretizou. Segundo o Relatório da Comissão Europeia sobre a Igualdade sobre Homens e Mulheres de 2017, acima pontuado, revela, em sua conclusão, que ao ritmo que as mudanças estão ocorrendo, vai demorar mais de um século para corrigir a disparidade global de gênero (COMISSÃO EUROPEIA, 2017, tradução nossa)²⁵.

No Brasil, dados coletados pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (o Brasil IBGC), mostram que mesmo com um número cada vez maior de mulheres nas universidades e no mercado de trabalho, apenas 10% dos assentos dos Cas (Conselhos Administrativos) são ocupados por pessoas do gênero feminino (CAFÉ, 2020).

Visíveis são as assimetrias estruturais decorrentes dos papéis de gênero que educam para a desigualdade, e por isso que nesse ponto em que se encontra a humanidade, só haverá condições para a igualdade com intervenções corretoras das políticas, dirigidas nuns casos a homens, noutros a mulheres.

²⁵ “At this rate of change, it will take more than a century to close the overall gender gap in earnings”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo pretendeu demonstrar que o Tribunal de Justiça da União Europeia opera como mecanismo importante de estabelecimento de um padrão de uniformização jurisprudencial europeu, e nesse sentido possui significativa responsabilidade sobre o dever de promover por meio de suas decisões, a igualdade de gênero, igualdade esta, em sua perspectiva material e prática, dentro da Sociedade.

Não se pode deixar de reconhecer por questão de justiça, que o respectivo Tribunal da União teve um papel importante em diversas conquistas na luta pelos direitos das mulheres. No entanto, em alguns de seus acórdãos, como o referido aqui, tem resistido à implementação de ações práticas e afirmativas a favor das mulheres. Nem se diga ainda, que ele próprio não vem praticando a erradicação da desigualdade quando possui em sua composição 38/40 membros - 27 Juízes e 11 Advogados-Gerais -, mas, atualmente, somente 7 desses membros são mulheres.

No caso concreto objeto dessa análise, Processo C-624/19 (03.Jun.2021), observa-se que o TFUE não estabelece com a necessária clareza quais os critérios de interpretação para definição do "trabalho igual" ou "trabalho de valor igual". A questão não se afigura muito complexa quando em causa estejam trabalhos idênticos, porém não se pode afirmar o mesmo quando se trate de trabalhos diferentes, e assim, a generalidade adotada fragiliza a aplicação efetiva do tema nos casos concretos. O que se observa é que a determinação do alcance jurídico do princípio da igualdade salarial vem sendo entregue aos TJ's que, jurisprudencialmente vem definindo os casos, em análise factual feita pelos magistrados. Esses critérios, nesse formato, acabaram por ser transcritos para o texto da Diretiva 2006/54/CE22 onde se confirma a importância da produção jurisprudencial como marco referencial quando diz que:

em conformidade com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, para se avaliar se os trabalhadores realizam o mesmo trabalho ou um trabalho de igual valor, é necessário determinar se é possível considerar que, no que se refere a um conjunto de

fatores em que se inclui a natureza do trabalho e da formação e as condições de trabalho, esses trabalhadores estão numa situação comparável.

Enfim, por qualquer ângulo que se analise o tema, logo se conclui que a busca por equidade de gênero tem sido um dos principais desafios enfrentados ao longo das últimas décadas e a disparidade salarial entre os sexos é uma das manifestações mais evidentes dessa desigualdade. O tema ultrapassa as fronteiras da esfera financeira, ela impacta a vida profissional, a vida pessoal, e qualidade de vida das mulheres, indo também além da esfera individual, ou seja, permeia diversas esferas, inclusive a da coletividade, a do senso de justiça (CAMILO; SERAU JÚNIOR, 2023).

Assim, é evidente que por ora, a igualdade de gêneros ainda é uma conquista diária no mundo corporativo e em toda sociedade, tratando-se de uma mudança não apenas normativa, mas efetivamente de mentalidade, devendo ambas se conjugarem, não podendo se admitir que surjam espaços para quaisquer retrocessos. A igualdade de gênero, diretamente ligada à dignidade humana, não pode ficar ao sabor de crises econômicas ou de outras flutuações, não se deixando cair por terra, tudo que já foi alcançado pela União Européia e, em menor escala pelo Brasil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação n. 82 de 16 de novembro 2020*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original185307202011205fb8109357af6.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2022.

BRASIL. *Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943*. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 14 fev. 2024.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 fev. 2024.

BRASIL. *Decreto-Lei n.º 11.795/2023*. Regulamenta a Lei nº 14.611, de 3 de julho de 2023, que dispõe sobre igualdade salarial e de critérios remuneratórios entre mulheres e homens. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/decreto/d11795.htm. Acesso em: 09 fev. 2024.

BRASIL. *Lei n. Lei 14.611/2023*. Dispõe sobre a igualdade salarial e de critérios remuneratórios entre mulheres e homens; e altera a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14611.htm. Acesso em: 09 fev. 2024.

BRUGGER, Andrey da Silva. Judicialização da vida: o cenário das mulheres e breves anotações sobre a supremacia judicial e supremacia constitucional. *O Social em Questão*, ano 18, nº 31, 2014. Disponível em: http://osocialemquestao.ser.puc-rio.br/media/OSQ_31_4_Brugger.pdf. Acesso em: 31 mai. 2021.

CAMILO, A. P.; SERAU JÚNIOR, M. A. Considerações e efetividade em relação as decisões e legislações afirmativas que buscam equidade entre homens e mulheres (Lei 14.611/2023). *Revista Brasileira De Direito Social*, 6(3), 87–105, 2023. Disponível em: rbds.emnuvens.com.br/rbds/article/view/274. Acesso em: 10 fev. 2024.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. Teoria do Estado e da Constituição. *Direito Constitucional Positivo*, Belo Horizonte: Del Rey, 13. ed., rev. atual. e ampl., 2007.

CIG - COMISSÃO para a Cidadania e a Igualdade de Gênero. *Comissão Europeia: Relatório sobre igualdade entre mulheres e homens*, 2017. Disponível em: <https://www.cig.gov.pt/2017/03/comissao-europeia-relatorio-sobre-igualdade-entre-mulheres-e-homens-2017/>. Acesso em: 06 fev. 2024.

CIG - COMISSÃO para a Cidadania e a Igualdade de Gênero. *Guia: Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres (CEDAW)*. Protocolo opcional, 2011. Disponível em: https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2018/01/Guia-CEDAW_-_Protocolo-Opcional_Cig.pdf. Acesso em: 10 fev. 2024.

COMISSÃO Europeia. *Igualdade de oportunidades: Comunicação sobre "mainstreaming"*. Comunicado de Imprensa, 21 fev. 1996. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/IP_96_156, Acesso em: 02 dez. 2023.

CORREIO Braziliense. Mesmo qualificadas, mulheres têm mais dificuldade de crescer na carreira. *Correio Braziliense*, 2020. Disponível em: https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/economia/2020/02/16/internas_economia,828388/mesmo-qualificadas-mulheres-tem-mais-dificuldade-de-crescer-na-carrei.shtml. Acesso em: 22 abr. 2020.

DIÁRIO da República [Portugal]. *Constituição da República Portuguesa – CRP –*

Artigo 49.º. Diário da República n.º 86/1976, Série I de 1976-04-10, 2005. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775-49442875>. Acesso em: 10 fev. 2024.

EUR-Lex [Access to European Union law]. *Treaties*. Tratado Da União Europeia E Do Tratado Sobre O Funcionamento Da União Europeia (2016/C 202/01). Artigo 157. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/treaties/treaties-force.html#new-2-51> e <https://eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/treaties/treaties-force.html#new-2-52>. Acesso em: 12 jan. 2024.

EUROOGLE DICIONÁRIOS – Disponível em <https://euroogle.com/dicionario.asp?definition=913>. Acesso em: 05 dez. 2023.

EUROPEAN Union Agency for Fundamental Rights. *Carta dos Direitos Fundamentais da UE*. Título III. Artigo 23 - Igualdade entre homens e mulheres. 2007. Disponível em: <https://fra.europa.eu/pt/eu-charter/article/23-igualdade-entre-homens-e-mulheres#:~:text=Deve%20ser%20garantida%20a%20igualdade,favor%20do%20sexo%20sub%2Drepresentado>. Acesso em: 02 dez. 2023.

FEDERICI, Silvia. *O ponto zero da revolução: trabalho doméstico, reprodução e luta feminina*. São Paulo: Elefante, 2019.

GIRARDI, Melina. *Mulheres, direitos humanos e empresas*. São Paulo, SP: Almedina, 2023.

IBGE – Instituto Brasileiro De Geografia E Estatística. *Indicadores IBGE: pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua segundo trimestre de 2022*, abr./jun. 2022. Brasília, DF: IBGE, 12 ago. 2022. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2022/08/desemprego-grupos-pand-2tri-12ago2022.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2024.

JORNAL Oficial da União Européia. *Informações das Instituições, Órgãos e Organismos da União Europeia*, 2011. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XG0525%2801%29&from=PT>. Acesso em: 10 fev. 2024.

NAÇÕES Unidas [Brasil]. *Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>, Acesso em: 20 jan. 2024.

OIT. Organização Internacional Do Trabalho. *Promovendo o trabalho decente*. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/convention>. Acesso em: 02 fev. 2024.

PIOVESAN, Flávia. *Igualdade de gênero na Constituição Federal: os Direitos Cívicos e Políticos das Mulheres no Brasil. Consultoria Legislativa do Senado Federal*, 2008. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos->

legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-igualdade-de-genero-na-constituicao-federal-os-direitos-civis-e-politicos-das-mulheres-do-brasil. Acesso em: 09 fev. 2024.

RÊGO, Maria do Céu da Cunha, Políticas de igualdade de género na União Europeia e em Portugal: Influências e incoerências. *Revista Ex Aequo*, Lisboa, n. 25, 2012. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0874-55602012000100004, Acesso em: 04 dez. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral os direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Comentada*. Coimbra: Editora Almedina, 2013.

UK Public General Acts [Reino Unido]. *Equality Act 2010*. Section 79(4) do Equality Act 2010 (Lei de 2010, Relativa à Igualdade de Tratamento), respeitante à questão da comparabilidade, 2010. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/section/79>. Acesso em: 01 dez. 2023.

UNIÃO EUROPÉIA. COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA. *Tratado de Roma*, de 25 mar. 1957. Disponível em: https://ec.europa.eu/romania/sites/romania/files/tratatul_de_la_roma.pdf. Acesso em: 02. Dez. 2023.

UNIÃO EUROPÉIA. *Relatório sobre a aplicação da Diretiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2006, relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à atividade profissional*. 2015. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0213_PT.html. Acesso em: 10 fev. 2024.

UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal De Justiça Da União Europeia. *Processo n.º C-450/18, de 12 de dezembro de 2020*. Disponível em: <file:///C:/Users/Jacqueline/OneDrive%20->. Acessado em

02/12/2023%20RRV%20Advogados/Documentos/MESTRADO/SEGUNDO%20SEME
STRE/CONSTITUI%C3%87%C3%83O%20E%20DIREITOS%20FUNDAMENTAIS%20II/A
c%C3%B3rd%C3%A3o%20TJUE%20-
%20%20Pol%C3%ADtica%20social%20%E2%80%94%20Igualdade%20de%20remuner
a%C3%A7%C3%A3o%20entre%20trabalhadores%20masculinos%20e%20femininos%
20-%20igualdade%20de%20g%C3%AAnero%202021.html Acesso em: 05 dez. 2023.

UNICEF. *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação
contra as Mulheres*. Aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 18 de
dezembro de 1979. Disponível em: [https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-
eliminacao-de-todas-formas-de-discriminacao-contra-mulheres](https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-eliminacao-de-todas-formas-de-discriminacao-contra-mulheres). Acesso em: 10
fev. 2024.

WIKIPEDIA. *Tesco*. Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/Tesco>. Acesso em:
02 dez. 2023.

PARTE V
DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROCESSO CIVIL

29. DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA: INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO À LUZ DO CASO SEMENYA VS. SWITZERLAND DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

FUNDAMENTAL RIGHT OF ACCESS TO JUSTICE: INALIENABILITY OF JURISDICTION IN LIGHT OF THE SEMENYA V. SWITZERLAND CASE FROM THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS



<https://doi.org/10.36592/9786554601542-29>

Guilherme dos Santos Moreira¹

RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo central analisar o direito fundamental de acesso à justiça e inafastabilidade da jurisdição especialmente em casos de Direito Desportivo em que a proteção perquirida seja contra a discriminação, utilizando-se de um caso modelo dito como paradigmático. Para enfrentar a temática, portanto, faz-se a análise de fundamentação da Corte Europeia dos Direitos Humanos no caso Semenya v. Switzerland, que versa sobre uma atleta que se viu compelida a realizar um tratamento hormonal para participar de competições de atletismo internacionais. Dessa forma, por meio de método dedutivo com interpretação sistemática, se pretende verificar a possibilidade de revisão de decisões da Justiça Desportiva no âmbito europeu e brasileiro. Conclui-se a pesquisa com a identificação dos reflexos da decisão Semenya v. Switzerland no âmbito do direito internacional de acesso à justiça e de proteção à discriminação.

Palavras-chave: Inafastabilidade da jurisdição; competência internacional.

ABSTRACT

This research aims to analyze the fundamental right of access to justice and the inexorability of jurisdiction, particularly in cases of Sports Law where the sought-after protection is against discrimination. A paradigmatic case, Semenya v. Switzerland, involving an athlete compelled to undergo hormonal treatment to partake in international athletics competitions, is examined. Through deductive reasoning with a systematic interpretation, the research aims to assess the possibility of reviewing decisions in Sports Justice in both European and Brazilian contexts. The study concludes by identifying the implications of the Semenya v. Switzerland decision in the realm of international law concerning access to justice and protection against discrimination.

Keywords: Inalienability of jurisdiction; international jurisdiction.

¹ Mestrando em Direito pela PUCRS, com bolsa do programa de excelência acadêmica CAPES. Especializando em Processo Civil pela PUCRS. Graduado em Direito PUCRS. Advogado. E-mail: guilherme.moreira@soutocorrea.com.br.

INTRODUÇÃO

O presente estudo visa analisar de forma central o direito fundamental de acesso à justiça e a inafastabilidade da jurisdição, especialmente no âmbito do Direito Desportivo, com foco na proteção contra a discriminação.

Para isso, parte-se, inicialmente, de uma breve análise de uma decisão da Corte Europeia dos Direitos Humanos (doravante "CEDH"), denominada *Semenya v. Switzerland*, um caso que envolve alegações de discriminação, violação ao direito de privacidade, e violação ao direito de "ação", previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos (doravante "Convenção"), em virtude de disposições da atual World Athletics que determinam o tratamento hormonal para atletas com traços intersexuais.

Em sequência, para melhor entendimento do posicionamento da CEDH, o segundo item volta-se a análise da fundamentação e dos argumentos utilizados pela CEDH para reconhecer que possuía jurisdição para revisar a decisão proferida pelo Tribunal Arbitral do Esporte (doravante "TAS") e pelo Tribunal Federal Suíço.

Assim, frente à necessária fundamentação também da presente pesquisa no que se refere o direito atual para além da análise de caso, o terceiro momento é dedicado a verificação do princípio da inafastabilidade da jurisdição, realizando-se apontamentos sobre o estado atual da arte em âmbito brasileiro e europeu.

Por derradeiro, esta pesquisa é concluída com observações possíveis flexos e reflexos que a decisão de *Semenya vs. Switzerland* terá no âmbito da CEDH.

BREVES APONTAMENTOS DO CASO SEMENYA V. SWITZERLAND DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

A CEDH, julgou em 11 de julho de 2013 o extremamente relevante caso *Semenya v. Switzerland*, o qual possui como pano de fundo violações à Convenção, especialmente ao artigo 14º (proibição de discriminação)², em conjunto com o Artigo

² "Artigo 14º: O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação". Disponível em:

8º (direito ao respeito pela vida privada)³, bem como uma violação do artigo 13º (direito a um recurso efetivo)⁴ em relação ao artigo 14º, juntamente com o artigo 8º da Convenção.

Em síntese, a atleta Semenya alegava que sofreu discriminação em razão dos requisitos exigidos para os atletas com diferenças de desenvolvimento sexual ("Athlete with Differences of Sexual Development", regras conhecidas como "DSD Regulations"⁵) nos termos da regulação da World Athletics⁶.

Semenya, que nasceu com "traços intersexuais", e por isso produzia mais testosterona que a média das outras competidoras, estava sujeita à disposições do regulamento que determinavam que ela realizasse tratamento hormonal como forma de redução de seus níveis naturais de testosterona, para que pudesse competir internacionalmente na categoria feminina.

Semenya recusou-se, alegando discriminação com base em sexo e violação a sua dignidade humana. Segundo ela, obrigar mulheres que produzam naturalmente mais níveis de testosterona a passar por tratamento hormonal, além de não ter base científica ou eficácia comprovada (a medicina não define capacidade física ou sexo biológico apenas pelos níveis de testosterona), pode gerar efeitos colaterais.

Impedida de participar de competições, Semenya foi ao TAS e na sequência ao Tribunal Federal Suíço, que rejeitaram suas demandas. O TAS recusou o pleito de Semenya sob o fundamento de que, embora os Regulamentos DSD fossem

https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_por. Acesso em 03 dez. 2023.

³ "Artigo 8º: 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros". Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_por. Acesso em 03 dez. 2023.

⁴ "Artigo 13º: Qualquer pessoa cujos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção tiverem sido violados tem direito a recurso perante uma instância nacional, mesmo quando a violação tiver sido cometida por pessoas que actuem no exercício das suas funções oficiais". Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_por. Acesso em 03 dez. 2023.

⁵ Conjunto de regras que visam "facilitar a participação de atletas com Diferenças no Desenvolvimento Sexual no esporte de Atletismo". As regras encontram-se disponíveis na íntegra em <https://www.worldathletics.org/download/download?filename=2ffb8b1a-59e3-4cea-bb0c-5af8b690d089.pdf&urlslug=C3.6A%E2%80%9320Eligibility%20Regulations%20for%20the%20Female%20Classification%E2%80%9320effective%2031%20March%202023>. Acesso em 03 dez. 2023.

⁶ Nova denominação da antiga International Association of Athletics Federation.

discriminatórios, eram um meio necessário, razoável e proporcional para atingir os objetivos da World Athletics, ou seja, garantir uma competição justa. Por seu turno, o Tribunal Federal Suíço rejeitou o recurso considerando que os regulamentos eram um meio apropriado, necessário e proporcional para atingir os objetivos legítimos de equidade no esporte e de proteção da "classe protegida". Observou, nesse contexto, que seu poder de revisão na área de arbitragem internacional estava limitado a examinar a questão de se a decisão sob revisão era incompatível com a política pública substancial, e concluiu que não era.

Além das violações ao seu direito de não ser discriminado, e ao direito à privacidade, a CEDH entendeu que o TAS não examinou as alegações da atleta de falta de confirmação empírica das regulações impugnadas, sobre os efeitos colaterais que o tratamento hormonal possa causar nas atletas, nem sobre se atletas com o nível de testosterona da reclamante teriam vantagem competitiva significativa.

O caso é relevante porque entra na seara da possibilidade de exame de violações de direitos humanos pelas cortes estatais e supranacionais em relação ao direito desportivo.

