

Coleção Direito e Justiça Social
VOLUME XI

Perspectivas do Discurso Jurídico:

Revolução Digital e Sociedade Globalizada

Alfredo de J. Flores
Alejandro Montiel Alvarez
Anderson Vichinkeski Teixeira
Wagner Feloniuk
Organizadores

Perspectivas do discurso jurídico:
revolução digital e sociedade globalizada

COLEÇÃO DIREITO E JUSTIÇA SOCIAL
volume 11



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE-
FURG

Reitora
CLEUZA MARIA SOBRAL DIAS
Vice-Reitor
DANILO GIROLDO
Chefe do Gabinete da Reitora
JACIRA CRISTIANE PRADO DA SILVA
Pró-Reitor de Extensão e Cultura
DANIEL PORCIUNCULA PRADO
Pró-Reitor de Planejamento e Administração
MOZART TAVARES MARTINS FILHO
Pró-Reitor de Infraestrutura
MARCOS ANTONIO SATTE DE AMARANTE
Pró-Reitor de Graduação
RENATO DURO DIAS
Pró-Reitora de Assuntos Estudantis
DAIANE TEIXEIRA GAUTÉRIO
Pró-Reitora de Gestão e Desenvolvimento de Pessoas
ALINE RODRIGUES DE AVILA
Pró-Reitor de Pesquisa e Pós-Graduação
EDUARDO RESENDE SECCHI

Comitê Editorial Coleção Direito e Justiça Social

Adélie Pomade, França
Brigitte Feuillet-Liger, França
Carmén Dominguez Hidalgo, Chile
David Le Breton, França
François Furkel, Alemanha
Amel Aouij-Mrad, Tunísia
Maria Cristina Cereser Pezzella, RS Brasil
Maria de Fátima Freire de Sá, MG Brasil
Tereza Rodrigues Vieira, PR Brasil
Verónica San Julian Puig, Espanha
Vicenzo Durante, Itália
Christine Lazerges, França

EDITORA DA FURG

Coordenadora
CLEUSA MARIA LUCAS DE OLIVEIRA

COMITÊ EDITORIAL

Presidente
DANIEL PORCIUNCULA PRADO

Titulares
ANDERSON ORESTES CAVALCANTE LOBATO
ANDRE ANDRADE LONGARAY
ANGELICA CONCEIÇÃO DIAS MIRANDA
CARLA AMORIM NEVES GONÇALVES
CLEUSA MARIA LUCAS DE OLIVEIRA
EDUARDO RESENDE SECCHI
ELIANA BADIALE FURLONG
GIONARA TAUCHEN
LUIZ EDUARDO MAIA NERY
MARCELO GONÇALVES MONTES D'OCA
MARCIA CARVALHO RODRIGUES
RAÚL ANDRÉS MENDOZA SASSI

Editora da FURG
Campus Carreiros
CEP 96203 900 – Rio Grande – RS – Brasil
editora@furg.br

Integrante do PIDL

Editora Associada à



Alfredo de J. Flores
Alejandro Montiel Alvarez
Anderson Vichinkeski Teixeira
Wagner Feloniuk
Organizadores

Perspectivas do discurso jurídico:
revolução digital e sociedade globalizada

COLEÇÃO DIREITO E JUSTIÇA SOCIAL
volume 11



Rio Grande
2020

© Alfredo de J. Flores; Alejandro Montiel Alvarez; Anderson Vichinkeski Teixeira; Wagner Feloniuk

2020

Diagramação da capa: Anael Macedo

Formatação e diagramação:

João Balansin
Gilmar Torchelsen
Cinthia Pereira

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica elaborada pela Bibliotecária Marcia Carvalho
Rodrigues, CRB 10/1411

P467 Perspectivas do discurso jurídico [recurso eletrônico] :
revolução digital e sociedade globalizada / Alfredo de J.
Flores ...[et al.] Organizadores. – Dados eletrônicos. – Rio
Grande: Ed. da FURG, 2020. - (Coleção direito e justiça
social ; v. 11)

Modo de acesso: <<http://repositorio.furg.br>>
ISBN: 978-65-5754-011-4 (eletrônico)

1. Direito - Filosofia. 2. Direito e informática. 3. Direito
internacional. I. Flores, Alfredo de Jesus Dal Molin. II. Série.
CDU, 2. ed.: 340.12

Índice para o catálogo sistemático:

1. Direito – Filosofia	340.12
2. Direito e informática	340:004
3. Direito internacional	341

A revisão e todas as opiniões e informações expressas em cada um dos artigos são de inteira responsabilidade de seus respectivos autores.

SUMÁRIO

Apresentação	7
Dados: o mais valioso recurso no mundo atual?	9
<i>Rita Cristina Galarraga Berardi</i>	
A primazia da imagem na Sociedade da Informação	24
<i>Mayara Andrade Soares Carneiro e Ricardo Libel Waldman</i>	
O caso Aída Curi e o Direito ao Esquecimento	41
<i>Roberta Drehmer de Miranda e Nelso Molon Júnior</i>	
Direito póstumo à portabilidade de dados pessoais no ciberespaço à luz do Direito brasileiro	90
<i>Cristiano Colombo e Guilherme Damasio Goulart</i>	
A inteligência artificial e Direito: entre impactos e perspectivas	110
<i>Wilson Engelmann e Deivid Augusto Werner</i>	
Novas tecnologias de informação e os desafios da proteção da concorrência	127
<i>Daniilo dos Santos Almeida e Felipe Franz Wienke</i>	
Números do Poder Judiciário brasileiro: expansão de atuação e comparação com sistemas europeus	140
<i>Wagner Feloniuk</i>	
A produção de teoria jurídica latino-americana face à hierarquização transnacional do saber jurídico	160
<i>Rodrigo Luz Peixoto</i>	
Treaties with Indigenous Peoples in Canada – an not so Serious Essay	180
<i>Felipe Kern Moreira</i>	

Unidade e diversidade no âmbito da europeização do Direito Internacional Privado: reflexões sobre cultura, tradição e identidade	193
<i>Nicole Rinaldi de Barcellos</i>	
O contrato de trabalho intermitente: contribuições a partir do Direito Comparado	221
<i>Anderson Vichinkeski Teixeira e Bárbara De Cezaro</i>	
A contraposição adversarial-inquisitorial foi superada?	237
<i>Rafael Wobeto Pinter</i>	

APRESENTAÇÃO

O Congresso Direito e Cultura ocorre desde 2014, anualmente. Nesses anos, ele passou por uma série de assuntos, escolhidos em cada edição, e que devem ser o tema principal de discussão do evento. Ao longo do tempo, foram temas propostos os seguintes: a) desafios normativos em sociedades multiculturais (2014); b) aspectos da tolerância no discurso jurídico (2015); c) traduções culturais e transplantes jurídicos (2016); d) migrações culturais, culturalismo e novas formas de conflito (2017); e) revolução digital e transformações sociais (2018); f) metodologia e aplicação do Direito em tempos de polarização política e cultural (2019).

