

REVISTA DO IASP

2023

37

INSTITUTO
DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO



NOTA DOS COORDENADORES

PALAVRAS DO PRESIDENTE

ARTIGOS

CNA - COMISSÃO DOS NOVOS ADVOGADOS

ASSUNTOS JUDICIAIS

PROPOSIÇÕES DOUTRINÁRIAS,
LEGISLATIVAS E SOCIAIS

RESENHA EDITORA IASP

MEMÓRIA IASP

HOMENAGENS

COORDENADORES

Diogo Leonardo Machado de Melo

Frederico Prado Lopes

Roberta Cristina Paganini Toledo

AUTORES VOL. 37

Alexandre Jamal Batista

Amanda Fernandes

Angela Magalhães Gomes

Bruna Alves de Souza

Carla Rahal Benedetti

Cristiano Cozer

Diogo Leonardo Machado de Melo

Eduardo Augusto Muylaert Antunes

Eleonora Coelho

Elias Marques de Medeiros Neto

Fabiola Emilin Rodrigues

Fábricio Lacerda

Hamilton Dias de Souza

Humberto Ávila

Ives Gandra da Silva Martins

José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro

Luiz Antonio Sampaio Gouveia

Marcel Leonardi

Maria Odete Duque Bertasi

Marina Pinhão Coelho

Mauricio Felberg

Mauro Aspis

Paula Tonani

Renato de Mello Jorge Silveira

Ricardo Peake Braga

Roque Carrazza

Thiago Rodovalho

Walter Calza Neto



EDITORIA
IASP

COORDENAÇÃO

Diogo Leonardo Machado de Melo
Frederico Prado Lopes
Roberta Cristina Paganini Toledo

**REVISTA DO
IASP - INSTITUTO DOS
ADVOGADOS DE
SÃO PAULO**

Vol. 37 - Ano 20 - Ago 2022 / Jul 2023



São Paulo - SP

2023

ISSN 1415-7683-37

Edição e Distribuição da Editora IASP

Os autores desta obra gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica.
Cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seu trabalho.

Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP
CNPJ 43.198.555/0001-00
Av. Paulista, 1294 - 19º andar - CEP 01310-915
São Paulo - SP - Brasil

Fundado em 29 de Novembro de 1874

Site: www.iasp.org.br
E-mail: iasp@iasp.org.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas de obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Revisão: Instituto dos Advogados de São Paulo

Diagramação, projeto gráfico e capa: Eduardo Pedro - du@eduardopedro.com.br

Diretoria do IASP

DIRETORES 2022, 2023 e 2024

Presidente: Renato de Mello Jorge Silveira

Vice-Presidente: Edgard Silveira Bueno Filho

Diretor Administrativo: Diogo Leonardo Machado de Melo

Diretor Financeiro: Marcos Vinicio Raiser da Cruz

Diretora Cultural: Ana Luiza Nery

Diretor de Comunicação: Susy Gomes Hoffmann

DIRETORES DOS ÓRGÃOS COMPLEMENTARES

Escola Paulista de Advocacia – EPA: Heidi Rosa Florencio Neves

Comissão dos Novos Advogados – CNA: Thaís Maria Leonel do Carmo

Câmara de Mediação e Arbitragem: Francisco José Cahali

Comissões de Estudos: Fabio Carneiro Bueno Oliveira

DIRETORES ADJUNTOS

Editora IASP: Frederico Prado Lopes

Relações Internacionais: Cassio S. Namur

Núcleo de Pesquisa Acadêmica: Marcelo Guedes Nunes

Assuntos Legislativos: Luiz Perissé Duarte Júnior

Assuntos Judiciais: Thiago Rodovalho

Relações Governamentais: Priscila Ungaretti de Godoy Walder

Diretor Adjunto da Diretoria de Comunicação - Projeto 150 anos: Maurício Felberg

Diretor Adjunto: André de Almeida

Diretor Adjunto: Miguel Pereira Neto

DIRETORES DE RELAÇÕES INSTITUCIONAIS

Coordenador da Diretoria de Relações Institucionais:

Milton Flávio de A. C. Lautenschlager

DIRETORES DE RELAÇÕES INSTITUCIONAIS

Alexandre Junqueira Gomide
Ana Claudia Akie Utumi
Ana Elisa Liberatore Silva Bechara
Ana Emilia Oliveira de Almeida Prado
Elio Antônio Colombo Junior
Fabiano Silva dos Santos
Giuseppe Giamundo Neto
Leonardo Massud
Luiz Eduardo Boaventura Pacífico
Luiz Fernando de Camargo Prudente do Amaral
Maira Calidone Recchia Bayod
Marcia Conceição Alves Dinamarco
Mario Luiz Delgado Regis
Pedro Guilherme Gonçalves de Souza
Renata Silva Ferrara
Renata Lorenzetti Garrido
Renata Castello B. Mariz de Oliveira
Roberta Cristina Paganini Toledo
Ronaldo Vasconcelos

ASSESSORES

Assessor da Presidência: Alex Costa Pereira
Assessor da Presidência: Francisco Petros
Assessor Orador da Presidência: Luiz Antonio Sampaio Gouveia
Assessora da Diretoria de Comunicação: Lina Santin Cooke

COMISSÃO DE APOIO A DIRETORIA

Antonio Claudio Mariz de Oliveira
Hamilton Dias de Souza
Rui Celso Reali Fragoso
Luiz Périssé Duarte Júnior

Conselho do IASP

CONSELHO 2023.2024.2025

EFETIVOS

Cassio Sabbagh Namur
Eduardo Carvalho Tess Filho
Eurico Souza Leite Filho
Hamilton Dias de Souza
José Carlos Magalhães Teixeira Filho
Maria Elizabeth Queijo
Marina Pinhão Coelho Araújo
Miguel Pereira Neto
Nestor Duarte
Priscila Santos Artigas
Ricardo Peake Braga
Roberto Rosas

COLABORADORES

Newton de Lucca
Paulo Adib Casseb

CONSELHO 2022.2023.2024

EFETIVOS

Alexandre Jamal Batista
Andre de Almeida
Celso Cintra Mori
Fabiana Lopes Pinto Santello
Ivo Waisberg
Marco Antonio Fanucchi
Miguel Reale Junior
Milton Flávio de A. C. Lautenschläger
Paula Marcilio Tonani de Carvalho
Pedro da Silva Dinamarco
Rodrigo Matheus
Vitorino Francisco Antunes Neto

COLABORADORES

André de Carvalho Ramos
Cesar Ciampolini Neto

CONSELHO 2021.2022.2023

EFETIVOS

Antônio Cláudio Mariz de Oliveira
Aparicio Dias
Eduardo Augusto Muylaert Antunes
Fabio Carneiro Bueno Oliveira
Felipe Locke Cavalcanti
Luiz Antonio Sampaio Gouveia
Luiz Ignácio Homem de Mello
Luiz Périssé Duarte Júnior
Manoel Alonso
Oséas Davi Viana

COLABORADORES

Maria Cristina Zucchi
Ulysses de Oliveira Gonçalves Júnior

CONSELHEIROS NATOS

Ives Gandra da Silva Martins
Rui Celso Reali Fragoso
Tales Castelo Branco
Maria Odete Duque Bertasi
Ivette Senise Ferreira
José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro

Associados do IASP

ACACIO VAZ DE LIMA FILHO
ADALBERTO ROBERT ALVES
ADALBERTO SIMAO FILHO
ADELMO DA SILVA EMERENCIANO
ADEMIR DE CARVALHO BENEDITO
ADILSON ABREU DALLARI
ADOLPHO BERGAMINI
ADRIANA BRAGHETTA
ADRIANA DE ALMEIDA ORTE N. CALDEIRA
ADRIANA C. REGO FREITAS DABUS MALUF
ADRIANA LAPORTA CARDINALI STRAUBE
ADRIANO FERRIANI
ADRIANO SCALZARETTO
AFONSO COLLA FRANCISCO JUNIOR
AFONSO GRISI NETO
AGOSTINHO TOFFOLI TAVOLARO
ALAMIRO VELLUDO SALVADOR NETTO
ALBERTO ZACHARIAS TORON
ALDO AUGUSTO MARTINEZ NETO
ALESSANDRO ROSTAGNO
ALEX COSTA PEREIRA
ALEX SANDRO HATANAKA
ALEXANDRE JAMAL BATISTA
ALEXANDRE DE ALMEIDA CARDOSO
ALEXANDRE ZAVAGLIA PEREIRA COELHO
ALEXANDRE JUNQUEIRA GOMIDE
ALEXANDRE ALVES LAZZARINI
ALEXANDRE PACHECO MARTINS
ALEXANDRE DE MORAES
ALEXANDRE NAOKI NISHIOKA
ALEXANDRE DAIUTO LEAO NOAL
ALEXANDRE SANSONE PACHECO
ALEXANDRE DE MENDONCA WALD
ALFREDO LUIZ KUGELMAS
ALLAN MORAES
ALMIR PAZZIANOTTO PINTO
ALVARO VILLACA AZEVEDO
ALVARO FERNANDO DA ROCHA MOTA
AMERICO IZIDORO ANGELICO
AMERICO LOURENCO MASSET LACOMBE
ANA ELISA LIBERATORE SILVA BECHARA
ANA CAROLINA AGUIAR BENETI
ANA LUISA PORTO BORGES
ANA PAULA PELLEGRINA LOCKMANN
ANA CANDIDA MENEZES MARCATO
ANA LUIZA BARRETO A. FERNANDES NERY
ANA PAULA CUTRALE
ANA PAULA FRONTINI
ANA EMILIA OLIVEIRA DE ALMEIDA PRADO
ANA MARIA GOFFI FLAQUER SCARTEZZINI

ANA CLAUDIA AKIE UTUMI
ANDRE CASTELLO BRANCO COLOTTO
ANDRE DE ALMEIDA
ANDRE ALMEIDA GARCIA
ANDRE ZONARO GIACCHETTA
ANDRE LUIZ SANTA CRUZ RAMOS
ANDRE GUSTAVO DE OLIVEIRA
ANDRE DE CARVALHO RAMOS
ANDRE WEISZFLOG
ANDREA RODRIGUES SECO
ANGELA MARIA DA MOTTA PACHECO
ANGELICA MUNIZ LEAO DE ARRUDA ALVIM
ANNA CANDIDA DA CUNHA FERRAZ
ANNA PAULA VIEIRA DE MELLO RUDGE
ANSELMO MOREIRA GONZALEZ
ANTHONIO FERREIRA DE ARAUJO JUNIOR
ANTONIO CARLOS AGUIAR
ANTONIO CARLOS VIANNA DE BARROS
ANTONIO CARLOS DE ARAUJO CINTRA
ANTONIO JOSE DA COSTA
ANTONIO TITO COSTA
ANTONIO FERNANDES RUIZ FILHO
ANTONIO CARLOS DE OLIVEIRA FREITAS
ANTONIO BAPTISTA GONCALVES
ANTONIO MARIA HERNANDEZ
ANTONIO FAKHANY JUNIOR
ANTONIO PENTEADO MENDONCA
ANTONIO DE SOUZA CORREA MEYER
ANTONIO PINTO MONTEIRO
ANTONIO AUGUSTO DE MESQUITA NETO
ANTONIO RULLI NETO
ANTONIO DE PADUA SOUBHIE NOGUEIRA
ANTONIO CLAUDIO MARIZ DE OLIVEIRA
ANTONIO JACINTO CALEIRO PALMA
ANTONIO CEZAR PELUSO
ANTONIO GALVAO PERES
ANTONIO ARALDO FERRAZ DAL POZZO
ANTONIO CELSO FONSECA PUGLIESE
ANTONIO BRAGANCA RETTO
APARICIO DIAS
ARIANE COSTA GUIMARAES
ARMANDO LUIZ ROVAI
ARNOLDO WALD FILHO
ARNOLDO WALD
ARY OSWALDO MATTOS FILHO
ATILA PIMENTA COELHO MACHADO
AUGUSTO NEVES DAL POZZO
BEATRIZ QUINTANA NOVAES
BELISARIO DOS SANTOS JUNIOR
BENEDICTO PEREIRA PORTO NETO

BENEDITO ANTONIO DIAS DA SILVA
BENEDITO EDISON TRAMA
BENTO RICARDO CORCHS DE PINHO
BERENICE SOUBHIE NOGUEIRA MAGRI
BERNARDO GUIMARAES F. VIANA
BIANCA CASALE KITAHARA
BRASIL DO PINHAL PEREIRA SALOMAO
BRAZ MARTINS NETO
BRUNO CALFAT
BRUNO NOVAES BEZERRA CAVALCANTI
BRUNO DANTAS NASCIMENTO
BRUNO SALLES PEREIRA RIBEIRO
CAIO CESAR NADER QUINTELLA
CAIO NOGUEIRA DOMINGUES FONSECA
CAIO MEDICI MADUREIRA
CAIO CESAR VIEIRA ROCHA
CAMILA WERNECK DE SOUZA DIAS
CAMILA FELBERG
CAMILA DA MOTTA PACHECO A. TARZIA
CAMILLO GIAMUNDO
CANDIDO RANGEL DINAMARCO
CANDIDO DA SILVA DINAMARCO
CARLA RAHAL BENEDETTI
CARLO BARBIERI FILHO
CARLOS AUGUSTO DANIEL NETO
CARLOS EDUARDO TEIXEIRA P. BENETTI
CARLOS EDUARDO FARACO BRAGA
CARLOS EDUARDO N. CAMILLO
CARLOS ALBERTO FERRIANI
CARLOS TEIXEIRA LEITE FILHO
CARLOS ROBERTO HUSEK
CARLOS HENRIQUE MARTINS DE LIMA
CARLOS FRANCISCO DE MAGALHAES
CARLOS ALBERTO DABUS MALUF
CARLOS PINTO DEL MAR
CARLOS ALBERTO MALUF SANSEVERINO
CARLOS JOSE SANTOS DA SILVA
CARLOS MARIO DA SILVA VELLOSO
CARLOS LINEK VIDIGAL
CAROL ELIZABETH CONWAY
CAROLINA ALVES DE SOUZA LIMA
CASSIO SCARPINELLA BUENO
CASSIO GAMA AMARAL
CASSIO SABBAGH NAMUR
CASSIO TELLES FERREIRA NETTO
CATARINA ROSA RODRIGUES
CECILIA FRANCO MINERVINO
CELSO RENATO DAVILA
CELSO ALVES FEITOSA
CELSO AUGUSTO COCCARO FILHO
CELSO LAFER
CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO
CELSO CINTRA MORI
CESAR AMENDOLARA
CESAR CAPUTO GUIMARAES
CESAR MARCOS KLOURI
CESAR CIAMPOLINI NETO
CESAR AUGUSTO GUIMARAES PEREIRA
CHARLES D. COLE
CHRISTIANE DE CARVALHO STROPPA
CHRISTIANO JORGE SANTOS
CIBELE MIRIAM MALVONE
CID VIEIRA DE SOUZA FILHO
CID FLAQUER SCARTEZZINI FILHO
CID TOMANIK POMPEU
CLARISSA CAMPOS BERNARDO
CLARISSA DE FARO TEIXEIRA HOFFLING
CLAUDIA CARVALHEIRO
CLAUDIA APARECIDA CIMARDI
CLAUDIA ELISABETE SCHWERZ
CLAUDIA PATRICIA DE LUNA SILVA
CLAUDIO ROBERTO BARBOSA
CLAUDIO SALVADOR LEMBO
CLAUDIO GOMARA DE OLIVEIRA
CLAUDIO FELIPE ZALAF
CLOVIS BEZNOS
CONRAD ALMEIDA CORREA GONTIJO
CRISLEINE BARBOZA YAMAJI
CRISTIANO ZANIN MARTINS
CRISTIANO VILELA DE PINHO
CRISTOVAO COLOMBO DOS REIS MILLER
CUSTODIO DA PIEDADE UBALDINO MIRANDA
DALTON TOFFOLI TAVOLARO
DANIEL DO AMARAL ARBIX
DANIEL LEON BIALSKI
DANIEL MARTINS BOULOS
DANIEL WILLIAN GRANADO
DANIEL DE CAMARGO JUREMA
DANIEL ELIAS DO NASCIMENTO
DANIEL ZACLIS
DANIELA CRISTINA FAVARETTO TOLEDO
DANIELLE DE AZEVEDO CARDOSO ANDRADE
DANTE BUSANA
DANTON DE ALMEIDA SEGURADO
DARIO ABRAHAO RABAY
DARMY MENDONCA
DAVID GUSMAO
DEBORA GOZZO
DECIO POLICASTRO
DENILSON ALVES DE OLIVEIRA
DENNY MILITELLO
DIEGO DINIZ RIBEIRO
DINIR SALVADOR RIOS DA ROCHA
DINORA ADELAIDE MUSETTI GROTTI
DIOGENES MENDES GONCALVES NETO
DIOGO LEONARDO MACHADO DE MELO

DIRCEO TORRECILLAS RAMOS
DIRCEU DE MELLO
DIRCEU ANTONIO PASTORELLO
DIRCEU AUGUSTO DA CAMARA VALLE
DIVA PRESTES MARCONDES MALERBI
DJALMA BITTAR
DOMINGOS SAVIO ZAINAGHI
DUDLEY DE BARROS BARRETO FILHO
DURVAL FERRO BARROS
DURVAL AMARAL SANTOS PACE
EDDA GONCALVES MAFFEI
EDEVALDO ALVES DA SILVA
EDGARD SILVEIRA BUENO FILHO
EDGARD HERMELINO LEITE JUNIOR
EDLENIO XAVIER BARRETO
EDMO JOAO GELA
EDNEI ARANHA
EDSON COSAC BORTOLAI
EDSON ANTONIO MIRANDA
EDSON ELIAS ALVES DA SILVA
EDUARDO FORNAZARI ALENCAR
EDUARDO PELLEGRINI ARRUDA ALVIM
EDUARDO AUGUSTO MUylaert ANTUNES
EDUARDO DOMINGOS BOTTALO
EDUARDO MONTENEGRO DOTTA
EDUARDO CARVALHO TESS FILHO
EDUARDO MOLAN GABAN
EDUARDO DAMIAO GONCALVES
EDUARDO MANEIRA
EDUARDO DE MELLO
EDUARDO SECCHI MUNHOZ
EDUARDO ALBUQUERQUE PARENTE
EDUARDO NELSON CANIL REPLE
EDUARDO TOMASEVICIUS FILHO
EDUARDO AUGUSTO ALVES VERA-CRUZ PINTO
EGON BOCKMANN MOREIRA
ELEONORA COELHO
ELIANA CALMON ALVES
ELIANA RACHED TAIAR
ELIANE YACHOUEH ABRAO
ELIANE TREVISANI MOREIRA
ELIANE CRISTINA CARVALHO TEIXEIRA
ELIAS FARAH
ELIAS MARQUES DE MEDEIROS NETO
ELIO ANTONIO COLOMBO JUNIOR
ELISABETH REGINA LEWANDOWSKI LIBERTUCI
ELIZABETH NAZAR CARRAZZA
ELLEN CRISTINA GONCALVES PIRES
ELOY CAMARA VENTURA
ELTON DE ABREU COBRA
ENRIQUE RICARDO LEWANDOWSKI
ERNESTO ANTUNES DE CARVALHO
ERNESTO JOSE PEREIRA DOS REIS
ESTEVAO PRADO DE OLIVEIRA CARVALHO
ESTEVAO MALLET
EUCLIDES BENEDITO DE OLIVEIRA
EUCLYDES JOSE MARCHI MENDONCA
EUNICE APARECIDA DE JESUS PRUDENTE
EURICO SOUZA LEITE FILHO
EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI
FABIANA DAS GRACAS ALVES
FABIANA DOMINGUES CARDOSO
FABIANA LOPES PINTO SANTELLO
FABIANE TESSARI LIMA DA SILVA
FABIANO CARVALHO
FABIANO SCHWARTZMANN FOZ
FABIANO SILVA DOS SANTOS
FABIO DE ALMEIDA BRAGA
FABIO DE SA CESNIK
FABIO ULHOA COELHO
FABIO LEMOS CURY
FABIO PRIETO DE SOUZA
FABIO ANTONIO TAVARES DOS SANTOS
FABIO VIEIRA FIGUEIREDO
FABIO ROMEU CANTON FILHO
FABIO HANADA
FABIO FLORIANO MELO MARTINS
FABIO NUSDEO
FABIO CARNEIRO BUENO OLIVEIRA
FABIO ROSAS
FABIO MOURAO SANDOVAL
FABIO PAULO REIS DE SANTANA
FABIO ROCHA PINTO E SILVA
FABIOLA EMILIN RODRIGUES
FABRICIO FAVERO
FATIMA NANCY ANDRIGHI
FATIMA CRISTINA PIRES MIRANDA
FATIMA FERNANDES RODRIGUES DE SOUZA
FELIPE LOCKE CAVALCANTI
FELIPE GRACA BASTOS ESTEVEZ
FELIPE EVARISTO DOS SANTOS GALEA
FELIPE GODINHO DA SILVA RAGUSA
FELIPE FERNANDES ROCHA
FELIPE DOS SANTOS RONCO
FELIPE HANNICKEL SOUZA
FERNANDA POSSEBON BARBOSA
FERNANDA HENNEBERG BENEMOND
FERNANDA MASSAD DE AGUIAR FABRETTI
FERNANDA HESKETH
FERNANDA RAMOS PAZELLO
FERNANDA A. GONCALVES PERREGIL
FERNANDA ROSA PICOSSE
FERNANDA NEVES PIVA
FERNANDA TARTUCE SILVA
FERNANDA GARCEZ LOPES DE SOUZA
FERNANDO CASTELO BRANCO

FERNANDO FERREIRA CASTELLANI
FERNANDO OLAVO SADDI CASTRO
FERNANDO JOSE DA COSTA
FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA
FERNANDO FORTE
FERNANDO POMPEU LUCCAS
FERNANDO DE OLIVEIRA MARQUES
FERNANDO MARCELO MENDES
FERNANDO GASPAR NEISER
FERNANDO SACCO NETO
FERNANDO DANTAS MOTTA NEUSTEIN
FERNANDO CRESPO QUEIROZ NEVES
FERNANDO PEREIRA
FERNANDO RISSOLI LOBO FILHO
FERNANDO CAMPOS SCAFF
FERNANDO FACURY SCAFF
FERNANDO FERNANDES DA SILVA
FERNANDO BRANDAO WHITAKER
FLAVIA CRISTINA MOREIRA DE CAMPOS
FLAVIA RAHAL BRESSER PEREIRA
FLAVIA PEREIRA RIBEIRO
FLAVIA MANSUR MURAD SCHAAL
FLAVIO YUNES ELIAS FRAIHA
FLAVIO ANTONIO ESTEVES GALDINO
FLAVIO PEREIRA LIMA
FLAVIO HENRIQUE COSTA PEREIRA
FLAVIO JAHRMANN PORTUGAL
FLAVIO SCHEGERIN RIBEIRO
FLAVIO MAIA FERNANDES DOS SANTOS
FLAVIO MURILO TARTUCE SILVA
FLAVIO LUIZ YARSHELL
FRANCISCO JOSE CAHALI
FRANCISCO AURELIO DENENO
FRANCISCO AUGUSTO DE J.V. FALSETTI
FRANCISCO OCTAVIO ALMEIDA P.FILHO
FRANCISCO JOSE DE CASTRO REZEK
FRANCISCO ANTUNES MACIEL MUSSNICH
FRANCISCO NICLOS NEGRAO
FRANCISCO GONCALVES NETO
FRANCISCO ANTONIO BIANCO NETO
FRANCISCO PETROS O. L. PAPATHANASIADIS
FRANCISCO CESAR ASFOR ROCHA
FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JUNIOR
FRANCISCO ASSIS VASCONCELLOS P.SILVA
FRANCISCO JOSE F. DE SOUZA R. DA SILVA
FREDERICO MELLO E FARO DA CUNHA
FREDERICO PRADO LOPES
GABRIEL JOSE DE ORLEANS E BRANGANCA
GABRIEL JORGE FERREIRA
GABRIEL SEJO LEAL DE FIGUEIREDO
GABRIEL ABRAO FILHO
GABRIEL MARCILIANO JUNIOR
GABRIELA SHIZUE SOARES DE ARAUJO
GASTAO ALVES DE TOLEDO
GEORGE WASHINGTON TENORIO MARCELINO
GEORGES ABBoud
GERALDO DE FIGUEIREDO FORBES
GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTAO
GERALDO FACO VIDIGAL
GERSON GARCIA CERVANTES
GILBERTO HADDAD JABUR
GILBERTO DE CASTRO MOREIRA JUNIOR
GILDA FIGUEIREDO FERRAZ DE ANDRADE
GILDO DOS SANTOS
GIOVANNA BRUNO VENTRE
GIOVANNI ETTORE NANNI
GISELLE ESTEVES VERGAL LOPES
GLAUCIA MARA COELHO
GUILHERME MARTINS MALUFE
GIUSEPPE GIAMUNDO NETO
GUSTAVO MILARE ALMEIDA
GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVAHY BADARO
GUSTAVO D ACOL CARDOSO
GUSTAVO NEVES FORTE
GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS MONACO
HAMILTON DIAS DE SOUZA
HANNETIE KIYONO KOYAMA SATO
HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERCOSA
HEIDI ROSA FLORENCIO NEVES
HELENA REGINA LOBO DA COSTA
HELENO TAVEIRA TORRES
HELGA ARARUNA FERRAZ DE ALVARENGA
HELIO RUBENS BATISTA RIBEIRO COSTA
HELIO RAMOS DOMINGUES
HENRI MATARASSO FILHO
HENRIQUE CRIVELLI ALVAREZ
HENRIQUE MORAES PRATA
HERMES MARCELO HUCK
HOLMES NOGUEIRA BEZERRA NASPOLINI
HORACIO BERNARDES NETO
HUGO FUNARO
HUMBERTO BERGMANN AVILA
HUMBERTO CHIESI FILHO
HUMBERTO CARDOSO FILHO
HUMBERTO MARTINS
IGNACIO MARIA POVEDA VELASCO
IGOR MAULER SANTIAGO
IGOR SANT ANNA TAMASAUKAS
ILENE PATRICIA DE NORONHA NAJJARIAN
ISABEL DELFINO SILVA MASSAIA
ISABELA GIGLIO
IVANA CO GALDINO CRIVELLI
IVANILDO DE FIGUEIREDO ANDRADE DE OLIVEI
IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
IVETTE SENISE FERREIRA
IVO WAISBERG

JAIR JALORETO JUNIOR
JAIRO SAMPAIO SADDI
JANDIR JOSE DALLE LUCCA
JAQUES BUSHATSKY
JARBAS ANDRADE MACHIONI
JAYME PAIVA BRUNA
JEFFERSON DE ABREU CARVALHO
JENER KATH JARDIM
JERONIMO ROMANELLO NETO
JOAO RICARDO BRANDAO AGUIRRE
JOAO ARMANDO MORETTO AMARANTE
JOAO BOSCO COELHO PASIN
JOAO CARLOS RIBEIRO AREOSA
JOAO VIEIRA DA CUNHA
JOAO BIAZZO FILHO
JOAO FLORENCIO DE SALLES GOMES JUNIOR
JOAO VINICIUS MANSSUR
JOAO PAULO ORSINI MARTINELLI
JOAO OTAVIO DE NORONHA
JOAO ADELINO DE MORAIS ALMEIDA PRADO
JOAO DANIEL RASSI
JOAO PAULO HECKER DA SILVA
JOAQUIM PORTES DE CERQUEIRA CESAR
JONATHAN BARROS VITA
JONES FIGUEIREDO ALVES
JORGE CAVALCANTI BOUCINHAS FILHO
JORGE SHIGUEMITSU FUJITA
JORGE LUIZ DE BRITO JUNIOR
JORGE MUSSI
JORGE CHAGAS ROSA
JORGE TADEO FLAQUER SCARTEZZINI
JOSE EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN
JOSE CARLOS MOREIRA ALVES
JOSE ROBERTO NEVES AMORIM
JOSE THEODORO ALVES DE ARAUJO
JOSE CARLOS DA SILVA AROUCA
JOSE DE OLIVEIRA ASCENSAO
JOSE CARLOS FAGONI BARROS
JOSE ROBERTO BATOCCHIO
JOSE ROBERTO OPICE BLUM
JOSE GERALDO ROMANELLO BUENO
JOSE RUBENS S.O DE CAMPOS
JOSE JOAQUIM GOMES CANOTILHO
JOSE CARLOS DE CARVALHO CARNEIRO
JOSE ALEXANDRE AMARAL CARNEIRO
JOSE GERALDO FERREIRA DE CASTILHO NETO
JOSE MORETZSOHN DE CASTRO
JOSE LUIZ TORO DA SILVA
JOSE ANCHIETA DA SILVA
JOSE ROBERTO MARTINEZ DE LIMA
JOSE AUGUSTO DELGADO
JOSE CARLOS DIAS
JOSE LUIZ PIRES DE OLIVEIRA DIAS
JOSE EBRAN
JOSE FRANCISCO VIEIRA DE FARIA
JOSE CELSO DE MELLO FILHO
JOSE CARLOS MAGALHAES T. FILHO
JOSE INACIO GONZAGA FRANCESCHINI
JOSE MARIA DE MELLO FREIRE
JOSE ROBERTO PEIRETTI DE GODOY
JOSE ARTUR LIMA GONCALVES
JOSE ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO
JOSE OSORIO DE AZEVEDO JUNIOR
JOSE LUIS MENDES DE OLIVEIRA LIMA
JOSE MAURO DECOUSSAU MACHADO
JOSE ALBERTO COUTO MACIEL
JOSE MANSSUR
JOSE MAURO MARQUES
JOSE EDUARDO SOARES DE MELO
JOSE MIGUEL JUDICE
JOSE CALIMERIO MUZZETTI
JOSE RENATO NALINI
JOSE MARIA WHITAKER NETO
JOSE DE ARAUJO NOVAES NETO
JOSE FERNANDO CHRISTINO NETTO
JOSE EDUARDO VERGUEIRO NEVES
JOSE CARLOS LEITE M. DE OLIVEIRA
JOSE CARLOS BAPTISTA PUOLI
JOSE GUILHERME CARNEIRO QUEIROZ
JOSE LUIZ RAGAZZI
JOSE FRANCISCO REZEK
JOSE HORACIO HALFELD REZENDE RIBEIRO
JOSE AUGUSTO RODRIGUES JUNIOR
JOSE DEL CHIARO FERREIRA DA ROSA
JOSE EDUARDO DUARTE SAAD
JOSE NERI DA SILVEIRA
JOSE FERNANDO SIMAO
JOSE RICARDO BIAZZO SIMON
JOSE REYNALDO PEIXOTO DE SOUZA
JOSE MARCELO MENEZES VIGLIAR
JOSE YUNES
JOSEFINA MARIA DE SANTANA DIAS
JUDITH MARTINS-COSTA
JULIA SANTORO DE CAMARGO DONATO
JULIANA RAMALHO LOUSAS CESARINI
JULIANA OLIVEIRA DOMINGUES
JULIANA FERREIRA ANTUNES DUARTE
JULIANA ABRUSIO FLORENCIO
JULIANA KRUEGER PELA
JULIANA CARVALHO DE MELLO RIBEIRO
JULIANO SOUZA DE ALBUQUERQUE MARANHAO
JULIO KAHAN MANDEL
JUNIA VERNA FERREIRA DE SOUZA
JUSSARA RITA RAHAL
JUSTINO MAGNO ARAUJO
KAREM JUREIDINI DIAS

KARIME COSTALUNGA
KARIN YAMAUTI HATANAKA
KATIA BOULOS
KAZUO WATANABE
KIYOSHI HARADA
KLEBER DE NICOLA BISOLATTI
KLEBER LUIZ ZANCHIM
LAERCIO MONTEIRO DIAS
LAERCIO NILTON FARINA
LAIR DA SILVA LOUREIRO FILHO
LAIS AMARAL REZENDE DE ANDRADE
LARISSA TEIXEIRA QUATTRINI
LAURA PELEGRI
LAURO CESAR MAZETTO FERREIRA
LAURO MALHEIROS FILHO
LAURO CELIDONIO GOMES DOS REIS NETO
LEANDRO GODINES DO AMARAL
LEANDRO SARCEDO
LELIO DENICOLI SCHMIDT
LEO KRAKOWIAK
LEONARDO LINS MORATO
LEONARDO MASSUD
LEONARDO AUGUSTO FURTADO PALHARES
LEONARDO FERRES SILVA RIBEIRO
LEONARDO SICA
LEONARDO SARTORI SIGOLLO
LEONARDO HENRIQUES DA SILVA
LEOPOLDO UBIRATAN CARREIRO PAGOTTO
LETICIA SIMONETTI YAZBEK PEREIRA
LIDIA VALERIO MARZAGAO
LIGIA REGINI DA SILVEIRA
LINA SANTIN
LIONEL ZACLIS
LIVIO DE VIVO
LOURIVAL JOSE SANTOS
LUANDA MORAIS PIRES
LUCAS DE MELLO RIBEIRO
LUCIANA NUNES FREIRE
LUCIANO DE SOUZA GODOY
LUCIANO ANDERSON DE SOUZA
LUCILA PRAZERES DA SILVA
LUDMILA DE VASCONCELOS LEITE
LUIGI MARIA JACOPO GHISLAIN CHIERICHETTI
LUIS CLAUDIO CASANOVA
LUIS HENRIQUE FAVRET
LUIS FELIPE SALOMAO
LUIS ANTONIO SEMEGHINI DE SOUZA
LUIZ FERNANDO AFONSO
LUIZ FERNANDO ALOUCHE
LUIZ FERNANDO DE CAMARGO PRUDENTE
LUIZ CARLOS ANDREZANI
LUIZ AUGUSTO PRADO BARRETO
LUIZ GONZAGA BERTELLI
LUIZ FELIPE PERRONE DOS REIS
LUIZ FLAVIO BORGES DURSO
LUIZ EDSON FACHIN
LUIZ FELIPE PINTO LIMA GRAZIANO
LUIZ FELIPE SOUZA SALLES VIEIRA
LUIZ CARLOS WAISMAN FLEITLICH
LUIZ FUX
LUIZ CLAUDIO GARE
LUIZ ANTONIO SAMPAIO GOUVEIA
LUIZ FERNANDO DO VALE DE ALMEIDA
LUIZ AUGUSTO AZEVEDO DE ALMEIDA
HOFFMANN
LUIZ PERISSE DUARTE JUNIOR
LUIZ FERNANDO MARTINS KUYVEN
LUIZ IGNACIO HOMEM DE MELLO
LUIZ FERNANDO SA E SOUZA PACHECO
LUIZ EDUARDO BOAVENTURA PACIFICO
LUIZ HENRIQUE BRITO PRESCENDO
LUIZ CARLOS DE AZEVEDO RIBEIRO
LUIZ CARLOS AMORIM ROBORTELLA
LUIZ CARLOS PACHECO E SILVA
LUIZ ANTONIO ALVES DE SOUZA
LUIZA CORREA RABELLO
MAGNO ANGELO RIBEIRO FOGACA
MAIRA CALIDONE RECCHIA BAYOD
MAIRAN GONCALVES MAIA JUNIOR
MAITE CAZETO LOPES
MANOEL ALONSO
MANOEL GONCALVES FERREIRA FILHO
MANOEL JOAQUIM PEREIRA SANTOS
MANUEL ALCEU AFFONSO FERREIRA
MARCAL JUSTEN FILHO
MARCEL LEONARDI
MARCEL MASCARENHAS DOS SANTOS
MARCEL EDVAR SIMOES
MARCELLO DO NASCIMENTO
MARCELO VIEIRA DE CAMPOS
MARCELO TESHEINER CAVASSANI
MARCELO TADEU COMETI
MARCELO XAVIER FREITAS CRESPO
MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS
MARCELO LUCON
MARCELO HABICE DA MOTTA
MARCELO ANTONIO MUSCOGLIATI
MARCELO COSTA MASCARO NASCIMENTO
MARCELO ROSSI NOBRE
MARCELO GUEDES NUNES
MARCELO DOMINGUES PEREIRA
MARCELO BOTELHO PUPO
MARCELO VIANA SALOMAO
MARCELO GUIMARAES DA ROCHA E SILVA
MARCELO TERRA
MARCIA SANZ BURMANN

MARCIA CONCEICAO ALVES DINAMARCO
MARCIA CICARELLI BARBOSA DE OLIVEIRA
MARCIAL BARRETO CASABONA
MARCIO CALIL DE ASSUMPcao
MARCIO CAMMAROSANO
MARCIO PESTANA
MARCO AURELIO P. FLORENCIO FILHO
MARCO ANTONIO FANUCCHI
MARCO VANIN GASparetti
MARCO AURELIO GRECO
MARCO ANTONIO INNOCENTI
MARCO AURELIO MENDES DE FARIA MELLO
MARCO FABIO MORSELLO
MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA
MARCOS SEIITI ABE
MARCOS VINICIUS DE CAMPOS
MARCOS DA COSTA
MARCOS VINICIO RAISER DA CRUZ
MARCOS ROLIM FERNANDES FONTES
MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLS
MARCUS VINICIUS DOS SANTOS ANDRADE
MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO
MARCUS ELIDIUS MICHELLI DE ALMEIDA
MARCUS VINICIUS VITA FERREIRA
MARCUS VINICIUS KIKUNAGA
MARCUS VINICIUS MACEDO PESSANHA
MARESKA TIVERON SALGE DE AZEVEDO
MARIA REGINA SCURACHIO S.ALVARENGA
MARIA HELENA AUTOURI
MARIA ODETE DUQUE BERTASI
MARIA LUCIA GIANGIACOMO BONILHA
MARIA CAROLINA NERY
MARIA HELENA CAMPOS DE CARVALHO
MARIA CECILIA PEREIRA DE MELLO
MARIA FERNANDA VAIANO DOS SANTOS
MARIA CIBELE CREPALDI A. DOS SANTOS
MARIA HELENA M. B. DANELUZZI
MARIA DANIELLE REZENDE DE TOLEDO
MARIA ISABEL KARAKHANIAN DEI SANTI
MARIA HELENA DINIZ
MARIA GARCIA
MARIA ISABEL CARVALHO SICA LONGHI
MARIA MADALENA GONCALVES PORANGABA
MARIA AURORA CARDOSO DA SILVA OMORI
MARIA CRISTINA IRIGOIEN PEDUZZI
MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO
MARIA ELIZABETH QUEIJO
MARIA RITA FERRAGUT
MARIA EDITH CAMARGO RAMOS SAGRETTI
MARIA CELESTE CORDEIRO LEITE SANTOS
MARIA STELLA TORRES COSTA
MARIA EUGENIA RAPOSO DA SILVA TELLES
MARIA CRISTINA ZUCCHI
MARIANA MOURA VIZOTTO AMORIM
MARIANA TAVARES ANTUNES
MARIANA CARDOSO MARTINS
MARIANA RIBEIRO SANTIAGO
MARIANA GIORGETTI VALENTE
MARIANGELA GARCIA AZEVEDO MORAES
MARILENE TALARICO MARTINS RODRIGUES
MARINA PINHAO COELHO ARAUJO
MARINA GAENSLY BLATTNER
MARINA PACHECO CARDOSO DINAMARCO
MARINA FRANCO MENDONCA
MARINA BEVILACQUA DE LA TOULOUBRE
MARINA SANTORO FRANCO WEINSCHENKER
MARIO LUIZ OLIVEIRA DA COSTA
MARIO LUIZ DELGADO REGIS
MARIO SERGIO DE MELLO FERREIRA
MARIO DE BARROS DUARTE GARCIA
MARIO SERGIO MILANI
MARIO ANTONIO FRANCISCO DI PIERRO
MARLUS HERIBERTO ARNS DE OLIVEIRA
MARY ELBE GOMES QUEIROZ
MASATO NINOMIYA
MAUCIR FREGONESI JUNIOR
MAURICIO BELLUCCI
MAURICIO BAPTISTELLA BUNAZAR
MAURICIO FELBERG
MAURICIO GRANADEIRO GUIMARAES
MAURICIO SCHAUN JALIL
MAURICIO ANDERE VON BRUCK LACERDA
MAURO EDUARDO VICHNEVETSKY ASPIS
MAURO AUGUSTO PONZONI FALSETTI
MAURO GRINBERG
MAURO LUCIANO HAUSCHILD
MAURO CAMPBELL MARQUES
MAURO DELPHIM DE MORAES
MICHEL MIGUEL ELIAS TEMER LULIA
MIGUEL REALE JUNIOR
MIGUEL ALFREDO MALUFE NETO
MIGUEL PEREIRA NETO
MILENE CALFAT MALDAUN
MILTON FLAVIO DE A. CAMARGO LAUTENSCHLAG
MILTON PAULO DE CARVALHO
MODESTO SOUZA BARROS CARVALHOSA
MOISES AKSELRAD
MONICA RIBEIRO DE ANDRADE GAMA
MONIQUE HELEN ANTONACCI
MORVAN MEIRELLES COSTA JUNIOR
MURILLO MARCO
NANCY TANCSIK DE OLIVEIRA
NEIVALDO GONCALVES DA COSTA
NELSON RENATO PALAIA RIBEIRO DE CAMPOS
NELSON NERY JUNIOR
NELSON MANNRICH

NESTOR DUARTE
NEWTON DE LUCCA
NEWTON JOSE DE OLIVEIRA NEVES
NILSON LAUTENSCHLEGER JUNIOR
OSEAS DAVI VIANA
OSWALDO HENRIQUE DUEK MARQUES
OSWALDO SANTANNA
OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR
OTAVIO ANDERE NETO
PATRICIA MIRANDA PIZZOL
PATRICIA RIZZO TOME
PAULA MARCILIO TONANI DE CARVALHO
PAULA TOLEDO C. NEGRAO NOGUEIRA LUCK
PAULO AYRES BARRETO
PAULO CELSO BERGSTROM BONILHA
PAULO AMADOR THOMAZ A. CUNHA BUENO
PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO
PAULO DE BARROS CARVALHO
PAULO ADIB CASSEB
PAULO DORON REHDER DE ARAUJO
PAULO ROBERTO JOAQUIM DOS REIS
PAULO SALVADOR FRONTINI
PAULO HAMILTON SIQUEIRA JUNIOR
PAULO ROBERTO SARAIVA DA COSTA LEITE
PAULO EDUARDO DE CAMPOS LILLA
PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON
PAULO LUCENA DE MENEZES
PAULO ROBERTO RIBEIRO NALIN
PAULO MACEDO GARCIA NETO
PAULO HENRIQUE CREMONEZE PACHECO
PAULO SERGIO GAGLIARDI PALERMO
PAULO ROBERTO BASTOS PEDRO
PAULO MIGUEL DE CAMPOS PETRONI
PAULO FERNANDO CAMPOS SALLAS DE TOLEDO
PEDRO MARCOS NUNES BARBOSA
PEDRO GUILHERME GONCALVES DE SOUZA
PEDRO DA SILVA DINAMARCO
PEDRO ALCANTARA SILVA L.FILHO
PEDRO PAULO DE REZENDE PORTO FILHO
PEDRO PAULO WENDEL GASPARINI
PEDRO AUGUSTO DE FREITAS GORDILHO
PEDRO PIEROBON COSTA DO PRADO
PEDRO ESTEVAM ALVES PINTO SERRANO
PERSIO THOMAZ FERREIRA ROSA
PHILIP ANTONIOLI
PIERPAOLO CRUZ BOTTINI
POLLYANA DE SANTANA SOARES
PRISCILA SANTOS ARTIGAS
PRISCILA BROLIO GONCALVES
PRISCILA PAMELA CESARIO DOS SANTOS
PRISCILA UNGARETTI DE GODOY WALDER
RACHEL FERREIRA ARAUJO TUCUNDUVA
RAFAEL WALLBACH SCHWIND

RAPHAEL NEHIN CORREA
RAPHAEL GARCIA FERRAZ DE SAMPAIO
RAQUEL CRISTINA RIBEIRO NOVAIS
RAQUEL ELITA ALVES PRETO
REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA
REGINA CIRINO ALVES FERREIRA
RENATA ALONSO
RENATA SILVA FERRARA
RENATA LORENZETTI GARRIDO
RENATA AUXILIADORA MARCHETI
RENATA CASTELLO B. MARIZ DE OLIVEIRA
RENATA MANGUEIRA DE SOUZA
RENATA DE ARRUDA BOTELHO DA VEIGA TURCO
RENATO REIS SILVA ARAGAO
RENATO MULLER DA SILVA OPICE BLUM
RENATO MACEDO BURANELLO
RENATO AFONSO GONCALVES
RENATO RODRIGUES TUCUNDUVA JUNIOR
RENATO LUIZ DE MACEDO MANGE
RENATO DE TOLEDO PIZA FERRAZ
RENATO RIBEIRO
RENATO XAVIER DA SILVEIRA ROSA
RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA
RENATO STANZIOLA VIEIRA
RENNAN FARIA KRUGER THAMAY
RICARDO RAMALHO ALMEIDA
RICARDO ALVES BENTO
RICARDO PENTEADO DE FREITAS BORGES
RICARDO PEAKE BRAGA
RICARDO PEREIRA JUNIOR
RICARDO LISBOA JUNQUEIRA
RICARDO MELANTONIO
RICARDO RAMOS NOVELLI
RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA
RICARDO HASSON SAYEG
RICARDO EZEQUIEL TORRES
RITA MARIA BORGES FRANCO
RITA MARIA COSTA DIAS NOLASCO
ROBERTA JARDIM DE MORAIS
ROBERTA CRISTINA PAGANINI TOLEDO
ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS
ROBERTO DELMANTO JUNIOR
ROBERTO LATIF KFOURI
ROBERTO QUIROGA MOSQUERA
ROBERTO GARCIA LOPES PAGLIUSO
ROBERTO PODVAL
ROBERTO ROSAS
ROBERTO TEIXEIRA
ROBSON MAIA LINS
RODOLFO DA COSTA MANSO REAL AMADEO
RODOLFO MAZZINI SILVEIRA
RODRIGO GAGO FREITAS BARBOSA
RODRIGO ROCHA MONTEIRO DE CASTRO

RODRIGO PEREIRA CUANO
RODRIGO BERNARDES DIAS
RODRIGO DORIO DANTAS DE OLIVEIRA
RODRIGO FELBERG
RODRIGO EDUARDO MARIANO
RODRIGO MATHEUS
RODRIGO JORGE MORAES
RODRIGO TOLER
ROGERIA PAULA BORGES GIEREMEK
ROGERIO GASPARI COELHO
ROGERIO VIDAL GANDRA DA SILVA MARTINS
ROGERIO MOLLICA
ROMEU GIORA JUNIOR
RONALDO ALVES DE ANDRADE
RONALDO VASCONCELOS
RONY VAINZOF
ROQUE ANTONIO CARRAZZA
ROSANE ROSOLEN DE AZEVEDO RIBEIRO
ROSIMARA RAIMUNDO VUOLO
RUBENS BECAK
RUBENS CARMO ELIAS FILHO
RUBENS WALTER MACHADO FILHO
RUBENS NANAN RIZEK JUNIOR
RUBENS FERRAZ DE OLIVEIRA LIMA
RUBENS DE OLIVEIRA MOREIRA
RUBENS NAVES
RUI FERNANDO RAMOS ALVES
RUI CELSO REALI FRAGOSO
RUI FERREIRA PIRES SOBRINHO
RUI GERALDO CAMARGO VIANA
RUTH CAROLINA RODRIGUES SGRIGNOLI
RUY PEREIRA CAMILO JUNIOR
RUY MARTINS ALTFENFELDER SILVA
RUY CARDODO M. TUCUNDUVA SOBRINHO
SANTO ROMEU NETTO
SEBASTIAO BARBOSA DE ALMEIDA
SERGEI COBRA ARBEX
SERGIO GONINI BENICIO
SERGIO BERMUDES
SERGIO DE FREITAS COSTA
SERGIO FERRAZ
SERGIO DE MAGALHAES FILHO
SERGIO RICARDO NUTTI MARANGONI
SERGIO ROSENTHAL
SERGIO MARTINS RSTON
SIDNEI AGOSTINHO BENETI
SIDNEY TURCZYN
SIDNEY EDUARDO STAHL
SILMARA JUNY DE ABREU CHINELLATO
SILVANA BUSSAB ENDRES
SILVANO ANDRADE DO BOMFIM
SILVIA MARIA COSTA BREGA
SILVIA DA GRACA GONCALVES COSTA
SILVIA CRISTINA NAHRA HAMMOUD
SILVIA FELIPE MARZAGAO
SILVIA HELENA GOMES PIVA
SILVIO SIMONAGGIO
SOFIA MIRANDA RABELO
SONIA MARIA GIANNINI MARQUES DOBLER
SUSETE GOMES
SUSY GOMES HOFFMANN
SUZANA CAMARAO CENCIN CASTELNAU
SUZANA M. P. CATTA PRETA FEDERIGHI
SYDNEY SANCHES
SYLVIO CESAR AFONSO
TAIS BORJA GASPARIAN
TALES CASTELO BRANCO
TANIA PANTANO
TATIANA DRATOVSKY SISTER
TERCIO CHIAVASSA
TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR
TERESA CATHAYDE MARCONDES FONTES
TERESA CELINA DE ARRUDA ALVIM
THAIS MARIA LEONEL DO CARMO
THAIS FOLGOSI FRANCOSO
THEREZA CELINA DINIZ DE ARRUDA ALVIM
THIAGO GOMES ANASTACIO
THIAGO RODRIGUES SAO MARCOS NOGUEIRA
THIAGO DE PAULA RIBEIRO
THIAGO TABORDA SIMOES
THOMAS BENES FELSBERG
THOMAS LAW
THOMAZ DEL CASTILLO BARROSO KASTRUP
THOMAZ LUIZ SANTANA
TIAGO ASFOR ROCHA LIMA
TIAGO SCHREINER GARCEZ LOPES
THIAGO RODOVALHO DOS SANTOS
ULYSSES DE OLIVEIRA GONCALVES JR
UMBERTO LUIZ BORGES D URSO
VAMILSON JOSE COSTA
VERA LUCIA DE MELLO NAHRA
VICTOR LUIS DE SALLES FREIRE
VICTOR MARCEL PINHEIRO
VINICIUS LOBATO COUTO
VITOR CARVALHO LOPES
VITOR LEMES CASTRO
VITORINO FRANCISCO ANTUNES NETO
VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA
WAGNER BALERA
WALFRIDO JORGE WARDE JUNIOR
WALTER CALZA NETO
WALTER CENEVIVA
WALTER VIEIRA CENEVIVA
WANESSA DE CASSIA FRANCOLIN
WILSON LUIS DE SOUSA FOZ
WILSON PINHEIRO JABUR

WOLF GRUENBERG
YARA MARTINEZ DE CARVALHO E SILVA STROPP
ZELMO DENARI
ZULMAR DUARTE DE OLIVEIRA JUNIOR

CNA - Comissão dos Novos Advogados

ALANI CAROLINE OSOWSKI FIGUEIREDO	SALVADOR SCARPELLI NETO
AMANDA PAULA TAVARES FEITOZA	TAISA IDE HASIMOTO
ANDRE CATTA PRETA FEDERIGHI	THAINA MORENO DOS SANTOS
ANDRE ANTIQUERA PEREIRA LIMA	THAISA DANIEL PEREIRA
BIANCA CAPALBO GONCALVES LIMA	THOMAS PAGANO BRUNO GASparetto
BIANCA BELLUSCI DANDREA	TOMAZ ARIBI FISZBAUM
BRUNA ALVES DE SOUZA	TONY FERREIRA DE CARVALHO ISSAAC CHALITA
BRUNA LAIS REIS SOUSA TOURINHO	VICTORIA BEATRIZ ROSSI AMATO
CAMILA MIGOTTO DOURADO	VICTORIA PIRETTI PEREIRA RANGEL
CAROLINA ANGELOZI LIMA	VITOR PRADO PIMENTEL
DAVI BENATTI CONTE LOPES LIMA	YURI CAMELO RIBEIRO
DENISE GOMES FERREIRA	
ELON CAROPRESO HERRERA	
ENZO VASQUEZ CASAVOLA FACHINI	
ERIC MATHEUS HADAD SOUZA	
EVERSON VAZ PIOVESAN	
FABIO PACILEO COSTA	
FABIO VALERO LAPCHIK	
FABRICIO REIS COSTA	
GUSTAVO PINTO NOGUEIRA	
IGGOR DANTAS RAMOS	
ISABELA RODRIGUES A DE SA E SILVA	
ISABELLE VALLE PEREIRA	
ITALO SOUZA CUNHA	
JOAO HENRIQUE FAGUNDES PRESTES CAMARGO	
JOAO VICTOR JUNQUEIRA NATALE MACEDO	
JONATA SOUZA GUIMARAES	
JULIA ABE QUAGLIATO	
JULIA TONANI MATTEIS DE ARRUDA	
JULIANA MARINHO DE ANDRADE	
LEONARDO ARAUJO PORTO DE MENDONCA	
LUCAS DINIZ GRACA	
LUISA MAGALHAES TEIXEIRA SAVOI	
MARCELO EGREJA PAPA	
MARIA LUIZA DUANETTI	
MARIANA BEDA FRANCISCO	
MARINA MAGALHAES SERRANO	
OTAVIO RIBEIRO LIMA MAZIEIRO	
OTAVIO DE CARVALHO MOREIRA	
PRISCILLA CAROLINE COELHO	
RAPHAEL CROCCO MONTEIRO	
RAPHAEL RANGEL PEREIRA	
ROBERTO FERNANDES CHAMORRO	

SUMÁRIO

DIRETRIZES PARA SUBMISSÃO DE ARTIGOS PARA A REVISTA IASP.....	21
1. NOTA DOS COORDENADORES	
Diogo Leonardo Machado de Melo, Frederico Prado Lopes e Roberta Cristina Paganini Toledo	24
2 PALAVRAS DO PRESIDENTE	
. Renato de Mello Jorge Silveira.....	27
3. ARTIGOS.....	30
3.1. O Dever de Revelação dos Árbitros no Brasil e a ADPF Nº 1.050 Eleonora Coelho	31
3.2. Da Admissibilidade do Agravo de Instrumento nas Decisões de Antecipação Parcial do Mérito Mesmo Diante da Mitigação da Taxatividade do Rol do Artigo 1.015 do CPC Maria Odete Duque Bertasi.....	45
3.3. Geração Renovável Centralizada e Distribuída – Custos, Benefícios, Subsídios e Oportunidades Elias Marques de Medeiros Neto, Angela Magalhães Gomes e Amanda Fernandes.....	55
3.4. A Privacidade e a Proteção de Dados nos Hotéis e Condomínios Mauricio Felberg e Walter Calza Neto.....	65
3.5. Tarifa Bancária pela Abertura de Crédito Rotativo em Conta Corrente (“Cheque Especial”): Análise Econômica da Decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 6.407/DF Cristiano Cozer.....	92
3.6. Celular – Meio de Prova Digital – Potencial Ferramenta Crimes Cibernéticos Fabiola Emilin Rodrigues.....	107
3.7. Criminalidade e as novas tecnologias Carla Rahal Benedetti.....	141

3.8. Os Precedentes Judiciais Vinculantes do CPC/15 e o Procedimento Arbitral: Estão os Árbitros Vinculados aos Precedentes? ThiagoRodovalho.....	151
3.9. Estado Democrático De Direito – O Que É O Que Não É RicardoPeakeBraga.....	166
4. CNA - COMISSÃO DOS NOVOS ADVOGADOS.....	186
4.1. Poder Econômico para o Desenvolvimento Nacional. Bruna Alves de Souza	187
5. ASSUNTOSJUDICIAIS.....	198
5.1. Relatório das Atividades do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP como Amicus Curiae (1º semestre de 2023) Thiago Rodovalho	199
5.2. <i>Amicus Curiae</i> STF - Processo n.º RE 1.037.396 Marcel Leonardi	202
5.3. Sobre a revisão da Súmula 231 do STJ 207 Marina Pinhão Coelho e Fabrício Lacerda	207
5.4. Parecer de Viabilidade para Ingresso como <i>Amicus Curiae</i> Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.307.386/RS Paula Tonani e Mauro Aspis	221
6. PROPOSIÇÕES DOUTRINÁRIAS, LEGISLATIVAS E SOCIAIS	232
6.1. Considerações Iniciais Sobre a Reforma Tributária Hamilton Dias de Souza, Humberto Ávila, Ives Gandra da Silva Martins e RoqueCarrazza.....	233
6.2. Atuação do IASP Contra Casos de Nepotismo Junto à Administração Pública 250 Eduardo Augusto Muylaert Antunes	250
6.3. Doação Projeto de Remodelação da Praça da Sé (IASP x Prefeitura de São Paulo) Renato de Mello Jorge Silveira, José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro e Diogo Leonardo Machado de Melo.....	254

7. RESENHA EDITORA IASP.....	258
7.1. Locação Ponto a Ponto Comentários à Lei 8.245/91 Alexandre Jamal Batista	259
8. MEMÓRIA IASP	262
8.1. Cem Anos Sem Rui Barbosa: Incidências no Direito Penal Renato de Mello Jorge Silveira	263
9. HOMENAGENS.....	266
9.1. Outorga do Título de Associada Honorária: Professora Maria Garcia José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro	267
9.2. Outorga do Título de Associada Honorária: Professora Eunice Prudente Luiz Antonio Sampaio Gouveia	291

**REVISTA DO IASP - INSTITUTO DOS
ADVOGADOS DE SÃO PAULO**

Vol. 37 - Ano 20 - Ago 2022 / Jul 2023

DIRETRIZES PARA SUBMISSÃO DE ARTIGOS PARA A REVISTA IASP

O IASP, cumprindo sua missão institucional, propõe-se a divulgar a produção intelectual e cultural de suas Comissões de Estudo, Associados, Conselho e Diretoria.

Para submissão dos trabalhos, o(s) autor(es) deverá(ão) enviar(em) seu(s) artigo(s) para os endereços dos coordenadores da revista:
diogo@mmpfadv.com.br,
fpradolopes@araujosilva.com.br e
rcptoledo@terra.com.br

A aprovação do(s) texto(s) implica cessão imediata, independentemente de documento específico de autorização, e sem ônus. O(s) autor(es) continuará(ão) a deter os direitos autorais para publicações posteriores.

Serão recebidos, de preferência, textos inéditos com temas não superados pela legislação vigente, observados critérios de adequação à publicação e cumprimento das normas de formatação de artigos estabelecidas abaixo e normas da ABNT:

Os artigos deverão ser apresentados em arquivo eletrônico, formatados de acordo com as normas de documentação da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), em Word, folha tamanho A4, com no mínimo 10 e no máximo 15 laudas, na seguinte configuração:

- Em folha de rosto deve constar a autoria e titulação do(s) autor(es), profissão exercida e endereço eletrônico.

- Título em português, incluído o subtítulo (quando houver), realçado em negrito. Título e subtítulo do artigo devem ter apenas a primeira letra de cada frase em maiúscula, salvo nos casos em que o uso desta seja obrigatório.
- O sumário deve ser posicionado logo abaixo do título e reproduzir somente número e nome das seções principais que compõem o artigo.
- Não deve ser utilizado o tabulador (TAB) para determinar recuos de primeira linha.
- Resumo em português, com no mínimo 100 e no máximo 150 palavras, em espaço simples, cujo conteúdo apresente campo de estudo, objetivo, método, resultado e conclusão (NBR-6028).
- Palavras-chave: até 5 (cinco) termos em português, separados e finalizados por ponto.
- Corpo do texto: configuração de página para papel A4, com margens esquerda e superior de 3,0 cm, e direita e inferior de 2,0 cm, alinhamento justificado.
- Parágrafos: fonte Times New Roman, letra tamanho 12, espaço entrelinhas 1,5 cm e sem espaço entre os parágrafos, recuo de 1,5 cm na primeira linha.
- As citações no corpo do texto devem ser feitas em notas de rodapé. As notas de rodapé devem aparecer na margem inferior da página do trabalho e acompanhar uma numeração sequencial que se relate à parte específica do texto. Fonte Times New Roman, letra tamanho 10, espaço entrelinhas simples e sem espaço entre os parágrafos (NBR-10520).
- As citações com mais de três linhas devem ser feitas em parágrafo independente, com recuo de 4 cm; fonte no tamanho 10; espaçamento simples, sem aspas e sem itálico; as citações com

até três linhas devem ser inseridas no próprio corpo do texto, entre aspas e sem itálico; o itálico deve ser utilizado somente para destacar palavras que não pertençam à língua portuguesa e para realce de expressões.

- As referências completas devem ser apresentadas apenas ao final do texto, em ordem alfabética, segundo os padrões da ABNT (NBR-6023).

Diogo Leonardo Machado de Melo

Frederico Prado Lopes

Roberta Cristina Paganini Toledo

1.

Nota dos Coordenadores

Diogo Leonardo Machado de Melo

Bacharel em Direito pela PUC-SP. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Mestre e Doutor em Direito Civil pela PUC-SP. Pós-Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Diretor Administrativo do IASP (2019-2021; 2022-2024).

Frederico Prado Lopes

Bacharel em Direito pela PUC-SP. Membro da Association of Legal Administration; Conselheiro do Conselho Superior Temático de Assuntos Jurídicos e Legislativos (CONJUR) da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP); Diretor da Editora IASP. Advogado.

Roberta Cristina Paganini Toledo

Mestre e Doutora em Direito pela PUC-SP. Graduada pela Instituição Toledo de Ensino. Diretora do Centro Universitário de Bauru - Instituição Toledo de Ensino (ITE); coordenadora acadêmica do programa de mestrado e doutorado - sistema constitucional de garantia de direitos - do Centro Universitário de Bauru - Instituição Toledo de Ensino (ITE). Conselheira da Editora IASP E Diretora de Relações Institucionais do IASP. Advogada.

O volume 37 da Revista consolida textos e produções associativas do IASP - Comissões de Estudo, Associados, Conselho e Diretoria - desenvolvidos entre os meses de agosto de 2022 e julho de 2023.

Em razão do tempo em que a Revista deixou de ser publicada, foi necessária a composição dos trabalhos dentro de um prazo maior. Desta maneira, ao contrário dos números anteriores, consideramos os trabalhos produzidos além do semestre passado, regularizando-se, a partir de então, as publicações para próximos volumes.

Como se verifica, os artigos trazidos pelos nossos associados envolvem debates atuais, como críticas às alterações na lei de arbitragem, questões relativas ao direito bancário, aos novos modelos de prova, aos crimes desportados com as novas tecnologias, à privacidade e à proteção de dados.

Além do relatório das intervenções, também são apresentados os trabalhos das Comissões de Estudo que subsidiaram o ingresso do IASP como amicus curiae, no âmbito do STJ e STF, com especial destaque aos debates travados sobre o marco civil da internet, a privacidade e o sistema de buscas de dados e a revisão da Sumula 231 do STJ.

Na seção de proposições doutrinárias e legislativas, acentua-se a atuação do IASP contra casos de nepotismo junto à Administração Pública. E neste capítulo, abre-se também uma seção para iniciativas culturais e sociais capitaneadas pelo IASP, como é o caso da proposta de doação do projeto de revitalização do Centro de São Paulo (Praça da Sé), traçado idealizado desde 2017, na gestão do então Presidente José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro e que, em 2023, dentro das propostas de comemoração dos 150 anos do IASP, materializa-se com a doação formal à Prefeitura de São Paulo.

Destaca-se ainda, neste volume, importante parecer sobre a Reforma Tributária, elaborada pelos associados Hamilton Dias de Souza, Humberto Ávila, Roque Carrazza e pelo Ex-Presidente e Conselheiro Nato Ives

Gandra da Silva Martins, dando o pontapé inicial aos debates institucionais e nacionais sobre o tema e que certamente tomarão conta do país no 2º semestre de 2023.

Registra-se, ainda, as recentes homenagens às novas associadas honorárias: Maria Garcia e Eunice Prudente, mulheres emblemáticas na história do Direito.

Abre-se uma nova seção para também cultuar a memória do IASP. E aqui lembra-se o centenário da morte de Rui Barbosa, o primeiro sócio honorário. Como ressaltado pelo Presidente Renato de Mello Jorge Silveira, passados tantos anos, continuam atuais os predicados de Rui, sendo referência a quem quer que seja. Embora, talvez, tenha o mundo mudado, e possa-se, mesmo, perceber que o ruísmo, quiçá, não seja mais palavra de ordem, mostra-se fundamental que, ao menos, se cultive a importância e dimensão de seus escritos. Sua genialidade e tono de defesa à liberdade o fez, também, penalista, e são lições que não se pode esquecer.

Em 2023, entramos no vigésimo sexto ano da Revista. E a lembrança das palavras de Rui nesta nota não são em vão: é preciso também cultivar a memória do Instituto, suas contribuições à sociedade civil, ao Judiciário, bem como a importância de seus associados no cenário jurídico nacional. Com mais um volume, o IASP torna pública a sua produção cultural, cumprindo sua missão institucional, promovendo o debate e o estudo do direito aplicado à vida prática.

Diogo Leonardo Machado de Melo

Frederico Prado Lopes

Roberta Cristina Paganini Toledo

2. Palavras do Presidente

Renato de Mello Jorge Silveira

Presidente do IASP - Instituto dos Advogados de São Paulo.

Uma das grandes alegrias da atual gestão do Instituto dos Advogados de São Paulo mostra-se presente na volta da Revista do IASP. Associados de enorme importância desde um primeiro momento já haviam solicitado tal medida. As suas Comissões de Estudo, por igual, a ansiavam. O Conselho, a requeria.

A Revista externaliza o que o IASP tem de melhor, vale dizer, o pensamento e a produção de seus membros. Desde a sua fundação, esse é um dos propósitos do Instituto. Quando da criação da Faculdade de Direito de São Paulo, em 1827, já se mostravam os primeiros desejos do ajuntamento dos bacharéis em entidade representativa. Eram vistos, ali, os primórdios do desejo de um Instituto. Os anos se passaram e as resistências – no próprio seio acadêmico – retardaram o passo definitivo. Foi somente em 1874 que se deu, pelos nossos patronos, a criação do IASP. Viveu, ele, do Império à República. Épocas de paz e tranquilidade e de revoltas e agitos. Viu o alvorecer no novo século. As discussões da nova forma de Governo foram muitas. Os escritos vários. Ajudou, o Instituto, à Paulicéia daqueles dias. Ladeou a Ordem em seus primeiros passos. Sedimentou a Democracias, em seus muitos momentos. Um novo século se descontou e ganhou ele, ainda, mais força e expressão.

Quando alguém indaga sobre as finalidades do Instituto é de se dizer que o IASP é tudo isso e muito mais. O IASP é cultura, Democracia, Direito e Justiça. O IASP é comunhão de pensamentos. Externalização do que a Advocacia tem de melhor. Sua missão, consagrada em quase século e meio, se revigora e fez faz presente neste novo número da Revista.

Por tudo isso, e muito mais, é de se recordar que esse trabalho bem representa o que é ser IASP. Ser IASP é fazer parte de um projeto e de uma luta que se perpetua e faz recordar o que a Advocacia tem de melhor. Ser IASP é defender a cultura e as boas práticas jurídicas. Ser IASP e se dar, por inteiro, ao bem comum, sem interesses ou pensamentos próprios. Ser IASP é fazer a diferença, no mundo jurídico e no cenário nacional.

Muitos são os novos desafios, e alguns deles aqui se fazem apresentados. O atual volume apresenta artigos e contribuições de Comissões e de Associados, bem como relatórios de intervenções, atuações específicas do Instituto e homenagens realizadas. A Revista, a seu modo, assim, também bem ilustra o que é ser IASP.

Todos os méritos e louvores aos coordenadores da Revista, Diogo Leonardo Machado de Melo, Frederico Prado Lopes e Roberta Cristina Paganini Toledo. Estes, os grandes artífices de mais uma conquista em prol do associado e da cultura. Melhor passo ao sesquicentenário, a ser comemorado em 2024, impossível. Os agradecimentos, portanto, são postos e evidenciados. Aos cultores do bom Direito, uma agradável leitura e o convite a fazer parte da vida e labuta iaspiana

Renato de Mello Jorge Silveira

Presidente do IASP

3. ARTIGOS

3.1.

O Dever de Revelação dos Árbitros no Brasil e a ADPF N^o 1.050

Eleonora Coelho

Pós-graduada em Arbitragem, Contencioso e Modos Alternativos de Solução de Conflitos pela Universidade Paris II – Panthéon-Assas. Sócia fundadora do escritório Eleonora Coelho Advogados. Ex-Presidente do Centro de Arbitragem e Mediação CAM-CCBC e Presidente da Comissão Permanente de Arbitragem do IASP.

1 - Introdução: o dever de revelação dos árbitros

Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz, que detenha a confiança das partes e que seja independente e imparcial.^[1] Incumbe ao árbitro, antes de aceitar o encargo, revelar às partes qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua independência e imparcialidade, nos termos do art. 14, §1º da Lei 9.307/96 (“Lei de Arbitragem”).^[2]

A Lei de Arbitragem foi inspirada na “Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional” de 1985 da UNCITRAL, órgão da ONU que estuda e propõe regras que visam ao desenvolvimento do Direito Comercial Mercantil. O art. 14 da Lei de Arbitragem, em específico, foi inspirado no art. 12 da Lei Modelo,^[3] o que significa que esse dispositivo está em conformidade com as melhores práticas da arbitragem ao redor do mundo, já consolidadas há aproximadamente 40 anos.

Como se depreende da redação legal, o fato que deve ser revelado pelo árbitro é somente aquele capaz de gerar uma “dúvida justificada” quanto à sua imparcialidade e independência. Portanto, não há uma lista de situações que devem ser reveladas pelos árbitros.

1. Artigos 13, caput e § 6º da Lei de Arbitragem.

2. Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

§ 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

§ 2º O árbitro somente poderá ser recusado por motivo ocorrido após sua nomeação. Poderá, entretanto, ser recusado por motivo anterior à sua nomeação, quando: a) não for nomeado, diretamente, pela parte; ou b) o motivo para a recusa do árbitro for conhecido posteriormente à sua nomeação.

3. “Artigo 12º Fundamentos de objeção

(1) Quando uma pessoa for indicada com vistas à sua eventual nomeação como árbitro, fará notar todas as circunstâncias que possam suscitar dúvidas fundamentadas sobre sua imparcialidade ou independência. A partir da data da sua nomeação e durante todo o procedimento arbitral, o árbitro fará notar sem demora às partes as referidas circunstâncias, a menos que já o tenha feito. (2) Um árbitro só pode ser objetado se existirem circunstâncias que possam suscitar dúvidas fundamentadas sobre sua imparcialidade ou independência ou se não possuir as qualificações que as partes acordaram. Uma parte só pode objetar um árbitro nomeado por si, ou em cuja nomeação tiver participado, por um motivo de que tenha tido conhecimento apenas após essa nomeação.”

Não obstante, existem parâmetros nacionais e internacionais, amplamente aceitos e praticados e que são utilizados como baliza para que o potencial árbitro avalie quais fatos devem ser revelados, tais como: (i) as hipóteses de impedimento e suspeição de juízes (art. 144 e 145 CPC), naquilo que couber à realidade da arbitragem, conforme é expressamente citado no *caput* do art. 14 da Lei de Arbitragem; (ii) os códigos de ética e diretrizes da instituição arbitral eleita pelas partes; e (iii) as diretrizes internacionais (*soft law*), dentre as quais se destacam a “Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional” (“Diretrizes IBA”), que solidificaram-se como referência de melhores práticas no meio arbitral.^[4]

Em qualquer caso, a omissão de um fato que deveria ter sido revelado não significa necessariamente que o árbitro não possui independência e imparcialidade, tampouco leva automaticamente à anulação da sentença arbitral.^[5] Tanto assim que a violação ao dever de revelação não está prevista no rol do art. 32 da Lei de Arbitragem,^[6] que contempla as hipóteses taxativas de anulação da sentença arbitral pelo Poder Judiciário.