Ainda, há a superação do entendimento sobre a competência da CEDH, pois pensava-se que a CEDH não poderia interferir em causas de direito desportivo porque isso significaria uma extensão indevida da sua jurisdição. Além disso, o caso dizia respeito a uma atleta sul-africana, residente na África do Sul, sobre medidas aplicadas pela World Athletics, que é uma associação privada, cuja conduta foi submetida ao TAS, que não é um tribunal estatal nem pessoa de direito público, mas uma entidade privada. Três juízes de CEDH, proferindo votos vencidos, recusaram jurisdição da CEDH no caso.

Mas a maioria dos julgadores entendeu que a Suíça poderia ser responsabilizada porque o TAS está sediado em seu território, submetido à jurisdição dos tribunais suíços, e a legislação interna permite controle judicial dos laudos arbitrais no Judiciário da Suíça.

ANÁLISE DA FUNDAMENTAÇÃO DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO SEMENYA V. SWITZERLAND PARA RECONHECIMENTO DA SUA JURISDIÇÃO

No contexto da arbitragem compulsória, que privou Semenya da possibilidade de recorrer aos tribunais comuns em seu próprio país ou em outro lugar, o único recurso disponível para a requerente foi uma solicitação de arbitragem ao CAS, seguida por um recurso contra a recusa de arbitragem ao Tribunal Federal. Nenhum outro recurso, em particular um apelo a outros tribunais suíços ou aos tribunais monegascos, estava disponível para ela.

A Corte não negou que um sistema "centralizado" para lidar com disputas no domínio esportivo tinha suas vantagens, em particular, para garantir uma certa coerência e consistência na jurisprudência internacional, por meio do CAS. No entanto, a questão permanecia de que se a Corte concluísse que não tinha jurisdição para examinar esse tipo de pedido, correria o risco de barrar o acesso à Corte a uma categoria inteira de indivíduos, no caso, atletas femininas profissionais, o que não estaria de acordo com o espírito, objeto e propósito da Convenção.

A CEDH estava ciente de que Semenya estava questionando perante ela a compatibilidade com a Convenção das regulamentações emitidas pela World Athletics e endossadas pelo TAS, ambas entidades não estatais. No entanto, na medida em que as conclusões do TAS foram revisadas pelo Tribunal Federal Suíço em relação às reclamações de Semenya, a Corte concluiu, à luz de sua jurisprudência, que o caso estava dentro da "jurisdição" da Suíça para os fins do Artigo 1º (obrigação de respeitar os direitos humanos)⁷ da Convenção.

Isso ocorreu mesmo que o Tribunal Federal Suíço não tivesse se referido explicitamente às disposições da Convenção e só tivesse um poder de revisão limitado, restrito à questão de saber se a decisão sob apelação era compatível com a política pública substantiva. Seguiu-se que a Corte tinha jurisdição para examinar o caso.

⁷ Art. 1º: As Altas Partes Contratantes reconhecem a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades definidos no título I da presente Convenção.

O PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO NA PERSPECTIVA DO DIREITO DESPORTIVO NO ÂMBITO BRASILEIRO E INTERNACIONAL

Neste momento da pesquisa, mostra-se relevante contextualizar um dos problemas tratados no caso Semenya para o direito brasileiro, qual seja, a negativa realizada pelo Tribunal Federal da Suíça para revisar a decisão proferida pelo TAS.

Lembra-se que a Convenção possui, em seu art. 3º, possui determinação em boa medida semelhante ao que consta no nosso texto constitucional, ao estabelecer que os Estados que à subscrevem devem outorgar aos particulares recursos efetivos no âmbito interno em caso de violação dos direitos protegidos na Convenção (BARACHO, 2015). Inclusive, o próprio preâmbulo da Convenção deixar claro o papel primordial dos meios para atender à proteção e o desenvolvimento dos direitos e liberdades fundamentais.

A própria jurisprudência da CEDH fornece elementos para que aplique as suas normas sobre as máximas da segurança jurídica na aplicação da Convenção. A CEDH observa a regra da objetividade, situando-a sob a ótica da interpretação autônoma dos direitos reconhecidos às vítimas de sua violação, que não podem ser privadas de recursos (BARACHO, 2015).

No nosso ordenamento, o amplo rol do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (doravante "CF/88") cuidou de garantir à efetivação de direitos fundamentais, exurgindo daí o seu inciso XXXV, que torna o acesso à justiça um direito fundamental, no sentido de que "lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Esse dispositivo é a positivação do princípio da inafastabilidade da jurisdição, o qual garante a todos o acesso ao Poder Judiciário, que não deixar de atender a quem deduza uma pretensão fundada em um direito alegadamente violado (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2014, p. 39).

Entretanto, o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário possui uma exceção prevista na própria CF/88, insculpida em seu art. 217, §1º, que determina que "O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei".

Evidentemente, os casos julgados pela Justiça Desportiva devem observar absolutamente todas as garantias processuais, como o devido processo legal, contraditório, ampla defesa, publicidade, imparcialidade e devida motivação (REIS, 2017), sob pena de sua decisão ser alvo de controle pelo Poder Judiciário.

A possibilidade de controle pelo Poder Judiciário não afasta o entendimento de que a Justiça Desportiva também é um órgão jurisdicional. Pelo contrário. Seguindo-se pela via exemplificativa, é como acontece em casos de arbitragem, no qual este órgão decide e ao Judiciário cabe controlar, se provocado, a validade da decisão, o que já ocorre por exemplo também na própria perspectiva de tal poder, em caso de Ação Rescisória (DIDIER JR., 2015, p. 174).

Aqui, vale dizer que a jurisdição prestada pela Justiça Desportiva brasileira, tal como o TAS e a World Athletics, possui natureza notadamente privada, por possuir vinculação à entidades de administração do desporto, que, segundo previsto em lei⁸, possuem natureza expressamente privada (SCHIMITT, 2007, 63), permitindo que se chegue a tal conclusão sem maiores digressões⁹.

Mesmo possuindo natureza privada, estes órgãos de Jurisdição Desportiva devem observar, garantir e proteger os direitos fundamentais, que possuem eficácia horizontal, conforme doutrina Ingo Sarlet:

[...] a ampliação crescente das atividades e funções estatais, somada ao incremento da participação ativa da sociedade no exercício do poder, verificou-se que a liberdade dos particulares – assim como os demais bens jurídicos fundamentais assegurados pela ordem constitucional – não carecia apenas de proteção contra ameaças oriundas dos poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, advindas da esfera privada. [...] O Estado passa a aparecer, assim, como devedor de uma postura ativa, no sentido de uma proteção integral e global dos direitos fundamentais (SARLET, 2011, *e-book*).

⁸ A lei que regular o desporto e a Justiça Desportiva no Brasil é a Lei nº 9.615/98, que, em seu art. 16, disciplina que "As entidades de prática desportiva e as entidades de administração do desporto, bem como as ligas de que trata o art. 20, são pessoas jurídicas de direito privado, com organização e funcionamento autônomo, e terão as competências definidas em seus estatutos ou contratos sociais".

⁹ É importante fazer a ressalva de que a natureza privada não é unânime na doutrina, existindo parcela que defende que ela possui natureza administrativa, na medida em que atua de forma a aplicar normas administrativas (CARVALHO, 1998, p. 29).

No caso Semenya, é de se observar que ele acaba trazendo, dentro da possibilidade de revisão de decisões da jurisdição desportiva, a necessária discussão sobre a cada vez mais premente necessidade de respeito aos direitos fundamentais.

Ainda que o caso tenha sido decidido no âmbito da CEDH, pois, conforme mencionado alhures, a Convenção possui, logo em seu art. 1º, dispositivo que determina que os seus signatários devem garantir os direitos lá previstos.

Assim, era dever das autoridades suíças reverem a decisão arbitral, por ofensa aos direitos fundamentais assegurados à atleta pela Convenção. No caso específico, entendeu-se que a CEDH poderia analisar se o Estado nacional desincumbiu-se das suas obrigações "positivas". Segundo a CEDH, a Suíça violou a Convenção porque não ofereceu garantias institucionais e procedimentais para que Semenya tivesse suas alegações de discriminação adequadamente examinadas.

Realizando-se um exercício comparativo, fato é que o nosso direito constitucional ao esporte deve ser interpretado de modo a excluir qualquer ato que possa ser entendido como atentatório à dignidade da pessoa humana (MORAES, 2007, p. 2.114).

Além disso, a conjugação da proteção da dignidade da pessoa humana com o direito constitucional às práticas desportivas, visto no *caput* do art. 217 da CF/88¹⁰, na sociedade atual, ganha ainda mais relevância, na medida em que determinadas liberdades individuais estão sendo cada vez mais violadas, o que deve ser absolutamente extirpado do ordenamento jurídico, tanto brasileiro quanto internacional.

No âmbito da CEDH, ela possui a última palavra em questões que envolvem direitos fundamentais previstos na Convenção, contribuindo para o desenvolvimento social dos seus países signatários (NUSSBERGER, trad. FUHRMANN, 2020). Nas américas, esse papel fica com a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Destarte, é incontroverso que a jurisdição desportiva possui autonomia, no entanto, ela não pode exercer a sua jurisdição sem observar os direitos fundamentais, fato que levou, no caso Semenya v. Switzerland, a aceitabilidade do caso pela CEDH e a conseqüente revisão da decisão do Tribunal Federal Suíço.

¹⁰ Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um [...].

A discussão levada por Semenya ao Tribunal Federal Suíço era de que as determinações da World Athletics possuíam caráter evidentemente discriminatório, além de que a obrigação de realizar procedimentos de controle hormonal violavam o seu direito à privacidade. A nosso sentir, o Tribunal partiu de premissa equivocada ao não revisar a materialidade da decisão do TAS por entender que não haveria violação às “políticas públicas substanciais”, e ao fazer isso ele próprio viola a Convenção, na medida em que existem dispositivos claros que determinam o direito de qualquer pessoa de ter acesso à uma corte nacional quando ocorrerem violações de direitos fundamentais.

Assim, resta claro que o posicionamento da CEDH foi legítimo no sentido de reconhecer a sua jurisdição para julgar o caso. É preciso se considerar que não se pode mais tolerar arbitrariedade e que direitos fundamentais sejam tolidos, e, existindo instrumentos de controle e revisão de violações a esses direitos, deve-se ter em mente a necessidade de proteção¹¹. Este fator foi inclusive considerado pela CEDH, uma vez que, ao aceitar ao caso, também utilização de argumento de que, caso recusasse o exercício da sua jurisdição, poderia estar barrando o acesso à CEDH de todas as atletas femininas profissionais, o que não estaria de acordo com a *alma mater* da Convenção.

FLEXOS E REFLEXOS DA DECISÃO SEMENYA V. SWITZERLAND

O julgamento do caso Semenya v. Switzerland trata-se de um relevante precedente da CEDH, pois indica que os países signatária da Convenção devem fornecer salvaguardas procedimentais suficientes para permitir que as queixas sejam examinadas de maneira eficaz, especialmente quando existirem fundamentos críveis sobre a violação de direitos fundamentais.

Fundada em relatórios de órgãos de direitos humanos, em particular da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa e do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, a CEDH expressou a sua preocupação com

¹¹ A problemática da do problema da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito privado é tratado com maestria por Ingo Sarlet, na obra para “A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional” qual remetemos o leitor.

regulamentações cada vez mais existentes que acabam por discriminar mulheres no âmbito esportivo, incluindo atletas intersexuais.

A CEDH atuou com estrita observância à vulnerável posição em que se encontram os atletas profissionais: diante da arbitragem compulsória e de organizações esportivas poderosas, os atletas, como Semenya, têm apenas um recurso disponível para questionar a compatibilidade das regulamentações esportivas com os direitos humanos. Caso fosse impedido o acesso de Semenya à CEDH, a própria CEDH estaria por veladamente indo contra às máximas da sua própria Convenção.

Em suma e em síntese, o julgamento mostrou-se de absoluta relevância para a proteção contra a discriminação, na medida em que até nos votos divergentes os Juízes consideraram a equidade no esporte como uma nova questão com pouca orientação e consenso, exigindo-se uma análise cuidadosa dos direitos de dois grupos protegidos: mulheres e pessoas intersexuais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O caso *Semenya v. Switzerland* é um caso paradigmático no direito internacional no que concerne diversos fatores, especialmente em questões de competência, proteção do direito de ação, e a relevância absolutamente premente da importância de se fulminar todo e qualquer tipo de discriminação do ordenamento – mesmo que privado.

Ademais, essa importância se deu no contexto do importante sobre a equidade no esporte, conceito novo e que ainda carece de maior aprofundamento, conforme reconhecido pela própria CEDH.

No nosso ordenamento jurídico, o caso também demonstra pertinência na medida em que aqui o atleta também está sujeito à Justiça Desportiva, contudo, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição, há a possibilidade de realizar-se uma revisão de decisões que violem preceitos fundamentais.

Isso porque, impedir alguém que teve um direito fundamental violado de ter uma legítima proteção para se prestigiar uma hipotética separação entre a Justiça Desportiva e a jurisdição estatal, iria de encontro com as máximas tanto da nossa

Constituição quato da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A Prática Jurídica no Domínio da Proteção Internacional dos Direitos do Homem (A Convenção Européia dos Direitos do Homem). In: *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, v. 8, p. 245-291, 2015.

NUSSBERGER, Angelika. A Convenção Europeia de Direitos Humanos – uma Constituição para a Europa. Tradução: Italo Roberto Fuhrmann. In: *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, v. 42, p. 49-73, 2020.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

SCHMITT, Paulo Marcos. *Curso de Justiça Desportiva*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*. v. 1, p. 383 - 442, 2011.

CEDH. Convenção Europeia de Direitos Humanos, 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_por. Acesso em: 03 dez. 2023.

CEDH. Semenya v. Switzerland, 10934/21, 2023. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-13274>. Acesso em: 03 dez. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 10ª ed., 2009.

30. O DEVIDO PROCESSO LEGAL E O DIREITO A UM JULGAMENTO IMPARCIAL: CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS CASOS Nº C-615/20 E C-671/20 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

*DUE PROCESS OF LAW AND THE RIGHT TO A FAIR TRIAL: CONSIDERATIONS ON CASES Nº
C-615/20 AND C-671/20 OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION*



<https://doi.org/10.36592/9786554601542-30>

Isabela Weingärtner Welter¹

RESUMO

O Tribunal de Justiça da União Europeia é responsável por processar e julgar diversos casos, dentre eles aqueles advindos do denominado reenvio prejudicial. O reenvio prejudicial é um mecanismo através dos quais juízes nacionais podem sanar dúvidas acerca da interpretação de normas europeias. No presente trabalho, mais especificamente, procura-se analisar a sentença prolatada no âmbito dos casos C-615/20 e C-671/20, que conjuntamente versavam sobre uma controvérsia de compatibilidade de normas europeias com as normas nacionais sobre afastamento da prerrogativa de imunidade de magistrados e suspensão das suas funções. Após regular transcorrer do feito, foi verificada efetiva incompatibilidade das normas nacionais polonesas, que não permitiam a correta aplicação das leis europeias que versavam sobre o devido processo legal e o direito a um julgamento imparcial. Diante desses fatos, o presente trabalho procura realizar uma análise crítica desses princípios, além de uma ponderação acerca da primazia do direito europeu.

Palavras-chave: Direito europeu; primazia do direito europeu; julgamento imparcial; devido processo legal; dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

The Court of Justice of the European Union is responsible for processing and judging various cases, including those arising from the so-called preliminary ruling procedure. Preliminary rulings are a mechanism through which national judges can resolve doubts about the interpretation of European rules. More specifically, this paper seeks to analyze the judgment handed down in cases C-615/20 and C-671/20, which together dealt with a dispute over the compatibility of European rules with national rules on the waiver of the prerogative of immunity of magistrates and the suspension of their functions. After the proceedings had run their course, the Polish

¹ Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), realizado com apoio da PUCRS através do Programa de Excelência Acadêmica – PROEX – CAPES. Graduada em Direito pela PUCRS e Laurea Magistrale in Giurisprudenza pela Università degli Studi di Parma (UNIPR). Link do currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/2362854565099402>. E-mail: isabelawwelter@gmail.com.

national rules were found to be incompatible, as they did not allow the correct application of European laws on due process of law and the right to an impartial trial. In light of these facts, this paper seeks to carry out a critical analysis of these principles, as well as weighing up the primacy of European law.

Keywords: European law; primacy of european law; fair trial; due process of law; dignity of the human person.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho procura analisar uma decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia ("TJUE") que aprofunda e clarifica o debate acerca da aplicação de uma norma europeia em face de normas nacionais. Mais especificamente, na hipótese trabalhada existia uma discussão acerca da possibilidade de órgãos decisórios de Estados Membros decretarem o afastamento de magistrados de suas funções, assim como redistribuir os processos, utilizando fundamentos legais que, em uma primeira vista, poderiam ser interpretados como dissonantes com as normativas europeias.

No caso que será analisado, o que foi pautado e debatido foi a legitimidade, isonomia e imparcialidade de tribunais de ética formado por membros do executivo e legislativo, que deveriam portar-se como julgadores imparciais. Ainda, se questionou se tais tribunais seriam classificados doutrinariamente como tribunais no sentido próprio de uma extensão do poder judiciário, ou se por se tratarem de câmaras disciplinares não se enquadrariam nessa mesma definição, até mesmo por conta de sua composição. Um dos pontos centrais, assim, era a atribuição de uma jurisdição a um órgão que não poderia garantir a sua imparcialidade, o que estaria em desconformidade com as previsões de direito europeu.

No mesmo sentido, trouxeram-se inúmeras questões reflexas, como a garantia do devido processo legal e a duração razoável do processo, especialmente no que concerne o afastamento de magistrados de casos já muito maduros, prontos para seu julgamento. Assim, o presente estudo se propõe a realizar uma análise crítica da decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no julgamento dos processos apensados C-615/20 e C-671/20, que trataram dessa controvérsia.

A decisão teve relevante impacto considerando a primazia do direito da União diante do direito nacional, assim como na manutenção destes preceitos fundamentais da ordem democrática de direito. Portanto, propõe-se uma análise explicativa do caso, seguida de ponderações críticas sobre o tema.

O trabalho foi estruturado em três partes principais. Em um primeiro momento, se fará uma exposição fática e processual, assim como das razões de direito dos processos C-615/20 e C-671/20. Delimitadas as circunstâncias desses casos, se proporá na sequência uma análise crítica ponderando a primazia da norma europeia em face da lei nacional e discutindo as razões de direito acerca do caso, fazendo referência as normas e princípios utilizados para fundamentar o caso pelo Tribunal. Ao fim, serão elaboradas considerações gerais sobre o tema.

OS CASOS C-615/20 E C-671/20 E A GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A decisão que será analisada no presente trabalho trata de dois processos que foram julgados conjuntamente, de nomenclaturas C-615/20 e C-671/20. O acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça é datada de 13 de julho de 2023, tendo o procedimento originalmente se desenvolvido na língua polonesa. A demanda foi suscitada perante o TJUE através do reenvio prejudicial, provocado pelo Tribunal Regional de Varsóvia, em dois processos penais. Os processos crimes eram movidos contra YE e O.; e contra M.M., tendo como partes também Prokuratura Okręgowa w Warszawie e Komisja Nadzoru Finansowego. Cada qual foi remetido ao TJUE em um reenvio prejudicial próprio, e então surgiram os casos C-615/20 e C-671/20.