Os temas foram apresentados nas diversas universidades que se unem anualmente para organizar o evento – UFRGS, PUC/RS, Unisinos e, agora, FURG. Ao longo dos anos vieram convidados de muitas instituições. No Rio Grande do Sul: UFPEL, FURG, IFRS, IMED, Uniritter, ULBRA, UNISC, UNESA, Verbo Jurídico, UCS, São Judas Tadeu, UFRGS, Unisinos e PUC/RS. Do restante do Brasil, participaram instituições como: USP, UFMG, UniCEUB, UNINOVE, UTFPR, UFPE e Escola Superior Dom Helder Câmara. E, de outros países, instituições como Universidade de Firenze, Católica Argentina, Universidade Morón, Universidade de Lisboa, Universidade Europeia de Lisboa, Universidade Veracruzana, Universidade de Buenos Aires e Universidade de Alcalá de Henares.

As discussões temáticas sempre renderam frutos importantes. Vários foram os livros publicados em função desses eventos, permitindo que as palestras e contribuições dos palestrantes fossem sendo progressivamente publicizadas com o objetivo de permitir que futuras pesquisas pudessem tirar proveito do esforço empreendido durante os dias dos eventos.

Surge esse e-book com esse mesmo objetivo e trajetória, diretamente ligado a temas do evento, das palestras e contando ainda com outros textos convidados. Em comum, todos os trabalhos tratam de temas de tecnologia e relacionados ao Direito Internacional – diversas vezes, mesclando os dois assuntos. São temas particularmente atuais porque tratam de fronteiras do Direito, aspectos nos quais ainda estão

sendo buscadas soluções para fazer frente ao avanço tecnológico e social que continuamente presenciamos.

Abordando temas de tecnologia, revolução digital e novas fronteiras trazidas pela Internet, são publicados os trabalhos dos seguintes autores:

- a) Dados: o mais valioso recurso no mundo atual?, de Rita Cristina Galarraga Berardi;
- b) A primazia da imagem na Sociedade da Informação, de Mayara Andrade Soares Carneiro e Ricardo Libel Waldman;
- c) O caso Aída Curi e o Direito ao Esquecimento, de Roberta Drehmer de Miranda e Nelso Molon Júnior;
- d) Direito póstumo à portabilidade de dados pessoais no ciberespaço à luz do Direito brasileiro, de Cristiano Colombo e Guilherme Damasio Goulart;
- e) A inteligência artificial e Direito: entre impactos e perspectivas, de Wilson Engelmann e Deivid Augusto Werner;
- f) Novas tecnologias de informação e os desafios da proteção da concorrência, de Felipe Wienke e Danilo dos Santos Almeida.

Na área do Direito Internacional comparado e em temas relacionados, são publicados os seguintes trabalhos:

- a) Números do Poder Judiciário brasileiro: expansão de atuação e comparação com sistemas europeus, de Wagner Feloniuk;
- b) A produção de teoria jurídica latino-americana face à hierarquização transnacional do saber jurídico, de Rodrigo Luz Peixoto;
- c) Treaties with Indigenous Peoples in Canada – an not so Serious Essay, de Felipe Kern Moreira;
- d) Unidade e diversidade no âmbito da europeização do Direito Internacional Privado: reflexões sobre cultura, tradição e identidade, Nicole Rinaldi de Barcellos;
- e) O contrato de trabalho intermitente: contribuições a partir do Direito Comparado, de Anderson Vichinkeski Teixeira e Bárbara de Cezaro;
- f) A contraposição adversarial-inquisitorial foi superada?, de Rafael Wobeto Pinter.

Wagner Feloniuk

DADOS: O MAIS VALIOSO RECURSO NO MUNDO ATUAL?

*Rita Cristina Galarraga Berardi**

1 CONCEITOS DADO, INFORMAÇÃO E CONHECIMENTO

A comparação do valor comercial dos dados com o valor do petróleo – que por muito tempo foi o recurso mais valioso no mercado – traz à tona uma importante discussão quanto à concretude do fato de que dado tornou-se o mais valioso recurso atual, juntamente com o questionamento de como isso aconteceu e qual seria o impacto disto para a nossa sociedade. Essa discussão passa pela compreensão de uma trajetória tecnológica compartilhada entre a evolução do hardware, software e do surgimento de novos elementos como a alta conectividade. É essencial conceituar o que são esses dados, seu potencial, mapear as áreas de aplicação e assim mapear o impacto perante a sociedade como um todo. Então, será possível esboçar uma análise crítica quanto aos reais benefícios e desafios envolvidos nessa nova sociedade.

Dados e informações são palavras utilizadas muitas vezes como sinônimos, porém, são diferentes em sua essência. Setzer (2001) define dado como uma sequência de símbolos, sendo assim a menor forma de representação de uma observação de mundo. Além disso, o autor

* Professora Adjunta na Universidade Tecnológica Federal do Paraná – UTFPR, Campus Curitiba. Doutora em Ciência da Computação pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro desenvolvido em colaboração com a Universität Koblenz-Landau, Instituto West de Web Semântica na Alemanha. Completou o mestrado em Ciência da Computação pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, realizado em parceria com Hewlett Packard (HP). Graduada em Ciência da Computação pela Universidade Federal de Pelotas. As áreas de pesquisa que mais interessam estão relacionadas a Banco de Dados, Qualidade dados, Linked data (ou dados conectados), Web Semântica e Ontologias

defende que dados podem apresentar diferentes formatos como um texto, áudio, imagem, números, mas que no seu fundamento não carregam significado. Ackoff (1989) concorda à medida que define dados como símbolos que representam propriedades de objetos e eventos. Davenport e Prusak (1998) definem dados como simples observações sobre o estado do mundo, que são facilmente estruturados, facilmente obtidos por máquinas e facilmente transferíveis. Portanto, dados são a matéria-prima para gerar informação.