Como demonstram as melhores práticas e a jurisprudência internacional, para que haja a anulação da sentença arbitral em um caso em que houve descumprimento do dever de revelação, é necessário analisar: (i) se o fato que deixou de ser revelado é grave à luz das circunstâncias do caso

4. No que diz respeito às Diretrizes IBA, pesquisa internacional realizada em 2015 pela universidade *Queen Mary University of London* e pelo escritório *White&Case* revelou que 71% dos entrevistados a conhecem e a utilizam na prática. Além disso, a maioria dos entrevistados respondeu que instrumentos de soft law, como as Diretrizes IBA, são úteis e benéficas, pois servem de guia quando não há regulação específica sobre determinado assunto, além de suplementarem eventuais regras existentes e codificarem a prática generalizada sobre determinado tema (“2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration”. Disponível em: https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf. Acesso em 25.05.2023)

5. Diretrizes da IBA, Parte II, item 5: “Uma oposição posterior com fundamento no facto de que um árbitro não divulgou tais factos ou circunstâncias não deve resultar automaticamente na sua não nomeação, na sua posterior desqualificação ou em impugnação procedente da sentença arbitral. A não revelação, por si só, não basta para considerar um árbitro parcial ou com falta de independência: apenas os factos ou circunstâncias que não foram por ele divulgados podem permiti-lo.”

6. “Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

I - for nula a convenção de arbitragem; (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)

II - emanou de quem não podia ser árbitro;

III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;

IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

V - (Revogado pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)

VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;

VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.”

concreto; (ii) qual foi o motivo dele não ter sido revelado; e (iii) se há indícios de que a conduta do árbitro tenha sido parcial.^[7] Afinal, o “*dever de revelar é um instrumento, um meio e não um fim em si mesmo*”.^[8]

Corrobora esse entendimento o Enunciado nº 110 aprovado na “II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios”^[9]:

“A omissão do árbitro em revelar às partes fato que possa denotar dúvida quanto à sua imparcialidade e independência não significa, por si só, que esse árbitro seja parcial ou lhe falte independência, devendo o juiz avaliar a relevância do fato não revelado para decidir ação anulatória.”

Do quanto exposto brevemente nesse capítulo, é possível concluir que o art. 14 da Lei de Arbitragem, que trata sobre o dever de revelação, está em consonância com as melhores práticas internacionais, o que inclusive contribuiu para que a arbitragem ocupasse um papel de destaque no país, como se verá adiante.

2 - O sucesso da arbitragem no Brasil e a desnecessidade de alteração da Lei de Arbitragem

A arbitragem no Brasil é um instituto de incrível sucesso que viabiliza a solução de disputas empresariais de forma célere, especializada e consequentemente contribui para a redução dos custos de transação.

A Lei de Arbitragem foi elaborada à luz de padrões internacionais, tendo sido inspirada na “Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional” da UNCITRAL.

7. “Nesta fase de aferição em ação de anulação de sentença arbitral o que deve ser verificado é o reflexo da ausência de revelação relacionada à independência e imparcialidade do árbitro na sentença arbitral. Neste momento, não se afera mais a falta de revelação simplesmente, mas o fato não revelado e sua influência a ensejar e macular a sentença arbitral proferida.” (LEMES, Selma. Dever de revelação do árbitro e a ação de anulação da sentença arbitral. *Gen Jurídico*. São Paulo, 23.10.2017. Mediação e Arbitragem. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/10/23/o-dever-de-revelacao-do-arbitro-e-acao-de-anulacao-da-sentenca-arbitral/>. Acesso em 25.05.2023).

8. LEMES, Selma. Árbitro, conflito de interesses e o contrato de investidura. In: CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma, BATISTA MARTINS, Pedro (coords.). *20 anos da Lei de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 277.

9. II Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios: Enunciados Aprovados. Disponível em: <https://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2021/11/enunciados-ii-jornada.pdf>. Acesso em 25.05.2023.

Em 2015, foi promulgada a Lei nº 13.129, que promoveu uma reforma positiva, pontual e cirúrgica da Lei de Arbitragem: consolidando entendimentos que já eram pacíficos na doutrina e na jurisprudência. Isso se deu graças ao árduo trabalho desempenhado pela comunidade arbitral e pela Comissão de Juristas que compôs a Comissão do Senado para Reforma da Lei de Arbitragem, presidida pelo Ministro Luis Felipe Salomão e da qual esta autora teve a honra de fazer parte.

É importante mencionar que, naquela oportunidade, a Comissão de Juristas e o Congresso Nacional entenderam que não havia necessidade de se alterar o art. 14 da Lei de Arbitragem, que trata sobre o dever de revelação, tendo mantido a redação original do dispositivo.

Nos últimos anos, o número de arbitragens aumentou vertiginosamente. O instituto vem desempenhando um papel fundamental na economia e no sistema de justiça do país, sendo utilizada para resolver um número cada vez maior de disputas, que envolvem valores de dezenas de bilhões de reais.

É o que demonstra a pesquisa “Arbitragens em Números e Valores” realizada anualmente pela Prof.^a Selma Lemes e que reúne os números das principais câmaras arbitrais do Brasil.^[10] Conforme esta pesquisa, em uma década (entre 2010 e 2020), o número de novos casos de arbitragem aumentou 600% (seiscentos por cento), considerando-se apenas os números das principais instituições arbitrais do Brasil.^[11] Certamente, esse número seria muito maior se fôssemos considerar todas as instituições do país.

Ainda, de acordo com a pesquisa “Arbitragem no Brasil”, realizada em 2021 pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem em parceria com o Instituto Ipsos,^[12] o índice de satisfação dos usuários com a arbitragem é altíssimo, chegando a 93% (noventa e três por cento).^[13]

10. Fontes: Jornal Valor Econômico, 02.10.2018 e Pesquisa Arbitragem em Número e Valores 2020 e 2021.

11. “Em 2010, as câmaras de arbitragem tiveram 46 procedimentos entrantes. Dez anos mais tarde, em 2020, eram 333 novos casos. O número de arbitragens totais, em andamento, também segue em alta: em 2019 eram 967, passando a 996 no ano seguinte e 1.047 em 2021.” Fonte: “Número de novos casos de arbitragem em câmaras aumenta 600% em uma década”, Jornal Jota. Publicado em 04.10.2022. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/seguranca-juridica-investimento/numero-de-novos-casos-de-arbitragem-em-camaras-aumenta-600-em-uma-decada-04102022>. Acesso em 25.05.2023.

12. Disponível em: <https://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2021/09/pesquisa-cbar-ipos-2021-arbitragem-no-brasil.pdf>. Acesso em 25.05.2023.

13. Dos entrevistados, 33% responderam estar “muito satisfeitos” com o instituto e 60% responderam “razoavelmente satisfeitos”, totalizando um índice de satisfação de 93%.

No cenário internacional, a arbitragem brasileira também ocupa posição de destaque, como demonstram as estatísticas de 2020 da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (“CCI”).^[14] Segundo tais estatísticas, (i) dentre todas as partes que participaram de arbitragens na CCI no ano de 2020, a segunda nacionalidade mais presente foi a brasileira; (ii) dentre todos os árbitros e árbitras que atuaram na CCI em 2020, a quinta nacionalidade mais presente foi a brasileira; (iii) o Brasil foi o quinto país mais selecionado como sede das arbitragens administradas por aquela instituição; e (iv) o Direito brasileiro foi a quinta legislação mais aplicada para resolver disputas administradas por aquele instituição.

Ao longo do tempo, quanto mais sucesso a arbitragem alcança, mais esta tem sido alvo de investidas disfarçadas de “medidas para aperfeiçoamento do instituto”, as quais, na verdade, não passam de iniciativas oportunistas desprovidas de boas intenções.

3 - As investidas desarrazoadas contra a arbitragem no Brasil

Recentemente, ganhou foco o dever de revelação dos árbitros, em virtude de decisões pontuais do Poder Judiciário que anularam sentenças arbitrais por terem concluído que houve falha no dever de revelação e ou a quebra da imparcialidade e independência dos árbitros.^[15]

Tais decisões foram objeto de acentuada exposição midiática, muitas vezes de forma sensacionalista, o que buscava fazer crer ao público leigo que a arbitragem teria um problema grave, qual seja, a existência de suposta parcialidade generalizada dos árbitros que, na verdade, não existe e nunca existiu.

Em qualquer instituto de sucesso e de crescimento exponencial como a arbitragem, é de se esperar que existam casos desviantes. Entretanto,

14. O relatório completo está disponível em: <https://iccwbo.org/news-publications/arbitration-adr-rules-and-tools/icc-dispute-resolution-statistics-2020/#anchor-download>. Acesso em 25.05.2023.

15. Na contramão das decisões que anularam sentenças arbitrais, é possível citar os seguintes casos recentes que negaram a anulação da sentença arbitral, tendo o Poder Judiciário entendido que não houve violação à independência e imparcialidade dos árbitros ou falha no dever de revelação: (i) TJSP, Apelação Cível nº 1008312-12.2018.8.26.0100, 1^ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Azuma Nishi, j. em 15.03.2019; (ii) TJRJ, Apelação Cível nº 0434147-23.2016.8.19.0001 e Requerimento de Efeito suspensivo nº 0053036-25.2018.8.19.0000, 20^ª Câmara Cível, Rel. Des. Maria da Glória Oliveira Bandeira de Mello, j. em 05.06.2019; (iii) TJSP, ApC nº 1076161-35.2017.8.26.0000, 31^ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Cascioni, j. 08.09.2020; e (iv) TJSP, Apelação Cível 1097621-39.2021.8.26.0100, Rel. Des. Jorge Tosta, 2^ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. em 22/11/2022, registro em 07/12/2022.

como se verá, eles representam uma mínima exceção e a Lei de Arbitragem prevê o mecanismo adequado e alinhado com o cenário internacional para sanar esses desvios: as ações anulatórias, que, de modo geral, vêm sendo adequadamente julgadas pelo Poder Judiciário, exercitando o controle do instituto dentro dos estritos e adequados limites legais

Com efeito, as decisões que anularam as sentenças arbitrais em razão da alegada falta de independência e imparcialidade de árbitros não são representativas da realidade do instituto, mas sim a exceção. Considerando os números elevados de casos de arbitragem no país^[16] e as ações de anulação que se tem conhecimento que foram julgadas procedentes, é possível afirmar com absoluta certeza que as sentenças arbitrais anuladas são excepcionais.

Tanto assim que, mesmo dentro do processo arbitral, a quantidade de impugnações apresentadas aos árbitros são mínimas, representando cerca de 3,34% do número total de arbitragens em andamento nas principais instituições arbitrais do país.^[17]

Portanto, é preciso enfrentar duramente as iniciativas que buscam fazer crer que a arbitragem brasileira possuiria um problema generalizado ou estrutural relacionado a falhas no dever de revelação e ou à falta de independência e imparcialidade dos árbitros, pois isso não corresponde à realidade do instituto no Brasil.

Uma dessas iniciativas é o Projeto de Lei nº 3.293/2021, proposto recentemente na Câmara dos Deputados e que busca alterar a Lei de Arbitragem para modificar o dever de revelação e impor limitações completamente descabidas e inconstitucionais ao exercício da função de

16. De acordo com a pesquisa "Arbitragem em Número e Valores 2020 e 2021", no ano de 2021, as oito principais câmaras de arbitragem do país tinham 1.047 (um mil e quarenta e sete) casos em andamento. Se fossémos considerar todas as demais instituições arbitrais do país, esse número certamente seria muito maior. Fonte: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2022/10/78B3FD4545063E_pesquisa-arbitragem.pdf. Acesso em 25.05.2023.

17. Em 2021, o número total de arbitragens em andamento nas 8 principais instituições do país foi de 1.047. Nestes casos, foram apresentadas 35 impugnações (3,34%). Destas impugnações, somente 7 foram acolhidas (0,6%). Fonte: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2022/10/78B3FD4545063E_pesquisa-arbitragem.pdf. Acesso em 25.05.2023.

árbitro,^[18] em gravíssima violação à liberdade de ofício^[19] e à autonomia das partes de escolherem quem será o seu julgador, uma das principais vantagens da arbitragem.

Especificamente quanto ao dever de revelação, o PL 3.293/21 busca alterar o art. 13 da Lei de Arbitragem para impor aos árbitros o dever de revelar qualquer fato que denote “dúvida mínima” quanto à sua independência e imparcialidade. Assim, busca-se afastar o critério internacionalmente aceito e adotado no Brasil de “dúvida justificada”, substituindo-o por um critério amplo, vago e que traria enorme insegurança jurídica.

Com efeito, não há qualquer legislação, norma ou diretriz acerca do que poderia ser considerada “dúvida mínima”, enquanto há parâmetros nacionais e internacionais, além de doutrina e jurisprudência que trazem concretude ao conceito de dúvida justificada.

Felizmente, a comunidade arbitral - que congrega profissionais éticos e técnicos - tem conseguido obstar tais investidas, com a destacada atuação do Comitê Brasileiro de Arbitragem (“CBAr”), uma associação sem fins lucrativos, cujas finalidades específicas são o estudo acadêmico, a promoção e a proteção da arbitragem.^[20]

Como resultado do trabalho desenvolvido pelo CBAr,^[21] o pedido

18. Nesse sentido, o PL 3.293/21 pretende: (i) impor um limite ao número de casos que cada árbitro pode atuar de forma concomitante, qual seja, 10 procedimentos arbitrais (art. 13, §8º); (ii) impedir que haja a identidade absoluta ou parcial de membros de dois tribunais arbitrais em funcionamento (art. 13, §9º); e (iii) impedir que integrantes da secretaria ou diretoria de uma instituição arbitral também funcionem como árbitros em procedimentos administrados por aquela instituição (art. 14, §3º).

19. “Constituição Federal: Art. 5º [...] XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”

20. O CBAr dispõe de uma Comissão de Assuntos Legislativos, que realiza o acompanhamento dos projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional que envolvem a arbitragem, elaboram notas técnicas sobre tais projetos e fazem a interlocução com os congressistas. As notas técnicas elaboradas pelo CBAr estão disponíveis em: <https://cbar.org.br/site/notas-tecnicas-em-relacao-a-projetos-de-lei-em-tramitacao-no-congresso-federal/>. Acesso em 25.05.2023.

21. Vide Nota Técnica do Comitê Brasileiro de Arbitragem, disponível em: <https://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2022/11/nota-tecnica-e-apoios-pl-3293-24112022.pdf>. Acesso em 25.05.2023. A Nota Técnica teve adesão de (i) a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL); (ii) Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP); (iii) Associação Latino-Americana de Arbitragem – ALArb; (iv) Corte Internacional de Arbitragem da CCI; (v) Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP; (vi) Associação dos Advogados de São Paulo (AASP); (vii) Câmara de Arbitragem do Mercado; (viii) Confederação das Associações Comerciais e Empresarial do Brasil (CACB); (ix) Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem da Comissão das Sociedades de Advogados OAB/SP; (x) Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC); (xi) Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA); (xii) Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem da OAB/PE; (xiii) Comissão Especial de Arbitragem da OAB/RS; (xiv) Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem da OAB/MA; (xv) Centro de Estudos das Sociedades de Advogados (CESA); (xvi) Associação Brasileira de Integrantes do *Chartered Institute of Arbitrators* (CIArb); (xvii) Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB); (xviii) Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem; (xix) Federação Nacional dos Institutos de Advogados do Brasil; (xx) Instituto dos Advogados Brasileiros; (xxi) Instituto dos Advogados do Distrito Federal; (xxii) Instituto Brasileiro de Direito Processual; (xxiii) Instituto de Arbitragem da Bahia; (xxiv) Instituto dos Advogados do Paraná; (xxv) Núcleo de Direito de Empresa e Arbitragem da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas – Rio de Janeiro; (xxvi) Câmara de Arbitragem da FEDERASUL; (xxvii)

apresentado na Câmara dos Deputados para que o PL 3.293/21 fosse votado em regime de urgência foi negado e, além disso, foi aceito o pedido para a realização de audiência pública para discussão do projeto. Atualmente, o PL encontra-se perante a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

A ADPF nº 1.050, por sua vez, parece ser uma “reformulação” do PL 3.293/21, já que busca, por vias transversas – isto é, por meio de decisão do STF e não por meio de processo legislativo – alterar a Lei de Arbitragem e tornar o dever de revelação o mais amplo e vago possível, afastando o Brasil da aplicação de normas e *standards* internacionais.

4 - A ADPF nº 1.050

Em 22 de março de 2023, o partido político União Brasil – UBR ajuizou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (“ADPF”) nº 1.050 perante o Superior Tribunal Federal (“STF”),^[22] - ^[23] alegando que decisões proferidas pelo Poder Judiciário teriam violado os preceitos fundamentais do devido processo legal, do juiz natural e da segurança jurídica,^[24] pois estariam conferindo interpretação inconstitucional ao art. 14 da Lei de Arbitragem, que trata do exercício do dever de revelação pelos árbitros.^[25] Na

Instituto de Direito Privado (IDiP); (xxviii) Comissão de Arbitragem da OAB/MG; (xxix) Comissão de Arbitragem da OAB/SP; (xxx) Câmara de Mediação e Arbitragem Especializada (CAMES); (xxxi) Instituto Brasileiro de Direito da Construção (IBDiC); (xxxii) Comissão de Arbitragem da OAB/RJ; (xxxiii) Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Paraná (CAMFIEP); (xxxiv) Federação das Indústrias de Minas Gerais (FIEMG); (xxxv) Câmara Americana de Comércio para o Brasil (AMCHAM); (xxxvi) Associação Brasileira das Companhias Abertas; e (xxxvii) Comissão de Direito Societário da OAB/RJ.

22. Processo nº 0071872-83.2023.1.00.0000.

23. Em 27 de março de 2023, o Ministro Alexandre de Moraes proferiu despacho recebendo a ADPF como Ação Direta de Inconstitucionalidade (“ADI”), pois, na sua visão, a ADPF teria como característica a subsidiariedade, de modo que ela só seria cabível quando esgotadas todas as vias possíveis para sanar a alegada lesão. Assim, entendeu o Ministro que o cabimento da ADPF no presente caso seria questionável, pois o ajuizamento de ADI seria providência útil e suficiente ao fim pretendido na ação. Assim, houve a conversão da ADPF em ADI. Embora a ação tenha sido convertida em ADI, adiante neste parecer será feita referência à “ADPF” pois no sistema do STF ainda consta essa classificação e referência.

24. “Art. 1º A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.” (Lei 9.882/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental).

25. “Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

§ 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.”

ADPF, alega-se que as instâncias inferiores não estariam dando interpretação uniforme e constitucional a algumas questões, descritas e analisadas a seguir.

A) A quem compete o dever de revelar

De acordo com o Autor da ADPF, as decisões judiciais não teriam decidido de modo uniforme se o dever de revelar seria exclusivo dos árbitros ou se haveria um ônus compartilhado com as partes, isto é, se também caberiam às partes o dever de investigar a existência de alguma hipótese de impedimento dos árbitros. Na visão do Autor da ADPF, a interpretação constitucional a essa questão seria a de que o dever de revelar é exclusivo dos árbitros, inexistindo um dever das partes de investigar possíveis causas de possam comprometer a independência e imparcialidade dos julgadores.

Contudo, apesar de o dever de revelação recair sobre o árbitro, as partes possuem o dever de colaborar para o correto exercício do dever de revelação e para garantir a higidez da arbitragem. Assim, cabem às partes prover as informações relevantes de que dispõem e que possam eventualmente afetar a independência e imparcialidade dos árbitros.

Ademais, às partes também cabe o dever de solicitar aos árbitros as informações que julguem pertinentes e o dever de *se informarem*. Assim, entende-se que informações públicas e notórias não precisam ser objeto de revelação, já que as partes possuem ou deveriam possuir conhecimento a seu respeito, cabendo-lhes realizar as diligências razoáveis para se informar.^[26] A existência de um dever de colaboração das partes tem fundamento nos deveres laterais de boa-fé e é internacionalmente aceito e praticado.^[27]

Negar esse dever seria admitir que as partes omitam e ocultem

26. “Não há, em linha de princípio, o dever de informar concernente a elementos notórios e a dados que o lesado conhecia ou devia razoavelmente conhecer, por exemplo, em razão de sua profissão ou pelo ambiente econômico-social em que age. A exigência de uma conduta segundo a boa-fé ‘supõe que cada parte deva informar a outra sobre dados que aquele ignora e que não está em condições de conhecer por si mesma’.” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 540).

27. Vide, por exemplo, o Princípio Geral nº 7 das Diretrizes da IBA e o Enunciado nº 92 da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios: “Cabe às partes colaborar com o dever de revelação, solicitando ao árbitro informações precisas sobre fatos que eventualmente possam comprometer sua imparcialidade e independência. O árbitro não está obrigado a revelar informações públicas”.

informações relevantes, para que sejam utilizadas como “nulidade de algibeira” na eventualidade de perderem a disputa.

B) O conceito de “dúvida justificada”

Alega-se que haveria divergência nas decisões judiciais se os fatos que ensejam uma dúvida justificada sobre a independência e imparcialidade do árbitro (e que, portanto, devem ser revelados) deveriam ser analisados a partir dos “olhos das Partes” ou aos olhos do árbitro. Para o Autor da ADPF, eventual percepção subjetiva que o árbitro tenha sobre determinada circunstância não deveria determinar o exercício do dever de revelação. Assim, utilizando o critério dos “olhos das partes”, caso os árbitros tenham dúvidas se determinado fato deve ou não ser revelado, a dúvida deveria ser dirimida em favor da revelação e a não revelação de qualquer fato levaria à automática presunção de parcialidade do julgador.

O parâmetro nacional e internacionalmente aceito é o de se considerar justificadas as dúvidas se um terceiro razoável, com conhecimento dos fatos e circunstâncias relevantes, puder concluir que aquele fato pode influenciar o árbitro, em sua decisão, levando-o a decidir com base em fatos alheios ao mérito da causa.^[28]

Ademais, ao qualificar o tipo de fato que demanda revelação, a Lei de Arbitragem afastou expressamente que se exija dos árbitros revelar todo e qualquer fato. Nessa linha, a ausência de revelação não leva à presunção de parcialidade do árbitro. Para se concluir pela parcialidade do julgador, é indispensável avaliar qual foi o fato não revelado, por que ele não foi revelado e se houve conduta parcial do árbitro, conforme é a prática internacionalmente aceita.

C) Se as hipóteses legais de suspeição e impedimento de juízes (artigos 144 e 145 do CPC) são taxativas na arbitragem

O art. 14 da Lei de Arbitragem faz referência direta à aplicação dos

28. Vide, por exemplo, o Princípio Geral nº 2 das Diretrizes da IBA e os ensinamentos da melhor doutrina nacional: “Por justificável entenda-se o ponto de vista de uma terceira pessoa razoável (*from a reasonable third person's point of view*). Essa regra exige, tanto do árbitro como das partes, uma avaliação isenta daquilo que, no contexto do conflito, seria de se esperar que constituísse algo digno de ser percebido.” (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Suspeição e impedimento em arbitragem: sobre o dever de revelar na Lei 9.307/2996. In: WALD, Arnaldo (org.). Coleção Doutrinas Essenciais. *Arbitragem e mediação*. Vol. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 983).

artigos 144 e 145 do CPC à arbitragem, naquilo que couber. Entretanto, segundo o Autor da ADPF, as decisões judiciais teriam entendimento divergente se as hipóteses previstas no Código de Processo Civil seriam ou não as únicas capazes de motivar o dever de revelação e de interferir na independência e imparcialidade dos árbitros. Na visão do Autor da ADPF, as hipóteses que ensejam o dever de revelação e o afastamento do árbitro não se limitariam às situações de suspeição e impedimento previstas nos artigos 144 e 145 do Código de Processo Civil, sendo mais amplo e abarcando quaisquer fatos que gerem dúvida justificada.

O *caput* do art. 14 da Lei de Arbitragem é inequívoco no sentido de que as hipóteses previstas no Código de Processo Civil não são exaurientes (aplicando-se na arbitragem “no que couber”) e o parágrafo 1º do art. 14 deixa claro que o dever de revelação é mais amplo, abarcando qualquer fato que cause uma dúvida justificada. Portanto, é completamente descabida a intervenção do STF para esclarecer o que já se depreende de modo evidente da Lei.

D) Quanto à aplicabilidade das Diretrizes IBA

Algumas decisões judiciais teriam utilizado as Diretrizes IBA como parâmetro para aferir se houve o correto cumprimento do dever de revelação no caso concreto. Outras decisões, porém, não mencionam esse instrumento. Assim, caberia ao STF definir se as Diretrizes IBA são de aplicação obrigatória ou não. Na visão do Autor da ADPF, a interpretação que deveria prevalecer é a de que as Diretrizes só poderiam ser utilizadas se as partes tiverem concordado expressamente com a sua incidência, caso contrário, haveria inconstitucional violação à autonomia da vontade e ao art. 14 da Lei de Arbitragem, que nada menciona sobre esse instrumento.

As Diretrizes IBA são instrumentos de *soft law* e que representam um consenso entre *players* internacionais quanto às melhores práticas referentes ao dever de revelação. Elas são extremamente úteis para dar concretude ao conceito aberto de “dúvida justificada” e vem sendo um instrumento muito utilizado nas arbitragens nacionais e internacionais. Assim, elas representam os “usos e costumes” e devem ser utilizadas também pelo Poder Judiciário como fonte de interpretação da Lei de Arbitragem. A tentativa de afastar a sua

utilização terá como efeito isolar o Brasil do cenário internacional e tornará ainda mais difícil e abstrato o exercício do dever de revelação.

E) Quanto à existência ou não de preclusão para arguir a falha no dever de revelação e/ou a impossibilidade da atuação de um árbitro

As decisões judiciais seriam divergentes quanto à ocorrência ou não de preclusão para se questionar a independência e imparcialidade do árbitro. Determinadas decisões entendem que a impugnação ao árbitro deveria ser feita na primeira oportunidade em que a parte tiver para se manifestar na arbitragem. Outras decisões entendem que não haveria preclusão por se tratar de matéria de ordem pública. Na opinião do Autor da ADPF, a interpretação que se coaduna com a Constituição Federal é a de que se trata de matéria de ordem pública, não sujeita à preclusão.

A prática nacional e internacional impõe que as partes informem sobre um fato que possa comprometer a independência e imparcialidade do árbitro no primeiro momento possível. Essa é a redação do art. 20 da Lei de Arbitragem.^[29] Ademais, trata-se de uma decorrência do dever de agir de acordo com a boa-fé, pois, caso contrário, estar-se-ia permitindo que as partes omitam e ocultem informações relevantes para que sejam utilizadas como “nulidade de algibeira” na eventualidade de perderem a disputa. Destarte, caso seja comprovado que uma parte tinha conhecimento de determinada informação, mas não a informou no momento oportuno, deve-se considerar que ela renunciou ao direito de suscitar referida informação posteriormente.

5 - Conclusões

O art. 14 da Lei de Arbitragem, que trata sobre o dever de revelação, está em consonância com as melhores práticas internacionais, o que inclusive contribuiu para que a arbitragem ocupe o papel de destaque que hoje possui no país.

29. “Art. 20. A parte que pretender arguir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.”

Contudo, recentemente, o dever de revelação tem sido alvo de iniciativas que têm como pretexto o de “aprimorar” o instituto, mas que na verdade são extremamente negativas e não se coadunam com as melhores práticas internacionais como é o caso da ADPF nº 1.050.

Do quanto exposto acima, é possível notar que a procedência da ADPF teria como efeito relegar o Brasil à qualidade de pária na arbitragem internacional, ocasionando a fuga de investimentos e capital estrangeiro. A arbitragem é um fator que atrai capital estrangeiro, pois os investidores se sentem mais seguros em investir em um país que oferece um mecanismo de solução de disputas eficiente e que segue normas internacionais. Assim, os investidores podem evitar a utilização das cortes nacionais, com as quais eles não estão familiarizados.

E mesmo dentro do país, a arbitragem também tem sido um fator importantíssimo para atrair investimentos privados, tanto que a própria Administração Pública vem se utilizando cada vez mais da arbitragem em seus contratos de concessão, de parcerias público-privadas e outros.

Por fim, também é possível mencionar que, caso a ADPF prospere, haverá uma gravíssima violação à segurança jurídica, tão cara ao setor empresarial. E isto não só porque estar-se-ia alterando a Lei de Arbitragem por meio de um mecanismo inadequado, sem passar pelo crivo do Poder Legislativo; mas também porque a Lei de Arbitragem já foi objeto de recente reforma (em 2015) e constantes mudanças na Lei geram insegurança e incerteza.

Assim sendo, é premente e indispensável que iniciativas como a ADPF sejam fortemente combatidas pela comunidade jurídica para que a arbitragem continue sendo esta alternativa adequada e mais viável para a solução de disputas empresariais em nosso país.

Como se sabe, a arbitragem é mais do que um modo de solução de controvérsias, mas parte da equação econômico financeira das transações nas quais está inserida.

3.2.

Da Admissibilidade do Agravo de Instrumento nas Decisões de Antecipação Parcial do Mérito Mesmo Diante da Mitigação da Taxatividade do Rol do Artigo 1.015 do CPC.

Maria Odete Duque Bertasi

Presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP (2007-2009).
Conselheira Nata do IASP.

Não se ignora que o agravo de instrumento é o recurso cabível apenas contra as decisões tomadas pelo juiz no curso do processo, por meio de decisões conhecidas como interlocutórias, antes de ser proferida a sentença, tendo o legislador previsto as hipóteses de admissibilidade no artigo 1.015, seus incisos, e parágrafo único do CPC, dentre eles o inciso II que admite o cabimento quando a decisão versar sobre o “mérito do processo”.

Muito se discutiu sobre a taxatividade das previsões do referido dispositivo legal, tendo havido inúmeras decisões proferidas especialmente pelos Tribunais de Justiça pelo não conhecimento do recurso que enfrentasse decisão não expressamente prevista no elenco legal, nada obstante o próprio inciso XIII prever a admissibilidade em “outros casos expressamente referidos em lei”

Pela relevância da matéria processual, renomados juristas se posicionaram sobre o assunto, a exemplo do mestre HUMBERTO THEODORO JUNIOR para quem:

“A orientação do novo Código de Processo Civil foi diversa, na medida em que enumerou um rol taxativo de decisões que serão impugnadas por meio de agravo de instrumento. Aquelas que não constam dessa lista ou de outros dispositivos esparsos do Código deverão ser questionadas em sede de preliminar de apelação ou contrarrazões de apelação” (“Curso de Direito Processual Civil”, vol. III, Forense, 2017, p. 1.052, n. 784).

Acompanhando o mesmo entendimento CASSIO SCARPINELLA BUENO pontuou:

“Importante e substancial alteração proposta desde o Anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas é a tarifação dos casos em que é cabível o recurso de agravo de instrumento, assim entendido o recurso que submete a contraste imediato pelo Tribunal decisão interlocutória proferida na primeira instância ao longo do processo. O objetivo expresso, desde a Exposição de Motivos do Anteprojeto, é o de reduzir os casos em que aquele recurso pode ser interposto” (“Manual de Direito Processual Civil”, Saraiva, 2015, p. 622)

Na medida em que a discussão sobre os limites impostos ao direito de recorrer pela via do agravo de instrumento se ampliou de forma significativa, a matéria finalmente foi enfrentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, através do Recurso Especial 1.704.520-MT, em sede de recurso repetitivo, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, em 05 de dezembro de 2018, com a seguinte conclusão:

“O rol do art. 1015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação”.

Uma vez estabelecida a regra da taxatividade mitigada aplicada ao rol do artigo 1.015 do CPC para as hipóteses em que verificada a urgência da questão recursal, acompanhada da conclusão da inutilidade do acesso aos tribunais para enfrentamento da decisão interlocutória somente por ocasião do recurso de apelação, os tribunais estaduais passaram a observar o entendimento prudentemente estabelecido.

Todavia, a taxatividade do rol do artigo 1015 do CPC, mesmo diante de sua mitigação nas hipóteses antes destacadas, ainda merece reflexão e enfrentamento pelos operadores do direito na busca de harmonização entre o texto legal e o fato jurídico processual passível de recurso desde logo, pela via do agravo de instrumento.

E o debate da matéria é de suma importância notadamente quando não se admite a interposição do recurso de agravo de instrumento se a matéria nele versada não for urgente, caso em que, reza o julgamento do Superior Tribunal de Justiça, poderá ser arguida em sede preliminar do futuro recurso de apelação.

Assim, com a postergação do enfrentamento da decisão interlocutória **à futura e eventual apelação**, considera-se não haver ofensa aos princípios do acesso à justiça e efetividade da jurisdição, entendimento, entretanto, que minimiza o risco real e patente de vir a ser oportunamente considerada preclusa a matéria exatamente pelo fato da não interposição do recurso ao tempo da prolação da decisão.

Várias situações podem ocorrer no processo levando o juiz a proferir decisões interlocutórias, assim considerados os pronunciamentos judiciais de natureza decisória que não sejam as decisões finais proferidas pela autoridade judiciária, as sentenças.

Como mencionado no início desse breve estudo, existe previsão expressa no rol do artigo 1.015 do CPC quanto à possibilidade de interposição do agravo de instrumento contra decisões interlocutórias que versem sobre o “II: - mérito do processo.”

O próprio código processual remete à complementar apreciação do conteúdo do seu artigo 356: “Do Julgamento Antecipado Parcial do Mérito”, expresso ao dispor que:

“O Juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

I – mostrar-se incontroverso.

II – estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355.

§ 1º- A decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida.

§2º- A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida por decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposta.

§ 3º- Na hipótese do § 2º, se houver trânsito em julgado da decisão a execução será definitiva.

§ 4º - A liquidação e o cumprimento da decisão que julgar parcialmente o mérito poderão ser processados em autos suplementares, a requerimento da parte ou a critério do juiz.

§ 5º- A decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento.”

Temos, portanto, um elenco de decisões de natureza antecipada e

parcial de mérito, com força executiva imediata, enfrentáveis pela via do agravo de instrumento (§5º) provavelmente com pedido de tutela recursal para suspensão de seus efeitos.

Não resta dúvida de que decisões interlocutórias desse conteúdo devem ser enfrentadas através do recurso de agravo de instrumento, não se cogitando da mitigação para posterior e futura interposição do recurso de apelação, dada a imediatidate e consequência executória do julgado antecipado parcial do mérito.

Ademais, pelo comando do artigo 487 do CPC observa-se a amplitude do alcance das decisões consideradas de mérito, conforme:

“Artigo 487 – Haverá solução de mérito quando o juiz:

- I – acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção;
- II – decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;
- III – homologar:
 - a - o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção;
 - b- a transação;
 - c- a renúncia à pretensão formulada na ação ou reconvenção.”

O festejado NELSON NERY ensina: “Por força do disposto neste parágrafo, e considerando o fato de que não se está diante de defesa definitiva, mas de decisão que resolve apenas parte do mérito, o recurso cabível é o de Agravo de Instrumento.” (Código de Processo Civil Comentado, 20ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, 2021, página 942).

Atento à admissibilidade do recurso de agravo de instrumento às decisões interlocutórias de mérito, cuja inobservância poderá acarretar preclusão da matéria recursal caso venha a ser levada ao Tribunal somente por ocasião do recurso de apelação, o Colendo Superior Tribunal de Justiça vem se manifestando de forma coesa e harmônica. Confira-se:

**EMENTA RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL.
DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE AFASTA A
PRESCRIÇÃO. DECISÃO DE MÉRITO QUE DESAFIA O
RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 487, II,
C/C ART. 1.015, II, DO CPC/15.**

1. Segundo o CPC/2015, nas interlocutórias em que haja algum provimento de mérito, caberá o recurso de agravo de instrumento para impugná-las (art. 1.015, II).

2. No atual sistema processual, nem toda decisão de mérito deve ser tida por sentença, já que nem sempre os provimentos com o conteúdo dos arts. 485 e 487 do CPC terão como consequência o fim do processo (extinção da fase cognitiva do procedimento comum ou da execução).

3. As decisões interlocutórias que versem sobre o mérito da causa não podem ser tidas como sentenças, pois, à luz do novo diploma, só haverá sentença quando se constatar, cumulativamente: I) o conteúdo previsto nos arts. 485 e 487 do CPC; e II) o fim da fase de cognição do procedimento comum ou da execução (CPC, art. 203, § 1º).

4. O novo Código considerou como de mérito o provimento que decide sobre a prescrição ou a decadência (art. 487, II, do CPC), tornando a decisão definitiva e revestida do manto da coisa julgada.

5. Caso a prescrição seja decidida por interlocutória, como ocorre na espécie, o provimento deverá ser impugnado via agravo de instrumento. Já se a questão for definida apenas no âmbito da sentença, pondo fim ao processo ou a capítulo da sentença, caberá apelação nos termos do art. 1.009 do CPC.

6. Recurso especial não provido. “RECURSO ESPECIAL Nº 1.778.237 - RS (2018/0210787-9) RELATOR, MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO.”

Acompanhando a jurisprudência, doutrinadores de escol reforçam a tese do enfrentamento pela via do agravo de instrumento, sob pena e risco de preclusão:

“Outrossim, as decisões que rejeitarem incidentalmente questões afeitas ao mérito permitem o manejo do agravo de instrumento. Cogite-se da situação em que o juiz rejeite a alegação de prescrição em decisão interlocutória, tal provimento será atacável na via do agravo de instrumento, sob pena de ser coberto pela coisa julgada no particular.” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Execução e recursos: comentários ao CPC 2015. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1072)

Não deslembra que a preocupação com o risco da preclusão também foi trazida ao debate pela no RESP 1.704.520, ocasião em que a Ministra e Relatora Nancy Andrichi, argumentou que a enunciação em rol pretensamente exaustivo, das hipóteses de cabimento do agravo, revela-se insuficiente e em desconformidade com as normas fundamentais do processo civil, na medida em que sobrevivem questões urgentes fora da lista do artigo 1.015, as quais “tornam inviável a interpretação de que o referido rol seria absolutamente taxativo e que deveria ser lido de modo restritivo”.

E ainda: “Um rol que pretende ser taxativo raramente enuncia todas as hipóteses vinculadas a sua razão de existir, pois a realidade, normalmente, supera a ficção, e a concretude torna letra morta o exercício de abstração inicialmente realizado pelo legislador”, afirmou.

Nessa linha de prudente interpretação da intenção do legislador, também destacou a senhora Ministra que “uma interpretação extensiva ou analógica mostra-se igualmente ineficaz, “seja porque ainda remanescerão hipóteses em que não será possível extrair o cabimento do agravo das situações enunciadas no rol, seja porque o uso da interpretação extensiva ou da analogia pode desnaturar a essência de institutos jurídicos ontologicamente distintos”.

Assim, e mais consentâneo para a realidade processual, orienta-se a jurisprudência mais recente no sentido de que em determinadas situações a recorribilidade da decisão interlocutória seja imediata, “ainda que a matéria não conste expressamente do rol ou que não seja possível dele extrair a questão por meio de interpretação extensiva ou analógica”.

Argumente-se, no mais, que não seria possível aguardar a apelação para trazer ao Tribunal a matéria, porque o reconhecimento da nulidade da prova impõe-se desde logo, dada a violação de direitos e regramentos do diploma processual, no dizer da Ministra:

“Trata-se de reconhecer que o rol do artigo 1.015 do CPC possui uma singular espécie de taxatividade mitigada por uma cláusula adicional de cabimento, sem a qual haveria desrespeito às normas fundamentais do próprio CPC e grave prejuízo às partes ou ao próprio processo”.

Pelas lições colhidas dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais no tocante à melhor e mais completa interpretação dos artigos mencionados nesse parcial estudo, fica evidenciado que as decisões interlocutórias são passíveis de enfrentamento, desde logo, através de agravo de instrumento, mecanismo recursal que permite a concessão de tutelas decorrentes de efeitos suspensivos e ativos, imprescindíveis, na maioria do casos, pela força executiva das decisões antecipatórias parciais de mérito com antes se destacou.

Aliás, o próprio artigo 1.015, em seu parágrafo único, do diploma processual, expressamente autoriza a interposição do agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas em fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, bem como no processo de execução e no processo de inventário.

Então, para evitar grave prejuízo às partes e ao próprio ordenamento jurídico processual, não basta a interpretação do artigo 1.015 do CPC tão somente sob a ótica da urgência e consequentemente postergação das razões recursais em sede de possível recurso de apelação.

Essa visão de solução do problema sem dúvida não é suficiente. É necessário, a cada caso, em especial nas decisões antecipatórias parciais de mérito, que se observe a força executiva da decisão proferida, muitas vezes acompanhada de penalidades e multas, bem assim as previsões de cumprimento compulsório independente de caução. Tem sido comum, com apoio nas previsões dos parágrafos do artigo 356 do CPC, o deferimento de execução ou liquidação mesmo com recurso de agravo de instrumento interposto, mostrando-se necessários, por meio dele, os pedidos de tutela recursal antes mencionados. É que o fatiamento no julgamento do mérito, por si, não altera o regime de execução que, por força do artigo 356, § 2º, do CPC, tem contornos de definitividade dada a dispensa da caução e a irrelevância da pendência de recurso interposto sem efeito suspensivo.

Assim, ao apreciar recurso contra decisão interlocutória que homologou laudo apresentado na fase de conhecimento do processo, que apurou débito contra uma das partes, por exemplo, o melhor entendimento não será o de remeter o agravante para o momento futuro da apelação, afastando a urgência de que trata a decisão do Colendo Superior Tribunal de Justiça e assim não conhecendo do recurso.

Na hipótese aventada, o recurso de agravo de instrumento é plenamente admissível, posto que proferida decisão parcial de mérito com efeitos executivos imediatos, revelando o interesse jurídico recursal da parte contra a qual o a conclusão do laudo foi dirigida.

E, ainda no caso por amostragem, mesmo em se tratando de prova produzida em fase de conhecimento do processo com possibilidade, em tese, de ser sopesada com outras por ocasião da sentença a ser proferida, impossível afastar-se o potencial lesivo imediato da decisão se analisada à luz das previsões executórias dos julgamentos antecipados parciais do mérito. Se a decisão de mérito, total ou parcial, é executável e produz efeitos de imediato, contra ela deve ser admitido e conhecido o recurso de agravo de instrumento.

Nessa linha de pensamento, com previsões mais técnicas de análise, temos:

"A decisão de julgamento parcial do mérito tanto pode reconhecer a existência da obrigação líquida como de obrigação ilíquida (caso em que será possível realizar-se posteriormente a liquidação). Caso interposto o agravo de instrumento, será possível promover desde logo a liquidação (se necessária) ou a execução da obrigação reconhecida na decisão de julgamento parcial do mérito, independentemente de caução (art. 356, §1º e 2º), salvo se atribuído efeito suspensivo ao agravo de instrumento (art. 1019, I), caso em que a decisão interlocutória não produzirá desde logo seus efeitos. Não havendo interposição de recurso admissível, a decisão de julgamento parcial do mérito transitará em julgado, admitida a execução definitiva (art. 356, § 3º)." (CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro, 6ª. edição)

Com a intenção de prestigiar a celeridade sem vulnerar o devido processo legal, a decisão antecipada de mérito tem natureza de sentença

porque encerra conteúdo decisório de resolução de parcela do mérito da lide, em que são cumuladas diversas pretensões. Vale dizer e a princípio, sem ser enfrentada pela via do recurso de agravo de instrumento não caberá discussão ou alteração quanto ao decidido, tendo operado a preclusão, fenômeno que impede sua revisão pois ofende os princípios da coisa julgada e da segurança jurídica.

“O artigo 356 do CPC/2015 prevê, de forma clara, as situações em que o juiz deverá proceder ao julgamento antecipado parcial do mérito. Esse preceito legal representa, portanto, o abandono do dogma da unicidade da sentença. Na prática, significa dizer que o mérito da causa poderá ser cindido e examinado em duas ou mais decisões prolatadas no curso do processo. Não há dúvidas de que a decisão interlocutória que julga parcialmente o mérito da demanda é proferida com base em cognição exauriente e ao transitar em julgado produz coisa julgada material (art. 356, § 3º do CPC). RESP 1845542/PR.”

Aspecto extremamente relevante sobre a possibilidade do julgamento parcial de mérito encontra-se no fato de que, em regra, não poderá ser alterado no julgamento posterior ou, melhor dizendo, nas palavras da Ministra Nancy Andrighi, no RESP1.845.542.

“O julgamento antecipado parcial do mérito somente será possível se a parcela da pretensão a ser enfrentada de imediato não puder ser alterada pelo julgamento posterior das demais questões e se presente uma das hipóteses consagradas no artigo 356 do CPC/2015,”

Ora, se a antecipação parcial do mérito precisa estar em harmonia com a sentença a ser proferida, mais ainda se evidencia a possibilidade de enfrentamento através de recurso de agravo de instrumento, mesmo sem a presença do pressuposto da urgência,

Concluindo, agradeço o convite formulado pela coordenação dos trabalhos da Revista do IASP - Instituto dos Advogados de São Paulo, entidade centenária voltada ao estudo do direito e culto à justiça, cuja diretoria tive a satisfação de integrar seis mandatos consecutivos e encerrados com a prestigiosa e indelével condição de primeira mulher a assumir o cargo de presidente.

Pela oportunidade de colaboração com o debate do tema, agradeço.

3.3.

Geração Renovável Centralizada e Distribuída – Custos, Benefícios, Subsídios e Oportunidades

Elias Marques de Medeiros Neto
Presidente da Comissão de Energia do IASP

Angela Magalhães Gomes
Diretora Técnica da PSR

Amanda Fernandes
Gerente da PSR

A matriz elétrica brasileira já é fundamentalmente renovável, com mais de 85% composta de fontes limpas. Tal fato coloca o país em posição bastante competitiva comparativamente aos demais países, no cenário em que a busca pela descarbonização da economia é condição inevitável para nosso futuro. E, a manutenção dessa posição competitiva, garantindo que a expansão da matriz siga renovável, é fundamental.

Felizmente, esta tarefa é perfeitamente possível, pois, com a redução significativa dos custos da tecnologia, no Brasil atualmente as energias solar e eólica são as mais competitivas para expansão de sua matriz elétrica, devido à combinação de nossos excelentes recursos naturais, nossa capacidade de armazenamento resultante da origem hidrelétrica (que também é renovável) e nossas redes elétricas, nacionalmente integradas. Isso significa que temos perfeitas condições de manter nossa vantagem competitiva no mundo que busca a descarbonização, sem precisar de subsídios adicionais para garantir a expansão de nossa matriz renovável.

Mas, nem sempre foi assim, pois no passado essas tecnologias eram bem mais caras e houve iniciativas para subsidiar o início à expansão das energias renováveis no país. Tais iniciativas, que também ocorreram em vários outros países, tiveram legitimidade e um papel importante no barateamento das energias renováveis aqui e no mundo.

Por sua vez, é também absolutamente legítimo que, com a expansão e o aumento da competitividade dessas energias, algo que vem ocorrendo há algum tempo, os subsídios sejam estancados, evitando que a nova expansão renovável siga sendo amparada por custos desnecessariamente repassados aos consumidores do país, reduzindo sua competitividade. Entretanto, esse processo de estancar os subsídios foi e tem sido uma tarefa complexa, principalmente por meio da atuação mais ativa do Poder Legislativo, às vezes avançando no papel do Regulador, do planejador e do formulador de políticas públicas. A situação atual demonstra mais uma vez que, tanto no Brasil quanto em outros países, discussões sobre subsídios são sempre

acaloradas, cabendo ao Estado mediar as escolhas observando e respeitando as competências de cada órgão.

O primeiro programa a criar relevantes benefícios às fontes renováveis veio através da Lei 10.438, de 2002, com a criação do PROINFA^[1], destinado à contratação compulsória, a preços específicos, das fontes eólica, PCHs e biomassa. Em 2022, o PROINFA custou aos consumidores R\$ 6 bilhões, contratando energia ao preço médio de 530 R\$/MWh, valor muitíssimo superior ao custo de novos projetos de geração eólica, por exemplo, próximo a 220 R\$/MWh. A boa notícia era que este sobrecusto acabaria 20 anos após a celebração dos contratos (o que ocorreu por volta de 2008), mas mudança trazida pelo legislativo quando da tramitação da Lei 14.182, de 2021, permitiu a prorrogação dos contratos por mais 20 anos, perpetuando possivelmente parte relevante do PROINFA.

Em seguida, veio o subsídio às fontes incentivadas (PCHs, solar, eólica, biomassa e cogeração qualificada). Previsto inicialmente na Lei 9.427, de 1996, a abrangência deste subsídio se intensificou a partir da Lei 10.438, que incluiu a fonte eólica o rol das energias incentivadas, e, principalmente, da Lei 10.762, de 2003, que aumentou significativamente o alcance das reduções das tarifas na venda de energia incentivada. De fato, na forma como está redigido hoje o dispositivo, os empreendimentos de geração ali definidos possuem desconto na TUSD/TUST^[2], sendo que tal desconto também se aplica aos consumidores que adquirirem sua energia. Este benefício já custa atualmente cerca de R\$ 8 bilhões ao ano (valores de 2022) aos consumidores do país. Deste valor, a parcela mais relevante está concentrada em projetos de grande porte de geração eólica e solar, localizados na região nordeste, onde vento e irradiação solar são mais intensos.

Na linha de estancar os subsídios, a Lei 14.120, de 2021, estabeleceu que os geradores que protocolaram solicitação de outorga até 2 de março de 2022, com entrada em operação comercial no prazo de até 48 meses da data da outorga, farão jus ao percentual de redução da TUSD/TUST. Assim, ocorreu

1. Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica.

2. “Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição” e “Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão”, respectivamente.

o fenômeno conhecido no setor como “Corrida do Ouro”, provocando um aumento desproporcional de pedidos de outorga e de conexão do sistema de transmissão que, juntos, somam 200 GW.

Por sua vez, como todo ativo de transmissão construído deverá ser pago, mesmo que “a posteriori” não seja plenamente utilizado, é preciso evitar trazer custos excessivos para o consumidor, não sendo razoável planejar e construir transmissão para os referidos 200 GW de pedidos de outorga. Assim, este processo tem trazido inúmeras discussões no Setor para organizar a fila de acesso às redes, buscando evitar que projetos em estágio mais avançados de implementação sejam bloqueados por projetos com pouca viabilidade.

O desfecho destas discussões sobre a fila indicará quanto será o valor do subsídio referente ao desconto da TUSD/TUST para as próximas décadas. Dependendo de qual for a quantidade de energia a entrar em operação dentro do prazo legal, fazendo jus ao benefício, o valor de R\$ 8 bilhões verificado em 2022 pode muito mais do que dobrar. Da mesma forma, eventuais iniciativas para alterar a Lei 14.120 e alongar os prazos nela previstos também afetarão o valor futuro do subsídio, elevando.

Finalmente, mas não menos importante, veio o subsídio à micro e mini geração distribuída (MMGD). Este subsídio surgiu no Brasil inicialmente através da Resolução ANEEL 482, de 2012, que estabeleceu o “Sistema de Compensação de Energia Elétrica – SCEE” (ou *Net Metering*), sob o qual a energia gerada pela unidade consumidora com MMGD compensa, no consumo, todos os custos associados às tarifas de fornecimento, tanto na parcela da energia, quanto transporte e encargos setoriais. Assim, através deste esquema, mesmo que a geração ocorra em momento diferente do consumo e o consumidor utilize as redes para injetar a energia gerada e absorver a energia consumida, não pagará nenhum custo de transporte neste processo, tampouco encargos setoriais.

Em 2015, novos aprimoramentos foram incorporados ao regulamento da ANEEL, beneficiando ainda mais a adoção da MMGD, principalmente porque foram criadas as modalidades do “autoconsumo remoto”, abatimento

do consumo do mesmo titular em outro local, bem como da “geração compartilhada”, permitindo alocação de crédito a múltiplas unidades consumidoras, localizadas em locais distintos, desde que dentro da mesma área de concessão de distribuição. Tal ampliação trouxe ganhos de escala e escopo ao processo, permitindo a instalação de plantas de maior porte em locais de maior insolação, ampliando bastante a capacidade da MMGD, bem como dos subsídios associados, transferidos às tarifas dos demais consumidores.

Entre 2018 e 2019, a ANEEL discutiu o tema publicamente^[3]. Em síntese, a revisão proposta pela ANEEL reduzia a quantidade de componentes tarifários contemplados no âmbito do SCEE, proposta que encontrava respaldo na crescente preocupação com o efeito da transferência de custos para os consumidores não adotantes de sistemas de MMGD. No entanto, devido à enorme resistência das partes contrárias à revisão dos subsídios, a proposta levou a uma intensa controvérsia dentro e fora do setor elétrico, o que acabou deslocando a discussão do tema para o legislativo.

Em consequência, após amplo acordo entre os principais agentes do setor elétrico, a Lei 14.300, que institui o marco legal da MMGD e trata de vários aspectos do SCEE, foi sancionada em janeiro de 2022. De forma resumida, a Lei estabelece, dentre outras questões, que, após um período de transição, que finda em 2028, a compensação da energia injetada se dará apenas na componente tarifária referente à energia para as novas beneficiadas pela MMGD, em linha com o que a ANEEL propôs no âmbito das discussões públicas e com a experiência internacional. Adicionalmente, a Lei 14.300 determinou que para as unidades beneficiadas pela MMGD no momento de sua publicação e aquelas que protocolaram solicitação de acesso na distribuidora até janeiro de 2023^[4], os benefícios integrais deverão permanecer até 2045.

Nesse contexto, o quadro atual para a MMGD no Brasil aponta para crescimentos acelerados. A capacidade instalada de 2015, de 21 MW, passou

3. Principalmente Consulta Pública nº 010, Audiência Pública nº 01/2019 e Consulta Pública nº 025/2019.

4. Com prazos estabelecidos para o início à injeção de energia.

para 17 GW no final de 2022. Este volume já impõe a transferência de custos aos demais consumidores do país (subsídio) próximo a R\$ 10 bilhões ao ano, totalizando mais de R\$ 210 bilhões até 2045. Por sua vez, a possibilidade da manutenção dos subsídios àqueles que solicitaram acesso na distribuidora até janeiro de 2023 trouxe uma nova “Corrida do Ouro”, dessa vez associada à MMGD, trazendo um volume sem precedentes nos pedidos de conexão. Somente entre outubro de 2022 e janeiro de 2023, a potência associada aos protocolos soma 32,3 GW, ou seja, quase o dobro da MMGD instalada.

Assim como no caso da “corrida do ouro” da geração renovável centralizada, o processo de conexão da MMGD nas redes de distribuição tem trazido inúmeras discussões no Setor, além de haver projetos com pouca viabilidade de entrada em operação. Portanto, ainda é incerto saber quanto dos 32 GW conseguirá conexão dentro do prazo legal, fazendo jus ao subsídio. Fato é que, novamente, o atual subsídio de R\$ 10 bilhões ao ano pode mais do que dobrar, trazendo custos adicionais aos consumidores até 2045 superiores a R\$ 200 bilhões. Entretanto, no caso da MMGD há um relevante agravante, pois, alegando insatisfação com a Resolução ANEEL 1.059 de 2023, que regulamentou a Lei 14.300, tramita na Câmara o PL 1.293, visando ampliar ainda mais os benefícios à MMGD, com impacto adicional potencial de R\$ 93 bilhões aos consumidores finais^[5].

Este voluntarismo do Poder Legislativo, que neste caso tenta substituir o papel do Regulador, além de trazer potenciais novos custos aos consumidores do país, acaba atrasando importantes discussões que poderiam estar ocorrendo no âmbito setorial, tanto aquelas que de fato cabem ao parlamento, como é o caso da reforma setorial prevista no Projeto de Lei 414, quanto as de cunho mais técnico, como a avaliação valoração dos custos e dos benefícios da MMGD, prevista no Art. 17 da Lei 14.300, que segue pendente de encaminhamento.

Este dispositivo legal seguiu a linha do debate ocorrido também em outros países que observaram a expansão expressiva da geração distribuída, na esteira da busca por um arcabouço capaz de evitar subsídios cruzados

5. Segundo cálculo feitos por diversas associações setoriais ABRADEE, ABRACEEL, ABRACE, Abeeólica e APINE.

entre a MMGD e os demais usuários do sistema. Dessa forma, como objetivo final desse processo, as tarifas aplicáveis deverão refletir adequadamente o custo imputado ao sistema elétrico como um todo por prossumidores, comparativamente àqueles imputados por consumidores com características semelhantes (por exemplo, porte e nível de tensão). De acordo com a Lei, o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) deveria ter publicado as diretrizes de cálculo dos custos e benefícios da MMGD até julho de 2022. A ANEEL deveria, a partir dessas diretrizes, estabelecer os cálculos dessa valoração em até 12 meses, ou seja, até julho de 2023. Contudo, ao mesmo tempo em que a MMGD expandiu significativamente desde a publicação da Lei, o tema do real benefício e custo dessa fonte para o sistema permanece estagnado sem a publicação das diretrizes do CNPE.

Ainda que o tema esteja estagnado, entendemos ser fundamental o debate acerca das diretrizes. Nessa linha, é imprescindível que qualquer proposição apresentada seja capaz de provar sua consistência através de simulações quantitativas, de modo que não se criem incentivos mal calibrados para o desenvolvimento de tecnologias específicas (incluindo a MMGD), com o risco de elevar a ineficiência do setor, com aumento dos custos totais e das distorções na alocação desses custos entre os diversos consumidores. Para tal, torna-se importante buscar na literatura técnica e nas experiências internacionais quais são as melhores práticas que melhor se adaptem ao Setor Elétrico Brasileiro (SEB), uma vez que simplificações podem provocar incentivos equivocados.

Diversas referências sugerem calcular o benefício ao comparar um caso sem a MMGD com o caso com a MMGD para verificar o que esta agrega ao sistema. No Brasil, país com uma matriz substancialmente renovável e franca expansão de eólica e solar centralizadas, é intuitivo entender que a MMGD está substituindo uma geração renovável e, com isso, não haveria um benefício ambiental sendo agregado ao sistema, ao mesmo tempo em que as fontes renováveis centralizadas são mais baratas devido ao fator de escala. De fato, estudo realizado pela PSR e apresentado na contribuição da Consulta Pública 129/2022 do MME (CP 129), mostra que o mix ótimo de expansão da geração, aquele que resulta em menor custo para o sistema, é o que apresenta menor capacidade de MMGD. Isso porque, reitera-se, no

modelo ótimo de expansão para o Brasil, a MMGD é substituída pela geração renovável centralizada, que é mais barata.

Outros aspectos relevantes de serem considerados na apuração dos benefícios e custos da MMGD são os efeitos locacional e temporal, aliás um pilar importante discutido desde a Consulta Pública 33/2017, do MME, que buscou modernizar o SEB, com inúmeras e relevantes discussões que seguem pendentes de implementação. O efeito temporal indica que os benefícios e custos variam ao longo do tempo, em função, por exemplo, do portfólio de geração, perfil de demanda e granularidade temporal considerada na simulação. Já o efeito locacional indica que os benefícios e custos decorrentes da presença de MMGD podem se relacionar à localização destes na rede de distribuição.

A importância desta consideração também foi externada pela EPE^[6] e pela ANEEL em suas contribuições à referida CP 129. Nas palavras da ANEEL “[...] ressalta-se que custos impostos ao sistema elétrico dependem do momento e do local em que ele é demandado para fins de consumo ou de injeção de energia. Portanto, a valoração de eventuais custos e benefícios derivados da injeção de energia por micro ou minigerador distribuído também está relacionada com o momento em que essa energia é injetada no sistema. Dessa forma, é importante considerar a diferenciação horária na valoração de tais custos e benefícios”.

Reforça-se, ainda, uma importante diretriz geral, no sentido de que a valoração de custos e benefícios de MMGD deve ser precedida de simulações, uma vez que os resultados não são intuitivos e dependem de inúmeras variáveis para análise consistente e sem distorções. O SEB conta com a utilização de várias ferramentas no âmbito dos seus estudos de planejamento e operação para realizar esses cálculos.

Nessa linha, o mesmo estudo apresentado pela PSR na CP 129 simulou o impacto da MMGD nas perdas técnicas de distribuição e os resultados mostram grande variabilidade, ocorrendo aumento das perdas

6. Empresa de Pesquisa Energética.

com a inclusão de MMGD em alguns locais e redução em outros, a depender das condições e do fluxo das redes. Ou seja, as análises indicam não haver verdade absoluta sobre o impacto da MMGD no aumento ou na redução das perdas, sendo imprescindível simular seus efeitos em cada circuito. Isso reforça que se deve evitar abordagens simplicistas e generalistas de que a presença de MMGD necessariamente reduza determinados custos.

Em suma, entende-se que as diretrizes sobre a aferição dos custos e benefícios da MMGD devem se fundamentar nos seguintes tópicos principais:

1. Metodologias transparentes, objetivas e reproduzíveis pelos agentes;
2. Construção de cenários contrafactual considerando as alternativas mais econômicas à MMGD, que, no caso da geração no Brasil, consiste nas usinas renováveis centralizadas, eólica e solar;
3. Experiências internacionais e melhores práticas;
4. Simulações prévias com modelos consistentes, difundidos e auditáveis.

A adoção de tais diretrizes, em conjunto com outras medidas destinadas à mitigação do peso dos subsídios nas tarifas finais de energia elétrica, tanto atuais quanto futuras, será fundamental para garantir a sustentabilidade do SEB.

De fato, há nas tarifas atuais excesso de custos que não têm correlação direta com a prestação eficiente dos serviços de energia elétrica, assim como há riscos concretos de que novas ineficiências setoriais sejam repassadas às tarifas futuras, o que as manteria eternamente oneradas. Tal cenário traz inúmeras consequências negativas: (i) reduz a produtividade do país; (ii) eleva custos e riscos do capital aqui investido, reduzindo nossa competitividade; (iii) funciona como “tributos regressivos”, onerando proporcionalmente mais aqueles de menor poder aquisitivo; (iv) distorce o sinal de preço do serviço prestado, afastando-se da alocação ótima dos recursos; (v) eleva a propensão ao furto de energia; dentre outros. A manutenção (ou, pior ainda, o crescimento) destes movimentos é um enorme risco para o país.

Por outro lado, um esforço conjunto para reverter este cenário, com a revisão do modelo setorial, é uma formidável janela de oportunidade para o Brasil, considerando sua vantagem competitiva, com mais de 90 milhões de consumidores e uma vocação nata para as fontes renováveis, capaz de colocá-lo em excelente posição no cenário em que as principais economias do mundo buscam a descarbonização.

3.4.

A Privacidade e a Proteção de Dados nos Hotéis e Condomínios

Mauricio Felberg

Advogado formado em 1988 pelo MACKENZIE. Inscrito na OAB/SP, e na Ordem dos Advogados Portugueses, Conselho de Lisboa. Especialização em Direito Empresarial pelo MACKENZIE. Executive LL.M em Direito Empresarial pela CEU Law School. Sócio fundador da FALP - Federação dos Advogados de Língua Portuguesa. Vice-Presidente do Tribunal de Ética e Disciplina - IV Turma, e Coordenador do Grupo Especial de Estudos sobre Ética e Processo Disciplinar, na OABSP. Associado Efetivo do IASP – Instituto dos Advogados de São Paulo, onde é Diretor Adjunto da Diretoria de Comunicação - Projeto 150 Anos, e Secretário-Executivo da Comissão de Políticas e Mídias Sociais.

Walter Calza Neto

Advogado formado em 1998 pelo MACKENZIE. Inscrito na OAB/SP. Pós-graduação em Direito Digital pela Escola Brasileira de Direito (EBRADI). Especialização em Compliance pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Extensão em Direito da Propriedade Intelectual pela WIPO Academy, Suíça. Extensão em Ética Empresarial pela FGV. Extensão em Prevenção e Detecção de Cartéis em Licitações pela Escola Nacional de Administração Pública – ENAP. Extensão em Computer Science for Lawyers CS50L pela Harvard Law School, EUA. Extensão em Segurança Digital pela Fundação Getúlio Vargas; Extensão em Ethics and Data Science – University of Michigan, EUA. Extensão em Investigação Corporativa pela Legal Ethics & Compliance (LEC/FGV). Formação em Cybersecurity Essentials (BP 0318) pela Cisco Networking Academy, EUA. Formação em Cyberwar, Surveillance and Security. University of Adelaide, Austrália. Formação em Introduction to Internet of Things (IoT) pela Rolls Royce, Inglaterra; Introdução à Segurança Cibernética pela Cisco Networking Academy, EUA. Formação em Data Privacy Awareness pela Rolls Royce, Inglaterra. Formação em Ética e Administração Pública pelo Senado Federal; Associado efetivo do IASP – Instituto dos Advogados de São Paulo, onde integra as Comissões de Políticas e Mídias Sociais, e da Lei Geral de Proteção de Dados.

Resumo: O presente artigo aborda os desafios e questões relacionadas à privacidade e tratamento de dados em condomínios e hotéis. Inicialmente, levantamos a contextualização do tema, destacando a importância do cumprimento da legislação aplicável ao tratamento de dados nesses setores. Em seguida, é abordada a importância da implementação de políticas efetivas de tratamento de dados, as especificidades do setor e a importância de se estabelecer uma cultura de tratamento adequado também dos dados dos funcionários, até como postura e exemplo por parte das empresas.

Analisamos, também, os riscos potenciais de vazamento de dados e os desafios de cibersegurança enfrentados pelo setor hoteleiro. Apresentamos formas de mitigação desses riscos, incluindo a conscientização e treinamento dos funcionários e a divulgação dos nomes e canais de contato dos encarregados do tratamento de dados.

Por fim, destacamos os riscos do dano reputacional decorrente de incidentes de privacidade e a oportunidade da cibersegurança como um diferencial de excelência para condomínios e hotéis.

Palavras-chave: direito digital, proteção de dados, condomínios, hotéis, privacidade, tratamento de dados, legislação, política de tratamento de dados, desafios, riscos, cibersegurança, Engenharia Social, treinamento, encarregado de tratamento de dados, dano reputacional, diferencial competitivo.

Contextualização

Historicamente, a busca da humanidade por viver de maneira socialmente estruturada e eficiente desencadeou o surgimento de institutos como os condomínios horizontais e verticais, espaços coletivos que facilitam a convivência social existência. Paralelamente, a evolução dos serviços de hotelaria também se desenvolveu, proporcionando acomodação e conforto aos consumidores.

O conceito moderno de condomínio teve gênese no século XIX, inicialmente na Europa e nos Estados Unidos. Diante do crescimento populacional e urbano e a necessidade correspondente de abrigar uma

população cada vez maior em espaços limitados, o loteamento de áreas para estabelecimento de diversas famílias coproprietárias e a construção de edifícios contendo múltiplas unidades residenciais tornaram-se realidade.

A aceleração da urbanização na Europa resultou na origem dos primeiros condomínios residenciais, constituídos por unidades individuais, com acesso coletivo a áreas comuns, tais como jardins, lavanderias e áreas recreativas. Esses estabelecimentos revolucionaram a noção de habitação, oferecendo comodidade, segurança e conveniência aos seus habitantes.

Simultaneamente, o conceito de hotelaria continuava a desenvolver-se. Os primeiros vestígios de estabelecimentos de hospedagem remontam à Antiguidade, com a presença de estalagens e pousadas ao longo de rotas comerciais e estradas romanas. Contudo, o conceito contemporâneo de hotelaria começou a surgir no século XVIII, particularmente na Europa. A inauguração do “City Hotel” em Nova York, em 1794, marcou o início da era moderna da hotelaria nas Américas.

Dando um salto no tempo, os avanços tecnológicos e a introdução da internet provocaram transformações consideráveis na indústria hoteleira e nos condomínios. A digitalização e as tecnologias emergentes têm influenciado a maneira como as pessoas, interagem, residem e se hospedam.

No âmbito dos condomínios, a tecnologia facilitou diversos aspectos da gestão e segurança. A comunicação também foi aprimorada com a introdução de aplicativos móveis e plataformas online dedicadas aos condomínios.

Já na indústria hoteleira, a tecnologia revolucionou a experiência do hóspede. Sistemas de check-in e checkout automatizados, integração de dispositivos inteligentes nos quartos e a implementação de sistemas e aplicativos de reservas *online* são apenas alguns exemplos de como a tecnologia melhorou a eficiência dos serviços oferecidos pelos hotéis.

A indústria hoteleira e o setor de condomínios possuem uma gama de particularidades que influenciam de forma decisiva a condução do tratamento de dados, tema atualíssimo e tão estudado pelos operadores do Direito.

Um dos elementos primordiais consiste na diversidade e importância dos dados que tais setores manipulam. Informações pessoais, financeiras, de segurança e muitas outras são sistematicamente processadas, ocasionando um desafio de administração de dados de grande envergadura. Adicionalmente, em virtude da natureza desses setores, eles se veem confrontados com um volume expressivo de dados. Detalhes de reservas de quartos, informações de pagamento, dados de identificação, entre outros, necessitam ser processados e armazenados com segurança e eficiência.

Outra especificidade se refere à alta rotatividade de consumidores e residentes. Os hóspedes de hotéis são transitórios e os residentes de condomínios se alteram ao longo do tempo, resultando em uma demanda contínua de atualização e gerenciamento dos dados. Essa dinâmica constante amplia a possibilidade de vazamentos ou uso indevido de informações, numa época em que os dados são considerados o petróleo da atualidade.

A natureza delicada dos dados coletados e tratados também é um aspecto crítico. Ambos os setores têm acesso a dados de alto grau de complexidade, como detalhes de cartões de crédito e dados pessoais de identificação, além dos aspectos afetos à privacidade e intimidade, direitos com alta tutela constitucional. Essa condição exige a implementação de medidas de segurança robustas para prevenir qualquer tipo de comprometimento.

A complexidade inerente à integração dos sistemas de dados também se destaca como uma peculiaridade. Diversos sistemas estão interconectados - desde reservas, passando por pagamentos e chegando ao controle de acesso - tornando a proteção dos dados uma atividade complexa e multifacetada. Ademais, tanto hotéis quanto condomínios fazem uso de uma variedade de prestadores de serviços, ampliando a necessidade de assegurar a conformidade desses parceiros com as normas de proteção de dados.

Um desafio suplementar se origina das rigorosas regulamentações legais, como a LGPD (Lei nº 13.709/2018) e GDPR (Regulamento (EU) 2017/679), por exemplo, que estabelecem demandas severas acerca de como

os dados pessoais e sensíveis devem ser gerenciados e protegidos. A estrita observância a essas leis é vital, porém pode se revelar desafiadora, dado o volume, complexidade e a diversidade dos dados envolvidos.

Adicionalmente, a operação eficaz de hotéis e condomínios exige acesso rápido e prático aos dados. Manter equilíbrio entre essa necessidade e a segurança apropriada é tarefa difícil, mas imperativa. Da mesma maneira, o uso crescente de tecnologia móvel nestes setores expande de modo superlativo a superfície de ataque para possíveis incidentes com os dados.