O que se procurava esclarecer em ambos os processos era uma questão relativa ao juiz que havia sido apontado como responsável pelos processos criminais e seu afastamento. Ao longo do processo, foram suscitados como fundamentos legais artigos da Constituição Polonesa, assim como de seu Código Penal e de Processo Penal e legislações infraconstitucionais esparsas, enquanto no âmbito de direito europeu foram trazidos o Tratado da União Europeia e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Ambos os casos tinham como cerne a mesma circunstância fática: um magistrado havia sido afastado de suas funções por uma Câmara Disciplinar, e,

assim, questionava-se se essa Câmara Disciplinar possuía as prerrogativas necessárias para realizar esse afastamento. As alegações dos casos C-615/20 e C-671/20 procuravam esclarecer se tal órgão estava em concordância com as normas europeias acerca do devido processo legal e garantia da justiça, igualdade e dignidade da pessoa humana, pois se tratava de um órgão formado por indivíduos cuja imparcialidade não poderia ser garantida e, do mesmo modo, se questionava a legitimidade da Câmara em face da Constituição polonesa.

Para iniciar, cumpre trazer um breve contexto fático das circunstâncias de ambos os casos. Em um dos casos, em Varsóvia, na Polônia, o magistrado identificado apenas como I. T. era responsável por processar e julgar um caso de extrema relevância, que havia resultado em ofensas a mais de 229 vítimas. O processo foi extremamente moroso e longo, implicando na oitiva de mais de 150 testemunhas, produção de prova pericial, depoimento das vítimas e dezenas de manifestações de ambas as partes. No total, o processo somava mais de 197 volumes, tendo uma extensão proporcional a sua complexidade (GRAND CHAMBER, 2023, p. 1).

O procedimento estava chegando ao fim, faltando a oitiva de algumas poucas testemunhas remanescentes e de peritos, quando foi suscitada uma questão acerca da imparcialidade e integralidade do magistrado. O Ministério Público da Varsóvia apresentou uma denúncia perante a Câmara Disciplinar acerca de uma suposta violação de conduta por parte do juiz I.T. Alegava, em síntese, que o magistrado havia ultrapassado os limites de seus poderes ao autorizar que representantes da imprensa gravassem filmagens e sons durante uma audiência no processo. Nessas circunstâncias, informações sensíveis sobre as investigações do caso teriam sido levadas a público de modo não autorizado e sem base legal. Por isso, entendendo que I.T. havia incorrido em um abuso de poder e havia rompido com seus deveres como magistrado, o Ministério Público apresentou a denúncia para a Câmara de Ética (GRAND CHAMBER, 2023, p. 7).

Em face disso, a Câmara de Ética decretou a suspensão das funções do magistrado e a redução de sua remuneração para 25% enquanto permanecer suspenso de suas funções. Foi determinado, também, o início de um procedimento criminal investigativo em face de I.T., com base no permissivo legal da Constituição

polonesa. O texto constitucional determina que magistrados não podem ser removidos de suas funções, salvo na hipótese de casos previstos em lei e através de decisão judicial fundamentada. Portanto, para a Câmara, era possível suspender o magistrado de suas funções. Por fim, o órgão disciplinar definiu que todos os casos sob os cuidados de I.T. deveriam ser redistribuídos para outros juízes, com exceção do caso criminal referido acima, que foi suspenso. E foi diante dessa decisão que houve um pedido de reenvio prejudicial que originou o caso C-615/20 (GRAND CHAMBER, 2023, p. 3).

Foi levantada no processo C-615/20 uma questão relativa à possibilidade ou não de a Câmara Disciplinar suspender as funções de um magistrado, assim como levantar a sua imunidade de persecução penal. Se questionava a integralidade e imparcialidade dessa Câmara, que era composta por membros do legislativo e executivo e, conseqüentemente, não teriam uma formação de juristas neutros e imparciais aptos a julgarem e processarem a questão. Ao mesmo tempo, também se procurava compreender se, no presente caso, era possível permitir que I.T. continuasse examinando os procedimentos criminais que estavam sob seus cuidados (GRAND CHAMBER, 2023, p. 13).

O órgão disciplinar e as sanções definidas por este estariam, assim, em dissonância com a própria Constituição polonesa e, também, com o art. 2º, art. 4º e o segundo parágrafo do art. 19 do Tratado da União Europeia, que tratam dos princípios da primazia do direito da União Europeia, da leal cooperação entre jurisdições e da segurança jurídica. Contestou-se, também, a interpretação do art. 47 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que determina que todos tem direito a um remédio efetivo e um julgamento justo, por meio de um juiz imparcial (GRAND CHAMBER, 2023, p. 14).

Concomitantemente ao caso C-615/20, foi suscitado o reenvio prejudicial C-671/20, reflexo da redistribuição dos casos que originariamente eram de responsabilidade de IT. Um magistrado que assumiu um dos casos de I.T. suscitou uma controvérsia no mesmo sentido, questionando o TJUE acerca da aplicação dos dispositivos mencionados acima. Buscava compreender, em síntese, se era possível proibir a participação do magistrado suspenso nos julgamentos, incluindo em casos

em que este juiz participava de uma formação de colegiado (GRAND CHAMBER, 2023, p. 14).

Trazidas ambas essas questões, dado não apenas a origem similar mas também a proximidade das demandas elaboradas, os processos foram apensados para julgamento conjunto. O acórdão prolatado pelo TJUE sobre o tema decidiu, em termos gerais, que a Câmara Disciplinar estava em dissonância com os dispositivos legais europeus ao determinar a suspensão do magistrado, seja pela incoerência com o princípio do devido processo legal, seja pela falta de garantia de imparcialidade, um julgamento justo e integralidade do judiciário (GRAND CHAMBER, 2023, p. 20).

Destarte, a imparcialidade e independência da Câmara Disciplinar não estavam garantidas, diante da sua formação, não possuindo então as prerrogativas ou a jurisdição para determinar a suspensão das funções de um magistrado ou de dar início a um procedimento penal. O TJUE definiu, também, que os casos que eram originalmente de responsabilidade de I.T. deveriam ser devolvidos a ele, e todos os órgãos jurisdicionais que eventualmente tiveram algum de seus casos repassados a si deveriam se abster de prolatar qualquer decisão e remeter o processo ao magistrado de origem (GRAND CHAMBER, 2023, p. 19).

Ao mesmo tempo, outro importante argumento foi utilizado como fundamentação para a decisão prolatada. Este se referia a garantia da duração razoável do processo, que não dizia respeito ao magistrado em si, mas também para aqueles demandantes dos processos judiciais que estavam originalmente sob os cuidados de I.T. A expectativa do julgamento dos indivíduos que haviam procurado proteção jurisdicional, em especial se considerado o processo penal que estava extremamente próximo da prolação de uma sentença, após um longo e laborioso procedimento, também era um elemento de importância a ser considerado (GRAND CHAMBER, 2023, p. 19).

Diante desses fatos, considerando o princípio da primazia do direito da União Europeia diante do direito nacional, o Tribunal decidiu que os Países Membros devem desaplicar resoluções e decisões que decidam sobre a suspensão de funções de magistrados ou levantamento das suas prerrogativas de imunidade, quando estas forem fundadas em dispositivos legais ou entendimentos contrários a lei europeia

(GRAND CHAMBER, 2023, p. 18). Em especial, o TJUE definiu que (GRAND CHAMBER, 2023, p. 23):

O artigo 19.o, n.o 1, segundo parágrafo, TUE deve ser interpretado no sentido de que se opõe a disposições nacionais que conferem a uma instância, cuja independência e imparcialidade não estão garantidas, a competência para autorizar a instauração de ações penais contra juízes dos tribunais comuns e, em caso de concessão dessa autorização, para suspender os juízes em causa das suas funções e para reduzir a sua remuneração durante a referida suspensão.

Desse modo, definiu-se que, consoante a interpretação dada aos dispositivos do TUE, a Câmara Disciplinar estaria em desequilíbrio com as previsões europeias e, conseqüentemente, não possuíam então as prerrogativas e permissivos legais e principiológicos necessários para realizar o afastamento de I.T.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CASO

PRIMAZIA DO DIREITO EUROPEU

Conforme exposto, através dos dois reenvios prejudiciais, concluiu-se pela sobreposição do direito europeu ao direito nacional nos casos, de modo a garantir a harmonização do sistema europeu. Da mesma forma, houve uma proteção dos princípios gerais da ordem democrática de direito e do próprio ordenamento jurídico europeu. De início, é pertinente fazer uma análise sobre as questões relativas à harmonia do ordenamento jurídico europeu, que irão ser o cerne dos demais princípios legais analisados no caso em tela, e do próprio recurso do reenvio prejudicial.

A União Europeia é uma organização supranacional de imensa complexidade. É formada por 27 Estados-Membros que, em sua composição, criaram a instituição supranacional que é a União Europeia. Essa criação se deu através de uma cessão de parte da soberania de cada País Membro, que, ao abdicar parte de seu poder soberano, se compromete a se submeter ao sistema europeu. Através disso, o bloco

européu procurou atingir um grau de harmonia e estabilidade e, ao mesmo tempo, conseguiu crescer economicamente (RAFFIOTTA, 2019, p. 304).

Entre todos os seus intrincados mecanismos, encontram-se também tribunais, um sistema normativo e um ordenamento jurídico próprio. O direito europeu, também chamado de direito comunitário, nesse sentido, necessariamente se sobrepõe ao direito nacional, sendo hierarquicamente superior a este diante dessa cessão de soberania. Por isso, nas hipóteses de conflitos de normas europeias com normas nacionais, os magistrados dos Países Membros devem necessariamente dar aplicação a norma comunitária (RAFFIOTTA, 2019, p. 304).

Assim, no contexto europeu, é de suma importância que seja possível garantir a aplicação plena do direito e, conseqüentemente, a manutenção da ordem democrática. Entre estes, o próprio reenvio prejudicial é um importante mecanismo de preservação do direito comunitário.

O reenvio prejudicial é um instituto processual utilizado pelos juizes nacionais para esclarecer contradições e dúvidas acerca da aplicação de determinada norma europeia. No caso de dúvida acerca da interpretação de um dispositivo legal europeu, o magistrado do Estado Membro pode suscitar essa questão para o Tribunal de Justiça da União Europeia por meio do reenvio prejudicial. A matéria, assim, é "reenviada" ao tribunal europeu, de modo que possa definir o modo de aplicação e interpretação da norma. Não é, assim, uma decisão sobre as circunstâncias do caso fático, mas sim acerca da interpretação da norma europeia, e como deve ser seguida. Uma vez emanada uma sentença acerca da controvérsia pelo Tribunal, o processo de origem retoma seu curso e o juiz nacional fica adstrito a decidir em conformidade com esta (VILLANI, 2017, p. 403).

Assim, o reenvio prejudicial utilizado nos casos C-615/20 e C-671/20 objeto visava garantir a higidez do sistema europeu. Não é incomum existirem dissonâncias ou eventuais conflitos, entre leis nacionais e o direito comunitário, ocorrendo até mesmo contraposições entre normas constitucionais dos Países Membros e normas de direito europeu. Em alguns casos dessa natureza, o Tribunal de Justiça já decidiu, inclusive, no sentido de que deve ser mantido o interesse comunitário em face da norma nacional (BIN; PITRUZZELA, 2019, p. 447).

Inicialmente, então, é possível entender que o Tribunal de Justiça no julgamento dos casos C-615/20 C-671/20 preocupou-se em manter a harmonia do sistema europeu, garantindo uma aplicação integral do sistema normativo comunitário. Ao entender que as normas europeias de imparcialidade, isonomia, devido processo legal e garantia razoável do processo deveriam se sobrepor às normativas polonesas que permitiam o julgamento por meio de tribunais não imparciais, clarificou o entendimento dos dispositivos do Tratado da União Europeia e da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia e deu-lhes plena aplicabilidade.

Essa harmonia é extremamente importante para garantir que a União Europeia funcione de modo eficaz como um só, evitando disparidades entre países ou aplicações de leis disformes. Para que possa se verificar um funcionamento real e hígido, é importante que as premissas comuns adotadas por todos os Países Membros, se tratando de leis, normas, tratados e demais institutos, sejam respeitadas em sua máxima e aplicadas para todos, do mesmo modo.

É através desses mecanismos e decisões que o Tribunal pode assegurar a correta interpretação das normas europeias. Ao mesmo tempo, o reenvio prejudicial figura como importante ferramenta da garantia dessa aplicação. No presente caso, é possível verificar uma aplicação prática destes conceitos.

DEVIDO PROCESSO LEGAL, RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E IMPARCIALIDADE DOS JULGADORES

Feitas considerações acerca da primazia do direito europeu, é interessante adentrar nos dispositivos normativos que foram objeto das controvérsias suscitadas. Os casos debatidos buscavam esclarecer perante o TJUE se a aplicação da norma polonesa era congruente com as normas comunitárias, e se questionava a correta interpretação do direito europeu. Desse modo, entre todos os preceitos analisados, ressaltam-se aquele do devido processo legal e da imparcialidade do magistrado, premissas da ordem democrática de direito. Todos estes se interconectam com a ideia de dignidade da pessoa humana, pois garantem que o

judiciário, no julgar e processar as causas, o fará de modo imparcial, e, conseqüentemente, justo e equilibrado.

Cumpra realizar uma análise acerca dos princípios gerais do direito europeu que foram alvo das controvérsias dos casos C-615/20 e C-671/20, conectados com a dignidade da pessoa humana. Assim, passa-se à leitura do art. 47 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (UNIÃO EUROPEIA, 2000, p. 20):

Artigo 47

Direito a um recurso efetivo e a um julgamento justo

Toda pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pela legislação da União tenham sido violados tem direito a um recurso efetivo perante um tribunal, de acordo com as condições estabelecidas neste artigo.

Toda pessoa tem direito a uma audiência justa e pública, dentro de um prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido pela lei. Toda pessoa terá a possibilidade de ser aconselhada, defesa e representação.

Importa mencionar, nesse sentido, que a previsão legal da ideia de um julgamento justo está atrelada diretamente a ideia de imparcialidade e independência do magistrado, assim como da razoável duração do processo. Esses princípios foram solidificados através da jurisprudência, imortalizados em julgamentos anteriores a redação da Carta de Direitos Fundamentais. O princípio atrelado a um julgamento justo e hígido se estende para além dos tribunais europeus, e deve ser também verificado no interno de um Estado Membro e das cortes nacionais (EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, 2007, p. 20).

É precisamente por isso que, no julgamento dos casos C-615/20 e C-671/20, verificou-se que o Tribunal decidiu de modo a priorizar as normas europeias que garantiam o devido processo legal e suas ramificações, em prol das normas polonesas, ainda que isso signifique que a lei comunitária deve se sobrepor a leis constitucionais dos Países Membros.

A ideia de imparcialidade do magistrado possui raízes não só no direito europeu, mas é um conceito histórico e social que vem sendo consolidado ao longo da história e das civilizações. É por isso que encontra posituação em outros textos legais de igual considerável importância, como a Declaração Universal dos Direitos

Humanos ou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. De modo geral, é reconhecido como um dos princípios basilares da democracia (BOUJIKIAN, 2020, p. 02).

A imparcialidade não quer dizer uma total neutralidade do julgador, que é algo impossível. Todo ser humano pertence a determinada cultura e moldou suas compreensões do mundo através de suas próprias percepções e interações sociais. Está inserido ele próprio em seu meio, onde possui seus próprios gostos e dissabores. A neutralidade, desse modo, inexistente. Entretanto a imparcialidade, em outra faceta, é necessária. Isso porque se traduz na ideia de uma decisão justa, elaborada com base nas circunstâncias fáticas e aplicação da lei. Essa decisão, no caso, será vinculante entre as partes e, por isso, deve ser o mais próximo do considerado justo (BOUJIKIAN, 2020, p. 03).

Nessa linha, as demandas judiciais devem ser analisadas por um olhar que supere as próprias crenças pessoais do julgador. Não deve o julgador se ver inserido naquela demanda, caso contrário estará corrompendo o seu dever de jurisdição e descumprindo com sua função no Poder Judiciário. Portanto, a função de um magistrado é a de realizar essa separação entre crenças e valores pessoais de normas e princípios do direito (BOUJIKIAN, 2020, p. 03).

É nessa linha que se efetivou o Acórdão proferido pelo TJUE nos processos C-615/20 e C-671/20, realizando uma interpretação condizente com a normativa europeia. As normas de direito comunitário, em especial o TUE e a Carta de Direitos Fundamentais, são explícitas ao estabelecer que a imparcialidade jurisdicional é imperiosa para um processo justo e hígido. De outro modo, as leis polonesas permitiam que magistrados fossem julgados por órgãos não parciais, compostos por membros do Executivo e Legislativo cuja função é, precisamente, defender seus próprios ideais e valores. Portanto, o TJUE ao dar a interpretação de priorização das legislações comunitárias em prol das polonesas, garantiu a permanência do devido processo legal e da justiça e, conseqüentemente, da ordem democrática de direito. É isso encontra justificativa, novamente, no fundamento de que a Polônia optou por participar dessa ordem jurídica maior, a União Europeia.

As decisões judiciais devem ser hígdas e íntegras, desprovidas de sentimentos ou de vieses políticos. Portanto, o entendimento do Tribunal foi no

sentido de que a Câmara Disciplinar não possuía as qualidades necessárias para garantir a correta aplicação do direito europeu atrelado a justiça e ao devido processo legal.

Por fim, outro ponto abordado na sentença foi aquele da duração razoável do processo. Esse instituto possui importante relevância na ordem jurídica, procurando preservar o sentido prático da tutela jurisdicional. A ideia de duração razoável do processo se comunica com o fundamento de que é irrazoável permitir o alongamento temporal demasiado de uma demanda judicial. Uma tutela jurisdicional deve ser efetiva e eficaz, tendo sentido e podendo ter reflexos no plano fático. Portanto, a duração de um processo não pode ter duração indeterminada, caso contrário o instituto perderia seu sentido (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 220-224).

No presente caso, é pertinente ressaltar que foi levado em consideração não só o direito do próprio magistrado afastado à duração razoável do processo, que já possui sua própria pertinência em especial ao levar-se em consideração a redução de seu salário, mas também a prestação jurisdicional daquelas partes que possuíam processos que estavam sob seus cuidados. Verifica-se que I. T. era o responsável por processar e julgar um importante processo de considerável porte, que tinha como ofendidos 229 vítimas e contava com centenas de depoimentos e produções de prova, que já havia se desdobrado em inúmeras audiências e volumes. Dessa forma, era irrazoável submeter as partes a uma demora ainda maior, considerando o grau de complexidade e desgaste da demanda.

Nessa linha, o Tribunal fez relevante posicionamento que considerou não apenas os reflexos do direito europeu para I. T., mas também as partes do processo. Assim, adentrou-se em todas as dimensões daqueles direitos, estendendo a sua aplicação ao máximo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise feita nos tópicos anteriores, é possível chegar-se a algumas conclusões. Dentre as premissas estabelecidas, percebem-se dois aspectos de suma importância no âmbito do direito europeu. A primeira é o princípio da primazia do direito europeu, que se desdobra em diversas previsões legais e instrumentos de

tutela jurisdicional, visando garantir a harmonia do ordenamento jurídico europeu. A outra é a o princípio do devido processo legal, do julgamento imparcial e da razoável duração do processo, que dialogam com a ideia da dignidade da pessoa humana.