Davenport e Prusak (1998) tratam a informação como uma mensagem com emissor e receptor, com capacidade de impactar e mudar a forma como o receptor vê uma determinada situação. Ackoff (1989) concorda com esses autores diferenciando a informação pela relevância e sentido, características não encontradas em dados. A informação ocorre quando há interpretação sobre um determinado dado ou conjunto de dados. Essa conceituação se faz importante porque dados não devem e nem precisam carregar consigo sentido, contexto e valor. Porém, a interpretação que se dá é onde o seu valor de fato inicia. Não se exclui aqui a importância do dado, pois sem ele a informação não é produzida. O que se destaca nessa “era da informação” é a quantidade de dados gerados que possibilita uma grande conexão de observações com potencial para a geração de informações mais ricas e completas. Exemplo disso pode-se citar a Wikidata¹ que é um projeto que atua como um repositório central de dados estruturados de diversas fontes como *Wikipedia*, *Wikivoyage*, *Wiktionary*, *Wikisource* e outros. A diferenciação de dados e informações também acontece no contexto desse projeto, em que afirmam que dados podem ser pensados como precursores de informação, sendo esta derivada de dados. Eles trazem como exemplo o número 8.848 metros como um dado sobre a altura do Monte Everest. Já que a informação não é o mesmo que dado, mas sim um produto de sua análise, neste mesmo exemplo, o dado 8.848 é um número sem valor mesmo que se saiba que é a altura de uma montanha. Só podemos ter a informação de que o Monte Everest é a montanha mais alta no mundo se conhecermos a altura de outras montanhas e interpretarmos esses valores por meio de comparações.

¹ Disponível em: <https://www.wikidata.org/wiki/Help:About_data>. Acesso em 10 de outubro de 2019

Seria uma falácia afirmar que o valor que os dados possuem se restringem à adequada geração de informação a partir deles. Isto porque, de nada valeria obter uma informação se esta não provocasse uma ação para mudar uma realidade. Esta ação dá origem ao conceito atrelado à geração de informação que é o conhecimento. Se já é nebuloso diferenciar dado de informação, mais ainda é diferenciar informação de conhecimento. Para a área de computação é mais crítico ainda, pois muitas bases de dados que tratam da estruturação de dados são intituladas como “bases de conhecimento”. Qual seria a diferença entre “bases de dados” e “bases de conhecimento”? Dependendo da área da atuação da pessoa a quem se faz essa pergunta, ela pode responder nenhuma ou toda.

Para responder essa pergunta, é necessário definir o que é conhecimento. Davenport e Prusak (1998) conceituam conhecimento como uma informação valiosa da mente humana, pois inclui reflexão, síntese e contexto, e por assim ser, caracteriza-se por difícil estruturação e transferência, frequentemente apresenta-se como tácito e prático. Davenport e Prusak (2003) afirmam que poucos acreditam que o conhecimento pode ser encontrado em bancos de dados, mesmo os de grande volume. Ackoff (1989) ainda diz que conhecimento está sequer contido em livros, pois não adianta ler um livro sobre determinado assunto, se o leitor não possui *background* suficiente para aprender o conteúdo. Neste caso os dados e informações contidas neste livro não se transformarão em conhecimento para o leitor. O livro é então, um conjunto de dados e informações e quem o lê, ao praticar os conceitos, de fato aprende. Nesta interpretação, o que é armazenável são os dados e as informações sobre estes dados, já o conhecimento é algo relativo e não armazenável em uma base de dados. Autores renomados da área de Gestão do Conhecimento como Nonaka e Takeuchi (1997) explicam as diferenças entre informação e conhecimento através das características de crenças e compromissos carregadas pelo conhecimento, não carregadas pela informação, sendo esta matéria-prima para a obtenção de conhecimento.

É possível, então, perceber por meio dos conceitos de dado, informação e conhecimento que há um ciclo de conversão de dados até conhecimento por meio da informação, sendo ainda possível que o conhecimento, ao ser armazenado, retoma o início do ciclo,

tornando-se dado para ser interpretado e novamente convertido em conhecimento. O interessante de se observar, é que este ciclo não é novo, porém nunca esteve tão presente como na sociedade atual. O que mudou foi a forma e a velocidade com que ele passou a acontecer, viabilizado por uma evolução tecnológica de coleta, armazenamento e transferência de dados. A diferenciação dos três conceitos auxilia na identificação e distinção do papel da tecnologia e da ação humana neste ciclo de conversão de dados, informação e conhecimento.

2 EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA

O *Big Data* é o resultado mais evidente da evolução de um hardware cada vez mais potente, barato e menor para coletar, transferir e armazenar dados. Apesar de o nome indicar que esse conceito está apenas relacionado ao tamanho dos dados (*big*), o conceito é mais complexo que isso. A observação da quantidade de interações na internet em um minuto pode ser um bom ponto de partida para dimensionar essa complexidade. Em um minuto de navegação na internet em 2018² aconteciam 38 milhões de trocas de mensagens no aplicativo de mensagens Whatsapp, 174 mil *scrolling* (rolagens) no aplicativo de fotos Instagram. Em 2019 este número já foi para 41.6 milhões de trocas de mensagens pelo Whatsapp e 347.222 mil *scrolling* (rolagens) no Instagram. Muitas outras milhares de ações acontecem em um minuto, porém estes números já são suficientes para representar o quão conectadas as pessoas estão na atual sociedade e tornando cada vez maior (*Bigger*) o famoso conceito de *Big Data*. Além de um número gigante de dados, é possível observar a heterogeneidade de tipos de dados coletados e processados, como cliques, imagens, rolagens, textos entre outros. E essa variedade também está em constante evolução conforme a tecnologia vai criando novas formas de processar diferentes tipos de dados. O próprio conceito de *Big Data* tem evoluído desde a sua primeira definição que envolvia 3 “Vs” de volume, velocidade e variedade de dados, porém já foram acrescentados novos “Vs” como

² Disponível em: <<https://www.visualcapitalist.com/what-happens-in-an-internet-minute-in-2019/>>. Acesso em 30 de setembro de 2019.

veracidade e valor, e ainda outros como escalabilidade, e a tendência é que ainda se acrescentem novas características a este conceito conforme a evolução e seu uso acontece (DE MAURO et al., 2016). Se o *Big Data* é o ápice da evolução que fez com o que os dados fossem tão valorizados, onde teria se iniciado esse processo? Será que as tecnologias durante esse processo de evolução deixaram ou deixarão de existir ou são complementares?