Legislação Aplicável aos Condomínios e Hotéis Relacionadas ao Tratamento de Dados

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD - Lei nº 13.709/2018) é o principal diploma legal vigente no Brasil que rege a proteção dos dados pessoais e sensíveis. Mesmo não sendo específica para hotéis e condomínios, ela abrange expressamente todas as organizações que processam dados pessoais e sensíveis. Essa legislação institui princípios, direitos dos titulares dos dados e obrigações das entidades, além de prescrever penalidades por infrações. Em particular, a LGPD requer a indicação de hipóteses específicas (bases legais) para que se possa tratar os dados, impõe limites estritos à utilização desses dados, exige transparência e divulgação completa do uso dos dados e prescreve sanções severas por descumprimento, incluindo multas vultosas.

Considerando o contexto de hotéis e condomínios, há que se ressaltar algumas das “bases legais” que possuem relevância particular.

O primeiro e talvez a mais essencial base legal a ser considerada é o consentimento, enquanto expressão da manifestação de vontade. No contexto de hotéis e condomínios, o consentimento livre, informado e inequívoco do titular dos dados - seja ele um hóspede ou um residente - é de extrema importância. Em situações nas quais não existem outras premissas legais para o tratamento dos dados, o consentimento se torna indispensável antes que qualquer manipulação dessas informações pessoais seja iniciada. Este princípio sublinha o direito fundamental do indivíduo de exercer controle sobre suas próprias informações, garantindo que o titular compreenda claramente para quais finalidades seus dados serão utilizados.

Outra base legal significativa é a necessidade de execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contratos nos quais o titular de dados é parte. Neste caso, o tratamento de dados pessoais por hotéis e condomínios pode ser realizado por esta hipótese legal. Exemplificando, a mera reserva de acomodações em um hotel ou a preparação de minuta de contrato de aluguel de um imóvel já requerem a manipulação de informações pessoais.

O cumprimento de obrigação legal ou regulatória por parte do controlador também é uma base que autoriza o tratamento de dados, principalmente pelos hotéis, visto que a Lei do Cadastro de Hóspedes (Lei nº 11.771/2008), abordada mais a frente, determina que hotéis devem coletar e manter um registro de seus hóspedes, o que envolve a gestão de dados pessoais.

O legítimo interesse, perfaz outra base legal que pode ser usada para o tratamento de dados pessoais se este for necessário para a consecução das atividades do controlador ou de terceiros, contanto que não se sobreponha aos direitos e liberdades fundamentais do titular que demandam a proteção dos dados pessoais. Uma situação que pode configurar legítimo interesse é a necessidade de medidas urgentes para garantia a segurança das edificações e seus residentes em um condomínio.

A base legal da proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro é outra premissa que autoriza e justifica o tratamento de dados pessoais. Em situações emergenciais que possam colocar em risco a vida ou a integridade física de indivíduos, os hotéis e condomínios têm a prerrogativa de gerir dados pessoais sem a necessidade do consentimento do titular nesse sentido.

E não menos importante, a proteção ao crédito também é uma base legal que autoriza o tratamento de dados pessoais, especialmente em situações de operações de crédito, conforme previsto na legislação, o que é fundamental aos hotéis e às administradoras de condomínio.

Além da LGPD, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), regulamenta o uso da internet no Brasil e estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da rede de computadores. Além disso, traça

diretrizes para a atuação do Estado. Entre suas estipulações, algumas se referem diretamente ao tratamento de dados, com implicações importantes para empresas como hotéis, condomínios e suas respectivas administrações.

Segundo o Marco Civil, a proteção aos dados pessoais é um direito fundamental, que demanda consentimento expresso para coleta e uso. Isso significa que hotéis e condomínios devem informar aos consumidores e residentes sobre a coleta de dados e obter consentimento prévio para coletar, armazenar ou usar essas informações.

Por exemplo, em um hotel, ao disponibilizar Wi-Fi aos hóspedes, estes últimos podem precisar fornecer certas informações pessoais para acesso, como nome, número de telefone ou endereço de e-mail. De acordo com o Marco Civil, é obrigatório que o hotel informe claramente a esses hóspedes que seus dados serão coletados e para qual finalidade serão usados, obtendo consentimento antes de qualquer ação.

No caso dos condomínios, informações dos moradores, visitantes e prestadores de serviço são frequentemente coletadas para fins de segurança e gerenciamento. Isso pode incluir, por exemplo, imagens de câmeras de segurança e dados pessoais coletados na portaria ou no registro de visitantes. O Marco Civil da Internet estabelece que o uso desses dados deve ser transparente, e os titulares, sejam moradores, visitantes ou prestadores de serviço devem ser informados sobre o tipo de dados coletados e a finalidade do seu uso.

Além disso, o Marco Civil também estabelece que os provedores de conexão e aplicações na internet devem manter o sigilo dos registros de conexão e dos registros de acesso a aplicações, exceto mediante consentimento ou em casos previstos em lei. Isso significa que os hotéis, que fornecem conexão à internet para seus hóspedes, ou condomínios que oferecem conexão aos residentes, devem garantir a privacidade desses registros, exceto se o usuário consentir ou a lei exigir a divulgação.

Outra lei muito importante em relação à hotelaria é a Lei nº 11.771/2008, também conhecida como Lei do Turismo ou do Cadastro de Hóspedes. O mencionado diploma legal, apresenta uma série de regulamentações

relativas ao setor turístico brasileiro, como a obrigatoriedade do Cadastro de Hóspedes em estabelecimentos de hospedagem.

A Lei do Cadastro de Hóspedes, em seu Artigo 23, estabelece que os meios de hospedagem devem manter, por um prazo de um ano, registro detalhado de seus hóspedes. Essas informações incluem dados como nome, nacionalidade, data de nascimento, procedência, destino, período de hospedagem e, em casos de estrangeiros, documento de identificação e data de entrada no Brasil. Observe-se que esta hipótese de tratamento dos dados apoia-se na base legal do cumprimento de obrigação legal ou regulatória prevista na LGPD.

Essa exigência legal tem como objetivo primordial a segurança e proteção dos hóspedes, bem como a prevenção de atividades ilícitas. Ela reforça a necessidade de gestão e controle adequados de dados pessoais por parte dos estabelecimentos de hospedagem, uma vez que tais registros contêm informações sensíveis que devem ser devidamente protegidas para assegurar a privacidade dos hóspedes.

Fazendo um paralelo com a LGPD, os princípios de finalidade, adequação e necessidade impõem que os dados coletados sejam limitados àquilo que é estritamente necessário para atingir os objetivos legais. No contexto da Lei do Cadastro de Hóspedes, isso significa que os hotéis devem se certificar de que os dados coletados sejam pertinentes e não excedam o que é necessário para atender às exigências legais.

A LGPD, a Lei do Cadastro de Hóspedes e o Marco Civil da Internet representam um tríplice arcabouço legal no Brasil que rege o tratamento de dados pessoais, com implicações significativas para a sua gestão pelos hotéis e condomínios.

Nesse *status quo*, para estar em conformidade com a legislação brasileira, hotéis e condomínios devem adotar uma gestão de dados que respeite as bases legais e princípios estabelecidos pela LGPD, a obrigatoriedade de cadastro de hóspedes estabelecida pela Lei do Cadastro de Hóspedes, e as regras sobre consentimento e sigilo presentes no Marco Civil da Internet. A integração dessas três legislações na política de tratamento de dados desses estabelecimentos é fundamental para garantir o respeito à privacidade e aos direitos dos titulares de dados.

Política de Tratamento de Dados

A proteção de dados pessoais emergiu como tema de importância preeminente na contemporaneidade, exigindo de todos os setores, inclusive hotéis e condomínios uma atenção meticulosa às obrigações legais associadas ao tratamento dessas informações. Para satisfazer a essa demanda, é imperativo a elaboração e a implementação de uma política de tratamento de dados abrangente e eficiente, contemplando uma série de tópicos fundamentais.

A efetiva implementação de uma política de tratamento de dados robusta e abrangente é essencial para que condomínios e hotéis cumpram suas obrigações legais e garantam a proteção dos dados pessoais dos indivíduos. Além de ser um requisito legal, a implementação adequada dessa política é uma demonstração de comprometimento com a privacidade e a segurança das informações pessoais, que reforça a cultura da busca de excelência na prestação de serviços e proteção de consumidores e condôminos.

Cada tópico abordado na política desempenha papel crucial na proteção de dados. Ao definir os termos, identificar responsáveis, descrever finalidades, obter consentimento, assegurar a segurança, respeitar os direitos dos titulares e estabelecer mecanismos para revisão e atualização, o condomínio ou hotel está criando uma estrutura sólida para lidar com informações pessoais de maneira ética e legalmente apropriada.

A política de tratamento de dados almeja, primordialmente, estabelecer diretrizes claras e transparentes acerca de como o condomínio ou hotel irá conduzir o manejo das informações pessoais adquiridas e processadas em suas atividades. A introdução e os objetivos da política proporcionam uma visão panorâmica do documento e firmam a finalidade de assegurar a segurança e a privacidade dos dados dos indivíduos.

A definição de termos de importância capital é fundamental para se assegurar uma compreensão compartilhada das palavras-chave empregadas na política. Assim, o documento deve apresentar definições precisas e inequívocas de conceitos pertinentes, tais como dados pessoais, titular dos dados e tratamento de dados, com o objetivo de evitar ambiguidades e interpretações equivocadas.

A nomeação e publicização do responsável pelo tratamento de dados é mais outro componente crucial, vez que designa uma figura responsável por assegurar a conformidade com as leis e regulamentos aplicáveis. Mais ainda, a nomeação de um Encarregado de Proteção de Dados, evidencia compromisso da organização em lidar de maneira apropriada com a proteção de dados. O Encarregado de Tratamento de Dados no Brasil pode ser um consultor especialista ou até mesmo uma empresa contratada para esta finalidade. Também é possível em um hotel que o Encarregado de Proteção de Dados seja um gerente ou supervisor, enquanto em um condomínio, essa responsabilidade poderia recair sobre o síndico ou o administrador do condomínio.

A política de tratamento de dados também deve discorrer sobre as bases legais nas quais o condomínio ou hotel fundamenta a realização do tratamento de dados pessoais. Isso engloba explicar as finalidades específicas para as quais os dados são coletados e utilizados, como reservas de quartos em um hotel ou controle de acesso em um condomínio. Bem assim, é relevante mencionar os procedimentos para obtenção do consentimento dos titulares dos dados, quando necessário, bem como as informações sobre a revogação desse consentimento.

A segurança e a retenção de dados são também aspectos fundamentais a serem abordados. Medidas de segurança adequadas devem ser implementadas para resguardar os dados pessoais contra acessos não autorizados, além de estabelecer prazos para retenção dos dados e critérios para sua eliminação.

A política de tratamento de dados deve incluir diretrizes precisas acerca do compartilhamento de dados com terceiros, como prestadores de serviços ou autoridades competentes. Nesse contexto, é imperativo garantir a conformidade com as leis de proteção de dados ao estabelecer os devidos mecanismos de proteção e segurança. Por exemplo, em um hotel que terceiriza seus serviços de limpeza, a política deve especificar como essas informações são compartilhadas com a empresa terceirizada. Em um condomínio, a política pode discutir o compartilhamento de dados com fornecedores de serviços de manutenção ou segurança.

A garantia dos direitos dos titulares dos dados é, sempre, um dos pilares essenciais de uma política de tratamento de dados eficaz. O documento deve descrever os direitos dos titulares, como acesso, retificação, exclusão e portabilidade, além de fornecer orientações sobre como exercer esses direitos e como a entidade deve responder às solicitações dos titulares.

No caso do tratamento de dados pessoais envolver transferências internacionais, a política deve fornecer orientações sobre esse processo, especialmente em relação aos países que não possuam níveis adequados de proteção de dados.

Com efeito, a política de tratamento de dados deve compreender uma seção que aborde a revisão periódica do documento. As leis e regulamentos associados à proteção de dados estão em constante e acelerada evolução, fazendo imprescindível que a política seja atualizada regularmente para assegurar sua conformidade contínua com as exigências legais.

A implementação de uma política de tratamento de dados bem estruturada também fortalece a confiança dos consumidores e usuários dos serviços, que compartilham seus dados pessoais com o condomínio ou hotel. Ao demonstrar transparência, responsabilidade e respeito pela privacidade, a organização constrói uma relação de confiança com seus clientes e hóspedes, estabelecendo-se como uma referência em proteção de dados no setor, reforçando uma cultura de busca da excelência na prestação dos serviços.

Ressalte-se que a elaboração da política de tratamento de dados não é um processo isolado, mas sim parte de um programa contínuo de conformidade com a proteção de dados e seus regulamentos. O monitoramento regular, a revisão e a atualização da política são necessárias para garantir que ela permaneça alinhada com as mudanças nas leis, nas regulamentações e nas melhores práticas de proteção de dados.

Desafios de Privacidade e Tratamento de Dados nos Condomínios

A ascensão da digitalização e a incorporação de sistemas de automação residencial em condomínios desencadeia relevantíssimas

questões ligadas à proteção de dados e à privacidade. Informações relevantes, como padrões de utilização, preferências dos moradores, e outros dados sensíveis, encontram-se em risco caso não sejam adotadas medidas de segurança eficazes. Logo, é essencial que, como mencionado acima, os condomínios implementem políticas de privacidade claras e transparentes, garantindo que os dados pessoais dos moradores sejam armazenados e manuseados em conformidade com a legislação e regulamentações jurídicas vigentes.

Analogamente, no setor hoteleiro, o manuseio dos dados pessoais dos hóspedes durante os processos de reserva e hospedagem exige todo cuidado e responsabilidade. É fundamental que os hotéis sigam diretrizes rigorosas para proteger as informações dos hóspedes contra possíveis violações de segurança e uso indevido. A implementação de medidas robustas de criptografia, a restrição de acesso aos dados, senhas multi fator, hierarquia de acessos e a instalação de sistemas de monitoramento são práticas essenciais para assegurar a privacidade dos hóspedes.

Outro desafio adicional é a utilização de câmeras de vigilância em condomínios e hotéis. Apesar de serem ferramentas essenciais para a segurança, é vital garantir a transparência na sua operação. Moradores e hóspedes devem ser informados e concordar com a presença desses dispositivos, com seus direitos de privacidade sempre respeitados.

Em resposta a esses desafios, condomínios e hotéis devem adotar políticas claras de privacidade, conduzir auditorias de segurança de dados e oferecer treinamento adequado aos funcionários, realçando a importância crítica da proteção de dados. Adicionalmente, é necessário cultivar a cultura da segurança da informação, onde todos os envolvidos estejam efetivamente conscientes e engajados na proteção dos dados pessoais.

Do Tratamento dos Dados dos Funcionários

Uma das dimensões menos discutidas, mas igual e altamente relevante, refere-se ao tratamento de dados dos funcionários desses estabelecimentos, em contrapartida à obrigação destes trabalhadores, de tratar adequadamente os dados dos hóspedes, visitantes, moradores e prestadores de serviços.

Tratando adequadamente os dados dos funcionários a empresa dá o exemplo e de comprometimento efetivo com a mudança de cultura necessária à implementação da adequação à LGPD e aos princípios de privacidade e cibersegurança, em uma analogia ao conceito de *tone at the top* dos processos de governança.

A proteção dos dados pessoais dos funcionários é fundamental para garantir a privacidade, a confidencialidade e a própria dignidade destes servidores e sujeitos de Direito. Assim como os hóspedes, visitantes e moradores, os funcionários de hotéis e condomínios também têm o direito de ter suas informações pessoais protegidas e tratadas de acordo com a lei. Isso inclui dados como nome, endereço, CPF, informações de saúde e detalhes financeiros.

Por outro lado, os funcionários desses estabelecimentos têm a responsabilidade de tratar adequadamente os dados dos hóspedes, visitantes, moradores e prestadores de serviços. Esses dados podem incluir nomes, detalhes de contato, informações de veículos, preferências pessoais, imagens, biometrias, entre outros. O tratamento desses dados deve estar em estrita conformidade com as diretrizes da política de tratamento de dados, que também deve especificar o nível de acesso que cada funcionário tem a essas informações, além de medidas para garantir a segurança dos dados.

Dessa forma, cria-se uma complexa rede interligada de direitos e obrigações. Os funcionários, enquanto titulares de dados, têm o direito à proteção de suas informações pessoais e, simultaneamente, enquanto trabalhadores, têm a obrigação de garantir a proteção dos dados dos indivíduos com os quais interagem em suas atividades laborais.

Evidente a importância da formação, conscientização e treinamento contínuo dos funcionários para garantir que eles compreendam suas obrigações e responsabilidades relativas à proteção de dados, como se verá mais adiante.

Dos Riscos Potenciais de Vazamento de Dados e de Cibersegurança do Setor Hoteleiro

A indústria hoteleira, marcada pelo gerenciamento extensivo de

dados pessoais, por seu turno, tem demonstrado suscetibilidade significativa às violações de dados. Tais incidentes, além de implicar danos financeiros, podem prejudicar a reputação corporativa e diluir a confiança do consumidor. Nos últimos 10 anos, várias empresas líderes do setor hoteleiro foram vítimas de violações de dados de magnitude considerável, evidenciando a urgência de aprimorar as práticas de segurança cibernética.

Um dos incidentes mais notórios ocorreu com a Marriott International em 2018, quando invasores obtiveram acesso à base de dados da Starwood Hotels & Resorts Worldwide, impactando aproximadamente 500 milhões de hóspedes. Os dados violados abarcavam informações pessoais e de contas, expondo um número alarmante de clientes a potenciais riscos.

Em 2015, a Hilton Hotels revelou que seus sistemas de ponto de venda haviam sido comprometidos, culminando na exposição de informações de cartão de crédito de centenas de milhares de hóspedes. Em consequência, a empresa foi penalizada por não ter comunicado a violação de maneira adequada.

Já no ano de 2016, a InterContinental Hotels Group, detentora de várias marcas renomadas, sofreu um ataque que afetou por volta de 1.200 de suas unidades. Os infratores instalaram *malware* nos sistemas de ponto de venda, comprometendo os dados de cartões de crédito dos hóspedes.

Outro episódio significativo ocorreu em 2017 com a Trump Hotels, onde uma falha de segurança nos sistemas de reservas expôs dados sensíveis de mais de 70.000 hóspedes, incluindo detalhes de cartões de crédito.

Adicionalmente, a Hyatt Hotels, a Sabre Hospitality Solutions e a Radisson Hotel Group também enfrentaram violações graves de dados. Em 2015, a Hyatt identificou *malware* em seus sistemas de pagamento, afetando 250 hotéis em aproximadamente 50 países. A Sabre, provedora de sistemas de reservas para a indústria hoteleira, sofreu violação em 2017 que comprometeu dados de clientes de milhares de hotéis. E já em 2018, a Radisson expôs dados pessoais de um número não divulgado de membros do seu programa de fidelidade.

Esses episódios revelam a necessidade emergente de práticas robustas de segurança cibernética. O setor hoteleiro, assim como outros setores que manipulam grandes volumes de dados pessoais e financeiros, deve adotar medidas de segurança rigorosas, como a implementação de *firewalls*, a criptografia de dados, a realização regular de auditorias de segurança e o treinamento de funcionários, para salvaguarda eficaz das informações dos consumidores.

Formas de Mitigação dos Riscos

A mitigação de incidentes de segurança passa necessariamente por uma integração de tecnologia sólida e estratégias efetivas. As precauções fundamentais compreendem a aplicação de *firewalls*, a utilização de criptografia para a proteção de dados, a realização periódica de auditorias de segurança e a capacitação de funcionários. Para o gerenciamento de incidentes concretos e das crises que deles decorrem, um plano de resposta devidamente estruturado é crucial, esmiuçando as ações necessárias no evento de uma violação de segurança.

Os perigos atrelados à segurança de dados no setor hoteleiro e condonarial são diversificados e ascendentes, especialmente à medida que estas instituições se tornam progressivamente dependentes de tecnologias digitais.

Em primeira instância, a exposição de dados configura um risco substancial. Informações pessoais e financeiras dos clientes ou residentes podem ser reveladas devido a falhas de segurança, quer seja por brechas no sistema, equívocos de funcionários, ou ataques cibernéticos mal-intencionados.

Os ataques do tipo *ransomware* representam outra ameaça severa. Tais ataques, que vem crescendo muito no Brasil e envolvem a criptografia de dados até que um resgate seja pago, podem interromper as operações rotineiras e ocasionar a perda de dados vitais. Os perpetradores podem ainda se utilizar de técnicas de *phishing*, ludibriando funcionários a divulgarem informações sensíveis, incluindo credenciais de acesso.

O acesso não autorizado a sistemas físicos também constitui risco significativo. Isso pode abranger desde a violação de sistemas de controle até o acesso indevido a câmeras de segurança, ambos representando transgressões significativas da privacidade.

O risco naturalmente se estende ao uso de dispositivos móveis, na medida em que celulares e *tablets* estão se tornando cada vez mais utilizados na gestão de reservas e outros serviços. Caso um dispositivo seja perdido ou roubado, os dados ali contidos podem ser comprometidos, vazados ou utilizados para prática de golpes.

A destruição inadequada de dados é outra preocupação que exige cautelas. Caso os dados não sejam destruídos ou descartados de maneira adequada, eles podem ser recuperados e usados maliciosamente. Além disso, parceiros, fornecedores ou prestadores de serviços terceirizados com acesso a dados sensíveis podem representar uma ameaça à segurança.

Merece destaque nesse sentido a Engenharia Social que é uma ameaça cada vez mais presente e preocupante no âmbito dos estabelecimentos hoteleiros e condomínios, representando grande risco para a segurança das informações e a privacidade dos hóspedes e residentes. Trata-se de uma forma sofisticada de ataque, que se vale da manipulação psicológica e da exploração da confiança das pessoas, a fim de obter acesso não autorizado a informações sensíveis ou realizar atividades fraudulentas. Diante desse contexto, mostra-se imprescindível que as organizações estejam cientes dos riscos decorrentes da Engenharia Social e adotem medidas proativas para salvaguardar seus clientes e preservar sua reputação.

Nos hotéis e condomínios, os funcionários podem ser alvos de golpes de Engenharia Social, como falsos representantes de empresas de manutenção ou fornecedores de serviços. Esses golpistas podem tentar obter informações privilegiadas ou acesso a áreas restritas. Portanto, os treinamentos devem incluir exemplos práticos dessas situações, destacando os sinais de alerta e as medidas preventivas.

Entre os principais riscos de Engenharia Social em hotéis e condomínios, é que se destaca o fenômeno aqui anteriormente mencionado, conhecido como

“*phishing*”. Nesse tipo de ataque, os perpetradores, mediante a utilização de artifícios, fazem-se passar por funcionários do estabelecimento, enviando e-mails fraudulentos ou efetuando ligações telefônicas aos hóspedes ou residentes, solicitando informações pessoais, tais como números de cartão de crédito, senhas ou outros dados sigilosos. Essas comunicações maliciosas, por aparentarem ser legítimas, enganam as vítimas, induzindo-as a compartilhar informações sensíveis sem qualquer suspeita.

Outra modalidade frequente de Engenharia Social é conhecida como «*tailgating*» ou “*piggybacking*”. Nesse caso, ocorre a entrada indevida de um indivíduo não autorizado nas dependências do hotel ou condomínio, valendo-se da cortesia ou da falta de vigilância dos funcionários ou moradores. Esses invasores podem acessar áreas restritas, onde obtêm informações confidenciais ou praticam atividades ilegais, como o roubo de identidade.

Além disso, é importante ressaltar que, como mencionado acima, os criminosos também podem se passar por técnicos de manutenção ou prestadores de serviços, obtendo assim acesso aos sistemas de Tecnologia da Informação (TI) ou a áreas sensíveis. Desse modo, podem instalar dispositivos de escuta ou software malicioso nos sistemas do estabelecimento, comprometendo a segurança dos dados e viabilizando futuros ataques.

Além do necessário e constante treinamento e conscientização dos funcionários tratadas a seguir, algumas medidas importantes devem ser observadas, a saber:

- Verificação de identidade: Os hotéis e condomínios devem implementar procedimentos rigorosos para verificar a identidade de qualquer pessoa que solicite informações sensíveis ou acesso a áreas restritas. Isso pode envolver a requisição de documentos de identificação oficial ou a realização de contatos por meio de números de telefone conhecidos e confiáveis.
- Políticas de segurança: As organizações devem estabelecer políticas claras de segurança, abrangendo a temática da Engenharia Social e estabelecendo diretrizes para a proteção das informações. Tais políticas devem ser amplamente comunicadas e aplicadas de forma coerente e uniforme em todas as esferas da organização.

- Monitoramento e detecção: A adoção de sistemas de vigilância e monitoramento pode contribuir para identificar atividades suspeitas ou invasões não autorizadas. Ademais, a implementação de soluções de detecção proativa, como softwares especializados, pode auxiliar na identificação precoce de tentativas de Engenharia Social e mitigar potenciais riscos.

À luz dessas considerações, se mostra inevitável enfrentar com eficácia os riscos de segurança e cibersegurança impostos no âmbito dos hotéis e condomínios. Somente por meio de uma abordagem proativa e de medidas de segurança adequadas será possível preservar a confidencialidade e a integridade das informações pessoais dos hóspedes e residentes, bem como resguardar a reputação e a credibilidade das organizações inseridas nesses setores tão sensíveis e competitivos, de modo a se evitar danos graves e indenizáveis, às vítimas, ilícitos de natureza penal, e enorme prejuízo à imagem e conceito da prestadora dos serviços.

O Treinamento, Conscientização e Sensibilização dos Funcionários e Prepostos

A conscientização e a sensibilização dos funcionários são elementos essenciais na garantia da privacidade, proteção de dados e cibersegurança em condomínios e hotéis. A crescente dependência da tecnologia e a quantidade de informações sensíveis armazenadas nos sistemas requerem uma abordagem proativa para mitigar os riscos de violações de dados e ataques cibernéticos. Neste sentido, a implementação de melhores práticas é fundamental para criar uma cultura de segurança sólida e envolver os colaboradores na proteção das informações confidenciais.

É fundamental realizar treinamentos regulares que abordem não apenas as ameaças técnicas, mas também as questões relacionadas à Engenharia Social.

Por exemplo, durante os treinamentos, os funcionários podem ser alertados sobre a importância de verificar a identidade e a legitimidade dos prestadores de serviços externos antes de fornecer informações sensíveis ou

permitir acesso a áreas restritas. Um exemplo prático poderia ser um caso em que um funcionário de um hotel recebe uma ligação de um suposto técnico de informática solicitando acesso remoto ao sistema. Ao receber esse tipo de solicitação, o funcionário deve ser instruído a entrar em contato com o departamento responsável para verificar a autenticidade da solicitação antes de conceder acesso.

Além disso, é crucial estabelecer políticas e diretrizes claras para lidar com situações de Engenharia Social. Os prepostos devem ser orientados sobre a importância de nunca compartilhar senhas ou informações confidenciais com terceiros, mesmo que pareçam ser legítimos. Um exemplo prático de falha humana relacionada à Engenharia Social pode ser quando um empregado recebe um e-mail de *phishing* solicitando sua senha de acesso ao sistema do condomínio ou hotel. Se o funcionário não estiver ciente dos perigos do *phishing*, ele pode inadvertidamente fornecer suas credenciais, permitindo que os hackers accessem informações sensíveis. Portanto, as políticas devem abordar especificamente essas situações, fornecendo orientações claras sobre como identificar e responder a tentativas de Engenharia Social.

A conscientização para a proteção de dispositivos pessoais e profissionais também desempenha papel importante na prevenção de ataques. Os funcionários devem ser instruídos sobre os riscos de fornecer acesso físico aos seus dispositivos a pessoas desconhecidas, pois isso pode levar ao roubo de informações ou instalação de malware. Por exemplo, conforme mencionado acima, um caso em que um empregado de um condomínio recebe um telefonema de alguém alegando ser um representante de uma empresa de segurança de TI. Essa pessoa pede para acessar o computador para “verificar problemas de segurança”. Se o trabalhador não estiver consciente dos perigos, ele pode conceder acesso, resultando em um comprometimento dos sistemas do condomínio, com os enormes danos daí decorrentes.

Outra prática importante é incentivar os empregados a relatarem incidentes de segurança digital ou tentativas de manipulação. Um exemplo prático pode ser quando um funcionário percebe que um indivíduo não autorizado está tentando acessar áreas restritas do condomínio ou solicitar

informações confidenciais sem justificativa adequada. Nesses casos, é crucial que o funcionário tenha consciência do risco, e se sinta à vontade para relatar imediatamente o incidente às autoridades competentes, a fim de evitar possíveis ilícitos de violação de segurança.

A conscientização e a sensibilização dos empregados que lidam com os consumidores são cruciais para garantir a privacidade, proteção de dados e cibersegurança. Ao abordar todos os temas relativos à segurança e incidente com dados com ênfase na Engenharia Social por meio de treinamentos e políticas claras, é possível fortalecer a defesa contra essas ameaças. Exemplos práticos ligados ao setor de hotéis e condomínios, como golpes de falsos prestadores de serviços e tentativas de *phishing*, certamente auxiliam os funcionários a reconhecerem e evitarem essas situações. Ao envolver todos os colaboradores na proteção das informações confidenciais, será possível mitigar os riscos de violações de dados e ataques cibernéticos, garantindo a confiança dos moradores e hóspedes. A segurança cibernética deve ser uma preocupação contínua, adaptando-se às mudanças nas ameaças e regulamentações, para preservar a integridade e a confidencialidade das informações.

Para fortalecer a conscientização em relação à privacidade, proteção de dados e cibersegurança, é fundamental estabelecer um canal específico, seguro e confidencial que permita esse relato de incidentes de segurança, violações ou preocupações relacionadas. A existência desse canal assegura que os funcionários se sintam encorajados a denunciar problemas, sem o receio de retaliações, criando um ambiente propício de confiança e colaboração.

Além disso, é imprescindível reconhecer que a responsabilidade de garantir a privacidade, proteção de dados e cibersegurança não deve ser exclusivamente atribuída à equipe de Tecnologia da Informação (TI) ou ao Encarregado de Tratamento de Dados. Todos os funcionários devem estar cientes de que desempenham um papel importante na proteção de dados da organização. Por meio de treinamentos, políticas claras, sensibilização para ameaças cibernéticas e controle de acesso, é possível estabelecer uma cultura de segurança em que cada indivíduo se sinta responsável por proteger as informações confidenciais.

É válido ressaltar que as melhores práticas devem ser atualizadas de forma contínua, a fim de acompanhar as mudanças nas ameaças cibernéticas e nas regulamentações de privacidade e proteção de dados. Manter-se atualizado é essencial para garantir a eficácia das medidas de segurança implementadas, permitindo que a organização permaneça resiliente diante das constantes evoluções tecnológicas e dos desafios de segurança associados, de modo a buscar sempre a mitigação da ocorrência de ilícitos e suas consequências extremamente danosas.

A Importância da Divulgação do Nome e Canais de Contato do Encarregado de Tratamento de Dados

Outro ponto importante é a divulgação pública do nome e meios de contato do Encarregado de Tratamento de Dados (DPO) para a efetividade do canal de comunicação com os titulares dos dados e a prevenção de reclamações ao órgão fiscalizador ANPD – Autoridade Nacional de proteção de Dados.

Com o intuito de garantir a privacidade e a segurança dos dados dos indivíduos, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), em seu artigo 41, criou a figura do Encarregado de Tratamento de Dados (DPO), responsável por assegurar a conformidade com a legislação e promover uma cultura de proteção de dados dentro das organizações.

A transparência e a comunicação efetiva são fundamentais para estabelecer a confiança entre as organizações e os titulares dos dados. Ao publicizar o nome e os canais de contato do DPO, as organizações proporcionam uma maneira clara e direta para que os titulares possam expressar suas preocupações, dúvidas e solicitações relacionadas à proteção de dados. Essa abordagem demonstra o compromisso da organização em ouvir e atender às demandas dos titulares, fortalecendo a confiança entre as partes envolvidas.

Além disso, a divulgação adequada do DPO funciona como um filtro de grande eficácia, direcionando as reclamações e denúncias para o canal apropriado. Ao estar ciente do DPO e dos canais de contato disponíveis, o

titular dos dados é incentivado a entrar em contato diretamente com o DPO para resolver suas questões. Essa prática evita que reclamações e denúncias sejam direcionadas à ANPD de forma desnecessária, otimizando os recursos dessa autoridade para casos que realmente exigem sua intervenção e oportunizando ao condomínio ou hotel que atendam os anseios dos titulares sem a necessidade de intervenção do órgão fiscalizador. Assim, a divulgação do nome DPO atua como um mecanismo de resolução de problemas no nível organizacional.

Tal divulgação também é benéfica aos titulares dos dados, consumidores dos serviços, que ao conhecerem o DPO e os canais de contato estabelecidos poderão estabelecer um diálogo resolvendo suas questões, tirando dúvidas ou exercendo seus direitos. Além disso, a divulgação proporciona confiança e empoderamento aos titulares, permitindo que exerçam seus direitos de maneira mais efetiva e obtenham respostas rápidas e adequadas para solicitações, muitas vezes solucionando conflitos que poderiam persistir, sobrecarregando a ANPD ou o Poder Judiciário. O acesso direto ao DPO contribui para uma comunicação transparente e eficiente, promovendo a proteção dos direitos dos titulares e aumentando a confiança na gestão dos seus dados, além de ser outro elemento a fortalecer a cultura de legalidade e prevalência do Direito.

O Risco do Dano Reputacional

Como temos visto diariamente nos noticiários, os incidentes de segurança, como vazamentos de dados pessoais, podem gerar consequências desastrosas para a reputação das empresas. O dano reputacional resultante desses incidentes pode ser irreparável e comprometer a relação de confiança estabelecida com clientes, parceiros comerciais e demais partes interessadas, e com enorme prejuízo à imagem e marca mercadológica construída.

Cabe ressaltar que o impacto negativo por um incidente de segurança com dados não se limita apenas aos danos financeiros, multas e perda de clientes. Surge também o dano reputacional que pode afetar a credibilidade do estabelecimento, prejudicar relacionamentos comerciais, diminuir o valor de mercado da empresa e levar a litígios judiciais e administrativos.

Nesse sentido, é fundamental que hotéis e condomínios adotem medidas proativas e eficientes para prevenir incidentes de segurança e vazamento de dados, como sugerido nesse texto. A implementação de políticas de segurança da informação robustas, o uso de sistemas de criptografia, a realização de auditorias de segurança periódicas, a contratação de profissionais especializados em proteção de dados o treinamento constante dos funcionários e a conformidade com as regulamentações de privacidade, como a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), são medidas que devem ser adotadas, reforçando a cultura de legalidade.

É essencial também que os estabelecimentos estejam preparados para responder rapidamente a incidentes de segurança, agindo de acordo com um plano de resposta a incidentes bem estruturado. A pronta comunicação com os afetados, a notificação às autoridades competentes e a cooperação com as investigações são medidas cruciais para minimizar os danos e preservar a reputação perante o público.

O dano reputacional pode ser, sem dúvida, a consequência mais devastadora de um incidente de segurança de dados. Segundo a LGPD, no Artigo 48, a organização que sofre um incidente de segurança é obrigada a notificar tanto a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) quanto o titular dos dados afetados, se o incidente puder resultar em risco ou dano relevante.

Além disso, na era da informação, notícias sobre violações de dados se espalham rapidamente, potencializando ainda mais os danos à reputação da empresa. O dano reputacional pode persistir por muitos anos, mesmo muito depois de o incidente ter sido resolvido, tornando a recuperação uma tarefa árdua, demorada e de eficácia relativa.

Esse imperativo de transparência reforça a importância de adoção de medidas de segurança sólidas para proteger os dados pessoais e pode contribuir para aumentar a confiança dos titulares dos dados na organização. Mostra que a organização é responsável e está comprometida com a segurança das informações confiadas a ela, abordando proativamente os incidentes e tomando medidas corretivas imediatas para mitigar o dano.

Da Cibersegurança como um Diferencial Competitivo

A maturidade em cibersegurança é imprescindível para salvaguardar os dados pessoais e assegurar a integridade dos sistemas no âmbito dos setores hoteleiro e condominial. Por exemplo, um estabelecimento hoteleiro que adote estratégias de segurança cibernética avançadas estará mais preparado para mitigar ameaças cibernéticas, como ataques de *ransomware*, Engenharia Social ou o vazamento de dados pessoais e sensíveis dos hóspedes. Essa abordagem madura em cibersegurança reduz de forma considerável o risco de incidentes de segurança e transmite aos clientes e parceiros o engajamento da empresa em proteger seus dados pessoais.

No mesmo sentido, uma administradora condominial que adote política transparente de coleta e utilização de dados, informando a finalidade, obtendo o consentimento dos condôminos de maneira transparente, quando necessário e respeitando seus direitos de acesso, retificação e exclusão, estabelece uma relação de confiança com esses titulares. Ademais, a implementação de medidas técnicas e organizacionais adequadas para proteção dos dados pessoais, como a criptografia e o controle de acesso restrito às informações, evidencia o comprometimento da empresa em garantir a segurança e a privacidade dos titulares, buscando sempre evitar a ocorrência dos ilícitos.

Nesse sentido em um mercado cada vez mais competitivo e preocupado com a segurança dos dados pessoais, a maturidade em cibersegurança, o tratamento respeitoso e adequado dos dados dos titulares, bem como a conformidade com a legislação de proteção de dados, constitui fatores diferenciadores no âmbito dos setores hoteleiro e condominial, notadamente para as administradoras de condomínios. Empresas que investem em cibersegurança, tratam os dados pessoais com respeito e aderem às normas legais demonstram um compromisso sólido com a proteção dos dados e a preservação da privacidade dos clientes e parceiros. Esses diferenciais não apenas mitigam riscos, evitando ilícitos e processos administrativos e judiciais, mas também promovem a confiança e consolidam a reputação da empresa, conferindo-lhe posição competitiva no mercado.

Conclusão

A privacidade e a proteção de dados têm se tornado temas cada vez mais relevantes e críticos na sociedade, com reflexos obrigacionais e de responsabilização, necessariamente, no setor de hotéis e condomínios. A presente reflexão no artigo proposto abordou a legislação aplicável, as particularidades desses mercados, a importância da política de tratamento e do encarregado (DPO), os riscos do dano reputacional e a cibersegurança como diferencial competitivo.

A LGPD impõe obrigações significativas às organizações do setor de hotéis e condomínios e suas respectivas administrações. Essas regras, de natureza legal, impõem diretrizes claras para a coleta, uso e armazenamento de dados pessoais. Compreender e cumprir a legislação é fundamental para garantir a conformidade e evitar sanções legais e danos à reputação.

Como visto, além das exigências legais, os hotéis e condomínios possuem particularidades que demandam atenção especial à privacidade e proteção de dados. Esses setores lidam com uma quantidade significativa de informações sensíveis, como dados pessoais de hóspedes, clientes e residentes. A confiança e a privacidade são elementos essenciais para o sucesso desses negócios, e qualquer falha na proteção dessas informações pode resultar em danos irreparáveis à reputação e perda de clientes.

Assim, como sugerido, a implementação de uma política de tratamento de dados eficaz é fundamental para garantir a conformidade e a segurança dos dados, evitando ilícitos e suas variadas consequências. Essa política deve abordar questões como a finalidade da coleta de dados, os métodos de armazenamento e segurança, os direitos dos titulares dos dados e os procedimentos para lidar com violações de segurança. Além disso, é essencial designar um encarregado, também conhecido como Data Protection Officer (DPO), responsável por supervisionar a conformidade com a legislação e as políticas internas de privacidade.

No mesmo sentido, a conscientização e sensibilização dos empregados e funcionários também são cruciais para garantir a proteção dos dados

dos clientes. Treinamentos regulares devem ser realizados para informar os funcionários sobre as políticas de privacidade e proteção de dados, bem como sobre as melhores práticas para evitar violações de segurança. Os colaboradores devem entender a importância da confidencialidade das informações e serem capacitados para reconhecer possíveis ameaças à segurança dos dados.

Além dos aspectos legais e regulatórios, é importante destacar que a violação da privacidade e proteção de dados pode levar a sérios danos reputacionais para os hotéis e condomínios e suas respectivas administrações. Com a crescente preocupação dos titulares com a privacidade, a confiança na empresa é um fator decisivo na escolha dos serviços. Uma violação de dados pode resultar em perda de clientes, danos à imagem da empresa e consequências financeiras significativas.

Por fim, a cibersegurança certamente constitui diferencial valorizador para hotéis e condomínios. Investir em medidas de segurança robustas, como criptografia de dados, autenticação de dois fatores, monitoramento de redes e sistemas de detecção de invasões, não apenas protege as informações dos clientes, mas também transmite confiança aos hóspedes e proprietários de condomínios.

A conformidade com a legislação, a implementação de políticas de tratamento de dados, a conscientização dos funcionários, a prevenção do dano reputacional e o investimento em cibersegurança são elementos fundamentais para garantir a confiança dos clientes, a proteção das informações pessoais e a sustentabilidade dos negócios nesses mercados altamente competitivos, além de se buscar evitar toda uma variada gama de ilícitos e suas consequências.

Referências Bibliográficas Recomendadas

BARLOW, M. A.; WARKENTIN, M. The role of mindfulness in network security policy compliance. *Information & Management*, v. 50, n. 7, p. 431-442, 2013.

BONI, B. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: LGPD - Anotada. Juspodivm, 2020.

3. ARTIGOS

BLUM, R. O.; LEITÃO, N. F. R. Marco Civil da Internet e a Proteção de Dados Pessoais. Editora Fórum, 2014.

CORTEZ, F. Proteção de Dados Pessoais: A Perspectiva do Direito Comparado e o Direito Brasileiro. Juruá Editora, 2018.

DONEDA, D. et al. Proteção de Dados Pessoais: A Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira (LGPD). Thomson Reuters Brasil, 2020.

KOENIG, G. Condomínio Edilício: Teoria e Prática. Método, 2017.

LEMOS, R. et al. Marco Civil da Internet: Comentários à Lei 12.965/2014. Forense, 2016.

QUEIROZ, A. A. Hotéis: Aspectos Jurídicos Relevantes. LTr, 2019.

TARTUCE, F. Condomínio em Edificações: Doutrina e Jurisprudência. Método, 2017.

VENOSA, S. S. Condomínio Edilício e Incorporações Imobiliárias. Atlas, 2020.

WEBER, R. Data Governance. MIS Quarterly Executive, 2015.

3.5.

Tarifa Bancária pela Abertura de Crédito Rotativo em Conta Corrente (“Cheque Especial”): Análise Econômica da Decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade

Nº 6.407/DF

Cristiano Cozer

Procurador-Geral do Banco Central. Mestre em Direito – UnB. Mestrando em Economia – IDP. Membro do Committee on International Monetary Law of the International Law Association (MocomILA).

1. Contextualização

A Resolução nº 4.765, de 27 de novembro de 2019, editada pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) mediante proposta do Banco Central do Brasil (BCB), buscou aprimorar a regulamentação aplicável à abertura de crédito rotativo em conta corrente (“cheque especial”) de titularidade de pessoas naturais e microempreendedores individuais (MEI), visando a corrigir falhas de mercado identificadas pelo regulador bancário. Duas medidas principais foram contempladas nessa norma: a limitação dos juros remuneratórios do cheque especial ao teto de 8% ao mês (art. 1º) e a faculdade de imposição de tarifa pela instituição depositária, observados determinados requisitos, em contrapartida à concessão de cheque especial a seus clientes (art. 2º).

Em 12 de janeiro de 2020, um partido político com representação no Congresso Nacional propôs Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) perante o Supremo Tribunal Federal (STF), suscitando a inconstitucionalidade do art. 2º da Resolução CMN nº 4.765, de 2019 (preceito que, como visto, versa sobre a possibilidade de cobrança de tarifa). Em 30 de abril do mesmo ano, essa ADPF foi convolada, de ofício, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.407/DF. Após regular tramitação, o STF, em sessão plenária virtual de 23 a 30 de abril de 2021, confirmou a liminar anteriormente deferida pelo relator, Ministro Gilmar Mendes, e, por unanimidade, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º da Resolução CMN nº 4.765, de 2019, inviabilizando, dessa maneira, a cobrança tarifária pela disponibilização de cheque especial.

O presente trabalho objetiva promover análise econômica da decisão proferida na ADI nº 6.407/DF, contrastando-a com a racionalidade explicitada pelo BCB como fundamento para a edição da norma. Para tanto, o item 2 abordará a justificação técnica do art. 2º da Resolução CMN nº 4.765, de 2019, que buscou responder a falha de mercado identificada pelo regulador bancário. O item 3 descreverá as principais teses do voto condutor

do acórdão proferido na ADI nº 6.407/DF, com enfoque nos argumentos de matiz econômico trazidos pelo relator. O item 4 será dedicado à análise econômica de tais teses. O item 5, por fim, concluirá.

Cabem, neste ponto, dois alertas preliminares. Em primeiro lugar, o vertente trabalho não tem o objetivo de contestar a racionalidade e, menos ainda, a legitimidade da decisão do STF na matéria. Busca-se, tão somente, abordar, sob visada estritamente econômica, um dos ângulos sob os quais a decisão pode ser analisada, sem qualquer desapreço a linhas de consideração de natureza distinta e, muito particularmente, ao labor interpretativo sobre os princípios constitucionais da Ordem Econômica e Financeira que, ao fim e ao cabo, conduziram o plenário do STF a proclamar, por unanimidade, a inconstitucionalidade do preceito regulamentar.

Em segundo lugar, o estudo debruçar-se-á exclusivamente sobre o objeto da ADI nº 6.407/DF (vedação à cobrança de tarifa pela disponibilização de cheque especial), sem tocar no restante do conteúdo da Resolução CMN nº 4.765, de 2019. Conquanto essa abordagem possa parecer restritiva, dado que o regulador bancário cogitou resposta organicamente articulada às falhas de mercado por ele identificadas, busca-se manter coerência com a delimitação da questão posta em juízo, de modo a bem apreender seus contornos. O texto, em particular, não abordará a problemática referente à imposição de limite máximo à cobrança de juros remuneratórios em cheque especial^[1].

2. O art. 2º da Resolução CMN nº 4.765, de 27 de novembro de 2019

É conhecido o desenho contratual ordinário da abertura de crédito rotativo em conta corrente: o banco no qual é mantida a conta de depósito à vista disponibiliza, ao titular da conta, limite de crédito pré-aprovado, usualmente sem garantia, cujo acionamento ocorre automaticamente para cobertura de obrigações financeiras que ultrapassem o saldo disponível em conta. Juros remuneratórios pré-fixados incidem sobre o montante de crédito

1. A análise completa do BCB sobre o tema foi consolidada em nota técnica veiculada como anexo ao Voto 246/2019-BCB, de 27 de novembro de 2019, que contém a justificação para a Resolução CMN nº 4.765, de 2019. BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2019.

efetivamente utilizado pelo cliente. Diz-se que o crédito é rotativo porque eventuais depósitos em conta corrente acarretam proporcional quitação da dívida e recomposição do limite de crédito, liberando-o para novas utilizações^[2].

O regulador bancário identificou relevantes falhas de mercado no uso desse instrumento no Brasil^[3], dentre as quais se podem destacar baixa elasticidade-preço da demanda, associada a concentração elevada na oferta do produto, e reduzida sensibilidade da taxa de juros a diferenciais no risco de crédito dos tomadores, mesmo diante de níveis de inadimplência consideravelmente superiores aos de outros produtos bancários de perfil similar. Conforme ficou acima consignado, esse diagnóstico não integra o objeto do presente trabalho. Todavia, revela interesse, para os fins deste estudo, a discussão do BCB sobre a estrutura de custos e incentivos referentes à concessão de limites de cheque especial, bem como as externalidades negativas que daí defluem.

O aspecto crucial para compreensão da mudança regulamentar introduzida pelo art. 2º da Resolução CMN nº 4.765, de 2019, é que *a concessão de cheque especial para clientes, ainda que o limite não venha a ser utilizado, impacta negativamente o balanço da instituição depositária*. Consoante a regulamentação prudencial em vigor, o limite não utilizado de cheque especial classifica-se como *crédito não cancelável incondicional e unilateralmente* pela instituição financeira, tendo em vista sua estrita vinculação contratual a promover desembolsos financeiros em favor do cliente, na extensão da linha concedida. Sobre o valor agregado dos limites concedidos e não utilizados, incide exigência regulatória de aporte de capital para fazer frente à exposição ao risco de crédito dos titulares das contas. Assim, quanto maior o volume de crédito concedido e não utilizado, maior o comprometimento de capital da instituição financeira, com evidentes impactos sobre sua estrutura de custos.

Naturalmente, para se assegurar a sustentabilidade econômica do produto (cheque especial), faz-se necessário buscar fontes de receita

2. Sobre o assunto, cf. ABRÂO, 2009. p. 155-171.

3. Para a exposição feita no restante deste item, cf. BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2019.

que permitam cobrir não apenas os custos decorrentes dos montantes efetivamente sacados por clientes que utilizam a linha, mas, também, as despesas de capital associadas aos limites de crédito concedidos e não utilizados. A única fonte de remuneração disponível no desenho contratual do cheque especial, todavia, é a cobrança de juros remuneratórios sobre os montantes que sejam sacados por clientes. Isso quer dizer que a remuneração paga pelos clientes que de fato incidem no limite do cheque especial precisa ser suficiente para custear, igualmente, o volume de limites de crédito concedidos e não utilizados por outros clientes.

Nesse contexto, em síntese, o custo do cheque especial não é internalizado pelos clientes que dispõem de limite de crédito e não o utilizam, representando *externalidade negativa* incidente sobre o conjunto dos clientes que efetivamente usam seus limites. Verifica-se, destarte, *subsídio cruzado* dos clientes que necessitam de se socorrer ao cheque especial para os clientes que mantêm limites desnecessários. Para agravar a situação, as evidências coletadas pelo BCB identificaram que tal subsídio cruzado é particularmente perverso: clientes de baixa renda e menor nível educacional tendem a utilizar o cheque especial com mais frequência e a comprometer maior parcela de seus estipêndios, ao passo que clientes de maior renda e melhor educação tendem a manter limites elevados e ociosos.

Para obviar essa situação, o BCB propugnou criar mecanismo que permitisse *internalizar os custos do limite de cheque especial*, com incentivos para que cada correntista pudesse avaliar o montante de crédito adequado a seu perfil negocial, restringindo-o ao mínimo necessário^[4]. Idealmente, o conjunto de decisões individuais racionalmente orientadas deve permitir atingir, no agregado, montante ótimo de disponibilidade de crédito rotativo no sistema financeiro, trazendo maior eficiência para a gestão de capital das instituições depositárias e menores custos para os mutuários.

Com esse objetivo, o regulador bancário propôs que as instituições fossem autorizadas a instituir *tarifa* pela concessão de limite de cheque

4. "Costs or benefits conveyed outside of the market are not priced. Whenever costs or benefits are not priced, the supplier lacks incentives to supply the efficient quantity. Overcoming this incentive problem requires pricing the externality. When an externality gets priced, its supply is channelled through a market, which is called internalizing the externality." COOTER; ULEN, 2004. p. 167.

especial a seus clientes, ampliando, destarte, o leque de possibilidades de remuneração do produto (até então, como visto, restrito à imposição de juros remuneratórios)^[5]. Os contornos cogitados para a tarifa seriam relativamente simples: (a) vedação à cobrança de tarifa até o limite de R\$ 500,00 de cheque especial; (b) autorização para cobrança de tarifa no percentual máximo de 0,25% para a parcela do limite de cheque especial que excedesse R\$ 500,00; (c) no caso de efetiva utilização do cheque especial, abatimento do valor da tarifa do montante devido a título de juros remuneratórios. Com isso, buscou-se preservar o acesso sem custo de pequenos correntistas ao cheque especial e evitar excessiva oneração dos clientes que, de fato, necessitem de utilizar o limite de crédito, sem prejuízo de que clientes com maiores volumes de crédito ocioso tivessem o incentivo correto para reavaliar seus limites, reduzindo-os tanto quanto possível, em consonância com suas necessidades negociais.

Essa foi a proposta acolhida no art. 2º da Resolução CMN nº 4.765, de 2019. A sistemática, contudo, não chegou a ser aplicada pelas instituições financeiras. Em 13 de abril de 2020, a eficácia do aludido preceito foi sustada por liminar deferida na ADI nº 6.407/DF e, posteriormente, definitivamente afastada por decisão final do STF.

3. A decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.407/DF

Este item dedica-se a expor os argumentos utilizados pelo relator da ADI 6.407/DF para fundamentar seu voto quanto à inconstitucionalidade do art. 2º da Resolução CMN nº 4.765, de 2019, acolhido, à unanimidade, pelo Plenário do STF. Em linhas gerais, a justificação do voto reúne argumentos jurídicos e econômicos, sem que haja cisão nítida entre as duas ordens de consideração.

Sob a ótica legal, o voto do relator, em síntese, fundamenta o juízo de invalidade do preceito impugnado na violação aos seguintes princípios

5. A sistemática estrita adotada na regulação então vigente sobre a cobrança de tarifas bancárias em contas de depósito de pessoas naturais e MEI (Resolução CMN nº 3.919, de 25 de novembro de 2010) não dava ensejo à instituição de tarifa pela disponibilização de cheque especial, daí a necessidade de alteração normativa para veicular autorização expressa nesse sentido.

constitucionais: (a) legalidade tributária (art. 150, inciso I, da Constituição), pois a tarifa teria “*características de taxa tributária*”; (b) proteção ao consumidor (art. 5º, inciso XXXII, e art. 170, inciso V, da Constituição); e (c) proporcionalidade ou proibição do excesso (princípio constitucional não escrito)^[6]. O presente estudo, conforme se salientou acima, passará ao largo dos aspectos relacionados à interpretação constitucional propriamente dita, tampouco se debruçando, ademais, sobre questões e incidentes processuais. Buscar-se-á, tão-somente, promover análise econômica da decisão.

Por sua vez, os argumentos do voto do relator que, integral ou parcialmente, denotam considerações de natureza econômica podem ser sumariados da seguinte maneira:

- a. A mera disponibilização de limite de cheque especial jamais foi cobrada por bancos; a única forma de remuneração historicamente praticada sempre foi a cobrança de juros pela efetiva utilização do limite de crédito;
- b. As práticas comerciais de bancos induzem clientes à contratação de limites de cheque especial de que não necessitam, de modo a “*subir escores na qualificação interna daquela instituição financeira ou obter descontos em outros serviços bancários*”;
- c. A instituição de tarifa pela simples disponibilização de cheque especial “*visa, confessadamente, a compensar os mutuantes [bancos] pela perda de arrecadação em decorrência da limitação de juros, forçada pelo CMN, no mútuo ‘cheque especial’*”^[7];
- d. O cliente bancário não deixa de usar cheque especial porque a taxa de juros diminui ou aumenta, pois “*essa distorção de mercado*

6. Ao final do voto, ademais, o relator alude a dois argumentos adicionais, embora anciãres: retroatividade em prejuízo de ato jurídico perfeito (porque a nova disciplina alcançaria contratos em curso) e desrespeito à isonomia (pois a norma impugnada aplicar-se-ia apenas a contratos de pessoas naturais e MEI, sem alcançar contratos de empresas).

7. Conquanto o relator afirme que a possibilidade de cobrança de tarifa se destinou, **confessadamente**, a compensar a redução de receita dos bancos (em virtude da imposição de teto de 8% ao mês para os juros remuneratórios), o fato é que esse argumento em momento algum foi aventado nem pelo CMN, nem pelo BCB, na justificação da medida. Não parece correto, pois, afirmar que houve, de parte do regulador bancário, a intenção (menos ainda, *confessada*) de estabelecer alguma forma de compensação pela perda de faturamento dos bancos.

não se resolve de dentro para fora (movimento inelástico aos juros). Ela é cultural. (...) não se muda cultura arraigada na população com medidas intervencionistas estatais, sem qualquer conscientização em massa”;

- e. A tarifa parece confundir-se com outras duas “potenciais naturezas jurídicas”: tributo, na modalidade taxa, e cobrança antecipada de juros;
- f. A similitude com a **taxa** (tributo) viria porque a tarifa bancária seria devida por “utilização potencial de serviço específico e divisível de manutenção de limite pré-definido de crédito denominado ‘cheque especial’, pelo simples fato de ser posto à disposição do consumidor”;
- g. Ainda que, diferentemente da taxa, o serviço (cheque especial) não seja público, seu regramento ostenta “contornos de forte regulação estatal na economia”. Em ambiente de baixa competição entre bancos, “a facultatividade da cobrança é apenas unidirecional e ilusória”, sendo de se esperar que, cedo ou tarde, os bancos venham a cobrar tarifas de seus clientes;
- h. “No atual cenário da sociedade de consumo, inexiste escolha ao consumidor”: cerca de 80 milhões de clientes com limites de cheque especial superior a R\$ 500,00^[8] seriam obrigados a “procurar as instituições financeiras para renegociar seus limites, submetendo-se a toda sorte de medidas inibitórias, consistindo em ‘alertas’ de ameaças de perda de escore, aumento de taxas em outros serviços ou perda de atendimento diferenciado, entre outras medidas”;
- i. Não se justifica a cobrança de preços diferentes pela prestação do mesmo tipo de serviço (disponibilização de cheque especial): se o limite não é utilizado, os serviços prestados pelo banco não diferem entre si, seja o limite de R\$ 500,00, R\$ 1.000,00 ou R\$ 10.000,00;

8. O quantitativo de clientes com limite de cheque especial superior a R\$ 500,00, consoante o voto, foi obtido em manifestação juntada aos autos da ADI nº 6.407/DF pela Federação Brasileira de Bancos (Febraban).

- j. A segunda potencial caracterização legal da tarifa (**cobrança antecipada de juros**) decorreria da imposição regulamentar de que seus valores sejam abatidos do montante devido a título de juros, nos casos em que o cliente efetivamente utilizar o limite de cheque especial; segundo o relator, coloca-se o consumidor *“em situação de vulnerabilidade econômico-jurídica, ao escamotear a forma de cobrança antecipada”*; em outras palavras, *“teria havido uma desnaturação da natureza jurídica da “tarifa bancária” para adiantamento da remuneração do capital (juros)”*.

Há um argumento adicional ao final do voto do relator. Ao constatar a ausência de proporcionalidade da norma impugnada, consigna o documento que *“soluções menos gravosas”* poderiam ter sido adotadas para atingir os fins almejados: *“o CMN poderia ter optado por instituir autorização de cobrança de juros em faixas, a depender do valor utilizado ou do limite exacerbado, todavia escolheu modalidade de cobrança que se assemelha a tributo ou a adiantamento de juros com alíquota única (...), por serviço não usufruído (empréstimo de capital próprio ou de terceiro).”*

4. Análise econômica dos argumentos da decisão na ADI nº 6.407/DF

Leitura atenta do voto condutor do acórdão na ADI nº 6.407/DF revela que sua argumentação de cunho propriamente econômico baseia-se em premissa que, com a devida vênia, não apreende adequadamente a composição de custos e benefícios associados à abertura de crédito rotativo em conta corrente. Essa premissa transparece na reiterada afirmação de que o cheque especial não sacado corresponderia a produto *posto à disposição, mas não utilizado (ou não usufruído) pelo cliente*, bem como na interpretação de que a tarifa seria forma de *“escamotear”* a cobrança antecipada de juros pelo uso do limite. Consequência imediata desse raciocínio é que eventual pagamento de tarifa pela manutenção de limite ocioso corresponderia à imposição injustificada de ônus para o titular da conta, dada a inexistência de contrapartida que lhe seja oferecida pelo banco.

A verdade, contudo, é que a existência crédito pré-aprovado e de liberação automática, sem possibilidade de recusa unilateral pelo banco,

representa, em si, benefício econômico efetivo (*utilidade*) para o cliente, nada havendo de irrazoável em que seja precificado e remunerado. O cheque especial não se confunde com simples oferta aberta (policitação) de mútuo, para futura e eventual contratação; trata-se, distintamente, de contrato firme de abertura de crédito, que vincula desde já a instituição financeira, sujeitando-a ao arbítrio exclusivo do cliente quanto a sacar recursos no momento em que lhe aprouver, até o limite disponível.

Em outras palavras, a utilidade do cheque especial para o cliente não se resume aos recursos que sejam efetivamente sacados. O compromisso firme do banco de cobrir eventuais demandas de recursos pelo cliente – de modo automático e independentemente de análise de crédito, negociação de termos contratuais e oferecimento de garantias – representa, em si, utilidade específica e concreta para o titular da conta.

Esse compromisso firme, por sinal, não ocorre sem despesas para a instituição depositária. Conforme se explicitou acima, a disponibilização de cheque especial, mesmo que não sacado, acarreta custos para o banco, na forma de requerimento prudencial de capital sobre os limites concedidos. Daí deflui que, distintamente do raciocínio feito no voto condutor, não é irrelevante para o banco se o limite concedido é de R\$ 500,00, R\$ 1.000,00 ou R\$ 10.000,00: quanto maior o volume de linhas de cheque especial, maior a necessidade de aporte de capital pela instituição e, por conseguinte, maiores os impactos sobre a estrutura de custos em seu balanço.

Para efeitos didáticos, por sinal, cabe pontuar a similitude do cheque especial com outros contratos cuja execução se relaciona à implementação de condições futuras sobre as quais a instituição não tem controle. Exemplos conhecidos são a fiança bancária e o seguro: o fato de a instituição fiadora ou seguradora se comprometer a, conforme o caso, pagar a dívida do afiançado ou indenizar o segurado, em caso de advento da condição pactuada (inadimplemento ou sinistro) é suficiente, em si, para justificá-la remuneração, na forma de encargos de fiança ou prêmios de seguro, ainda que a condição jamais venha a ocorrer. Exatamente como ocorre com o cheque especial, a mera existência da fiança ou seguro representa utilidade concreta e específica para o cliente afiançado ou segurado.

Em síntese, o cheque especial, mesmo não utilizado, incorpora benefícios econômicos (utilidade) para o cliente, bem como custos (exigência de aporte de capital) para a instituição financeira. Para adequado funcionamento do mecanismo do preço, o ideal é que tais benefícios e custos possam ser adequadamente internalizados pelas partes na contratação, de modo que o volume total de crédito disponibilizado e seus custos possam coincidir com níveis socialmente eficientes.

Pondera-se, pois, que a falta de clareza quanto a esse aspecto econômico, ao longo de todo o voto condutor, acabou redundando em análise desconectada da falha de mercado identificada pelo regulador bancário (ocorrência de externalidades negativas, com o correspondente subsídio cruzado entre devedores de cheque especial e clientes que mantêm limites ociosos). Toda a argumentação do voto gira em torno da ausência de justificativa para que haja cobrança de tarifa de clientes que não sacam sobre o limite do cheque especial, no pressuposto de que a única utilidade associada ao produto seria a efetiva utilização do crédito.

Segundo esclarecido acima, a autorização normativa para que os bancos possam instituir tarifa sobre o cheque especial teria o efeito de flexibilizar as possibilidades de precificação do produto. Até então, a única fonte de remuneração disponível era a cobrança de juros remuneratórios, que, como visto, alcança apenas uma fração dos clientes com cheque especial (a saber, aqueles que efetivamente sacam sobre seus limites), dando ensejo a subsídios cruzados. Com a alteração normativa, buscou-se agregar ao perfil do produto uma forma alternativa de remuneração (tarifa pela abertura de crédito), que, na medida em que permitiria alcançar todo o conjunto dos clientes com cheque especial, abriria espaço para a internalização dos custos gerados por cada um. Essa nova forma de precificação, se bem sucedida, daria ensejo a incentivos para o dimensionamento mais racional dos limites individuais de crédito, o que, por sua vez, poderia redundar, agregadamente, em níveis ótimos de crédito rotativo no sistema financeiro.

A circunstância, enfatizada no voto condutor, de jamais ter havido cobrança de tarifa pela disponibilização de cheque especial, portanto, longe de constituir argumento econômico contrário à cobrança de tarifa, está na raiz da própria falha de mercado identificada pelo regulador bancário.

Naturalmente, nada assegura que as expectativas regulatórias quanto à idoneidade da tarifa como instrumento para superar a falha de mercado viessem a se concretizar. É certo, contudo, que, ao inviabilizar a cobrança de remuneração de uma parcela dos usuários do cheque especial, a decisão do STF terminou por insulá-los de qualquer possibilidade de participação nos custos do produto, perpetuando, assim, a geração de externalidades negativas e o consequente subsídio cruzado entre clientes que sacam sobre o limite de cheque especial e clientes que mantêm limites ociosos.

Outro aspecto que se pode destacar no voto condutor é que boa parte dos argumentos de cunho econômico nele delineados não revela embasamento na literatura especializada ou em dados empíricos. Ainda que, a bem da argumentação, se possa cogitar de corresponderem à verdade dos fatos, tais juízos não escorados em evidências fragilizam possíveis exercícios orientados à análise econômica da decisão. É o que ocorre, por exemplo, com as afirmações de que (a) as práticas comerciais dos bancos induzem clientes a contratar limites de cheque especial de que não necessitam; (b) na ausência de *“conscientização em massa”*, medidas intervencionistas estatais são incapazes de estimular o uso racional do produto; (c) a facultatividade da cobrança de tarifa é ilusória, sendo os clientes, na prática, obrigados a manter os limites de cheque especial de que não necessitam. A rigor, tais juízos não embasados em evidências, em seu conjunto, acarretam inexoravelmente a conclusão de que a cobrança de tarifa seria um instrumento tecnicamente inidôneo (e, portanto, manifestamente desproporcional) para atingir a finalidade almejada pela regulação (nomeadamente, atuar como incentivo ao redimensionamento racional dos limites individuais de cheque especial). Nada assegura, sob a perspectiva da análise econômica, que assim o seja.

O voto condutor dedica-se, ainda, a abordar os inconvenientes que o mecanismo cogitado pelo regulador poderia trazer para clientes que mantêm limites não utilizados de cheque especial, dada a necessidade de medidas para reavaliação de tais limites e, possivelmente, assinatura de aditivos contratuais^[9], além da sujeição a *“toda sorte de medidas inibitórias, consistindo*

9. A bem da verdade, o alegado inconveniente provavelmente não causaria grande desconforto para o tipo de cliente bancário que costuma ter cheque especial. Na prática, o extensivo emprego de ferramentas de tecnologia da informação por bancos permite que ajustes em limites de crédito ocorram mediante comandos simples em ambiente de *internet banking* ou aplicativos de *smartphones*.

em 'alertas' de ameaças de perda de escore, aumento de taxas em outros serviços ou perda de atendimento diferenciado, entre outras medidas".

Sob a ótica da proteção ao consumidor, caberia, possivelmente, indagar se tais inconvenientes (aventados, mas não embasados em evidências empíricas) seriam de tal monta a justificar o remédio extremo de invalidação da norma regulamentar. O fato é que, para os fins da análise econômica do Direito, a reavaliação das necessidades negociais de cada cliente está no coração do mecanismo corretivo aventado pelo regulador bancário: trata-se, precisamente, da medida que se espera de cada um, visando ao redimensionamento racional dos limites individuais de crédito e mitigação da lógica perversa de subsídios cruzados entre clientes endividados e clientes com limites ociosos. Afinal, a perpetuação de vantagens para determinado grupo de clientes, à custa de subsídios cruzados pagos por outro grupo, milita contra a alocação racional e eficiente de recursos, além de, ao que tudo indica, mostrar-se contrária ao interesse na proteção do consumidor mais vulnerável.

Por fim, cabe um comentário quanto à proposta feita, ao final do voto condutor, no sentido de que seria possível atingir a finalidade da norma impugnada, de maneira menos gravosa para os consumidores, mediante a concessão de autorização aos bancos *"para a cobrança de juros em faixas, a depender do valor utilizado ou do limite exacerbado"*. Aparentemente, essa proposta baseia-se no entendimento de que a cobrança de juros progressivamente maiores de devedores cada vez mais endividados representaria menor lesão ao princípio constitucional da proteção ao consumidor do que a simples autorização regulamentar para imposição de tarifa sobre a manutenção de limites ociosos de crédito por clientes com renda mais alta e não endividados, o que parece ser contraintuitivo.

Nesse ponto, em todo caso, basta ponderar que tal solução não enfrenta a falha de mercado identificada pelo regulador bancário: por sua natureza, a cobrança de juros diferenciados alcançaria apenas a parcela dos clientes que efetivamente incidem no limite do cheque especial, sem afetar o comportamento dos clientes que mantêm limites ociosos. A medida, portanto, não seria idônea como incentivo para o redimensionamento racional dos limites não utilizados de cheque especial, para não mencionar

que a imposição de faixas regulatórias para a cobrança de juros, muito provavelmente, não seria sucedâneo eficiente para a livre precificação do crédito em mercado.

5. Conclusão

O presente trabalho buscou efetuar análise econômica da decisão adotada pelo STF na ADI nº 6.407/DF, que declarou a constitucionalidade da cobrança de tarifa bancária pela manutenção de contrato de crédito rotativo em conta corrente (cheque especial). Para tanto, o texto debruçou-se exclusivamente sobre considerações de ordem econômica, sem a pretensão de criticar a leitura da Corte quanto à interpretação dos princípios constitucionais que orientam a Ordem Econômica e Financeira.

Constatou-se que, por não haver apreendido adequadamente a composição de custos e benefícios econômicos associados ao cheque especial, a decisão sob análise acabou por não autorizar o uso de sistemática de precificação que teria potencial para superar externalidades negativas identificadas pelo regulador bancário, perpetuando, em consequência, a lógica perversa de subsídios cruzados pagos por clientes que incorrem em dívidas no cheque especial para clientes que mantêm limites não utilizados.

Espera-se que o vertente texto possa contribuir para enriquecer o debate constitucional sobre medidas regulatórias, na medida em que técnicas de análise econômica são instrumentos poderosos para a construção de soluções que ampliam a utilização racional de recursos escassos e, portanto, o bem-estar social. Sua adoção criteriosa alinha-se harmoniosamente, destarte, à finalidade precípua da Ordem Constitucional Econômica e Financeira: assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

6. Referências Bibliográficas

ABRÃO, N. **Direito bancário**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Banco Central do Brasil. Nota Técnica Decem/Depep n. 1/2019, de 5 de novembro de 2019 (anexa ao Voto 246/2019-BCB, de 27 de novembro de 2019). Disponível em: <https://normativos.bcb.gov.br/Votos/CMN/201981/Voto_0812019_

CMN.pdf>. Acesso em: 7 jun. 2023.

BRASIL. Conselho Monetário Nacional. Resolução n. 3.919, de 25 de novembro de 2010. Altera e consolida as normas sobre cobrança de tarifas pela prestação de serviços por parte das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/buscanormas>>. Acesso em: 7 jun. 2023.

BRASIL. Conselho Monetário Nacional. Resolução n. 4.765, de 27 de novembro de 2019. Dispõe sobre o cheque especial concedido por instituições financeiras em conta de depósitos à vista titulada por pessoas naturais e por microempreendedores individuais (MEI). Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/buscanormas>>. Acesso em: 7 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Cobrança de tarifa de cheque especial. Cobrança que coloca o consumidor em situação de vulnerabilidade econômico-jurídica. Desproporcionalidade da medida adotada pelo Conselho Monetário Nacional para correção de falha de mercado. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.407/DF. Requerente: Podemos. Intimado: Presidente do Banco Central do Brasil. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, sessão virtual de 23 a 30 de abril de 2021. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 7 jun. 2023.