Destarte, com relação a primazia do direito europeu, se entende que é de suma importância para a manutenção da ordem jurídica e funcionamento da União Europeia que sejam priorizadas as normas europeias. Importante é perceber que essa necessidade advém de dois pontos: primeiro da seção de soberania dos Estados Membros a União Europeia e, depois, da necessidade de manutenção da ordem democrática.

Os Países Membros, ao optarem por integrarem a UE, tiveram de ceder de parte de sua soberania. Essa transmissão de soberania implica em uma necessária submissão ao sistema jurídico e político europeu, que possui, então, as prerrogativas necessárias para emanar atos normativos e decisões vinculantes para todos os Estados Membros. É deste preceito que a União Europeia encontra a sua legitimidade: da transmissão de parte do poder soberano das nações.

Ao mesmo tempo, é imperioso que seja possível manter uma ordem de harmonia no interno do bloco europeu. Para tanto, deve existir uma norma que seja superior as normas nacionais, de modo a evitar conflitos e ajudar a sanar normas conflitantes. É nesse sentido, também, que se entende que a primazia do direito europeu funciona como elemento esclarecedor de contradições e manutenção das políticas europeias.

Por isso, o princípio da primazia do direito europeu é um elemento essencial que, no caso analisado, permitiu a plena aplicabilidade da norma comunitária e, conseqüentemente, afastou a norma nacional conflitante. Esse afastamento da norma conflitante permite que o ordenamento jurídico europeu permaneça hígido e congruente e em sua totalidade e na totalidade de seus Países Membros.

Portanto, ao observar a decisão mencionada anteriormente, nota-se que o TJUE manteve as prerrogativas do devido processo legal e ordem democrática de direito, optando pela interpretação que priorizada as normas europeias que trazem esses princípios. Assim, mantém a harmonia do ordenamento jurídico europeu e também preserva a democracia e a dignidade da pessoa humana.

Esses princípios são de extrema relevância para a manutenção da ordem democrática de direito. Todos os indivíduos têm direito a um julgamento íntegro, congruente com a democracia moderna e com a garantia de todos os seus direitos fundamentais. E, para isso, é imperioso que quando emerge uma demanda judicial, a análise seja dada por um magistrado ou corpo colegial que reflita esses princípios e os aplique com efetividade. Desse modo, na manutenção desses princípios, a União Europeia optou por positivá-los tanto no Tratado da União Europeia como também na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. No acórdão analisado, percebe-se que a proteção jurisdicional se tratava de evitar que houvesse uma decisão prolatada por um órgão, no caso a Câmara Disciplinar, que não era verdadeiramente apta a realizar esse julgamento.

É de suma importância também considerar que a decisão também se debruçou sobre a expectativa e direito das partes demandantes dos processos que estavam sobre os cuidados do magistrado afastado, considerando também os seus direitos a duração razoável do processo e ao devido processo legal como um todo.

Assim, ante todo o exposto, é possível concluir que a decisão analisada no presente trabalho procura resguardar os direitos e princípios da União Europeia concernentes ao devido processo legal. Considera-se, finalmente, que a decisão do Tribunal na hipótese do julgamento dos processos C-615/20 e C-671/20 foi de grande importância para a manutenção dos referidos princípios e, conseqüentemente, da ordem democrática de direito e do ordenamento jurídico europeu como um todo.

REFERÊNCIAS

BIN, Roberto; PITRUZZELLA, Giovanni. *Diritto Costituzionale*. 20. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2019. ISBN 978-88-921-2990-0.

BOUJIKIAN, Kenarik. *Neutralidade é um mito, mas a imparcialidade do juiz é um dever*. [S. l.]: 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-29/escritos-mulher-neutralidade-mito-imparcialidade-juiz-dever/>. Acesso em: 01 dez. 2023.

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS. *EU Charter of Fundamental Rights*: Article 47 – Right to an effective remedy and to a fair trial. [S.

I.J.: FRA, 2007. Disponível em: <https://fra.europa.eu/en/eu-charter/article/47-right-effective-remedy-and-fair-trial#:~:text=Everyone%20is%20entitled%20to%20a,being%20advised%2C%20defended%20and%20represented>. Acesso em: 01 dez. 2023.

GRAND CHAMBER. *Judgment of the Court in Joined Cases C-615/20 and C-671/20*. Grand Chamber, 13 jul. 2023. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=4BB9BA2769F0520D58473D1ACBBDCE7B?text=&docid=275382&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=4166848>. Acesso em: 01 dez. 2023.

INSIGHT EU MONITORING. *EU Court of Justice: Judgment in joined cases C-615/20 and C-671/20: Lifting of a judge's immunity and his or her suspension from duties*. Luxemburgo: Insight EU Monitoring, 2023. Disponível em: <https://portal.ieu-monitoring.com/editorial/eu-court-of-justice-judgment-in-joined-cases-c-615-20-and-c-671-20-lifting-of-a-judges-immunity-and-his-or-her-suspension-from-duties/412059>. Acesso em: 01 dez. 2023

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: Teoria do Processo Civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

RAFFIOTTA, Edoardo Carlo. L'Unione Europea. In: FROSINI, Tommaso Edoardo (Org.). *Diritto pubblico comparato: le democrazie stabilizzate*. Bologna: Il Mulino, 2019.

UNIÃO EUROPEIA. [2000/C 364]. *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf. Acesso em: 01 dez. 2023.

VILLANI, Ugo. *Istituzioni di Diritto dell'Unione Europea*. 5. ed. Bari: Cacucci Editore, 2017.

31. RECURSO ESPECIAL Nº 2.045.633-RJ DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: A CITAÇÃO JUDICIAL VIA APLICATIVOS DE MENSAGENS E A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL

SPECIAL APPEAL Nº 2.045.633-RJ FROM THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE: SERVICE OF SUMMONS BY MESSAGING APPS AND THE NEED TO COMPLY DUE CONSTITUTIONAL PROCESS



<https://doi.org/10.36592/9786554601542-31>

Isabelle Almeida Vieira Piccinini¹

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar os requisitos estabelecidos pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento do Recurso Especial n. 2.045.633/RJ para se considerar válida a citação judicial efetivada por meio de aplicativos de mensagens, como o *WhatsApp*. A abordagem será realizada levando em consideração os inegáveis avanços e benefícios da utilização da tecnologia junto do Poder Judiciário em contraposição à necessidade de observância do devido processo constitucional, destacando fatores como o direito de acesso à internet e a divisão digital.

Palavras-chave: Citação judicial; aplicativos de mensagens; *WhatsApp*; devido processo constitucional.

ABSTRACT

The present essay aims to analyze the requirements established by the Superior Court of Justice (STJ) in the judgment of Special Appeal n. 2.045.633/RJ to consider valid service of summons by messaging apps, such as *WhatsApp*. The approach will be performed considering the undeniable advances and benefits of using technology within the Judiciary as opposed to the need to comply due constitutional process, highlighting factors such as the right to access the internet and the digital divide.

Keywords: Service of summons; messaging apps; *WhatsApp*; due constitutional process.

¹ Doutoranda (bolsista CAPES/PROEX) e Mestre em Direito (bolsista CNPq), na área de concentração Teoria Geral da Jurisdição e Processo (PUCRS). Especialista em Direito Processual Civil (UFRGS). Graduada no curso de Direito (PUCRS). Professora Adjunta de Direito Processual Civil (IBGEN). Servidora da JFRS. E-mail: isabelle.av@hotmail.com. Currículo *Lattes*: <http://lattes.cnpq.br/8204328984585475>.

INTRODUÇÃO

A utilização da tecnologia junto ao Poder Judiciário vem se mostrando como uma importante ferramenta de racionalização da prestação da tutela jurisdicional, garantindo maior celeridade e economicidade processual, como são exemplos o processo eletrônico e o plenário virtual.

Além dos aludidos instrumentos, destaca-se aquele que será focado no presente ensaio, qual seja, a possibilidade de a comunicação de atos processuais, a exemplo das intimações e da citação judicial, ser realizada por meio de aplicativos de mensagens, como o *WhatsApp*. No entanto, se buscará defender que o uso dessas tecnologias no âmbito do Poder Judiciário, em face das suas facilidades, não pode descuidar da necessidade de observância do devido processo constitucional.

Nesse contexto, o presente ensaio pretenderá analisar a necessidade de preenchimento de alguns requisitos para que a comunicação de atos processuais, em especial a citação judicial, por meio de aplicativos de mensagens, possa ser considerada válida, sem afrontar direitos fundamentais processuais como o contraditório, a ampla defesa, a igualdade processual e o devido processo legal (artigo 5º, *caput*, LV e LIV da CF).

A abordagem será feita por meio de análise dos principais argumentos utilizados pelos ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp n. 2.045.633/RJ, levando em conta o fato de inexistir atualmente legislação federal disciplinando a forma de utilização válida desse mecanismo, o qual hoje está a cargo de portarias, resoluções e instruções normativas esparsas pelo país, gerando, por consequência, insegurança jurídica entre os cidadãos e os jurisdicionados.

Além disso, a problemática também será analisada à luz do direito de acesso à internet e da inclusão digital, na medida em que, embora a maioria dos cidadãos brasileiros tenha acesso à internet e utilize massivamente o aplicativo de mensagens *WhatsApp*, esse fato não pode ser encarado como uma autorização para o seu uso indiscriminado, considerando a carência de cidadania digital proveniente da falta de equipamento, letramento e conexão de qualidade de parcela sensível da população, a qual corresponde a quase ¼ sem acesso à internet, ou seja, os excluídos digitais.

OS ARGUMENTOS UTILIZADOS NO JULGAMENTO DO RESP N. 2.045.633/RJ

Em 11 de maio de 2020, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro propôs ação de medidas protetivas e destituição do poder familiar em face de Sandra Felix da Silva. A sentença julgou procedente o pedido, para o fim de decretar a destituição do poder familiar da demandada e do outro genitor quanto às duas filhas do casal. Em 19 de abril de 2021, a demandada interpôs Recurso Especial, com base no artigo 105, inciso III, letra "a", da CF, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que negou provimento à apelação por ela interposta.

Em suas razões recursais, a recorrente alega violação ao artigo 251, inciso I, do CPC, sob o fundamento de que seria nulo o ato citatório efetivado pelo aplicativo de mensagens instantâneas *WhatsApp*, inclusive porque não teria lido o mandado citatório. Ainda, alega violação aos artigos 19, §3º, 22 e 23, parágrafo único, todos do ECA, e também ao artigo 1º, §1º, da Lei n. 12.010/2009, sob o argumento de que não estariam presentes os requisitos para a destituição do poder familiar.

No julgamento do REsp n. 2.045.633/RJ, a Ministra Relatora, Nancy Andrighi, inicialmente, fixou que os propósitos recursais consistem em definir: i) se é válida a citação da ré por meio do aplicativo de mensagens *WhatsApp*; e ii) se superada a questão preliminar, se estão presentes os pressupostos para a destituição do poder familiar em relação à mãe biológica das crianças.

Em seu voto, a Ministra traça uma linha do tempo a respeito da possibilidade de intimações ou de citações por intermédio de aplicativos de mensagens, a exemplo do *WhatsApp*. Explica que a questão se encontra em exame e em debate na sociedade há quase uma década e que ganhou ainda mais destaque depois de o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em junho de 2017, ter aprovado a utilização dessa ferramenta tecnológica para a comunicação de atos processuais no julgamento do Procedimento de Controle Administrativo n. 0003251-94.2016.2.00.0000.

Destaca ainda que outro marco importante a respeito do tema foi a Resolução n. 354/2020 do CNJ, a qual, no artigo 8º, passou a estabelecer que "nos casos em que cabível a citação e a intimação pelo correio, por oficial de justiça ou pelo escrivão

ou chefe de secretaria, o ato poderá ser cumprido por meio eletrônico que assegure ter o destinatário do ato tomado conhecimento do seu conteúdo".

Refere que, desde então, passaram a surgir inúmeras portarias, instruções normativas e regulamentações internas em inúmeras comarcas e tribunais brasileiros, com diferentes e desiguais procedimentos e requisitos de validade dos atos de comunicação eletrônicos.

Sustenta que a profunda dispersão de procedimentos e de requisitos de implementação e de validade dos atos comunicados por meio de aplicativos de mensagens é um grande indicador de que a legislação atualmente existente não disciplina a matéria, mostrando, assim, ser indispensável a edição de legislação federal que a discipline, estabelecendo critérios, procedimentos e requisitos isonômicos e seguros para todos os jurisdicionados.

Cita que, recentemente, a Lei n. 14.195/2021 modificou substancialmente o artigo 246 do CPC, para o fim de disciplinar a possibilidade de citação por meio eletrônico. O aludido meio eletrônico se consubstancia no envio ao endereço eletrônico cadastrado pela parte (*e-mail*), havendo um detalhado procedimento de confirmação e de validação dos atos comunicados que, para sua efetiva implementação, pressupõe, inclusive, a pré-existência de um complexo banco de dados que reunirá os endereços eletrônicos das pessoas a serem citadas.

Chama a atenção para o fato de que a aludida legislação disciplina apenas a citação enviada por *e-mail* e que, muito provavelmente, deixou de disciplinar também os atos de comunicação por aplicativos de mensagens por estar atualmente em curso o Projeto de Lei n. 1.595/2020, o qual trata, especificamente, dessa modalidade de comunicação de atos processuais e traça um detalhado procedimento para a validação da comunicação do ato.

Diante de toda a análise legislativa referida, conclui que, atualmente, não há nenhuma base ou autorização da legislação para a comunicação de atos processuais, intimações e citações por aplicativos de mensagens, e que a sua utilização não obedece às regras previstas na legislação atualmente existente para a prática dos referidos atos. Portanto, compreende que essa prática de forma distinta daquela prevista em lei é portadora de um vício em relação à forma apto a, em tese, nulificá-la.

Sustenta que a Resolução n. 354/2020 do CNJ foi editada no auge da pandemia, a qual cerceou milhões de pessoas do direito de ir e vir, incluindo os Oficiais de Justiça, de modo que a resolução, embora verse sobre matéria reservada à lei e que se submeteria ao crivo jurisdicional, atuou positivamente diante da existência de lacuna legislativa e da situação de emergência sanitária, viabilizando a realização da atividade jurisdicional.

Sob outro ponto de vista, aduz que, em qualquer situação que envolva a formalidade dos atos processuais, mostra-se necessário analisar se o desrespeito à forma prevista em lei sempre implica, necessariamente, em nulidade ou se, ao revés, o ato praticado sem as formalidades legais porventura atingiu o seu objetivo (dar ciência inequívoca a respeito do ato que se pretende comunicar), ainda que realizado de maneira viciada, e pode eventualmente ser convalidado. Isso porque, no âmbito do processo civil, não mais vigora o princípio da tipicidade das formas, mas, sim, o princípio da liberdade das formas.

Por meio desse novo paradigma, constata a necessidade de se compreender o sistema de nulidades a partir de novos e diferentes pressupostos, quais sejam, que a regra é a liberdade das formas, que a exceção é a necessidade de uma forma prevista em lei, e que a não observância de forma, ainda que grave, pode ser sempre relevada se o ato alcançar a sua finalidade.

Especificamente quanto à forma da citação, alega que o núcleo essencial da citação é a ciência pelo destinatário acerca da existência da ação, isto é, de um ato processual que se pretende seja comunicado. Por esse motivo, considera ser imprescindível a certificação, em primeiro lugar, de que a informação foi efetivamente entregue ao receptor e de que seu conteúdo é claro e inteligível, não suscitando dúvida sobre qual ato ou providência deverá ser adotado a partir da ciência e no prazo fixado em lei ou pelo juiz.

Refere que a legislação, ao mesmo tempo em que privilegia o princípio da liberdade das formas, determina que a citação deverá, em algumas hipóteses, ocorrer mediante a observância de regras específicas, a exemplo da citação apenas por Oficial de Justiça nas hipóteses do artigo 249 do CPC ou a confecção de mandado de citação diferenciado se se tratar de ação de família, nos termos do artigo 695, § 1º, do CPC.

Destaca que a lógica por detrás das regras especiais de citação é a de tentar garantir que a finalidade do ato seja alcançada, qual seja, a de dar ciência plena e inequívoca acerca da existência da ação judicial proposta em desfavor do destinatário da comunicação.

Dessa forma, considera que, se a citação for realmente eficaz e cumprir a sua finalidade, que é dar ciência inequívoca acerca da ação judicial proposta, será válida a citação efetivada por meio do aplicativo de mensagens *WhatsApp*, ainda que não tenha sido observada forma específica prevista em lei, uma vez que, nessa situação, a forma não poderá se sobrepor à efetiva cientificação que indiscutivelmente ocorreu.

No que toca ao caso tratado nos autos, sublinha que o REsp se funda em uma possível violação ao artigo 251, inciso I, do CPC, segundo o qual “incumbe ao oficial de justiça procurar o citando e, onde o encontrar, citá-lo lendo-lhe o mandado e entregando-lhe a contrafé”. Da análise do referido dispositivo, constata que o ato citatório compreende a leitura do mandado e a entrega da contrafé à pessoa a ser citada, o que pressupõe que tenha havido a sua prévia identificação como a pessoa a ser citada.

Contudo, refere ser possível perceber que, no caso analisado, o contato do oficial de justiça foi feito com a filha da recorrente em seu próprio telefone e não com a própria recorrente. Ademais, a citação foi efetivada somente a partir da confirmação do interlocutor de que se trataria da própria parte, sem que tenha sido indicada nenhuma espécie de prévia certificação de que, realmente, o oficial de justiça dialogava naquele momento com a pessoa a ser citada. Nesse contexto, alega ser possível observar a inexistência de elemento que confirme que a leitura do mandado foi efetivamente realizada na pessoa da recorrente.

Destaca ainda outro vício, de natureza ainda mais grave, em relação ao ato citatório, qual seja, o fato de a recorrente ser pessoa analfabeta, motivo pelo qual a entrega da contrafé em formato PDF foi feita a uma pessoa que não sabe ler e escrever. Nesse sentido, conclui que, diante da impossibilidade de compreensão do teor do mandado e da contrafé, o citando analfabeto se equipara ao citando incapaz.

A partir dessa premissa, verifica que há regra expressa no sentido de ser vedada a citação do incapaz (e, conseqüentemente, a citação do analfabeto) por

meio eletrônico ou pelo correio (artigo 247, inciso II, do CPC), motivo pelo qual, também por esse motivo, considera ser nula a citação da recorrente efetivada apenas por *WhatsApp*.

Considera que o prejuízo experimentado pela recorrente se mostra evidente, tendo em vista que foi revel, não apresentou contestação tempestiva e teve contra si julgado procedente o pedido de destituição do poder familiar em relação às filhas.

Por todo o exposto, conheceu e deu provimento ao recurso especial, para o fim de decretar a nulidade do processo desde a citação da recorrente, devendo ser renovado o ato citatório em observância ao que dispõe o artigo 247, inciso II, do CPC, ou seja, por oficial de justiça e pessoalmente, ficando prejudicado, portanto, o exame das demais questões ventiladas no recurso especial.

Desse modo, os Ministros integrantes da Terceira Turma do STJ (Humberto Martins, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro), por unanimidade de votos, conheceram e deram provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Ministra Relatora Nancy Andrichi.

O USO DA TECNOLOGIA JUNTO AO PODER JUDICIÁRIO E A COMUNICAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS POR APLICATIVOS DE MENSAGENS

Nas últimas décadas, a sociedade passou a conviver com transformações tecnológicas que afetaram diretamente as relações sociais, em especial por conta do advento da internet, do alto fluxo de informações e da interação entre pessoas e máquinas, os quais aceleraram as dinâmicas sociais.