Pode se dizer que a (r)evolução teve início quando os dados que eram guardados em grandes fichários em imensos armários puderam assumir um formato digital em meados do início dos anos 90 (COYLE, 2006). Os arquivos de textos digitais puderam ser processados por computadores pessoais, que não mais eram acessíveis a apenas grandes indústrias, mas a todo tipo de negócio e usuário. Apesar de um caráter “revolucionário”, os arquivos de textos pouco facilitavam o processamento de informações e realizar buscas ainda eram custosas, mesmo digitalmente. Mais uma revolução estava a caminho: a organização dos dados em um formato estruturado através de tabelas e relações que os tornou mais rapidamente recuperáveis. Os Bancos de Dados Relacionais, que já existiam desde a década de 70, ganharam força nos anos 80 com seus Sistemas Gerenciadores de Bancos de Dados (SGBDs) e nos anos 90 se consolidam impulsionados pela onda do crescimento da internet, e até hoje é o sistema de gerenciamento de dados mais utilizado nos Sistemas de Informação.

A área de negócios percebeu valor nos dados relacionais, uma vez que os computadores puderam, em algum grau, processar e auxiliar na geração de informações através da construção de relatórios. Porém, logo este modelo de relatório descritivo tornou-se insuficiente e as empresas passaram a adotar bancos de dados analíticos que possibilitam análises mais interessantes para o mundo dos negócios. Não é raro encontrar hoje salas com TVs espalhadas pelas empresas exibindo *Dashboards* com gráficos mostrando alertas verdes, amarelos ou vermelhos para a situação da empresa quanto a vendas, rendimentos, e afins. Essa “pequena” mudança nos bancos de dados para um caráter mais analítico já trouxe um alto impacto nas empresas criando até áreas específicas como “*Business Intelligence*” ou simplesmente BI. As empresas começaram a perceber mais valor nesses tipos de bancos de dados, pois eles

tinham o poder de sumarizar dados e já apresentar informações de acordo com as necessidades de informação de cada setor. Tornou-se possível obter informação rápida e confiável de diversos setores da empresa de maneira combinada.

Antes desta evolução dos bancos de dados, para um gestor comercial saber quais produtos eram mais vendidos nos meses do ano em todas as suas filiais demorava um tempo considerável para coletar os dados. Para isso seria necessário consultar dados, criar planilhas e finalmente fazer comparações e, possivelmente, conhecer esse resultado da pesquisa quando já não havia tempo hábil para mudar algum cenário. Com os bancos de dados analíticos essa informação ficou acessível de maneira rápida e muito menos custosa aos gestores. De posse de alguns alertas se tornou possível interpretar os dados rapidamente e tomar uma decisão para implementar alguma estratégia de negócio, e aqui nos deparamos com um ciclo completo de conversão dos dados até o seu formato mais nobre, que é o conhecimento.

Com essa organização dos dados dentro das empresas, a área de Mineração de Dados começou a ganhar atenção pela habilidade de “descobrir” informações úteis em meio aos dados. Enquanto o BI utiliza estatística descritiva de acordo com as necessidades de informação da empresa, a Mineração de Dados, como seu próprio nome indica, utiliza estatística indutiva, buscando “minerar” ou simplesmente identificar padrões escondidos nos dados e tentando prever determinados eventos (DEDIC E STANIER, 2016). É um tanto sutil essa diferença, pois a Mineração de Dados não “se limita” a encontrar informações que já é de conhecimento prévio que existam nos dados, mas ela busca encontrar o que não se sabe que é possível encontrar. Toda essa trajetória iniciada em meados de 1960/70, desde a organização de arquivos digitais, chegando até a estruturação de dados em tabelas relacionais, começou a de fato fazer diferença na indústria da informação na década de 90 com a Mineração de Dados.

Mineração de dados é uma área da Computação que busca descobrir conhecimento “escondido” em bases de dados (*Knowledge Discovery Databases* – KDD) através da combinação de técnicas de estatística, aprendizado de máquina, redes neurais, visualização de informação entre outras. Mineração de dados passou a ser

considerada como uma das mais importantes fronteiras em se tratando de Bancos de Dados e Sistemas de Informação, e uma das mais promissoras áreas de estudo interdisciplinar na área de Tecnologia da Informação (HAN E KAMBER, 2006). O processo de tomada de decisão deixa de ser um processo baseado na intuição de gestores, para ser baseado em dados.

Enquanto os bancos de dados atingiam um importante ápice na década de 90 no que tange ao armazenamento de dados, uma combinação de várias outras tecnologias já existentes tomava uma forma única e integrada, que provocaria uma grande mudança na forma de compartilhar dados: a *World Wide Web*³⁴. Sir Tim Berners-Lee fazia a proposta do que conhecemos hoje como Web. Ironicamente, o que na época o chefe de Berners-Lee classificou como uma ideia “vaga, porém excitante”, transformou-se rapidamente em um recurso acessível por todos, conectando mais da metade da população. Não somente evolui a cada ano a quantidade de dispositivos conectados, como a própria web já assumiu diferentes versões. A web 1.0 nasceu com a proposta de ser uma “rede de documentos” em que poucos detinham o poder de criar conteúdo para esta rede. Rapidamente a web evoluiu para a sua versão colaborativa, conhecida como web 2.0 com o advento das redes sociais e *smartphones*.