COOTER, R.; ULEN, T. **Law & Economics**. 4. ed. Boston: Pearson Addison Wesley, 2004.

3.6.

Celular – Meio de Prova Digital – Potencial Ferramenta Crimes Cibernéticos

Fabiola Emilin Rodrigues

Sócia da área Penal Empresarial do escritório Demarest Advogados, Doutora, Mestre e Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Especialista em Crime Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. Professora do Curso de Pós Graduação Stricto Sensu PUC/SP.

1. Introdução

Vivemos em uma sociedade em que nos tornamos dependentes de informação em tempo real, onde a conectividade nos torna capazes de interagir sozinhos com milhares de pessoas, ultrapassando a barreira geográfica. O homem de hoje *“vive em um só ano, o que o homem do século XIX teria de viver em cem”*^[1], resultando na necessidade premente de se lidar com novos riscos.

Para Paulo de Sousa Mendes^[2], o modelo da sociedade de risco proposto por Beck é passível de ser resumido como sendo aquela sociedade em que proliferam novos perigos, os quais põem em xeque as condições de sobrevivência da própria humanidade.

A proliferação dos novos riscos ganhou um forte propulsor com a era da internet ou *e-commerce*, pois a fonte da informação pode ser acessada diretamente, não se fazendo necessário aguardar a divulgação decodificada feita por um intermediário.

O ataque de hackers custou US\$ 11 milhões em bitcoin para a JBS^[3], pagos como forma de resgate, após a constatação de anormalidades nos servidores. A empresa contatou o Gabinete de Investigação Federal (FBI), bem como uma equipe de especialistas em segurança digital para começaram as negociações com os invasores, que estavam ameaçando a interrupção de suas fábricas. Segundo a declaração de Andre Nogueira, presidente da divisão americana, a decisão de pagar a extorsão ocorreu para proteger os dados dos clientes.

1. FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal: Panorama de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 19.

2. MENDES, Paulo de Sousa. *Vale a pena o direito penal do ambiente?* Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000, p. 52.

3. <https://olhardigital.com.br/2021/06/10/internet-e-redes-sociais/jbs-pagou-mais-de-r-55-milhoes-para-solucionar-ataque-hacker/> Acesso em 15/09/2021

Ataques, vazamentos de dados, crimes contra a honra, fake news, são divulgados em tempo real para o mundo todo e essa informação atinge a consciência de todos, fomentando questionamentos e estudos quanto ao risco de segurança dos dados.

O poder da informação nunca esteve tão presente na sociedade quanto agora.

Esta sociedade conectada à rede de alcance mundial, ou *world wide web*, gerando trilhões de mensagens eletrônicas causam impacto no modo de vida, inserindo novos valores com percepções nem sempre exatas dos riscos existentes.

Nesse sentido, a posição de Paulo Silva Fernandes aprofunda a reflexão ao afirmar que:

[...] a sociedade de risco, novo paradigma da era industrial tardia, fruto dos excessos cometidos por uma evolução “a todo custo” têm sido causadores de uma pandora de riscos que se podem definir como invisíveis, incalculáveis, potencialmente ilimitados (tanto especial como temporariamente, como ainda quanto ao círculo de afectados), insusceptíveis de construir objecto seguro, que esbatem fronteiras tanto físicas (leia-se geográficas) como culturais - provocando uma espécie de igualdade na diferença entre todos aqueles que conosco partilham da aventura da vida, provocaram, e têm a tendência a provocar, sentimentos de insegurança, incerteza e medo das pessoas e nas organizações [...].^[4]

O Direito à privacidade e à intimidade passam a ocupar as páginas de jornais do mundo todo. Um exemplo memorável foi o episódio em que o ex-técnico da Companhia de Inteligência Americana (CIA) Edward Snowden quebrou segredo de Estado e divulgou ao mundo o sistema de monitoramento feito pelos Estados Unidos da América interceptando ligações e mensagens eletrônicas de qualquer cidadão no mundo todo^[5].

Qual o nível de segurança da informação para a nossa sociedade?

4. FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal: Panorama de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 69-70.

5. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/topicos/edward-snowden>, acesso em 15 de agosto de 2013.

A complexidade das relações sociais tem suas ramificações na criminalidade organizada, apresentando lucros fabulosos e, em larga escala, movimentando bilhões por ano, atingindo indistintamente todas as camadas da sociedade nacional ou global.

Através de ferramentas on-line, criminosos podem colocar em risco a segurança de um Estado, valendo-se por exemplo de trocas de mensagens criptografadas via WhatsApp ou redes sociais, escolha do local via programas de GPS conectados via satélite, compra de artefatos através de endereços virtuais localizados na deepweb, entre outros.

O crime já há muito tempo perdeu a cor de sangue, não está mais relacionado apenas à violência física, ganhou um colorido cinza metalizado dos crimes cibernéticos, cinza esverdeado, típico dos crimes econômicos, colarinho branco, lavagem de dinheiro, evasão de divisas, crimes ambientais, *crimes of the powerful*, tráficos de drogas, tráfico de seres humanos, de parte de seres humanos – órgãos, corrupção, concussão, dentre outros.

Com a expansão do Direito Penal em face da ruptura do paradigma de proteção exclusiva a bens individuais e sociais, os novos riscos impostos ao homem revestem-se de características multifárias, tendo diversas repercussões nas áreas do Direito. Nas duas últimas décadas, os interesses difusos ou transindividuais começaram a se mostrar como um dos elementos mais importantes para a Ciência, impondo-se, de igual modo, a mesma preocupação ao Direito Penal^[6].

O acesso ao sigilo bancário e fiscal tem nova roupagem legal, assim como as conversas mantidas ao telefone celular, alterando significativamente o campo de abrangência dos meios lícitos para obtenção da prova.

A resposta do Direito Penal tem sempre a mesma lógica, relativizando princípios e garantias, como dito pelo ex-presidente dos Estados Unidos da América do Norte, Barack Obama, quem quer segurança deve abrir mão da privacidade.

6. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-Individual*: Interesses difusos. São Paulo: RT, 2003, p. 17-18.

A divulgação dessa ameaça potencial ao bem jurídico comum, intimidade, privacidade, gera um sentimento comum de ausência de proteção do Estado, refletindo negativamente num abalo às bases da relação do indivíduo-Estado.

Essa sociedade, comandada pelos acontecimentos diários dos novos riscos, desconhece as limitações características de um direito de *ultima ratio*, e tem a expectativa de que, por meio do Direito Penal, possam ser resolvidos os novos problemas.

Segundo Renato de Mello Jorge Silveira, a complexidade proposta pela sociedade de risco proveniente dos diversos avanços desarmoniza o almejado equilíbrio do estado de bem-estar social, de todo, sempre almejado. Nela, são percebidas inter-relações sociais novas, sendo, pois, notável uma verdadeira sensação social de insegurança, um dos marcos mais significativos das sociedades da era pós-industrial^[7].

A pandemia trouxe uma importante aceleração na digitalização dos negócios, os ataques com *ransomwares* aumentaram, ora bloqueando, ora sequestrando dados das empresas em troca de criptomoedas.

A *Fortune 500*, investiu cerca de 250 milhões de dólares na *BitSight*, empresa de segurança cibernética^[8]. Já o Brasil registrou cerca de 3,2 bilhões de tentativas de ataques de hackers no primeiro trimestre de 2021, de acordo com dados da empresa *Fortinet*, o que deve implicar em uma regulação do mercado perante órgãos como a Comissão de Valores Mobiliários.

A mudança digital ocorre de forma inconsciente. A dependência virtual do uso do celular é hoje objeto de preocupação, em razão dos riscos para saúde mental.

O celular substituiu o telefone fixo, colocando em xeque nossos conhecimentos digitais a cada novo download de *app*, a facilidade com que armazena dados e informações o torna o “queridinho das Autoridades

7. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-Individual*: Interesses difusos. São Paulo: RT, 2003, p. 31.

8. <https://capitalaberto.com.br/secoes/reportagens/ainda-a-merce-de-hackers/>. Acesso em 20/09/2021.

Policiais quando do cumprimento de medidas cautelares, e, ao mesmo tempo representa uma ferramenta crescente na prática dos crimes cibernéticos.

2. O “Caminho da Prova Digital”, Medidas Cautelares e a Necessária Adesão à Convenção de Budapeste

Desde que as gerações passaram a ser cada vez mais dependentes do uso da internet para se comunicar, fazer negócios, criar fama, divulgar trabalhos, não se poderia esperar outro resultado que não fosse a utilização da internet como meio para a prática de crimes.

O combate aos crimes cibernéticos impõe novos desafios aos órgãos de repressão penal, isto porque a apuração da materialidade e da autoria ganharam contornos não previstos na norma escrita. A prova da materialidade passa a ser realizada em um ambiente virtual e não mais físico, alterando conceitos como o original, na medida em que a cópia digital representa quantos “originais” quisermos reproduzir.

O autor de um crime cibernético pode estar em qualquer lugar do mundo, podendo até mesmo ser uma máquina de Inteligência Artificial.

Conforme já reconhecido pelo STJ Relatoria da Ministra Maria Isabel Galotti^[9], o número do IP, bem como data e hora da criação da conta do e-mail, não são suficientes para a identificação do usuário que cometeu supostos ilícitos.

As *lan houses* cafeteria, bibliotecas etc., continuam carentes de uma adequada regulamentação, fomentando “terra sem lei” para quem quer uma alternativa barata e simples para se esconder através de um IP. Além disso, existe a possibilidade do uso de embaralhadores de IP, capazes de alterar constantemente a identidade do computador, ou então sites que promovem mecanismos de criptografia por camadas.

9. STJ – Agravo em Recurso Especial: AREsp 5307414-47.2016.8.09.0051 GP 2019/0338766-5 Decisão Monocrática. <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860007490/agravo-em-recurso-especial-aresp-1618683-go-2019-0338766-5/decisao-monocratica-860007500>

É preciso mudar a percepção comum de que o acesso à prova digital ou telemática é lento e ineficiente. A sensação experimentada pelo criminoso na sala de sua casa é a de segurança, anonimato e incompetência da polícia investigativa, mesmo porque, em um passado não muito longínquo os registros das ocorrências nas Delegacias de Polícia eram adiados, porque o sistema/rede de conexão estava fora do ar.

O Estado precisa investir em conexões de internet de alta qualidade, equipes especializadas e equipamentos compatíveis, além de assinar acordos internacionais que viabilizem a implementação de recursos eficientes, em especial no ganho de tempo na apuração da prova do crime cibernético.

Equipes preparadas significam, equipes cientes de que a vítima tem um papel fundamental na identificação do “caminho da prova digital”. Segundo Spencer Toth Sydow^[10]:

Muito importante relembrarmos que nos delitos informáticos, em grande parte das vezes, é a própria vítima quem tem a maior capacidade de coleta de elementos indiciários, preservação desses elementos e demonstração de autoria, sendo muitas vezes, até prescindível um inquérito policial, exceto quando se vê necessária uma oitiva, uma quebra de sigilo de logs de acesso ou a vítima não consegue produzir os elementos para garantia de uma investigação.

No entanto, essa mesma vítima pode se autocolocar em risco contribuindo para a ocorrência do crime quando, por exemplo, não atualiza os programas de segurança, acessa e-mails de locais sem qualquer mecanismo de segurança, como lobbies de hotéis, utiliza wi-fi de locais públicos como shoppings, restaurantes, compartilha fake news, e, infelizmente, quando demora na comunicação do ilícito às Autoridades Policiais.

Um dos muitos avanços que a pandemia trouxe foi a realização do Boletim de Ocorrência Eletrônico em quase todas as localidades do país. Para se identificar o endereço eletrônico da sua região, basta colocar no google “nome da cidade” + “delegacia eletrônica”, que será sugerido o endereço eletrônico.

10. SYDOW, Spencer Toth. Curso de Direito Penal Informático. Partes Geral e Especial. p. 328

Na cidade de São Paulo o endereço é : <https://www.delegaciaeletronica.policiacivil.sp.gov.br>.

Nem todos os crimes são passíveis de registros online, em São Paulo podem ser registrados as seguintes infrações penais: Roubo ou Furto de Veículos, Furto de Documentos/Celular/Placa de Veículo/Bicicleta, Perda de Documentos/Celular/Placa de Veículo, Roubo de Documentos, Celulares e/ou Objetos, Injúria, Calúnia ou Difamação, Acidente de Trânsito Sem Vítimas, Desaparecimento de Pessoas, Encontro de Pessoas, Furto de Fios/Cabos em vias públicas (somente para empresas concessionárias), entre outras Ocorrências.

Ainda, são vedados registros de Ocorrência Online para crimes como de Estupro, Homicídio, Latrocínio. Para esses crimes, o comparecimento deve ser presencial ao Distrito Policial mais próximo.

Em tempos de criminalidade por meio digital, as provas deixaram de estar armazenadas no *hard drive* e migraram para a nuvem, em *backups* ou até mesmo em servidores localizados em países estrangeiros, dificultando a eficiência na análise pericial do objeto da busca e apreensão.

De igual modo, a interceptação telefônica de dados informáticos e telemáticos prevista na Lei nº. 9.296/96 também teve a sua eficácia reduzida, pois os criminosos passaram a utilizar outras plataformas para se comunicar por voz, como o *WhatsApp*, *Facebook Messenger* e *Instagram*.

De acordo com o Conselho Europeu da ONU, o cibercrime é a modalidade criminosa que mais cresce no mundo todo, afetando mais de 3 bilhões de usuários da internet, causando prejuízo da ordem de 3 trilhões de reais por ano. Ainda, segundo dados da Estratégia Nacional de Segurança Cibernética, o Brasil é o segundo país no mundo com maiores perdas causas por crimes cibernéticos.

O crescimento acentuado dos números trouxe preocupações comuns para diversos países, a contar pela ausência dos limites geográficos para a prática do crime, colocando em xeque teorias que definem a competência para sua apuração, bem como gerando demanda por regulamentações

internacionais, seja para colaboração na apresentação da materialidade, seja para responsabilização criminal.

A Convenção de Budapeste ou Convenção sobre o Cibercrime foi criada em 2001, na Hungria, entrou em vigor em 2004, tendo mais de 60 países signatários, sendo 44 Estados do Conselho da Europa e 20 Estados não membros, tais como os Estados Unidos, Canadá, Argentina, Chile, Peru e Colômbia.

Como seria desejável, a convenção reconhece o respeito à soberania dos Estados, preservando direitos e garantias, através de ferramentas que promovem a cooperação internacional aliada à uma atuação da indústria privada no combate a cibercriminalidade.

Em seus 48 artigos de fácil leitura e compreensão, a convenção traz considerações relevantes sobre confidencialidade, integridade e disponibilidade de sistemas informáticos e dados informáticos, com a necessidade de proteção às interpretações telefônicas e informáticas.

Ainda, trata sobre a importância de proteger as falsidades e burlas informáticas, importância da prova pericial informática, bem como a preocupação com a pornografia infantil e a importância da Cooperação Internacional atualmente.

Com a realidade da pandemia, os crimes praticados por meio virtual aumentaram, seja do ponto de vista material ou processual. Logo, todos os cidadãos brasileiros ganhariam muito com a adesão do Brasil à Convenção de Budapeste, representando um importante avanço no combate aos crimes de lavagem de dinheiro, fraudes financeiras, terrorismo, tráfico de pessoas e de drogas, entre outros.

Em 2019, o Conselho da Europa tornou a convidar o Brasil para aderir à Convenção de Budapeste, na expectativa que possamos participar da elaboração de leis penais que tipificam os crimes cibernéticos.

A adesão trará reflexos importantes para o cumprimento das medidas cautelares e, consequente, responsabilização criminal. A discussão ainda se

encontra em tramitação perante a Câmara dos Deputados que, em junho de 2021, por meio da Comissão de Relações Exteriores, deu início a tramitação de urgência do Projeto de Decreto legislativo nº 255, que tem como relator o Senador Vitor Hugo (PSL-GO).

Ora, além da morosidade do nosso Poder Legislativo e Executivo, não se vislumbra qualquer motivo para que o Brasil ainda não tenha aderido à Convenção. O engajamento internacional no combate à criminalidade transnacional é medida de urgência.

Isto porque, o Marco Civil da Internet de 2014, a recente Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD e a Estratégia de Segurança Cibernética (Decreto nº 10.222/2020) não suprem os ganhos com a adesão ao tratado internacional.

2.1 Celular – o “queridinho” no momento das medidas cautelares e o acesso aos dados contidos no aplicativo WhatsApp

É inegável que o celular se tornou o principal dispositivo informático para toda pessoa física, criando um vínculo nocivo de dependência emocional. Há quem diga que o celular é uma extensão virtual dos pensamentos, dos melhores momentos, dos lembretes, do contato dos amigos, da consulta rápida ao que está acontecendo na própria cidade ou no mundo, do saldo bancário, dos pagamentos através do PIX, das aplicações e resgates financeiros, dos cadastros em sites de compra virtual, entre outras.

Já há quem trabalhe somente usando o celular como principal veículo de comunicação, os chamados influencers digitais.

Diante de tamanha utilidade não é por acaso que se tornou o “queridinho” das Autoridades no momento do cumprimento das medidas cautelares. O que as pessoas ignoram é o fato de que, de um momento para o outro, seja porque foram assaltadas, seja porque tiveram seus dispositivos informáticos apreendidos, e, no segundo caso, entre a perícia e a restituição do bem, podem se passar muitos meses.

Atualmente, em todas as medidas policiais de prisão em flagrante ou busca e apreensão os celulares, quando localizados, são sempre objeto de

apreensão. Isto porque, é sabido que os usuários/criminosos migraram as atividades pessoais e profissionais para a rede virtual, armazenando em um único equipamento eletrônico um riquíssimo material probatório.

Os celulares hoje armazenam todo tipo de dado pessoal de fotos, vídeos a senhas bancárias, assim como armazenam dados profissionais, seja através dos e-mails, bem como dos documentos.

Pode o Delegado de Polícia durante uma prisão em flagrante apreender o aparelho celular sem ordem judicial? E, ainda, analisar o conteúdo do aplicativo do WhatsApp ou outros aplicativos?

O Marco Civil da Internet, Lei N. 12.965/14, traz no texto legal expressamente a proibição de acessar informações consideradas sigilosas sem ordem judicial. Logo, a Autoridade Policial precisa obrigatoriamente de uma ordem judicial para ter acesso aos dados contidos no *WhatsApp* ou em qualquer outro aplicativo.

Não se pode aceitar que ocorra uma relativização das garantidas fundamentais diante do interesse público, flexibilizando o acesso aos dados do *WhatsApp* sem a devida autorização judicial.

A prova será considerada ilícita quando estiver em desrespeito com às inviolabilidades previstas na Constituição Federal. Logo são invioláveis: a dignidade humana, a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem. Portanto, a atividade exercida pelo Delegado de Polícia deve obedecer a estritas normas procedimentais.

Assim, o óbvio precisa ser levado a sério, ou seja, não se pode devassar a vida e intimidade sem a autorização judicial, conforme previsão do artigo 5º, incisos X e XII da Constituição Federal.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 51.531/RO, julgado pela 6ª Turma, se manifestou pelo desentranhamento da prova obtida sem autorização judicial, na Relatoria do Ministro Néfi Cordeiro, a saber:

“(...) atualmente o celular deixou de ser apenas um instrumento de conversa de voz à longa distância, permitindo, diante do avanço tecnológico, o acesso de múltiplas funções, incluindo, no caso, a verificação da correspondência eletrônica, de mensagens de outros aplicativos que possibilitam a comunicação por meio de troca de dados de forma similar à telefônica convencional. Deste modo, ilícita é tanto a devassa de dados, como das conversas de WhatsApp obtidos de celular apreendido, porquanto realizada sem ordem judicial.”

Ainda nesse julgado, merecem destaque os Votos do Ministro Rogério Schietti Cruz:

“(...) o acesso dos dados do celular e às conversações de WhatsApp sem ordem judicial constituem devassa e, portanto, violação à intimidade do agente”.

E da Ministra Maria Thereza de Assis Moura:

(...) “Os dados mantidos num aparelho celular atualmente não se restringem mais, como há pouco tempo atrás, a ligações telefônicas realizadas e recebidas e a uma agenda de contatos. Tais aparelhos multifuncionais contém hoje, além dos referidos dados, fotos, vídeos, conversas escritas em tempo real ou armazenadas, dados bancários, contas de correio eletrônico, agendas e recados pessoais, histórico de sítios eletrônicos visitados, informações sobre serviços de transporte públicos utilizados etc. Enfim, existe uma infinidade de dados privados que, uma vez acessados, possibilitam uma verdadeira devassa na vida pessoal do titular do aparelho. É inegável, portanto, que os dados constantes nestes aparelhos estão resguardados pela cláusula geral de resguardo da intimidade, estatuída no artigo 5º, X, da Constituição. A proteção dos dados armazenados em aparelhos celulares, portanto, é ínsita ao direito fundamental à privacidade”.

Ocorre que, na prática sabemos que outros argumentos podem ser apresentados pela Autoridade Policial, legitimando não apenas a apreensão, como também o acesso ao conteúdo, valendo-se da flexibilização da teoria das provas ilícitas.

Dentro do possível, o esperado é que a Autoridade Policial colha/apreenda no momento do flagrante todas as evidências que possam ser utilizadas como prova da prática do crime, solicitando Autorização Judicial para então proceder a análise do conteúdo do dispositivo eletrônico.

No caso dos mandados de busca e apreensão, atualmente, quando expedidos para apurar crimes contra a ordem econômica, crimes financeiros, tráfico de drogas e muitos outros crimes passíveis de terem sido praticados pelos meios digitais, as ordens judiciais possuem o seguinte texto:

(...) para que se arrecade todo e qualquer objeto/documento relacionado com os delitos apurados em relação à XXXX, especialmente, equipamentos eletrônicos portáteis, estações de trabalho e documentos físicos ou binários que possam guardar dados hoje inalcançáveis pelos meios já utilizados que possam conter arquivos a respeito da contratação sindicada, telefones móveis, tablets, computadores, HD eterno, pens-drives, disquetes, CDs, DVDs, cartões de memórias de todos os gêneros(a exemplos de cartões SD) e, inclusive, material impresso, documentos e anotações, acaso existente.

Logo, quando do cumprimento, resta evidente que a ordem judicial é extremamente abrangente e o “celular/queridinho” está mais do que legitimado a ser apreendido, sendo as conversas, documentos, vídeos, fotos, áudios, e tudo mais que puder ser acessado, tais como base de e-mails utilizados como prova na investigação criminal.

2.1.1 Criptografia do WhatsApp - É possível interceptar mensagens criptografadas? Cuidados links recebidos.

Não, até o momento da elaboração desse artigo não é possível interceptar mensagens criptografadas.

A criptografia é um meio de se assegurar a proteção à liberdade de expressão e de comunicação privada, garantia reconhecida expressamente na Constituição Federal (art. 5º, IX). Protegendo desse modo os direitos dos usuários da internet, garantindo a privacidade de suas comunicações.

Logo, faz sentido que o Estado encoraje a utilização da criptografia, procurando manter o ambiente digital com a maior segurança possível para os usuários.

Mas, e nas hipóteses em que a criptografia é utilizada para acobertar a prática de crimes, como, por exemplo, os casos de pornografia infantil, pirataria, racismo, entre outras? A partir daí, indaga-se o quanto o Estado está preparado para acessar e decodificar essas mensagens.

Entre os motivos do celular ter se tornado o queridinho do cibercriminoso é o fato de que através do compartilhamento de links no aplicativo *WhatsApp* se torna muito fácil e comum o direcionamento para uma página falsa e ao entrar na página, automaticamente ocorre a solicitação envio de notificações *push* é enviada, no momento em que a vítima da permissão o criminoso passa a mandar anúncios que geram lucros por meio de visualizações.

O mercado de publicidade digital cresceu exponencialmente, entretanto, muitas ofertas tentadoras que aparecem como propaganda nos aplicativos contêm links capazes de instalar vírus maliciosos como o *Mobile malware*.

A tecnologia à disposição do homem produz benefícios e malefícios, demandando um papel muito mais ativo do Estado para conscientizar a população, fomentando a realização de denúncias.

2.2. Cadeia de custódia digital – questão prática: esqueceram a contraprova?

Diante de tantas inovações, a prova digital está presente na apuração não apenas dos crimes cibernéticos, mas dos crimes praticados através da conexão à internet, e deve assegurar transparência, controle, proporcionalidade e meios para realização de um contraditório digital.

E o que seria um contraditório digital? Quais são os cuidados que estão sendo adotados com a autenticação e a demonstração da proveniência dos dados digitais?

Geraldo Prado ^[11] acertadamente reflete que a apreensão de computadores tem se tornado algo banalizado, como ocorreu num passado recente com as interceptações das comunicações telefônicas, gerando ilegalidades, práticas constitucionais. Atualmente, toda e qualquer medida cautelar de busca e apreensão apresenta um texto mais genérico possível delegando os peritos à sorte na localização das provas nos equipamentos eletrônicos apreendidos.

11. <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-geraldo-prado.pdf>. Acesso em 19/09/2021.

No momento em que o Tribunal determina que ocorra a busca e apreensão de equipamentos, deveria também determinar a realização de ao menos uma cópia de segurança de todas as informações contidas no equipamento que está sendo apreendido e deveria entregar essa cópia de segurança ao dono do equipamento. Assim como é feito quando da coleta de amostra física no local do crime em que o investigado fica com a “contraprova”.

Infelizmente, ao invés de o perito examinar o dispositivo eletrônico no local, mediante realização de uma cópia adequada ou espelhamento, opta-se pelo caminho mais curto, qual seja, a apreensão do hardware/do equipamento como um todo.

E, na maioria das vezes, a demora na realização da perícia e devolução dos equipamentos eletrônicos significam meses. Além disso, não existe segurança de que os equipamentos serão devolvidos contendo todas as informações.

Não são raras as vezes em que, diante da necessidade de se “quebrar” as senhas para acessar o conteúdo, existe danificação/destruição de arquivos, restando ao particular o ônus de contratar uma empresa privada na tentativa de recuperar documentos e arquivos que lhe são “caros” seja pelo valor probatório, senha pelo valor sentimental, quando se trata de fotos e vídeos de pessoas queridas.

No caso de o material apreendido conter crime em si, tal como pornografia infantil, então uma segunda cópia de segurança “selada” deveria ser produzida e entregue aos advogados para uso da defesa, que pode optar, por exemplo, pela contratação de um perito assistente.

A Lei nº 13.964/2019 inseriu no Código de Processo Penal os artigos 158- A à 158-F, cujo *caput* do artigo 158- A dispõe o que o legislador considera como cadeia de custódia, a saber:

Art. 158-A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.

§ 1º O início da cadeia de custódia dá-se com a preservação do local de crime ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio.

Ocorre que, a composição de uma prova digital é completamente distinta de uma prova física, a começar porque no físico não há que se falar em periciar prova rasgada/queimada passível de ser recuperada. Ao passo que no campo digital isso significa os arquivos deletados - o que leva muitas vezes ao encontro de arquivos espelhados ou fragmentos de arquivos incompletos.

As gravações digitais são feitas de modo linear-progressivo, ou seja, a posição 1 ocupada pelo documento 1, a posição 2 pelo documento 2, e assim sucessivamente, no caso de um arquivo ser deletado ele vagará a sua respectiva posição que somente será preenchida quando todo o procedimento lógico for atendido.

No campo virtual, existem muitas formas de se recuperar arquivos deletados através de empresas especializadas.

Ou seja, é preciso que se discuta mais sobre prova digital, bem como que se implemente ferramentas eficientes, tais como as que estão sendo discutidas no texto do novo Código de Processo Penal (NCPP).

As provas digitais ocuparam cada vez lugar na solução de crimes, para se ter uma ideia do que está sendo discutido no texto do NCPP, serão considerados meios de prova (art. 304) (i) a busca e apreensão de dispositivos eletrônicos, sistemas informáticos ou quaisquer outros meios de armazenamento de informação eletrônica, e o tratamento de seu conteúdo; (ii) a coleta remota, oculta ou não, de dados em repouso acessados à distância; (iii) a interceptação telemática de dados em transmissão; (iv) a coleta por acesso forçado de sistema informático ou de redes de dados; (v) o tratamento de dados disponibilizados em fontes abertas, independentemente de autorização judicial.

Muitas mudanças estão por vir, algumas mais polêmicas como a coleta por acesso forçado (307 NCPP), mas o fato é que o legislador precisa avançar ou seremos território fácil para a prática de crimes cibernéticos.

3. Crimes Cibernéticos

A grande maioria dos tipos penais podem ser praticados por meio da internet, até mesmo o clássico homicídio, que hipoteticamente, pode ser praticado pelo acesso remoto ao servidor de um hospital, alterando-se o banco de dados informatizado e impedindo que um remédio essencial a determinado paciente “x” seja ministrado, levando-o a morte.

Entre os crimes praticados por meio da internet, se tornaram corriqueiros os crimes contra a honra (calunia, injúria, difamação), crimes contra o patrimônio (furto, estelionato, extorsão), crimes sexuais (reveng porn, pedofilia), crimes contra o consumidor, entre outros.

Além disso, existem outros crimes que são praticados exclusivamente através da internet, como os trazidos pelas alterações legislativas (Lei nº 12.737/2012; Lei nº 14.155/2021).

O fato é que nem todos que se utilizam das atividades disponíveis na rede de internet estão atentos a quantidade de crimes que podem ser vítimas. A chamada “era digital” representa novas tecnologias, novas redes sociais, aplicativos e equipamentos eletrônicos que se conectam através da internet, bem como novos riscos e novos crimes.

O aumento dos crimes cibernéticos por conta da pandemia representa novos riscos, o fato de as pessoas utilizarem muito mais as ferramentas sociais, as pessoas em home office utilizam muito mais as ferramentas de trabalho e os aplicativos de uso pessoal ao mesmo tempo, e, como resultado estão muito mais dispersas, e consequentemente, acabam não estando preparadas para as armadilhas cibernéticas espalhadas no mundo virtual.

Em um único dispositivo eletrônico – o celular - somos capazes de passar muitas horas por dia conectados, inúmeros dados são acessados e informações pessoais e profissionais são compartilhadas, senhas, dados bancários, transações de todo grau de vulnerabilidade são incentivados pela máxima da conectividade + praticidade = eficiência dos aplicativos.

Mas e a segurança? Quem paga essa conta?

De forma prática, o presente artigo apresenta algumas ponderações sobre alguns dos crimes cibernéticos próprios e não próprios.

3.1. Invasão informática

Como resultado de mais uma ocorrência de invasão em dispositivo informático, na oportunidade de uma atriz conhecida pela mídia, foi promulgada a Lei nº 12.737/2012 chamada “Lei Carolina Dieckmann^[12]”, introduzindo um novo tipo penal, previsto no artigo 154-A do Código Penal, posteriormente alterados pela Lei nº 14.155/2021, visando proteger a confidencialidade, integralidade e disponibilidade dos dados/arquivos existentes.

Segue abaixo o texto legal:

“Art. 154-A. Invadir dispositivo informático **de uso** alheio, conectado ou não à rede de computadores, com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do usuário do dispositivo ou de instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa

§ 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput.

§ 2º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se da invasão resulta prejuízo econômico.

§ 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa

§ 4º Na hipótese do § 3º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver

12. Devido a um vazamento de fotos ocorrida no computador da atriz que foi fazer manutenção técnica e havia fotos íntimas. Após a obtenção ilícita o agente resolveu extorquir a atriz, motivando a aprovação do PL 35/2012 na Camara dos Deputados, incialmente PL 2793/2011.

divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidas.

§ 5º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra:

I - Presidente da República, governadores e prefeitos;

II - Presidente do Supremo Tribunal Federal;

III - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou

IV - dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal”

A proteção prevista no “caput” do art. 154 ganhou uma alteração importante com a inclusão da palavra “uso”, vez que na redação original era “invadir dispositivo informático alheio” e passou a ter a redação “invadir dispositivo informático de **uso alheio**”, ampliando ainda mais a possibilidade de aplicação da norma legal, bem como protegendo os casos em que o dispositivo informático foi emprestado para terceiro, costumeiramente namorada(o); alguém da família; do trabalho, e o dispositivo é acessado sem autorização.

Outra alteração importante que vale citar é que não se obriga mais que o dispositivo informático contenha mecanismo de segurança tais como senhas, antivírus firewall e estratégia de verificação em duas etapas.

Restou mantido o dolo específico de “obter, adulterar ou destruir dados ou informações” ou “instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita”. O legislador visou proteger o acesso não autorizado seja para simplesmente retirar a privacidade, demonstrando a inexistência de segurança, ou então para manipular e sabotar dados.

De igual modo, o texto legal protege o caso de invasão remota do servidor de *backup* de mensagens eletrônicas, não sendo necessário acessar diretamente o aparelho da vítima, mas sim o serviços de *backup*, bastando para tanto que o cibercriminoso tenha conseguido as credenciais necessárias

para acessar os dados hospedados no servidor de *backup* da vítima.

Outra alteração significativa foi o aumento da pena, aumentando para reclusão de 1 a 4 anos, deixando de ser classificado como crime de menor potencial ofensivo e facultando a determinação de interceptação telefônica no curso da investigação. Houve igual incremento da pena para as causas de aumento e as qualificadoras do tipo penal.

Por outro lado, uma das críticas que permanece é a falta de previsão legal para a conduta de mera curiosidade, aquela famoso “eu só estava olhando” não causei qualquer dano, ou então, “queria te ajudar verificando se descobria eventual vulnerabilidade”. Isto porque, o legislador entendeu que o dolo precisa ser o de atingir os dados ou informações específicas.

Outro ponto que não foi alterado no *caput* se refere a necessidade de instalar vulnerabilidades, quando na prática a instalação é de apenas uma vulnerabilidade.

Assim, para que haja configuração tipo penal se faz necessário

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DO ART. 154-A DO CÓDIGO PENAL. INVASÃO DE DISPOSITIVO INFORMÁTICO. REPRESENTAÇÃO. INEQUÍVOCO INTERESSE DE INSTAURAR A AÇÃO PENAL DEMONSTRADO. TESE DE ABSOLVIÇÃO. ÓBICE DA SÚMULA N.º 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento de que a representação da vítima para a investigação ou deflagração da ação penal não exige nenhum rigor formal, bastando a demonstração inequívoca do interesse da vítima ou do representante legal em iniciar a persecução criminal. 2. Na hipótese, como bem retratado no acórdão recorrido, além de mencionar as supostas ameaças que estaria sofrendo, a Vítima também noticiou que o Acusado “publicou fotos íntimas em redes sociais sem sua permissão para denegrir sua imagem, fotos essas que estavam em seu celular que o Acusado furtou”, o que demonstra o inequívoco interesse de representação também quanto ao delito do art. 154-A do Código Penal. 3. No caso, o pleito recursal de absolvição implicaria, necessariamente, o reexame de todo o conjunto fático-probatório, o que não se coaduna com a via eleita, em face do óbice do enunciado n.º 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. 4. Agravo regimental desprovido. 05/02/2019 (STJ - AgRg no AREsp: 1394738 ES 2018/0296072-6, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data

de Julgamento: 05/02/2019, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/02/2019 RMDPPP vol. 88 p. 109) (g. e n/n

Trata-se de crime que exige representação, ou seja, a vítima deve representar seja por meio de ação penal pública condicionada. Sendo de extrema necessidade que a vítima represente, manifeste seu desejo de que os fatos sejam investigados e o autor punido.

3.2. Crimes contra a honra praticados por WhatsApp

De início, cumpre esclarecer que por crimes contra a honra entende-se Difamação, Calúnia e Injúria, a saber de forma objetiva as diferenças:

Difamação – imputar um fato a alguém que ofenda a sua reputação. Nesse caso, tanto faz se o fato é verdadeiro ou não, sendo relevante a vontade de atingir a honra objetiva da vítima. Exemplo: fazer montagens de mau gosto e publicar ou publicar fotos da vítima em situação vexatória no Facebook, em grupo de WhatsApp da empresa ou de amigos.

Calúnia – quando o ofensor afirma que a vítima praticou algum fato capaz de ser considerado infração penal, mas que sabe que não é verdadeiro ou que não houve sentença penal transitada em julgado. Exemplo: comentários feitos no perfil de determinado usuário em uma rede social ou site de relacionamento imputando a vítima a prática de determinado crime. Exemplo: dizer que a pessoa é um estelionatário pela venda de um produto com defeito.

Injúria – quando ocorre ofensa à dignidade ou o decoro, atingindo de forma proposital a honra subjetiva. O crime se torna ainda mais grave se envolver questões relacionadas a raça, cor, etnia, religião ou pessoas portadoras de necessidades especiais. Exemplo: publicação se referindo a vítima pelo termo “macaca/o”.

Ora, qual a probabilidade de uma vítima crime contra honra praticado por meio de WhatsApp obter a condenação do ofensor em grau de recurso?

Para responder a esse questionamento que muitos devem se fazer, merece destaque o interessante trabalho ^[13] realizado pelas autoras Aline

13. <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/563/2019/09/5.10.pdf>. Acesso em 18/09/2021

Patricia Mallmann Scheeren, Cristiane Born Cerentini da Rocha e Rosane Leal da Silva que, concluiu que 48% das vítimas possuem chances de vitórias nos processos ajuizados envolvendo crime contra a honra, contra 52% de derrota. A derrota estaria atribuída a fatores como impossibilidade de comprovação do dolo, não comprovação de que a violação ultrapassou o foro íntimo, insuficiência de provas, decadência, cessação da violência, impossibilidade de divisão dos acusados e troca mútua de ofensas.

Cresce o número de pessoas que passaram a achar comum ofender a reputação de alguém através da utilização do aplicativo, acreditando que exista uma tolerância do Judiciário, quase que como uma nova causa de excludente de ilicitude ou culpabilidade, diante de esclarecimentos como: “foi sem querer” “tomado pelo calor da discussão” “não fiz nada apenas reagi a uma provocação”.

Ainda pior, muitas ocorrências sequer são reportadas ao Judiciário e, outras tantas, as partes não possuem conhecimento de que houve um ato criminoso.

O aplicativo do *WhatsApp* possui mais de um bilhão de usuários. Assim, os meios de propagação ganharam novas dimensões, se sofisticaram e ampliaram nos últimos tempos em decorrência do uso da internet, tanto que, no estudo realizado pelas autoras até 2019, de todos os Tribunais de Justiça de todos os Estados do Brasil, 16 já apresentavam decisões jurisprudenciais.

Nesse sentido, na dúvida se em um diálogo houve a prática de difamação, injúria ou calúnia, recomenda-se tirar um “print” da conversa, geralmente de *WhatsApp* e, ato seguinte, realizar uma Ata notarial^[14], ou seja, registrar em cartório perante um oficial de justiça que tem fé pública para atestar o ocorrido, garantindo assim a validade da prova.

O Novo Código de Processo Civil admitiu expressamente como prova os documentos eletrônicos, produzidos e conservados com a observância da legislação específica (art. 441), haja vista a facilidade das alterações em decorrência do estado da técnica e da experiência dos tribunais.

14. Art. 384 Novo Código de Processo Civil “A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião. Parágrafo único. Dados representados por imagem u som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial.

Outro ponto relevante é o fato de que as pessoas perderam o cuidado e porque estão tendo conversas entre dois dispositivos informáticos, presumem que são conversas privadas. Entretanto, basta um print seguido de um encaminhar para um grupo no *WhatsApp* ou grupo de e-mails, para as conversas serem lidas por terceiros, configurando assim os crimes contra a honra.

3.3. Furto previsto art. 155 do Código Penal

O crime de fruto ganhou uma nova qualificadora no § 4º-B, a saber:

4º-B. A pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, se o furto mediante fraude é cometido por meio de dispositivo eletrônico ou informático, conectado ou não à rede de computadores, com ou sem a violação de mecanismo de segurança ou a utilização de programa malicioso, ou por qualquer **outro meio fraudulento análogo**.

§ 4º-C. A pena prevista no § 4º-B deste artigo, considerada a relevância do resultado gravoso:

I – aumenta-se de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado mediante a utilização de servidor mantido fora do território nacional;

II – aumenta-se de 1/3 (um terço) ao dobro, se o crime é praticado contra idoso ou vulnerável.

Restou claro ao legislador a necessidade de se incluir a previsão de proteção expressa para os casos em que a vítima se encontra num momento de menor vigilância, quando ocorre a instalação de programas maliciosos, infectando o dispositivo informático com *vírus, worms, bots e trojans*.

Cada vez mais comum, a instalação física e ilegítima de *hardware sniffers*, são instrumentos eletrônicos que identificam pacotes de dados, coletando-os e enviando para o autor do fato para posterior utilização ilícita^[15].

Diante dessa crescente, o legislador também inovou a causa de aumento de pena quando o crime é praticado contra idoso ou qualquer

15. <https://sauveilai.jusbrasil.com.br/artigos/1226118167/lei-14155-2021-dos-crimes-ciberneticos>. Acesso em 19/19/2021.

pessoa vulnerável. Essa causa de aumento foi inserida tanto no crime de furto, quanto no estelionato (art. 171, §4º).

No entanto, embora com boa vontade, teria acertado o legislador se ao invés de limitar a condição de idoso ou vulnerável, o legislador tivesse tão somente mencionado vulnerável tecnológico, independentemente de limitação de idade, gênero ou condição física.

Outra causa de aumento trazida pelo legislador se refere a servidor em território estrangeiro, especial atenção àquele que dificulta a atuação da polícia quando o servidor está instalado em um país com baixo nível de regulação.

Para tanto, se faz necessária a prova do dolo do infrator em dificultar a investigação, isso porque segundo o mapa dos cabos de internet no mundo^[16], pode acontecer de uma conexão feita a partir do Brasil passe potencialmente por outros países para chegar ao seu destino, sem necessário conhecimento do autor.

3.4. Estelionato art. 171 – Fraude Eletrônica

O crime de estelionato também passou a ter nova redação com qualificadora prevista no no § 2º - A - Fraude eletrônica:

§ 2º-A. A pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, se a fraude é cometida com a utilização de informações fornecidas pela vítima ou por terceiro induzido a erro por meio de redes sociais, contatos telefônicos ou envio de correio eletrônico fraudulento, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo.

§ 2º-B. A pena prevista no § 2º-A deste artigo, considerada a relevância do resultado gravoso, aumenta-se de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado mediante a utilização de servidor mantido fora do território nacional.

16. https://pt.wikipedia.org/wiki/Cabo_submarino

O fornecimento do código de *WhatsApp* aos criminosos tem sido uma prática crescente entre as vítimas, ocasionando a “clonagem” da conta da vítima e, por sua vez permitindo que o fraudador passe a pedir dinheiro para a lista de contatos da vítima.

Neste caso, o criminoso facilmente acessa as redes sociais e os contatos telefônicos contidos no celular. Muitas pessoas ainda também se tornam vítimas e acabam fazendo transferências bancárias para os estelionatários virtuais.

Em 2021, o número de fraudes pelo *WhatsApp* bateu recorde na pandemia, os Tribunais estão enfrentando demandas envolvendo companhias telefônicas, questionando a responsabilidade pelo prejuízo causado.

Outra prática altamente danosa ocorre na clonagem do chip do celular, seja por meio de *WhatsApp* web seja por erro da operadora quando realiza a venda de um novo chip. Nesse caso, o dono da linha pode ter seus dados invadidos ocasionando a perda do novo número.

Na prática, a vítima percebe a clonagem apenas quando os seus conhecidos recebem mensagens estranhas pedindo depósito de dinheiro e muitas vezes os criminoso já auferiram ganho indevido.

Segundo Sauvei Lai^[17], destacam-se entre as fraudes eletrônicas, “o *Phishing* (*mensagens com conteúdo enganoso que estimulam o acesso a páginas maliciosas simuladas que coletam dados pessoais*), o *Vishing* (*criminoso que explora a confiança da vítima, fazendo-a crer que a ligação telefônica é autêntica e segura, a fim de induzi-la a praticar ações por ele demandadas*), o *Man-in-the-middle* (*criminoso que se coloca artificialmente entre duas partes que estão em comunicação e, interceptando seu conteúdo finge ser uma delas para obter dados úteis ao seu intento*) e o *Sim Swap* (*criminoso que compra um chip em branco, explora os protocolos de autenticação da operadora e, assim, ao clonar o número, obtém acesso às mensagens, senhas e até contas de aplicativos da vítima*).”

17. <https://sauveilai.jusbrasil.com.br/artigos/1226118167/lei-14155-2021-dos-crimes-ciberneticos>

Segundo relatório da Kaspersky^[18] os brasileiros são principais alvos de ataques de *phishing* do mundo, um em cada cinco internautas sofreu ao menos uma tentativa de ataque em 2020, colocando o Brasil à frente de Portugal, França, Tunísia e Guiana Francesa.

Softwares maliciosos são usados para golpes em clonagem do cartão de crédito e boleto bancário.

No caso do boleto bancário, os estelionatários trocam o código de barras e, usando o boleto falso, o dinheiro vai para outra agência e banco e automaticamente é sacado em espécie ou é transferido para dezenas de outras contas bancárias, dificultando a localização e identificação do criminoso.

E, outros vários golpes são feitos através do “queridinho” celular que possui todas as informações pessoais, senhas e dados bancários facilitando a prática de crimes.

3.5. Celular e as crianças - *Likee – crescimento da Pedofilia infantil* .

Outro hábito que vem crescendo é o envio de nudes através dos aplicativos, ocorre que, quando desautorizado ou quando as imagens são de adolescentes ou crianças, o envio configura crime.

Dizem que quando nasce uma mãe brasileira, todos os posts se resumem ao filho, de modo que a criança passa a estar nas redes sem direito ao consentimento. O problema é que uma vez na internet, não se sabe onde pode parar as imagens, nem tampouco se pode afirmar que entre os amigos não existam pedófilos.

Embora os aplicativos possuam limite de idade para criação de conta de usuário, os pais são os primeiros a burlarem as regras, tanto que é fácil encontrar contas com perfis de bebês no Instagram, por exemplo.

O aplicativo *WhatsApp* possui regulamentação americana, segue lei Federal COPPA (Ato de Proteção à privacidade online das Crianças) de

18. <https://www.kaspersky.com.br/blog/brasileiros-maiores-alvos-phishing-mundo/17045/>

1988 e determina que as crianças tenham ao menos 13 anos para o uso das redes sociais. Nos países Europeus é necessário ter ao menos 16 anos para se cadastrar e usar *WhatsApp*.

De igual modo o *Instagram*, também exige que o usuário tenha ao menos 13 anos. O aplicativo chegou a lançar guia explicativo para ajudar os pais e responsáveis legais a conversarem com os adolescentes sobre os riscos do uso das redes sociais.

O *Facebook* dono dos aplicativos *WhatsApp* e *Instagram*, possui a mesma regra de faixa etária e informa que se for comprovado perfil de usuário menor de 13 anos ele será automaticamente excluído.

O *Tiktok*, aplicativo que permite fazer vídeos de dublagens e clipes engraçados, também determina idade mínima de 13 anos. Tem-se notícias^[19] de que o aplicativo já recebeu multa milionária por expor conteúdos sensíveis para crianças como pedofilia e sexo.

Já o *Snapchat*, outro aplicativo que atraia muitos jovens, exige idade mínima de 13 anos mas, infelizmente, já foi muito usado para troca de imagens íntimas, uma vez que, em tese, as imagens desapareceriam em 24 horas. Hoje, requer que o usuário tenha 18 anos.

Diversas operações da Polícia Federal^[20] foram realizadas visando combater a pedofilia infantil digital, mas o universo de usuários é muito expressivo, na medida em que 58% das crianças brasileiras, entre nove e dez anos possuem perfis em algum app de rede social e, na faixa etária de 11 a 12 anos, o número sobrepõe para 70%.

Segundo Thiago Tavares, Presidente da Safernet^[21] “A pandemia provocou e continua a provocar mudanças abruptas na rotina das famílias. As

19. <https://www.techtudo.com.br/noticias/2019/03/tiktok-reforca-seguranca-apos-permitir-conteudo-improprio-para-criancas.ghml>. Acesso em 20/09/2021

20. <https://www.gov.br/pf/pt-br/assuntos/noticias/2021/04/policia-federal-deflagra-operacao-para-combater-pedofilia-e-pornografia-infantil-no-sertao-de-pernambuco>. Acesso em 20/09/2021.

21. <https://new.safernet.org.br/content/denuncias-de-pornografia-infantil-cresceram-3345-em-2021-aponta-safernet-brasil>

crianças ficaram muito mais tempo online e expostas a situações de risco, agravado pelo fechamento das escolas, que sempre serviu como uma importante rede de apoio e prevenção a violência sexual”

Safernet é uma organização não governamental que promove a defesa dos Direitos Humanos na Internet no Brasil. A Safernet mantém parceria com os Ministérios Públicos.

Em 15 anos, a Safernet Brasil recebeu e processou 1.759.354 denúncias anônimas de pornografia infantil envolvendo 429.665 páginas distintas, das quais 340.005 foram removidas por conterem indícios de crime e/ou violação dos termos de uso das plataformas.

As denúncias foram registradas pela população por meio do endereço hotline www.denuncie.org.br, que faz parte do grupo de 47 hotlines membros do INHOPE, associação internacional criada na Europa em 1999 para facilitar a cooperação e o intercâmbio de dados e informações sobre crimes e violações no ambiente digital em todo o mundo.

Muitos criminosos criam contas falsas e se passam por crianças facilitando o primeiro contato, até que a criança se sinta como se estivesse conversando com um familiar.

O aplicativo Likee, concorrente do Tiktok, assim que foi lançado virou febre entre as crianças e adolescentes, pois permitia editar vídeos de forma divertida. Ocorreu que, em pouco tempo chamou a atenção de pedófilos.

Segundo notícia publicada pelo G1^[22], uma busca rápida na plataforma utilizando o termo “pedófilo” leva a centenas de vídeos de crianças denunciando comentários contendo conotação sexual.

Ora, quantos outros aplicativos estão sendo usados para prática de pedofilia infantil?!

O Estado tem o dever de realizar campanhas de conscientização para que o silêncio seja quebrado e ocorram denúncias de violência sexual.

22. <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2020/08/26/likee-a-rede-social-moderna-entre-criancas-que-virou-alvo-de-pedofilos.ghtml>. Acesso em 20/09/2021.

Divulgação não autorizada de imagem, cena de sexo ou pornográfica (art. 218-C) são os tipos de pornografia infantil que se encontram previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Também são consideradas condutas criminosas a produção, difusão e consumo de pornografia infantil com penas de reclusão entre 1 e 8 anos, além de multa (art. 241- A à 241- E da Lei 8.069/90).

Outra conduta crescente é o aliciamento de crianças pela internet, com o objeto de prática de atos sexuais, crime com pena de reclusão de 1 a 3 anos de reclusão.

3.6. Operação 404 - Pirataria digital

Operação 404^[23] foi o nome dado pela Polícia Federal pois faz referência ao código de resposta do protocolo HTTP para indicar que a página da web não pode ser encontrada ou está indisponível.

A Operação 404, que combate à pirataria digital, na primeira fase - ocorrida em 2019 - cumpriu 30 mandados de busca e apreensão em 12 estados, a segunda fase que se deu em novembro de 2020, resultou no cumprimento de 25 mandados em 10 estados, bloqueio e suspensão de 65 apps de streaming e 252 sites, também derrubando 3 páginas nos Estados Unidos e 27 no Reino Unido.

Já a terceira fase, que ocorreu em julho de 2021, envolveu 9 Estados, cumpriu 11 mandados de busca e apreensão, resultou no bloqueio de 334 sites e 94 aplicativos que promoviam transmissão e compartilhamento ilegal de conteúdo. Igualmente as ações contaram com colaboração das embaixadas dos Estados Unidos, e do Departamento de Justiça do Reino Unido, através do Intellectual Property Office (IPO) e da Police Intellectual Property Crime Unit (PIPCU).

23. <https://canaltech.com.br/ pirataria/ operacao-contra-a- pirataria-digital- bloqueia-334- sites-e-94- apps-no-brasil-189407/>. Acesso em 20/09/2021.

O principal crime investigado é a violação de direitos autorais, prevista no art. 184 do Código Penal, com pena de 2 a 4 anos de reclusão além de multa para quem distribui o conteúdo e obtém lucros a partir dele.

Segundo o Ministério da Justiça, os criminosos capturavam o sinal de canais de televisão fechada e cobravam para repassar para assinantes do serviço de pirataria, devido a facilidade em capturar dados como CPF, RG e endereço de IP, o ambiente para fraudes pirataria digital é suscetível a frequentes ataques.

Essa é uma entre muitas operações da polícia federal realizada para o combate de pirataria digital.

Serviços de streaming se tornaram fáceis propagadores de arquivos digitais, dificultando o combate a pirataria. A distribuição ilegal de cópias digitais por meio de downloads gratuitos e/ou comercialização de obras a preços muito baixos são alguns dos problemas frequentes enfrentados pelas Autoridades Brasileiras.

Inacreditavelmente, muitos creem que se está na internet é lícito, pode ser copiado e encaminhado para outras tantas pessoas sem que haja uma implicação criminal.

Cerca de 40% dos softwares estão com licenças irregulares, acarretando perda de mais de 46 bilhões de dólares ao ano.

No artigo “*Software Piracy Spreading With the Virus*”^[24], o especialista Jack M. Germain explica que a pandemia está contribuindo para a rápida disseminação da pirataria que, como se sabe, envolve muito mais do que empresas e consumidores que usam cópias ilegais de programas de computador. Atrás das cópias piratas encontram-se escondidos códigos nocivos – um malware – que pode ser altamente danoso tanto para os computadores como para as finanças dos usuários.

24. <https://www.ecommercetimes.com/story/86826.html>

Uma vez mais, é preciso educar a população para que hábitos criminosos sejam reduzidos e todos possam contribuir no combate à pirataria online.

As pessoas não são ensinadas a se questionarem se o software que estão baixando tem como origem um site legítimo de download gratuito. Não existe cultura da severa punição moral ou legal do ato de realizar uma cópia pirateada, o que as pessoas esquecem é que podem estar desencadeando instalação de graves malwares na rede de computadores da empresa, ou pessoal.

4. Conclusão

Como você se sente em relação a segurança dos seus dados digitais? A empresa em que você trabalha tem realizado treinamentos adequados voltados aos novos riscos cibernéticos? Você tem uma apólice de seguros que cubra risco cibernético? Você recebeu educação digital? As propagandas auxiliam combate ao crime digital?

Quais dados estão armazenados no seu dispositivo móvel – o queridinho celular?

É sabido que não existe um ambiente digital totalmente seguro, porém é preciso investir em segurança da informação e educação dos usuários, a cultura ainda é a de que muitas pessoas ainda acham desnecessário atualizar os dispositivos. De acordo com a Kaspersky^[25], 71% dos trabalhadores brasileiros sequer enxerga riscos na postergação das atualizações

Em 2018, a PwC realizou uma pesquisa mundial – *Global State of Information Security Survey*, coletando dados de quase 10 mil executivos de negócios e TI, bem como presidentes e diretores de Segurança da Informação de empresas de 75 setores. O resultado foi preocupante, cerca de 35% das fontes prováveis de incidentes são colaboradores atuais e 34% são de ex-colaboradores. Apenas metade das empresas realizam a verificação preventiva, 34% planejam avaliar riscos.

25. <https://www.pwc.com.br/pt/global-state-of-information-security-survey-2018.html#:~:text=A%20Global%20State%20of%20Information,entrevistas%20ocorreram%20em%20122%20pa%C3%ADses.>

No caso dos crimes cibernéticos, a autocolocação da vítima em risco tem dificultado o combate à criminalidade digital.

Não por acaso, o risco “ciber”, vem impulsionando o mercado das seguradoras. A plataforma Cybersecurity Ventures calcula que, em 2021, os crimes cibernéticos vão gerar perdas de até US\$ 6 trilhões, e será crescente, sendo que, em 2025, vamos chegar a US\$ 10,5 trilhões anualmente.

Como pode o Judiciário driblar a velocidade com que os criminosos usam os meios digitais para a prática de crime? Uma possível resposta é formando profissionais capazes de usar a inteligência artificial no combate ao crime, investindo em tecnologia, acreditando que é possível mitigar os riscos cibernéticos.

Segundo a Exma. Dra. Ivana David^[26], durante a pandemia, houve um aumento de 400% no número de ataques de hackers no mundo. Questionada sobre os maiores desafios ao Poder Judiciário, ponderou que “*Temos três grandes desafios. O primeiro é o investimento. Falar em tecnologia no tribunal é falar em investimento, que está cada vez mais justo. Outro é a educação digital. Ou seja, é ensinar à sociedade os caminhos digitais. E o terceiro desafio é a motivação. A sociedade precisa entender que o mundo digital já existe, já está entre nós e só é preciso resolver a que horas você vai abraçar ou não*”. (g/n)

Diante dos números crescentes de crimes cibernéticos, é dever do Estado promover a conscientização da população que está cada vez mais carente de informação diante do risco cibernético.

É preciso haver uma crescente educação digital, tanto na esfera privada, como na pública ou poderemos nos tornar o paraíso dos crimes cibernéticos.

O Brasil precisa avançar urgentemente na regulamentação de novos meios de obtenção de prova digital, promulgando as alterações previstas

26. Juíza substituta de segundo grau do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) http://www.mppsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/DADOS%3Dpor-que-eles-sao-essenciais-para-a-transformacao-digital-da-Justica.pdf

no Novo Código de Processo Penal^[27]; bem como precisa aderir a tratados internacionais, como a Convenção de Budapeste que certamente trará benefícios no campo do Direito material e processual.

Se o homem de hoje vive em um ano o que o homem do século XIX vivia em cem anos, é preciso que tenhamos uma mudança cultural, voltada a consciência dos novos riscos, assumindo protagonismo na inserção dos dados no dispositivo informático, dominando a inteligência artificial, usufruindo as mudanças dos cem anos, em um ano só.

5. Referências bibliográficas

- ATHENIENSE, Alexandre. A jurisdição no ciberespaço. *Revista CEJ*. Brasília, v.7, n.20, p.74-81, mar.2003.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O paradoxo do risco e política criminal contemporânea. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cuz; PACELLI, Eugênio (Coord.). *Direito Penal contemporâneo. Questões controversas*. São Paulo:Saraiva, 2011.
- BUZZI, Vitoria de Macedo. Pornografia de vingança. *Empório do Direito*, Florianópolis, 2015.
- CERT.BR. Cartilha de Segurança para Internet. Versão 3.1. Disponível: <http://cartilha.cert.br/>.
- ESTELLITA, Heloisa e LEITE, Alaor. *Veículos Autônomos e Direito Penal*. Marcial Pons: São Paulo, 2019.
- FERNANDES, Paulo Silva. Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal: Panorama de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001.
- GASPARIAN, Tais. Privacidade em tempos de Internet. *Revista do Advogado*. São Paulo, v. 23, n.69, p.37-46, maio 2003.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

27. https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=1998270&filename=SBT+1+PL804510+3E+PL+8045/2010

HARTMANN, Ivar A. Regulação da internet e novos desafios da proteção de direitos constitucionais: o caso do *revenge porn*. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 55, n. 219, p. 13-26, jul./set. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/riL_v55_n219_p13>.

LEONARDI, Marcel. Tutela e privacidade na internet. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 12. Edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Paulo de Sousa. Vale a pena o direito penal do ambiente? Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000.

PRADO, Geraldo; prova penal e sistema de controle episfêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

SALT, Marcos. *Tecnología informática: um nuevo desafío para el derecho procesal penal?* Disponível 22/09/2021

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito Penal Supra-Individual: Interesses difusos. São Paulo: RT, 2003.

SYDOW, Spencer Toth. Curso de Direito Penal Informático. Partes Geral e Especial. 2ª Edição. São Paulo: JusPodivm, 2021.

_____. Crimes Informáticos e suas vítimas, 2 Edição. Saraiva. São Paulo, 2015.

VAZ, Denise Provasi. Provas digitais no processo penal: formulação de conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

WALKER, Cornell. Computer forensics: bringing the evidence to court. Acesso em set. 2021. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/0BxHBGMLx4HZGbzJQ0ozMFhYYXc/view?usp=sharing>

3.7.

Criminalidade e as Novas Tecnologias

Carla Rahal Benedetti

Doutora e Mestre em Direito Penal. Autora de diversos livros sobre Direito Penal, com uma carreira pautada principalmente em assuntos penais empresariais. Membro efetivo do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD). Foi Conselheira e Julgadora da 1^a e 2^a Turmas do Setor de Prerrogativa da OAB/SP. Membro do Instituto de Advogados Brasileiro (IAB) e membro fundador do grupo de trabalho dos Crimes de Alta Tecnologia da FIESP-GT-CATM. Membro efetivo da American Bar Association (ABA). Membro Efetivo e Diretora de Relações Institucionais do IASP – 2016-2019 e Presidente da Comissão de Criminal Compliance do Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP desde 2016.

Não se pode olvidar que a tecnologia trouxe excelentes avanços para humanidade em todos os setores da sociedade contemporânea.

No campo do Direito Penal, aos poucos, a tecnologia foi tomando corpo cada vez maior, mas, com o advento da pandemia (COVID-19) houve um aumento significativo de práticas de cibercrimes, pois fragilizada pelo surto pandêmico, a maioria da população mundial utilizou o *e-commerce* como plataforma principal para o consumo e sucumbiu aos “encantos da sereia”, que nada mais é do que a busca pelo mais “fácil”, mais “barato” etc., o que faz todo sentido em nossas vidas hodiernamente.

Essa falta de fronteira digital abre um mundo de risco e oportunidade. Nunca foi tão fácil para os fraudadores e criminosos encontrar vítimas desavisadas; basta apertar uma tecla e pronto.

O que já era considerado grave, em termos de práticas de crimes digitais, foi triplicado com a pandemia. Em 2021 houve o assentamento e solidificação do “mercado” das infrações cibernéticas. Dentre outras pré-existentes como o *Phishing*, e com o surgimento e utilização de outras ferramentas de pagamentos e transações financeiras tal qual o *Pix* e *Bitcoin* (Pixabay e Rupixen), bem como o de identificação como a biometria facial, os criminosos, tecnologicamente intelectualizados, marcaram seu território, e essa é uma das maiores perdas de liberdade da sociedade. O recrudescimento de penas e novas figuras típicas para crimes digitais no Brasil, com o advento da Lei nº 14.155/2021 e a aprovação pelo Senado Federal da adesão do Brasil à Convenção de Budapeste, demonstram efetiva preocupação das autoridades brasileiras e mundiais pelos ataques *hackers* a instituições públicas e privadas, que vale dizer, em qualquer dos casos, as verdadeiras vítimas são as pessoas, individualmente, posto que compõem as sociedades mundiais.

E os criptoativos e lavagem de dinheiro? O PLS nº 3825/2019 que busca disciplinar os serviços referentes a operações realizadas com criptoativos em plataformas eletrônicas de negociação, o PLS nº 4.401/2021 que dispõe sobre a

prestadora de serviços de ativos virtuais, e altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e as Leis nºs 7.492, de 16 de junho de 1986, e 9.613, de 3 de março de 1998, para incluir a prestadora de serviços de ativos virtuais no rol de instituições sujeitas às suas disposições e, ainda, o PLS nº 4207/2020 que discorre sobre os ativos virtuais e sobre as pessoas jurídicas que exerçam as atividades de intermediação, custódia, distribuição, liquidação, transação, emissão ou gestão desses ativos virtuais sobre crimes relacionados ao uso fraudulento desses ativos, bem como sobre o aumento de pena para o crime de “pirâmide financeira”, alterando a Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998, e estabelecendo normas para a emissão de moedas e outros ativos virtuais, com condições e obrigações para as pessoas jurídicas que exerçam atividades relacionadas a esses ativos, atribui competências fiscalizatórias e regulatórias à Receita Federal, ao Banco Central do Brasil, à Comissão de Valores Mobiliários e ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras e tipifica condutas praticadas com ativos virtuais com o objetivo de praticar crimes contra o Sistema Financeiro, inclusive os de pirâmide financeira. Cria o Cadastro Nacional de Pessoas Expostas Politicamente (CNPEP) com a finalidade de auxiliar as instituições financeiras a executar políticas de avaliação de risco de crédito e de prevenção à lavagem de dinheiro.

Isso tudo demonstra que esses crimes estão na ordem do dia.

Como bem pontuou *Renato de Mello Jorge Silveira*: “Imagine-se a situação existencial de uma moeda de fácil acesso a todos, sem controles estatais e que prega a libertação de amarras a países.”^[1]

Trata-se de questão delicada, e o que dificulta ainda mais a aferição do crime de lavagem de dinheiro é, justamente, a *linguagem binária* (linguagem dos computadores) e a *digitalização* dos dados (processo de codificação dos dados armazenados no computador), essa última composta por números e letras que são muitas vezes inteligíveis.

Também, discorrendo acerca das criptomoedas, *Renato de Mello Jorge Silveira* ressalta, que “As criptomoedas se mostram, conceitualmente, como

1. Criptomoedas e lavagem de dinheiro: facetas do halving, especulação e guerra; artigo publicado em 04 de abril de 2022: *Conjur*; <https://www.conjur.com.br/2022-abr-04/renato-silveira-criptomoedas-lavagem-dinheiro>

uma dimensão própria, um sistema monetário distinto do oficial [1], e sem necessárias vinculações ao mesmo. Seriam, portanto, e em tese, um típico palco ideal para comércio paralelo, em especial se for constatado, desde logo, um choque não adequado de um mundo tipicamente regulado — como o financeiro — e um mundo fundamentalmente não controlado — como o universo cripto.”^[2]

Não é exagero dizer, quando se trata de criptomoedas, que uma vez conhecedor deste mercado chega-se a acreditar que entende tudo sobre o assunto; porém, novas situações surgem e demonstram que o aprendizado parece não ter fim.

Portanto, *P2P (peer to peer), blockchain (livro de registros das operações – banco de dados descentralizados), mineração (produção de cripto moedas), candlestick (gráfico de oscilação das tendências de mercado no moneto da alta, baixa ou estabilidade), over-the-counter markets (OTC) (ambientes paralelos e operações paralelas para negociar ativos financeiros -Mercado de Balcão), halving (redução de metade da produção da cripto moeda), escalabilidade (aumento da capacidade de lidar com mais transações), jogos em blockchain, entre outros conceitos e ferramentas* deste mercado, demonstram, nitidamente, que há um desafio enorme para o Direito e seu campo de atuação, ainda que algumas medidas já estejam sendo tomadas, como é o caso da declaração destes ativos no informe de Imposto de Renda.

Referindo-se a isso, *Renato de Mello Jorge Silveira* pontua que “Medidas como a obrigatoriedade de declaração de criptomoedas e criptoativos em sede de imposto de renda, bem como a necessidade de que exchanges venham a declarar movimentações acima de determinados montantes são peça de inteligente controle e compliance no ambiente cripto. Entretanto, dada a dimensão sem fronteiras que lhe engloba, não parecem ser medidas de capacidade ideal e suficiente para a contenção potencial de crimes como os de lavagem.”^[3]

2. Criptomoedeiros e sistema de pagamentos virtuais, artigo publicado em 18 de abril de 2022: *Conjur*. <https://www.conjur.com.br/2022-abr-18/renato-silveira-criptomoedeiros-sistemas-pagamento-virtuais#:~:text=Criptomoedeiros%20e%20sistemas%20de%20pagamento%20virtuais>

3. Criptomoedas e lavagem de dinheiro: facetas do halving, especulação e guerra; artigo publicado em 04 de abril de 2022: *Conjur* <https://www.conjur.com.br/2022-abr-04/renato-silveira-criptomoedas-lavagem-dinheiro>

Por outro lado, o ano de 2021 - seguindo em 2022 - foi marcado pela prática de *Ransomware* (sequestro de dados), *Malware* (código malicioso para obter dados ilegalmente, causar danos, burlar dados etc.) e *Spyware* (tipo de malware usado para “espionar” algo ou alguém) que, segundo dados internacionais significam os maiores custos para uma organização.

No Brasil, ao mesmo tempo, foi o ano de entrada em vigor da Lei nº 13.709/2018 – LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados), a criação da ANPD (Autoridade Nacional de Proteção de Dados) e o reforço da Lei nº 12.527/2011 – Lei de Acesso à informação -LAI .Mas, eventos que ocorrem anualmente como *Black Friday*, com descontos imperdíveis, mesmo que em plena recessão mundial, com vendas muito acima do praticado pelo mercado presencial, dominaram as fraudes em compras com ou sem cartão de crédito, seja pelo WhatsApp, SMS, ou navegação em internet em sites fraudados de grandes lojas.

Ainda, discussões acerca da liberdade de expressão, por crimes contra a honra ou de “opinião” - embora inexistente-, excessivos por vezes, é certo, praticados por meio de plataformas de tecnologia, como redes sociais, que ocasionaram prisões de deputado federal, presidente de partido, jornalistas, caminhoneiro, extradição compulsória, entre outras situações de limitação o tema liberdade foi colocado em pauta em 2021 e adentrou fortemente em 2022, com a condenação de deputado federal a pena de 8 anos e 9 meses de reclusão, pena de multa de cerca de R\$200.000,00 (duzentos mil reais) e perda de mandato parlamentar, se tornando inelegível, cassando-se seus direitos políticos, pelo prazo de 8 anos. Ainda que concedido o indulto (graça) pelo Presidente da República a Daniel Silveira, persiste as seguintes indagações: Onde está o limite da liberdade? Na Lei? Será que conhecemos profundamente o valor liberdade ou ignorá-lo é a melhor opção?

De sorte, esta reflexão vai ao encontro do que *Renato de Mello Jorge Silveira* menciona em recente artigo: “Há, pois, de se buscar um, senão ideal, ao menos não inadequado sistema de freios e contrapesos, que possa, derradeiramente, responder aos problemas postos, e não simplesmente, criar outros tantos, tendo-se em conta, sempre, que novos sistemas modais de pagamento parecem ser, também, uma realidadeposta pela transformação virtual.”^[4]

4. Criptomoedeiros e sistema de pagamentos virtuais: artigo publicado em 18 de abril de 2022: Conjur. <https://www.conjur.com.br/2022-abr-18/renato-silveira-criptomoedeiros-sistemas-pagamento-virtuais#:~:text=Criptomoedeiros%20e%20sistemas%20de%20pagamento%20virtuais>

O que fazer com o meio ambiente, a economia, a educação, a saúde e a segurança na era da tecnologia? Será que existe um ser humano ou um ato de gestão salvador e socorrista para tamanhos problemas? Ou depende de tempo para que sejam adequados os regulamentos e políticas de enfrentamento destes crimes? Alternativas como *compliance*, transparência e governança estão na ordem do dia e são extremamente importantes. A chamada ESG (*environmental, social and governance*) dominou o cenário brasileiro e internacional, mas, cremos não ser suficiente.

Surge, finalmente, o Metaverso - espaço ou universo virtual de interação com avatares; o que vem depois da internet móvel. Transmutação de lugares virtualmente.

Ao contrário do que muitos pensam, o termo Metaverso não é novo, e surgiu em 1992, no romance *cyberpunk* de Neal Stepheson, *Snow Crash* (Nevasca). Entretanto, cremos que foi a partir da mudança do nome do conglomerado de Mark Zuckerberg, que inclui as plataformas *Facebook*, *Instagram* e *WhatsApp*, passando a ser chamado de META, que de fato o Metaverso ganhou notoriedade mundial.