Em face desse novo cenário, se mostrou necessário repensar de que forma o Direito poderia se adaptar a essas transformações, com enfoque na prestação da tutela jurisdicional, por meio da integração entre o processo e a tecnologia. O processo judicial, portanto, precisou se adequar às mudanças advindas dessas inovações tecnológicas, passando do papel para o digital (eletrônico).

Com a criação do processo eletrônico (Lei nº 11.419/2006), veio a promessa de que o processo judicial se tornaria mais célere, econômico e eficiente, ao possibilitar que, “em poucas horas, os documentos protocolados estejam à disposição do juiz e, na via inversa, que as decisões prolatadas pelo magistrado

sejam acessadas pelos advogados ou pelas próprias partes minutos depois” (SALDANHA; MEDEIROS, 2020, p. 36).

Outra mudança digna de nota em decorrência das inovações tecnológicas junto ao Poder Judiciário foi a implementação do Plenário Virtual nos julgamentos do STF. Apesar de ter sido criado em 2007, foi em decorrência das medidas de distanciamento social impostas pela pandemia da COVID-19 que o Plenário Virtual passou a ser utilizado como principal forma de julgamento pela mais alta corte do país. Em síntese, considera-se que o aludido modelo veio para racionalizar a prestação jurisdicional e atender às demandas de celeridade e eficiência relativas aos processos no STF.

Além das aludidas inovações, destaca-se aquela que será enfocada no presente ensaio, qual seja, a possibilidade de a comunicação de atos processuais, a exemplo das intimações e da citação judicial, ser realizada por meio de aplicativos de mensagens, como o *WhatsApp*, o que garantiria maior celeridade, economicidade, bem como aplicação da tecnologia em favor da prestação jurisdicional de modo econômico ao Poder Judiciário.² Sob esse prisma, “a comunicação dos atos processuais por intermédio de e-mails ou aplicativos, seria apenas um dos objetos de estudo da virada tecnológica” (ALVES, 2022, p. 110).

Ainda sobre a temática, Ribeiro e Costa sustentam:

Há muito a se avançar, especialmente em termos de regulamentação e legislação a respeito, mas não há dúvidas que a citação por *WhatsApp* é uma tendência do processo eletrônico, da Justiça 100% digital, do balcão eletrônico, das modernidades advindas da pandemia. É mais do que hora de revisitar conceitos, padrões, dogmas e adaptar-se às necessidades da nova realidade social (RIBEIRO; COSTA, 2021, *online*).

Desde o ano de 2017, o CNJ considera válida a utilização do *WhatsApp* para a comunicação de atos processuais às partes. Em 23 de junho de 2017, o CNJ aprovou, por unanimidade, a utilização do aplicativo *WhatsApp* como ferramenta para

² Cristiane Rodrigues Iwakura sustenta que “a utilização dos meios de comunicação na via digital traz certamente uma considerável melhoria na eficiência, celeridade e ampliação do acesso à justiça”. (IWAKURA, 2021, *online*).

intimações em todo o Poder Judiciário. A decisão foi proferida durante o julgamento virtual do Procedimento de Controle Administrativo n. 0003251-94.2016.2.00.0000.³

A utilização do aludido aplicativo de mensagens como forma de acelerar e desburocratizar procedimentos judiciais baseou-se na Portaria Conjunta n. 01/2015, do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Piracanjuba, no Estado de Goiás, e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) daquela cidade.

Na portaria supracitada, há previsão do uso facultativo do aplicativo, ou seja, ele se destina somente às partes que voluntariamente aderirem aos seus termos. A norma também estipula que a utilização do aplicativo se dará apenas para a realização de intimações. Ademais, a portaria exige a confirmação do recebimento da mensagem no mesmo dia do envio. Se não houver essa confirmação, a intimação deverá ocorrer de acordo com os meios convencionais.

Frisa-se que a aludida iniciativa (criação da Portaria Conjunta n. 01/2015) foi homenageada em 2015 na 12ª edição do Prêmio *Innovare*, que busca identificar, divulgar e difundir práticas que contribuam para o aprimoramento da Justiça no Brasil (INSTITUTO INNOVARE, 2015, *online*).

Posteriormente, o CNJ editou a Resolução n. 354/2020, a qual passou a dispor sobre o cumprimento digital de ato processual e de ordem judicial, dando outras providências. A aludida resolução ampliou o uso de aplicativos de mensagens para comunicação de atos processuais durante a pandemia. O seu artigo 8º passou a disciplinar que: “Nos casos em que cabível a citação e a intimação pelo correio, por oficial de justiça ou pelo escrivão ou chefe de secretaria, o ato poderá ser cumprido

³ “PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. JUIZADO ESPECIAL CÍVEL E CRIMINAL. INTIMAÇÃO DAS PARTES VIA APLICATIVO WHATSAPP. REGRAS ESTABELECIDAS EM PORTARIA. ADESÃO FACULTATIVA. ARTIGO 19 DA LEI N. 9.099/1995. CRITÉRIOS ORIENTADORES DOS JUIZADOS ESPECIAIS. INFORMALIDADE E CONSENSUALIDADE. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. O artigo 2º da Lei n. 9.099/1995 estabelece que o processo dos Juizados será orientado pelos “critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”. 2. O artigo 19 da Lei n. 9.099/1995 prevê a realização de intimações na forma prevista para a citação ou por “qualquer outro meio idôneo de comunicação”. 3. A utilização do aplicativo *whatsapp* como ferramenta para a realização de intimações das partes que assim optarem não apresenta mácula. 4. Manutenção dos meios convencionais de comunicação às partes que não se manifestarem ou que descumprirem as regras previamente estabelecidas. 5. Procedência do pedido para restabelecer os termos da Portaria que regulamentou o uso do aplicativo *whatsapp* como ferramenta hábil à realização de intimações no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Comarca de Piracanjuba/GO”. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017, *online*).

por meio eletrônico que assegure ter o destinatário do ato tomado conhecimento do seu conteúdo".

Ademais, frisa-se que, a partir da pandemia da COVID-19, muitos tribunais passaram a autorizar o cumprimento dos mandados judiciais de citação e intimação pelo aplicativo de mensagens *WhatsApp*, a exemplo do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por meio da nota complementar n. 1/2020 da Presidência do Tribunal, publicada em 26 de março de 2020. Também pode ser citada a Instrução Normativa Conjunta n. 01, de 01 de março de 2021, a qual disciplina a utilização do aplicativo de mensagens *WhatsApp* no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Pernambuco.⁴

Observa-se, dessa forma, a inexistência de legislação federal disciplinando a matéria. Diversos são os diplomas tratando sobre o tema ao redor do país, como portarias, resoluções, instruções normativas e etc, o que acaba gerando insegurança jurídica entre os usuários da justiça, na medida em que cada um desses documentos confere um tratamento diferente para a matéria. Necessário, portanto, se cogitar acerca da disciplina do tema por meio de lei, para o fim de estabelecer critérios, procedimentos e requisitos isonômicos para os jurisdicionados.

Sobre o tema, o posicionamento de Dierle Nunes:

Como pontuado no julgado, a profunda dispersão de procedimentos e de requisitos de implementação e de validade dos atos comunicados por meio de aplicativos de mensagens evidencia um cenário no qual a legislação atual não fornece diretrizes adequadas. A falta de regulamentação aponta para a necessidade inegável de edição de uma legislação federal que discipline a matéria, estabelecendo critérios, procedimentos e requisitos isonômicos e seguros para todos os jurisdicionados (NUNES, 2023, *online*).

Quanto ao ponto, vale referir acerca da existência do Projeto de Lei n. 1.595/20, do Senado Federal, o qual prevê a autorização da intimação judicial via aplicativo de mensagens, por meio da alteração do CPC. O objetivo do aludido projeto, portanto, é alterar o CPC para prever a intimação eletrônica por meio de

⁴ "Desde 2017, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) considera válida a utilização do *WhatsApp* para a comunicação de atos processuais às partes, e alguns tribunais já adotaram o procedimento". (AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS, 2020, *online*).

aplicativo de mensagens multiplataforma, acrescentando ao diploma processual civil o artigo 270-A.

Para o autor do projeto, senador Tasso Jereissati (PSDB-CE), a previsão em lei pode contribuir para que a prática seja disseminada no país com segurança jurídica. Na justificativa da proposta, ele explica que fixou no projeto os mesmos parâmetros estabelecidos pelo CNJ.

Segundo Jereissati:

Conforme o texto, poderão ser intimados eletronicamente por meio de aplicativo de mensagens os advogados e as partes que manifestarem interesse por essa forma de comunicação.

A intimação será considerada cumprida se houver confirmação de recebimento da mensagem no prazo de 24 horas de seu envio. A resposta deverá ser encaminhada por meio do aplicativo, em mensagem de texto ou de voz, usando-se as expressões 'intimado(a)', 'recebido', 'confirmo o recebimento' ou outra expressão análoga. Caso não haja confirmação de recebimento no prazo, deverá ser feita outra intimação. (AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS, 2020, *online*).

Observa-se, no entanto, que o aludido projeto de lei ainda seria insuficiente para regular de forma definitiva a matéria, uma vez que deixou de tratar da citação, apenas fazendo menção às intimações. Atualmente, o projeto se encontra junto à mesa diretora da Câmara dos Deputados.

A CITAÇÃO JUDICIAL PELO WHATSAPP E A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL

Para abordar o tema da comunicação dos atos processuais, necessário se faz distinguir no que consistem as suas duas espécies: citação e intimação. No tocante à primeira, o artigo 238 do CPC dispõe que a "citação é o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual".

Portanto, a citação nada mais é do que "o ato pelo qual se dá ciência ao réu de demanda ajuizada contra ele, chamando-o a integrar e formar a relação

processual. Trata-se, sem dúvida, do ato mais relevante e importante do processo, na medida em que, sem ele, não se aperfeiçoa a triangularização do processo - autor, juiz e réu". Ademais, "eventual sentença proferida sem a citação válida do réu é inexistente, por se tratar de nulidade insanável, que pode ser arguida a qualquer momento" (RIBEIRO; COSTA, 2021, *online*).

Lucélia de Sena Alves aduz que "a citação consiste no primeiro ato de ciência do polo passivo acerca da existência de um processo". Refere que é "por intermédio da citação que o réu, o executado ou o terceiro são integrados na relação processual e gera importantes efeitos. Sem a citação, os atos processuais a partir dela se tornam passíveis de alegação de nulidade para a parte prejudicada a qualquer tempo" (ALVES, 2022, p. 110).

Por sua vez, a intimação possui regramento no artigo 269 do CPC, o qual dispõe que a "intimação é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e dos termos do processo". Em um processo, portanto, como regra, haverá apenas uma única citação, mas poderá haver diversas intimações.

Vale frisar que até o advento da Lei n. 14.195/2021, a qual alterou, em especial, o artigo 246 do CPC, que trata dos meios de citação, o aludido ato processual podia ser realizado de acordo com uma ordem preferencial elencada pelo CPC: pelo correio, por oficial de justiça, pelo escrivão ou chefe de secretaria (se o citando comparecer em cartório), por edital ou por meio eletrônico (conforme regulado em lei).⁵

Com a edição do referido diploma legal no ano de 2021, os incisos do artigo 246 do CPC foram revogados e o seu *caput* passou a dispor que "a citação será feita preferencialmente por meio eletrônico, no prazo de até 2 (dois) dias úteis, contado da decisão que a determinar, por meio dos endereços eletrônicos indicados pelo citando no banco de dados do Poder Judiciário, conforme regulamento do Conselho Nacional de Justiça".

Embora seja possível falar que, agora, a citação deve ser realizada preferencialmente por meio eletrônico, o legislador restringiu essa hipótese à utilização de endereços eletrônicos (*e-mail*), deixando de mencionar os aplicativos de mensagens, como o *WhatsApp*.

⁵ "As alterações mais profundas ocorreram no art. 246, que fazia previsão dos meios possíveis de citação e trazia a ordem de preferência" (HILDEBRAND; BRITO, 2022, p. 115).

Conforme visto anteriormente, essa lacuna legislativa não vem impedindo a utilização da aludida ferramenta para a realização do ato citatório, havendo inclusive resolução do CNJ autorizativa nesse sentido. Contudo, necessário se faz ponderar que a ausência de regramento específico e universal sobre a sua utilização não pode permitir o seu uso indiscriminado.

Como bem destaca Dierle Nunes, a virada tecnológica “não permite que a facilidade das tecnologias se torne um capítulo para esvaziar garantias essenciais do devido processo constitucional” (NUNES, 2023, *online*). Na mesma toada, Lucélia de Sena Alves sustenta que “as tecnologias precisam servir para o alcance da eficiência do processo, sem que represente o atropelamento das garantias processuais”. A autora ainda pondera que, “caso contrário, pode-se falar que não se está diante de um justo processo eletrônico, e que o acesso à justiça foi comprometido”. (ALVES, 2022, p. 110).

Nesse sentido, em que pese a tecnologia seja de grande valia para a eficiência da marcha processual e para a otimização de diversas práticas para dentro do processo, ela precisa ser utilizada e analisada de acordo com o devido processo constitucional, sob pena de nulidade do ato. Quanto ao ponto, Mendes e Fernandes alertam que os “mesmos avanços tecnológicos que proporcionam novas possibilidades de concretização de direitos fundamentais, todavia, também suscitam novos riscos de sua violação”. (MENDES; FERNANDES, 2020, p. 7).

O debate se intensifica quando a abordagem é feita à luz do efetivo acesso à internet no Brasil. Em que pesem as evidentes vantagens da utilização da tecnologia junto ao Poder Judiciário, a exemplo da redução da criticada morosidade da justiça, da promoção da celeridade processual e da expansão espacial do acesso à justiça, também é necessário ponderar que a utilização de determinadas tecnologias junto ao Poder Judiciário pode acabar distanciando os cidadãos e os jurisdicionados. Portanto, nem sempre mecanismos digitais ou virtuais irão se revelar como fatores contributivos ao devido processo constitucional.

No momento em que o acesso à justiça passa a ser exercido de forma quase inteiramente virtual, incluindo também a forma de intimação e citação no processo, necessário se faz questionar acerca dos desníveis existentes entre os brasileiros, por meio da chamada “divisão digital”.

Embora seja notório que a maior parte da população brasileira tenha acesso à internet e faça uso de aplicativos de mensagens como o *WhatsApp*⁶, nem todos os brasileiros possuem amplo acesso a esse serviço. Nesse sentido, vale consignar que o processo imprime mudanças dentro de uma sociedade desigual.

Os recursos tecnológicos e instrumentos manejados no âmbito do processo judicial eletrônico, assim como na telemedicina, dependem de uma “infraestrutura correspondente que ainda está longe de ser adequadamente disponibilizada, como dão conta, entre outros indicadores, os elevados níveis de exclusão digital ainda vigentes no nosso país” (SARLET; SARLET, 2023, *online*).

Desse modo, é inegável que a introdução dos meios tecnológicos se apresenta como um agente facilitador para uma prestação jurisdicional célere e tempestiva. Contudo, é verdade também que cria novas barreiras ao acesso à justiça, a exemplo da “exclusão digital; ausência de eficiência estatal na implantação das plataformas digitais; e barreiras culturais e psicológicas relacionadas à utilização do meio digital” (BRANDIS, 2022, p. 47).

Na realidade brasileira, a “amplitude do acesso à internet ainda é bastante incipiente e encontra-se concentrada junto às camadas economicamente favorecidas”. Sob esse aspecto, “a simples consulta aos autos digitais pode representar grande desafio a quem pretender valer-se do *jus postulandi*” (NEVES; CAMBI, 2018, p. 1003), na medida em que a utilização do meio digital acaba sendo facilitada para aqueles que detêm condições socioeconômicas vantajadas, residem em localidades com fácil acesso à internet e que se aparelham para o manuseio da tecnologia digital.

Como é possível notar, diversos são os desafios para a garantia do acesso à justiça nesse novo modelo digital. Dentre eles, pode-se citar: os cidadãos/jurisdicionados sem acesso à internet; os cidadãos/jurisdicionados sem acesso a computadores/celulares; bem como os cidadãos/jurisdicionados sem

⁶ Cristiane Rodrigues Iwakura alega que, segundo o IBGE, em 2018, “a cada dez domicílios no Brasil, oito possuíam acesso à internet”. Destaca que este número vem crescendo cada vez mais, sendo a maior parte da população fazendo este acesso por intermédio de celulares. A autora refere ainda que “isto demonstra que o *Whatsapp*, um dos principais aplicativos de comunicação por imagem, voz e mensagens de texto, tem sido um forte aliado para o desenvolvimento de métodos ágeis aplicáveis a diversas rotinas de trabalho, com alto impacto em setores produtivos e prestadores de serviços essenciais no Brasil” (IWAKURA, 2021, *online*).

conhecimento técnico necessário para interagir com as ferramentas digitais que possibilitam o acesso aos procedimentos.

Quanto ao ponto, Dierle Nunes defende que “não podemos negligenciar os dilemas e a carência de cidadania digital proveniente da falta de equipamento, letramento e conexão de qualidade de parcela sensível de nossa população”. Citando dados referentes à pesquisa divulgada em abril de 2020 pelo IBGE, salienta que foi possível identificar que pelo menos $\frac{1}{4}$ da população brasileira ainda não possui acesso à internet (NUNES, 2023, *online*).

No mesmo sentido, discorrem Teixeira e Alves:

Assim, determinados grupos da sociedade não têm acesso à internet e nem mesmo conhecimento operacional do aplicativo *WhatsApp*. Em 2019, foi realizada uma pesquisa pelo Centro Regional para o Desenvolvimento de Estudos sobre a Sociedade da Informação (Cetic.br), vinculado ao Comitê Gestor da Internet no Brasil, que identificou que 134 milhões de pessoas têm acesso à internet. No entanto, mesmo diante de um quantitativo expressivo de usuários e de serviços *online*, ainda persistem diferenças de renda, gênero, raça e regiões. Cite-se como exemplo de vulneráveis digitais os indígenas, que durante a pandemia tiveram dificuldades de acesso às plataformas digitais, nas quais se destacam aquelas mantidas pelo próprio Poder Judiciário. (TEIXEIRA; ALVES, 2021, *online*).

A pesquisa TIC Domicílios de 2022 (Tecnologia da Informação e Comunicação) traz dados estatísticos muito relevantes sobre o tema da tecnologia da informação e comunicação no Brasil. Desde 2005, o NIC.BR (por meio do CETIC.BR) é o principal produtor desses dados. As estatísticas obtidas vêm guiando a elaboração de políticas públicas mais eficazes, além de qualificar o debate sobre a inclusão digital no Brasil. Ademais, a aludida pesquisa compõe a principal fonte de informação sobre o uso e desenvolvimento da internet no Brasil.

Realizada anualmente, a pesquisa TIC Domicílios tem o objetivo de mapear o acesso às TIC nos domicílios urbanos e rurais do país e as suas formas de uso por indivíduos de 10 anos de idade ou mais. Analisando a tabela “A10A” da pesquisa, a qual traz dados referentes a domicílios sem acesso à internet por principal motivo para a falta de internet, constata-se que, no ano de 2022, 15 milhões de domicílios

não possuíam acesso à internet, trazendo os principais motivos para essa situação: preço (28%); falta de habilidade (26%); falta de interesse (16%); falta de necessidade (7%); acesso em outro lugar (7%); evitar conteúdo perigoso (5%); preocupações com segurança/privacidade (5%); falta de computador (3%); e falta de disponibilidade (3%) (TABELA A10A, 2022, *online*).