Um novo desafio percebido pelo seu próprio idealizador, Sir Berners-Lee propôs uma nova web, agora de dados. Em uma sociedade conectada, que pessoas em diferentes partes do mundo podem gerar conteúdos sobre os mesmos assuntos, se faz necessária uma estrutura que permita desambiguar a web, fazendo com que apesar de diferentes fontes de dados, seja possível centralizá-los e conectá-los. Esse seria o conceito de web 3.0, em que ela passa de uma web de documentos para uma web de dados, em que assuntos possuem identificadores únicos, processáveis por máquinas e também compreensíveis por humanos. Essa versão permite o uso de robôs que coletam e processam dados conectados ao longo da web. Entende-se robô aqui como softwares que são programados para

³ Disponível em: <<http://info.cern.ch/>>. Acesso em 30 de setembro de 2019.

⁴ Disponível em: <<https://www.w3.org/History/19921103-hypertext/hypertext/WWW/TheProject.html>>. Acesso em 30 de setembro de 2019.

acessar, identificar e coletar dados ao longo dos bancos de dados na web, e não o robô estereotipado com braços mecânicos. A web é uma tecnologia viva ainda em constante evolução.

A chegada e popularização de dispositivos celulares com alta capacidade de coletar dados e com funções além de simples chamadas telefônicas, os *Smartphones*, “distribuíram” sensores de coleta e transmissão de dados para cada pessoa, trazendo outra dimensão para o *Big Data*, que não somente dados em “silos” empresariais. Com mais esta evolução, qualquer dispositivo de hardware pode ter a capacidade de coletar e transmitir dados, sendo este dispositivo uma geladeira ou um carro. A Internet das Coisas ou IoT (*Internet of Things*) é o conceito que abrange essa coleta de dados de sensores de diferentes dispositivos sem ação humana necessária (ATZORI et al., 2010). A IoT escala as possibilidades de coleta de dados, agora não mais sendo necessário que uma pessoa se conecte à internet e gere dados, mas qualquer “coisa” pode ter a autonomia de gerar, transmitir e armazenar dados através de sensores, uma vez projetadas e programadas para isso.

Ter uma alta capacidade de coleta, armazenamento e processamento de dados dos mais variados tipos e fontes mostra a parte benéfica de se ter muitos dados, pois mais informação pode ser gerada e conhecimentos mais ricos podem ser aprendidos. Por outro lado, hoje quase que se revela uma era de desinformação uma vez que as empresas passaram da “dificuldade de ter dados” para a “dificuldade de não saber o que fazer com os dados que lá estão”. Portanto é possível destacar que sem as ferramentas apropriadas para apoiar tal processo não é possível construir uma era da informação e corre-se o risco de se construir uma sociedade “*data rich but information poor*” (ricos de dados mas pobres de informação).

Além das ferramentas apropriadas, é necessário profissionais qualificados para construir e manipular tais ferramentas que surgem pela evolução. Assim como departamentos de BI surgiram como decorrência de uma parte da evolução tecnológica, novas profissões surgem para tentar obter valor sobre os dados armazenados, sendo o Cientista de Dados uma das novas profissões mais conhecidas. O Cientista de dados nada mais é do que aquele profissional que conhece as técnicas de análise e manipulação dessa quantidade de dados e as aplica de modo a tirar vantagem competitiva para um

negócio (DAVENPORT E PATIL, 2012). Essa nova profissão mostra não somente o perfil de uma única nova profissão, mas evidencia uma tendência de demanda por profissionais que tenham competências e habilidades híbridas, que consigam permear por diferentes áreas do conhecimento, principalmente quanto à habilidade de trabalhar em equipes.

3 APLICAÇÕES TECNOLÓGICAS PARA AGREGAR VALOR AOS DADOS

Toda essa trajetória tecnológica mostra que os dados possuem a capacidade de descrever realidades através do histórico de registros, ou até mesmo apresentar previsibilidade sobre determinadas realidades. Muitas são as áreas de aplicações que geram valor e que possibilitam tomar ações para mudar uma realidade a partir de dados, porém, é interessante comentar que muitas vezes essas aplicações não são comunicadas à sociedade como aplicações baseadas em dados, mas são anunciadas como soluções de Inteligência Artificial (IA). Embora nem todas as aplicações de IA sejam com base em dados, e nem todas as soluções com base em dados sejam aplicações de IA, pode haver uma preferência pelo termo “Inteligência Artificial” por chamar mais atenção para pessoas sem conhecimento técnico.

Sem o objetivo de enunciar exaustivamente todas as possíveis aplicações baseadas em dados, aqui serão destacadas algumas dessas aplicações que podem representar áreas em potencial de utilização. Uma das áreas em que aplicações baseadas em dados obtêm bastante êxito é a área da saúde. Um exemplo no cenário nacional é a Robô Laura⁵ que a partir da análise de dados de pacientes antigos e o protocolo da síndrome Sepsis, consegue emitir alertas à equipe médica em uma TV no meio de um posto de atendimento. Laura indica o número do quarto do paciente que precisa de atendimento prioritário, diminuindo o risco de morte por esta infecção. A Robô Laura faz diferença nesse cenário pela velocidade de leitura de todas as bases do hospital e para inferir o

⁵ Disponível em: <<https://www.laura-br.com/index.html>>. Acesso em 29 de setembro de 2019

que pode estar acontecendo. Com esta aplicação, o número de casos graves diminuiu porque os sinais da infecção são detectados bem no início. Ainda na área da saúde, outra aplicação bem conhecida é a *Watson for Oncology*⁶, que consiste na utilização da plataforma Watson da IBM para o processamento de grandes volumes de dados em segundos, como 15 milhões de conteúdos científicos, mais de 200 textos médicos e mais de 300 artigos e resultados de exames. Com o resultado desse processamento PE possível apontar alternativas individualizadas ao perfil de cada paciente diagnosticado com câncer, incluindo medicamentos e possíveis efeitos colaterais. Essa aplicação foi utilizada pelo Hospital Mãe de Deus em Porto Alegre, sendo o 1º na América do Sul.

Para mostrar o valor dos dados em um formato diferenciado como imagens, destaca-se aqui o caso de uma aplicação na área de Agronegócio⁷. A aplicação se utiliza de drones que capturam fotos de todo o campo e com base na análise dos dados de diferentes níveis de cores nas fotos é possível identificar com 97% de precisão a invasão de ervas daninhas nos cultivos. Assim, a aplicação de herbicidas é mais focada, reduzindo em até 73% o nível de herbicidas, trazendo inúmeros benefícios à sociedade e aos custos relacionados à produção.