Não se discute o caráter contemporâneo do Metaverso e a possibilidade de avanços e facilidades em vários setores do mercado como varejo, mercado financeiro (incluindo as criptomoedas), entre outros. Contudo, dúvidas têm sido levantadas quanto aos aspectos jurídicos desta interação e a segurança da informação, principalmente no campo penal.

Um fato peculiar ocorrido em uma destas interações virtuais vem sendo discutido no cenário jurídico mundial, onde em um teste da plataforma chamada de *Horizon Words*, desenvolvida pelo Facebook, principal ferramenta para o Metaverso, de Zuckerberg, um avatar feminino disse ter sido “apalpado” por outro, denunciando, inclusive, outros usuários porque não lhe ajudaram quando o fato ocorreu. Para minimizar o dano de imagem causado, Zuckerberg criou, na plataforma *Horizon Words*, uma ferramenta de distanciamento entre os avatares.

É importante que o usuário do Metaverso tenha em mente que, ao se pensar em plataforma virtual, seja ela qual for, ao menos em princípio,

haverá exposição de seus dados, de modo que a privacidade, ainda que regulamentada pelo ambiente do Metaverso, não será de privacidade total, como ocorre em qualquer plataforma de internet que utilizamos, embora nos pareça adequado que os dados armazenados pela plataforma devem ser apenas os dados não sensíveis considerados pela LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados).

Sendo o Metaverso mais um ambiente virtual que se apresenta, onde as pessoas podem se relacionar, adquirir produtos, entretenimentos etc., os aspectos criminais, sob nossa ótica, devem incidir e serem aplicados da mesma maneira em que os são nas redes sociais, e-commerce, enfim, todas as plataformas digitais que, virtualmente, possibilitam as relações humanas sociais e comerciais.

Agrega-se um dado importantíssimo: a pessoa enquanto avatar. Ainda que em tese, há uma representatividade física ao movimento virtual, mas que também possibilita a criação de um avatar completamente diferente da pessoa que está por detrás dele, transmudando-se o avatar, neste caso, em autor mediato.

Para o Direito Penal, autor mediato significa aquele que para praticar um crime se utiliza de interposta pessoa (ferramenta) que atua como instrumento, meio de fazê-lo, sem ser ele mesmo, porém dotado de vontade.

O Metaverso pressupõe uma identificação digital da pessoa dotada de direitos e obrigações, de modo que, como dito, os dados do avatar, que são bonecos virtuais customizados em 3D, afeta não somente a privacidade, mas a transparência da relação entre os avatares e a plataforma do Metaverso a ser utilizada, uma vez ser perfeitamente possível a prática de fraude. São necessários regramentos e políticas robustas que amparem as plataformas que utilizarão a ferramenta do Metaverso, tal qual ocorre com as demais plataformas já utilizadas.

NFTs (token, blockchain, criptomoedas, prestações de serviços, de um modo geral, podem ser utilizados no Metaverso, mas, certamente precisarão ser descentralizados, com gestão diversa daquelas utilizadas na oferta dos produtos em outras plataformas, mesmo que sejam próprias. O futuro dirá

ser necessário ou não uma regulamentação específica para o Metaverso, embora entendamos que sim, para maior efetividade e segurança nas interações vividas pelos avatares, cremos que quando se trata de tecnologia, estaremos sempre atrasados em relação a regulamentos e legislação, mas que, entretanto, não justifica sua ausência.

Crimes financeiros, econômicos, fraudes de várias naturezas, crimes contra a honra, assédio moral e sexual, racismo e preconceitos, omissão de socorro, crimes de natureza trabalhista, enfim, todos os crimes que podem ser praticados por interposta pessoa (avatar) podem incidir no Metaverso, como em qualquer plataforma digital.

Se trata, na verdade, de mais uma ferramenta de interação entre pessoas físicas e jurídicas, nacionais ou internacionais, que de um modo virtual peculiar, isto é, a identidade materializada nos avatares, traz uma realidade sensorial que nem sempre será verdadeira.

Desse modo, mecanismos preventivos nas plataformas do Metaverso serão sempre fatores importantíssimos e imprescindíveis para reduzir a criminalidade no novo mundo virtual, e para garantir punições aos infratores.

Quanto a legislações específicas sobre o tema, é importante lembrar e refletir, com atenção e respeito, o princípio da legalidade ou reserva legal que, como leciona *Marco Antonio Marques da Silva*, “(...) constitui um efetivo limite ao poder punitivo do Estado e, na medida em que impede a criação de tipos penais, a não ser de processo legislativo regular, se caracteriza por ser, também um limite ao poder normativo do Estado. (...) o princípio da legalidade é, no Estado Democrático de Direito, consequência direta do fundamento da dignidade da pessoa humana, pois remonta à ideia de proteção e desenvolvimento da pessoa, que o tem como referencial”^[5]

É, pois, necessário, creio, avaliar referido princípio e a necessidade efetiva da criação de novos tipos penais ou, se já temos, de fato, a maior parte dos crimes previstos em legislação codificada ou esparsa.

5. Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito. São Paulo, Ed. J. de Oliveira, 2001, p. 07. 11.

Por fim, a criminalidade e as novas tecnologias, como tratado neste painel, são o grande desafio do mundo jurídico contemporâneo, de modo que a crença em um mundo virtual seguro, oxalá, não seja apenas uma utopia.

A título apenas de informação, trago um levantamento que demonstra o cenário de condenações e absolvições pelos tribunais brasileiros.

Crimes	Quantidade
Inserção de dados falsos em sistema de informações – art. 313-A, CP	1
Estelionato eletrônico – art. 171, CP	6
Furto qualificado pela fraude – art. 155, § 4º, CP	11
Pornografia infantil – art. 240 e ss. do ECA	21
Crimes Contra a Honra – art. 138 e ss., CP	9
Invasão de dispositivo informático alheio - art. 154-A, CP	1
Lavagem de dinheiro - Lei nº 9.603/98	1
Falsidade Ideológica- art. 299, CP	1
TOTAL	51

Condenações	43
A absolvições	8

O número que se apresenta é muito pequeno diante da quantidade de crimes cibernéticos que são praticados no Brasil, o que demonstra que a maioria das pessoas, quando vítimas de crimes praticados por meio destas plataformas digitais, não buscam a Justiça, embora devessem fazê-lo.

O Centro de Estudos Estratégicos & Internacionais (CSIS) que rastreia ataques cibernéticos contra órgãos governamentais, agências de defesa e empresas de alta tecnologia, e crimes econômicos, indica que em uma perda de pelo menos US\$ 1 milhão (um milhão de dólares), 105 desses ataques ocorreram em 2019, aumentando em 400% em relação aos níveis de 2009.

Para descobrir se os perigos do crime cibernético estão igualmente espalhados pelo mundo, quase 100 países foram analisados, combinando

dados de vários índices e indicadores de cibersegurança (*National Cybersecurity Index; Global Cybersecurity index 2020; Basel AML Index 2020; Cybersecurity Exposure Index (CEI) 2020, entre outros*)^[6] , chegando-se à conclusão, por meio de um ranking global, de que há países que são mais arriscados para os usuários da internet do que outros, o que não é novidade. O que realmente importa é quais são estes países.

Dinamarca, Alemanha e Estados Unidos da América, são os três primeiros países mais seguros em cibersegurança e, em contrapartida, são os menos seguros Mianmar, Camboja e Honduras.

Como crimes mais comuns praticados na rede estão: *phishing e phraming*, não pagamentos de produtos e não entrega de produtos comercializados e extorsão.

O estudo revela ainda que de 2005 a 2020, o número de violações aumentou 537,58%, enquanto o número de registros de crimes pelas vítimas aumentou apenas 132,88%, no mesmo período.

Isso prova que o crime cibernético não é apenas um perigo para os usuários individuais da internet, mas representa uma grande ameaça para grandes organizações, tanto legal quanto financeiramente, que nem sempre veem motivação e segurança para buscar amparo da Justiça por meio das autoridades competentes. Precisamos buscar meios para mudar o inconsciente coletivo da população.

6. <https://seon.io/resources/global-cybercrime-report/>, October, 25, 2021 – by Gergo Va

3.8.

Os Precedentes Judiciais Vinculantes do CPC/15 e o Procedimento Arbitral: Estão os Árbitros Vinculados aos Precedentes?

Thiago Rodovalho

Professor Titular da PUC-Campinas (Graduação e Mestrado). Membro do Corpo Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD). Doutor e Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, com estágio pós-doutoral no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht. Diretor de Assuntos Judiciais do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP

Texto originalmente publicado em: RODOVALHO, Thiago. Os Precedentes Judiciais Vinculantes do NCPC e o Procedimento Arbitral: Estão os Árbitros Vinculados aos Precedentes?, in Equipe RT (Org.). Contraponto Jurídico - Posicionamentos Divergentes sobre Grandes Temas do Direito, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 107-121.

1. Introdução

Uma das grandes novidades do CPC/15 foi justamente o tratamento dado aos precedentes. Quer com relação aos deveres de estabilidade, integridade e coerência (art. 926), quer com relação à sua ampliação (art. 927). Nesse contexto, o Código é *moldado «a partir»* deles, bastando ver, por exemplo, a possibilidade de improcedência liminar do pedido com base em precedente, concessão de tutela de evidência, negativa de seguimento de recurso, possibilidade de condenação em litigância de má-fé, impacto no dever de motivação etc.

Contudo, se, de um lado, o CPC/15, com isso, trouxe enorme ganhos para o processo judicial, com maior racionalidade e segurança jurídica, por outro, trouxe uma grande polêmica para a arbitragem: os árbitros estão vinculados a esses precedentes judiciais vinculantes?

Tentaremos responder a essa pergunta nesse breve texto, fazendo um pequeno contraponto à opinião de Marcio Bellocchi.^[1]

Entretanto, algumas palavras e considerações preliminares se fazem necessárias.^[2]

2. A função social do Direito e a segurança jurídica.

Desde logo, é preciso sempre ter em mente que o *Direito* não existe como um *fim em si mesmo*; ao revés, há uma *razão prática* para a existência

1. Seu pensamento pode ser amplamente conhecido em Marcio Bellocchi. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, *passim*.

2. Sobre o tema, já pontuamos anteriormente em Thiago Rodovalho. *O STJ e a arguição de relevância*, in Isabel Gallotti, Bruno Dantas, Alexandre Freire, Fernando da Fonseca Gajardoni e José Miguel García Medina. (Orgs.). *O papel da jurisprudência no STJ*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 835/853; Thiago Rodovalho. *Repercussão Geral e o Writ de Certiorari - Uma Proposta da Lege Ferenda*, in Luiz Fux, Alexandre Freire e Bruno Dantas (Orgs.). *Repercussão Geral da Questão Constitucional*, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 633/651; e Thiago Rodovalho. *Do respeito às decisões do STF e a súmula vinculante*, in Vladimir Oliveira da Silveira (coord.). *Revista de Direito Brasileiro – RDBras*, São Paulo: Revista dos Tribunais/Conpedi, ano 2, v. 2, jan./jun. de 2012, n. 4, pp. 237/242.

do Direito (*razão de ser* para o regramento normativo), qual seja, *possibilitar a convivência humana*.^[3]

Nesse sentido, o Direito, como criação humana, tem como sua *ratio essendi* justamente a viabilização da vida em sociedade, permitindo a *coexistência de liberdades* [= *integração de liberdades coexistentes*].^[4]

E essa *finalidade* do ordenamento jurídico tem de estar sempre presente em nossas mentes. Sendo assim, se não é possível pensar-se em Direito para aquele que vive isoladamente,^[5] também não é possível pensar-se em vida em sociedade sem uma normatividade que a viabilize [*ubi societas, ibi ius*].^[6]

Ou seja, o *fim* do direito é garantir «*las condiciones de vida de la sociedad*»,^[7] falando-se, inclusive, em *direito imprescindível à vida social*,^[8] permitindo que os seres humanos não só convivam entre si (*vida em comunidade*, que é missão do Estado),^[9] mas como também tenham preservados sua dignidade, sua liberdade, seus direitos fundamentais.

E o Direito *realiza* essa sua *função* essencialmente de três formas: (i) normatizando e disciplinando a vida em sociedade; (ii) dirimindo eventuais conflitos que surjam nesse conviver em comunidade; e (iii) conferindo *segurança jurídica* aos cidadãos, para que estes saibam qual é o *agire licere*.

Logo, o Direito não cumpre plenamente sua *função social* e sua *razão de ser* simplesmente normatizando a vida em sociedade e dirimindo os conflitos de interesse.

3. Já tivemos oportunidade de nos manifestar sobre o tema. V. Thiago Rodovalho. *Abuso de direito e direitos subjetivos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, n. 2.1, pp. 54/59.

4. Immanuel Kant. *Metafísica dos costumes – princípios metafísicos da doutrina do direito*, Parte I, Lisboa: Edições 70, 2004, pp. 36/37; e Judith Martins-Costa. *Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé*, in Mario Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves. *Novo código civil - questões controvéridas. Parte geral do código civil (Série grandes temas de direito privado)*, vol. 6, São Paulo: Método, 2007, p. 541.

5. Leon Duguit. *Las transformaciones generales del derecho privado desde el código de Napoleón*, 2.ª ed., Madrid: Francisco Beltran (s/d), p. 34: “*El hombre aislado e independiente es una pura ficción; no ha existido jamás. El hombre es un ser social; no puede vivir más que en sociedad; ha vivido siempre en sociedad*”.

6. V. Alberto Trabucchi. *Istituzioni di diritto civile (a cura di Giuseppe Trabucchi)*, 43.ª ed., Milano: CEDAM, 2007, p. 2.

7. Rudolf von Ihering. *El fin en el derecho*, Buenos Aires: Heliasta, 1978, item 180, p. 213.

8. José Manoel de Arruda Alvim Netto. *O Estado-de-Direito e a função jurisdicional*, in Darcy Arruda Miranda Junior. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos Jurídico-Econômicos-Sociais*, vol. 1, Bauru: Instituição Toledo de Ensino, jan./jul. 1966, n. 1, p. 199.

9. Rudolf von Ihering. *El fin en el derecho*, cit., p. 34.

É preciso, outrossim, que haja certa *racionalidade* e *previsibilidade* na interpretação e aplicação do Direito,^[10] ideais, inclusive, que foram *inspiradores* do surgimento do *stare decisis* na Inglaterra.

Tem-se, assim, que a *segurança jurídica* também se traduz em precípua *função do direito* e em sua *finalidade*,^[11] o que significa que deve haver uma expectativa razoavelmente fundada do cidadão sobre qual há de ser a atuação do poder na aplicação do direito,^[12] de sorte que o direito “*ha de suponer, principalmente, una garantía para la acción: la garantía de cuál será la futura calificación de los posibles comportamientos, de modo que puedan los hombres fundar «con seguridad» sus previsiones. La seguridad así entendida ha de nacer de la ley: «la ley hace saber a cada uno lo que puede querer»*”.^[13]

Deste modo, o cidadão deve *saber* [conhecer] e *poder* agir dentro do espaço de licitude e liberdade ínsito ao Estado Democrático de Direito [*exercício democrático da liberdade*] (*agire licere*), o que somente é possível em havendo um *discurso racional* e certa *previsibilidade* na interpretação e aplicação do Direito.

3. A função jurisdicional e institucional das Cortes Constitucional e Federal – STF e STJ.

Nesse contexto, as Cortes Constitucional e Federal representam a *culminância* da atividade jurisdicional, expressando a última palavra em

10. Thiago Rodovalho. *Do respeito às decisões do STF e a súmula vinculante*, in Vladmir Oliveira da Silveira (coord.). *Revista de Direito Brasileira – RDBras*, São Paulo: Revista dos Tribunais/Conpedi, ano 2, v. 2, jan./jun. de 2012, n. 4, pp. 237/242.

11. Landelino Lavilla Alsina. *Seguridad jurídica y función del derecho* (discurso leido el dia 8 de febrero de 1999 en su recepción pública como académico de número, por el Excmo. Sr. D. Landelino Lavilla Alsina y contestación del Excmo. Sr. D. Eduardo García de Enterría y Martínez-Carande), Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1999, p. 9: “La seguridad «es» uno de esos principios; la seguridad «debe ser» uno de esos objetivos de deseable consecución”. Sobre a relevância da segurança jurídica, v., ainda, v. Thiago Rodovalho. Das Rechtsstaatsprinzip (*O Princípio do Estado Democrático de Direito*) e a Segurança Jurídica, in José Manoel de Arruda Alvim Netto et alii (dirs.). *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, ano 108, v. 415, jan./jun. de 2012, pp. 291/315; e Thiago Rodovalho. *Do respeito às decisões do STF e a súmula vinculante*, in Vladmir Oliveira da Silveira (coord.). *Revista de Direito Brasileira – RDBras*, São Paulo: Revista dos Tribunais/Conpedi, ano 2, v. 2, jan./jun. de 2012, pp. 229/255.

12. Landelino Lavilla Alsina. *Seguridad jurídica y función del derecho*, cit., p. 13.

13. Landelino Lavilla Alsina. *Seguridad jurídica y función del derecho*, cit., p. 19.

matéria *constitucional* (STF) ou *federal* (STJ)^[14] e unificando o entendimento sobre a matéria,^[15] a fim de que haja *integridade* do sistema jurídico nacional.

"*Essa*" é a *ratio essendi* das Cortes Constitucional e Federal no Brasil.

Assim, a ideia de Cortes Superiores (STF e STJ) é dar à sociedade certa previsibilidade [*racionalidade do discurso jurídico*] das decisões, para que cada cidadão saiba o que esperar e qual é o *agire licere*, não ficando refém de uma "*loteria jurídica*", que tanto compromete a vida dos cidadãos e afeta o mundo dos negócios (afetando investimentos e impactando o denominado "*Custo Brasil*").

As Cortes Superiores (como instâncias *extraordinárias*) consubstanciam-se, pois, em imprescindível instrumento de *racionalização do discurso jurídico*, *uniformizando o entendimento* sobre a CF (STF) e sobre a lei federal (STJ), funcionando seus julgados como *precedentes* a orientar a atuação das instâncias "*ordinárias*",^[16] razão pela qual devem ser *exemplares e paradigmáticos*, pois seus "*pronunciamentos exorbitam do interesse das partes, projetando-se para toda a sociedade a verdade do seu entendimento e nesta influindo*".^[17]

Neste sentido, as *decisões paradigmáticas* proferidas pelas Cortes Superiores contribuem, justamente, para que o *discurso jurídico* se dê de forma mais *racional*, conferindo, pois, maior *segurança jurídica* aos jurisdicionados, que têm como saber o quê esperar do Judiciário [previsibilidade], lembrando-se ser a *segurança jurídica* um *valor* mesmo, necessário à vida em sociedade e que precisa ser respeitado.^[18]

14. José Manoel de ARRUDA ALVIM Netto. *A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial e a relevância das questões*, in STJ 10 anos: Obra comemorativa 1989-1999, Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999, p. 37.

15. José Miguel Garcia MEDINA. *Sobre a PEC n. 209/2012, que pretende instituir o requisito da "relevância" da questão federal para o recurso especial*, in *Cadernos Jurídicos da OAB Paraná*, n.º 35, novembro de 2012, p. 4.

16. José Manoel de ARRUDA ALVIM Netto. *A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça*, cit., pp. 38/39; O Superior Tribunal de Justiça, no tocante à legislação federal, "é o fecho da abóbada da justiça sobre a legalidade *infra constitucional*" e suas decisões devem ser "*paradigmáticas, pois que, o rumo dessas, vale como roteiro para os demais Tribunais e jurisdicionados, mercê dos precedentes assentados*" [...] "Tais decisões, em devendo ser exemplares, hão, igualmente, de carregar consigo alto poder de convicção, justamente porque são, em escala máxima, os precedentes a serem observados e considerados pelos demais Tribunais".

17. José Manoel de ARRUDA ALVIM Netto. *A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça*, cit., p. 38.

18. Humberto Theodoro Junior. *A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança pública*, in *Revista de Processo*, n. 136, Jun/2006, p. 36.

Cada cidadão tem, nesse cenário, como saber o que pode e o que não pode fazer, podendo *confiar na segurança jurídica* dos precedentes, até como proteção à sua boa-fé objetiva.^[19] É preciso haver proteção à *boa-fé* objetiva do cidadão que age *confiando* nas decisões reiteradas das Cortes Superiores, daí podermos afirmar que se é preciso haver transparência e estabilidade nas leis, também é preciso haver transparência e estabilidade na *interpretação* dada a essas leis, o que somente é possível por meio do efetivo cumprimento da *alta função institucional das Cortes Superiores*, o que não tem sido efetivamente possível sem a existência de um *filtro* recursal que torne a atuação delas mais *racional*.^[20]

Esse é, inclusive, um dos problemas com a *súmula impeditiva de recurso* – quanto seja um importante instrumento de *estímulo* ao seguimento pelas instâncias ordinárias da orientação do STJ –, posto que não impede que haja diversos julgamentos dissonantes ao posicionamento consolidado do STJ, apenas vedando seguimento ao recurso cuja questão já esteja de acordo com o entendimento sumulado. Nesse sentido, os precisos dizeres de Arruda Alvim:

“A súmula que se encontra no âmbito do processo de emenda constitucional, em relação ao STJ, terá eficácia menor do que aquela instituída para o STF, pois esta produz efeitos vinculantes erga omnes, ao passo que a sugerida para o STJ, apenas, impedirá recursos que a contrariem. De certa forma, se aprovada, ter-se-á uma eficácia menos direta, afetando diretamente apenas os que recorram por meio de recurso especial, contrapostamente ao que foi sumulado, ao passo que a do STF tem eficácia direta”.^[21]

Se há instabilidade na interpretação, se ela é reduzida a uma verdadeira “loteria jurídica”, ficam os cidadãos relegados ao incognoscível, ao caos, sem saber, ou ao menos sem ter certeza, se a sua conduta é permitida ou não (uma determinada forma de planejamento tributário, *v.g.*), o que se transforma em um fator de instabilidade social, enfraquecendo o próprio Estado e a sociedade.

19. Neste sentido, determina a CF Suíça 9.º: “Art. 9. Protection contre l’arbitraire et protection de la bonne foi. Toute personne a le droit d’être traitée par les organes de l’Etat sans arbitraire et conformément aux règles de la bonne foi”. No nosso ordenamento jurídico, a boa-fé aplicada à Administração Pública (na qual também se insere, por óbvio, o Poder Judiciário) encontra-se positivada, especialmente, na CF 37 *caput*, e, ainda, na CF 5.º LXXIII e na LPA 2.º par. ún. IV.

20. V. José Manoel de Arruda Alvim Netto. *A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça*, cit., p. 39.

21. José Manoel de Arruda Alvim Netto. *A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral*, in Teresa Arruda Alvim Wambier et allii. *Reforma do judiciário – primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, Cap. VII, p. 66.

A segurança jurídica é, de fato, como vimos expondo, um *valor* e, mais do que isso, é um *valor «estruturante»* que permite até mesmo a concretização dos demais valores constitucionais.

A esse respeito, como advertia Theóphilo Cavalcanti Filho:

“O objetivo primeiro, a razão que, antes de qualquer outra, leva o homem a realizar direito, está numa exigência de ordem e segurança. Isso, como já se mostrou, decorre de uma necessidade fundamental, que se relaciona intimamente com a própria natureza humana (...) O homem – cabe reiterar – para poder conviver com os demais, necessita de saber não só o que pode fazer, mas também o que esperar que os outros façam. E também precisa ter certeza de que os demais, se não agirem da maneira como o devem, serão compelidos a proceder da maneira adequada. De um lado, impõe-se a certeza, quanto à ação que deve ser realizada, e por outro, a segurança quanto a que, necessariamente, as coisas se darão da maneira como devem ser.

Se a situação fôsse diferente, logo descambaríamos para o caos. Não haveria certeza em relação a nada. E uma sensação de absoluta intransquilidade se apossaria de todos. A convivência se transformaria em um verdadeiro martírio”.^[22]

Logo, não se pode ter como possível uma convivência harmônica em sociedade em meio um caos jurídico, em meio a uma “*loteria jurídica*”. É imperioso, pois, que haja *previsibilidade e segurança jurídica* nas decisões judiciais, como um direito fundamental do cidadão (CF Preâmbulo e 1º.). Disso decorre a necessária busca por uma *racionalização do discurso jurídico*,^[23] que se consubstancia, inclusive, em *função social da dogmática jurídica*,^[24]

22. Theophilo CAVALCANTI FILHO. *O problema da segurança no direito*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, Cap. IV, pp. 53 e 58.

23. Conferir a esse respeito Tércio Sampaio Ferraz Junior e Juliano Souza de Albuquerque Maranhão. *Função pragmática da justiça na hermenêutica jurídica: lógica do ou no direito?*, in Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol. I, n.º 5: A Filosofia no Direito e a Filosofia do Direito, p. 273/318, Instituto de Hermenêutica Jurídica: Porto Alegre, 2007; e Juliano Souza de Albuquerque Maranhão. *Some operators for refinement of normative systems*, in Bart Verheij; Arno R. Lodder; Ronald P. Loui; Antoinette J. Muntjewerff (Eds.), *Legal knowledge and information systems, frontiers in artificial intelligence and applications*, IOS Press: Amsterdam, 2001, p. 103/115. E, em especial, “Assim, a resposta sobre uma ação particular para um caso, com determinada propriedade, deve ser coerente com a solução encontrada para aquela mesma ação na hipótese de ausência daquela propriedade, ou ainda, coerente com a solução encontrada para outras ações análogas ou relacionadas com aquela primeira ação considerada. Isso leva o intérprete doutrinário a uma reconstrução de um sistema normativo com soluções coerentes para casos hipotéticos relevantes” [Tércio Sampaio Ferraz Junior e Juliano Souza de Albuquerque Maranhão, *Função pragmática da justiça na hermenêutica jurídica: lógica do ou no direito?*, in Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol. I, n.º 5: A Filosofia no Direito e a Filosofia do Direito, p. 273/318, Instituto de Hermenêutica Jurídica: Porto Alegre, 2007, p. 284].

24. Tércio Sampaio Ferraz Junior. *Função social da dogmática jurídica*, São Paulo: Max Limonad, 1998, Cap. II, n. 2, pp. 99/100.

dando ao cidadão, a partir da *segurança* e *certeza* proporcionadas por essa *racionalização do discurso jurídico*, a *sensação social* de que os conflitos virão a ser melhormente resolvidos.^[25]

Deste modo, é fundamental haver preocupação em encontrar certo *padrão de racionalidade* que torne o discurso jurídico (= decisões judiciais) harmônico, com certo grau de *previsibilidade* e *segurança jurídica*, que permitam ao cidadão saber o que pode ou não fazer, o que somente é possível com o efetivo cumprimento da *alta função institucional das Cortes Superiores*.

Para tanto, em nosso sentir, forçoso reconhecer que a *missão institucional (ratio essendi)* e a *competência constitucional* de nossas Cortes Superiores (STF e STJ) – de *uniformizar o entendimento* [acerca da constituição (STF) e legislação federal (STJ)] e de conferir certo *padrão de racionalidade* a orientar a aplicação do direito nas instâncias ordinárias, indo, pois, além de *precedentes individuais*^[26] –, só podem ser plena e eficazmente cumpridas se essas Cortes somente se ocuparem de questões efetivamente relevantes, quer do ponto de vista econômico, social ou jurídico.^[27] Do contrário, essas Cortes deixam de ser instâncias *extraordinárias*, para se tornarem mais uma instância *ordinária* (= 3.^a e 4.^a instâncias ordinárias).^[28]

4. Os precedentes no CPC/15.

Indubitavelmente, como dito acima, uma das maiores mudanças promovidas pelo CPC/15 no sistema processual civil brasileiro consiste no advento dos denominados “Precedentes Vinculantes” ou “Precedentes Qualificados”, na nomenclatura utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça (cfr. Regimento Interno, art. 121-A, com a redação dada pela Emenda

25. José Manoel de Arruda Alvim Netto. *A argüição de relevância no recurso extraordinário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, n. 9.1, p. 11.

26. Sidnei Agostinho Beneti. *Doutrina de precedentes e organização judiciária*, in Luiz Fux et alii (coords.). *Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 487.

27. José Manoel de Arruda Alvim Netto. *A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça*, cit., p. 47.

28. Ovídio A. Baptista da Silva. *A função dos tribunais superiores*, in STJ 10 anos: *Obra comemorativa 1989-1999*, Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999, p. 145.

Regimental n. 24/2016),^[29] que consistem nos *atos* (não apenas decisões, como, p. ex., súmulas e orientações) emanados do Poder Judiciário e assim classificados nos termos do CPC/15 art. 927, cuja (estrita) observância se faz necessária por *juízes e tribunais*.

Trata-se de mudança "nuclear" no CPC/15, que podemos ter justamente como um de seus eixos centrais, de suas pilastras-mestras, o que pode ser facilmente constatado pelos efeitos decorrentes dos precedentes vinculantes na nova sistemática do processo civil brasileiro, entre os quais, destacamos os seguintes: a possibilidade de concessão de tutela de evidência (art. 311 II), a improcedência liminar do pedido (art. 332 I a IV), impactos sobre a remessa necessária (art. 496 § 4.º), possibilidade de dispensa de caução (art. 521 IV), ação rescisória (art. 966 §§ 5.º e 6.º), cabimento de reclamação (artigo 988), dever de fundamentação (art. 489 § 1.º V e VI), denegação de subida de recursos, entre outros.

A adoção dos precedentes no CPC/15 não foi abrupta, mas, sim, veio no bojo e no contexto de diversos atos que paulatinamente foram aumentando a eficácia da jurisprudência no direito brasileiro,^[30] e de há muito a doutrina já vinha se posicionando sobre a maior influência dos precedentes.^[31]

29. "SEÇÃO I-A Do Registro e da Formação dos Precedentes Qualificados

Art. 121-A. Os acórdãos proferidos em julgamento de incidente de assunção de competência e de recursos especiais repetitivos bem como os enunciados de súmulas do Superior Tribunal de Justiça constituem, segundo o art. 927 do Código de Processo Civil, precedentes qualificados de estrita observância pelos Juízes e Tribunais.

§ 1º Os incidentes de assunção de competência e os processos afetados para julgamento sob o rito dos recursos especiais repetitivos serão organizados e divulgados por meio de enunciados de temas com numeração sequencial, contendo o registro da matéria a ser decidida e, após o julgamento, a tese firmada e seus fundamentos determinantes.

§ 2º Os precedentes qualificados deverão ser divulgados na internet, de forma sistematizada, com a indicação precisa das informações relacionadas a todas as fases percorridas de seu procedimento".

30. Cfr. Thiago Rodovalho. *O STJ e a arguição de relevância*, in Isabel Gallotti, Bruno Dantas, Alexandre Freire, Fernando da Fonseca Gajardoni e José Miguel Garcia Medina. (Orgs.). *O papel da jurisprudência no STJ*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 835/853; Thiago Rodovalho. *Repercussão Geral e o Writ of Certiorari - Uma Proposta de Lege Ferenda*, in Luiz Fux, Alexandre Freire e Bruno Dantas (Orgs.). *Repercussão Geral da Questão Constitucional*, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 633/651; e Thiago Rodovalho. *Do respeito às decisões do STF e a súmula vinculante*, in Vladimir Oliveira da Silveira (coord.). *Revista de Direito Brasileira – RDBras*, São Paulo: Revista dos Tribunais/Conpedi, ano 2, v. 2, jan./jun. de 2012, n. 4, pp. 237/242.

31. V., por todos, José Rogério Cruz e Tucci. *Precedente judicial como fonte do direito*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, *passim*; e **Antônio Carlos Marcato**. *Crise da justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro*. Tese de Titularidade, São Paulo: USP, 2008, *passim*; e, mais recentemente, Luiz Guilherme Marinoni. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, *passim*; Daniel Mitidiero. *Precedentes: da persuasão à vinculação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, *passim*; Hermes Zaneti Jr. *O valor vinculante dos precedentes*, 2.ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016, *passim*; Thomas da Rosa de Bustamante. *Teoria do precedente judicial*, São Paulo: Noeses, 2012, *passim*; entre outros.

Não obstante essa mudança que veio se solidificando no tempo, fato é que a transformação promovida pelo CPC/15 é de fato impactante, a partir em especial de dois artigos (arts. 926 e 927), com toda a repercussão que deles se espraiia ao longo de todo o Código, como já apontado acima.

Nesse ponto, o Código primeiro tratou de emitir um comando aos *Tribunais*, máxime de jurisdição extraordinária (STF e STJ, em especial), para que uniformizassem sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente (= eficácia *horizontal* dos precedentes); ato contínuo, diz quais atos judiciais se traduzem em precedente vinculante e traz o comando para os que estão *hierarquicamente* abaixo do Tribunal prolator do precedente para que o observem (= eficácia *vertical* dos precedentes).

Tratou-se de impactante alteração no sistema processual, a que muitos bradaram *inconstitucional*. Vejamos.

4.1. Teses pela *inconstitucionalidade* e pela *constitucionalidade* dos Precedentes no CPC/15.

Podemos destacar, em especial, dois autores que vêm se posicionando pela *inconstitucionalidade* dos precedentes, são eles: Hugo Nigri Mazzilli e Nelson Nery Junior.^[32]

Em suma, os autores que defendem a *inconstitucionalidade* dos precedentes o fazem por seis motivos: (i) independência dos juízes (que passariam a ser *boca dos tribunais*, nos dizeres de Nelson Nery Junior); (ii) livre convencimento dos juízes; (iii) separação dos poderes; (iv) contraditório; (v) legalidade; e, por fim, (vi) que a alteração somente poderia ter sido feita por emenda constitucional.^[33]

Esses argumentos, *venia concessa*, não nos parecem corretos.

32. Hugo Nigri Mazzilli. *Novo CPC viola Constituição ao dar poderes legislativos a tribunais*, de 3.10.2015, disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-out-03/hugo-mazzilli-poder-tribunais-legislarem-viola-constituicao>; e Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de processo civil comentado*, 16.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, coment. ao art. 927, pp. 1836/1837.

33. A esse respeito, catalogando e rebatendo as críticas pela *inconstitucionalidade* dos precedentes, v. Ada Pellegrini Grinover. *Ensaio sobre a processualidade*, Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, pp. 152/160.

Em primeiro lugar, os juízes permanecem independentes, bem como dotados do livre convencimento (*motivado*) na formação de sua convicção jurídica sobre os fatos postos na lide. Contudo, nem um nem outro são ilimitados ou absolutos; ao revés, harmonizam-se com outros princípios e valores igualmente relevantes e necessários ao Estado Democrático de Direito, em especial segurança jurídica e isonomia, que são igualmente garantias constitucionais dos cidadãos. Basta notar que juízes nunca foram plenamente livres ao julgar, sob pena de configurar arbitrariedade.^[34] Assim também se passa com os precedentes vinculantes, o juiz não é mero *convidado de pedra*, ele há de fazer o cotejo analítico entre o caso concreto e o precedente, e, eventualmente, a distinção entre eles. O que não é possível, diante de um precedente e de um caso de mesma identidade fática, dar solução distinta (consagração do *treat like cases alike*, ou da segurança jurídica e isonomia).

De igual sorte, não nos parece haver violação ao princípio da separação dos poderes ou da legalidade. Isto porque, os precedentes vinculantes não se traduzem numa adoção plena da *common law*. Ao contrário, é a «lei» que diz o que é um precedente (CPC/15 art. 927), e é «a partir da lei» que o precedente se forma (= interpretação do texto normativo).^[35] E mais, como lembra Hermes Zaneti Jr., *leis são normas gerais e abstratas*, ao passo que os *precedentes são normas concretas*, formadas a partir da *interpretação do texto normativo e à luz dos fatos do caso concreto* (v., p. ex., CPC/15 art. 926 § 2.º). Precedentes não são *normas gerais e abstratas*. Não há confusão entre um (*lei*) e outro (*precedente*).^[36]

Também não há ofensa ao contraditório, haja vista que a parte é ouvida a respeito da aplicação do precedente, podendo postular sua inaplicação em razão de elementos fáticos distintos (técnica de distinção, *distinguishing*) ou postular sua superação (*overruling*).

Por fim, não nos parece que apenas através de Emenda Constitucional se poderia ter atribuído eficácia vinculante aos precedentes. O CPC/15, nesse

34. Ada Pellegrini GRINOVER. *Ensaio sobre a processualidade*, Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, pp. 152/153.

35. “*Não se pode em ofensa à legalidade quando é a própria lei que estabelece a vinculação forma dos precedentes (art. 927)“* Hermes Zaneti Jr. *Comentários ao CPC/15 926*, in Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. *Comentários ao novo código de processo civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1312.

36. Hermes ZANETI JR. *Comentários ao CPC/15 926*, in Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. *Comentários ao novo código de processo civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1312 *et seq.*

ponto, dirige-se aos «juízes», i.e., ao próprio *Poder Judiciário* (daí os corretos dizeres do *caput* do CPC/15 art. 927: “Os juízes e os tribunais *observarão*”), atribuindo-lhes o dever se observar os precedentes vinculantes quando a situação fática for a mesma; é dizer, apenas e tão somente *concretiza* as garantias constitucionais da segurança jurídica e da isonomia, e sem tê-los transformado, como dito, em *normas gerais e abstratas*, daí o inteiro acerto de Ada Pellegrini Grinover ao sustentar que não há “óbice algum para que a legislação ordinária discipline o efeito vinculante das decisões judiciais”.^[37]

Se, de um lado, não nos parece haver *inconstitucionalidade* na atribuição de efeito vinculante aos precedentes no CPC/15, de outro, há sólidos argumentos em favor de sua *constitucionalidade*, ao consagrar valores e garantias constitucionais. São eles: *segurança jurídica, isonomia, integridade e coerência* do sistema, e *duração razoável do processo*.

5. A relação entre o CPC e a Arbitragem.^[38]

A aplicação do CPC não é absolutamente estranha à arbitragem. Contudo, não é o CPC que disciplina o procedimento arbitral, nem mesmo na hipótese de *omissão* das partes (a menos que as partes expressamente assim tenham pactuado na convenção de arbitragem). Ao revés, esse terá suas regras definidas pelas partes e/ou pelo árbitro, de maneira a melhor atender as necessidades específicas do caso concreto, aplicando-se, sim, os *princípios constitucionais* do processo civil (devido processo legal, contraditório e igualdade de partes),^[39] que são *decantados* pelo Código de Processo Civil.

Porém, não se afasta *por inteiro* qualquer referência à arbitragem na legislação processual. Isto porque a arbitragem, enquanto uma das formas

37. Ada Pellegrini GRINOVER. *Ensaio sobre a processualidade*, Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 160.

38. A esse respeito, cfr. Thiago RODOVALHO. Os *impactos do NCPC na Arbitragem*, in Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco, vol. 8, 2015, pp. 252/254.

39. Neste sentido, inclusive, a previsão do artigo 21 da Lei de Arbitragem: “A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou à Câmara Arbitral, regular o procedimento. § 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao Câmara Arbitral discipliná-lo. § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento”.

de solução de conflitos faz parte de um *todo*, de um sistema de prestação jurisdicional completo que se relaciona e interage, para atender a perspectiva da sociedade (i.e., dos jurisdicionados). Assim, *em alguns momentos*, haverá uma necessária intersecção ou conexão entre os integrantes deste sistema.

A arbitragem, então, não caminha só. Convive em harmonia com a Jurisdição Estatal, cada qual ocupando o seu espaço, mas se relacionando quando necessário.

Nesse sentido, há diversos impactos do CPC *antes* (cautelares pré-arbitrais, preenchimento de cláusula arbitral vazia, p.ex.), *durante* (para medidas de força que demandem auxílio do Poder Judiciário via Carta Arbitral, p.ex.) e *após* o procedimento arbitral (anulação de sentença arbitral, cumprimento judicial da sentença arbitral, reconhecimento de sentença arbitral estrangeira ou para a concessão de *exequatur* à carta rogatória, p.ex.), numa permanente e necessária relação de *cooperação* e *intersecção* entre Poder Judiciário e a Arbitragem.

6. O árbitro está vinculado aos precedentes?

Antes de tentarmos responder a essa indagação, duas considerações prévias se fazem necessárias. *Primeiro*, a de que, do ponto de vista "prático", é salutar que o árbitro sempre dialogue, na fundamentação, com as alegações das partes, inclusive com os precedentes, se os houver. *Segundo*, esse problema, embora desafiador do ponto de vista teórico, é, no Brasil, ao menos nesse estágio, de ocorrência menor, haja vista que a formação de precedentes está ligada muito a questões seriais, ao passo que a arbitragem lida mais com casos que possuem maiores especificidades fáticas e/ou probatórias.^[40]

Pois bem, feitas essas considerações, ponto nevrálgico dessa *quaestio iuris* que ora nos coloca é saber se os árbitros estão ou não *vinculados* aos precedentes.

Como sói acontecer em temas tão polêmicos, diversas teorias vêm se formando a esse respeito.

40. A esse respeito, v. Guilherme Rizzo Amaral. *Vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais*, de 3.10.2017, disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-out-03/guilherme-amaral-vinculacao-arbitros-aos-precedentes-judiciais>.

Nesse sentido, há quem defende a vinculação ampla aos precedentes judiciais vinculantes, de tal sorte que, ignorado o precedente (é dizer, sem que seja feita a técnica de distinção), haveria nulidade da sentença arbitral por falta de fundamentação a autorizar a propositura de ação anulatória (não cabendo, contudo, a reclamação). Nessa hipótese, tratar-se-ia de *error in procedendo*. Se realizado a técnica de distinção, ainda que de forma equivocada, fundamentação houve, e então se trataria de *error in iudicando*, não se autorizando a ação anulatória.^[41]

Uma segunda corrente passou a defender a vinculação ampla do árbitro aos precedentes judiciais vinculantes, contudo sem autorizar a propositura de ação anulatória nem reclamação, tratando-se sempre de *error in iudicando*.^[42]

A terceira corrente, capitaneada justamente por Marcio Bellocchi, defende a vinculação do árbitro a *alguns precedentes*, i.e., aos denominados *precedentes fortes*, ou seja, aqueles que autorizam a reclamação em caso de descumprimento, embora, na hipótese de descumprimento pelo árbitro, o autor defenda, na versão comercial de sua dissertação, apenas o cabimento da ação anulatória.^[43]

Por fim, uma quarta corrente defende a vinculação do árbitro somente aos *precedentes que possuam «assento constitucional»*, i.e., os precedentes disciplinados nos arts. 102 § 2.º e 103-A da Constituição Federal (cabendo ação anulatória nessa hipótese, em caso de descumprimento), não havendo vinculação aos demais precedentes previstos no CPC/15 art. 927 (não cabendo ação anulatória nessa hipótese, em caso de descumprimento).^[44]

41. Nesse sentido, cfr. José Rogério Cruz e Tucci. *O árbitro e a observância do precedente judicial*, de 1.11.2016, disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial>; e José Rogério Cruz e Tucci. *O árbitro, assim como o juiz togado, pode muito, mas não pode tudo*, de 13.12.2016, disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-dez-13/paradoxo-corte-arbitro-assim-juiz-togado-nao-tudo>.

42. Cfr. Andre Vasconcelos Roque e Fernando da Fonseca GAJARDONI. *A sentença arbitral deve seguir o precedente judicial do novo CPC?*, de 7.11.2016, disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/sentencia-arbitral-deve-seguir-o-precedente-judicial-novo-cpc-07112016>.

43. V. Marcio Bellocchi. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pp. 163/167.

44. Marcos Serra Netto FIORAVANTI. *A arbitragem e os precedentes judiciais: observância, respeito ou vinculação?*, Dissertação de Mestrado, São Paulo: PUC/SP, 2017, pp. 90/98.

Filiamo-nos a essa quarta corrente.

Em nosso sentir, como dito acima, não nos parece haver inconstitucionalidade no art. 927 do CPC/15 justamente por se dirigir aos «juízes», i.e., ao próprio *Poder Judiciário* (daí os corretos dizeres do *caput* do CPC/15 art. 927: “Os juízes e os tribunais *observarão*”), atribuindo-lhes o dever se observar os precedentes vinculantes quando a situação fática for a mesma. Ou seja, mitigou a independência do magistrado em harmonia com as garantias constitucionais da segurança jurídica e da isonomia, conferindo maior *racionalidade* à prestação jurisdicional, sem ter, contudo, transformado os precedentes em *normas gerais e abstratas*, daí a desnecessidade de Emenda Constitucional para se atribuir eficácia vinculante aos precedentes.

Em razão disso, não se trata propriamente de *fonte «primária»* do nosso ordenamento jurídico, ao contrário do que ocorre em países de *common law*, nos quais os precedentes ocupam a mesma hierarquia da lei, ou seja, como *fontes primárias*.

No nosso sistema jurídico, essa guindada dos precedentes a fontes primárias não poderia ser feita na legislação infraconstitucional.

Demais disso, arbitragem e Poder Judiciário, quanto se relacionem, são sistemas separados. Basta observarmos diversas dificuldades práticas: os árbitros não formam precedentes, não podem fazer o *overruling*, não cabe reclamação se descumprirem um precedente judicial, não cabe recurso para rever o precedente.

Assim, em razão disso tudo que vimos expondo, o árbitro, em nosso sentir, não está *vinculado* (*rectius*: obrigado) aos precedentes do art. 927 do CPC/15, estando vinculados apenas e tão somente aos *precedentes com "assento constitucional"*, ainda que, como já dissemos acima, do ponto de vista “prático”, é salutar que o árbitro sempre dialogue, na fundamentação, com as alegações das partes, inclusive com os precedentes, se os houver.

3.9.

Estado Democrático de Direito – O Que É e O Que Não É

Ricardo Peake Braga

Advogado. E-LLM. Conselheiro do IASP - Instituto dos Advogados de São Paulo.

Misstraut Euch, edler Lord, dass nicht der Nutzen des Staats euch als Gerechtigkeit erscheine!"^[1]
Schiller^[2]

1. Estado de Direito

1.1. Rule of Law

"O grande problema em política, que comparo ao da quadratura do círculo em geometria: **Encontrar uma forma de governo que coloque a lei acima do homem**". A frase é de ROUSSEAU^[3], que acrescenta que "infelizmente essa forma não é encontrável".

Os anglo-saxões atribuem à ideia de "rule of law" - isto é, de um governo do Direito^[4] e não de pessoa - , a origem do conceito de Estado de Direito. Embora seu nascimento, ou pelo menos sua cristalização, seja mesmo relacionado à Magna Carta inglesa, algo parecido com a ideia de "rule of law" já era encontrado na velha Roma republicana. LÍVIO^[5] já se referia a uma comunidade livre como sendo aquela em que "o *imperium* das leis é maior que o de qualquer homem".

Para os ingleses contemporâneos da Magna Carta, lei era a lei divina

1. Tradução livre do Autor: "Atenção, nobre Senhor, para que o interesse do Estado não lhe pareça Justiça!"

2. Apud RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*, 6^a edição, Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979, p. 347.

3. ROUSSEAU, Jean Jacques. *Carta ao marquês de Mirabeau. Corresp.*, XVII, 155, apud JOUVENEL, Bertrand. *O Poder - História natural de seu crescimento*, São Paulo: Editora Peixoto Neto, s/data, p. 307.

4. A expressão é de José Guilherme Merquior (MERQUIOR, José Guilherme. *O Liberalismo - Antigo e Moderno*, São Paulo: É Realizações, 2014, p. 164).

5. V. SKINNER, Quentin. *Liberdade antes do liberalismo*, São Paulo: Ed. UNESP, 2019, p. 46.

(tal como atestada pela Igreja) e a chamada lei da terra (“lex terrae” ou “law of the land”), isto é, um certo direito consolidado ao longo dos tempos, inicialmente aplicado em cortes locais de homens livres (“Hundred Courts”) e cortes senhoriais (“Courts Baron”), e depois consolidado e unificado pelo “Common Law” de HENRIQUE II^[6], que passou a ser aplicado exclusivamente pelos Tribunais Reais de Westminster^[7].

Assim, em suas origens inglesas, a lei ou Direito da expressão “rule of law”, não qualquer lei, mas a lei divina e a “lex terrae”^[8]. Pudesse a lei ser qualquer regra livremente determinada pelo soberano, o “rule of law” não passaria de um jogo de palavras bonitas, sem qualquer efeito prático de segurança jurídica.

Com a centralização de poder e o fortalecimento dos monarcas (absolutismo), especialmente na Europa continental, começa a tomar forma o conceito moderno de soberania, pelo qual o poder do monarca (que se confunde com o poder do Estado) é a fonte e centro de todo o poder dentro do território^[9], sem qualquer limitação jurídica, seja pela “lex terrae”, pelos nobres, pelo povo ou pela Igreja.

Na Inglaterra, o tormentoso século XVII, com suas duas revoluções (a Revolução Puritana e a Revolução Gloriosa), moldou um sistema de freios e limites entre rei e Parlamento, com o respeito ao Direito acima do poder do governante (o “Rule of Law”), que deu estabilidade para sua expansão nos séculos seguintes^[10] e deu origem ao constitucionalismo inglês e americano.

Na Europa continental, todavia, ainda demoraria a surgir um novo instrumento para limitação do Leviatã estatal.

6. CHURCHILL, Winston S. *A History of the English-Speaking Peoples – A new one-volume abridgment by Christopher Lee*, London: Cassel, 1998, p. 89/92.

7. Vale notar que mesmo após o advento do Common Law o respeito à tradição das regras antigas se manteve, pois o “Common Law”, nas suas origens, era quase que exclusivamente composto de regras de cunho processual. DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 286 e segs.

8. JOUVENEL, Bertrand de. Ob. cit., p. 50 e seguintes.

9. O conceito de Estado, “como a única fonte de lei e da força legítima dentro de seu território”, consolida-se por volta do século XVI. V. SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*, São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 10.

10. TREVELYAN, George McCauley. *A Revolução Inglesa: 1688-1689*, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.

1.2. *Rechtsstaat*

HAYEK^[11] aponta a Prússia como berço do conceito moderno de “Rechtsstaat” (Estado de Direito)^[12], que adquire uma feição eminentemente jurídica. Como observa MERQUIOR^[13], enquanto os liberais britânicos haviam sido principalmente economistas e filósofos morais (ADAM SMITH, JOHN STUART MILL), os franceses em sua maioria historiadores (TOCQUEVILLE), na Alemanha os liberais eram principalmente juristas.

Famosa anedota^[14] diz que FREDERICO II, contrariado com um velho moinho que enfeiava a vista da janela de seu palácio, tentou várias vezes comprá-lo. Irritado com as seguidas recusas do proprietário, ameaçou expulsá-lo do local, ao que o proprietário teria respondido: “Ainda há tribunais em Berlim”. Para HAYEK, “a anedota sugere a existência de certos limites ao poder real, que, na época, provavelmente não existiam em nenhum outro país do continente”. Curioso pensar que, neste início do século XXI, o velho moinho dificilmente resistiria a uma desapropriação em nome do “interesse público”...

A Prússia de FREDERICO II (século XVIII) foi pioneira em codificações civil e penal, bem como em regras para regular a administração pública, que tiveram grande importância na consolidação da ideia de Estado de Direito. Mas, ainda segundo HAYEK^[15], foi em Hannover, cujos monarcas tinham maior contato com a Inglaterra, que o conceito de Estado de Direito acabou por desenvolver-se e tomar forma mais acabada.

KELSEN^[16], na sua concepção monista de Direito e Estado, afirma que

11. HAYEK, Friedrich August von. *Os Fundamentos da Liberdade*, Brasília: Ed. Universidade de Brasília, São Paulo: Visão, 1983, p. 235 e segs.

12. Voegelin, escrevendo na década de 1960, diz que “Rechtsstaat é uma palavra alemã e tem sentido apenas dentro do estudo alemão das instituições desde o começo do século XIX” (VOEGELIN, Eric. *Hitler e os alemães*, São Paulo: É Realizações, 2007, p. 281).

13. MERQUIOR, José Guilherme, ob. Cit., p. 164.

14. Erika Figueiredo aponta que a frase ficou famosa no conto *O Moleiro de Sans Souci*, de François Andrieux. (FIGUEIREDO, Erika. “Os Juízes de Berlim”, in *Em Busca da Verdade – Ensaios Reunidos*, Santo André: Armada Editora, 2021, p.87).

15. HAYEK, Friedrich A., cit., p. 239.

16. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 3^a. edição, Coimbra: Armênio Amado Editor, 1974, p. 417.

a expressão Estado de Direito é um “pleonasmo”. Mas, rendendo-se ao uso corrente da expressão, esclarece que “‘Estado de Direito’ neste sentido específico é uma ordem jurídica relativamente centralizada segundo a qual a jurisdição e a administração estão vinculadas às leis – isto é, as normas gerais que são estabelecidas por um parlamento eleito pelo povo, com ou sem a intervenção de um chefe de Estado que se encontra à testa do governo -, os membros do governo são responsáveis pelos seus actos, os tribunais são independentes e certas liberdades dos cidadãos, particularmente a liberdade de crença e de consciência e a liberdade da expressão de pensamento, são garantidas.”

Para KELSEN, portanto, na prática, o Estado de Direito é uma autolimitação da jurisdição e da administração pela lei estabelecida pelo parlamento, a existência de tribunais independentes e a liberdade de crença e de expressão. Nota-se aqui a introdução de elementos materiais (tribunais independentes, liberdade de crença e expressão), que devem, por definição e “sine qua non”, existir num Estado de Direito (“*Rechtsstaat*”)^[17].

1.3. *O Estado de Direito*

Numa síntese entre os conceitos de *Rule of Law*, de *Rechtsstaat* e outros elementos do desenvolvimento do Estado Moderno no Ocidente, especialmente sob a influência do liberalismo, pode-se dizer que Estado de Direito é a concepção de governo sob o Direito, em contraposição a governo arbitrário, com as seguintes características:

- governo impessoal, de leis e não de homens;
- governo regido e limitado por leis gerais, abstratas, conhecidas e estáveis;^[18]
- igualdade perante a lei, que deve ser aplicada por tribunais regulares^[19];
- Direito sujeito a regras e princípios de ordem superior, acima das leis ordinárias, que garantem os direitos individuais, entre eles as liberdades de crença e de expressão;

17. Sobre a evolução do constitucionalismo, de seu conceito clássico de limitador do poder, para o neoconstitucionalismo programático e totalitário, BRAGA, Ricardo Peake. *Jurisdição e o Fim da Democracia – como uma tecnocracia jurídica assumiu o poder*, Londrina: Editora E.D.A., 2021. V. também SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*, São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 393 e seguintes.

18. ÁVILA, Humberto. *Constituição, Liberdade e Interpretação*, São Paulo: Malheiros, 2019, pag. 19.

19. ZIMMERMAN, Augusto. *Cosmovisões do Direito no Mundo Ocidental*, Londrina: Editora E.D.A.- Educação, Direito e Alta Cultura, 2022, p. 151.

- separação de poderes^[20], em que a criação do Direito dá-se por um corpo legislativo independente do Executivo e a interpretação e aplicação do Direito por um Judiciário independente.

2. Democracia

HENRI CAPITANT^[21], fiel à etimologia da palavra, ensina que democracia é o “regime político no qual o poder provém do povo e é exercido por este, direta ou indiretamente^[22]”. A evolução histórica consagrou a democracia como “um sistema de governo, caracterizado por determinadas instituições, que dão ao povo participação efetiva na governança”^[23].

Em seu precioso pequeno livro *O futuro da democracia – uma defesa das regras do jogo*, NORBERTO BOBBIO aponta ser “condição indispensável” de uma democracia que “[...] aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de escolher entre uma e outra. Para que se realize esta condição é necessário que aos chamados a decidir sejam garantidos os assim denominados direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação etc. [...] As normas constitucionais que atribuem estes direitos não são propriamente regras do jogo: são regras preliminares que permitem o desenrolar do jogo”.^[24]

Avançando um pouco além do aspecto eleitoral, PHILIP PETTIT^[25] ressalta que a democracia implica em que as pessoas efetiva e sistematicamente influenciem o governo: “A democracia que visualizo objetivaria não apenas dar influência às pessoas e permitir-lhes fazer a diferença; ela objetivaria dar

20. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 25^a edição, São Paulo: Malheiros, 2010, pag. 5.

21. CAPITANT, HENRI. *Vocabulario Jurídico*, Reimpresión, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986, pág. 200.

22. Tradução livre do Autor para o original em espanhol: “*régimen político en el cual el poder previene del pueblo y es ejercido por éste, directa o indirectamente*”

23. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “Justiça Constitucional e Democracia”, in *Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4^a Região*, n. 10, pag. 22.

24. BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia – uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 1986, p. 20.

25. PETTIT, Philip. “Three mistakes about democracy”, in *Kilikya Felsefe Dergisi*, (2), 2015, p. 1-13. Integra publicada em Academia.edu: https://www.academia.edu/36794176/Three_Mistakes_about_Democracy

a elas uma forma de influência que lhes permita fazer sistematicamente uma diferença, impondo seus paradigmas comuns ao governo”^[26].

Ainda que se reconheça que a atividade do povo na democracia não se restringe aos indivíduos, envolvendo grupos de pressão, partidos políticos, sindicatos etc., a referência última para apuração da vontade da maioria é o voto individual livre, secreto num sistema em que existam opções reais. Um sistema baseado em conselhos comunitários, “assembleias públicas” ou outros tipos de assembleísmos jamais será uma verdadeira democracia, não passando de uma espécie de sovietismo^[27], em que grupos aparelhados pelo governo ou por facções controlam o debate e impedem a participação da maioria através de táticas de intimidação. Como disse BOBBIO, “toda democracia genuína é necessariamente uma democracia liberal”^[28].

KELSEN via na democracia “uma espécie particular de nomogênese”^[29], isto é, um sistema em que a elaboração das normas é feita por seu próprio destinatário (ou seja, o povo).

São vários os problemas da democracia. Desde o mérito do critério de escolha dos governantes (maioria x qualidade), já questionado desde a antiga Grécia^[30], até os riscos do assembleísmo demagógico que, na Revolução Francesa, levou ao Terror das guilhotinas, as deficiências são inúmeras e evidentes. O próprio ROUSSEAU, guru da Revolução Francesa, considerava que a escolha entre os regimes dependeria do tamanho da comunidade, e que democracia somente seria o melhor regime em países pequenos^[31]. MARX e ENGELS^[32] também desprezavam a democracia, preferindo a ditadura do proletariado, até que o Estado pudesse ser erradicado.

26. Tradução livre do Autor ao original em inglês: “The democracy I envisage would aim, not just at giving people influence, enabling them to make a difference; it would aim at giving them a form of influence that enables them to make a systematic difference, imposing their shared standards on government”

27. A palavra russa “soviet” (“cobel”, no alfabeto cirílico) significa “conselho”.

28. MERQUIOR, José Guilherme. *O Liberalismo – Antigo e Moderno*, cit. p. 257.

29. MERQUIOR, José Guilherme. *O Liberalismo – Antigo e Moderno*, cit. p. 206.

30. PLATÃO. *A República*, 5ª. edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, s/d, item 562^a, p. 395 e seguintes.

31. JOUVENEL, Bertrand. Ob. Cit., p. 322.

32. JOUVENEL, Bertrand. Ob. Cit., p. 292.

Não obstante, ainda e sempre ecoam as célebres palavras do grande CHURCHILL^[33]: “A democracia é o pior dos regimes, com exceção de todos os outros”. Os outros sistemas de governo têm problemas ainda maiores, pelo que, se é inevitável errar na condução dos assuntos governamentais, ao menos que o erro tenha sido decisão da maioria.

Nesta quadra da história, a democracia, enquanto ideal e conceito, brilha triunfante! Mas, na prática, está em franco processo de enfraquecimento e degeneração. A internacionalização das decisões econômicas^[34] (globalização) levou a uma internacionalização de grandes pautas políticas (imigração, meio-ambiente, quotas identitárias etc.), com o esvaziamento do poder dos Estados nacionais e de seus governos^[35]. Os Estados nacionais, onde a democracia ainda supostamente ainda opera, veem seu poder de decisão e atuação reduzidos a temas de menor importância, ficando sujeitos, nos grandes temas, ao cumprimento das decisões tomadas em fóruns controlados por corporações globais, entidades não-governamentais e grandes bilionários.

Esse ataque à democracia é feito de forma oculta, lateral, mediante o recurso a eufemismos e jogos de linguagem. Os usurpadores bradam alto em sua defesa, enquanto agem por trás das cortinas para transformá-la numa grande farsa.

3. Estado Democrático de Direito

A expressão Estado Democrático de Direito, adotada pela Constituição brasileira de 1988 (artigo 1º), é relativamente nova. Apenas a constituição peruana de 1993 adota a mesma fórmula; as constituições venezuelana de 1999 e boliviana de 1976 (com a reforma de 1994), usam expressão similar^[36].

33. CHURCHILL, Winston. *W. S. Churchill: His Complete Speeches, 1897-1963*, vol. 7. Ed. Robert Rhodes James. New York: Chelsea House Publishers, 1974, 7, p. 566, apud VOEGELIN, Eric. *Hitler e os Alemães*, São Paulo: É Realizações, 2007, p. 115.

34. FARIA, José Eduardo. *O Estado e o Direito depois da Crise*, 2º. edição, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 61.

35. BRAGA, Ricardo Peake. *Juristocracia e o Fim da Democracia – como uma tecnocracia jurídica assumiu o poder*, Londrina PR: Editora E.D.A. Educação, Direito e Alta Cultura, 2021, p. 85 e seguintes.

36. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. “Estado Democrático de Direito” – Comentário ao artigo 1º, in CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários*

Inclui-se na clássica e consagrada expressão Estado de Direito uma nova palavra: “Democrático”.

No capítulo anterior viu-se que *Democracia* relaciona-se a quem detém a autoridade: democrático é, portanto, o estado em que o poder reside no povo. *Estado de Direito*, por sua vez, relaciona-se à quantidade de poder de que esse titular da autoridade dispõe^[37] e as limitações e formalidades para seu exercício.

Assim, como bem aponta OSCAR VILHENA VIEIRA^[38], a expressão Estado Democrático de Direito busca integrar dois conceitos que tem alguma relação entre si, mas que são distintos: o Estado de Direito, expressão do constitucionalismo clássico de limitação de poderes do estado, e Democracia, reforçando que esse poder deve ser democrático, isto é, do povo, ou seja, a soberania popular^[39] ao lado da limitação do poder estatal pelo Direito.

Ao se incluir o termo “democrático” na expressão Estado de Direito, agora Estado Democrático de Direito, diz-se que a lei a que está submetido o governo é a lei oriunda do povo, decidida pela maioria. Mais ainda, a conjugação desses dois importantes conceitos resulta no reforço da concepção substancial – e não apenas formal - do Estado de Direito: eleições livres e periódicas e com opções reais, “respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais”^[40], separação de poderes.

A separação de poderes é imprescindível para evitar o abuso de poder. Bertrand de Jouvenel^[41], reportando-se a Montesquieu, Locke e Benjamin Constant, aponta a evidente fragilidade de um regime em que o poder real tanto de governar como de fazer as leis que supostamente o limitarão estejam nas mesmas mãos. É um mecanismo de contenção, um sistema de freios e

^a *Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 113.

37. SKINNER, Quentin. *Liberdade antes do Liberalismo*, cit., p. 92.

38. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994, p. 23/24.

39. SILVA, Enio Moraes da. “O Estado Democrático de Direito”, in *Revista de Informação Legislativa*, n.167, Brasília: 2005, p. 213 e seguintes. <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/794/R167-13.pdf>

40. MORAES, Alexandre. ob. cit., p. 6.

41. JOUVENEL, Bertrand de. Ob. cit., p. 368

contrapesos, que conjugue soberania popular e limitação de poderes, que foi a grande contribuição para a liberdade^[42] dos constituintes da Filadélfia que fizeram a Constituição americana.

Infelizmente, os mesmos usurpadores do termo “democracia”, tão vilipendiado ao longo da história, em especial durante o século XX (v. capítulo 4 a seguir), tentam agora também distorcer e “reconstruir” o sentido da expressão “Estado Democrático de Direito”, pretendendo fazer dele um cavalo de Troia que esconde, atrás de seu belo nome, objetivos e desejos ideológicos com ele incompatíveis. Não faltaram belas palavras na implantação dos horrendos totalitarismos da Alemanha nacional-socialista, da União Soviética e seus satélites do leste europeu, da China comunista e outros^[43].

Por outro lado, a própria ideia de Estado está em crise. Na segunda metade do século XX e no século XXI, o Estado, tal como entendido desde a Idade Moderna, o Estado-Nação - vem passando por forte crise. Nesse contexto globalista, JOSÉ EDUARDO FARIA^[44] vislumbra cenários alternativos. De um ponto de vista macro, (i) surgiria um Estado mundial, com um Direito global e tribunais internacionais, em organização provavelmente federativa ou (ii) cair-se-ia num sistema multi polarizado e descentralizado, com inúmeros sistemas e subsistemas, com um Direito construído a partir de uma pluralidade de fontes e sem Estado, amparado em grandes empresas globais, entidades corporativas, grupos de várias naturezas, “soft law” setoriais^[45], numa rede de atores com jurisdições temáticas (e não mais territoriais), numa espécie de neofeudalismo em que não há soberanias e cujo funcionamento depende da interdependência mútua.

A primeira hipótese parece mais uma utopia, com grandes chances de tornar-se uma horrível distopia, diante dos desafios culturais, logísticos etc., praticamente intransponíveis, para que uma tal federação internacional

42. HAYEK, Friedrich A. *Os fundamentos da liberdade*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983, p. 205.

43. GRAY, John, cit., pag. 31: “Por boa parte do século XX, terríveis atos de violência foram infligidos a serviço de fés seculares”.

44. FARIA, José Eduardo. Ob. Cit., p. 64 e seguintes.

45. FRYDMAN, Benoit. *O fim do estado de direito – governar por standards e indicadores*. 2ª. edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. BRAGA, Ricardo Peake. *Deus, o Diabo, História e Cultura – Resenhas Aleatórias*. Londrina: Editora E.D.A. – Educação, Direito e Alta Cultura, 2022, p. 45 e seguintes.

fosse minimamente democrática. E no segundo cenário, tende a prevalecer uma estrutura amparada na mera interdependência funcional, em que o poder tenderá a ser ditado por uma lógica econômica, militar ou outra, mas dificilmente pela lógica democrática do poder da maioria^[46].

4. Eufemismos e Novilíngua

MICHEL FOUCAULT afirmou a inexistência da verdade e a impossibilidade das ciências humanas. Para ele, conforme demonstra JOSÉ GUILHERME MERQUIOR^[47], na equilibrada, porém implacável, análise que fez da obra do professor francês, o conhecimento não está voltado para a verdade, mas sim para a perpétua *skepsis* de intermináveis interpretações fortuitas". Essa negação da verdade predominou e predomina entre a intelectualidade acadêmica^[48] dos séculos XX e XXI, levando não apenas a uma subordinação da teoria à práxis, mas a um colapso da teoria na prática, em que "a teoria não é um par de óculos; lembra mais um par de revólveres"^[49].

Consequência lógica dessa negação da verdade e da primazia da linguagem é o abuso de palavras e conceitos, especialmente no âmbito da política. E a palavra democracia foi das primeiras a sucumbir aos abusos. Nem sua etimologia (poder do povo), nem um razoável consenso sobre seu significado (ver 2 acima), impediram sua apropriação indébita para designar regimes em que, claramente, o povo não teve ou tem qualquer influência ou participação efetiva no exercício do poder.

Exemplos desse uso indevido foi a utilização da denominação "democracias populares"^[50] para os regimes comunistas de inspiração

46. Em defesa dos estados-nação como estrutura mais adequada à democracia e ao controle dos governantes pelo povo, v. HAZONY, Yoram. *A Virtude do Nacionalismo*, Campinas: Vide Editorial, 2019; e SCRUTON, Roger. *Brexit – Origens e Desafios*. Rio de Janeiro: Record, 2021.

47. MERQUIOR, José Guilherme. *Foucault: ou o niilismo de cátedra*, São Paulo: É Realizações, 2021, p. 61 e seguintes, em especial p. 118.

48. Para um resumo da tendência histórica da filosofia ocidental até o pós-modernismo, v. HICKS, Stephen R. C. *Guerra Cultural*, São Paulo: Faro Editorial, 2021 (título original: *Explaining postmodernism*)

49. MERQUIOR, José Guilherme. Cit., p. 134.

50. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: O Dicionário da Língua Portuguesa*, cit., pág.

soviética no século XX. A Alemanha comunista, conhecida como Alemanha Oriental, uma feroz ditadura totalitária, tinha como nome oficial República Democrática Alemã, enquanto a Alemanha capitalista e democrática (Alemanha Ocidental) denominava-se República Federal Alemã. Ainda hoje a Constituição da República Popular da China (a China comunista) de 1982 diz, em seu artigo 1º., que a China é uma “ditadura democrático-popular”.

Trata-se de aplicação prática do que GEORGE ORWELL denominou em seu livro, 1984^[51], “duplipensar” e “novilíngua” (ou “novafala”). O primeiro diz respeito à capacidade de afirmar contrários e prescindir de qualquer coerência. Já o segundo é a manipulação da linguagem para criar ou ressignificar palavras, dando-lhes sentido totalmente diferente do original: “Guerra é Paz”, “Liberdade é Escravidão” e “Ignorância é Força” eram os slogans do Partido Socialista Inglês (Socing) da obra de Orwell. No famoso apêndice de sua obra-prima, intitulado “Os princípios da novafala”, ORWELL explica que a novafala foi concebida “para atender às necessidades ideológicas” do partido (Socing, ou socialismo inglês). “Às vezes, preservavam-se, por uma questão de conveniência, vocábulos que a certa altura haviam tido significados hereges”, mas expurgando-os “desses significados indesejáveis”.

Evidentemente a manipulação da linguagem é comportamento antigo. Segundo relatou o grande GIBBON^[52], já em Roma “AUGUSTO percebeu que a humanidade é governada por nomes e não se frustrou ao apostar que o senado e o povo submeter-se-iam à escravidão, desde que eles fossem respeitosamente assegurados de que ainda gozavam de sua antiga liberdade”^[53].

O fenômeno também foi apontado por HAYEK já em 1943 no seu

620: Democracia popular – designação comum aos regimes políticos monopartidários dominantes nos países da área socialista.

51. ORWELL, George. 1984, São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 347.

52. GIBBON, Edward. *The Decline and Fall of the Roman Empire*, Chicago/London/Toronto/Geneva: Encyclopaedia Britannica Inc., 1952, vol I, p.29.

53. Tradução livre do Autor do original em inglês: “Augustus was sensible that mankind is governed by names; nor was he deceived in his expectation, that the senate and people would submit to slavery, provided they were respectfully assured that they still enjoyed their ancient freedom”.

clássico “O Caminho da Servidão”^[54] – isto é, antes da publicação, em 1948, do 1984 de ORWELL. Esse clássico tem um capítulo inteiro (capítulo 11 - “O Fim da Verdade”) para descrever exatamente o abuso da linguagem para fins políticos. “Poucos aspectos dos regimes totalitários despertam tanta confusão no observador superficial e são, ao mesmo tempo, tão característicos do clima intelectual desses sistemas, como a completa perversão da linguagem, a mudança de sentido das palavras que expressam os ideais dos novos regimes.”