Por sua vez, em atenção à tabela C15, a qual traz dados referentes a indivíduos que nunca utilizaram internet por motivo declarado para nunca ter utilizado a internet, observa-se que, no ano de 2022, 36 milhões de indivíduos não se enquadraram como usuários de internet, o que corresponde a quase 17% da população brasileira. Os principais motivos apontados para essa situação foram: falta de habilidade com o computador: 69%; falta de interesse: 63%; falta de necessidade: 44%; preço: 39%; evitar contato com conteúdo perigoso: 39%; preocupações com segurança/privacidade: 36%; não tem onde usar: 28%; e outro motivo: 4% (TABELA C15, 2022, *online*).

Dos dados acima expostos, constata-se que a falta de acesso à internet ainda atinge boa parte da população brasileira (tanto domicílios como indivíduos). Nesse cenário, o simples acesso ou consulta a um processo judicial eletrônico ou uma intimação ou citação realizada por *WhatsApp* pode representar um grande desafio para essas pessoas, em face da divisão digital. Desse modo, se o Poder Judiciário hoje é acessado massivamente por meio digital, promover inclusão digital passa a ser uma necessidade, na medida em que, sem ela, não há como promover o acesso à justiça.

Ainda analisando os dados mencionados acima, constata-se que um dos principais motivos para a falta de acesso à internet apontado pela pesquisa foi a falta de habilidade com o computador.⁷ Sob esse prisma, nem todos que precisam acessar o Poder Judiciário possuem o conhecimento informático necessário para interação com o processo judicial em ambiente digital, ainda que para isso não seja necessário vasto domínio técnico (SALDANHA; MEDEIROS, 2020, p. 41).

⁷ "One of the elements of the right to internet access that resonates with the notion of an existential minimum is information literacy. It is widely accepted that a broadband connection and a terminal do not suffice to allow people to freely use the internet: proper knowledge of a set of basic information skills serves as a fundamental enabler of access". (HARTMANN, 2013, p. 400).

Quanto ao ponto, correlacionando com a decisão do STJ analisada no presente ensaio, observa-se que a citanda por *WhatsApp* era pessoa analfabeta, a qual certamente possui mais dificuldades ainda para acessar dispositivos tecnológicos e não teria habilidade suficiente para ser citada por meio dessa modalidade, tendo em vista que o núcleo essencial da citação é a ciência pelo destinatário acerca da existência da ação. Como é possível ter certeza de que a informação foi efetivamente entregue a uma pessoa analfabeta e que o seu conteúdo era límpido e inteligível, de modo a não suscitar dúvida sobre qual ato ou providência deverá ser adotada a partir da ciência e no prazo fixado em lei ou pelo juiz?

Assim, a inclusão digital deve envolver a adoção de políticas públicas que permitam um amplo domínio das técnicas necessárias para uso das plataformas digitais. Saldanha e Medeiros referem ser “imprescindível que haja políticas públicas de inclusão digital para que todo cidadão possa ajuizar e acompanhar demandas judiciais, ainda que esteja representando por seus procuradores” (SALDANHA; MEDEIROS, 2020, p. 44).

Nesse sentido, a implantação de programas de educação digital, capacitação, fornecimento de serviços de banda larga de boa qualidade e infraestrutura computacional são fundamentais para permitir que os cidadãos e os jurisdicionados consigam acessar o Poder Judiciário.

Iwakura leciona que “o *WhatsApp* pode se revelar como uma excelente ferramenta de comunicação em áreas urbanas, com boa cobertura de internet, mas pode ser inapropriado em áreas sem uma infraestrutura mínima adequada”. Prossegue a autora, referindo que o aludido aplicativo de mensagens “pode ser muito bom para quem trabalhe diariamente com tecnologia, e ser inoportuno para alguém sem o aparelho celular, ou que tenha dificuldades para operá-lo e não tenha ninguém próximo para ajudar”. (IWAKURA, 2021, *online*).

Portanto, compreende-se que, embora a introdução da tecnologia junto ao Poder Judiciário possa ter facilitado muito o seu desempenho, esse fato não pode servir de subsídio para o descuido em relação ao “usuário” do serviço justiça: o cidadão/jurisdicionado. Incluindo aqueles que não possuem acesso à internet de uma forma mais ampla.

Destaca-se que o problema do acesso à internet no Brasil talvez ganhasse novos contornos se fosse tratado como direito fundamental, assim como ocorre na Alemanha. Em 2010, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha reconheceu o direito de acesso à internet como parte integrante do mínimo existencial (*Existenzminimum*) (ALEMANHA, 2010, *online*).

No julgamento do caso conhecido como "Hartz IV", o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, para além de reafirmar a existência de um direito fundamental a um mínimo existencial, "referendou a posição de que o mínimo existencial cobre uma dimensão sociocultural, tendo, ademais disso, um conteúdo aberto e dinâmico, a ser concretizado em face das exigências variáveis da dignidade humana, integrando, por exemplo, até mesmo o direito de um acesso (ainda que limitado) a internet, dada a sua relevância para a integração social, política, cultural e econômica do cidadão, dialogando assim com o problema (e desafio) da inclusão digital" (SARLET, 2017, *online*).

Sobre o direito fundamental à internet no Brasil, Sarlet e Siqueira lecionam:

No que diz com a atuação do Poder Judiciário nessa matéria, até o presente momento não houve decisão do Supremo Tribunal Federal quanto ao reconhecimento de um direito fundamental de acesso à internet no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, podendo ser extraídos apenas posicionamentos esparsos de ministros em julgamentos já realizados sobre a relevância democrática dos direitos comunicativos, sobretudo a liberdade de expressão e de informação (SARLET; SIQUEIRA, 2021, *online*).

No campo legislativo, observa-se que se encontra em tramitação a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 47/2021, a qual foi aprovada pelo Senado Federal em junho de 2022 e objetiva acrescentar o inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal, para introduzir a inclusão digital no rol de direitos fundamentais. Atualmente, a aludida PEC foi remetida à Câmara dos Deputados, tendo sido aprovada no Senado nos seguintes termos: "é assegurado a todos o direito à inclusão digital, devendo o poder público promover políticas que visem ampliar o acesso à internet em todo o território nacional, na forma da lei".

Vale pontuar ainda, a edição da Lei n. 14.533/2023, a qual instituiu a Política Nacional de Educação Digital (PNED). O artigo 1º da referida legislação dispõe que:

“Esta Lei institui a Política Nacional de Educação Digital (PNED), estruturada a partir da articulação entre programas, projetos e ações de diferentes entes federados, áreas e setores governamentais, a fim de potencializar os padrões e incrementar os resultados das políticas públicas relacionadas ao acesso da população brasileira a recursos, ferramentas e práticas digitais, com prioridade para as populações mais vulneráveis”.

Portanto, observa-se que o Brasil já vem se preocupando, nos últimos tempos, com a questão da inclusão digital, editando leis e procurando alterar a Constituição Federal para garantir o acesso à internet de forma ampla aos cidadãos. No entanto, embora essas mudanças sejam muito positivas e acenem para um futuro com maior inclusão digital no país, é certo que essas práticas levam tempo até serem implementadas. Nesse sentido, Iwakura pondera que, “considerando que a inclusão digital ainda está em processo de crescimento no Brasil, revela-se salutar admitir o emprego dos novos meios tecnológicos de intimação como uma faculdade das partes” (IWAKURA, 2021, *online*).

A citação via *WhatsApp*, portanto, deve ser apenas uma opção para as partes, e não algo imposto apenas pelo advento da tecnologia junto ao Poder Judiciário. Diz respeito, assim, a uma ferramenta de comunicação auxiliar, sem qualquer carga de obrigatoriedade, não se tratando, desse modo, de um instrumento oficial adotado pelo Poder Público, mas de ato voluntário das partes.

Quanto ao ponto, necessário se faz pensar na continuidade, ainda que de forma subsidiária, do acesso à justiça prestado pessoalmente. Sob esse prisma, no tocante à comunicação dos atos processuais, caso não seja viável realizá-la por *e-mail* ou aplicativos de mensagens, deverá seguir sendo realizada pelos meios convencionais, a exemplo da carta, do mandado, do escrivão ou do edital.⁸

Nesse sentido, o posicionamento de Hildebrand e Brito:

De toda sorte, tendo em vista o princípio da instrumentalidade das formas, não se vê qualquer prejuízo em tentar-se a citação pelo *WhatsApp* e, em caso de não

⁸ Sobre o ponto: “Importa salientar que, além dos normativos mencionados na decisão do CNJ, os arts. 236, 246, V, 254, 270 e 272, do CPC tornam clara a permissão para que se utilize o meio eletrônico como forma de comunicação judicial, tendo-se a opção tradicional sempre disponível caso não se consiga localizar ou confirmar o seu recebimento”. (IWAKURA, 2021, *online*).

comparecimento do réu, partir-se para as demais formas de citação, tendo-se em vista que a preferência atual é que a citação ocorra por meio eletrônico (HILDEBRAND; BRITO, 2022, p. 119).

Em suma, como bem alertado por Dierle Nunes, a solução para “o problema do acesso à justiça pela tecnologia deve ser refletida sob as lentes do déficit de acessibilidade tecnológica de boa parcela da população brasileira.” (NUNES, 2023, *online*).

A ADOÇÃO DE CRITÉRIOS PARA UMA VÁLIDA CITAÇÃO JUDICIAL POR APLICATIVOS DE MENSAGENS: HARMONIZAÇÃO ENTRE O ADVENTO TECNOLÓGICO E O DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL

Conforme abordado nos tópicos anteriores, são inegáveis as vantagens da utilização da tecnologia junto ao Poder Judiciário, incluindo a possibilidade de citação judicial via *WhatsApp*, aplicativo de mensagens utilizado pela maior parte da população brasileira, o que facilitaria a marcha processual, por ser um procedimento mais célere e menos burocrático.

Por outro lado, a ausência de uma legislação federal disciplinando a forma de utilização válida desse mecanismo, o qual hoje está a cargo de portarias, resoluções e instruções normativas esparsas pelo país, vem gerando insegurança jurídica entre os cidadãos e os jurisdicionados. Afinal, quais são os critérios para se considerar válida uma citação feita por aplicativos de mensagens, em especial levando em conta a questão da divisão digital?

Enquanto essa lei federal não for editada, mostra-se de grande valia analisar o entendimento do STJ sobre o tema. Em suma, extrai-se da decisão examinada que os ministros compreenderam inexistir autorização legal para a utilização de aplicativos de mensagens para a comunicação de atos processuais, bem como que a utilização dessas ferramentas não obedece às regras previstas na legislação atualmente existente para a prática dos referidos atos. Sob esse aspecto, a comunicação de atos processuais realizada via *WhatsApp* padeceria de nulidade.

No entanto, de acordo com o princípio da instrumentalidade das formas, imperioso se mostra avaliar se o desrespeito à forma prevista em lei implica nulidade ou não. Isso porque, mesmo que um ato não tenha seguido a forma exigida em lei, caso ele tenha atingido a sua finalidade, deverá ser aceito como válido (convalidado). Trata-se da inteligência do artigo 277 do CPC: "Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade".

Ademais, compreende-se ser necessário aplicar também o princípio da "*pas de nullité sans grief*", ou seja, não há nulidade sem a demonstração de prejuízo. Se o ato praticado, embora não tenha respeitado a forma prevista em lei, atingiu a sua finalidade e não causou prejuízo às partes, ele deverá ser considerado válido.

Sob esse aspecto, considerando que o núcleo essencial da citação é dar ciência ao destinatário acerca da existência de uma ação que foi promovida contra ele, caso esse ato seja realizado via *WhatsApp* (forma não prevista em lei), ele poderá ser considerado válido desde que tenha atingido a sua finalidade (ou seja, dar efetiva ciência da existência de uma ação ao destinatário) e não tenha causado às partes algum prejuízo.

Quanto ao ponto, alude-se às considerações de Dierle Nunes:

A decisão definiu que comunicação de atos processuais por aplicativos não tem autorização legal atualmente e não segue as normas estabelecidas. Portanto, em teoria, esses atos são nulos. Contudo, é necessário avaliar se o desrespeito à forma legal sempre implica nulidade ou se o ato atingiu seu objetivo e pode ser aceito, pois o contexto de determinados casos, nos quais se evidencie que pessoa for efetivamente notificada pode afastar a nulidade e convalidar o ato processual. (NUNES, 2023, *online*).

Para os ministros do STJ, os diplomas processuais modernos têm se preocupado mais com o ato processual defeituosamente produzido ter atingido o seu objetivo do que com a sua forma. Desse modo, constata-se que não mais vigora o princípio da tipicidade das formas (mais rígido), mas, sim, o princípio da liberdade das formas.

Ademais, a citação por *WhatsApp* se mostra possível, ainda que não haja previsão em lei, à luz dos princípios da razoabilidade e da eficiência, normas

fundamentais processuais insculpidas no artigo 8º do CPC, o qual dispõe que: “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

Ribeiro e Costa defendem que um dos requisitos para ser possível a utilização do *WhatsApp* como meio idôneo de comunicação dos atos processuais junto ao Poder Judiciário é o prévio esgotamento das outras vias previstas em lei, como a carta e o mandado:

Inicialmente, parece-nos ser o caso de autorizar a citação por *WhatsApp* apenas quando a citação por carta ou por oficial de justiça não for possível no caso concreto. Em decisão fundamentada, o Juízo precisa declinar pormenorizadamente as razões pelas quais a citação pelos correios ou por mandado foi ou seria inútil, seja qual for o motivo, desde a inexistência de endereço em pesquisas até a existência de endereços múltiplos não representativos da realidade (RIBEIRO; COSTA, 2021, *online*).

Os autores acrescentam também a necessidade de existir nos autos comprovação de que o *WhatsApp* informado pelo autor de fato pertence ao réu, prova que pode ser produzida com relativa facilidade (RIBEIRO; COSTA, 2021, *online*). Contudo, não se mostra necessária apenas a certeza quanto ao real titular da linha telefônica, mas também a certeza quanto ao recebimento e inconteste compreensão acerca do teor do ato pelo seu verdadeiro destinatário.

Para os ministros do STJ, “o núcleo essencial da citação é a ciência pelo destinatário acerca da existência da ação, razão pela qual é imprescindível que se certifique, em primeiro lugar, que a informação foi efetivamente entregue ao receptor e de que seu conteúdo é límpido e inteligível, de modo a não suscitar dúvida sobre qual ato ou providência deverá ser adotada a partir da ciência e no prazo fixado em lei ou pelo juiz” (BRASIL, 2023, *online*).

Para tanto, é o oficial de justiça quem deverá realizar pessoalmente a citação por *WhatsApp*, na medida em que o artigo 154, inciso I, do CPC dispõe que: “Incumbe ao oficial de justiça: I - fazer pessoalmente citações, prisões, penhoras, arrestos e demais diligências próprias do seu ofício, sempre que possível na presença de 2

(duas) testemunhas, certificando no mandado o ocorrido, *com menção ao lugar, ao dia e à hora*".

Desse modo, como incumbe a ele certificar no mandado os fatos ocorridos com menção ao lugar, ao dia e a hora, quando realizar a citação por *WhatsApp*, ele será apto a encaminhar a mensagem por meio do aludido aplicativo de mensagens e atestar que é mesmo o réu o titular da conta indicada pelo autor e se de fato o réu recebeu o mandado de citação.

É necessário, portanto, que o oficial de justiça faça a entrega do mandado de citação e da contrafé com a prévia certificação de se tratar do citando. Quanto ao ponto, deve-se estabelecer um detalhado procedimento de confirmação e de validação dos atos comunicados.

Becerra e Yarshell sustentam:

A maior dificuldade na utilização do *WhatsApp*, enquanto ferramenta de citação, parece estar relacionada a um déficit de segurança envolvido na forma como essa tecnologia, em si mesma, está estruturada. Para que se possa atribuir legitimidade ao ato citatório, é fundamental que o destinatário seja identificável, que o conteúdo da comunicação seja conhecido do juiz e que seja possível determinar se o citando teve, ou não, efetiva ciência do ato. No caso do *WhatsApp*, não é tarefa fácil identificar com precisão o destinatário, uma vez que, em tese, o requerente pode ter indicado qualquer número telefônico na petição inicial. (BECERRA; YARSHELL, 2023, *online*).

Não há óbices para que o réu comprove posteriormente a ocorrência de nulidade da citação realizada por *WhatsApp*, demonstrando, por exemplo, que seu *WhatsApp* foi clonado ou que seu celular foi furtado ou roubado. Esse exemplo demonstra claramente a aplicação do princípio da "*pas de nullité sans grief*", na medida em que, caso se comprove que o ato de citação causou prejuízo a uma das partes, ele deverá ser considerado nulo, uma vez que, no presente caso hipotético, a citação não atingiu sua finalidade, considerando que o destinatário do ato não teve efetiva ciência da existência de uma ação ajuizada contra si.

Observa-se dessa forma que, embora seja possível a citação via *WhatsApp*, mostra-se necessária a criação de alguns parâmetros que sejam gerais e universalizáveis a todo o Poder Judiciário, sob pena de não se respeitar o devido

processo constitucional. Se o ato de citação for praticado de forma nula, diversos direitos e garantias fundamentais processuais poderão restar violados, a exemplo do contraditório, da ampla defesa, da igualdade processual, bem como do devido processo legal.

Na hipótese da decisão analisada, constata-se que o devido processo constitucional não foi adequadamente observado ao se proceder à citação da genitora via *WhatsApp*, tornando o ato citatório, portanto, nulo. Na situação, o contato do oficial de justiça e o envio da mensagem contendo o mandado de citação e a contrafé se deram por meio de terceira pessoa, a filha da ré, não tendo havido a prévia certificação e identificação sobre se tratar da pessoa a ser citada.⁹

Ademais, a entrega foi feita à pessoa analfabeta, de modo que, diante da impossibilidade de compreensão do teor do mandado e da contrafé, o citando analfabeto se equipara ao citando incapaz, aplicando-se o artigo 247, inciso II, do CPC, o qual veda a citação por meio eletrônico ou por correio nessa hipótese.

Sob esse enfoque, constata-se que o ato citatório viciado gerou grande prejuízo à genitora, na medida em que não lhe oportunizou a possibilidade de apresentar contestação e, dessa forma, conseguir desenvolver as teses que reputava adequadas, afetando, dessa forma, diversos outros direitos fundamentais processuais da recorrente, a exemplo do contraditório e da ampla defesa.¹⁰ Frisa-se que a citação "é ato processual essencial, porque é por meio dela que se concretizará o contraditório no processo" (TEIXEIRA; ALVES, 2021, *online*).

Desse modo, andou bem a decisão ao considerar válida a utilização de aplicativos de mensagens, como o *WhatsApp*, para a realização da citação nos processos judiciais. Contudo, a utilização dessa tecnologia precisa ser analisada com cuidado, para garantir a observância do devido processo constitucional, como

⁹ "Relatora no STJ, a ministra Nancy Andrighi observou que não há comprovação de que o conteúdo alcançou a mãe da menor, efetivamente a pessoa alvo do processo. E acrescentou que a pessoa que recebeu o documento por *WhatsApp* é analfabeta". (VITAL, 2023, *online*).