No cenário mundial, o uso de dados dos espaços urbanos também tem chamado a atenção como sendo oportunidades para melhorar a qualidade de vida das pessoas em uma sociedade cada vez mais urbanizada. No MIT (*Massachusetts Institute of Technology*), o laboratório *SenseableLab*⁸ tem investido em pesquisas para tornar as cidades mais inteligentes, mais um famoso conceito surge, o de *Smart Cities*. Apesar de famoso, ainda é um tanto nebuloso o que se entende por uma “Cidade Inteligente”. Novamente, surge o termo “inteligente” sem que sua semântica possa

⁶ Disponível em:

<<https://www.maededeus.com.br/PortalMedico/Noticia/143/hospital-do-cancer-mae-de-deus-e-o-1o-da-america-do-sul-a-utilizar-o-watson-for-oncology>>. Acesso em 29 de setembro de 2019.

⁷ Disponível em: <<http://portal.utfpr.edu.br/noticias/geral/divulgacao-cientifica/inteligencia-artificial-diminui-uso-de-herbicida-no-cultivo-da-cana>>. Acesso em 29 de setembro de 2019.

⁸ Disponível em: <<http://senseable.mit.edu/>>. Acesso em 29 de setembro de 2019.

ser totalmente aplicada. Zanaella et al. (2014) afirmam que ainda não existe uma definição formal e amplamente aceita para esse conceito, mas que seu objetivo final é fazer um melhor uso dos recursos públicos, reduzindo custos operacionais e aumentando a qualidade dos serviços oferecidos aos cidadãos. Há autores que interpretam uma cidade inteligente como aquela que utiliza de tecnologia para monitorar eventos e mudar cenários em um espaço urbano. É nessa linha que os projetos do *SenseableLab* do MIT atuam, traduzindo uma cidade como uma provedora de dados através de sensores, sejam esses no formato humano com seus dispositivos celulares, ou até mesmo sensores instalados em espaços da cidade como em tubulações que coletam dados sobre a qualidade da água que lá perpassa. Toda essa tecnologia gera mais dados de maneira rápida e mais um desafio é atrelado à gestão de dados nas cidades inteligentes. Desenvolver meios para agregar valor a dados coletados na cidade é também uma área de aplicação que exemplifica o poder dos dados. Berardi e Belizario (2019) levantaram muitos desafios e benefícios encontrados no uso de dados para promover cidades ao patamar de cidades inteligentes.

4 BREVE REFLEXÃO SOBRE AS APLICAÇÕES TECNOLÓGICAS

O que é interessante notar é que da mesma forma que o petróleo traz muitos benefícios para a economia e evolução em algumas áreas, ele também traz consequências questionáveis como a poluição pela queima de combustível. O mesmo fenômeno acontece com seu novo “concorrente”, o uso de dados traz muitas vantagens, mas também tem provocado discussão pela relevância do seu impacto social. Um exemplo simples do quão é ainda questionável a utilização de dados para o bem social, é a popularização de pulseiras que coletam diversos dados sobre uma pessoa e possibilita que ela tenha conhecimento sobre a qualidade do seu sono. Esta tecnologia parece trazer uma funcionalidade simples e com benefício imediato por coletar dados e alertar se a pessoa precisa investir em melhorar o seu sono. O problema é quando essa informação pode tirar o sono da pessoa e passar a interferir naquilo que ela queria justamente

melhorar.⁹ Aliado a isto, ainda há a falta de comprovação científica se os sensores de fato medem o sono, pois alguns monitores podem confundir os padrões de sono leve com uma pessoa que está lendo na cama.

A Inteligência Artificial proveniente dos dados também alcançou áreas que originalmente dependem de atividades de interpretação e julgamento, como o Direito. Mais uma vez a tecnologia do Watson da IBM¹⁰ auxilia nas tarefas tediosas e repetitivas de ler e preparar respostas para reclamações, que quando feita por advogados pode levar até um dia e com a ajuda da IA pode ser feito em até dois minutos. Enquanto a tecnologia pode auxiliar nesta tarefa que geralmente é feita por estagiários, os advogados podem focar no trabalho jurídico mais estratégico e de relacionamento com os clientes. A Inteligência Artificial nessas soluções tem como base o processamento de grandes quantidades de dados de fatos e observações que aconteceram no passado. Guardando os limites da IA, que tem acesso a dados estruturados em textos, será que as palavras estruturadas em textos dão conta de representar todo o contexto inerente a um determinado fato do passado? Será que a IA não estaria então apenas “repetindo” padrões de comportamento do passado?

A IA não é uma tecnologia que possui criatividade – característica inerente ao ser humano – ela é imitadora. Se alguém duvidar disto, observe os algoritmos considerados “preconceituosos” por “aprenderem” a partir da interação com a sociedade. Por exemplo, a TayTweets¹¹ foi um robô na forma de um perfil falso da Microsoft na rede social Twitter. Depois de um tempo de interações com perfis de outras pessoas na rede social, a Tay começou a defender as ações do ditador Hitler e a Microsoft acabou desabilitando o perfil falso. Discussões têm surgido sobre quão

⁹ Disponível em: <<https://saude.abril.com.br/medicina/apps-monitores-de-sono-estao-causando-insonia-e-estresse>>. Acesso em 14 de outubro de 2019.

¹⁰ Disponível em: <<https://www.ibm.com/blogs/client-voices/save-the-lawyer-ai-technology-accelerates-and-augments-legal-work/>>. Acesso em 14 de outubro de 2019

¹¹ Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/tec/2016/03/1753775-microsoft-desativa-perfil-inteligente-do-twitter-apos-mensagens-racistas.shtml>>. Acesso em 14 de outubro de 2019

preconceituoso pode se tornar um algoritmo baseado em *Big Data* como o estudo¹² publicado pela Universidade de Virgínia, em que um software desenvolvido pelo professor Vicente Ordóñez foi treinado por grandes bancos de dados de imagens e passou a associar imagens com cozinhas muito mais a mulheres do que a homens, refletindo assim um viés sexista e mais do que refletindo, confirmando. Neste estudo também imagens sobre compras e ações de lavagens também foram associadas pelo algoritmo muito mais a mulheres, enquanto que imagens relacionadas a esportes foram associadas a homens. Caso semelhante aconteceu com pesquisadores da Universidade de Boston e Microsoft que desenvolveram um software treinado com textos coletados do *Google News* e quando os pesquisadores solicitaram ao software para completar a frase “Homens estão para programadores de computadores assim como mulheres estão para X” e o software respondeu “donas de casa”.