E CLAUDIA RODRIGUES PIOVEZAN^[55] demostrou como isso vem sendo feito sem qualquer cerimônia pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro. A ressignificação do conceito e do crime de racismo, para abarcar também a homofobia e a transfobia, como “racismos culturais”, no Mandado de Injunção n. 4733, foi uma das páginas mais assustadoras da história da jurisprudência e da ciência jurídica, em que simplesmente se abandonou o sacrossanto princípio da legalidade estrita e da tipicidade penal *nullum crimen, nulla pena, sine lege*.

É exatamente o que está acontecendo com a expressão “estado democrático de direito”. O significado de democracia como “governo do povo” ou governo escolhido pelo povo vem sendo expurgado, e um novo significado, vago e etéreo, está tomando seu lugar, a saber: um regime em eterna busca da “justiça social”, da igualdade material (eufemismo para a utopia, ou distopia, da “sociedade sem classes”), mas no qual reivindicações das minorias são supervalorizadas e a vontade da maioria se torna totalmente irrelevante. Quando se quer acabar com uma ideia que goza de popularidade e boa reputação, melhor do que atacá-la diretamente é desfigurar seu sentido. É o que se está a fazer com a palavra democracia.

5. Estado Democrático de Direito: o que é e o que não é

Como visto nos capítulos anteriores, pode-se dizer que Estado Democrático de Direito compreende as seguintes características:

54. HAYEK, Friedrich A. *O Caminho da Servidão*, São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2010, p. 153 e seguintes.

55. PIOVEZAN, Cláudia R. de Moraes. “A Corrupção da Linguagem e a Inconstitucionalidade da Constituição”, in PIOVEZAN, Cláudia R. de Moraes (org.). *Sereis Como Deuses – O STF e a subversão da Justiça*, Londrina: Editora E.D.A. – Educação, Direito e Alta Cultura, 2021, p. 236 e seguintes.

- governo impessoal, de leis e não de homens;
- governo regido e limitado por leis gerais, abstratas, conhecidas e estáveis, aplicadas por tribunais regulares;^[56]
- igualdade perante a lei^[57];
- submissão do Direito a regras e princípios de ordem superior, acima das leis ordinárias, que garantam os direitos individuais, entre eles as liberdades de crença e de expressão;
- separação de poderes^[58], em que a criação do Direito dá-se por um corpo legislativo independente do Executivo e a interpretação e aplicação do Direito por um Judiciário independente;
- prevalência da vontade da maioria na escolha dos governantes e dos legisladores, com opções reais de escolha;
- influência efetiva e contínua da maioria sobre os governantes e as políticas estatais adotadas.

Em consequência, pode-se dizer que NÃO há Estado Democrático de Direito quando os elementos acima relacionados não existem ou estão aviltados. Por exemplo, NÃO é Estado Democrático de Direito quando:

- a separação de poderes é deturpada e degenerada, com um dos poderes sobrepondo-se aos demais e agindo como “poder moderador”;
- a suprema corte de um país adota a função contramajoritária como coluna central de sua atuação, numa espécie de “fetiche minoritário”^[59], e não como exceção;
- a suprema corte de um país imiscui-se em todo tipo de assunto administrativo, descendo às minúcias da condução da administração (ex.: publicação de editais na grande imprensa; seguro obrigatório de veículos automotores; cortes orçamentários em determinadas verbas; suspensão de pagamento de dívidas dos estados-membros; interferência na nomeação de cargos de livre escolha do Poder Executivo; divulgação de vídeos de reuniões ministeriais; sistemas

56. ÁVILA, Humberto. *Constituição, Liberdade e Interpretação*, São Paulo: Malheiros, 2019, pag. 19.

57. ZIMMERMAN, Augusto. *Cosmovisões do Direito no Mundo Ocidental*, Londrina: Editora E.D.A.- Educação, Direito e Alta Cultura, 2022, p. 151.

58. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 25ª. edição, São Paulo: Malheiros, 2010, pag. 5.

59. PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge & BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos (Orgs.). *Supremos erros – decisões inconstitucionais do STF*. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2020, p. 19.

de votação; políticas de vacinação; política tributária sobre importações; alocação de verbas orçamentárias; determinação de instauração de Comissão Parlamentar de Inquérito no Senado Federal)^[60];

- composição da câmara baixa (Câmara dos Deputados) do Parlamento distorcida, deturpando o princípio “uma pessoa, um voto”; privilegiando eleitores de determinados estados em detrimento de outros;

- concentração de poder e recursos poder nas cúpulas dos partidos políticos, a quem são concedidos bilhões de reais em dinheiro público^[61], fortalecendo os grupos organizados já existentes em detrimento de quaisquer novos grupos que queiram disputar a preferência popular.^[62]

- desrespeito ao resultado de plebiscitos e referendos.

- violação do princípio do juiz natural, do princípio acusatório e da separação entre vítima, acusador, instrutor e julgador em processos penais e desrespeito sistemático ao direito de defesa e atuação de advogados^[63] em processos judiciais penais.

60. Para uma longa lista de exemplos desse tipo de conduta pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro apenas de 2019 a agosto de 2021, v. PIOVEZAN, Cláudia R. de Moraes. “O caso Roberto Jefferson – Entre as Justiças de Polemarco e de Trasímaco”, in PIOVEZAN, Cláudia R. de Moraes e GRILLO, Ludmila Lins (orgs.). *Suprema Desordem – Juristocracia e Estado de Exceção no Brasil*, Londrina: Editora E.D.A. – Educação, Direito e Alta Cultura, 2022, p. 197.

61. Em 2022, o Fundo Especial de Financiamento de Campanha - chamado de fundo eleitoral - terá R\$ 5,7 bilhões, dividido da seguinte forma:

2% dos recursos divididos entre todos os partidos, sendo o marco temporal a antecedência de seis meses da data do pleito;

35% dos recursos divididos entre os partidos na proporção do percentual de votos válidos obtidos pelas siglas que tenham pelo menos um representante na Câmara dos Deputados, tendo por base a última eleição geral.

48% dos recursos divididos entre os partidos na proporção do número de representantes na Câmara dos Deputados na última eleição geral.

15% dos recursos divididos entre os partidos, na proporção do número de representantes no Senado, contabilizados aos partidos para os quais os senadores foram eleitos.

Já o Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos ou fundo partidário é destinado às siglas que tenham seu estatuto registrado no Tribunal Superior Eleitoral e prestação de contas regular perante a Justiça Eleitoral. Distribuído anualmente, o fundo partidário deve alcançar R\$ 1,2 bilhão em 2022 e R\$ 1,65 bilhão em 2023. A divisão é feita da seguinte forma:

5% serão divididos em partes iguais a todos os partidos aptos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral;

95% na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.

(fonte – Heloisa Cristaldo – Repórter da Agência Brasil, in AASP CLIPPING 11/10/2021).

62. Nas palavras de Modesto Carvalhos, “no Brasil não existe uma democracia, mas uma partidocracia, instituída pela Carta de 1988”. (CARVALHOSA, Modesto. Uma Nova Constituição para o Brasil – De um país de privilégios para uma nação de oportunidades, São Paulo: LVM Editora, 2021, p. 28).

63. GRIGOLLETTE, Emerson. “As histórias não contadas dos bastidores do ‘fim do mundo’”, in PIOVEZAN, Cláudia R. de Moraes e GRILLO, Ludmila Lins (orgs.). *Suprema Desordem – Juristocracia e Estado de Exceção no Brasil*, Londrina: Editora E.D.A. – Educação, Direito e Alta Cultura, 2022.

Bem se vê, pelo simples cotejo entre o que é um Estado Democrático de Direito e o que não o é, que o Brasil, infelizmente, já não o é mais – se é que algum dia o foi.

Pelo menos desde a instauração do Inquérito 4781, em curso perante o Supremo Tribunal Federal, o Brasil não é um Estado Democrático de Direito. As inúmeras violações constitucionais e legais cometidas no referido Inquérito, apelidado pelo ex-ministro do STF MARCO AURÉLIO MELLO de “Inquérito do Fim do Mundo”, já foram exaustivamente demonstradas, tanto em pareceres dos ilustres juristas RENE ARIEL DOTTI e MARTA SAAD, acolhidos pelo Conselho do Instituto dos Advogados de São Paulo, como em obras doutrinárias^[64].

Ou seja, às velhas mazelas patrimonialistas e oligárquicas descritas por RAIMUNDO FAORO, MODESTO CARVALHOSA e outros, que desde sempre minam as chances democráticas do Brasil, de uns tempos para cá surgiu outra ameaça, autointitulada “iluminista”, mas na verdade elitista e autoritária. Cada vez mais o temor da repressão estatal, vinda do próprio cume do Judiciário, leva advogados sempre eloquentes em assuntos políticos a medir o volume de suas conversas, reservando apenas sussurros para críticas às decisões da Suprema Corte.^[65]

Que o bom senso prevaleça e retorne-se o quanto antes ao verdadeiro Estado Democrático de Direito, com separação de poderes, respeito aos direitos e garantias individuais (inclusive e especialmente a liberdade de expressão, juiz natural e devido processo legal). Amém.

6. Bibliografia

ÁVILA, Humberto. *Constituição, Liberdade e Interpretação*, São Paulo: Malheiros, 2019.

64. PIOVEZAN, Cláudia R. de Moraes (org.). *O Inquérito do Fim do Mundo – O apagar das luzes do Direito brasileiro*, Londrina: Editora E.D.A. – Educação, Alta Cultura e Direito, 2020.

65. A ponto de um procurador da República formular a pergunta: (...)será possível falar em Estado de Direito quando o órgão máximo, que tem a última palavra sobre o Direito, retorna à barbárie?” (TAVARES NETO, Cleber de Oliveira. “O Inquérito do Apocalipse – da pós-verdade à barbárie”. In PIOVEZAN, Cláudia R. de Moraes (org.). *O Inquérito do Fim do Mundo – O apagar das luzes do Direito brasileiro*, Londrina: Editora E.D.A. – Educação, Alta Cultura e Direito, 2020).

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia – uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 1986.

BRAGA, Ricardo Peake. *Juristocracia e o Fim da Democracia – como uma tecnocracia jurídica assumiu o poder*, Londrina PR: Editora E.D.A. Educação, Direito e Alta Cultura, 2021.

_____ “The Supreme Court can do no wrong – é o Brasil um estado democrático de direito?”, in PIOVEZAN, Cláudia R. de Morais e GRILLO, Ludmila Lins (orgs.). *Suprema Desordem – Juristocracia e Estado de Exceção no Brasil*, Londrina: Editora E.D.A. – Educação, Direito e Alta Cultura, 2022.

_____ *Deus, o Diabo, História e Cultura – Resenhas Aleatórias*. Londrina: Editora E.D.A. – Educação, Direito e Alta Cultura, 2022.

CAPITANT, HENRI. *Vocabulario Jurídico*, Reimpresión, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986.

CARVALHOSA, Modesto. *Uma Nova Constituição para o Brasil – De um país de privilégios para uma nação de oportunidades*, São Paulo: LVM Editora, 2021.

CHURCHILL, Winston S. *A History of the English-Speaking Peoples – A new one-volume abridgment by Christopher Lee*, London: Cassel, 1998.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

FARIA, José Eduardo. *O Estado e o Direito depois da Crise*, 2^a. edição, São Paulo: Saraiva, 2017.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: O Dicionário da Língua Portuguesa*, 3^a. edição, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES. “Justiça Constitucional e Democracia”, in *Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4^a. Região*, n. 10.

FIGUEIREDO, Erika. “Os Juízes de Berlim”, in *Em Busca da Verdade – Ensaios Reunidos*, Santo André: Armada Editora, 2021, p.87.

FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*, 2^a. edição, Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999.

FRYDMAN, Benoit. *O fim do estado de direito – governar por standards e indicadores*. 2^a. edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

GIBBON, Edward. *The Decline and Fall of the Roman Empire*, Chicago/London/Toronto/Geneva: Encyclopaedia Britannica Inc., 1952.

GRAY, John. *Sete Tipos de Ateísmo*, Rio de Janeiro: Record, 2021.

GRIGOLLETTE, Emerson. "As histórias não contadas dos bastidores do 'fim do mundo'", in PIOVEZAN, Cláudia R. de Morais e GRILLO, Ludmila Lins (orgs.). *Suprema Desordem – Juristocracia e Estado de Exceção no Brasil*, Londrina: Editora E.D.A. – Educação, Direito e Alta Cultura, 2022.

HAYEK, Friedrich A. *Os Fundamentos da Liberdade*, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983.

_____ *O Caminho da Servidão*, São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2010.

HAZONY, Yoram. *A Virtude do Nacionalismo*, Campinas: Vide Editorial, 2019;

HICKS, Stephen R. C. *Guerra Cultural*, São Paulo: Faro Editorial, 2021.

JOUVENEL, Bertrand de. *O Poder – História natural de seu crescimento*, São Paulo: Editora Peixoto Neto, s/data.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 3ª. edição, Coimbra: Armênia Amado Editor, 1974.

MERQUIOR, José Guilherme. *Foucault: ou o nihilismo de cátedra*, São Paulo: É Realizações, 2021.

_____ *O Liberalismo - Antigo e Moderno*, São Paulo: É Realizações, 2014.

MONTESQUIEU, Charles de. *The Spirit of Laws*, Chicago/London/Toronto/Geneva: Encyclopaedia Britannica, 1952.

ORWELL, George. *1984*, São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge & BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos (Orgs.). *Supremos erros – decisões inconstitucionais do STF*, Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2020.

PETTIT, Philip. "Three mistakes about democracy", in *Kilikya Felsefe Dergisi*, (2), 2015, p. 1-13. Íntegra publicada em Academia.edu: https://www.academia.edu/36794176/Three_Mistakes_about_Democracy

PIOVEZAN, Cláudia R. de Moraes. "A Corrupção da Linguagem e a Inconstitucionalidade da Constituição", in PIOVEZAN, Cláudia R. de Moraes (org.). *Sereis Como Deuses – O STF e a subversão da Justiça*, Londrina: Editora E.D.A. – Educação, Direito e Alta Cultura, 2021.

_____ *O Inquérito do Fim do Mundo – O apagar das luzes do Direito brasileiro*, Londrina: Editora E.D.A. – Educação, Alta Cultura e Direito, 2020.

_____ "O caso Roberto Jefferson – Entre as Justiças de Polemarco e de Trasímaco", in PIOVEZAN, Cláudia R. de Moraes e GRILLO, Ludmila Lins (orgs.). *Suprema Desordem – Juristocracia e Estado de Exceção no Brasil*, Londrina: Editora E.D.A. – Educação, Direito e Alta Cultura, 2022.

PLATÃO. *A República*, 5^a. edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, s/d.

RADBACH, Gustav. *Filosofia do Direito*, 6^a. edição, Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*, São Paulo: Abril Cultural, 1983, coleção Os Pensadores.

SCRUTON, Roger. *Brexit – Origens e desafios*. Rio de Janeiro: Record, 2021.

SILVA, Enio Moraes da. "O Estado Democrático de Direito", in *Revista de Informação Legislativa*, n.167, Brasília: 2005.

SKINNER, Quentin. *Liberdade antes do liberalismo*, São Paulo: Ed. UNESP, 2019.

_____ *As fundações do pensamento político moderno*, São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. "Estado Democrático de Direito" – Comentário ao artigo 1º, in CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

TAVARES NETO, Cleber de Oliveira. "O Inquérito do Apocalipse – da pós-verdade à barbárie". In PIOVEZAN, Cláudia R. de Moraes (org.). *O Inquérito do Fim do Mundo – O apagar das luzes do Direito brasileiro*, Londrina: Editora E.D.A. – Educação, Alta Cultura e Direito, 2020.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *Da Democracia na América*, Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército Editora, 1998.

3. ARTIGOS

REVISTA DO IASP - Instituto dos Advogados de São Paulo - Vol. 37 - Ano 20 - Ago 22 / Jul 23

TREVELYAN, George McCauley. *A Revolução Inglesa: 1688-1689*, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Político*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.

VOEGELIN, Eric. *Hitler e os Alemães*, São Paulo: É Realizações, 2007.

ZIMMERMAN, Augusto. *Cosmovisões do Direito no Mundo Ocidental*, Londrina: Editora E.D.A.- Educação, Direito e Alta Cultura, 2022.

4. CNA - COMISSÃO DOS NOVOS ADVOGADOS

4.1.

Poder Econômico para o Desenvolvimento Nacional

Bruna Alves de Souza

Advogada em São Paulo, SP. Mestranda em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da USP. Conselheira do Grupo Especial de Jovens Advogados da Federação de Advogados de Língua Portuguesa (GEJA-FALP). Especialista em Gestão da Comunicação e Jornalista. Coordenadora da Comissão dos Novos Advogados do IASP – Instituto dos Advogados de São Paulo. Membro da Comissão de Direito Administrativo do IASP.

1. Introdução

Recebi, honrada, a incumbência de ser a autora do artigo de estreia da Comissão dos Novos Advogados do Instituto dos Advogados de São Paulo na prestigiosa Revista do nosso Centenário Instituto. A reflexão que proponho, portanto, não poderia deixar de partir do que aprendi recentemente junto a este profícuo grupo e da profundidade que os debates têm nesta casa. Rendo, ainda, merecidas homenagens aos meus inspiradores parceiros de mandato, a Diretora Thaís Leonel e o Coordenador Raphael Crocco Monteiro, agradecendo a confiança para a missão.

Entre as excelentes reuniões e convidados recebidos pela comissão neste 2023^[1], vou referir o mês de maio, marcado por um debate sobre os limites e liberdades das plataformas digitais, tendo como questão central, necessariamente, o Projeto de Lei nº 2.630 de 2020, Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. O tema foi trazido à pauta por dois exímios juristas conhecidos desta casa, Carla Rahal Benedetti e Mauricio Felberg. Ampla e densa, a discussão passou por inúmeros aspectos, como responsabilidade civil e criminal, a necessidade de regulamentação do setor e de fiscalização, além de trazer à audiência informações sobre legislação estrangeira. Questões enriquecidas com considerações, provocações e conhecimento dos jovens advogados presentes – todos, atesto, de qualidade sem igual.

Entre tantos elementos fundamentais, o ponto trazido pelos doutos que inspira o presente artigo é a influência do poder econômico dos

1. Minhas homenagens especiais também ao meu mentor Prof. Luiz Antonio Alves de Souza, que nos honrou em abril de 2023 com sua participação em um debate sobre improbidade junto ao querido Prof. Márcio Cammarano e Prof. Marcelo Luis Coelho Cardoso. O conteúdo da sua fala foi duas vezes tema desta Revista, no vol. 36, pelo artigo de sua própria autoria (p. 30-54) e pela petição de *amicus curiae* assinada pelo presidente Renato de Mello Silveira e Thiago Rodovalho (p. 222-240), para intervenção no tema de repercussão geral nº 1.199 do Supremo Tribunal Federal, no qual foi debatida a aplicação das alterações da Lei de Improbidade Administrativa aos processos em curso, acatando-se quase integralmente as teses defendidas pelo IASP.

envolvidos no debate da legislação, demonstrando o conflito observado entre os diferentes interesses sociais, que pressionam por uma regulamentação mais ou menos incisiva. Afinal, como bem observou o saudoso professor José Tadeu De Chiara, é o interesse predominante que se desdobra em norma, tornando “obrigatório” à sociedade o que interessa aos dominadores^[2]. O abuso do poder econômico é ilicitude normativamente caracterizada, mas o enfoque aqui é a questão lícita, pois a influência, até certa medida, é parte do jogo democrático. Daí porque o Poder Econômico, alguma doutrina dirá, pode até mesmo se equiparar a um quarto poder^[3] e, por isto, deve ser considerado, enquanto lícito, a serviço da Constituição da República e do desenvolvimento da nossa nação. Passemos a verificá-lo.

2. Conceito de Poder Econômico

Tratar de poder econômico não é matéria fácil, daí porque venho dedicando algumas boas páginas ao tema em minha dissertação de mestrado. É fácil percebê-lo pelas inúmeras – e ricas – investidas da doutrina do Direito Econômico sobre o tema. Para enfrentar o desafio de conceituá-lo, é preciso voltar ao conceito central. Adota-se, para tanto, Tércio Sampaio Ferraz Junior, que nos informa que “a noção de poder resulta de um jogo entre potência, possibilidade e atualização, e força para que isso aconteça”^[4].

A assertiva implica que para ter poder é necessário ter a possibilidade de algo (potência), mas sem optar por esgotá-lo totalmente (atualização). No primeiro caso, sem possibilidade e potência, o poder não tem como ser exercido, no segundo, ele é logo esvaziado. Não se mantém o poder, que

2. “Na verdade, o que é objetivado pelo sistema de regras jurídicas positivas, é a ordem, segundo a conveniência indicada pelos vetores dos interesses predominantes que se apresentam para o estudioso como determinantes da solução de configuração do poder”, DE CHIARA, José Tadeu. **Moeda e Ordem Jurídica**. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1986, p. 6

3. Em seu clássico Primeiras Linhas de Direito Econômico, Washington Peluso Albino de Souza apresenta diversas teses doutrinárias que defendem a existência do Poder Econômico autonomamente aos demais três, Judiciário, Executivo e Administrativo. Afirmará, no entanto, que falta maturidade, fazendo uma crítica especialmente ao Poder Executivo por abusos. Em dado momento, provoca: “Note-se que a falha é dos políticos e dos administradores despreparados e colocados nos postos de direção, embora atribuída, pelos adversários, à natureza dessas entidades. Ou será a ausência do Poder Econômico institucionalizado como Quarto Poder?” SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 5^a ed. São Paulo: LTR, 2003, p. 286.

4. FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Poder econômico e gestão orgânica**. In Ferraz Jr.; Salomão Filho; Nusdeo (org.). **Poder Econômico: Direito, pobreza, violência, corrupção**. Baureri: Manole, 2009., p. 19

depende do equilíbrio entre um e outro. Avançando no debate para a questão do Poder Econômico, Ferraz exemplifica com o crédito. Para ele não é “ter muito dinheiro e enfiá-lo todo dentro do colchão”, mas ter acesso ao crédito e equilibrar seu uso que implica ter poder. Esgotá-lo também esvaziaria o poder do detentor.

O exemplo de Ferraz é feliz por demonstrar a questão do Poder Econômico em um aspecto cotidiano da sociedade democrática capitalista, que, segundo Alessandro Octaviani, com apoio em Fernand Braudel, é:

um espaço de articulação do poder político vertido a garantir e expandir a capacidade dos que detêm poder econômico, fazendo nascer uma relação íntima entre poderes públicos e privados, e jamais uma cisão, como postulado por ideologias destinadas a ocultar fenômenos, ao invés de revelá-los. A “junção dos donos do dinheiro com os donos do poder” é a expressão de Fernand Braudel para esse acontecimento, que organiza a emanação de regras sobre propriedades, contratos, empresas ou guerras, com a mesma racionalidade.^[5] (grifos da transcrição)

Em que pese o alinhamento de poderes apontado pelo douto, vale lembrar, como já tive oportunidade de afirmar, com base em Geraldo Vidigal, que as empresas não têm igual peso e poder, com impacto direto nas relações de dominação, daí porque, para exemplificar voltando-se ao debate que inspirou o presente, importante haver mecanismos de controle^[6]. Assim, explica o jurista que a tutela jurídica da competição tem que achar um equilíbrio entre dar espaço para que as empresas exerçam seu poder econômico de maneira a se desenvolver e apoiar o desenvolvimento econômico do ambiente em que estão inseridas, sem permitir que sobreponham seus interesses individuais e mercadológicos aos da sociedade. É este, não pode haver dúvidas, o embate que se observa no cenário político atual no Brasil na questão discutida em nossa Comissão.

Volte-se a dizer. É este o motivo pelo qual a questão do Poder Econômico e seu conceito, mais do que teórico, é ideológico, devendo cumprir a função que a ele lhe atribui a Constituição Federal.

5. OCTAVIANI, Alessandro. **Estudos, pareceres e votos de Direito Econômico**. v. II. São Paulo: LiberArs, 2017, p. 11.

6. VIDIGAL, Geraldo de Camargo. **Teoria Geral do Direito Econômico**. São Paulo: RT, 1977. (pontos 56.57)

3. Poder Econômico e a Constituição Federal

A Constituição Federal de 1988 dedicou título próprio à Ordem Econômica, cujo art. 170^[7] definiu seus fundamentos, objetivos e princípios, entre os quais questões diretamente relacionadas à equalização do poder econômico, tais como a função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor e valorização do trabalho humano.

Aliás, neste sentido, Washington Peluso Albino de Souza nos dirá que discutir o “Poder Econômico” enquanto conteúdo de norma de Direito Econômico está ligado à pretensão de corrigir determinadas distorções que ocorreram historicamente em sua consolidação, apontando a submissão à ideologia constitucional como caminho para tanto.

Assim, o Poder Econômico Público incumbe-se do controle e da orientação do Poder Econômico Privado, enquadrando-o nos parâmetros da ‘Política Econômica’ traçada de acordo com os princípios da ‘ideologia’ constitucionalmente estabelecida. Concomitantemente, o Estado, embora agente do Poder Econômico Público, submete-se às permissões e limitações desses mesmos ‘princípios’ constitucionais.^[8]

Gilberto Bercovici defende o mesmo viés em seu “Constituição econômica e desenvolvimento”, informando que a “Constituição Econômica [é] voltada para a transformação das estruturas sociais”. Neste sentido:

Os arts. 171 (hoje revogado) a 181 versam sobre a estruturação da ordem econômica sobre o papel do Estado no domínio econômico, instituindo, segundo Eros Grau, uma ordem econômica aberta para a construção de uma sociedade de bem-estar.^[9]

7. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente da autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

8. SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 5^a ed. São Paulo: LTR, 2003, p. 243, 244

9. BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 31.

Estabelecidos os parâmetros da ordem econômica constitucional, o art. 173 definirá o papel do Estado para sua realização. A menção ao Poder Econômico é feita em seu § 4º para repelir seu abuso: “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

Segundo Souza, o racional da atuação do Poder Econômico em decorrência da diferenciação entre uso e abuso é que a economia é precipuamente livre, como assim o é a concorrência, no entanto, quando se averiguar um desequilíbrio por fatores naturais ou exacerbo na busca do lucro, caberá ao Estado intervir.

Para exemplificar, volte-se a Alessandro Octaviani e parecer concedido em caso sobre comportamento empresarial predatório:

7. Para Eros GRAU, o capitalismo “reclama não o afastamento do Estado dos mercados, mas sim a atuação estatal, reguladora, a serviço dos interesses do mercado. Essa é, sem dúvida, uma afirmação historicamente comprovada. Além disso, dúvida também não resta em relação à circunstância de que os processos econômicos capitalistas demandam regulação. **O mercado não seria possível sem uma legislação que o protegesse e uma racional intervenção, que assegurasse a sua existência e preservação.**

8. Essa disciplina jurídica do comportamento empresarial, sem a qual o comportamento de um negociante, vertido ao próprio auto-interesse, pode implodir o próprio sistema, organiza-se historicamente pela busca de unidades de sentido e centros de imputação que permitam o controle da autoridade pública sobre os comportamentos individuais. **Somente a possibilidade de sancionar comportamentos desviantes da lógica geral de preservação do sistema é capaz de assegurar a própria existência de cada um dos integrantes do sistema.** O comportamento empresarial predatório faz sentido para o predador, no curto prazo; mas não faz sentido para mais ninguém, e pode nem fazer sentido para o próprio predador no longo prazo. ^[10]

10. OCTAVIANI, Alessandro. *Problemas de Direito Econômico*. São Paulo: LiberArs. No prelo.

Complemente-se ainda com a importante lembrança de que, segundo a Constituição Federal, o mercado interno integra o patrimônio nacional^[11].

Ora, se está claro que a carta magna determina os ditames da ordem econômica brasileira, estabelecendo neste contexto a ilicitude do abuso do poder econômico por ofender os mercados, que, alguns artigos após, a própria constituição elevará ao status de patrimônio nacional, dois pontos se colocam de maneira irrefutável.

Primeiramente, a Constituição Federal reconhece a existência e importância do Poder Econômico. Em segundo lugar, limita-o pelo bom funcionamento do mercado, que adquire status de patrimônio nacional no objetivo de concretização da ordem econômica nacional. Todos estes fatores denotam, portanto, a subsunção da concessão do Poder Econômico aos ditames constitucionais, como é natural em um Estado Democrático de Direito. Tal premissa quer dizer que o Poder Econômico – PÚBLICO e PRIVADO –; para ser lícito e legítimo deve ser exercido com o fim da realização constitucional, qual seja, o desenvolvimento do País e a superação do subdesenvolvimento. Explica-se.

4. Poder Econômico voltado ao Desenvolvimento Nacional

O projeto de Constituição Econômica e a Ordem Econômica Nacional estão vinculado à superação do subdesenvolvimento, isto é, ao Desenvolvimento Nacional. Para tanto, novamente com apoio em Bercovici, a carta constitucional é precisa:

A constituição dirigente brasileira de 1988, portanto, faz sentido enquanto projeto emancipatório, que inclui expressamente no texto constitucional as tarefas que o povo brasileiro entende como absolutamente necessárias para a superação do subdesenvolvimento e para a conclusão da construção da Nação, e que não foram concluídas. Enquanto projeto nacional e como denúncia desta não realização dos anseios da soberania popular no Brasil, ainda faz muito sentido falar em constituição dirigente.

11. Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

Desta forma, entendo que, nas atuais circunstâncias, cabe ainda mais ao Estado brasileiro, com os instrumentos constitucionais e jurídico-econômicos de que dispõe, atuar no sentido de transformar as estruturas econômicas e sociais para superar o subdesenvolvimento.^[12]

Como tal, segue ensinando o duto em outra obra, acima de todas as normas do sistema, ela submete os agentes públicos e privados, vinculando-os.

[...] **ideologia constitucional não é neutra, é política, e vincula o intérprete.** Os princípios constitucionais fundamentais, como o art. 3º da CF^[13], são a expressão das opções ideológicas essenciais sobre as finalidades sociais e econômicas do Estado, cuja realização é obrigatória para os órgãos e agentes estatais e para a sociedade ou, ao menos, os detentores de poder econômico ou social fora da esfera estatal. Constitui o art. 3º da CF um verdadeiro programa de ação e de legislação, devendo todas as atividades do Estado brasileiro (inclusive as políticas públicas, medidas legislativas e decisões judiciais) conformarem-se formal e materialmente ao programa inscrito no texto constitucional, [...] Qualquer norma infraconstitucional deve ser interpretada com referência aos princípios constitucionais fundamentais.^[14]

No mesmo sentido, Octaviani explica que para Celso Furtado, autor que Bercovici toma por base em sua interpretação constitucional, a América Latina deve ser pensada em seu contexto, de região periférica, ex-colônia. Daí porque não adianta à região e ao Brasil incorporar as mesmas políticas que beneficiam os países centrais do sistema mundial. A superação do subdesenvolvimento é possível, por não ser uma condição imutável, mas para tanto é necessário, ao menos, internalizar seus centros decisórios e homogeneizar as condições de seu povo^[15].^[16]

12. BERCOVICI, Gilberto. **Política econômica e direito econômico.** In Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDI, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 199-219, mar./ago. 2012, p. 217

13. "Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação." BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 25 fev. 2023.

14. BERCOVICI, Gilberto. **A Constituição Econômica e Desenvolvimento:** uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 110.

15. OCTAVIANI, Alessandro. **Estudos, Pareceres e Votos de Direito Econômico.** São Paulo: Singular, 2014, p. 87-88.

16. Interessante, neste ponto, voltar-se ao debate que ensejou ao presente para apontar que os centro decisórios das plataformas digitais, tão relevantes na sociedade brasileira, estão majoritariamente em países estrangeiros, reforçando, portanto, nossa condição subalterna.

Também Lea Vidigal, com o apoio em Furtado e Cepal, aponta que a superação do subdesenvolvimento depende da “industrialização e democratização do poder político, **econômico** e cultural”^[17] .

Como se vê, trata-se, o Poder Econômico, não pode haver dúvida neste ponto, de condição *si ne qua non* para execução do projeto de País que a Constituição Brasileira delineia. Um poder tipicamente capitalista que, para voltar-se à provocação inicial da qual parte o presente artigo, ganha contornos ainda mais desafiadores em tempos de plataformas digitais. Isto porque, conforme nos ensina Fabio Konder Comparato sobre a configuração do poder capitalista:

Trata-se, fundamentalmente, de **um poder de natureza econômica**, mas que se **desdobrou, no curso da evolução histórica, em poder político e ideológico**. Poder político, porque o capitalismo sempre prosperou ligado ao Estado. Poder ideológico, porque a partir do final do século XIX, e sobretudo com o advento da sociedade de massas no mundo inteiro, o empresariado capitalista assumiu o controle dos principais órgãos de imprensa e, em seguida, dos grandes veículos de emissão radiofônica e televisiva, **exercendo em consequência uma influência dominante sobre as mentalidades coletivas**.

Diferentemente, porém, das modalidades tradicionais de poder na História, o poder capitalista fez questão de sempre permanecer oculto ou dissimulado.^[18]

Volte-se ainda à equiparação do poder econômico a um quarto poder estatal. Daí porque deve, necessariamente, por imposição constitucional, estar voltado ao Desenvolvimento Nacional, sem o que se torna ilícito e ilegítimo.

Afinal, como estabelece Souza, no campo do Direito fala-se em lícito e ilícito, uso e abuso, para discutir liberdade e limite^[19]. É disso que se trata. A

17. Lea Vidigal em obra resultante de sua dissertação de mestrado analisará a atuação do BNDES e, para tanto, tratará em seus primeiros capítulos amplamente do Direito Econômico e da nossa Ordem Constitucional. As suas conclusões coadunam com Bercovici e Octaviani, daí porque não se prolongará na referência. VIDIGAL, Lea. **BNDES: um estudo de Direito Econômico**. São Paulo: LiberArs, 2019, p. 38

18. COMPARATO, Fábio Konder. **Capitalismo e Poder Econômico**. In Rev. Fac. Direito UFMG, Número Esp. em Memória do Prof. Washington Peluso Albino de Souza, pp. 167 - 195, 2013, p. 171

19. A matéria é tratada no capítulo VIII do manual de Direito Econômico do autor: SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 5^a ed. São Paulo: LTR, 2003.

Constituição concedeu ao particular e ao ente público liberdade para exercer poder econômico no exato limite da realização constitucional. Qualquer ação para além deste fim se torna ilícita, mesmo quando exercida pelos Poderes Estatais.

5. Conclusão

Assim, e em conclusão, resta claro que o Poder Econômico é a faculdade, possibilidade, que o ente público ou privado tem de exercer ação ou conduta por ter acesso a instrumento ou benefício financeiro, não esgotando tal acesso por seu uso.

Tal possibilidade coaduna com a Ordem Econômica Constitucional, pois necessária para sua realização, notadamente preservação e promoção do mercado interno como patrimônio nacional, tendo tanto o agente público quanto o privado papel neste cenário.

Ao estabelecer que o Poder Econômico coaduna com a Ordem Econômica Constitucional, isso implica dizer que ele tem a função de cooperar com a superação do Desenvolvimento Nacional, isto é, a superação do subdesenvolvimento nacional, redução das desigualdades e internalização dos centros decisórios.

Guiado pelas diretrizes constitucionais, o Poder Econômico terá o condão de se voltar ao Desenvolvimento Nacional, alcançando êxito nesta incumbência. Do contrário, ele é ilícito e ilegítimo, ainda que não expressamente configurado como abuso pela norma infraconstitucional.

6. Bibliografia

BERCOVICI, Gilberto. **A Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988.** São Paulo: Malheiros, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. **Política econômica e direito econômico.** In Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDPE I, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 199-219, mar./ago. 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 25 maio 2023.

COMPARATO, Fábio Konder. **Capitalismo e Poder Econômico**. In Rev. Fac. Direito UFMG, Número Esp. em Memória do Prof. Washington Peluso Albino de Souza, pp. 167 - 195, 2013.

DE CHIARA, José Tadeu. **Moeda e Ordem Jurídica**. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1986.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Poder econômico e gestão orgânica**. In Ferraz Jr.; Salomão Filho; Nusdeo (org.). Poder Econômico: Direito, pobreza, violência, corrupção. Baureri: Manole, 2009.

OCTAVIANI, Alessandro. **Estudos, pareceres e votos de Direito Econômico**. v. II. São Paulo: LiberArs, 2017.

OCTAVIANI, Alessandro. **Problemas de Direito Econômico**. São Paulo: LiberArs. No prelo.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 5^a ed. São Paulo: LTR, 2003.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo. **Teoria Geral do Direito Econômico**. São Paulo: RT, 1977.

VIDIGAL, Lea. **BNDES: um estudo de Direito Econômico**. São Paulo: LiberArs, 2019.

5. ASSUNTOS JUDICIAIS

5.1.

Relatório das Atividades do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP como *Amicus Curiae* (1º semestre de 2023)

Thiago Rodovalho

Diretor de Assuntos Judiciais do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP

1. Apresentação de memoriais e diligências para inscrição na audiência pública do STJ sobre a revisão da Súmula n. 231 (A Profa. Marina Coelho falou em nome do Instituto na referida Audiência: <https://www.youtube.com/watch?v=kn5H7NEahu0>, a partir de 3h e 42min).

2. Apresentação de memoriais com as razões do Prof. Marcel Leonardi no RE 1.037.396 (Marco Civil da Internet).

3. Pedido de Sustentação Oral (Profa. Elizabeth Queijo) na ADIn do Juiz das Garantias (julgamento que estava pautado para o dia 24 de maio, mas acabou não sendo julgado). Manifestação contrariamente à Questão de Ordem suscitada pela AMB (autora de uma das ADIs) para o julgamento ir para o plenário virtual. Sustentação Oral realizada virtualmente pela Profa. Elizabeth Queijo em 15/06/2023: <https://www.youtube.com/watch?v=KEGSbY9dBkY>, a partir de 1h e 02min.

4. Pedido de inscrição como Amicus Curiae no Agravo (ARE) n. 1.307.386 (Tema LGDP, com Parecer e auxílio da respectiva Comissão presidida por Mauro Aspis e secretariada por Paula Tonani).

5. Decisão do Min. Fux na ADI 7064 (sobre Emenda Constitucional dos Precatórios) admitindo o IASP como Amicus Curiae.

6. Pedido de inscrição como Amicus Curiae no Recurso Extraordinário n. 1.412.069, em trâmite perante o Colendo Supremo Tribunal Federal, e que tem por objeto o tema da (im)possibilidade de fixação dos honorários por apreciação equitativa (artigo 85, § 8º, do Código de Processo Civil) quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem exorbitantes (Tema 1255), com auxílio da Comissão de Novos Advogados – CNA, Presidida por Thais Leonel, e coordenada por Bruna Alves de Souza e Raphael Crocco Monteiro.

7. Pedido de inscrição como Amicus Curiae no Recurso em Habeas Corpus nº 142.608, na qual se discute a incompetência da Justiça Militar para julgamento de civis em tempo de paz, bem como sobre a aplicação da norma inscrita nos artigos 396 e 396-A do CPP aos processos penais militares, assegurando o direito à apresentação de defesa preliminar nesse âmbito, com auxílio do Presidente Renato Silveira e do Diretor Administrativo Diogo Machado de Melo.

8. Pedido de inscrição como Amicus Curiae na Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental n. 289, na qual se discute a incompetência da Justiça Militar para julgamento de civis em tempo de paz, bem como sobre a aplicação da norma inscrita nos artigos 396 e 396-A do CPP aos processos penais militares, assegurando o direito à apresentação de defesa preliminar nesse âmbito, com auxílio do Presidente Renato Silveira e do Diretor Administrativo Diogo Machado de Melo.

5.2.

Amicus Curiae

STF - Processo n.º RE 1.037.396.

Marcel Leonardi

**Excelentíssimo Senhor Ministro Dias Toffoli Do Egrégio Supremo
Tribunal Federal.**

Processo n.º RE 1.037.396.

Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP, fundado em 29 de novembro de 1874 e declarado de utilidade pública pelo Decreto Federal nº 62.480, de 28 de março de 1968, Decreto Estadual nº 49.222, de 18 de janeiro de 1968 e Decreto Municipal nº 7.362, de 26 de janeiro de 1968, associação civil de fins não econômicos, já qualificado nestes autos, neste ato representado por seu Presidente **Renato de Mello Jorge Silveira** (cfr. Estatuto Social e Ata de Eleição), e devidamente habilitado como Amicus Curiae conforme a r. decisão do E. Ministro-Relator Dias Toffoli (e-doc 126, de 06 de novembro de 2019), vem, respeitosamente, apresentar, em formato de **Memoriais**, resumo objetivo da apresentação do Prof. Dr. **Marcel Leonardi**, realizada por ocasião da Audiência Pública sobre o Marco Civil da Internet nos dias 28 e 29 de março de 2023.

I. MEMORIAIS.

1. Não está em jogo o destino jurídico de grandes plataformas ou de empresas de big tech, mas sim o futuro da Internet no país. A decisão deste caso vai afetar cada serviço, site, aplicativo, plataforma e usuário no país.

2. Eventos trágicos como o 8 de Janeiro de 2023 comprehensivelmente motivam o Judiciário e o Poder Público a encontrar respostas rápidas. Essa, porém, é uma tentação que deve ser resistida. O histórico internacional de respostas jurídicas rápidas a eventos extraordinários demonstra que elas geram efeitos imprevisíveis e não resolvem questões de fundo.

3. Um exemplo é a Diretiva Europeia de retenção de dados, aprovada em 2006 em resposta aos ataques terroristas de Madri e Londres em 2004

e 2005, que obrigava a retenção indiscriminada de dados que pudessem ser úteis para a investigação de ilícitos em geral – essa Diretiva acabou sendo anulada pela Corte Europeia de Justiça. Outro exemplo é a norma de vigilância estatal adotada pelos Estados Unidos (o US Patriot Act) que é objeto de constantes críticas pela comunidade internacional e que trouxe o efeito indesejado de dificultar tremendamente a transferência internacional de dados pessoais entre Europa e EUA.

4. Há uma falsa percepção de que as plataformas querem lucrar com conteúdos ilegais. Isso não é verdade: uma plataforma só funciona se é atrativa para usuários e, conforme o modelo de negócio, também para anunciantes. Qualquer serviço sem moderação, entregue ao caos, está fadado ao fracasso. A grande dificuldade é: como encontrar uma regra balanceada para remoção de conteúdos ilegais que defina critérios claros?

5. Na época da tramitação do projeto de lei do Marco Civil da Internet, havia uma enorme preocupação do Parlamento com sistemas de notificação e retirada – um parlamentar inclusive comentou, de forma exagerada, que se essa fosse a regra, sites políticos ficariam em branco. Houve uma escolha legislativa pelo modelo atual em razão do potencial abusivo de um modelo que permita a remoção de conteúdos mediante simples notificação.

6. Cerca de um mês após o Marco Civil da Internet foi aprovado, houve propostas legislativas para alterá-lo. Na época, o Projeto de Lei do Senado (PLS) 180/2014 propôs que o artigo 21 fosse alterado para dispor que deveria ser removido, mediante notificação extrajudicial, qualquer conteúdo que *“violasse a dignidade da pessoa humana”* – ponto. O projeto não avançou justamente porque imediatamente se constatou que esse grau de subjetividade não seria aceitável e traria enorme insegurança jurídica.

7. A velocidade da remoção de conteúdo ilegal está diretamente relaciona à situação ser objetiva ou subjetiva. As comparações com direito autoral não fazem sentido justamente por isso – é relativamente simples constatar e remover material que viola direitos autorais. Não é simples definir, porém, quando o discurso crítico se transforma em discurso de ódio, e a dificuldade de estabelecer até onde vai a liberdade de expressão

é um problema corriqueiro enfrentado pelo Judiciário – que diverge frequentemente a respeito de quando uma manifestação é ou não é ofensiva – e pela própria jurisprudência deste Supremo.

8. O Marco Civil se aplica para todos, e não apenas para grandes plataformas – e este Tribunal não pode perder isso de vista. Pensando no usuário comum da Internet, é o artigo 19 que viabiliza a existência de sites que reúnem críticas de consumidores contra empresas; que permite a resenha de restaurantes, supermercados e outros estabelecimentos em aplicativos de entrega de comida; e opiniões sobre produtos em sites de comércio eletrônico. Os próprios sites de consulta pública adotados pelo Poder Legislativo e Executivo, que permitem comentários em tempo real, são protegidos pelo artigo 19.

9. Há, também, um outro efeito preocupante da alteração do sistema de responsabilidade das plataformas, que é a diminuição da concorrência. Novas empresas que queiram oferecer serviços digitais não têm condição de arcar com todos os custos – e aqui me refiro a tempo, pessoas, dinheiro – de um regime de responsabilidade civil objetiva.

10. Na época em que a jurisprudência adotava a responsabilidade objetiva de serviços online como regra geral, diversos empreendedores digitais optaram por não dar continuidade aos negócios. Isso mudaria só depois, em parte graças ao Marco Civil da Internet. O boom de startups no Brasil traz números interessantes: conforme a Associação Brasileira de Startups, de 2015 até 2019, o número de startups no país mais que triplicou, passando de 4.151 para 12.727 (um salto de 207%).

11. Entidades, empresas, usuários – querem combater e remover conteúdos ilegais. A discussão sempre envolve definir quando um conteúdo é, de fato, caracterizado como ilegal. As plataformas já adotam regras de remoção rápida quando a ilegalidade é objetiva. E aqui vale lembrar a sabedoria do artigo 19 que, em sua parte final, deixou claro que exceções devem existir – “ressalvadas as disposições legais em contrário”.

12. A primeira dessas exceções está no próprio Marco Civil da Internet – que, em seu artigo 21, dispõe sobre a remoção de conteúdos da chamada “pornografia de vingança” sem ordem judicial.

13. A segunda dessas exceções está no Estatuto da Criança e do Adolescente – que, em seu artigo 241-A, estabelece responsabilidade criminal a quem “assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens dessa natureza”. Porém, essa conduta só é punível quando o responsável legal pela prestação do serviço, oficialmente notificado, deixa de desabilitar o acesso ao conteúdo ilícito.

14. Aumentar o rol de exceções de conteúdos cuja ilegalidade é objetiva – e que, portanto, devem ser removidos sem necessidade de ordem judicial – é algo que pode ser pensado e discutido com cuidado, desde que sejam conjuntamente criados critérios claros – e o melhor lugar para isso é o Congresso Nacional. Isso não significa, porém, alterar o sistema de responsabilidade criado pelo artigo 19, que o IASP entende como constitucional, nos termos do *amicus curiae* que foi apresentado nos autos.

5.3.

Sobre a revisão da Súmula 231 do STJ

Marina Pinhão Coelho

Conselheira do IASP - Instituto dos Advogados de São Paulo

Fabrício Lacerda

Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Membro do Instituto de Defesa do Direito de Defesa.

1. Prolegômenos

Em março último, o I. Ministro Rogério Schietti, do Superior Tribunal de Justiça, convocou a realização de audiência pública, com o objetivo de ouvir especialistas para uma necessária revisão da Súmula 231. Referido precedente jurisprudencial versa sobre a impossibilidade de aplicação da pena abaixo do mínimo legal. (*“a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”*).^[1]

Além do princípio da legalidade, a rigidez nos limites do preceito secundário da norma tem como principal fundamento o artigo 59, inciso II, do Código Penal, ao estabelecer que o juiz aplicará a *“quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos”*. Teria sido instituído, pois, nas primeiras e segundas etapas, barreiras rigorosas, de modo que a pena não poderia ser estabelecida aquém do mínimo ou além do máximo determinado abstratamente.^[2]

Uma das principais críticas dirigidas a esse entendimento limitação do princípio da individualização da pena, previsto constitucionalmente. Além dele, outros dispositivos como a previsão das atenuantes no art. 65, *caput*, do Código Penal, dispõe: “São circunstâncias que *sempre* atenuam a pena.” A palavra “sempre” deveria conduzir, como indica, a uma atenuação em todas as situações cabíveis. Porém, em função da Súmula 231, mesmo que se identifique a presença de atenuante, se a pena já estiver no patamar mínimo cominado pelo tipo, então apenas se desconsidera a existência da circunstância. Estas circunstâncias são bastante comuns já que a aplicação da pena base no mínimo legal é muito frequente.

Outra novidade que pode atenuar a pena para limites bem inferiores

1. STJ. Súmula 231.

2. CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 319.

aos previstos em lei são os casos em que há acordo na esfera penal. Para os acordos como colaboração premiada é possível prever penalidades bem inferiores ao estabelecido na norma, o que impõe desigualdades importantes ao sistema penal, com situações parecidas com decisões muito díspares coexistindo.

Merece menção também que a Sexta Turma do tribunal afetou para julgamento da Terceira Seção três recursos especiais onde se discute a possibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo previsto em lei, oportunidade em que a discussão poderá ganhar um novo tratamento uniforme e em consonância com os princípios básicos do Direito Penal.

Assim, o presente parecer tem por objetivo apresentar: (i) a correlação entre o tema e as finalidades atribuídas à pena; (ii) a análise do tratamento da determinação da pena em outros países; (iii) a posição assumida pela doutrina brasileira, expondo-se argumentos contrários e favoráveis ao entendimento majoritário; (iv) e as decisões exaradas pelo STJ desde a edição da referida súmula, sendo destacados os argumentos constantes dos julgados nos últimos anos.

2. Finalidades da Pena e Fixação da Pena-Base Abaixo do Mínimo

A finalidade da pena é parte integrante da discussão. As razões da aplicação da sanção penal e suas justificativas envolvem a discussão ora tratada. A determinação do *quantum* de pena a ser aplicável ao autor pela prática de um comportamento delitivo deve observar a necessidade preventiva – geral e especial – que a sanção penal desempenha.^[3]

Efetivamente, como destacado por Muñoz Conde/Garcia Arán: no processo de individualização judicial da pena, deve-se ter em conta tanto a proporcionalidade da pena no caso concreto, como também as necessidades

3. Como ensinado por Roxin, tanto a prevenção geral quanto a especial devem figurar como fins da pena. Isto pois, segundo o autor, os fatos delitivos podem ser evitados tanto através da influência sobre o particular como sobre a coletividade. (ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. t. I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997, p. 95).

preventivo-especiais.^[4] Ou seja, se uma pena maior supõe a prática de um “ilícito maior”, tal raciocínio também deve ser transportado para a graduação da pena dentro de um mesmo marco penal, de modo que não pode ser alheio a esse processo as considerações preventivas que representam o fundamento da norma analisada.^[5]

Significa dizer que seguir de forma automática a ideia de que a pena nunca poderá ser aplicada abaixo do mínimo não agrega em nada em sua função preventiva, ao contrário, a subverte. Ora, se o legislador estipula determinadas circunstâncias como atenuantes e prevê a obrigatoriedade de se reduzir a pena diante de sua presença (art. 65, CP), é porque entende que a sanção em menor grau é suficiente em termos preventivos e em proporcionalidade. A pena aplicada fora destes padrões, portanto, é ilegítima.

Situações diferentes juridicamente, devem receber respostas estatais diferentes. Se, com a rigidez da Súmula 231, situações menos reprováveis recebem penas iguais a situações mais reprováveis, justamente pela impossibilidade de se reduzir abaixo do mínimo legal, o limite está subvertendo a legitimidade constitucional do direito penal. Além de desprestigar a função preventiva, acaba por violar a própria dignidade do réu.

A esse respeito, convém destacar que a dignidade humana representa o “fundamento jurídico do Direito Penal contemporâneo,” uma vez que tal ramo do Direito é “antropologicamente fundado, devendo ter como centro de preocupação a pessoa e sua dignidade, que deve permear todos os seus âmbitos, preenchendo-os de conteúdo material”.^[6]

A Súmula 231, portanto, ao proibir a aplicação da pena aquém do mínimo legal, traduz um legalismo extremo e incompatível com as finalidades da pena e princípios norteadores do Direito Penal contemporâneo, negando ao indivíduo submetido a processo criminal um direito que lhe é assegurado por lei.

4. MUÑOZ CONDE, Franciso; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal...*cit., p. 534.

5. ZIFFER, Patricia S. Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena. In: *Determinación judicial de la pena*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993, p. 100.

6. COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 59.

3. Direito comparado

O desenvolvimento do Direito Penal no que se refere à determinação da pena passou por distintos momentos. No antigo regime, o arbítrio judicial era bastante amplo, de modo que os juízes podiam não somente aumentar ou diminuir as penas previstas pela lei, como também impor outras distintas. Posteriormente, em nome do princípio da legalidade, a filosofia liberal do Direito Penal pretendeu acabar com os poderes amplos dos juízes.^[7]

Assim, com o Código Penal Francês de 1791, criou-se um sistema enrijecido que, ao estabelecer as penas, as tornou insusceptíveis de aumento ou diminuição por parte do julgador.^[8] Logo se percebeu que essa nova forma, baseada no legalismo extremo, também não era adequada, especialmente por conta da impossibilidade de o juiz considerar as circunstâncias presentes no caso concreto.

Diante da constatação de que ambos os sistemas extremados não eram condizentes com os princípios de um Direito Penal Liberal, entendeu-se necessário um novo modelo. Com o intuito de mitigar o legalismo em excesso, o Código Penal francês de 1810 atribuiu maior valor à noção de determinação judicial da pena, permitindo sua atenuação ou agravação,^[9] atentando-se aos limites mínimo e máximo combinados pelo tipo.

Vê-se que esse sistema foi adotado pelas legislações penais de diferentes países, incluindo o Brasil. Mesmo assim, para discutir de forma mais qualificada o regramento pático em vigor, é dever analisar, ainda que brevemente, como se estrutura a matéria da determinação da pena em outros países, em especial a existência de limite mínimo para a sua fixação e eventual possibilidade de fixar a reprimenda abaixo de tal limite.

7. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 8. ed. Barcelona: Reppertor, 2006, p. 721.

8. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 479.

9. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal...cit.*, p. 479. Conforme expõe Mir Puig, o Código francês de 1810 combinou os critérios, de maneira que conferiu aos juízes determinado arbítrio para a fixação da pena dentro de limites de máximo e mínimo legalmente previstos. (MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...cit.*, p. 721). Isto é, criou-se um sistema de “determinação legal relativa”, que combina as exigências do legalismo com a necessidade de distinção de cada caso concreto de acordo com as específicas modulações de gravidade do fato e as circunstâncias de seu autor. (MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 531).

Na Alemanha, o Código Penal estabelece o máximo possível da pena privativa de liberdade em 15 anos, e o mínimo de 01 mês, conforme se extrai do §38 (2). Entretanto, no que se refere aos tipos penais em si, a maior parte deles prevê apenas uma combinação máxima, inexistindo limite mínimo. Veja-se, a título exemplificativo, o crime de *injuria* (§185), cuja redação prevê que o delito é punido com pena privativa de liberdade de até um ano ou com multa; ou, ainda, o crime de *homicídio*, ao qual é cominada pena privativa de liberdade não inferior a cinco anos.

De se observar que, diferentemente do Brasil, onde cada tipo penal prevê um mínimo, naquele país a legislação confere aos juízes a faculdade de definir concretamente o *quantum* aplicável, contanto que não inferior a um mês. Desse modo, em matéria de fixação da pena, o julgador deve sopesar as circunstâncias favoráveis e desfavoráveis do autor. Caso identificada uma atenuante, nas hipóteses de pena privativa de liberdade, somente se permite impor como máximo $\frac{3}{4}$ da pena máxima prevista pelo tipo (§49, (1), 2, StGB).

Por sua vez, a Espanha possui um sistema bastante interessante no que se refere à determinação da pena. Em seu Código Penal, os crimes também se sujeitam a limites de mínimo e máximo. No entanto, quando concorre uma circunstância atenuante, aplica-se a pena na metade do mínimo previsto em lei para o delito, nos termos do art. 66, 1, 1^a. Exemplificando: o crime de *homicídio* (art. 138, CP) é apenado abstratamente com no mínimo dez e no máximo quinze anos. Se houve a incidência de atenuante, o marco penal será de cinco anos, isto é, metade do mínimo fixado em lei.

Em Portugal, também se adota limites de mínimo e máximo na combinação abstrata das penas aos delitos. Consoante o art. 71.2 do Código Penal português, “na determinação concreta da pena o tribunal atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele”, considerando, para tanto, aspectos como o grau de ilicitude do fato, a intensidade do dolo ou da negligência etc.

No que diz respeito às causas de atenuação especial, ou seja, aquelas descritas pelo art. 72.2, para fins de fixação da pena, deve-se observar os seguintes parâmetros: o limite máximo da pena de prisão é reduzido de um

terço; e o limite mínimo é reduzido a um quinto se for igual ou superior a três anos e ao mínimo legal se for inferior, ou seja, há flexibilização do limite mínimo em casos de atenuação da pena previstos em lei.

Nos países latino-americanos, o regramento igualmente segue a tendência das legislações acima mencionadas, estabelecendo limites mínimos e máximos de pena. É assim, por exemplo, no Uruguai, onde a presença de circunstância agravante ou atenuante possui os seguintes efeitos: as circunstâncias agravantes, tanto as gerais como as especiais, permitem ao juiz chegar ao máximo; e as atenuantes, ao mínimo de pena estabelecida para cada delito, conforme disposição do art. 50 do Código Penal.

Esse breve excuso pelas legislações estrangeiras nos permite identificar que a matéria da determinação da pena em alguns países segue tendência diversa da posição cristalizada na Súmula 231. Nesse sentido, os sistemas alemão e espanhol indicam uma compreensão mais adequada do princípio da legalidade e do próprio Direito Penal como um instrumento de garantia do indivíduo e este c. STJ, ao se debruçar sobre a questão, não pode deixar de considerar isso.

4. A posição da doutrina brasileira

A reforma da Parte Geral do Código, realizada em 1984, conferiu maior poder de discricionariedade ao juiz na aplicação da pena. Miguel Reale Júnior aponta como causa desse alargamento a criação de um leque de novas opções, como as penas substitutivas.^[10] Desse modo, o processo de individualização da pena possui hoje maior abertura.

O maior poder discricionário, contudo, não significa a ausência de limitação. O artigo 59, inciso II, que, conforme já abordado, consigna que o juiz deve estabelecer a quantidade de pena aplicável dentro dos limites previstos é critério de limitação racional da argumentação do magistrado. A ausência de qualquer parâmetro, relegando ao julgador a tarefa que fixar concretamente a sanção a ser imposta, resvala na perda de segurança jurídica

10. REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 83.

e garantia da pena certa e determinada. Mas não é este o sistema brasileiro e também não é esta a situação que se imporá com a alteração da Súmula 231.

O contexto em que se firmou a posição do STJ cristalizada na Súmula 231 partiu de uma “interpretação analógica desautorizada”, nas palavras do Prof. Bitencourt. Baseou-se a Corte Especial na proibição constante da antiga redação do parágrafo único do art. 48 do CP, que dispunha sobre uma causa especial de diminuição da pena – nas situações em que o agente quis participar do crime menos grave – mas que impedia o seu estabelecimento abaixo do mínimo legal.^[11] De pronto, nota-se a utilização de norma anterior, não corroborada pelo legislativo federal. Se a norma não traz a limitação, não há legitimidade em impor tal limitação pelo Poder Judiciário.

Por estes argumentos, a maior parte dos doutrinadores nacionais defende a revisão do entendimento. Apesar disso, alguns autores, mesmo que em trabalhos mais antigos, sustentam a impossibilidade de redução da pena abaixo do mínimo previsto em lei.

Contra este posicionamento, por exemplo, é a posição de Alberto Silva Franco, que considera que:

“[...] Nenhum acréscimo ou diminuição de pena pode superar o máximo ou ficar aquém do mínimo legal, sendo certo que, apesar de não expresso, está subentendido que as quantidades de penas relativas às agravantes e atenuantes não podem extravasar os limites punitivos do tipo.”^[12]

Segundo o autor, a adoção de uma posição no sentido de superação dos limites legais pode ser danosa para o direito de liberdade do cidadão, pois se de um lado permite o estabelecimento da pena aquém do mínimo legal, por outro, não exclui a possibilidade de que seja ela determinada acima do máximo.^[13] Mesmo que louvável a preocupação de Franco, não aparenta ser correta a sua interpretação.

11. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 588.

12. FRANCO, Alberto Silva. Comentário ao art. 65. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 382. No mesmo sentido, cf. COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. *Curso de direito penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 248.

13. FRANCO, Alberto Silva. Comentário ao art. 65...cit., p. 382.

Isto pois, conforme já destacado na introdução, o principal ponto de crítica reside na equivocada leitura que se faz do art. 65, *caput*, do Código Penal. Sua redação, com efeito, é absolutamente clara no sentido de que a presença de circunstância atenuante “*sempre*” deverá reduzir a pena. Todavia, por imposição do princípio da legalidade, a presença de agravante não conduz ao mesmo resultado.

Como aponta Cirino dos Santos, é incontroverso que o princípio da legalidade proíbe que a agravação exceda o limite máximo da pena previsto no tipo legal; mas, por outro lado, a determinação abaixo do mínimo é possível, e isso por duas razões: em primeiro, porque não existe nenhum óbice legal; e em segundo, a posição dominante “quebra o princípio da igualdade legal”, tendo em vista que “direitos definidos em lei não podem ser suprimidos por aplicação invertida do princípio da legalidade”.^[14]

No mesmo sentido, Bitencourt defende que ignorar a aplicação de uma circunstância atenuante para não deixar a pena abaixo do mínimo nega vigência ao disposto no art. 65 do Código Penal, “que não condiciona a sua incidência a esse limite, violando direito público subjetivo do condenado à pena justa, legal e individualizada”. O autor entende, desse modo, que o disposto na Súmula 231 do STJ “carece de adequado fundamento jurídico, afrontando, inclusive, os princípios da individualização da pena e da legalidade estrita”.^[15]

Para além disso, também deve-se destacar que a posição assumida de forma majoritária pela jurisprudência conduz, praticamente, à inaplicabilidade de qualquer circunstância atenuante. Isto pois, no geral, os magistrados já fixam a pena-base no mínimo, de maneira que a atual

14. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 563-564. No mesmo sentido, em posição crítica à Súmula 231, cf. CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança...*cit., p. 320; MORENO, Rafael Alvarez. Por uma interpretação “pro homine” da garantia da legalidade: fundamentos para a desconstrução da Súmula 231 do STJ. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 24, n. 282, p. 09-10, mai. 2016; COSTA, Domingos Barroso da. Um pouco mais sobre as atenuantes e a possibilidade de fixação da pena aquém do mínimo legal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 21, n. 243, p. 11-12, fev. 2013.

15. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*...cit., p. 589-590. Conforme ensina Luiz Flávio Gomes, “considerando-se o teor literal do art. 65 do CP (são circunstâncias que sempre atenuam a pena...), se uma atenuante (devidamente comprovada) não tiver incidência concreta, o que se faz é uma analogia contra o réu (in malam partem)”. (GOMES, Luiz Flávio. Circunstâncias atenuantes e pena aquém do mínimo: é possível. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 10, 119 Esp, out. 2002, p. 12).

compreensão serve como um estímulo para que o acusado não confesse o crime ou não proceda à reparação do dano causado, por exemplo.^[16]

O que se percebe, a partir do panorama exposto, é a urgência de revisão da Súmula 231, seja pela afronta direta ao princípio da legalidade, haja vista que, em decorrência dele, veda-se “o emprego da analogia, seja *legis* ou *juris*, como meio de integração, a fim de preencher lacuna do ordenamento-jurídico penal”^[17]; seja pela negativa de vigência ao disposto no art. 65, *caput*, do Código Penal; ou ainda pela impossibilidade de se aplicar efetivamente as circunstâncias atenuantes incidentes sobre o caso concreto.

5. Posicionamento do STJ e nova perspectiva

O advento da Súmula 231 e a sua permanência consolidaram o entendimento pela impossibilidade de redução da pena abaixo do mínimo legal. Com efeito, a expressiva maioria dos julgados daquela corte seguem adotando essa posição, como pode ser comprovado, a mero título de exemplo, a partir de casos recentes:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TENTADO. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. MENORIDADE RELATIVA. DIMINUIÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. VERBETE SUMULAR N. 231/STJ. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. DESCABIMENTO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, por meio do verbete sumular 231, sedimentou o entendimento de que “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. Precedentes.^[18]

16. SOUZA, Luciano Anderson de. Comentário ao art. 65. In: REALE JÚNIOR, Miguel (Coord.). *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 213. Posição semelhante é defendida por Delmanto, ao destacar que a aceitação de decisões que sequer fazem menção a circunstâncias atenuantes, tendo em vista o estabelecimento da pena no mínimo, acabam por desestimar as circunstâncias atenuantes, vide a confissão, exemplo que demonstra a incoerência e injustiça da solução preconizada pela posição hoje predominante. (DELMANTO, Celso et. al. *Código penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 281).

17. QUEIJO, Maria Elizabeth. Princípio da legalidade: a constante necessidade de reaver essa conquista. In: LOPES, Anderson Bezerra et. al. (Orgs.) *Direito penal, processo penal, execução penal e criminologia nos 30 anos da constituição cidadã: novos caminhos e desafios*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 330.

18. STJ. AgRg no HC n. 743.812/RS, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 22/11/2022, DJe de 28/11/2022.

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. AGRAVANTE. CALAMIDADE PÚBLICA. AFASTAMENTO. ATENUANTE. MENORIDADE RELATIVA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 231/STJ.

1. Nos termos da Súmula 231/STJ, a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

2. Hipótese em que, muito embora incida a atenuante da menoridade relativa, o afastamento da agravante da calamidade pública (art. 61, inc. II, alínea "j", do Código Penal), não provoca reflexo na pena definitiva, por vedação da referida Súmula.

3. Agravo regimental improvido.^[19]

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ATENUANTE. FIXAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. NÃO POSSIBILIDADE. SÚMULA N. 231 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

5. Não é possível a redução da pena abaixo do mínimo previsto no tipo penal, na segunda fase da dosimetria, em decorrência de atenuantes, conforme estabelecido na Súmula n. 231 do STJ.

6. Agravo regimental não provido.^[20]

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. ATENUANTE. VIOLENTA EMOÇÃO. REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 231 DO STJ. INCIDÊNCIA. PLEITO DE CANCELAMENTO DO ENUNCIADO SUMULAR. INVIALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

II - Nos termos da Súmula 231 desta Corte, a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

III - Consoante arts. 122 e 125 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, apenas os Ministros desta Corte possuem legitimidade para propor a revisão dos respectivos enunciados sumulares.

19. STJ. AgRg no HC n. 744.012/SP, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1^a Região), Sexta Turma, julgado em 8/11/2022, DJe de 11/11/2022.

20. STJ. AgRg no AREsp n. 2.120.835/SC, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 11/10/2022, DJe de 17/10/2022.

Agravo regimental desprovido.^[21]

PROCESSO PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA EM PATAMAR INFERIOR AO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA INCIDÊNCIA DE ATENUANTE. ÓBICE DA SÚMULA 231/STJ. REGIME PRISIONAL MANTIDO. AGRAVO DESPROVIDO.

5. Por outro lado, a individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade. Com efeito, desabre falar em ilegalidade no cálculo dosimétrico, pois, a teor do entendimento da Súmula 231/STJ, “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

6. Mantida a pena em patamar superior a 4 anos e inferior a 8 anos de reclusão e reconhecida a reincidência do réu, não há que se falar em fixação do regime prisional menos gravoso, assim como em conversão da pena corporal em restritiva de direitos.

7. Agravo regimental desprovido.^[22]

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 231/STJ. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 568/STJ. REGIMENTAL. MERO INCONFORMISMO.

1. A agravante não logrou êxito em demonstrar qualquer argumento capaz de modificar as razões expostas na decisão ora combatida, numa nítida tentativa de rediscussão da matéria enfrentada e rechaçada monocraticamente.

2. Agravo regimental desprovido.^[23]

21. STJ. AgRg no AgRg no HC n. 758.457/GO, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 6/3/2023, DJe de 14/3/2023.

22. STJ. AgRg no HC n. 767.921/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 4/10/2022.

23. STJ. AgRg no AREsp n. 2.083.457/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/9/2022, DJe de 19/9/2022.

A regra, portanto, continua a ser a reprodução irrefletida do disposto no verbete sumular 231. As consequências práticas de tais decisões, para além das violações já mencionadas, são drásticas aos direitos fundamentais do indivíduo processado criminalmente, que mesmo tendo o direito público subjetivo ao reconhecimento de uma circunstância atenuante, é privado de tal garantia.

Apesar disso, antes mesmo de ser elaborada a referida súmula, o STJ já apresentava posições no sentido de que seria possível o estabelecimento da pena aquém do mínimo abstratamente cominado ao delito. Nesse sentido, no Recurso Especial n. 68.120-0/MG, de relatoria do Ministro Luiz Vicente Cernichiaro, julgado em 1996, consignou-se que:

“O princípio da individualização da pena (Constituição, art. 5º, XLVI) materialmente, significa que a sanção deve corresponder às características do fato, do agente e da vítima, enfim, considerar todas as circunstâncias do delito. A cominação, estabelecendo grau mínimo e grau máximo, visa a esse fim, conferindo ao juiz, conforme o critério do art. 68, C.P., fixar a pena in concreto. A lei trabalha com o gênero. Da espécie, cuida o magistrado. Só assim, ter-se-á Direito dinâmico e sensível à realidade, impossível de, da justiça do caso concreto, buscando realizar o direito justo. Na espécie *sub judice*, a pena-base foi fixada no mínimo legal. Reconhecida, ainda, a atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, d). Todavia, desconsiderada porque não poderá ser reduzida. Essa conclusão significaria desprezar a circunstância. Em outros termos, não repercutir na sanção aplicada. Ofensa ao princípio e ao disposto no art. 59, CP, que determina ponderar todas as circunstâncias do crime.”^[24]

Em 2019, no julgamento do AgRg no Habeas Corpus n. 482.949/MS, de relatoria do Ministro Rogerio Schietti Cruz, muito embora a decisão final tenha seguido a posição majoritária, não deixou o relator de apresentar suas dúvidas a respeito do acerto do entendimento firmado na Súmula 231. Naquela oportunidade, ponderou que:

“[...] não raras vezes, a realidade apresenta situações concretas em que a pena mínima obtida no processo judicial de individualização da sanção penal ainda parece ser excessiva e nada pode ser feito – mesmo ante a presença de uma

24. STJ. REsp. n. 68.120-0/MG, relator Ministro Luiz Vicente Cernichiaro, Sexta Turma, julgado em 16/09/1996. No mesmo sentido, do mesmo relator, cf. STJ. REsp. n. 151.837/MG, relator Ministro Luiz Vicente Cernichiaro, Sexta Turma, julgado em 03/03/1998.

circunstância atenuante – em virtude de uma categorização penal que se mostra inflexível.”^[25]

Em outros esparsos julgados de tribunais locais, também tem se identificado, corretamente, a redução abaixo do mínimo, em função da presença de atenuante. Nesse sentido, confira-se:

APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CONFISSÃO DA MENORIDADE. ATENUANTES RECONHECIDAS NA SENTENÇA. FIXAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO. POSSIBILIDADE. APELO PROVIDO.

Impõe-se a redução da pena-base ao mínimo legal quando as circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP, utilizadas como fundamento para a sua majoração, foram indevidamente valoradas pelo juiz. As atenuantes da confissão espontânea e menoridade quando reconhecida na sentença ensejam a diminuição da pena, ainda que abaixo do mínimo legal.^[26]

Observa-se, desse modo, que ainda que de forma tímida, os tribunais têm buscado contornar o disposto na Súmula 231. De fato, sendo a Direito Penal um ramo do Direito que deve se pautar pela legalidade e ingerência mínima nos direitos fundamentais da pessoa, a orientação atualmente predominante na jurisprudência brasileira não se coaduna com tais noções, sendo necessário, com a maior urgência, a revisão do entendimento.