¹⁰ "A garantia mais basilar do conjunto de todas aquelas que decorrem diretamente do devido processo constitucional é o contraditório. Entre nós, é princípio insculpido no rol de direitos e garantias fundamentais (CF, art. 5º, LV) [...]. Seja como for, sua relevância é indisputável e dela decorre a valorização especial que a citação goza no processo. Afinal, é exatamente por esse ato que se oportuniza o ingresso do réu, executado ou interessado no feito e, a partir daí, o exercício do contraditório por esse sujeito processual, ou seja, a citação é a instrumentação técnico-processual da ciência dos atos do processo inerente ao contraditório". (YARSHELL; BECERRA, 2023, p. 45-46).

na hipótese em apreço, em que a citanda era pessoa analfabeta, motivo pelo qual não teria condições de ser citada por meio dessa modalidade, uma vez que a finalidade do ato não seria atingida e lhe causaria inúmeros prejuízos, como restou verificado.

Vale pontuar ainda que, se a citação por *Whatsapp* no caso analisado fosse considerada válida, o próprio direito fundamental de acesso à justiça (artigo 5º, XXXV, da CF) estaria sendo violado, na medida em que, ao não se conferir meio idôneo para pessoa analfabeta tomar ciência do teor da citação, seria a mesma situação de se estar negando o acesso à justiça na sua mais ampla acepção.

De forma conclusiva, Iwakura, Souza Borges e Gueiros apontam que é somente por meio da observância dos direitos e garantias fundamentais na implementação de “novos sistemas eletrônicos na Administração Pública, que poderemos construir e consolidar um verdadeiro devido processo legal constitucional tecnológico” (IWAKURA; SOUZA BORGES; GUEIROS, 2022, p. 227).

Portanto, o advento tecnológico junto ao Poder Judiciário, em especial a utilização de aplicativos de mensagens para a comunicação dos atos processuais, a exemplo do *Whatsapp*, precisa ser utilizado *cum grano salis*, ou seja, a celeridade e a eficiência eventualmente proporcionadas por esses mecanismos precisam ser sopesadas e harmonizadas com o devido processo constitucional como um todo, sempre buscando respeitar o acesso à justiça, o contraditório, a ampla defesa, a igualdade processual e o devido processo legal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou demonstrar que, em que pesem as inovações tecnológicas que vêm sendo adotadas junto ao Poder Judiciário serem de grande contribuição para a garantia de uma tutela jurisdicional mais célere e menos burocrática, esses benefícios não podem se sobrepor à necessidade de observância do devido processo constitucional, em especial de direitos fundamentais processuais como o contraditório, a ampla defesa, a igualdade processual e o devido processo legal.

Sob esse enfoque, foram analisados os requisitos estabelecidos pelo STJ no julgamento do REsp n. 2.045.633/RJ para fins de considerar válida a citação judicial realizada via aplicativos de mensagens, como o *WhatsApp*.

Em síntese, diante da inexistência de legislação federal disciplinando a respeito da matéria, a Terceira Turma do STJ entendeu por bem considerar como válidas as comunicações dos atos processuais realizadas por meio dessas ferramentas desde que o núcleo essencial da citação tenha sido respeitado, qual seja, a ciência pelo destinatário acerca da existência da ação.

Nesse sentido, mostra-se imprescindível certificar que a informação foi efetivamente entregue ao receptor e que seu conteúdo é límpido e inteligível, de modo a não suscitar dúvida sobre qual ato ou providência deverá ser adotada a partir da ciência e no prazo fixado em lei ou pelo juiz.

Os ministros chegaram a essa conclusão sob o pretexto de que, embora não haja autorização legal para a comunicação de atos processuais por meio de aplicativos de mensagens, o ato realizado de maneira viciada pode ser convalidado caso tenha atingido o seu objetivo, qual seja, dar ciência inequívoca a respeito do ato que se pretende comunicar. Isso porque, atualmente, compreende-se que a inobservância de forma, ainda que grave, pode ser sempre relevada se o ato alcançar a sua finalidade.

Desse modo, se não forem observados esses requisitos, a citação judicial será considerada nula, como ocorreu na hipótese analisada no recurso, em que o contato do oficial de justiça e o envio da mensagem contendo o mandado de citação e a contrafé se deram por meio de terceira pessoa, sem a prévia certificação e identificação sobre se tratar da pessoa a ser citada, além do fato de que a entrega foi feita à pessoa analfabeta, a qual não tinha condições de compreender o teor do mandado e da contrafé.

Sob esse aspecto, compreende-se que o ato viciado gerou grande prejuízo à genitora, na medida em que não se oportunizou a ela a possibilidade de apresentar contestação, provocando a inobservância de diversos outros direitos fundamentais processuais da recorrente, a exemplo do acesso à justiça, do contraditório e da ampla defesa.

Assim, percebe-se que esse meio de comunicação dos atos processuais deve ser utilizado com certa cautela, principalmente levando em conta o acesso à internet e a divisão digital em relação à população brasileira. Necessário, portanto, ponderar a celeridade, a economia e a eficiência proporcionadas pelo *WhatsApp* à marcha processual com o devido processo constitucional, o qual não pode ser desconsiderado.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. *Projeto permite intimações judiciais por meio de aplicativos de mensagem*. 15 abr. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/654253-projeto-permite-intimacoes-judiciais-por-meio-de-aplicativos-de-mensagem/> Acesso em: 12 nov. 2023.

ALEMANHA. BVerfG. 1 BvL 1/09, Rn. 1-220, Erster Senat, 09 fev. 2010. Disponível em: https://www.bverfg.de/e/ls20100209_1bvl000109.html Acesso em: 11 nov. 2023.

ALVES, Lucélia de Sena. A comunicação dos atos processuais por *WhatsApp* e o PLS n. 176/2018. In: *Processo e tecnologia: Justiça digital - Inteligência artificial - Resolução consensual de conflitos - Gestão estratégica e governo digital - Legal design*. Org. IWAKURA, Cristiane; SOUZA BORGES, Fernanda Gomes e; BRANDIS, Juliano Oliveira. Londrina, PR: Thoth, 2022.

BECERRA, Eduardo de Carvalho; YARSHELL, Flávio Luiz. Citação por *WhatsApp*: entre garantismo e instrumentalismo. *Jota*, 01 abr. 2023. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/citacao-por-whatsapp-entre-garantismo-e-instrumentalismo-01042023#_ftnref2 Acesso em: 03 dez. 2023.

BRANDIS, Juliano Oliveira. Diálogo entre tecnologia da informação e direito processual: impactos da digitalização dos processos. In: *Processo e tecnologia: Justiça digital - Inteligência artificial - Resolução consensual de conflitos - Gestão estratégica e governo digital - Legal design*. Org. IWAKURA, Cristiane; SOUZA BORGES, Fernanda Gomes e; BRANDIS, Juliano Oliveira. Londrina, PR: Thoth 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Procedimento de Controle Administrativo n. 0003251-94.2016.2.00.0000. Conselheira Relatora: Daldice Santana. Julgado em: 23 jun. 2017. Publicado em: 26 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 2.045.633/RJ. Ministra Relatora: Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em: 08 ago. 2023. Publicado em: 14 ago. 2023.

CGI.br/NIC.br, Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br), Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros - TIC Domicílios 2022. *Tabela A10A*. Disponível em: <https://cetic.br/pt/tics/domicilios/2022/domicilios/A10A/> Acesso em: 11 nov. 2023.

CGI.br/NIC.br, Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br), Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros - TIC Domicílios 2022. *Tabela C15*. Disponível em: <https://cetic.br/pt/tics/domicilios/2022/individuos/C15/> Acesso em: 11 nov. 2023.

HARTMANN, Ivar Alberto. A right to free internet? On internet access and social rights. *Journal of High Technology Law*, v. 13, n. 2, p. 297-429, 2013.

HILDEBRAND, Cecília Rodrigues Frutuoso; BRITO, Myrna Alves de. Os impactos da Lei n. 14.195/2021 na comunicação dos atos processuais. In: *Processo e tecnologia: Justiça digital - Inteligência artificial - Resolução consensual de conflitos - Gestão estratégica e governo digital - Legal design*. Org. IWAKURA, Cristiane; SOUZA BORGES, Fernanda Gomes e; BRANDIS, Juliano Oliveira. Londrina, PR: Thoth 2022.

INSTITUTO INNOVARE. *Intimação eletrônica via plataforma Whatsapp*. 12ª edição. 2015. Disponível em: <https://www.premioinnovare.com.br/pratica/intimacao-eletronica-via-plataforma-whatsapp./10082> Acesso em: 12 nov. 2023.

IWAKURA, Cristiane Rodrigues. Da utilização do *WhatsApp* na comunicação dos atos processuais. *Empório do Direito*, 12 fev. 2021. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/da-utilizacao-do-whatsapp-na-comunicacao-dos-atos-processuais> Acesso: 12 nov. 2023.

IWAKURA, Cristiane; SOUZA BORGES; Fernanda Gomes e; GUEIROS, Pedro. Interoperabilidade, governo digital e garantias fundamentais do processo: uma nova concepção de sistemas processuais eletrônicos. In: *Processo e tecnologia: Justiça digital - Inteligência artificial - Resolução consensual de conflitos - Gestão estratégica e governo digital - Legal design*. Org. IWAKURA, Cristiane; SOUZA BORGES, Fernanda Gomes e; BRANDIS, Juliano Oliveira. Londrina, PR: Thoth 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 16, n. 1, p. 1-33, jan./abr.f, 2020.

NEVES, Aline Regina das; CAMBI, Eduardo. Processo e tecnologia: do processo eletrônico ao plenário virtual. *Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil*, v. 2, p. 997-1019, 2018.

NUNES, Dierle. Citação por *WhatsApp* e recente decisão do STJ: texto coescrito com *ChatGPT*. *ConJur*, 24 ago. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-ago-24/dierle-nunes-citacao-whatsapp-recente-decisao-stj> Acesso em: 07 nov. 2023.

RIBEIRO, Flávia Pereira; COSTA, César Augusto. Breves apontamentos sobre a citação por *WhatsApp*. *Migalhas*, 14 jul. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/348506/breves-apontamentos-sobre-a-citacao-por-whatsapp> Acesso em: 13 nov. 2023.

SALDANHA, Alexandre Henrique Tavares; MEDEIROS, Pablo Diego Veras. Processo judicial eletrônico e inclusão digital para acesso à justiça na sociedade da informação. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 9, n. 90, p. 32-47, jul. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas aproximações entre direitos sociais e mínimo existencial. *ConJur*, 01 set. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-01/direitos-fundamentais-algumas-aproximacoes-entre-direitos-sociais-minimo-existencial/> Acesso em: 03 dez. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. Telemedicina e direito à proteção da saúde no cenário pós-Covid. *ConJur*, 29 mai. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mai-29/direitos-fundamentais-telemedicina-direito-protecao-saude-cenario-pos-covid2> Acesso em: 15 nov. 2023.

SARLET, Ingo; SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt. O direito humano e fundamental de acesso à internet. *ConJur*, 12 nov. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-12/direitos-fundamentais-direito-humano-fundamental-acesso-internet/> Acesso em: 11 nov. 2023.

TEIXEIRA, Benigna; ALVES, Lucélia de Sena. Comunicação de atos processuais por *WhatsApp*: uma análise de caso do TJMG e do TJDF. *Empório do Direito*, 19 mar. 2021. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/comunicacao-de-atos-processuais-por-whatsapp-uma-analise-de-caso-do-tjmg-e-do-tjdft> Acesso em: 20 nov. 2023.

VITAL, Danilo. Citação por *WhatsApp* só é válida se der plena ciência ao destinatário, diz STJ. *ConJur*, 14 ago. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-ago-14/citacao-whatsapp-valida-der-plena-ciencia-destinatario> Acesso em: 07 nov. 2023.

YARSHELL, Flávio Luiz; BECERRA, Eduardo de Carvalho. Citação por *WhatsApp*: disciplina legal dos modos de citação e reflexões sobre o potencial uso dessa ferramenta no processo. *Revista de Processo*, v. 343, p. 45-56, set. 2023.

32. A IMPOSIÇÃO AO PAGAMENTO DE DESPESAS JUDICIAIS E O ACESSO À JUSTIÇA

THE IMPOSITION OF THE PAYMENT OF LEGAL EXPENSES AND ACCESS TO JUSTICE



<https://doi.org/10.36592/9786554601542-32>

*Maria Gabryelle Dantas Rocha*¹

RESUMO

Este artigo analisa a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), no processo C-35/22, que se posicionou pela possibilidade de regulamentação nacional que preveja a condenação do consumidor ao pagamento de despesas judiciais, quando este não cumprir uma iniciativa pré-contenciosa junto de um profissional, com o qual celebrou um contrato que contenha uma cláusula abusiva. O estudo do Direito comparado conclui que a decisão do TJUE reflete uma mudança mundial em criar critérios que estimulem o uso de mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos, sem elidir o exercício ao direito de ação. A pesquisa ainda analisou que, ao contrário do Direito espanhol, o Brasil tem buscado medidas que sequer permitam o exercício ao direito de ação, destacando-se o critério judicial da pretensão resistida. **Palavras-chave:** acesso à justiça; desjudicialização; direito comparado; princípio da inafastabilidade.

ABSTRACT

This article analyzes the decision of the Court of Justice of the European Union (CJEU), in case C-35/22, which ruled on the possibility of national regulation that provides for the consumer to be sentenced to pay legal costs, when he does not comply with an initiative pre-litigation with a professional, with whom you have signed a contract that contains an unfair clause. The study of comparative law concludes that the CJEU's decision reflects a global change in creating criteria that encourage the use of extrajudicial conflict resolution mechanisms, without eliminating the exercise of the right of action. The research also analyzed that, unlike Spanish law, Brazil has sought measures that do not even allow the exercise of the right of action, highlighting the judicial criterion of resisted claim.

Keywords: Access to justice; dejudicialization; comparative law; principle of indefeasibility.

¹ Mestranda em Teoria Geral da Jurisdição e Processo pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (PPGD) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Porto Alegre/RS, Brasil. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2091697921715630>.
Correio eletrônico: mgdantasrochaoficial@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O Tribunal de Justiça da União Europeia, Quarta Secção, em julho de 2023, no processo C-35/22, ao analisarem decisão do Tribunal de Primeira Instância de Málaga, Espanha, ao interpretar o artigo 6º, nº 1, da Diretiva 93/2013 da Comunidade Econômica Europeia (CEE), declarou que não se opõe a uma regulamentação nacional que preveja a condenação do consumidor ao pagamento de despesas judiciais, quando este não cumprir uma iniciativa pré-contenciosa junto do profissional, com o qual celebrou um contrato que contenha uma cláusula abusiva. Tal hipótese se aplica, ainda que declarada a abusividade da cláusula, sob reserva de o juiz nacional competente poder ter em conta a existência de uma jurisprudência nacional consolidada que declare o caráter abusivo de cláusulas análogas e da atitude do mesmo profissional, a fim de concluir que este último agiu de má-fé. Ademais, entendeu-se pela possibilidade de, sendo verificada a má-fé deste profissional, condená-lo a suportar as despesas judiciais.

O presente artigo destina-se a analisar se decisão proferida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, aplicada ao Direito Processual Civil brasileiro, contribuiria para estimular mecanismos de resolução de conflitos não judiciais (art. 4º, inc. VII, da Constituição Federal) ou feriria o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, à luz do art. 5º, inc. XXXV, da CF/88.

Para responder a essa questão, foi utilizada uma abordagem metodológica hipotético-dedutiva, com base na análise de fundamentos normativos e doutrina especializada, analisando se decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia poderia ser aplicada no Sistema Processual Civil brasileiro sem ferir o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, à luz do art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, bem como se haveria alguma contribuição quanto ao estímulo do uso de mecanismos de resolução de conflitos não judiciais como solução pacífica dos conflitos (art. 4º, inc. VI, da CF). O método de procedimento presente é o comparativo, eis que se pretende, a partir da análise da Lei 1/2000, que aprovou o Código Processual Civil na Espanha, da Constituição Espanhola, bem como do Convênio Europeu de Direitos Humanos, à luz da Constituição Federal brasileira, compreender se a imposição de adoção de mecanismo extrajudicial na solução de conflito, sob

pena de imposição do dever de custear as despesas judiciais, feriria o princípio da inafastabilidade ou poderia contribuir para o direito brasileiro no incentivo de soluções pacíficas de conflitos como forma de desjudicialização.

Com base no caso acima exposto, pretende-se analisar como o Direito estrangeiro auxiliaria o Direito brasileiro na busca de mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos, que tornem efetivo o acesso à justiça, sem violar o princípio fundamental da inafastabilidade do controle jurisdicional.

O PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE E O ACESSO À JUSTIÇA

A Constituição Espanhola inclui, entre os direitos fundamentais, o direito à proteção judicial à pessoa, não restrita à natureza de cidadão, visto ser essencial para a garantia da dignidade humana (artigo 10.1), constituindo, assim, o fundamento da ordem política espanhola, consoante o artigo 24 da sua Constituição:

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

Nessa linha, também discorre a Convenção Europeia de Direitos Humanos, a teor do artigo 6º, parágrafo 1º:

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser

prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

Da previsão constitucional de proteção da tutela jurisdicional efetiva, extrai-se que qualquer titular de qualquer situação jurídica subjetiva, poderá deduzir perante os órgãos jurisdicionais as reivindicações necessárias à defesa e proteção dos seus direitos e interesses legítimos.

No Brasil, o artigo 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, do qual se extrai os princípios do direito de ação e da inafastabilidade do controle jurisdicional ou, ainda, o princípio do acesso à justiça. Conforme leciona Pinho (2023, p. 39):

Com sede constitucional no art. 5º, XXXV, o referido princípio: i) impede que o legislador restrinja o acesso à ordem jurídica ou ao ordenamento justo, bem como ii) impõe ao juiz o dever de prestar a jurisdição, isto é, garantir a tutela efetiva, a quem detenha uma posição jurídica de vantagem, sendo vedado o non liquet⁴⁵ e iii) constitui garantia para as partes que existe ao lado das condições de procedibilidade para o exercício do direito de ação.

Num sentido político, o princípio coloca sob o controle dos órgãos jurisdicionais todas as crises jurídicas que possam gerar um estado de insatisfação.

Não se trata, portanto, de mera garantia de acesso ao juízo (direito à ação), mas da própria tutela (proteção) jurisdicional (adequada, tempestiva e, principalmente, efetiva) a quem tiver razão.

Ou seja, significa o próprio Acesso à Justiça. Frise-se, no entanto, que este direito à prestação jurisdicional não é incondicional e genérico, sujeitando-se a condições da legislação processual e do direito substantivo (legitimidade e interesse de agir).

A propósito, o direito ao acesso à justiça e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional não se confundem, assim como o direito ao exercício da atividade jurisdicional e o direito de ação.

O acesso à justiça, previsto e protegido constitucionalmente tanto na

Constituição brasileira como na Constituição espanhola, deve ser compreendido como requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário (CAPPELLETTI, 1988), a fim de que atenda a ideia de justiça efetiva, sem a qual se torna impossível a consolidação democrática de uma sociedade (Júnior, 2023). Implica, portanto, em reconhecer que o Estado oportunizará meios adequados de proteção de direitos lesionados ou ameaçados, o que não significa que será sempre pela esfera judicial. É um direito humano e fundamental que “compreende o acesso efetivo a todos os meios pelos quais as pessoas possam reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios”. Já o direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional “é uma de suas projeções, e compreende, em uma primeira aproximação, o direito da parte ao acesso efetivo ao emprego da jurisdição como fórmula destinada à tutela de direitos” (REICHELDT, 2016, p. 42).