Talvez nem os próprios humanos acreditassem que fossem tão tendenciosos até a IA mostrar isso através do aprendizado de máquina baseado em *Big Data*, como diz John Shawe-Taylor¹³, professor na Universidade College London (UK) e Diretor do Centro de Estatística Computacional e Aprendizado de máquina.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A diferenciação entre dados, informação e conhecimento possibilita a percepção de que o que realmente agrega valor aos dados é ação de interpretação e o conhecimento produzido a partir deles. A evolução tecnológica brevemente delineada neste artigo indica que o uso de dados como base para uma Inteligência Artificial que promete uma capacidade de “aprendizado” parece ser um caminho sem volta. Se considerarmos que aprendizado e, por consequência, conhecimento, seja pautado apenas no acúmulo de dados, de fato as máquinas estão aprendendo mais do que nunca, por

¹² Disponível em: <<https://www.wired.com/story/machines-taught-by-photos-learn-a-sexist-view-of-women/>>. Acesso em 14 de outubro de 2019

¹³ Disponível em: <<https://medium.com/syncedreview/humans-dont-realize-how-biased-they-are-until-ai-reproduces-the-same-bias-says-unesco-ai-chair-9968bb1f5da8>>. Acesso em 01 de outubro de 2019

todos os fatores discutidos. No entanto, se conhecimento e aprendizado exigem criatividade e ação humana e, por consequência, capacidade de criação, as máquinas ainda não foram desenvolvidas para isso. As máquinas “imitam” a partir do que elas conhecem, ou armazenam. E mesmo armazenando muito, ainda é um desafio obter valor de grandes quantidades de dados. O *Big Data* trouxe uma complexidade para as análises de dados devido a toda essa diversidade gerada e volume. Assim, essa grande quantidade, que é vista como uma vantagem, também se torna um desafio em se tratando de extração de informação e conhecimento útil dos dados.

As aplicações em áreas chave da sociedade como saúde e cidades, têm se mostrado como grandes aliadas no aumento da qualidade de gestão. Porém, muito ainda há que se discutir sobre qual o real benefício de se usar determinados dados, além de delimitar o papel das máquinas e dos humanos no ciclo de transformações entre dados, informações e conhecimento. Assim como o petróleo - enquanto recurso - é limitado em seus benefícios, os dados também o são, apesar de apresentarem menos finitude do que o recurso natural. E já que não parece apresentar uma finitude, ao contrário, cada vez mais se é capaz de coletar e processar dados, é necessário se discutir qual o papel deles na sociedade e como esse papel deverá ser desempenhado.

É verdade que o estado de evolução aonde chegamos permite ações antes imaginadas apenas em filmes de ficção científica e pode, em certo ponto, assustar ao se imaginar quais seriam os próximos passos dessa evolução. Porém, se os seres humanos têm medo da IA, então devem ter medo da capacidade dos próprios humanos, pois os dados coletados apenas refletem ações da sociedade. As tecnologias são feitas por humanos e é nosso papel dizer o que as máquinas deverão fazer para nos ajudar, e não o contrário.

REFERÊNCIAS

ACKOFF, R. L. From Data to Wisdom, **Journal of Applied Systems Analysis**, v. 16, 1989 p 3-9.

ATZORI, L., Iera, A; Morabito, G. The internet of things: a survey. **Computer Networks**, v. 54, n. 15, pp. 2787-2805, 2010.

- BELIZARIO, M. G.; BERARDI, R. C. Use of smart data and open data in smart cities. **Americas Conference on Information Systems**, Cancún, v. 1, 2019.
- COYLE, K. Mass digitization of books. **Journal of Academic Librarianship**, v. 32, n. 6, pp. 641-645, 2006.
- DAVENPORT, H.; PRUSAK, L. **O que queremos dizer com conhecimento?** In: Conhecimento empresarial: como as organizações gerenciam o seu capital intelectual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.
- DAVENPORT, T.H.; Patil, D.J. Data scientist: the sexiest job of the 21st century. **Harvard Business Review**, v. 90, n. 10, pp. 70-76, 2012.
- DAVENPORT, T; PRUSAK, L. **Ecologia da Informação: por que só a tecnologia não basta para o sucesso da era da informação.** São Paulo: Futura, 1998. 316 p.
- DE MAURO, A.; GRECO, M.; GRIMALDI, M. A Formal definition of Big Data based on its essential Features. **Library Review**, n. 65, v. 3, p. 122-135, 2016.
- DEDIC, N.; Stanier, C. **Towards Differentiating Business Intelligence, Big Data, Data Analytics and Knowledge Discovery.** Innovations in Enterprise Information Systems Management and Engineering. Lecture Notes in Business Information Processing. 285. Berlin; Heidelberg: Springer International Publishing. pp. 114-122, 2016.
- HAN, J; KAMBER, M. **Data Mining: Concepts and Techniques.** Elsevier, 2006.
- HEUSER, C.A. **Projeto de banco de dados:** Volume 4 da Série Livros didáticos informática UFRGS. Bookman Editora, 2009.
- NONAKA, Ikujiro; TAKEUCHI, Hirotaka. **Criação do conhecimento na empresa.** Rio de Janeiro, Elsevier, 1997
- SETZER, V. W. **Dado, Informação, Conhecimento e Competência.** DataGramZero, São Paulo, p. 1-2, dez. 1999.
- SORDI, J. O. **Administração da Informação.** Editora Saraiva. 2008
- ZANELLA, A. et al. Internet of things for smart cities. **IEEE Internet of Things journal**, IEEE, v. 1, n. 1, p. 22-32, 2014.

A PRIMAZIA DA IMAGEM NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO*

*Mayara Andrade Soares Carneiro***

*Ricardo Libel Waldman****

INTRODUÇÃO

A Quarta Revolução, a Revolução Informacional, trouxe características muito próprias não de uma nova revolução, mas a continuação da Revolução Industrial, mas, desta vez, acompanhadas por novas tecnologias e novas formas de se produzir. Essa nova forma de produção do capitalismo salientou o que é chamado por David Harvey de cultura do descarte tanto no âmbito material, quanto no âmbito das relações interpessoais. Percebeu-se um movimento, ainda por Richard Sennet, em que era melhor alguém aparentar ter alguma coisa do que realmente ter.