6. Conclusão

Por todos estes fundamentos, nosso parecer é pela revisão da Súmula 231 para que se autorize a aplicação de penas abaixo do mínimo legal, apenas e quando as circunstâncias atenuantes ou causas de diminuição de pena previstas por lei assim o demandarem, respeitando, pois, o princípio da legalidade e da taxatividade do sistema penal.

São Paulo, 27 de abril de 2023.

25. STJ. AgRg no Habeas Corpus n. 482.949/MS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 15/08/2019.

26. TJ-MS. Apelação n. 00062331-12.2014.8.12.0002, rel. des. Romero Osme Dias Lopes, 1^a Câmara Criminal, julgado em 27/09/2016, DJe 10/10/2016.

5.4.

Parecer de Viabilidade para Ingresso
como *Amicus Curiae*
Recurso Extraordinário com
Agravo nº 1.307.386/RS

Paula Tonani

Mauro Aspis

Honra-nos o Instituto dos Advogados de São Paulo, por intermédio de seu presidente, o Ilustre e Douto Advogado **RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA**, com pedido de consulta jurídica e formulação de parecer técnico jurídico sobre tema específico.

1. Objetivo – Quesitos

O presente Parecer tem por escopo a avaliação da possibilidade de ingresso como *amicus curiae*, junto ao Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário com Agravo autuado sob o nº 1.307.386/RS.

Para tanto, formula-se os quesitos a seguir, que serão respondidos na sequência:

- 1) Hodiernamente, *lawtechs* ou *legaltechs* oferecem diversos serviços, com destaque para as ferramentas de busca de informações jurídicas, mediante apresentação facilitada e filtrada de precedentes, legislação, doutrina, artigos, entre outros. É certo afirmar que, ao disponibilizar pesquisa de conteúdo na internet, referidas empresas estariam praticando ilícito, em afronta aos ditames da Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD?
- 2) Ao exibir resultados provenientes dos sites dos próprios Tribunais, sem restrições, estariam as *lawtechs* ou *legaltechs* provocando danos, em afronta à privacidade de litigantes?
- 3) Há ingerência por parte dos provedores de busca sobre o conteúdo disponível na Web?
- 4) É possível afirmar que eventual restrição à divulgação de informações fere os princípios constitucionais da transparência, da publicidade e ao direito fundamental de acesso à informação?
- 5) Qual a importância dos avanços tecnológicos para o desempenho da atividade jurídica, em especial para a classe dos advogados? Eventual mitigação do direito à publicidade processual traria comprometimento à sua atuação?

6) Ainda, eventual mitigação não contraria a atuação do próprio Conselho Nacional de Justiça, que tem provido medidas para modernização e digitalização de seus sistemas, como forma de otimizar tempo e trabalho do Judiciário?

2. Breve Síntese do Caso

O *leading case* foi autuado sob o nº 0002923-15.2016.8.21.0022 e tramitou perante a 5ª Vara Cível da Comarca de Pelotas. Cuida-se de ação cível movida por uma pessoa física em face do site **Escavador** (Potelo Sistemas de Informação Ltda.) e do **Google**, com pleito de indenização por danos morais pela disponibilização dos dados de um processo trabalhista em que o autor é parte, o que teria lhe causado inúmeros transtornos.

Após decisão favorável no processo, o **Escavador** suscitou um **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)** como estratégia para suspender e solucionar os litígios idênticos no âmbito do próprio TJRS. Em 2020, foi prolatado Acórdão favorável ao seu pleito, no qual o TJ/RS fixou a seguinte tese: “É lícita a divulgação por provedor de aplicações de internet de conteúdos de processos judiciais, em andamento ou findos, que não tramitem em segredo de justiça, e nem exista obrigação jurídica de removê-los da rede mundial de computadores, bem como a atividade realizada por provedor de buscas que remeta àquele”.

Considerando a existência de processos sob mesma questão que também tramitam em outros estados da federação, o **Escavador** interpôs **Recurso Extraordinário**, postulando que a tese jurídica fixada no V. Acórdão fosse acatada pelo Supremo Tribunal Federal com alcance sobre todo o território nacional, na forma do artigo 985, do CPC.

Em 2021 o STF decidiu pela existência de repercussão geral no recurso (ARE 1.307.386), definindo da seguinte forma a controvérsia: **Tema 1141** - “Responsabilidade civil por disponibilização na internet de informações processuais publicadas nos órgãos oficiais do Poder Judiciário, sem restrição de segredo de justiça ou obrigação jurídica de remoção.” Distribuído o processo, a Exma. Min. Cármem Lúcia foi definida como Relatora.

Diante da relevância da matéria para a advocacia e o universo jurídico como um todo, apresenta-se proposta para que o IASP ingresse como *amicus curiae* no processo, **sustentando a importância da manutenção da tese fixada pelo TJRS.**

3. Da Relevância do Ingresso do IASP como *Amicus Curiae*

Como foi aludido acima, o ARE nº 1.307.386/RS discute, em suma, a possibilidade de livre disponibilização informações públicas de processos judiciais - oriundas dos *sites* de tribunais e diários oficiais - que não tramitem em segredo de justiça ou não possuam alguma outra restrição de caráter judicial.

Trata-se de assunto especialmente caro a esta Comissão, pois pode definir os contornos interpretativos que serão adotados para a aplicação do direito fundamental à proteção de dados pessoais entre nós. Contudo, sua importância vai muito além: a controvérsia impacta princípios basilares do Estado democrático de direito consagrados na Constituição Federal de 1988 (“CF”), assim como o cotidiano das atividades jurídicas de uma maneira geral - razões suficientes para justificar a participação do IASP. Senão, vejamos.

Destarte, a causa gira em torno da extensão - e de potenciais novas restrições - aos **princípios constitucionais da transparência, da publicidade e ao direito fundamental de acesso à informação, inscritos nos arts. 5º, incisos XIV e XXXIII, e 37, caput da CF**. Combinados, tais dispositivos constituem um claro direcionamento do caminho que deve seguir o Estado democrático sob a Constituição e impedem qualquer forma de obscuridade estatal.

Mais diretamente, o processo versa sobre eventuais limitações ao **direito fundamental à publicidade processual - cujos parâmetros já estão previstos expressamente no texto constitucional (Art. 5º, LX e Art. 93, IX)**. Quaisquer restrições indevidas à publicidade processual podem colocar em risco não apenas a legitimidade do próprio Poder Judiciário, mas prejudicar as atividades jurídicas de maneira geral, incluindo aquelas exercidas pelo advogado.

Adicionalmente, em um contexto de rápida transformação tecnológica e digitalização do Poder Judiciário e das atividades jurídicas, **eventual mitigação do direito à publicidade processual põe em risco uma série de avanços que vêm facilitando a atuação do advogado.**

Há hoje, no Brasil, um mercado de *startups* inovadoras que buscam colocar as novas tecnologias a serviço do advogado, das atividades jurídicas e da população em geral, contribuindo para democratizar o acesso à justiça. Tais empresas - chamadas de *lawtechs* ou *legaltechs* - oferecem diversos serviços, com destaque para as ferramentas de busca de informações jurídicas - como é o caso do **Escavador**, do **Jusbrasil** e de tantas outras - que organizam e facilitam o acesso a precedentes, legislação, doutrina, artigos etc.

Mais de 300 lawtechs ou legaltechs estão em atividade no país, reunindo mais de 20 milhões de usuários ativos. A relevância dessas empresas e seus serviços para a advocacia na atualidade é evidente: em pesquisa recente de uma associação do setor, cerca de 65% dos advogados mencionaram utilizar serviços de monitoramento e extração de informações públicas (processuais) e cerca de 58% declararam utilizar ferramentas de automação e gestão de documentos.

Não bastasse isso, tais inovações vão ao encontro das alterações legislativas recentes - mencione-se, por exemplo, a Lei nº 11.419/16 ou a Lei nº 14.129/21- e da atuação do próprio Conselho Nacional de Justiça, que tem provido medidas para modernização e digitalização de seus sistemas como forma de otimizar e impulsionar o bom funcionamento do Judiciário.

Por fim e em sintonia com a missão desta Comissão, há a expectativa que o STF, nesta oportunidade, também inaugure um debate fundamental acerca de como equilibrar os direitos fundamentais à proteção de dados, à liberdade de informação e de acesso à informação.

Nesse contexto, a participação do IASP como *amicus curiae* seria de suma importância para apresentação de subsídios aos Ministros a partir do olhar da advocacia, para que a decisão considere efetivamente a indispensabilidade das advogadas e advogados à administração da justiça, conforme previsto no artigo 133 da Constituição Federal, tendo em vista que a decisão poderá impactar o exercício da profissão e de suas prerrogativas.

4. Dos Mecanismos de Pesquisa de Conteúdo: Do Avanço Tecnológico

Conforme antecipado no tópico precedente, existe, hoje, no Brasil, um mercado de *startups* inovadoras que buscam colocar as novas tecnologias a serviço do advogado, das atividades jurídicas e da população em geral, contribuindo para democratizar o acesso à justiça.

Tais empresas são denominadas de *lawtechs* ou *legaltechs* e oferecem diversos serviços, com destaque para as ferramentas de busca de informações jurídicas - como é o caso do **Escavador**, do **Jusbrasil** e tantas outras - que organizam e facilitam o acesso a precedentes, legislação, doutrina, artigos etc.

Mais de 300 (trezentas) lawtechs ou legaltechs estão em atividade no país, reunindo mais de 20 (vinte) milhões de usuários ativos. Algumas são gratuitas, enquanto outras apresentam limitação de conteúdo, cujo acesso integral é condicionado ao cadastro do usuário e à assinatura de plano mensal.

Hodiernamente, a relevância dessas empresas e a contribuição de seus serviços para com a advocacia é evidente: em pesquisa recente, de uma associação do setor, cerca de 65% (sessenta e cinco por cento) dos advogados mencionaram se utilizar dos serviços de monitoramento e extração de informações públicas (processuais) e cerca de 58% (cinquenta e oito por cento) declararam utilizar ferramentas de automação e gestão de documentos.

E nem poderia ser diferente: o avanço tecnológico otimiza o tempo e o trabalho do operador do Direito. É o que será melhor abordado em tópico específico.

É imperioso destacar que tais inovações vão ao encontro das alterações legislativas recentes - mencione-se, por exemplo, a Lei nº 11.419/16 ou a Lei nº 14.129/21- e da atuação do próprio Conselho Nacional de Justiça, que tem provido medidas para modernização e digitalização de seus sistemas como forma de otimizar e impulsionar o bom funcionamento do Judiciário.

5. Da Obtenção de Informações À Luz dos Princípios Constitucionais da Transparência e da Publicidade e do Direito Fundamental do Acesso à Informação

Como foi aludido acima, o ARE nº 1.307.386/RS discute, em suma, a possibilidade de livre disponibilização informações públicas de processos judiciais - oriundas dos *sites* de tribunais e diários oficiais - que não tramitem em segredo de justiça ou não possuam alguma outra restrição de caráter judicial.

Trata-se de assunto especialmente caro a esta Comissão, pois pode definir os contornos interpretativos que serão adotados para a aplicação do direito fundamental à proteção de dados pessoais entre nós. Contudo, sua importância vai muito além: a controvérsia impacta princípios basilares do Estado democrático de direito consagrados na Constituição Federal de 1988 ("CF"), assim como o cotidiano das atividades jurídicas de uma maneira geral - razões suficientes para justificar a participação do IASP. Senão, vejamos.

Destarte, a causa gira em torno da extensão - e de potenciais novas restrições - aos **princípios constitucionais da transparência, da publicidade e ao direito fundamental de acesso à informação, inscritos nos arts. 5º, incisos XIV e XXXIII, e 37, caput da CF**. Combinados, tais dispositivos constituem um claro direcionamento do caminho que deve seguir o Estado democrático sob a Constituição e impedem qualquer forma de obscuridade estatal.

Mais diretamente, o processo versa sobre eventuais limitações ao **direito fundamental à publicidade processual - cujos parâmetros já estão previstos expressamente no texto constitucional (Art. 5º, LX e Art. 93, IX)**. Quaisquer restrições indevidas à publicidade processual podem colocar em risco não apenas a legitimidade do próprio Poder Judiciário, mas prejudicar as atividades jurídicas de maneira geral, incluindo aquelas exercidas pelo advogado.

Adicionalmente, em um contexto de rápida transformação tecnológica e digitalização do Poder Judiciário e das atividades jurídicas, **eventual**

mitigação do direito à publicidade processual põe em risco uma série de avanços que vêm facilitando a atuação do advogado.

É premente que se deixe claro que não há criação, tampouco ingerência no conteúdo disponibilizado e veiculado nos resultados de busca da internet, mas simples exibição de informações - sem qualquer tipo de restrição - coletadas em órgão público.

As lawtechs **ou** legaltechs apenas disponibilizam pesquisa de conteúdo na internet, localizando na Web as páginas virtuais, contendo os termos pesquisados, e que compõe a base de dados dos próprios Tribunais.

O **Escavador**, por exemplo, é apenas uma ferramenta de pesquisa de conteúdo jurídico na internet.

6. Da Inexistência de Dano pela Exibição de Conteúdo Previamente Publicado Pelos Próprios Tribunais

O artigo 927, do Código Civil, prevê que aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo.

Por sua vez, o artigo 186, do mesmo diploma, disciplina que, aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Com o devido respeito a todos aqueles que se posicionam de maneira contrária, não há como admitir que lawtechs **ou** legaltechs, como o **Escavador** produz qualquer tipo de dano, simplesmente por exibir informações coletadas em sítios jurídicos de Tribunais, mormente pelo fato de estas serem disponibilizadas ao público em geral.

Reitere-se: tratam-se apenas de ferramentas de pesquisa de conteúdo jurídico já disponibilizado pelos órgãos públicos, com base nos termos pesquisados. Logo, não há ilícito que lhe seja atribuível.

7. Da Otimização na Atuação do Operador do Direito

Conforme antecipado, mais de 300 (trezentas) lawtechs ou legaltechs estão em atividade no país, reunindo mais de 20 (vinte) milhões de usuários ativos. Algumas são gratuitas, enquanto outras apresentam limitação de conteúdo, cujo acesso integral é condicionado ao cadastro do usuário e à assinatura de plano mensal.

Hodiernamente, a relevância dessas empresas e a contribuição de seus serviços para com a advocacia é evidente: em pesquisa recente, de uma associação do setor, cerca de 65% (sessenta e cinco por cento) dos advogados mencionaram se utilizar dos serviços de monitoramento e extração de informações públicas (processuais) e cerca de 58% (cinquenta e oito por cento) declararam utilizar ferramentas de automação e gestão de documentos.

E nem poderia ser diferente: o avanço tecnológico otimiza o tempo e o trabalho do operador do Direito, que, semanalmente, lida com clientes, audiências e uma infinidade de processos.

Não há dúvidas de que não há casos idênticos e que as peculiaridades de cada um deles deve ser analisada de maneira minuciosa. É o que se espera do bom profissional.

E se espera, também, que este profissional seja diligente, se atualize e acompanhe as alterações legislativas, os posicionamentos pacificados, majoritários e minoritários da Jurisprudência. Só assim trará segurança àquele que patrocina e, ainda que não lhe possa garantir resultado – ante o subjetivismo característico do Judiciário – poderá, ao menos trazer perspectivas calcadas naquilo que se tem de concreto e, também, nas tendências baseadas nos posicionamentos dos julgadores.

É evidente que mecanismos de pesquisas, tais como **Escavador e Jusbrasil**, contribuem, e muito, não apenas com o tempo, mas, principalmente, com o aperfeiçoamento do profissional.

8. Conclusões Finais

Para a advocacia, grande é a relevância dos serviços ofertados pelas *lawtechs* ou *legaltechs*.

Os avanços tecnológicos otimizam o tempo e o trabalho.

Os mecanismos de pesquisa permitem ao operador do Direito que disponha, mais facilmente, da legislação atualizada, dos posicionamentos pacificados, majoritários e minoritários da Jurisprudência, contribuindo, diretamente, para seu aperfeiçoamento profissional e para os resultados almejados, em contornos de segurança jurídica.

É certo que sua restrição importaria em violação aos princípios constitucionais da transparência, da publicidade e ao direito fundamental de acesso à informação, inscritos nos arts. 5º, incisos XIV e XXXIII, e 37, *caput* da CF.

Não há dano, tampouco ofensa aos ditames da LGPD. Tratam-se apenas de ferramentas de pesquisa de conteúdo jurídico já disponibilizado sem restrições pelos órgãos públicos.

Logo, é de suma importância que os serviços ofertados pelas *lawtechs* ou *legaltechs* sejam mantidos, respeitando-se o direito à publicidade processual e os avanços que vêm otimizando a atuação do advogado.

9. Referências Bibliográficas

Para PGR, acesso a dados criminais e trabalhistas pela internet fere a LGPD. Convergência Digital, 2022. Disponível em <https://www.convergenciadigital.com.br/Governo/Legislacao/Para-PGR%2C-acesso-a-dados-criminais-e-trabalhistas-pela-internet-fere-LGPD-61068.html?UserActiveTemplate=mobile>. Acesso em: 04/11/2022.

Mecanismos de pesquisa que permitem acesso a ações criminais e trabalhistas a partir da consulta de dados viola LGPD. LGPD Brasil. Disponível em <https://www.lgpdbrasil.com.br/mecanismos-de-pesquisa-que-permitem-acesso-a-acoess-criminais-e-trabalhistas-a-partir-da-consulta-de-dados-pessoais-viola-lgpd-entenda/>. Acesso em: 04/11/2022.

Decisão abre debate direito informação uso LGPD. Conjur. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-mai-18/decisao-abre-debate-direito-informacao-uso-lgpd>. Acesso em: 04/11/2022.

Era o que tínhamos a ponderar.

Renovamos nossos protestos de elevada estima e distinta consideração e ficamos à disposição para maiores informações.

Com nossos melhores cumprimentos,

6. PROPOSIÇÕES DOUTRINÁRIAS, LEGISLATIVAS E SOCIAIS

6.1.

Considerações Iniciais Sobre a Reforma Tributária

Hamilton Dias de Souza

Humberto Ávila

Ives Gandra da Silva Martins

Roque Carrazza

Cuida-se de tecer considerações sobre o Substitutivo apresentado ao Plenário da Câmara dos Deputados pelo Relator da PEC 45/2019, Dep. Fed. Aguinaldo Ribeiro. Como se verá, o texto suscita questões constitucionais delicadas e o modelo de tributação nele contido reclama ajustes. Além disso, a conveniência e a regimentalidade da sua possível votação em Plenário, poucos dias após a apresentação oficial, são no mínimo discutíveis.

1. Objetivos e limites de uma reforma tributária

Para que haja “sistema tributário”, as normas e estruturas de tributação devem estar organizadas sob a forma de um todo harmônico, capaz de funcionar adequadamente^[1]. Ao longo dos anos o sistema tributário brasileiro adquiriu traços de irracionalidade e distanciou-se de sua lógica original, devido a vários fatores, como produção normativa excessiva (complexidade, insegurança jurídica, onerosidade)^[2], atuação fiscalista das autoridades e problemas ligados à litigiosidade daí decorrente (morosidade, oscilação jurisprudencial etc.)^{[3] - [4]}. Essa deterioração poderia justificar uma reforma, com o objetivo de corrigir o que está em mau estado e modernizar aquilo que possa ser modernizado.

Ocorre que eventual alteração nesse sentido tem de ser realizada dentro dos limites impostos pelo próprio perfil institucional do País, com especial atenção à forma federativa de Estado, pois, num sistema rígido (art. 60, §4º), reformar consiste em “adotar preceitos sem bulir com princípios”, sob pena de descharacterizá-lo a ponto de se chegar a uma

1. ATALIBA, Geraldo. Sistema constitucional tributário brasileiro. *Revista dos Tribunais*, 1968, p. 68 e ss.

2. Banco Mundial. Doing Business – medindo a regulamentação do ambiente de negócios (2020). In: <https://portugues.doingbusiness.org>.

3. Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial (ETCO) & ErnstYoung International. Desafios do contencioso tributário brasileiro(nov/2019). In: <https://www.etco.org.br>.

4. SOUZA, Hamilton Dias de & Szelbracikowski, Daniel Corrêa. Teoria das Cortes Superiores em matéria tributária é o que garante a segurança jurídica. In: *Estudos em Homenagem a Gilberto Ulhôa Canto*. ABDF, 2020.

“Constituição diferente” [5] - [6] - [7] - [8] - [9] - [10].

É no contexto dessas balizas que o Substitutivo recém apresentado à PEC 45 suscita considerações, pois, sob o pretexto de contornar a centralização da tributação do consumo na União e os problemas de inadequação da alíquota única que estavam a impedir sua aprovação, adotou-se algo que parece um IVA dual e com três faixas de alíquotas, mas, na prática, não funcionará com autêntica dualidade, tampouco oferecerá a flexibilidade que as circunstâncias materiais exigem. Isso, sem mencionar o açodamento com que se pretende votar o texto em Plenário, apenas duas semanas após a sua apresentação, o que inviabilizaria a análise e discussão do mesmo com o cuidado necessário.

2. Características do modelo de tributação do consumo previsto no Substitutivo

A proposta do Relator (Dep. Fed. Aguinaldo Ribeiro) contempla a adoção de um sistema aparentemente dual, bipartido em uma Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS) a cargo da União e um Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), de “competência comum” aos Estados e Municípios. Há, ainda, um Imposto Seletivo (IS), sobre “bens e serviços prejudiciais à saúde ou ao meio ambiente”, relacionados em lei ordinária, além de alterações pontuais em matéria de IPTU, IPVA e ITCMD.

O IBS e a CBS incidiriam sobre bens e serviços, seriam arrecadados no destino (local de consumo), teriam estruturas praticamente idênticas (fatos geradores, bases de cálculo, sujeitos passivos, faixas de tributação e regime de compensação etc.) e seriam “harmonizados” por meio da “cooperação” entre a União (contribuição) e o Conselho Federativo do imposto (art. 156-B,

-
5. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 117-150.
 6. SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 2^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 439-446.
 7. BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
 8. STF, RE 587008/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJ 02/02/2011.
 9. STF, ADI 2024/DF. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ 22/06/2007.
 10. SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2013. PP. 68-70.

§3º). Ambos teriam alíquotas padrão, reduzida e zero, estas apenas para itens especificados na própria CF/88.

Para os serviços de educação e saúde, dispositivos médicos e remédios, transporte público coletivo, produtos rurais in natura e respectivos insumos, itens da cesta básica e atividades artísticas e culturais, a lei complementar poderia aplicar-lhes a metade da alíquota padrão. Já a isenção ficaria adstrita a medicamentos e serviços de transporte coletivo, bem como, no que concerne à CBS, às instituições do PROUNI e às empresas do programa de retomada do setor de eventos (PERSE). O tema será tratado detidamente mais adiante.

O texto prevê, ainda, a manutenção da Zona Franca de Manaus e do SIMPLES, além de regimes específicos para os setores financeiro e imobiliário, aqueles cujas características demandem tributação monofásica (combustíveis, lubrificantes etc.) e compras governamentais. O pequeno produtor rural pessoa física poderá optar por não ser contribuinte desses tributos, caso em que se autoriza a lei complementar a conceder crédito presumido aos adquirentes dos produtos rurais in natura comprados dessas pessoas.

Há, por fim, a previsão de dois fundos constitucionais, um para compensar o esvaziamento dos atuais incentivos de ICMS convalidados pela LC 160/17 e outro para financiar as ações dos entes descentralizados no fomento ao desenvolvimento local, ambos financiados pela União.

Como se verá a seguir, se aprovado, o Substitutivo, que não se fez acompanhar pela divulgação de estudos e projeções econômicas suficientes para os setores afetados, tende a comprometer a autonomia financeira dos Estados e Municípios, o que, na prática, macula a Federação e, portanto, afeta um dos pilares de nosso sistema constitucional. Ademais, inclina-se a prejudicar o agronegócio (responsável, em 2022, por 24,8% do PIB nacional, cf. CEPEA/USP, 2023), os prestadores de serviços e os próprios contribuintes (que, ao contrário do que o Governo Federal apregoa, suportarão um sensível aumento da já insuportável carga tributária)."

3. Vícios do modelo de tributação previsto no Substitutivo

3.1. Redução dos poderes de Estados e Municípios na tributação do consumo e de sua autonomia

O sistema proposto não apresenta a descentralização necessária para que seja realmente dual. Afinal, o IBS relativo aos Estados e Municípios seria instituído por meio lei complementar (que se insere no processo legislativo da União) em linha com a mesma estrutura escolhida para a CBS, o que inclui a disciplina de fatos geradores, bases de cálculo, determinação de alíquotas, regimes especiais e favorecidos de tributação e sujeição passiva. Esses temas, em relação ao ICMS e ao ISS, são tratados por leis estaduais, dentro da moldura de leis complementares de normas gerais (CF, art. 146).

Uma vez criado o imposto, ele seria administrado por intermédio de um Conselho Federativo igualmente instituído e regido por lei complementar, cujo conteúdo deverá estar em conformidade com as regras aplicáveis à CBS de competência da União. O órgão teria competência para editar normas infralegais, uniformizar interpretações em caráter vinculante, arrecadar, compensar e partilhar o IBS, bem como dirimir questões suscitadas no contencioso administrativo, com independência. Atualmente, tudo isso pode ser feito diretamente por cada Estado e por cada Município em relação aos atuais ICMS e ISS, poder que também deixaria de existir caso aprovado o sistema proposto.

A única previsão sobre o funcionamento do Conselho é no sentido de que haverá paridade entre o conjunto dos Estados e o conjunto dos Municípios. No entanto, nem o critério de distribuição dos votos (populacional, econômico ou outro), nem a espécie de maioria necessária para aprovação das deliberações (simples, qualificada ou absoluta) está previsto constitucionalmente, devendo, igualmente, ser detalhados em lei complementar.

Na prática, tudo indica que o conselho funcionará como uma sociedade, ou seja, todas as questões sensíveis dependerão de acordo entre os Estados e os 5570 Municípios, não havendo garantias de que eles venham

a efetivamente ter voz nesse órgão. Assim, decisões que todos esses entes podem na atualidade tomar individualmente passarão a depender de acordo entre si, sendo certo que, nas divergências que surgirão, as minorias deverão curvar-se às maiorias.

Para transmitir a sensação de que alguma decisão poderá ser tomada livremente pelos Estados e Municípios, o Substitutivo prevê que eles poderão determinar a alíquota de IBS aplicável aos itens destinados aos respectivos territórios. Sucedendo, todavia, que esse poder é discutível, pois só poderá ser exercido após o Senado Federal definir a alíquota de referência para cada esfera federativa e também porque de improvável aplicação prática, como será detalhado adiante.

Noutras palavras, em comparação com o que hoje vigora em matéria de ICMS e ISS, não há como duvidar de que os Estados e os Municípios perderão o poder de legislar sobre tributos que lhes são verdadeiramente próprios, e terão de se contentar com um imposto em condomínio, em relação ao qual ficarão a depender de acordo no contexto de uma assembleia geral com mais de 5.597 acionistas, sujeitando-se à maioria, em caso de divergência. Isso, além de ter de seguir o disposto em lei complementar, como antes se referiu. Disso decorre que há perda de poder, o que implica redução da autonomia dos entes subnacionais.

Do exposto decorre que, exclusivamente quanto a este ponto, o modelo previsto no Substitutivo não é tão distinto do IVA único e federal previsto na redação original da PEC 45, pois ele se apresenta com falsa dualidade, pretendendo justificar uma autonomia que é meramente formal.

Aliás, em se tratando de grandes federações, sempre se respeita a autonomia das ordens parciais de governo, seja por adesão a um sistema harmonizado (como no Canadá), seja pela prevalência de sua vontade na gestão do tributo em comum (2/3 dos votos para Estados, contra 1/3 para a União, na gestão do IVA indiano).

Mesmo quando a tributação do consumo é federalizada, existem modos para assegurar autonomia autêntica aos entes parciais. Exemplo disso é a Austrália, onde o IVA é da União, mas a quase totalidade dos seus recursos

é distribuída aos Estados. Da mesma forma, na Alemanha, além de as ordens parciais de governo serem titulares de quase a metade da arrecadação do IVA, os Estados participam diretamente do processo legislativo atinente ao tributo, pelo fato de que o Senado é composto por representantes dos Estados livremente escolhidos e demitidos a qualquer tempo por estes.

Ademais, a autonomia envolve a capacidade do ente de se autodeterminar quanto a questões fundamentais sem influências subjugantes. Assim, a discussão não abrange apenas saber “o que” será recebido pelo ente federado, mas “como” ele irá ter o direito de receber e “como” e “em que medida” irá poder, de maneira contínua, exercer o seu poder. Noutros termos, autonomia não é “resultado financeiro”, mas “processo de exercício de poder político”. De acordo com o Substitutivo, contudo, cada ente federado deverá se submeter a deliberações circunstanciais e ad hoc tomadas por um órgão composto de quase 6 mil membros, sem que sejam definidos os critérios que irão nortear referida deliberação. Seria como um proprietário de um imóvel de condomínio horizontal se submeter a uma assembleia de 6 mil condôminos, não, porém, para definir o que fazer com as áreas comuns, mas para definir o que fazer com a sua própria propriedade (quantos quartos e banheiros deve ter, como deverá usá-la, etc.), sem que haja proporcionalidade de representação quanto ao número de lotes de que cada um é proprietário ou a sua extensão, e sem que haja qualquer diferença com relação aos lotes estarem ou não edificados e terem esta ou aquela função ou uso. Como dizer que esse sistema garante a capacidade de os entes federados se autodeterminarem com base em regras gerais e abstratas quanto a questões fundamentais e sem influências subjugantes?

Nesse contexto, o Substitutivo retira poder dos Estados para dispor sobre tributos próprios e para cuidar sozinhos de recursos suficientes para a execução de seus objetivos. Isso esbarra na proibição a emendas constitucionais que pretendam “modificar qualquer elemento conceitual da Federação”. Entre estes, releva apontar sobretudo os que respeitam às competências privativas outorgadas aos entes subnacionais ^[11] - ^[12]. Note-

11. SILVA, José Afonso da. *Op. cit. ibid.*

12. DIAS DE SOUZA, Hamilton & FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e a Federação. In: Pesquisas Tributárias (nova série) n. 8. São Paulo: Revista dos Tribunais / Centro de Extensão Universitária, 2002, pp. 58-106.

se que, como bem apontou a Ministra Ellen Gracie, não há necessidade de supressão das competências desses entes para que incida a referida proibição. Basta, para tanto, que haja redução ou amesquinhamento das mesmas, especialmente em matéria tributária, por serem “pilares da autonomia dos entes políticos” [13] - [14] - [15] - [16] - [17] - [18] - [19] - [20].

3.2. Falso poder dos entes descentralizados para fixar suas alíquotas do IBS

A confirmar o esvaziamento quase total dos poderes de Estados e Municípios em matéria de tributos sobre o consumo, o Substitutivo prevê que todas as questões administrativas atinentes ao IBS serão decididas no bojo do Conselho Federativo. Fora deste órgão, a única competência que eles poderiam exercer unilateralmente seria a escolha da alíquota padrão aplicável às operações destinadas a seus territórios, para alcançar a todos os itens que não se enquadrarem nas hipóteses taxativas de alíquota reduzida ou isenção.

Contudo, essa é uma falsa liberdade, pois o ente só poderia alterar suas alíquotas para todos os bens e serviços, sendo-lhe vedado aplicar alíquota reduzida ou zero para algum produto, o que torna marginal o espectro de situações em que aumentos e diminuições serão possíveis. Afinal, por ter de subir ou descer alíquotas para todas as operações ao mesmo tempo, ou o ente irá desestimular o consumo interno ou acabará por produzir impactos intoleráveis na arrecadação (reduções).

13. MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.* PP. 143-144.

14. SALDANHA, Nelson; REIS, Palhares Moreira; HORTA, Raul Machado. Formas simétrica e assimétrica do federalismo no estado moderno. In: Estudos jurídicos, políticos e sociais em homenagem a Glaucio Veiga. Curitiba: Juruá, 2000. p. 260;

15. STF, ADI 2024-DF, Relator Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 03.05.2007, DJ 21.06.2007.

16. STF, RE 591.033, Relatora Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, j. 17.11.2010, DJ 24.02.2011.

17. STF, ADI 4228- DF, Relator Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 01.08.2018, DJ 10.08.2018.

18. STF, ADI-MC 926-5, voto do Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, j. 1º/9/93, DJ 6/5/94.

19. DIAS DE SOUZA, Hamilton. Contribuições de intervenção no domínio econômico. São Paulo: IOB, 2001, p 19.

20. DIAS DE SOUZA, Hamilton. Contribuições, medidas provisórias e reforma tributária. In: R.I.N., n. 20/13.

Em relação àqueles itens que são insumos de outras cadeias produtivas, o IBS seria neutro para os entes de passagem (operações inicial e intermediárias), já que, na prática, cada ente receberá somente os valores correspondentes ao IBS sobre itens efetivamente consumidos em seus territórios. Daí a constatação de que, para estes, não haveria sequer o interesse do ente federativo em alterar alíquotas.

Já no que respeita aos itens prontos para consumo, aumentos substantivos poderão interferir na demanda local, sobretudo para as hipóteses em que o destino venha a ser definido como o local da entrega (regiões fronteiriças, municípios contíguos etc.), enquanto diminuições relevantes tendem a gerar quedas de arrecadação de difícil absorção. Daí ser mínima a margem para modular alíquotas.

Por essas razões, a autonomia para dispor sobre alíquotas seria bastante reduzida, senão nula, diante da impraticabilidade de efetivo manuseio do imposto para o fim de adequar a arrecadação dos entes às necessidades e vontades políticas próprias.

Como apontado pelo Min. Gilmar Mendes, “as competências constitucionais esvaziam-se sem as condições materiais para o seu exercício”^[21]. É exatamente o que ocorreria se implementado o Substitutivo neste particular^[22].

3.3. Desproporcionalidade em matéria de alíquotas: incompatibilidade com a prática internacional

Como mencionado, a estrutura de alíquotas aventada pelo Substitutivo é rígida a ponto de inviabilizar a variação de alíquotas do IBS para os fins comumente aceitos, v.g. promover bens e serviços meritórios, desincentivar consumos indesejáveis, mitigar problemas temporários de desabastecimento, fixar a tributação em patamar compatível com a natureza de cada item etc.

É verdade que uma reforma tributária tenha de corrigir o problema

21. Voto do Min. Gilmar Mendes na ADO 25-DF, STF-Pleno, DJ 12/08/17.

22. voto do Min. Celso de Mello na ADI 1374, STF-Pleno, DJ 17/10/18.

das infinitas alíquotas sobre o consumo, hoje em vigor. Porém, entre esse emaranhado e a impossibilidade de variações, existe um ponto de equilíbrio a ser perseguido. Noutras palavras, o IBS tem de ter poucas faixas de tributação, mas com razoável flexibilidade, para permitir calibração de carga tributária. Essa é, afinal, a prática adotada pela maioria dos países da OCDE, tais como os membros da União Europeia^[23] - ^[24], África-do-Sul^[25] - ^[26] - ^[27], Canadá^[28], Índia^[29] e Japão^[30] - ^[31], entre outros.

A alíquota única não é praticada em qualquer País do mundo com características similares às do Brasil (nem mesmo na Nova Zelândia, tida como exemplar em matéria de IVA)^[32] - ^[33] - ^[34].

A propósito, a variedade controlada de alíquotas tem sentido pragmático, pois as estimativas oficiais são no sentido de que o IBS, para substituir ICMS, IPI, ISS, PIS e COFINS, sem perda de arrecadação, teria de ter uma alíquota de 25%. Realmente, se os formuladores do projeto de reforma estimam alíquota de 25% sem reduções ou isenções, é claro que, com estas, a alíquota padrão terá de ser aumentada. Para este efeito, poderíamos estimá-la em 28%, apenas para raciocinar. Sendo assim, a alíquota reduzida

23. Ernst & Young International. Worldwide VAT, GST and Sales Tax Guide 2019. Vejam-se, por exemplo, os seguintes países: Áustria, Alemanha, Bélgica, Espanha, França e Itália.

24. OECD. Consumption tax trends 2018. P. 66 e ss.

25. África do Sul. Value-Added Tax Act (Law n. 89/1991).

26. Ernst & Young International. Worldwide VAT, GST and Sales Tax Guide 2019. PP. 975 e ss.

27. CHARLET, Alain & OWENS, Jeffrey. An International Perspective on VAT (2010). Tax Notes International, 59(12). PP. 943-945. Ver também o Relatório do Davis Tax Committee, intitulado "First Interim Report on VAT to the Minister of Finance (2014). P. 75.

28. GENDRON, Pierre-Pascal. Policy forum: Canada's GST and Financial Services – Where are we now and where could we be? In: Canadian Tax Journal, 64:2 (2016). PP. 401-16.

29. Governo da Índia. GST – concept and status. Relatório oficial do Comitê de Tributos Indiretos e Aduaneiros, da Receita Federal / Ministério das Finanças da Índia. Abril/2019.

30. Ernst & Young International. Worldwide VAT, GST and Sales Tax Guide 2019.

31. OECD Economic Surveys – Japan (apr/2019). In: www.oecd.org/eco/surveys/economic-survey-japan.htm.

32. Faixas de alíquotas nos países citados: UE/Alemanha (19%, 7% e 0%), Canadá (15%/13% e 0%), África do Sul (15% e 0%) e Japão (10%, 8% e 0%), conforme dados da Ernst&Young e da OCDE, citados acima.

33. SINGLETON, John. An Economic History of New Zealand in the Nineteenth and Twentieth Centuries. In: Economic History (feb/2010). Disponível em <http://eh.net/encyclopedia/article/Singleton.NZ>. Acesso em 17/10/2012.

34. Inland Revenue Department (New Zealand). GST - Background Paper for Session 2 of the Tax Working Group (feb/2018).

seria por volta de 14%, o que supera a maior alíquota padrão de muitos Países (v.g., Austrália – 10%, África do Sul – 10%, Canadá – até 15%, Japão – 10%, Coreia do Sul – 10%, Suíça – 7,7%)^[35].

A perplexidade se agrava pelo fato de que essa alíquota intermediária será aplicada a itens como educação, saúde e alimentos da cesta básica, os quais, em outros Países, ou não são tributados ou o são a alíquotas muito menores que os pretendidos 14%. Vejam-se alguns exemplos:

País	Educação	Saúde	Alimentos básicos
Austrália		0%	
África do Sul	0%	10%	0%
Canadá		0%	
Japão	0%	0%	8%
México	0%	8%	0%
Suíça	0%	0%	2,5%

A confirmar a necessidade de reduções efetivas para bens e serviços como os acima elencados, sob pena de se acentuar a regressividade do sistema, há o fato de que o chamado “cash-back” ficará limitado às camadas mais vulneráveis da população, sem alcançar as classes C e B, embora não seja razoável tratá-las do mesmo modo que a camada mais rica da população (classe A). Voltaremos ao tema em outra oportunidade.

É por essas e outras razões que, conforme levantamento do Instituto Atlântico (2023), de 139 países examinados, 128 possuem alíquota padrão com reduções ou isenções. Na realidade, mesmo os IVAs considerados “modernos”, como os referidos por Rita de la Feria, apresentam faixas diversas de tributação, como os da Turquia (18%, 8%, 1% e isenção), Angola (14%, 7%, 5% e 0%) e São Tomé e Príncipe (15%, 7%, 2% e 0%), ainda que a alíquota padrão seja aplicada à maioria dos itens^{[36] – [37] – [38]}.

35. Ernst Young. “Worldwide VAT, GST and Sales Tax Guide”, 2022. In: ey.com.

36. Instituto Atlântico. Proposta Atlântico comentada e comparada às PECs 45 e 110. In: atlantico.org.br.

37. Ernst Young. “Worldwide VAT, GST and Sales Tax Guide”, 2022. In: ey.com.

38. PWC. Wolrdwide tax sumaries online. In: taxsummaries.pwc.com.

Por fim, deve-se salientar que percentuais como os que se pretende aplicar não poderiam ser absorvidos de modo imediato por diversos itens e setores. Dentre os principais afetados, estão a agroindústria (+875%, cf. CNAgro, 2023), serviços profissionais (+265%, cf. CNS, 2023), educação e saúde (mesmo com alíquota reduzida, +365%, cf. CNS, 2023)^[39], aviação comercial (+R\$ 3,7 bilhões ao ano, por empresa aérea, cf. ABEAR, 2023).

3.4. Dúvidas quanto ao funcionamento do conselho federativo

Como visto, caberia a um Conselho Federativo editar normas infralegais do IBS e uniformizar interpretações em caráter vinculante, arrecadar, compensar e distribuir o imposto aos seus titulares e dirimir questões suscitadas nos processos administrativos envolvendo o tributo. Os entes federativos só teriam voz nesse órgão no âmbito da respectiva assembleia geral, com votos distribuídos igualmente entre o conjunto dos Estados/DF e o conjunto dos Municípios/DF, muito embora não esteja constitucionalmente definido qual critério será observado para a quantidade de votos a ser atribuído a cada um (se populacional, econômico ou misto).

Entretanto, essas e outras questões que ficam pendentes de definição por lei complementar interferem no conteúdo do pacto federativo e, portanto, na qualidade das futuras relações entre os titulares do imposto subnacional que, em tudo e por tudo, se assemelhará a um condomínio, com o potencial conflitivo que esse tipo de relação jurídica possui. Noutras palavras, os direitos e deveres dos Estados e Municípios entre si e perante o referido Conselho deveriam receber detalhamento constitucional suficiente, pois Emenda Constitucional não pode delegar ao legislador complementar a disciplina de algo que materialmente redesenha as competências dos entes subnacionais.

Isso, até para evitar uma excessiva discricionariedade da lei complementar na disciplina do órgão, sem critérios de controle que permitam aos interessados defender-se judicialmente, quer nas discordâncias que certamente surgirão dentro do órgão quer para as situações em que ele desborde das competências que razoavelmente lhe cabem.

39. As projeções de aumento de carga tributária da CNS consideravam uma alíquota de 12% para a CBS, apenas. Nesse sentido, mesmo com a alíquota, as conclusões daquele estudo se mantêm.

Por fim, importa salientar que o Conselho ficará não só sujeito às normas de lei complementar como também das leis que forem editadas pela própria União (CBS). Assim é que o art. 156-B, §3º, do Substitutivo, prevê que o Conselho Federativo e a União atuarão para harmonizar normas, interpretações e procedimentos relativos ao IBS e à CBS. Ora, se a União terá competência para legislar materialmente sobre todos os aspectos da CBS, parece claro que a lei complementar do IBS não deverá conter dispositivos diversos daqueles estabelecidos para a contribuição da União.

Em conclusão deste tópico, não haverá verdadeiro imposto dual, pois a União, por lei ordinária, poderá dispor sobre fato gerador, base de cálculo, sujeição passiva e alíquotas (inclusive reduções). Enfim, todos os elementos conformadores da obrigação tributária.

As normas do Conselho Federativo deverão ser harmonizadas com as da União e serão dependentes também do disposto em lei complementar, decorrente de processo legislativo no qual a União tem enorme influência. Nesse contexto, qual é a réstia de autonomia que sobrará para Estados e Municípios?

E mais: mesmo em matéria de interpretação das normas, deverá haver a mesma harmonização. Ora, assim sendo, é razoável supor que os entes subnacionais sigam as conclusões do poder central, como normalmente acontece.

Em suma, na prática, a competência para legislar materialmente sobre os novos tributos sobre o consumo será da União, seja por lei ordinária, seja por lei complementar, nada restando para Estados e Municípios. E, mesmo em matéria de interpretação da lei, decisões em processo administrativo e outros aspectos atinentes ao IBS, o Conselho Federativo seguramente tenderá a seguir os padrões estabelecidos pelo governo federal em relação à CBS. Se assim não for, a própria ideia de unicidade (harmonização) presente no Substitutivo ruirá.

3.5. Imposto Seletivo

No que respeita ao Imposto Seletivo, o Substitutivo limita-se a prever que não incidirá sobre exportações, não integrará as bases de cálculo do

ICMS, ISS, IBS e CBS e que poderá ter o mesmo fato gerador e base de cálculo de outros tributos, recaindo sobre bens e serviços prejudiciais à saúde ou ao meio ambiente, nos termos da lei ordinária.

No entanto, a previsão de um imposto seletivo federal atrai para a União o poder de controlar quase todos os tributos do País, até porque a União legisla materialmente não só sobre a CBS, como também sobre o IBS. Assim, reiterando as conclusões supra quanto às questões federativas envolvidas, importa salientar que a União, se aprovado o Substitutivo, acabaria por concentrar o poder de legislar sobre tributos correspondentes a 91,57% da arrecadação nacional, segundo dados do Tesouro Nacional^[40].

Ademais, a prevalecer o Substitutivo, o imposto em questão teria um campo de aplicação muito amplo, pois a fórmula “prejudiciais à saúde ou ao meio ambiente” admite interpretações elásticas, a depender das convicções de cada um sobre o tema. Nesse sentido, não há um critério de distinção suficientemente claro para se extremar o que pode do que não pode vir a ser objeto do imposto.

Assim, uma ampla gama de bens e serviços poderá ser facilmente incluída no escopo do Imposto Seletivo, com base em razões genéricas ligadas à preservação da saúde ou do meio ambiente, sempre que houver necessidade de gerar aumento de arrecadação para o Tesouro Nacional. No limite, o imposto poderá tornar-se um sucedâneo do IBS/CBS ou, o que é pior, um IPI, de base extremamente ampla.

Por isso, o próprio texto constitucional deve prever os traços fundamentais dos produtos que possam ser objeto do Imposto Seletivo, ou, pelo menos, que a definição desses itens seja contínua em lei complementar. Do contrário, até medidas provisórias seriam veículos hábeis para inserir ou retirar produtos do campo de incidência do imposto.

A propósito, nos Países que pertencem à OCDE, impostos seletivos recaem sobre produtos específicos, como fumo, álcool, combustíveis fósseis e energia de fontes não renováveis, refrigerantes e “alimentos” com altos teores

40. Tesouro Nacional, Boletim – Estimativa da Carga Tributária do Governo Geral, março/2023.

de açúcar. Isso evidencia a necessidade de que haja precisão quanto ao seu escopo. Por isso, é recomendável que a Constituição preveja a competência da União para instituir, “mediante lei complementar, imposto seletivo, com a finalidade de desestimular o consumo de bens, serviços ou direitos que, por sua própria natureza, impliquem risco à saúde ou ao meio ambiente”.

4. Açodamento na votação do Substitutivo pelo Plenário da Câmara pouco após sua apresentação

Do até aqui exposto, percebe-se que o Substitutivo contém previsões complexas e de interesse de toda a sociedade, quer por reduzirem os poderes impositivos dos entes descentralizados – o que altera o desenho da Federação –, que por implicarem aumentos de carga tributária expressivos para diferentes produtos e serviços. Tudo a evidenciar que sua aprovação deveria ser precedida por análises e discussões exaustivas.

Não existem, nem no próprio Substitutivo, nem nos materiais previamente divulgados pelo Relator ou pelo Grupo de Trabalho, informações suficientes sobre o alcance da reforma, o seu modo de implementação e efetivo funcionamento, os impactos que ela ocasionará para as contas públicas estaduais e municipais, e efeitos que ela terá para a economia. O que há são promessas de crescimento econômico, simplificação, geração de emprego e novos programas sociais, sem que haja correlação necessária entre a reforma tributária e esses efeitos, nem projeções transparentes por meio das quais seja possível verificar a correção do que se tem dito.

O fato, entretanto, é que o potencial da reforma para romper com estruturas de poder já estabilizadas há anos, por si só, supõe que todos os segmentos da população brasileira recebam informações detalhadas, efetuem suas próprias análises e tenham direito de se pronunciar e se fazerem ouvidas pelo conjunto dos 513 deputados federais que irão votar a proposta. E tudo isso requer tempo. Daí ser no mínimo inconveniente votar o Substitutivo 14 dias após a sua apresentação.

Aliás, essa aceleração é de validade duvidosa, na medida em que, no excepcionalíssimo campo das modificações constitucionais, o que legitima

o ato é sobretudo a forma com que ele é praticado. Isso implica que o rito específico a ser observado seja interpretado de modo estrito, para evitar que, pouco a pouco, o rito de votação de PEC seja equiparado à simples edição de uma lei, o que inclui as disposições do Regimento Interno da Câmara dos Deputados sobre sua forma de tramitação.

Nesse rito, exige-se que a PEC seja examinada pela CCJ e, depois, aprovada por Comissão Especial em até quarenta sessões (RICD, art. 202, §2º), para só então ser votada em Plenário.

No caso, a redação original da PEC 45 chegou a ser aprovada pela CCJ, mas não pôde ser votada pela Comissão Especial no prazo de quarenta sessões, devido à COVID-19 e desdobramentos. Em 2021, o Presidente da Câmara avocou a proposta ao Plenário; e, neste ano, criou um grupo informal (sem previsão regimental) para elaboração do Substitutivo recém apresentado, por intermédio do Relator de Plenário, Dep. Fed. Aguinaldo Ribeiro.

Contudo, o Substitutivo nada tem a ver com o texto original da PEC 45, pois ele muda diversos pilares da proposta inicial. Como o grupo informal do qual ele provém não é composto segundo a proporcionalidade partidária, não pode o Substitutivo ser remetido a Plenário sem que seja reavaliado pelas instâncias internas oficiais da Câmara dos Deputados, quais sejam: CCJ e Comissão Especial. Isso, mesmo que a remessa decorra de “acordo” com os líderes das bancadas, pois a vontade destes não pode suprimir o direito de cada um dos 513 deputados de se inteirar da matéria e sobre ela se pronunciar, diretamente ou através de seus representantes nas Comissões.

Nesse sentido, a avocação da PEC a Plenário só é válida se for razoável (necessária, adequada e proporcional às circunstâncias em que ocorrer) e se não gerar prejuízo à qualidade do debate político. Afinal, não existe previsão regimental para que o Plenário avoque uma PEC, tanto que o próprio Presidente assinalou que aplicava art. 52, § 6º, do regimento, por analogia. Ora, não é razoável limitar a possibilidade de debates em matéria tão relevante à falta de dispositivo legal expresso que assim autorize, sobretudo tratando-se de PEC.

5. Conclusão

Pelo exposto, o Substitutivo recém apresentado à PEC 45/2019:

a) concentra o poder de instituir tanto a CBS quanto o IBS na União, seja por lei ordinária, seja por lei complementar, enquanto o que resta aos Estados e Municípios são competências instrumentais, já que eles não poderão dispor sobre temas fundamentais, como fato gerador, base de cálculo, incentivos fiscais etc. Portanto, sua autonomia ficará substancialmente reduzida (amesquinhada), o que atrai a proibição contida no art. 60, §4º, da Constituição.

b) a suposta autonomia dos entes subnacionais para alterar as alíquotas de destino é formal, pois aumentos e diminuições alcançarão todas as operações concluídas em seu território, o que, em caso de aumento, afetará a demanda local (deslocamento de consumidores para locais vizinhos, com alíquotas menores), e, em caso de redução, poderá prejudicar as contas públicas do ente;

c) a estrutura de alíquotas pretendida é inadequada, pois: (i) não permite calibração de alíquotas conforme as características de cada item ou em situações que a exijam; (ii) a alíquota intermediária será, sozinha, maior do que a alíquota padrão de inúmeros Países; (iii) itens como saúde, educação e cesta básica serão tributados a por volta de 14%, quando a prática internacional é de incidência a percentuais muito menores; e (iv) isso provocará aumento desproporcional de carga tributária para inúmeros bens, serviços e setores;

d) o Imposto Seletivo requer ajustes de modo a ter o seu escopo bem definido pelo texto constitucional, a fim de que ele não se torne mais um simples instrumento arrecadatório a serviço da União; e, por fim,

e) o açodamento da apreciação do Substitutivo em Plenário é inconveniente e suscita dúvidas quanto à sua regimentalidade;

Tudo a evidenciar que o debate em torno da PEC 45 não se encontra maduro o suficiente para que siga para votação, o que reclama tempo, a fim de que se façam aprofundamentos e de que a tramitação seja feita com a responsabilidade que o tema requer.

6.2.

Atuação do IASP Contra Casos de Nepotismo Junto à Administração Pública

Eduardo Augusto Muylaert Antunes
Conselheiro do IASP - Instituto dos Advogados de São Paulo

São Paulo, 28 de março de 2023

**Eminente Professor Renato de Mello Jorge Silveira, DD. Presidente
do Instituto dos Advogados de São Paulo**

**Tema: Atuação do IASP em ações contra o nepotismo junto a
Administração Pública – Pauta de 29/03/2023**

Mediante provocação do Instituto Não Aceito Corrupção - INAC, por seu presidente, Dr. Roberto Livianu, submeto à consideração de Vossa Excelência e do egrégio Conselho a presente proposta de atuação do IASP contra casos de nepotismo junto à Administração Pública.

A cada vez que se renovam os governos federal e estaduais, ressurgem esperanças de maior respeito não somente à ética, mas à própria legalidade e, em especial, aos comandos constitucionais da moralidade e da impensoalidade. Determina a Constituição de 1988, em seu artigo 37, que “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impensoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.” Segundo a Constituição, as normas relativas ao Tribunal de Contas da União “aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios”. Trata-se de importantes órgãos que, dessarte, além de subsidiarem o Legislativo no controle externo da Administração, exercem fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, bem como apreciam as contas prestadas anualmente pelo chefe do Executivo. Em artigo recente, escreveu o presidente do INAC: “Depois de casos semelhantes em Alagoas e Piauí,

agora no Pará a mulher do governador acaba de ser nomeada e empossada conselheira do Tribunal de Contas do Estado, com a missão constitucional de fiscalizar a regularidade das ações do próprio marido, bem como dos respectivos órgãos estaduais e demais municípios do estado. O conflito de interesses é escandaloso e gritante.” E acrescenta: “Isso desafia a utopia da separação constitucional dos Poderes, bem como os princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade. Prevalece a lógica cínica e aberrante de que o nepotismo seria uma prática virtuosa e exemplar.” (<https://www.poder360.com.br/opiniao/raposas-e-galinheiros/> Raposas e galinheiros.) A Agência Estado noticiou que “O Ministério Público Federal no Pará pediu nesta segunda-feira, 20, que o procurador-geral da República Augusto Aras acione o Supremo Tribunal Federal (STF) para impedir a primeira-dama do Pará, Daniela Barbalho, de assumir como conselheira no Tribunal de Contas do Estado (TCE-PA). (<https://ultimahoranews.com.br/mpf-pa-alega-nepotismopara-impedir-nomeacao-da-mulher-de-helder-barbalho-ao-tce>).

Inúmeras associações já repudiaram essas nomeações, que à evidênciaagridem a Constituição e a ordem jurídica. O Supremo Tribunal Federal já declarou alto e bom som que o nepotismo é inadmissível e afronta a Constituição de 1988: Súmula Vinculante 13 “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.” “A decisão, com efeito vinculante, atingiu todas as esferas da Justiça e, com a edição da Súmula Vinculante 13, o entendimento alcançou, também, os Poderes Executivo e Legislativo. De acordo com o verbete, a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, da autoridade nomeante ou de servidor investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou de função gratificada, viola a Constituição Federal. A vedação também alcança a chamada contratação cruzada de parentes, mediante designações reciprocas”. E ainda: “A vedação

ao nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática dado que essa proibição decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal. [Tese definida no RE 579.951, rel. min. Ricardo Lewandowski, P. j. 20-8-2008, DJE 202 de 24-10- 2008, Tema 66.]"

Um de nossos objetivos estatutários, vale sempre lembrar, é a "a defesa da Constituição e da legalidade", mormente em caso de agressões que escandalizam a toda a Nação. O nepotismo e outras práticas de tal gênero, corroem a imagem do que deva ser a nossa República, onde privilégios desse teor são inadmissíveis. O exemplo de moralidade deve vir do poder público, sob pena de enorme contágio. Os Tribunais de Contas não podem ser extensões dos palácios de Governo.

Sua composição exige independência, moralidade e competência técnica. Daí a presente proposta de, acolhida a provocação do INAC, possa associar-se o IASP a possíveis medidas judiciais para combater esse achincalhe. Pode ser, inclusive, estudada possível Reclamação ao Supremo Tribunal Federal, pois tais nomeações agride diretamente à Súmula Vinculante 13. São essas, Senhor Presidente, as considerações que respeitosamente submeto à elevada apreciação de Vossa Excelência e do egrégio Conselho.

Eduardo Augusto Muylaert Antunes

OAB/SP 21.082

6.3.

Doação Projeto de Remodelação da Praça da Sé (IASP x Prefeitura de São Paulo)

Renato de Mello Jorge Silveira

Presidente do IASP - Instituto dos Advogados de São Paulo

José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro

Conselheiro Nato do IASP - Instituto dos Advogados de São Paulo

Diogo Leonardo Machado de Melo

Diretor Administrativo do IASP - Instituto dos Advogados de São Paulo

Doação Projeto de Remodelação da Praça da Sé (IASP x Prefeitura de São Paulo)^[1]

São Paulo, 22 de maio de 2023.

Excelentíssimo Senhor Doutor RICARDO NUNES

Prefeito do Município de São Paulo

**Ref. Manifestação de interesse de doação – projeto de requalificação
da Praça da Sé, nos termos do Decreto 58.102, de 23 de fevereiro de 2018
(arts. 18 e seguintes)**

O Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP (doc. 1) é a instituição jurídica associativa mais antiga do Estado de São Paulo, fundado em 29 de novembro de 1874, declarado de utilidade pública pelo Decreto Federal nº 62.480, de 28 de março de 1968, Decreto Estadual nº 49.222, de 18 de janeiro de 1968 e Decreto Municipal nº 7.362, de 26 de janeiro de 1968, associação civil de fins *não econômicos* que congrega atualmente os principais juristas, professores, advogados, magistrados e membros do Ministério Público do país, admitidos por rigorosa avaliação com pareceres e votação, dedica-se aos altos estudos e a difusão dos conhecimentos jurídicos, ampliando os horizontes da cultura jurídica.

1. O projeto está disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/saopaulo/2017/07/1899300-com-historico-de-abandono-e-revitalizacoes-fracassadas-centro-abraca-nova-retomada.shtml> e <https://www.arthurcasas.com/pt/projetos/praca-da-se/>

Ao longo de seus 149 anos, o IASP contribui de forma decisiva para o Estado de São Paulo, para o Município de São Paulo, para as carreiras jurídicas e para o País, tendo tido fundamental papel quando da elaboração de um Código de Ética Profissional do Direito no Brasil, a própria instalação da Ordem dos Advogados do Brasil e no processo de redemocratização do país, além de inúmeras outras participações sensíveis de colaboração com a sociedade brasileira na concretização do Estado Democrático de Direito.

Cumprindo a agenda de comemorações e celebração de seu sesquicentenário, **desde maio de 2017**, o IASP tem capitaneado estudos e avaliações sobre possíveis melhorias no centro de São Paulo, especificadamente, estudos sobre a remodelação da Praça da Sé.

Neste sentido, como amplamente divulgado na imprensa, o IASP foi o responsável pela elaboração de um amplo estudo de revitalização daquele local, que vem merecendo especial atenção das autoridades públicas, considerando o aumento de violência e de degradação.

Com o auxílio do renovado escritório de arquitetura “Studio Arthur de Mattos Casas”, com ampla expertise em concursos e desenvolvimento de diversas requalificações de diversos espaços públicos nacionais e internacionais (como Expo Milão 2015, Pelourinho, CAE Maranhão, Campus UFPR, MALI – Museu de Arte de Lima dentre outros) o IASP coordenou a elaboração de um estudo denominado *“Estudo conceitual de requalificação e revitalização da região da praça da Sé, Centro de São Paulo (“marco zero” – doc. 2)”*.

Considerando a incorporação deste estudo ao seu acervo extrapatrimonial (**doc. 3**), como forma de contribuição do IASP às políticas públicas que estão sendo implementadas pela atual gestão no centro de São Paulo, em cumprimento aos artigos 18 e seguintes do Decreto nº 58.102 de 23 de fevereiro de 2023, na qualidade de detentores e titulares do estudo, servirmos da presente para formalizar **PROPOSTA DE DOAÇÃO DO PRESENTE ESTUDO PRELIMINAR E ARQUITETÔNICO DE REQUALIFICAÇÃO DA PRAÇA DA SÉ**, em caráter definitivo e irrevogável, devidamente descrito nos documentos anexados, estudo este de valor inestimável e que certamente será de grande valia para implementação de políticas públicas

envolvendo o resgate do potencial cultural e urbanístico do marco zero de nossa cidade.

Aguardando o acatamento por parte de V. Excelência, apresentamos os nossos mais sinceros e respeitosos cumprimentos.

Renato de Mello Jorge Silveira

Presidente do IASP

José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro

Conselheiro Nato do IASP

Diogo Leonardo Machado de Melo

Diretor Administrativo do IASP

7. RESENHA EDITORA IASP

7.1.

Locação Ponto a Ponto Comentários à Lei 8.245/91

Alexandre Jamal Batista

Conselheiro do IASP - Instituto dos Advogados de São Paulo

É com imensa alegria que trago breves notas para apresentar a segunda edição do livro *Locação ponto a ponto: comentários à Lei nº 8.245/91*. Alegria que decorre não somente do grande sucesso que foi a primeira edição, cujos exemplares se esgotaram rapidamente, mas em especial porque tenho agora a oportunidade de revelar aos queridos leitores e leitoras algumas nuances que permearam a elaboração desse trabalho.

Como bem fez constar no texto preambular da primeira edição, o saudoso e sempre reverenciado desembargador Sylvio Capanema de Souza bem contextualiza a expectativa quando a Lei 8.245/91 entrou em vigor, ao afirmar que “no dia 21 de dezembro de 1991, a lei deu início a um novo tempo, construído sobre bases sólidas, de um direito moderno, efetivo, em que o contrato de locação do imóvel urbano passou a ser ajustado com maior autonomia privada, sustentado por uma equação econômica mais justa e equilibrada.”

Passados quase trinta anos de vigência da Lei 8.245/91, muita coisa havia mudado no país. Questões sociais e econômicas sofreram grande transformação, mas para não ir além das tantas mudanças na seara do direito, basta lembrar que neste período entrou em vigor o Código Civil de 2002.

Com a realidade do cenário jurídico, econômico e social de hoje, os organizadores Jaques Bushatsky e Rubens Carmo Elias Filho tiveram felicidade ímpar ao identificar importante lacuna na literatura jurídica, pois muitas das célebres obras dedicadas à locação de bens imóveis ficaram “esquecidas” no início dos anos noventa, quando muito se produziu sobre o tema. Trabalhos de envergadura infelizmente não se atualizaram, deixando estudantes e operadores do direito órfãos de uma obra que se propusesse a comentar artigo por artigo da Lei de Locação, de maneira objetiva, didática, mas com verticalização doutrinária que se encorajou a enfrentar temas tormentosos da atualidade, como por exemplo a atividade de *self storage*, a *cláusula de raio nos contratos de shopping centers*, *locação nos contratos de franquia, built to suit, direito de superfície*, dentre outros.

Jaques Bushatsky e Rubens Carmo Elias Filho foram exitosos na execução do projeto, graças à maestria com que cativaram e envolveram todos os que tiveram a oportunidade de contribuir para a construção de uma obra singular na literatura jurídica atual. Professores, advogados, magistrados e profissionais de outras carreiras jurídicas foram contagiados pelo espírito dos coordenadores, que imprimiram à obra uniformidade rara de se ver em trabalhos coletivos.

Os comentários, artigo por artigo da Lei de Locação, conduzem o leitor e a leitora por caminho bem pavimentado, fácil e prazeroso de percorrer por todos os temas diretos e indiretamente relacionados à Lei, graças a anos de estudos, reflexões e atuação profissional de cada autor e autora, que foram generosamente partilhados com o público em geral.

O resultado foi muito bem sintetizado na apresentação que Hubert Gebara fez à primeira edição, ao afirmar tratar-se de “uma obra de fundamental relevância para pacificar questões, indicar caminhos e preservar a segurança jurídica, oxigênio que mantém viva toda e qualquer atividade privada; que sustenta o livre mercado e garante que direitos e deveres pactuados sejam efetivamente preservados”.

E a Editora do Instituto dos Advogados de São Paulo, no cumprimento de sua função institucional de cultuar e divulgar o bom direito, tem a honra e a satisfação de publicar esta segunda edição.

8. MEMÓRIA IASP

8.1.

Cem Anos Sem Rui Barbosa: Incidências no Direito Penal

Renato de Mello Jorge Silveira

Presidente do IASP - Instituto dos Advogados de São Paulo

Introdução

Rui Barbosa (batizado como Ruy, mas com redesenho *post mortem* de seu prenome pela reforma ortográfica de 1943) nasceu em Salvador, no Brasil imperial de 1849. Ingressou na Faculdade de Direito do Recife, em 1866. Ao depois, em 1868, em situação corriqueira à época, transferiu-se para a Faculdade de Direito de São Paulo, onde veio a colar grau. Foi Advogado, jurista, político, diplomata, escritor, jornalista e orador. Para muitos, o maior dos brasileiros.

Faleceu em 1º de março de 1923. Fez história. Sua atuação política, diplomática e como Advogado, marcou as páginas do Direito nacional. Encantou a tantos. Cativou a muitos. Criou uma lenda. Inseriu o ruísmo na alma de gerações.

Encontra-se, o Brasil, a enaltecer o centenário de seu falecimento. Antes de tudo, e ao iniciar a presente exposição, cumpre uma primeira dúvida. Qual o papel dessa tendência nos dias de hoje? Mais. Ainda podemos nos dizer seus adeptos? Essa dúvida não seria posta há alguns anos, mas hoje talvez reste a indagação.

Por certo, a dimensão desse ruísmo, hoje, é diversa da de outros tempos. Mas a presente reunião, neste templo da Justiça, é prova que, mesmo reduzido, ele ainda se faz presente. O culto à inteligência é perene, e perene deve ser a devoção ao ícone baiano, de tríplice morada: Bahia, São Paulo e Rio de Janeiro.

O presente ensaio tem por objetivo, na atual efeméride, destacar uma faceta nem sempre explora de Rui Barbosa, qual seja, a de sua influência no Direito Penal. Embora tenha se dedicado a todas gamas de atuações, sua incorrência na seara penal, ao menos recentemente, parece ter sido deixada *a latere*. De se resgatar, pois, um pouco de Rui, penalista. Antes, contudo, de

se evidenciar a sua proximidade ao Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP), que começa e encerra a participação, no cenário jurídico nacional, de um dos grandes Catedráticos de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo junto à Rui.

1. Rui Barbosa e o IASP

Rui Barbosa foi o primeiro sócio honorário do IASP. E, mais. Foi a partir desse momento que se desenhou a origem da sua famosa *Oração aos moços*.^[1] Essa, uma pequena passagem necessária. Em julho de 1868, Dom Pedro 2º dissolvera a Assembleia dos Deputados, dando o poder aos conservadores, o que gerou enormes controvérsias, em especial na Academia de São Paulo. Nela, o professor José Bonifácio, o moço, rebateu aquela medida, tendo o apoio enfático, em discurso memorável, de um jovem terceiro-anista. Nascia, então, Rui, o orador.

Cinquenta anos depois, em 1918, o IASP, então denominado Instituto da Ordem dos Advogados de São Paulo (IOASP), estava a comemorar o jubileu cívico de Rui. Naquele momento, falou como orador, em nome da Faculdade de Direito, o acadêmico José Soares de Mello, então, por sua vez, também terceiro-anista da Velha Academia. Além das honras postas a Rui, foi determinada missão do Instituto a comparecer ao Rio de Janeiro, em sua residência, para externalizar a “gratidão e regozijo da terra paulista por ter-se transplantado para ela quando seu gênio ia florescer.” Àquela se fez juntar Soares de Mello, tendo sido todos recebidos em sua residência. E foi naquele inicial contato que nasceu a audaciosa ideia do convite a Rui para ser o paraninfo da Turma de 1920, quando seria completado, também, o cinquentenário de sua própria formatura nas Arcadas. Tudo, enfim, fruto daqueles momentos no Instituto.^[2]

Tais passos foram, ainda, aprimorados quando, na segunda quinzena de setembro de 1918, uma caravana de acadêmicos de São Paulo, pensada

1. Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. O IASP e os 100 anos da Oração aos Moços. Disponível na internet: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-29/renato-silveira-iasp-100-anos-oracao-aos-mocos>. Acesso em 05.01.2023.

2. Cf. AMBROSINI, Diogo Rafael. *Memórias do IASP e da Advocacia*. De 1874 aos nossos dias. Campinas: Millennium, 2006, p. 110.

e composta por Soares de Mello, a que se fizeram juntar outros dez, fez o mesmo percurso.^[3] De fraque, cartola, bengala, luvas e botinas de abotoar de camurça e verniz, os jovens, vistos na Faculdade como “os cariocas”, foram, então, à mansão da Rua São Clemente. Rui já se encontrava doente, sendo a mocidade recebida por sua esposa. Seguiram-se, ainda, outros encontros de Soares de Mello com Rui, até que, em 1920, foi ele designado para apresentar o formal convite.^[4]

O resultado veio, por derradeiro, somente em 1921. Soares de Mello, juntamente com outro seu colega, Manoel Otaviano Diniz Junqueira Filho, foi chamado, em 19 de março, à sua presença, em Petrópolis. Proibido que fora pelos médicos de viajar a São Paulo, ali estava a entregar o trabalho escrito, intitulado *Oração aos Moços*, que fizera em homenagem à colação de grau, tendo-a escrito devido, como deixou claro, à insistência de Soares de Mello. Em 29 de março de 1921, perante a juventude na antiga Sala dos Retratos do antigo Convento de São Francisco, iniciou-se a cerimônia de colação de grau, onde, todos devidamente enfarpelados, ouviram a *Oração* lida pelo Professor Reinaldo Porchat. O resto é história.

Soares de Mello ainda encontraria com Rui Barbosa duas semanas depois de sua formatura. De partida para a Europa, passou pelo Rio de Janeiro. Sabendo-o ainda em Petrópolis, para lá se dirigiu. O encorajamento, instigação e sabedoria de Rui foram decisivos àquele que, anos depois, se tornaria emérito Catedrático de Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e, também, desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo.^[5] Mais do que tudo, entretanto, e por ironia do destino, defensor contumaz de Rui no momento da calúnia a ele dirigida, formulada nos anos 1960, muito depois de sua morte. O início desse percurso, portanto, simultâneo ao nascimento de um dos expoentes penais das Arcadas, tem certa inspiração na devoção deste à figura destacada de Rui.

3. Cf. MELLO, José Soares de. Rui e a Questão Dreyfus. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, vol. LXII, fasc. I, 1967, pp. 126 e ss. MELLO, José Soares de. *História da Oração aos Moços*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1973, pp. 31 e ss.

4. MELLO, José Soares de. Rui e a Questão Dreyfus...Op. cit., pp. 150 e ss. MELLO, José Soares de. *História...*Op. cit., pp. 51 e ss.