O direito de ação, protegido constitucionalmente (art. 5º, inc. XXXV, da CF/88), que possui natureza pública ao se referir a uma atividade pública, oficial, do Estado, consiste em um poder jurídico facultativo de obter uma tutela para os próprios direitos ou interesses, quando esses estiverem lesados ou ameaçados (JÚNIOR, 2024, p. 159). E como bem alerta Alexandre Câmara (2023, p. 171), o poder de ação se revela ao logo de todo processo e é exercido “toda vez que é ocupada alguma posição jurídica ativa no processo”, de modo a estimular o exercício da atividade jurisdicional do Estado. Já o seu exercício evidencia-se sempre que “alguém atua no processo ocupando uma posição ativa, buscando influenciar na formação do seu resultado, estar-se-á diante de um ato de exercício do direito de ação” e será regular se demonstrado tanto a legitimidade, quanto o interesse processual, previstos no art. 17 do Código de Processo Civil brasileiro (Câmara, 2023, p. 174).

Importante destacar que a Resolução 125/2010 do CNJ incorporou expressamente em seu texto a atualização do conceito de acesso à justiça, ao considerar que “o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa e a soluções efetivas”. Ademais, ao estipular que cabe ao Judiciário estabelecer políticas públicas de tratamento adequado na resolução de conflitos não limitadas aos processos, questiona-se se a exigência de demonstração de tentativa extrajudicial de resolução da lide abarcaria a atual leitura do princípio do

acesso à justiça e fomentaria a desjudicialização ou violaria o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Portanto, a possibilidade de se condicionar o exercício do direito de ação não pode ser confundido com impedimento à ordem jurídica, sendo necessário o controle do "ingresso incondicionado em juízo" (PINHO, p. 62). A propósito, o Conselho da União Europeia, no manual prático *Guía del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, parte civil, ao analisar o artigo 6º, esclarece que o direito de acesso aos tribunais não é absoluto e não se presta a limitações implícitas:

47. El derecho de acceso a los tribunales no es absoluto, sino que se presta a limitaciones implícitas (*Golder c. Reino Unido*, párrafo 38; *Stanev c. Bulgaria [GS]*, párrafo 230). Tal es el caso, especialmente, de las condiciones de admisibilidad de un recurso, ya que, por su propia naturaleza, requiere la reglamentación por parte del Estado, que goza de cierto margen de apreciación al respecto (*Luordo c. Italia*, párrafo 85).

48. No obstante, estas limitaciones no pueden restringir el acceso de que goza la persona de tal modo o en tal medida que se cercene la naturaleza misma del derecho de acceso. Además, las limitaciones solo son compatibles con el artículo 6, párrafo 1, del Convenio si persiguen un «objetivo legítimo» y si existe una «proporción razonable entre los medios empleados y el objetivo perseguido» (*Ashingdane c. Reino Unido*, párrafo 57; *Fayed c. Reino Unido*, párrafo 65; *Markovic y otros c. Italia [GS]*, párrafo 99).

Ainda que o direito à tutela jurisdicional decorra do direito de ação (TESHEINER E THAMAY, 2023), estando ambos amparados na Constituição Federal de 1988 e, como verificado, na Constituição espanhola, a fim de que seu exercício esteja harmônico com o atual conceito de acesso à justiça e com as políticas públicas que buscam incentivar a resolução extrajudicial de conflitos, também se mostra necessária uma releitura do requisito do interesse processual.

O controle do ingresso incondicionado de ações no âmbito do Poder Judicial mostra-se compatível com o Estado Democrático de Direito, o qual visa enaltecer a participação de todos, inclusive na pacificação social, com mecanismos que estimulem que os indivíduos possam resolver seus conflitos sem a interferência massiva do Estado pela via judicial.

O CONTROLE DO INGRESSO INCONDICIONADO EM JUÍZO

Com a terceira onda de expansão do acesso à justiça tratada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988), apontou-se, entre outros obstáculos, o elevado custo do processo, bem como a necessidade de meios alternativos de solução de litígios (art. 4º da CF/88), a fim de promover a agilidade e redução de custos dos conflitos e a diminuição do congestionamento e atrasos nos tribunais. Ocorre que a utilização desenfreada do Poder Judiciário, muitas vezes sendo a primeira opção para solução de conflitos, vem contribuindo para a crise do Poder Judiciário, aumentada pelo crescente número de ações, ensejando em prejuízo ao alcance da garantia constitucional de uma justiça efetiva. Geralmente, "a prestação das atividades desenvolvidas pelo Poder Judiciário é condicionada ao custeio de despesas processuais", o qual funciona como regramento do sistema (REICHELDT, 2016, p. 46).

O acesso à justiça pela via do Poder Judiciário não pode ser desmedido, ainda mais quando se busca a qualidade e celeridade deste acesso e isso reflete em custos financeiros aos cofres públicos. Cabe ao Estado preservar a viabilidade do próprio sistema judiciário, que se encontra ameaçada diante do exacerbado aumento de litígios judiciais, além de enfrentar com os gastos elevados na sua manutenção.

O acórdão julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia reforça o entendimento de que a criação de critérios jurídicos que incidam sobre o exercício regular do direito de ação não se traduz em violação a preceito fundamental, ao passo que estimula uma mudança cultural de desjudicialização. O Direito espanhol, ao prevê no artigo 395 do Código de Processo Civil (Lei 1/2000, de Enjuiciamiento Civil) que, no caso de constatada a má-fé do réu, caracterizada pela concordância desse com pedido judicializado, quando antes tenha apresentado resistência à solução extrajudicial, haverá a imposição ao pagamento das despesas judiciais, corrobora tanto para a conscientização de que o serviço prestado pelo poder judiciário possui um custo a toda população, como invoca a participação ativa das partes na resolução de seus conflitos.

Importante referir que o pagamento das custas processuais na Espanha é obrigatório desde a entrada em vigor da Lei 10/2012 para o exercício do poder judicial

em processos civis, contencioso-administrativo e laborais. Constitui em um imposto nacional, cujo fato gerador é o exercício do poder judicial, nos casos previstos no artigo 2º da referida lei, sendo atribuído a quem instigar o exercício do poder judicial (artigo 3º) e for parte vencida (artigos 394º a 398 do Código de Processo Civil espanhol).

No Brasil não há uma previsão semelhante que imponha ao consumidor essa espécie de dispêndio econômico, ainda que procedente a ação. O mais próximo estaria refletido no julgamento do Recurso Extraordinário 613.240/MG pelo Supremo Tribunal Federal (tema 350), que, ao entender pela constitucionalidade da exigência prévia de alguns requisitos para o regular exercício do direito de ação (no caso do prévio requerimento administrativo para as ações previdenciárias), de certo modo, ao ser julgado extinto o feito sem resolução de mérito por ausência de interesse processual, impõe à parte autora o pagamento das despesas processuais.

O Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC), vinculado à terceira Vice-Presidência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, como forma de incentivo a autocomposição entre as partes, pela Orientação Normativa nº 01/2020, estabeleceu que:

nas ações em que for admissível a autocomposição, a exigência de prévia comprovação da tentativa de negociação poderá ser considerada como condição para aferição do interesse processual, cabendo ao juiz suspender o feito, por prazo razoável, para que a parte comprove tal tentativa.

Todavia, o Conselho Nacional de Justiça cassou o ato, por meio do Procedimento de Controle Administrativo nº 0004447-26.2021.2.00.0000, destacando que, ainda que não esteja exercendo o controle constitucional de norma, em controle de legalidade dos atos do Poder Judiciário, o ato normativo questionado, ao criar obrigação de comprovação prévia de tentativa de conciliação, imputa condição inexistente na legislação específica, afrontando o Código de Processo Civil. Ainda, ressaltou que o sistema processual não tonou compulsória a ação de métodos alternativos de conflitos como primeira resolução das demandas, o que impossibilitaria sua exigência para caracterização do interesse processual, de modo

que necessária legislação específica para contemplar tal exigência.

Consciente da necessidade de reanálise do conceito de pretensão resistida e, por conseguinte, fomentar a atividade extrajudicial de solução de conflitos, a Câmara dos Deputados no Brasil apresentou o Projeto de Lei nº 533/2019, no qual se pretende acrescentar o parágrafo único ao art. 17 e §3º ao art. 491, ambos do CPC, a fim de estabelecer em lei o conceito de pretensão resistida, visando a criação de critérios que auxiliem na análise do interesse processual. Como justificativa, é apresentado o seguinte texto:

O presente Projeto pretende estabelecer na lei o conceito da pretensão resistida, que consiste na demonstração de que o autor da ação procurou resolver o conflito antes de demandar o Judiciário.

A medida parte da ideia que a maioria das pessoas tem a falsa premissa que é melhor recorrer ao Judiciário, ao invés de tentar solucionar o conflito, primeiramente, por meios administrativos.

Não é razoável que o Judiciário, até por um aspecto estrutural e orçamentário, continue sendo o primeiro, único e o mais atrativo – financeiramente – acesso de materialização de direitos.

Isto posto, a pretensão resistida consiste na tentativa prévia de resolver a questão pelas vias de composição e, somente no insucesso dessas vias, será possível a busca da tutela estatal por meio do Judiciário.

No referido Projeto de Lei, justifica-se a conceitualização do instituto da pretensão resistida como requisito condicionante à constatação do interesse processual, porque garantirá “que a parte tentou resolver o conflito administrativamente, antes de ajuizar a ação, o que irá desafogar o Poder Judiciário, além de beneficiar a sociedade como um todo”. Ainda, são indicados alguns meios extrajudiciais de solução de conflitos.

Verifica-se, portanto, que em ambos os sistemas jurídicos há uma mudança progressiva no cenário mundial do sistema judiciário em direção à desjudicialização dos conflitos sociais. Ainda que o sistema processual brasileiro não tenha apresentado mecanismos que atribuam à parte o custeio de encargos processuais nos casos de não comprovação da tentativa de solucionar o conflito extrajudicialmente, como no caso do sistema processual espanhol, ao considerar

que a busca de qualidade e celeridade no acesso à justiça reflete também em custos financeiros aos cofres públicos, este tipo de controle do ingresso incondicional no sistema processual judicializado apresenta-se honesto, transparente, direto e educativo, bem como em harmonia com os princípios fundamentais.

O aumento desenfreado da utilização da máquina judiciária, refletido no aumento de litígios judiciais, inviabiliza não somente o sistema judiciário, como o próprio direito fundamental ao acesso à justiça de forma efetiva.

Cabe ao Estado instituir mecanismos que, direta ou indiretamente, invoquem das partes a responsabilidade conjunta de promover por outros meios de solução de conflitos a pacificação social, deixando para o Judiciário demandas que realmente necessitem da interferência Estatal e, com isso, entregue à população um serviço de qualidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise do modo como os dois sistemas jurídicos vêm trabalhando com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, bem como do direito de ação e seu exercício, verificou-se que o Direito espanhol, ainda que não trabalhe diretamente com o critério da pretensão resistida como limitador da condição da ação, busca, ao seu modo, estimular a solução de conflitos extrajudiciais.

Percebe-se que, respeitados os direitos fundamentais do consumidor e oportunizando o adequado exercício ao direito de ação, atribuir à parte o dever de efetuar o pagamento das despesas judiciais, quando esta utilizou da máquina judiciária sem comprovar a necessidade de judicialização, eleva o compromisso de toda sociedade em promover a pacificação social.

O desafio maior para a implementação dessas medidas no Brasil é garantir que elas sejam eficazes. Ao fomentar um agir mais consciente no exercício ao direito de ação, o Estado promove uma mudança cultural, ao passo que direciona a solução dos obstáculos ao acesso à justiça efetiva.

Destarte, mostra-se deveras razoável a fixação de um critério para a condenação no pagamento das despesas judiciais em caso de não apresentação de pedido extrajudicial prévio, harmonizando-se tanto com o princípio da

inafastabilidade ao acesso à justiça como da efetividade.

REFERÊNCIAS

ALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia L.; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: Curso de Métodos Adequados de Solução de Controvérsias*. Grupo GEN, 2023. E-book

Atienza, M. *El Derecho como argumentación. En Jurisdicción y Argumentación en el Estado constitucional de Derecho*. México: UNAM, 2005.

ALVES, Fernando de Brito; CAMARGO, Daniel Marques. A (re)construção da boa-fé e cooperação processuais no CPC/2015: intersecções sobre alteridade em Emmanuel Lévinas. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 14, n. 2, p. 255-270, set. 2018. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2833/1843>. Acesso em: 10 jun. 2023.

BARBOSA, José Carlos Moreira (1988). *La igualdad de las partes en el proceso civil. Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidade Nacional Autónoma do México. Disponível em: <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/17855>. Acesso em: 15 jun. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. - 5. ed. - São Paulo: Saraiva, 2015

BERALDO, Leonardo de Faria. O dever de cooperação no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coord.). *Normas fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 363.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 533, de 06 de fevereiro de 2019*. Acrescenta o parágrafo único ao artigo 17 e § 3º ao artigo 491, ambos do Código de Processo Civil. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2191394>. Acesso em: 11 nov. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jun 2023.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria-Geral. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, 16 de março

de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 10 jun 2023

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 613.240/MG (Tema 350)*. Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 2º e 5º, XXXV, da Constituição Federal, a exigibilidade, ou não, do prévio requerimento administrativo, perante o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, órgão especializado, como requisito para o exercício do direito à postulação jurisdicional. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. DJE 20 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3966199&numeroProcesso=631240&classeProcesso=RE&numeroTema=350>. Acesso em 10 nov. 2023

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 68

CALAMANDREI, Piero. *Processo e democracia: conferências realizadas na faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México*. Tradução Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. P. 68.

CAMARGO, Daniel Marques de; TOMÉ, Levi Rosa. Normas fundamentais do processo civil: enfoque na segurança jurídica e nos precedentes judiciais. In: ALVIM, Angélica Arruda [et al]. *Novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2015.

CÂMARA, Alexandre F. *Manual de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774821.

CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. *A teoria da alteridade jurídica: em busca do conceito de direito em Emmanuel Lévinas*. São Paulo: Perspectiva, 2016.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. 1. Campinas: Bookseller, 1998.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Procedimento de Controle Administrativo nº 0004447-26.2021.2.00.0000*. Rel. Vieira de Mello Filho. 106º Sessão Virtual. DJ. 27 de maio de 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/Infojuris12/Jurisprudencia.seam;jsessionid=00A765ECA9724FF450176A725E422037?jurisprudencialdJuris=53530>. Acesso em 24 nov. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em 11 nov 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2023*. Brasília: CNJ, 2023.

Disponível em: <https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/>. Acesso em: 01 nov. 2023.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Guide on Article 6*. Disponível em: https://www.echr.coe.int/fr/d/guide_art_6_spa. Acesso em 01 nov. 2023

DE BRITO ALVES, Fernando; CAMARGO, Daniel Marques. A (re)construção da boa-fé e cooperação processuais no CPC/2015: intersecções sobre alteridade em Emmanuel Lévinas. *Revista Brasileira de Direito*, v. 14, n. 2, p. 255-270, 2018.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 14ª edição, 2009

CARVALHO, Pedro Felipe Wosch de. Justiça e responsabilidade a partir de Emmanuel Lévinas. *Revista da ASSEJUR*. Disponível em: <https://www.aconjurpr.com.br/artigos/justica-e-responsabilidade-a-partir-de-emmanuel-levinas/>. Acesso em 19 jun 2023.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 25. ed. Salvador: Juspodivm, 2023

DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros. 2009. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/001943529>. Acesso em: 23 jun. 2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Princípio da legalidade*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/86/edicao-1/principio-da-legalidade>. Acesso em 11 nov 2023.

ESPAÑA. *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>. Acesso em 11 nov. 2023

FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Justiça: A função social do Judiciário*. São Paulo: Editora ática S.A., 1989.

GOMES, Marcelo Sant'Anna Vieira; PESSANHA, Jackelline Fraga. O dever de colaboração processual da parte como pressuposto para formação do precedente e a garantia de acesso à justiça desde os debates em primeira instância. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 23, n. 3, 2022.

GOUVEIA. Lúcio Grassi de. A Função Legitimadora do Princípio da Cooperação

intersubjetiva no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*. Thomson Reuters, vol. 172, p. 32-53, Jun. 2009

GREGGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. In: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coord.). *Normas fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei no 9.099, de 26.09.1995*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

JÚNIOR, Humberto T. *Curso de Direito Processual Civil. Vol. I*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9786559649389.

JUNIOR, Raul M. *E-Due Process: Devido Processo Digital e Acesso à Justiça*.: Grupo Almedina (Portugal), 2023. E-book. ISBN 9786556277684. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556277684/>. Acesso em: 03 dez. 2023.

MACHADO, Rubens. O infinito entre nós: verdade e justiça segundo Lévinas. *Ágora Filosófica*, ano XIII, n. 2, Jul/Dez. 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camarço. *Acesso à Justiça*. 2. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2015. E-book.

MARQUES, Alessandra Garcia. *A solução de conflitos dentro e fora do processo por meio da mediação no ordenamento jurídico brasileiro: uma necessária contribuição do pensamento de Emmanuel Levinas sobre a justiça e a alteridade para a reflexão a respeito da mediação*. *Revista de Direito Brasileira* | São Paulo, SP | v. 15 | n. 6 | p. 200 - 222 | set./dez. 2016

MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni, ARENHART, Sérgio Cruz. *Código de Processo Civil Comentado*. 9. ed. -São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. E-book.

MOLE, Nuala; HARBY, Catharina. *Human rights handbooks*, 3° ed. Europa: Printed in Belgium. Disponível em: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007ff49>. Acesso em 29 nov 2023.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Eficiência processual: algumas questões. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 169, p. 115-130, março de 2009.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Processo Constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 4, n. 4. 2009

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação e a

principiologia no processo civil brasileiro. Uma proposta de sistematização. Rio de Janeiro: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 12, n. 12, 2013, [27] p.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação no Novo Código de Processo Civil: Desafios concretos para sua implementação. Rio de Janeiro: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 15, n. 15, 2015, [28] p.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. *Manual de direito processual civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2023. E-book.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. - 2. ed. rev. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2003.

REICHELDT, Luis Alberto. O direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional e sua densificação no novo CPC. *Revista de Processo*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, v. 41, n. 258, p. 41-58, ago. 2016.

REMÓN, J. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Caracterización general con especial referencia a la jurisdicción civil. *In Comentarios a la Constitución Española*, XL Aniversario (págs. 723-736). Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2018. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-PB-2018-94. Acesso em 30 nov. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Conceito de direitos e garantias fundamentais*. Tomo Direito Administrativo e Constitucional. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 1. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/67/edicao-1/conceito-de-direitos-egarantias-fundamentais>. Acesso em: 14 nov. 2023.

TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR. *Curso de direito processual civil, volume I*. 64. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Guía del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (parte civil)*. Disponível em: chrome-extension://efaidnbnmnibpcajpcgclclefindmkaj/https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Art_6_SPA. Acesso em 11 nov. 2023.

VEIGA, Aloysio Corrêa da, e SIVOLELLA, Roberta Ferme. *Justiça 4.0", o Código de Processo Civil de 2015 e o processo do trabalho: entre a democratização e o acesso efetivo à justiça, o modelo cooperativo trabalhista*. Org. FUX, Luiz et al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022.