5. Cf. MELLO, José Soares de. Rui e a Questão Dreyfus...Op. cit., pp. 163 e ss. MELLO, José Soares de. *História...*Op. cit., pp. 101 e ss.

2. Breves e preliminares notas penais em Rui Barbosa

Já se disse de Rui, terceiro-anista, em seu momento cívico inaugural. Mas são de se ver, e mencionar, os seus momentos iniciais de aproximação ao Direito Penal. Com brilho desde muito jovem, Rui se criou na Bahia de Todos os Santos. Transferiu-se ao Recife ao ingressar na Faculdade de Direito, desde logo fazendo parte de uma sociedade abolicionista, fundada por Castro Alves, Augusto Guimarães e Plínio de Lima.^[6]

Na época, mostrava-se bastante comum a migração de alunos entre as duas Faculdades de Direito do Império. E é assim que Rui chega a São Paulo para cursar seu terceiro ano.^[7] De pronto, impressiona a todos e já estreia na imprensa, escrevendo importantes artigos. Muito embora pudesse não ser o Direito Criminal sua preferência primeira, dessa época já se tem um escrito seu de importância, que vem, justamente, a abordar ponto penal. Foi sua dissertação de Direito Administrativo – *“Estará revogado o art. 7º da Lei de 30 de agosto de 1830 em vista do que determina o art. 310 do Código Criminal?* que fez estrear sua abordagem na área em comento.^[8] Roberto Lyra, um dos maiores penalistas do século passado, e reconhecido professor da Universidade do Distrito Federal (então no Rio de Janeiro), nesse sentido, atesta o fato do grande aluno de Direito Criminal que se mostrava em Rui.^[9]

Formado, alguns casos profissionais desde logo lhe foram emblemáticos. De volta à Bahia, ainda em suas atuações vestibulares, já mostrava sua veia atinente ao Direito Criminal. Aliás, foi no júri a

6. Cf. CARVALHO, Antônio Gontijo de. Prefácio e organização. *Obras completas de Rui Barbosa*. Primeiros trabalhos. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1951, vol. I, 1865-1871, tomo I, X. VIANA FILHO, Luiz. *A vida de Rui Barbosa*. São Paulo: Nacional, 1960, pp. 30 e ss.

7. Cf. CARVALHO, Antônio Gontijo de. Op. cit., XII e ss. Rejane M. M. de Almeida Magalhães menciona, ainda, como fator decisivo para a referida transferência um demérito havido na matéria de Direito Natural, regida pelo professor Antônio de Vasconcelos Meneses de Drummond. Cf. MAGALHÃES, Rejane M. M. de Almeida. *Rui Barbosa: cronologia de vida e obra*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 2021, p. 40.

8. BARBOSA, Rui. Estará revogado o art. 7º da Lei de 30 de agosto de 1830 em vista do que determina o art. 310 do Código Criminal? *Obras completas de Rui Barbosa*. Primeiros trabalhos. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1951, vol. I, 1865-1871, tomo I, pp. 183 e ss.

9. LYRA, Roberto. *A obra de Ruy Barbosa em criminologia e direito criminal*. Rio de Janeiro: Nacional, 1952, p. 7.

inauguração de sua Advocacia.^[10] Vitórias e derrotas, as primeiras em muito maior número, marcaram seus dias iniciais, também no foro criminal.

Com o tempo, diversos escritos seus mencionavam situações envolvendo Direito Penal. Assim, inicialmente no *Diário da Bahia*, de 1881^[11] e no *Diário de Notícias*, de 1889.^[12] Logo foi, contudo, outro o espaço de suas batalhas. Deputado de 1878 a 1884, foi Senador, de 1890 a 1922, com breves interrupções. Foi convocado por Deodoro da Fonseca, em 1889, como Ministro e Secretário da Fazenda e ajudou no desenho final da Constituição de 1891. Disputou a presidência da República na célebre campanha civilista de 1910, em que a pena perdeu para a espada de Hermes da Fonseca. Em 1919, foi novamente candidato, perdendo, desta feita, a Epitácio Pessoa.^[13]

Foi no Direito, no entanto, que deitou sombra. Postou-se como Advogado por excelência e jurista por vocação. Escritor, comentou temas jurídicos. Segundo Lyra, “como jurisconsulto, emitiu pareceres em matéria criminal, inclusive sobre a competência do foro para conhecer dos fatos criminosos, de 19.11.1914.”^[14] Se correspondeu com Ferri. Citava de Beccaria a Garrolofo, com rara propriedade.^[15] Diplomata, esgrimiou o Direito em prol do Brasil. Viveu, pois, pela Justiça. E sua marca no Direito Penal fez-se, também, indelével.

3. Rui, penalista propriamente dito

Rui foi, sem dúvida, um homem dos sete instrumentos, polímata no exato sentido da palavra. Sua lendária biblioteca, o ninho da águia como

10. Em carta de 16 de agosto de 1872, o pai de Rui Barbosa alude a seu primo, o Desembargador da Relação da Corte, João Barbosa, “meu filho vai trabalhando com bom nome no escritório do Dantas e Veloso. Já esteou no júri, onde teve tal felicidade, foi tão vitorioso por entendidos e pelo povo, como lhe não posso dizer: firmou logo uma ótima reputação.” NOGUEIRA, Rubem. *O advogado Rui Barbosa: momentos culminantes de sua vida profissional*. São Paulo: Noeses, 2009, pp. 33 e ss. Lyra também destaca semelhante vitória. LYRA, Roberto. Op. cit., pp. 7 e ss.

11. BARBOSA, Rui. A cabala do crime. *Obras completas de Rui Barbosa*. Trabalhos diversos. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1957, vol. VII, 1881, tomo I, pp. 63.

12. BARBOSA, Rui. Crime oficial. *Obras completas de Rui Barbosa*. Queda do Império. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1948, vol. XVI, 1889, tomo VI, pp. 147 e ss.

13. Cf. LACOMBE, Américo Jacobina. *O pensamento vivo de Rui Barbosa*. São Paulo: Martins, 1944, pp. 55 e ss.

14. LYRA, Roberto. Op. cit., p. 15.

15. LYRA, Roberto. Op. cit., pp. 18 e ss.

um todo,^[16] sua atuação política (do Império à República), seu desempenho como diplomata, e, particularmente, sua vivência como Advogado encantou gerações. E, nela, vagou por áreas completamente distintas, como bem ilustra o leque abrangente de suas *Obras completas*.

Buzaid já chegou a discorrer sobre Rui, criminalista, ao dizer que seus estudos constituiriam modelos e exemplos da ciência penal.^[17] É de se ver, de toda forma, que Rui, desde os trabalhos preparatórios da Constituição de 1891, se preocupara, nítida e sobejamente, com questões envolvendo dos direitos individuais.^[18] Nesse sentido, Lyra alinhavou muito do pensamento

16. A mansão da Rua Clemente, sua residência no Rio de Janeiro, também era conhecida como o ninho da águia. Isso se deve ao fato dele próprio ser conhecido como a águia de Haia, alcunha dada a ele pelo Barão do Rio Branco por sua atuação na 2ª Conferência Internacional da Paz, em 1907. Cf. GONÇALVES, Silo. *A Águia de Haia. Biografia de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Agir, 1947, pp. 169 e ss.

17. Segundo Buzaid, “a bagagem intelectual de Rui Barbosa, desde os albores do exercício da Advocacia até os derradeiros trabalhos profissionais, foi tão grandiosa, que dele se pode dizer que conhecia todos os ramos da ciência jurídica como se fosse, em cada qual, em especialista, um cultor esmerado, um professor dedicado exclusivamente à matéria. Conhecia por igual e com a mesma profundidade o direito privado e o direito público e em cada um desses ramos, em que se divide a ciência jurídica, assombrou o domínio com que os tratava. Não foi apenas o constitucionalista, aquele que elaborou, interpretou e defendeu a primeira Constituição republicana; não foi apenas o civilista, que reviu o Código Civil, dando-lhe a mais elegante redação; não foi apenas o comercialista, deixando uma obra capital sobre *Cessão de clientela*, que de per si faria a glória de seu autor; não foi apenas o criminalista, cujos estudos constituem até hoje modelos e exemplos para a ciência penal; não foi apenas o financista, cuja obra *finanças e política na República* é o testemunho de seu altíssimo saber nesse campo do universo jurídico; não é apenas o tributarista, que discute em numerosos pareceres questões relativas a impostos e taxas.” Cf. BUZAI, Alfredo. *Rui Barbosa processualista civil e outros estudos*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 3.

18. Para Tucci, “não obstante, certamente influenciado pelos seus estudos sobre o constitucionalismo norte-americano, Rui Barbosa, logo após a proclamação da República, na condição de prestigiado jurista, reconhecidamente o integrante mais preparado e culto do Governo Provisório e que detinha uma visão mais ampla das transformações institucionais necessárias ao novo desenho político do nosso país, é incumbido de revisar o projeto da primeira Constituição republicana, que havia sido elaborado por uma comissão presidida pelo senador Joaquim Saldanha Marinho. Observa-se que, antes mesmo da instalação da Assembleia Constituinte, ministros e parlamentares começam a discutir, em 10 de junho de 1890, na casa de Rui Barbosa, na praia do Flamengo, as sugestões por ele formuladas. Poucos meses depois, é acolhida por unanimidade a proposta de redação da seção intitulada Declaração de Direitos, que representava genuína novidade na legislação brasileira. O art. 72, §§ 15 e 16, da Constituição de 1891, tinham, respectivamente, a seguinte redação: ‘Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada’; e ‘Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela...’. Tais regras destacavam, de modo inequívoco, a concepção de devido processo legal que permeava o pensamento original de Rui Barbosa, quase oito décadas antes de a literatura processual voltar a atenção para as projeções das normas constitucionais na fisiologia da tramitação do processo. Comentando o texto constitucional que propusera, Rui Barbosa, após revelar que sua fonte de inspiração, mais do que o direito anglo-americano, foi o art. 179, ns. 8-11, da Constituição imperial de 1824, esclarece que, sobre a necessidade de ser observada a forma, assenta-se outra regra, qual seja, a de que ninguém pode ser condenado senão mediante processo regular, vale dizer, ‘mediante os trâmites preestabelecidos no direito nacional’. E continua: ‘Dizem ingleses e americanos que ninguém pode ser sentenciado senão *by the law of the land*, ou *by due process of law*, expressões sinônimas na fraseologia jurídica das duas grandes nações... Definindo o ‘due process of law’, um dos comentadores mais modernos da Constituição americana assevera que essa exigência constitucional se destina a manter a todos os cidadãos o jus a serem processados e julgados em conformidade com as formas legais, por um tribunal imparcial, cuja sentença se pronuncie acerca da sua responsabilidade, ouvida a sua defesa’... As expressões, que revestem a fórmula dessa garantia, têm por fim, dizia o juiz Johnston, na Suprema Corte federal, ‘escudar o indivíduo contra o exercício arbitrário dos poderes do governo’...’. Desponta nítida, portanto, a atualidade da lição de Rui Barbosa, a qual, além de sua relevância histórica, pode ser perfeitamente adotada em qualquer pesquisa acadêmica moderna, que aborde o capítulo atinente às garantias do devido processo legal. TUCCI, José Rogério Cruz e. Devido processo penal no pensamento de Rui Barbosa. Disponível na internet: <https://www.migalhas.com.br/depeso/357848/devido-processo-legal-no-pensamento-pioneiro-de-Rui-barbosa>. Acesso em 06.01.2023.

penal de Rui em consagrada e impagável obra, de fins dos anos 1940, intitulada *A obra de Rui Barbosa em criminologia e direito penal*.^[19]

Célebres, também, são suas palavras, em 1911, em resposta a Evaristo de Moraes sobre o fato deste dever, ou não, aceitar o patrocínio da controversa causa de José Mendes Tavares.^[20] Indagava Evaristo: “Venerando mestre e preclaro chefe. Para a solução de um verdadeiro caso de consciência, solicito vossa palavra de ordem, que à risca cumprirei. Deveis ter, como toda a gente, notícia, mais ou menos completa, do lamentável crime de que é acusado o Dr. Mendes Tavares. Sabeis que esse moço é filiado a um agrupamento partidário que apoiou a desastrosa candidatura do Marechal Hermes, cuja inelegibilidade fui dos primeiros a proclamar. Sabeis, outrossim, que, ardente admirador de vossa extraordinária mentalidade e entusiasmo pela lição de civismo que destes em face da imposição militarista, pus-me decididamente ao serviço de vossa candidatura. Dada a eleição do vosso antagonista, tenho até hoje mantido e pretendo manter seguramente as mesmas ideias. Ocorreu, todavia, o triste caso a que aludi.”

“O acusado, Dr. José Mendes Tavares, foi meu companheiro, durante quatro anos, nos bancos escolares. Não obstante o afastamento político, sempre tivemos relações de amistosa camaradagem. Preso, angustiado, sem socorro imediato de amigos do seu grupo, apelou para mim, solicitando os meus serviços profissionais.”

“Relutei, no princípio; aconselhei, desde logo, fosse chamado outro patrono, parecendo-me estar naturalmente indicado um profissional bem conhecido, hoje deputado federal, que supus muito amigo do preso. Essa pessoa por mim apontada escusou-se da causa.”

“A opinião pública, diante de certas circunstâncias do fato, alarmou-se estranhamente, chegando a considerar o acusado *indigno de defesa*! Não me parece se deva dar foros de justiça a essa ferocíssima manifestação dos sentimentos superexcitados da ocasião. O acusado insiste pela prestação

19. LYRA, Roberto. Op. cit., pp. 45 e ss.

20. BARBOSA, Rui. *O dever do advogado*. São Paulo: HB, 2016, pp. 9 e ss.

dos meus humildes serviços. Eu estou de posse de elementos que em muito diminuem, se não excluem, sua responsabilidade no caso. Recorro respeitosamente à vossa alta autoridade e vos instituo, com grandíssima e justificada confiança, juiz do meu proceder. Devo, por ser o acusado nosso adversário, desistir da defesa iniciada? Proseguindo nela, sem a menor quebra dos laços que me prendem à bandeira do civilismo, cometoo uma incorreção como sentença inapelável, para acalmação da minha consciência.”^[21]

A resposta de Rui, no mínimo espetacular, serve, até hoje, como norte para qualquer estudioso sobre ética da Advocacia. O dever do Advogado vai além de qualquer parcialidade ou viés individual. Aponta Rui, em locução a Evaristo, que, não raro, com a paixão pública agudizada, “começa a justiça a correr perigo, e com ele surge para o sacerdócio do Advogado a fase melindrosa, cujas dificuldades poucos ousam arrostar. Faz-se mister resistir à impaciência dos ânimos exacerbados, que não tolera a serenidade das forças judiciais. Em cada uma delas a sofreguidão pública descobre um favor à impunidade. Mas é, ao contrário, o interesse da verdade o que exige que elas se esgotem; e o Advogado é o ministro desse interesse. Trabalhando por que não faleça ao seu constituinte uma só dessas garantias da legalidade, trabalha ele para que não falte à justiça nenhuma dessas garantias.”

“Eis por que, seja quem for o acusado, e por mais horrenda que seja a acusação, o patrocínio do Advogado, assim entendido e exercida assim, terá foros de meritório, e se recomendará como útil à sociedade.”^[22]

Refletindo sobre as garantias de um processo justo, ao encerrar, ponderou Rui no sentido de que “bem se vê, pois, o meu colega: não há de que se arrepender. Tem consigo a lição geral e os melhores exemplos de nossa gloriosa profissão. Há de lhe árdua a tarefa. Não vejo na face do crime, cujo autor vai defender, um traço, que destoe da sua repugnante expressão, que lhe desbaste o tipo da refinada maldade. Fala-me em elementos, de que está em posse, os quais ‘muito diminuem, se não excluem, a responsabilidade.’ Queira Deus que se não iluda. Essa responsabilidade se acentua, no conjunto

21. Cf. BARBOSA, Rui. *O dever...* Op. cit., pp. 23 e ss.

22. BARBOSA, Rui. *O dever...* Op. cit., p. 34.

das provas conhecidas, com uma evidência e uma proeminência, que se afigura insusceptíveis de atenuação. Nem por isso, todavia, a assistência do Advogado, na espécie, é de menos necessidade, ou o seu papel menos nobre.”^[23] Tais palavras ainda hoje, passados mais de cem anos, são lição inexorável a qualquer criminalista.

Em outras passagens, Rui, o penalista, acabou, derradeiramente, por se imortalizar. De se mencionar algumas. Vinda a República, sua atuação se fez cada vez mais presente, principalmente pela projeção política que, também, passou a ostentar. E cresceu, ainda mais, com as agressões ao federalismo, que ele tanto defendia. Deodoro proclamara a República em 1889. Em 1891, renunciou. Floriano Peixoto fixara-se como vice-presidente em exercício. Nesse momento, Rui passa a fazer significativa oposição à 2º República da Espada, como relata a inicial carta a Tobias Monteiro, de 1892.^[24]

As críticas postas a Floriano, de todo o lado, e mesmo das forças armadas, ensejaram a decretação do Estado de Sítio, sendo que, sob essa égide, inúmeros opositores foram presos e deportados.^[25] Rui permanecia à frente da oposição, e inovou o combate às injustiças. Conhecendo, como poucos, todo o arsenal constitucional e de instrumentos jurídicos, ajuizou inúmeros habeas corpus em relação aos militares presos.^[26] Verdadeiramente, vem,

23. BARBOSA, Rui. *O dever...* Op. cit., p. 51.

24. Segundo Levi Carneiro, “monos de nove meses após a proclamação da Constituição republicana, aos 3 de novembro de 1891, deflagra a crise das novas instituições, que se prolonga e agrava no decurso do ano subsequente. Insistira, em vão, Deodoro, por que a Constituição concedesse ao presidente da República a faculdade de dissolver o Congresso; naquela data, realizava a profecia, com que ameaçara Rui Barbosa ao dizer-lhe que talvez tivesse de sair, algum dia, do Congresso, ‘inclinando-se diante da majestade de um canhão. A dissolução do Congresso provocou a reação da marinha de guerra no levante ocorrido vinte dias mais tarde, logo triunfante com a renúncia do Presidente usurpador. Empossado no governo da Nação o Vice-Presidente, reabertos o Senado e a Câmara dos Deputados, poderia supor-se que o regime saía fortalecido dessa rude prova, demonstrando estabilidade e eficiência. Retomara prontamente o ritmo normal a vida política nacional; fora, em breves dias, anulado o golpe de Estado. Sobreveio, porém, a derrubada sucessiva dos governadores eleitos em quase todos os Estados, regularmente eleitos e em exercício, que haviam apoiado o golpe de Deodoro. Por outro lado, não decorridos dois anos do período do mandato do presidente renunciante, se deveria proceder a nova eleição para lhe preencher o cargo vago. Era o que resultava do art. 42 da Constituição de 1891, assim redigido (...) No entanto, o vice-presidente, marechal Floriano Peixoto, não se apressou em convocar o eleitorado para a escolha do novo Presidente (...)’.” CARNEIRO, Levi. Prefácio. *Obras completas de Rui Barbosa*. Trabalhos jurídicos. Estado de sítio. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1956, vol. XIX, 1892, tomo III, X e ss. Decretado o Estado de Sítio por Floriano, e entendendo que aqueles que o criticavam estariam em estado de sedição, determinou inúmeras prisões.

25. Cf., VILLA-LOBOS, Raúl. *A revolta da armada de 6 de setembro de 1893*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1897, *passim*.

26. BARBOSA, Rui. Petição de habeas corpus. *Obras completas de Rui Barbosa*. Trabalhos jurídicos. Estado de sítio. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1956, vol. XIX, 1892, tomo III, pp. 11 e ss.

assim, a lançar o pioneiro habeas corpus da República,^[27] e com uma pena que lhe era própria. Informado da clareza dos argumentos de Rui, teria dito Floriano querer saber quem daria, ao depois, habeas corpus aos ministros do Supremo Tribunal. Derrotado, Rui publicou cerca de 18 artigos, bastante enérgicos, em relação à decisão.^[28]

Traçou, assim, uma nova dimensão ao remédio heroico, abordando também matéria política, afirmado que “onde quer que haja um direito individual violado, há de haver um recurso judicial para a debelação da injustiça.” Foi Rui, juntamente com Pedro Lessa, quem, aliás, formataria a teoria brasileira do habeas corpus. Nesse sentido, diz Rubem Nogueira que “a atmosfera estava carregada de apreensões graves. Descontentamentos subterrâneos, amparados nalgumas espadas ilustres, ameaçavam eclodir. Floriano, por seu turno, compenetrado, sem dúvida, de haver procedido honestamente, manifestava uma disposição férrea de coibir toda e qualquer ação revolucionária das facções hostis à sua conduta governamental. Os temores estavam de tal maneira generalizados, que as próprias famílias dos presos receavam vir a complicar ainda mais a situação deles, pleiteando, em seu benefício, alguma providência judicial. Que providência, porém, seria essa, para qual pudessem apelar as vítimas da reação imprevista de Floriano? Eis a inquietante interrogação daquele histórico momento. Havia alguma forma eficaz de protestar contra o ato do Marechal Vice-Presidente? Eis a dúvida, que pairava no ar. Rui Barbosa, uma semana após os acontecimentos, ingressou no Supremo Tribunal Federal, com o destemor e a autoridade moral de artífice principal da Constituição de 1891. E, com surpresa geral, submeteu a despacho uma petição de habeas corpus, o primeiro habeas

27. Cf. NOGUEIRA, Ruben. Op. cit., pp. 47 e ss. Como menciona Silo Gonçalves, “impulsionado pelo seu amor ao direito e à liberdade, Rui sustentou que o habeas corpus é aplicável ‘a todos os casos em que um direito nosso, qualquer direito, estiver ameaçado, manietado, impossibilitado do seu exercício, pela intervenção de um abuso de poder ou uma ilegalidade,’ contanto que a sua prova seja compatível com a natureza especial do processo. Destarte, o habeas corpus despertou a nova consciência jurídico-política do país, provocando a curiosidade popular, ao mesmo tempo que, garantindo a liberdade de opinião, dignificava a vida cidadã, e lançava a semente da reação democrática, brotada na revolução de Outubro, quando o povo em massa, por todo o Brasil, pedia armas. Rui, inigualável jurista, pela sua defesa do instrumento da liberdade – o habeas corpus – constituiu-se eventualmente o advogado do povo, posto honorífico que provento lhe rendia, antes o prejudicava política e praticamente, em sua vida privada, como em sua vida pública, posto que fosse o mais sábio e o mais completo causídico do Brasil.” GONÇALVES, Silo. Op. cit., p. 79. Sobre a dimensão então percebida do Remédio Heroico e a atuação de Rui, MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. Campinas: Bookseller, 1999, vol. 1, pp. 240 e ss.

28. Cf. BARBOSA, Rui. O acórdão de 27 de abril. *Obra completa de Rui Barbosa*. Trabalhos jurídicos. Estado de sítio. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1956, vol. XIX, 1892, tomo III, pp. 137 e ss.

corpus sobre matéria política, que se impetrava ao mais alto órgão da justiça republicana. O pedido tomou o nº 300.”^[29]

Em posterior momento, em 1893, sobreveio a 2^a revolta da Marinha. Novamente, Floriano intentava ações duvidosas, em especial após a tomada do navio Júpiter, onde os civis ali presentes também foram vistos como revoltosos e presos nas fortalezas da Lage e de Santa Cruz.^[30] O ponto foi fundamental e ensejou novas impetrações de habeas corpus por Rui. Também defendeu e difundiu a noção do habeas corpus na imprensa,^[31] dando a todos saber do potencial das armas em prol da democracia. As críticas ao desterro interno não foram menores, sendo sua leitura um deleite especial e de profundidade destacada até os dias de hoje.^[32]

Veio o exílio. E nele, uma vez mais, a aproximação com o Direito Penal. Lá, com a produção das *Cartas de Inglaterra*, acabou por assumir um lugar especial, como se verá, junto aos penalistas. Volta ao Brasil em 1895. Mesmo passada a ditadura, novos desafios criminais lhe aguardavam.

Estabeleceu, mais do que tudo, a defesa do Júri e a independência da magistratura. Isso ficou patente no que se conheceu por caso Mendonça Lima. Este, juiz de Direito no Rio Grande do Sul, foi acusado judicialmente por não aceitar lei estadual que abolira algumas das características essenciais do júri (como o escrutínio secreto na votação dos jurados e o direito a recusas peremptórias pelas partes). Denunciado e condenado por prevaricação, procurou a ajuda de Rui. Tratava-se, no dizer deste, de verdadeiro *novum*

29. NOGUEIRA, Rubem. Op. cit., pp. 57 e ss.

30. BARBOSA, Rui. Habeas corpus a favor dos presos civis do Júpiter. *Obras completas de Rui Barbosa*. Trabalhos jurídicos. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1958, vol. XX, 1893, tomo V, pp. 237 e ss. Cf., genericamente, VIANA FILHO, Luiz. Op. cit., pp. 273 e ss.

31. BARBOSA, Rui. Habeas corpus. *Obras completas de Rui Barbosa*. A ditadura de 1893. Jornal do Brasil. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1949, vol. XX, 1893, tomo IV, pp. 47 e ss. BARBOSA, Rui. O habeas corpus e a imprensa. *Obras completas de Rui Barbosa*. A ditadura de 1893. Jornal do Brasil. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1949, vol. XX, 1893, tomo IV, pp. 137 e ss. BARBOSA, Rui. O habeas corpus. *Obras completas de Rui Barbosa*. A ditadura de 1893. Jornal do Brasil. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1949, vol. XX, 1893, tomo IV, pp. 151 e ss. BARBOSA, Rui. O habeas corpus. *Obras completas de Rui Barbosa*. A ditadura de 1893. Jornal do Brasil. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1949, vol. XX, 1893, tomo IV, pp. 243 e ss.

32. BARBOSA, Rui. Petição de habeas corpus. *Obras completas de Rui Barbosa*. Trabalhos jurídicos. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1948, vol. XXV, 1898, tomo V, pp. 189 e ss.

crimen, um crime de hermenêutica,^[33] em exemplo até hoje utilizado. A necessária liberdade de interpretação do Direito (e do Direito Penal!), foi o mote de algumas das mais belas linhas postas por Rui e hoje sempre repetidas quando da defesa da magistratura e do Ministério Público.

Ponderou ele, por outras tantas vezes, sobre a independência da primeira, bem como da importância do próprio júri. Asseverou pela capacidade interpretativa, algo que, passados mais de cem anos, volta tanto à pauta. Sobre o mesmo, aliás, escreveu de modo bastante interessante na imprensa em relação a tentativas de sua modificação.^[34] Ainda teve incursões jornalísticas outras, no mesmo cenário penal, como recorda Lyra, a falar da então presente mania regicida; delito político; Lei de Lynch; imprensa e leis repressivas; difamação; ladrões; mentir e furtar; conceito de pena; pena acessória; anistia; indulto; sedição; ajuntamento ilícito; balanços falsos; estelionato; rapto; resistência legal, favorecimento pessoal; direito de fuga e vadiagem.^[35]

Ainda voltaria a temas penais distintos. Mas a questão da garantia de direitos, mediante o uso do *habeas corpus*, lhe acompanhou, ainda, em 1912. Naquele ano, na Bahia, deram-se os acontecimentos que ficaram conhecidos como o Caso da Bahia, decorrente de defesas políticas dadas, novamente, por meio de *habeas corpus*.^[36] Em essência, diversos de seus posicionamentos em âmbito criminal ainda hodiernamente são recordados como exemplos de conduta e de pensar.

33. Cf. REPÓLES, Maria Fernanda Salcedo. O caso dos crimes de hermenêutica: precedente do controle difuso de constitucionalidade no Brasil. Disponível na internet: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/1913.pdf. Acesso em 06.01.2023.

34. Cf. BARBOSA, Rui. O projeto e o júri. *Obras completas de Rui Barbosa. A imprensa*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1947, vol. XXV, 1898, tomo III, pp. 196 e ss. BARBOSA, Rui. O júri e a Constituição. *Obras completas de Rui Barbosa. A imprensa*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1947, vol. XXV, 1898, tomo III, pp. 203 e ss.

35. Cf. LYRA, Roberto. Op. cit., pp. 46 e ss.

36. Cf. BARBOSA, Rui. O caso da Bahia. Petições de *habeas corpus*. *Obras completas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1960, vol. XXXIX, 1912, tomo I, pp. 9 e ss.

4. Rui e a Questão Dreyfus

Em que pesem tantas incursões na seara penal, uma passagem de Rui se tornou lendária. E, isso, quer pelo seu simbolismo que a reveste, quer pela relevância mundial assumida, quer pela atemporalidade da grita contra erro judiciário e injustiça. Tratou-se, pois, da Questão Dreyfus, e do brasileiro como primeiro grande defensor do acusado francês.^[37]

Rui encontrava-se exilado, na Inglaterra, graças aos problemas havidos com a ditadura de Floriano. Continuava a escrever para jornais nacionais. E, desde a distante Londres, denunciou, muito antes de Zola, os desmandos de um processo que estava a se dar na francesa Paris, em que figurava como réu um capitão, acusado de traição. Era o que se passou a conhecer com *L'Affair*.

Alguns necessários detalhes. O caso se iniciara em 1894. Dizia respeito à descoberta de uma alegada situação de espionagem, em Paris, na qual teriam sido encontrados indícios da participação de um militar que haveria entregue segredos à embaixada alemã. Nesse diapasão que um capitão de artilharia, Alfred Dreyfus, de origem alsaciana e judaica, foi acusado e, em princípio, condenado ao degredo, na Ilha do Diabo, por suposta traição.^[38] O chefe da seção de inteligência do exército franco, Georges Picquart, bradou contra as acusações e como estas se deram. O processo (que se mostrou secreto a olhos de todos) baseava-se em provas forjadas e falsas (no que veio a ser conhecido como *Le bordereau*), e veio a se consagrar como um dos grandes erros judiciários dos tempos modernos.^[39] Ainda que a descoberta do *petit*

37. Cf. PEREIRA, Batista. O advogado de Dreyfus. In: SENNA, Homero. *Uma voz contra a injustiça*. Rui Barbosa e o Caso Dreyfus. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1987, pp. 17 e ss. DREYFUS, Alfred. Souvenirs et Correspondance. In: SENNA, Homero. *Uma voz contra a injustiça*. Rui Barbosa e o Caso Dreyfus. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1987, pp. 69 e ss.

38. Cf. BEGLEY, Louis. *O caso Dreyfus*. Ilha do Diabo, Guantánamo e o pesadelo da história. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, pp. 17 e ss. BREDIN, Jean-Denis. *O Caso Dreyfus*. Tradução de Maria Alice Araripe de Sampaio Dória e Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Scritta, 1995, pp. 3 e ss. Cf., sobre a condenação, em seus termos, MELLO, José Soares de. *Rui e a Questão Dreyfus*. Refutação a R. Magalhães Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, pp. 53 e ss.

39. De se ver que "o caso Dreyfus, ou o Caso (*L'Affaire*), simplesmente, tem sido apontado como gerador de uma série de fenômenos tidos como simultâneos mas na realidade apenas contemporâneos: o surgimento da direita ideológica e clerical, do antisemitismo como degrau do totalitarismo, do sionismo político, do jornalismo das cruzadas, dos modernos movimentos de massa, etc., etc. Foi etiquetado como emblema do *fin-de-siècle*, estopim da rivalidade franco-alemã que produziu a Primeira Grande Guerra como consagrador do intelectual na vanguarda política da sociedade (o termo *intelectual* foi, aliás, cunhado pelos *anti-dreyfusards* no sentido pejorativo)." DINES, Alberto. Dreyfus, ou a guerra das manchetes. BARBOSA, Rui. *O processo do capitão Dreyfus (Cartas de Inglaterra)*. São Paulo: Giordano, 1994, p. 13. Sobre as muitas razões para o aperfeiçoamento do escândalo, GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *O Affaire Dreyfus e as Cartas de Inglaterra de Rui Barbosa*. BARBOSA, Rui. *O processo do capitão Dreyfus (Cartas de Inglaterra)*. São Paulo: Giordano, 1994, pp. 50 e ss.

bleu (a carta telegrama do real traidor) tenha dado a Picquart maiores bases para suas alegações, veio a sofrer este, também, todo o peso da máquina judicial, militar, política e preconceituosa de França contra si. ^[40]

O verdadeiro culpado seria outro militar (o major Esterhazy), mas, ao fim e ao cabo, foi Dreyfus o condenado (muito, diga-se, em função de sua origem). Em meio ao escarcéu que abalou a França naqueles dias, Émile Zola apresentou uma carta aberta – *J'Accuse* – (que se tornou imortal), evidenciando a injustiça e denunciando toda a engenharia francesa antissemita que se fazia, então, presente. O caso foi, ao depois, em 1899, reaberto, e Dreyfus acabou condenado a uma sentença de 10 anos. Em momento posterior, foi perdoado e libertado. Anos se passaram e, em 1906, foi ele, finalmente, reintegrado ao exército gaulês. ^[41]

Escândalo de dimensões mundiais, ainda em momento prévio à Primeira Guerra, teve Rui como a primeira voz a evidenciar, ao público do Brasil, o absurdo do que estava a se dar. E, como se disse, bem antes do mundialmente conhecido texto de Zola. ^[42] Destacou ele, em texto à imprensa publicado no *Jornal do Comércio*: “Eis aí um fato, de expressão quase trágica, sobre a qual se acaba de exercer distintamente a consciência dos dois povos que a Mancha separa: um, na maneira de resolvê-lo; o outro, na de considerá-lo. Decompostas através dele, como dois feixes diferentes de luz coados pelo mesmo prisma, destacam-se em matizes característicos certas qualidades de ordem moral, predominantes no espírito e na história de duas grandes nações. Tudo quanto ress umbra das causas que geraram a terrível sentença, resume-se na frase interrompida, em que M. Démange, ao abrir da audiência declarou que a acusação inteira assentava exclusivamente em um documento contestado. A esta revelação do Advogado, o oficial presidente lhe cortou a palavra, votou-se o *huis-clos*, e a instância imergiu do mistério, cujo termo é a condenação do acusado a penas de irresgatável infâmia.” ^[43]

40. Cf. MELLO, José Soares de. Rui e a Questão Dreyfus... Op. cit., pp. 69 e ss.

41. BREDIN, Jean-Denis. Op. cit., pp. 279 e ss.

42. “Entre os gigantes libertários que se levantaram a favor de Dreyfus, antes mesmo da entrada em cena do seu grande paladino, Émile Zola, está o brasileiro, o jurista, campeão abolicionista, constitucionalista, advogado de amotinados e jornalista – Rui Barbosa. Pode parecer um rasgo patrioteiro, etnocentrista, inspirado no próprio turbilhão de paixões *dreyfusards* e *anti-dreyfusards*. Rui Barbosa escreveu no dia 7 de janeiro de 1895 sua correspondência para o *Jornal do Comércio*, do Rio de Janeiro, dois dias depois da horrível cena de degradação pública do capitão Dreyfus, quando arrancaram-lhe as dragonas e partiram-lhe a espada. *O processo do capitão Dreyfus*, uma das *Cartas de Inglaterra*, saiu publicado em 3 de fevereiro, pouco antes da deportação do capitão para a Guiana.” DINES, Alberto. Op. cit., p. 20.

43. LYRA, Roberto. Op. cit., p. 124.

Na sequência, passa a relatar a degradação militar a que se submeteu Dreyfus: "Não me cabe descrever a cerimônia atroz da degradação militar, prelúdio feroz da expiação sobre-humana, que se abriu ontem para o malfadado. Essa cruel solenidade horrorizou a Europa. Antes de se separar irremissivelmente da pátria, amaldiçoado pelos seus conterrâneos, para ir agonizar, sob o indelével ferrete, em remoto presídio penal, esse infeliz passou pelos tratos do mais tremendo suplício na história das torturas morais. O formidável espetáculo fora preparado com todos os requintes da encenação regulamentar. Quando o condenado entrou no quadrângulo da Escola Militar, as insígnias, que ainda lhe sobressaiam na farda, já não figuravam ali senão por artifício convencional, como outros tantos estigmas no peito e na fronte daquele homem. O alfaiate substituía de véspera as costuras por alinhavos; o cutileiro partira e ressoldara a espada, que no outro dia se devia quebrar publicamente diante das tropas. A lenta e implacável pragmática esgotou no flagelado o cálix das afrontas possíveis. Se dentre elas não figura o esbofeteamento, dir-se-ia que não é senão para poupar à mão do executor o vilipêndio do contato com o rosto do réprobo. Desde o *kepi* até as listras vermelhas das calças, um a um lhe caíram aos pés, arrancados por um subalterno, os emblemas da dignidade militar. Ficaram-lhe envolvendo apenas os restos negros e rotos da farda, imagem do luto pela honra que acabava de despir. Nesse miserável extremo ainda lhe coube a penitência de transpor as filas do quadro; e, entregue então a polícia civil, submetido, como os criminosos comuns, à maldição antropológica, passou das mãos dos seus camaradas às dos *gendarmes*, para acabar os dias em Nova Caledônia, entre a escória dos criminosos, onde a família irá respirar com ele o ar das galés."^[44]

Ao defender as garantias do processo, como já o fizera em outros feitos em sua terra natal, Rui Barbosa assegurara a retidão de suas convicções.^[45] O

44. LYRA, Roberto. Op. cit., pp. 124 e ss.

45. Cf. DINES, Alberto. Op. cit., pp. 20 e ss. Guerreiro aponta que "o que mais chama a atenção no escrito que Rui Barbosa dedicou ao processo do Capitão Dreyfus – *uma de suas Cartas de Inglaterra, que ora se reproduz* – e o que chamou inclusivo a atenção do próprio Capitão Dreyfus, é precisamente sua oportunidade. Trata-se, inegavelmente, de documento precoce. Datado de 7 de janeiro de 1895, dois dias após a degradação pública do acusado diante da Escola Militar, o artigo de Rui, inteiramente baseado no que diziam os jornais britânicos, é apontado como a primeira defesa de Dreyfus. Tinha como título 'O Processo do Capitão Dreyfus' e assim foi publicado em 3 de fevereiro de 1895 no *Jornal do Comércio*, do Rio de Janeiro, constando da mesma forma e com a mesma denominação do volume *Cartas de Inglaterra*, editado pela primeira vez em 1896. Quatro anos após sua primeira inserção na imprensa brasileira, esse mesmo texto, agora vertido para o francês, por iniciativa do próprio autor, apareceria em plaquette publicada no Rio, mas já com título diverso: 'Le Premier Plaidoyer pour Dreyfus'. Sabe-se que um exemplar dessa versão teria chegado às mãos de Dreyfus em maio de 1900." GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Op. cit., pp. 69 e ss.

inaugural defensor de Dreyfus, inseriu seu nome na defesa de um julgamento justo, agora em âmbito global. O caso que retratou tantos desmandos, deve se mostrar como fundamental a todo criminalista, pois inaugurou toda uma pressão midiática, tristemente comum em casos rumorosos do século XXI.^[46] A injustiça que ganha manchetes dividiu uma nação, mostrando a pressão política e manipulação indevida dos autos, bem como a grita do justo pelo bom Direito.

Pode-se, enfim, “especular sobre as razões que levaram Rui a defender Dreyfus. A primeira tem a ver com o fato de que Rui era um Advogado nato que se envolvia com questões em que enxergava uma afronta aos princípios do direito. Ele foi o primeiro Advogado brasileiro a impetrar um pedido de habeas corpus de natureza política. Ele acusou o Estado brasileiro de abuso de poder contra oficiais militares presos por causa da Revolta da Armada, episódio que ocorreu em 1893 quando parte da marinha se rebelou contra o Presidente Floriano Peixoto. A segunda razão tem a ver com o fato de que Rui era um ferrenho crítico da intervenção militar na política. O militarismo, representado por Floriano Peixoto, e o golpe de estado que ele desferira eram as razões pelas quais Rui teve que se exilar no Reino Unido. Não surpreende, portanto, que, no final de seu artigo sobre o caso Dreyfus, ele diga que na Inglaterra o modo como o julgamento fora conduzido seria inconcebível e de passagem mencione o Brasil: ‘nenhum país necessita mais de lições como esta do que o Brasil destes dias’. Como seus artigos eram publicados no Brasil, sua meta era obviamente discutir a justiça no país. Quando tentou se eleger presidente em 1910, tendo como opositor o Marechal Hermes da Fonseca, sua campanha ficou conhecida como Campanha Civilista e, através dela, ele combateu o militarismo e espalhou a consciência civil pelo país.”^[47] Mas, de toda forma, e por qualquer ângulo que se observe, inegável seu valor.

46. Repetindo-se, não raro, hoje, pois, a máxima da histeria coletiva, aludida no título da obra de Halasz. HALASZ, Nicholas. *O julgamento do capitão Dreyfus*. A história de uma histeria coletiva. Tradução de Maria Lúcia Pessoa de Barros. São Paulo: Prometeu, 1958, *passim*.

47. OLIVEN, Ruben George. A atualidade de Rui Barbosa. In: WIESEBRON, Marianne L; NAGLE, Marilene (orgs.). *Rui Barbosa*. Uma personalidade multifacetada. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2012, p. 31. Disponível na internet: http://funag.gov.br/loja/download/985-Rui_Barbosa_uma_personalidade_multifacetada.pdf. Acesso em 06.01.2023. Cf., também, BUZAID, Alfredo. Op. cit., pp. 84 e ss.

5. A calúnia, a defesa junto à Faculdade de Direito e a imagem de Rui nos dias vindouros

Boa parte dos pontos colocados sobre Rui e o *Affair*, em que pese toda a substância que os reveste, foi rebatida em meados dos anos 1960. Em 1964, o escritor Magalhães Júnior publicou uma biografia intitulada, *Rui, o homem e o mito*. Nela, procurava desmistificar a figura heroica cultuada por tantos. Aliás, imaginando o reflexo de suas aposições, afirmou Magalhães Jr.: “tentativa de revisão histórica e política, o objetivo deste livro é o de contribuir para que sejam traçados futuramente, retratos mais autênticos de Rui. Para os seus idólatras, a tarefa perecerá herética e iconoclasta. E incorrerá, sem dúvida, na veemente reprovação dos que professam o culto ao ruísmo.”^[48]

Ênio Silveira, diretor da editora que publicou a agressão, chegou, antecipadamente, a se defender: “será este um livro contra Rui? De maneira alguma! Reconduzido à dimensão humana, o vibrante baiano resulta maior do que a soma algébrica de suas qualidades positivas e negativas, embora retirado do Olimpo em que o colocaram os eternos basbaques que, das figuras públicas, somente guardam, enleados, seus traços espetaculosos de mais fácil digestão. De qualquer maneira, *Rui, o homem e o mito* provocará polêmicas e suscitará a reprovação enérgica dessas ‘viúvas de Rui’, que consideram heresia qualquer atitude que não seja de prostração diante da *Águia de Haia*. Mas é um livro honesto, documentado, irresponsável.”^[49]

A resposta, no entanto, veio. A reação foi automática. Rui, como aponta Lacombe, não estava a ser defendido por fanáticos, mas por seus admiradores.^[50] Diferente situação não deixou de se dar em sua *alma mater*,

48. MAGALHÃES JR., Raimundo. *Rui. O homem e o mito*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964, prefácio.

49. SILVEIRA, Ênio. Será conveniente passar a história a limpo? In: MAGALHÃES JR., R. *Rui. O homem e o mito*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964, orelha.

50. Cf. LACOMBE, Américo Jacobina. A propósito de Rui, o homem e o mito. Disponível na internet: http://antigo.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/k-n/FCRB_AmericoJacobinaLacombe_AProposito_de_Rui.pdf. Acesso em 06.01.2023. Dines também assevera que “a resposta não se fez esperar e foi uma *cause célèbre* nos primeiros anos da ditadura militar brasileira. O poeta Oswaldo Orico, ocupante da cadeira nº 10 da Academia Brasileira de Letras (onde anteriormente sentaram-se Evaristo da Veiga, Machado de Assis e Rui Barbosa), ripostou imediatamente com uma candente defesa do seu patrono, à qual não faltaram desfeitas pessoais quanto à aparência do acusador, de baixa estatura e pouco dotado fisicamente (*Rui, o homem e o mito*, 1965). Outros acadêmicos manifestaram-se com cautela dentro do tradicional corporativismo acadêmico e considerando a proverbial intocabilidade das figuras nacionais.” DINES, Alberto. Op. cit., pp. 29 e ss.

o Largo de São Francisco. Em 1967, a Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo se reuniu em defesa do mais valoroso de seus antigos alunos. Um número especial da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo* (vol. LXII, fasc. I), foi publicado em desagravo a ele. Juntamente com estudos de Cândido Motta Filho; Alfredo Buzaid; Moacyr Amaral Santos; Nicolau Nazo; Alexandre Augusto de Castro Correa, o trabalho mais robusto, justamente, foi o de Soares de Mello, Catedrático já entrado em anos. “Rui e a Questão Dreyfus” mostra-se, assim, como uma obra prima de análise pormenorizada da atuação de Rui naquele evento. No ano seguinte, Soares de Mello trouxe à público livro solo sobre o tema (*Rui e a Questão Dreyfus – Refutação a R. Magalhães Jr.*), com o mesmo espírito, ainda mais aprofundado.^[51] Quis o destino que o mesmo Soares de Mello, que participara, no início de sua vida acadêmica, das homenagens do IASP a Rui, em 1919, décadas depois, já no outono de sua carreira, viesse a defender, com a verve e veemência que lhe eram próprias, a atuação de Rui como o pioneiro defensor de Dreyfus.^[52]

No aludido tópico, a grande acusação posta por Magalhães Jr. seria o fato de, alegadamente, não ter sido, Rui, o defensor inicial de Dreyfus, bem como à situação de, segundo sua compreensão, ter ele, sem grande ineditismo, simplesmente parafraseado jornais londrinos.^[53] Criticara, pois, também Rui, penalista. Mas parece ter-se perdido, o acusador, em citações falhas de datas e fatos. Soares de Mello, ao rebater, um a um, e todos os argumentos postos em mais de incorporadas e adjetivadas páginas, explicita “a) desconhecer o autor delas o caso Dreyfus, a respeito do qual erradamente discorreu; b) não ter lido a primeira das *Cartas de Inglaterra*, tão desarrazoadamente por ele comentada; c) ignorar o proceder de Rui Barbosa como Advogado, atrevidamente criticando-o; d) não ter percorrido os recortes de jornais londrinos, que, sem nenhum cabimento, pretendeu terem sido parafraseadas; e) ter conscientemente baralhado tudo, ficando-lhe o escrito, segundo frase

51. Na segunda e mais avolumada revisão, Soares de Mello faz a menção ao desagravo à memória do máximo dos filhos de São Francisco. Cf. MELLO, José Soares de. *Rui e a Questão Dreyfus...* Op. cit., *passim*.

52. Cf. MELLO, José Soares de. *Rui e a Questão Dreyfus...* Op. cit., pp. 69 e ss.

53. Cf. MAGALHÃES JR., Raimundo. Op. cit., pp. 196 e ss.

de sua vítima, 'a ultraessência da mentira.'"^[54] Foi, enfim, devidamente defendido contra o vitupério indevido, e eternizado como homem público, sensível, sempre preocupado também com temas penais e, mais que tudo, defensor preambular de Dreyfus.^[55] Essa, a memória que passou à história e chega até os dias de hoje.

Passados tantos anos, continuam atuais os predicados de Rui, sendo referência a quem quer que seja. Embora, talvez, tenha o mundo mudado, e possa-se, mesmo, perceber que o ruísmo, quiçá, não seja mais palavra de ordem, mostra-se fundamental que, ao menos, se cultive a importância e dimensão de seus escritos. Sua genialidade e tono de defesa à liberdade o fez, também, penalista, e são lições que não se pode esquecer.

Parafraseando o grande Roberto Rosas (em sua alusão a Pedro Lessa), também Rui tinha o espírito de Advogado, o combatente intimorato, destemido, D'Artagnan, espadachim vibrante.^[56] O magnífico baiano, e maior dos filhos de São Francisco, primeiro dos homenageados pelo IASP, foi um defensor da liberdade e do Direito, muito à frente de seu tempo. Foi, para a surpresa de alguns, também penalista de escol (mesmo sem ser formalmente um penalista), e isso já bastava para sua reverência. É de se dizer, enfim, que, por tudo isso, e muito mais, por tudo que ainda representa, passados tantos anos, que se acredita o ruísmo imorredouro, e se fará presente enquanto seus primados forem defendidos. Portanto, ainda de se bradar: longa vida à memória de Rui Barbosa.

Bibliografia

AMBROSINI, Diogo Rafael. *Memórias do IASP e da Advocacia. De 1874 aos nossos dias*. Campinas: Millennium, 2006.

54. MELLO, José Soares de. *Rui e a Questão Dreyfus...* Op. cit., pp. 90 e ss.

55. Conclui Soares de Mello que "desde a primeira notícia dada a respeito do pretenso crime do capitão Dreyfus até o julgamento Deste, não houve um só jornal francês, de Paris ou da província, que se tivesse colocado ao seu lado. Cerraram fileiras contra ele. Dizer-se coisa diferente será falsear a verdade." MELLO, José Soares de. *Rui e a Questão Dreyfus...* Op. cit., p. 336. Cf., sobre a sensibilidade jurídica de Rui, GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Op. cit., pp.84 e ss.

56. Cf. ROSAS, Roberto. Pedro Lessa e o Supremo Tribunal Federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº 37, ano X, 1973, p. 134.

BARBOSA, Rui. A cabala do crime. *Obras completas de Rui Barbosa*. Trabalhos diversos. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1957, vol. VII, 1881, tomo I.

BARBOSA, Rui. Crime oficial. *Obras completas de Rui Barbosa*. Queda do Império. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1948, vol. XVI, 1889, tomo VI.

BARBOSA, Rui. Estará revogado o art. 7º da Lei de 30 de agosto de 1830 em vista do que determina o art. 310 do Código Criminal? *Obras completas de Rui Barbosa*. Primeiros trabalhos. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1951, vol. I, 1865-1871, tomo I.

BARBOSA, Rui. Habeas corpus. *Obras completas de Rui Barbosa*. A ditadura de 1893. Jornal do Brasil. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1949, vol. XX, 1893, tomo IV.

BARBOSA, Rui. Habeas corpus a favor dos presos vivis do Júpiter. *Obras completas de Rui Barbosa*. Trabalhos jurídicos. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1958, vol. XX, 1893, tomo V.

BARBOSA, Rui. *O dever do advogado*. São Paulo: HB, 2016.

BARBOSA, Rui. O habeas corpus. *Obras completas de Rui Barbosa*. A ditadura de 1893. Jornal do Brasil. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1949, vol. XX, 1893, tomo IV.

BARBOSA, Rui. O habeas corpus e a imprensa. *Obras completas de Rui Barbosa*. A ditadura de 1893. Jornal do Brasil. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1949, vol. XX, 1893, tomo IV.

BARBOSA, Rui. O júri e a Constituição. *Obras completas de Rui Barbosa*. A imprensa. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1947, vol. XXV, 1898, tomo III.

BARBOSA, Rui. O projeto e o júri. *Obras completas de Rui Barbosa*. A imprensa. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1947, vol. XXV, 1898, tomo III.

BARBOSA, Rui. O caso da Bahia. Petições de habeas corpus. *Obras completas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1960, vol. XXXIX, 1912, tomo I.

BARBOSA, Rui. Petição de habeas corpus. *Obras completas de Rui Barbosa*. Trabalhos jurídicos. Estado de sítio. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1956, vol. XIX, 1892, tomo III.

BARBOSA, Rui. Petição de habeas corpus. *Obras completas de Rui Barbosa*. Trabalhos jurídicos. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1948, vol. XXV, 1898, tomo V.

BEGLEY, Louis. *O caso Dreyfus*. Ilha do Diabo, Guantánamo e o pesadelo da história. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

BREDIN, Jean-Denis. *O Caso Dreyfus*. Tradução de Maria Alice Araripe de Sampaio Dória e Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Scritta, 1995.

BUZAID, Alfredo. *Rui Barbosa processualista civil e outros estudos*. São Paulo: Saraiva, 1989.

CARNEIRO, Levi. Prefácio. *Obras completas de Rui Barbosa*. Trabalhos jurídicos. Estado de sítio. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1956, vol. XIX, 1892, tomo III.

CARVALHO, Antônio Gontijo de. Prefácio e organização. *Obras completas de Rui Barbosa*. Primeiros trabalhos. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1951, vol. I, 1865-1871, tomo I.

DINES, Alberto. Dreyfus, ou a guerra das manchetes. BARBOSA, Rui. *O processo do capitão Dreyfus (Cartas de Inglaterra)*. São Paulo: Giordano, 1994.

DREYFUS, Alfred. Souvenirs et Correspondance. In: SENNA, Homero. *Uma voz contra a injustiça*. Rui Barbosa e o Caso Dreyfus. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1987.

GONÇALVES, Silo. *A Águia de Haia*. Biografia de Rui Barbosa. Rio de Janeiro: Agir, 1947.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. O Affaire Dreyfus e as Cartas de Inglaterra de Rui Barbosa. BARBOSA, Rui. *O processo do capitão Dreyfus (Cartas de Inglaterra)*. São Paulo: Giordano, 1994.

LACOMBE, Américo Jacobina. A propósito de Rui, o homem e o mito. Disponível na internet: http://antigo.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/k-n/FCRB_AmericoJacobinaLacombe_AProposito_de_Rui.pdf. Acesso em 06.01.2023.

LACOMBE, Américo Jacobina. *O pensamento vivo de Rui Barbosa*. São Paulo: Martins, 1944.

LYRA, Roberto. *A obra de Ruy Barbosa em criminologia e direito criminal*. Rio de Janeiro: Nacional, 1952.

HALASZ, Nicholas. *O julgamento do capitão Dreyfus*. A história de uma histeria coletiva. Tradução de Maria Lúcia Pessoa de Barros. São Paulo: Prometeu, 1958.

MAGALHÃES, Rejane M. M. de Almeida. *Rui Barbosa: cronologia de vida e obra*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 2021.

MAGALHÃES JR., Raimundo. *Rui*. O homem e o mito. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964.

MELLO, José Soares de. *História da Oração aos Moços*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1973.

MELLO, José Soares de. *Rui e a Questão Dreyfus*. Refutação a R. Magalhães Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MELLO, José Soares de. Rui e a Questão Dreyfus. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, vol. LXII, fasc. I, 1967.

MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. Campinas: Bookseller, 1999, vol. 1.

NOGUEIRA, Rubem. *O advogado Rui Barbosa: momentos culminantes de sua vida profissional*. São Paulo: Noeses, 2009.

OLIVEN, Ruben George. A atualidade de Rui Barbosa. In: WIESEBRON, Marianne L; NAGLE, Marilene (orgs.). *Rui Barbosa. Uma personalidade multifacetada*. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2012. Disponível na internet: http://funag.gov.br/loja/download/985-Rui_Barbosa_uma_personalidade_multifacetada.pdf. Acesso em 06.01.2023.

PEREIRA, Batista. O advogado de Dreyfus. In: SENNA, Homero. *Uma voz contra a injustiça. Rui Barbosa e o Caso Dreyfus*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1987.

REPÔLES, Maria Fernanda Salcedo. O caso dos crimes de hermenêutica: precedente do controle difuso de constitucionalidade no Brasil. Disponível na internet: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/1913.pdf. Acesso em 06.01.2023.

ROSAS, Roberto. Pedro Lessa e o Supremo Tribunal Federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº 37, ano X, 1973.

SILVEIRA, Ênio. Será conveniente passar a história a limpo? In: MAGALHÃES JR., R. *Rui. O homem e o mito*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. O IASP e os 100 anos da Oração aos Moços. Disponível na internet: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-29/renato-silveira-iasp-100-anos-oracao-aos-mocos>. Acesso em 05.01.2023.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Devido processo penal no pensamento de Rui Barbosa. Disponível na internet: <https://www.migalhas.com.br/depeso/357848/devido-processo-legal-no-pensamento-pioneiro-de-Rui-barbosa>. Acesso em 06.01.2023.

VIANA FILHO, Luiz. *A vida de Rui Barbosa*. São Paulo: Nacional, 1960.

VILLA-LOBOS, Raúl. *A revolta da armada de 6 de setembro de 1893*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1897.

9. HOMENAGENS

9.1.

Outorga do Título de Associada Honorária:
Professora Maria Garcia

José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro

Conselheiro Nato do IASP - Instituto dos Advogados de São Paulo

Excelentíssimos convidados, ilustres colegas, queridos alunos e amigos,

Hoje, estamos reunidos para prestar uma merecida homenagem para uma mulher extraordinária, uma verdadeira referência em nossa área: a renomada professora Maria Garcia, que por décadas, ensina e inspira gerações, deixando uma marca indelével em cada um de nós.

Destaque-se que a sua dedicação e paixão pelo ensino não se limitaram aos muros da universidade. Nossa querida professora sempre esteve disposta a participar de debates, palestras e congressos, compartilhando sua experiência e sabedoria com novas gerações de estudantes e profissionais. Sua presença sempre foi um farol de esperança, iluminando o caminho daqueles que buscam entender e transformar a realidade por meio do Direito.

Ao longo de sua vida, nossa querida professora dedicou-se incansavelmente ao estudo, ao ensino e à defesa dos princípios fundamentais da Constituição. Sua paixão pela matéria é contagiosa e seus conhecimentos são inigualáveis. Ela é uma fonte inesgotável de sabedoria, sempre disposta a compartilhar suas experiências e estimular o pensamento crítico.

Cite-se como exemplo a sua carreira como Procuradora do Estado, a amizade com o saudoso Professor Celso Ribeiro Bastos, cujos frutos resultaram no Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, e nas publicações que coordena como a Revista de Direito Constitucional e Internacional, bem como Congresso de Direito Constitucional que nesse ano realizou a sua 40^a. edição.

Mais do que uma professora, ela é uma mentora, uma guia em nossa jornada intelectual e profissional. Seus conselhos, palavras encorajadoras e ensinamentos moldaram a forma como compreendemos e aplicamos o Direito Constitucional. Sua influência transcendeu os limites da sala de aula e alcançou nossas vidas de maneira profunda e transformadora. E será sobre essa perspectiva que desejo me debruçar, porque o seu legado acadêmico é

imenso, para além dos seus títulos de mestrado, doutorado e livre-docência, e dezenas de livros e artigos publicados.

Particularmente, tive o privilégio de ser aluno na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, e ainda a vida reservou-me o privilégio inigualável de ter a Professora Maria Garcia, ao meu lado, como vice-Presidente no mandato de 2016-2018.

Foi naquele mandato que pudemos concluir projetos maravilhosos.

Caros Amigos, muitas vezes reflito sobre o passado de dedicação ao nosso querido IASP, já ultrapassada uma década do início do meu primeiro mandato como Presidente. E tenho a certeza de que uma das principais razões de termos trilhado caminhos que nos deixam orgulhosos, é porque estávamos ao lado da Professora Maria Garcia.

A cada passo dado, eu buscava em seu olhar a aprovação e a coragem para continuar. E de seus olhos vinham o brilho mágico de equilíbrio e firmeza, acompanhado de um largo e belo sorriso, indicando o momento certo para a tomada de uma decisão.

Foi assim, passo a passo, que de forma extremamente amadurecida, planejada, que saímos da Rua Líbero Badaró para esta sede na Avenida Paulista.

Essa difícil decisão à época, tão evidente hoje, foi tomada na sala de reuniões da antiga sede quando tive a certeza dada pelo olhar da Professora Maria Garcia.

O convívio revelou a virtude da bondade. Senhoras e Senhores, nunca assisti, nunca soube, que a Professora Maria Garcia tenha dito uma má palavra sobre quem quer que seja.

Vejam bem, isso não significa que não ela não ficasse indignada, como fica até hoje quando exclama: Que horror!

O sentido de repulsa que lhe arrepia quando a situação apresentada viola princípios e regras de Direito.

A resposta é dada de imediato: Vamos à luta!

E assim, dando o exemplo de responsabilidade, competência, dedicação, humildade, para citar algumas virtudes, a Professora Maria Garcia tem o seu lugar de destaque em qualquer local que esteja, e hoje é homenageada com o título de associada honorária pelo Instituto dos Advogados de São Paulo, com o indiscutível reconhecimento pelo seu notável merecimento e elevado saber jurídico, com relevantes serviços prestados ao Brasil e à Ciência Jurídica.

A determinação e a resiliência que a caracterizam nunca lhe deixaram em condição de desigualdade. A Professora Maria Garcia nunca se permitiu cair em lamentações. Sua persistência nos inspira a acreditar que nunca é tarde para aprender, para lutar por aquilo em que acreditamos, e para deixar um legado duradouro.

Em vídeo que viralizou pelas redes sociais, a Professora Maria Garcia ensina que “envelhecer é um processo no qual todos nós estamos inseridos. E sendo assim, representa o ápice das nossas vidas. Portanto, o importante é viver a vida que nós temos para viver com o máximo de plenitude e de dignidade”.

Em nome de todos os alunos que tiveram o privilégio de serem seus discípulos, querida professora, gostaria de expressar nossa profunda gratidão. Sua paixão pelo conhecimento, sua dedicação ao ensino e seu compromisso com a justiça são exemplos que carregaremos por toda a vida.

Que sua jornada continue a ser repleta de realizações, saúde e felicidade. Que a chama que arde em seu coração continue a inspirar e a iluminar as mentes e os corações daqueles que têm o privilégio de conhecê-la.

Obrigado, querida professora, por ser a personificação da excelência acadêmica, da retidão, da bondade e da compaixão. Que Deus continue a abençoar ricamente cada dia de sua vida.

São Paulo, 31 de maio de 2023

José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro

Conselheiro Nato do Instituto dos Advogados de São Paulo

9.2.

Outorga do Título de Associada Honorária:
Professora Eunice Prudente

Luiz Antonio Sampaio Gouveia
Conselheiro do IASP - Instituto dos Advogados de São Paulo

Senhores!

Eros Roberto Grau, creio ter escrito uma obra, que não encontrei hoje em minhas estantes (mas que a tive com carinhosa dedicatória dele), dissidente sobre o ofício de orador. Como fora ele do Instituto dos Advogados Brasileiros, no Rio de Janeiro. Não a encontrei em minhas estantes nem em meus escaninhos. Mas me parece que o Ministro fala em abrir as válvulas do aparelho cardíaco, para falar com o coração, afastando-se das rigorosas regras da oratória e para que se faça orar com todo amor. Vai o meu amigo eterno e Mestre de sempre, remexendo o aparelho cardíaco, para falar da autenticidade simples dos oradores, rompendo as barreiras da formalidade, embora evocando Cícero, em “De Oratore”.

Recentemente Sílvio Luiz de Almeida com o perdão do meu amigo, Vitorino Antunes, que esse lembrou-me fosse Sílvio, Ministro de Estado dessa nossa República Federativa do Brasil, sobrinho de nosso Professor Hudson, negro já falecido e ensinante de Educação Física, em nosso inesquecível Colégio Arquidiocesano de São Paulo, vivi um momento significativo.

Ao lado de Sílvio, sentara-se, em nosso último almoço, do Instituto dos Advogados de São Paulo, nossa homenageada de hoje, a igualmente Professora Eunice Aparecida de Jesus Prudente, uma mulher brasileira, negra, que palmita com brilho a carreira de Professora Titular de Direito da Universidade de São Paulo, nossas Arcadas, na área de Direito do Estado, em que se destacou também por tese publicada em livro, sob o nome de “Preconceito Racial e Igualdade Jurídica: A cidadania negra em questão.” Como se não fosse a Professora Eunice, das mulheres mais influentes do Brasil, em que pese ostentar a modéstia e a humildade dos verdadeiramente grandes. Ela, que, com esta sua tese vaticinara e propusera incriminar a discriminação racial no Brasil, hoje, um mandamento consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil, emergente sim dos melhores pensamentos da escola em que Eunice leciona, a Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, simplesmente Arcadas.

Luiz Gama – com Tiradentes, um dos personagens mais importantes de minha infância -, desentendo-se com Américo Brasiliense, retirou-se do Partido Republicano Paulista, porque esse excluía do programa daquela grei política, a abolição da escravatura, porque essa seria uma pauta social e um partido político somente poderia ter pautas políticas e a escravidão não era política, a ver de Brasiliense.

Eunice afirma com dignidade a contrariedade a este pensamento, rompendo com sua atuação e pensamento político, de Américo Brasiliense, para tirá-lo dos escombros do conservadorismo reacionário brasileiro e para se afirmar, mulher, na cultura moderna nacional preponderantemente. Secretária de Estado de Justiça, do Estado de São Paulo, que já fora, atualmente da Prefeitura do Município de São Paulo, ocupa cargo que foi de Dalmo Dallari, este amigo que me ligava sempre a cada vez que gostasse dos meus escritos, a quem eu dizia de sua felicidade a ter em casa, seus filhos, meus amigos, Eugênio Bucci, José Luiz de Oliveira Lima e depois, Eduardo Suplicy, brincando com o Mestre, profundo conhecedor de Antonio Vieira, com quem eu fazia blague fosse o almoço na casa dele, na Vila Nova Conceição, em São Paulo, uma verdadeira Academia da Melhor Amizade, a que Eunice integrou com Valter Piva Rodrigues, meus colegas, na turma de 1972, nas Arcadas.

Querem no Supremo Tribunal Federal, uma mulher negra, por que não, Eunice? Já lutei por meus amigos, José Rogério Cruz e Tucci a ser Ministro do Supremo, para Eros, na Academia Brasileira de Letras, quanto honra teria em perfilhar Eunice, para o Supremo Tribunal Federal, que a compensar possa finalmente conseguir. Eunice, lutadora, nas dimensões mais relevantes da cidadania brasileira, negra e mulher!

Não posso deixar de voltar a Sílvio Almeida, na supremacia também de uma cultura holística, como a que não tenho, mas Eunice tem. Sílvio tem a perspicácia em ter uma visão fascinante do momento negro no Brasil e aponta a cidadania negra, como o fulcro de reconquista para a perdida quebra do bônus demográfico brasileiro, pela elevação de nossa grei negra à plena cidadania. Não sei se Eunice destoa desse pensamento, mas posso dizer que esta elevação será o mais relevante pique da Civilização Brasileira, como ouso chamá-la para que não se perca, o sonho universal de José Bonifácio de Andrada e Silva, uma Roma universal em que se haverá em ser o Brasil. Como ele, desde o princípio abolicionista. Até que cedera o Imperador aos traficantes de escravos.

Negro, o Embaixador Souza Dantas, interrogado por Leopold Senghor, porque não havia diplomatas negros, no Itamaraty, respondeu-lhe, é que somos todos mulatos. O que deixou o grande estadista, Senghor, nada mais que Senhor, no português, perplexo.

Talvez receba críticas de meus amigos por esta citação. Mas o denominador comum da Civilização brasileira, é afro, como Eunice, Sílvio e por que não, eu?

Que saudades, Professora Eunice, dos dias de nossa juventude, que palpita em nossos dias, quando nas nossas salas, das Arcadas, compartilhávamos o mesmo banco? Dos tempos de nossos sorrisos e alegrias, no Departamento de Direito de Estado? Eu já vou aqui, com a restrição de minha neta, quando quis entrar no picadeiro de seu cirquinho. Que dissera, careca não entra! Mas a senhora tem a jovialidade dos grandes valores humanos, eterna!

“Sou uma mulher preta, cidadã brasileira, uso símbolos importantíssimos das comunidades e das religiões de matriz africana e estou vestida de amarelo, uma das cores do meu santo, Oxum”, descreveu-se a professora Eunice de Jesus Prudente, docente de Direito da USP e da Universidade Zumbi dos Palmares, em fala ovacionada pelo público que esperava a leitura da «Carta às brasileiras e aos brasileiros em defesa do Estado Democrático de Direito». Eunice foi a primeira dos quatro juristas a ler a carta no pátio da Faculdade de Direito da USP. O texto reuniu mais de 970 mil assinaturas.

Ao GLOBO, Eunice ressaltou a importância da luta antirracista no movimento pró-democracia e disse que a diversidade do povo brasileiro precisa ser representada em todos os âmbitos do debate público:

- A nossa Constituição de 1988 é inclusiva e possibilita trazer a diversidade para exercer as funções do poder. Uma das formas discriminatórias mais graves é a invisibilização de grupos. Um movimento como este, em defesa do Estado Democrático de Direito, possibilita também a continuidade da luta por inclusão do povo brasileiro, de todas as suas etnias”.

Obrigado, Professora Eunice!

Na riqueza de sua fé brasílica, lembrando Pierre Verger, na voz de milhões de brasileiros:

“Motombá axé!”



IASP



EDITORIA
IASP

O volume 37 da Revista consolida textos e produções associativas do IASP - Comissões de Estudo, Associados, Conselho e Diretoria - desenvolvidos entre os meses de agosto de 2022 e julho de 2023.

Como se verifica, os artigos trazidos pelos nossos associados envolvem debates atuais, como críticas às alterações na lei de arbitragem, questões relativas ao direito bancário, aos novos modelos de prova, aos crimes despontados com as novas tecnologias, à privacidade e à proteção de dados.

Além do relatório das intervenções, também são apresentados os trabalhos das Comissões de Estudo que subsidiaram o ingresso do IASP como amicus curiae, no âmbito do STJ e STF, com especial destaque aos debates travados sobre o marco civil da internet, a privacidade e o sistema de buscas de dados e a revisão da Sumula 231 do STJ. Na seção de proposições doutrinárias e legislativas, acentua-se a atuação do IASP contra casos de nepotismo junto à Administração Pública. E neste capítulo, abre-se também uma seção para iniciativas culturais e sociais capitaneadas pelo IASP, como é o caso da proposta de doação do projeto de revitalização do Centro de São Paulo (Praça da Sé), traçado idealizado desde 2017. Destaca-se ainda, neste volume, importante parecer sobre a Reforma Tributária, dando o pontapé inicial aos debates institucionais e nacionais sobre o tema e que certamente tomarão conta do país no 2º semestre de 2023.

Nas palavras do Presidente, a “Revista externaliza o que o IASP tem de melhor, vale dizer, o pensamento e a produção de seus membros. Desde a sua fundação, esse é um dos propósitos do Instituto. Quando da criação da Faculdade de Direito de São Paulo, em 1827, já se mostravam os primeiros desejos do ajuntamento dos bacharéis em entidade representativa. Eram vistos, ali, os primórdios do desejo de um Instituto. Os anos se passaram e as resistências – no próprio seio acadêmico – retardaram o passo definitivo. Foi somente em 1874 que se deu, pelos nossos patronos, a criação do IASP. Viveu, ele, do Império à República. Épocas de paz e tranquilidade e de revoltas e agitos. Viu o alvorecer no novo século. As discussões da nova forma de Governo foram muitas. Os escritos vários. Ajudou, o Instituto, à Paulicéia daqueles dias. Ladeou a Ordem em seus primeiros passos. Sedimentou a Democracias, em seus muitos momentos. Um novo século se descontou e ganhou ele, ainda, mais força e expressão. Quando alguém indaga sobre as finalidades do Instituto é de se dizer que o IASP é tudo isso e muito mais. O IASP é cultura, Democracia, Direito e Justiça. O IASP é comunhão de pensamentos. Externalização do que a Advocacia tem de melhor. Sua missão, consagrada em quase século e meio, se revigora e fez faz presente neste novo número da Revista”.

Diogo Leonardo Machado de Melo
Frederico Prado Lopes
Roberta Cristina Paganini Toledo
COORDENADORES



EDITORIA
IASP