A globalização, ao mesmo tempo que eliminou as barreiras de distância, por exemplo, fez com que as pessoas tendessem a não criar mais raízes, mas sim para o nomadismo – o que já fora percebido por Bauman ao tratar da liquidez vivida na contemporaneidade.

Ao contrário do que pensa a maioria das pessoas, o responsável pela cultura do descarte e pela liquidez da modernidade

* Artigo apresentado no II Congresso Internacional Information Society and Law, em 2019, em São Paulo-SP.

** Mestranda em Direito da Sociedade da Informação, membro do Grupo de Pesquisa Direito, Tecnologia e Sociedade, ambos no Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil na Facid – Wyden (Teresina-PI). E-mail: mayaracarneir@gmail.com

*** Doutor em Direito pela UFRGS. Professor de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação da FMU e da Escola de Direito da PUC-RS. Membro da Comissão de Direito Ambiental da IUCN.

não foi a Internet, mas as novas tecnologias, como a TV, que fora adjetivada pejorativamente por ser entendida como a responsável por deixar as pessoas burras (por isso “*idiot box*” ou “*dumbs society down*”, que serão explicados a seguir).

Apesar de a distorção de pensamento ter começado antes do advento da Internet, é fato que a sociedade atual reduziu seu pensamento a uma espécie de modelo binário: ou alguém é amigo, ou é inimigo; ou é do bem, ou é do mal; ou é de esquerda, ou é de direita. Essa forma simplista de pensar fez com que houvesse um grande empobrecimento da compreensão a medida que a tendência parece ser afastar aqueles que não pensam de forma similar, ao tempo que uma discussão saudável com alguém que pensa exatamente o oposto pode ser enriquecedora.

Devido a todo esses fatores, a sociedade passou a viver em um constante espetáculo, trazido por Guy Debord em sua obra *A Sociedade do Espetáculo* em 1967 no qual foi percebido como as relações interpessoais eram mediadas e diretamente influenciadas pela imagem, lembrando que as pessoas no espetáculo davam preferência a aparentar ter ou ser algo, ou alguém.

Com relação à metodologia, foram utilizadas vertentes jurídico-dogmáticas, à medida que será olhado para a norma jurídica e observado como ela opera no mundo real; fora analisado um objeto particular utilizando-se de premissas até se chegar a uma conclusão por meio de um raciocínio dedutivo; e, por fim, foi-se decomposto um problema de cunho jurídico em vários aspectos com a investigação científica jurídica descritiva.

1 A PRIMAZIA DA IMAGEM

Devido às novas tecnologias desenvolvidas ao longo dos séculos, principalmente após a Revolução Industrial, a sociedade contemporânea passou a ser marcada por novas formas de se produzir e de acumular o capital, centro da economia.

O consumo passou a ser feito de forma diferente. Em 2017 o bem de maior valor, na economia, deixou de ser o petróleo e passou a ser o dado¹. A preocupação das pessoas deixou de ser com o que

¹ The Economist. The world's most valuable resource is no longer oil, but data.

elas têm, e passou a ser com o que elas aparentam ter, isto é, com sua imagem pessoal.

Por isso, foi enfatizada não só a cultura do descarte², no sentido de que os objetos poderiam ser facilmente descartados ou substituídos, como também uma sociedade do descarte no sentido de que o consumo em si é feito de forma diferente³, além de as relações sociais serem facilmente substituíveis. Nesse sentido, dispõe David Harvey em seu livro *Condição Pós-Moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança social*:

A dinâmica de uma sociedade "do descarte", como a apelidaram escritores como Alvin Toffler (1970), começou a ficar evidente durante os anos 60. Ela significa mais do que jogar fora bens produzidos (criando um monumental problema sobre o que fazer com o lixo); significa também ser capaz de atirar fora valores, estilos de vida, relacionamentos estáveis, apego a coisas, edifícios, lugares, pessoas e modos adquiridos de agir e ser.

Se antes a identidade do indivíduo era fundada na família e no território ocupado por ela, como trouxe Richard Sennet em *O Declínio do Homem Público*⁴, agora é o nomadismo que rege as relações sociais⁵, que são cada vez mais o reflexo da globalização. Havia um entendimento de que “somente ocultando seus sentimentos que elas estarão seguras, e somente em momentos e lugares escondidos é que se estará livre para interagir”⁶, esse lugar escondido de que Sennett fala era a família. A família propiciava um ambiente

2017. Disponível em: <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>. Acesso em: 18 set. 2019.

² SANTOS-JUSTO, Joana. A primazia da imagem e a virtualização das relações na cultura das aparências. *Revista Espaço Acadêmico*, v. 13 n. 153 (2014):, 153, fevereiro de 2014. p. 2.

³ HARVEY, David. *Condição Pós-Moderna: Uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. São Paulo: Loyola, 1998. p. 258.

⁴ SENNETT, Richard. *O declínio do homem público: as tiranias da realidade*. Rio de Janeiro: Record, 2015. p. 160-161.

⁵ SANTOS-JUSTO, Joana. A primazia da imagem e a virtualização das relações na cultura das aparências. *Revista Espaço Acadêmico*, v. 13 n. 153 (2014):, 153, fevereiro de 2014. p. 2.

⁶ SENNETT, Richard. *O declínio do homem público: as tiranias da realidade*. Rio de Janeiro: Record, 2015. p. 160-161.

único no qual o indivíduo poderia mostrar sua verdadeira identidade.

Assim, a forma que o capitalismo está organizado hoje, acaba por incentivar o empreendedorismo empresarial e a concorrência entre os recursos humanos, que são pontos positivos, mas também o individualismo e o egoísmo, que tendem a ser negativos⁷.

Para Bauman, é como se os valores e as características da sociedade contemporânea deixassem de ser sólidos, como eram na sociedade moderna, e passassem a ser incertos:

A imagem do mundo diariamente gerada pelas preocupações da vida atual é destituída da genuína ou suposta solidez e continuidade que costumavam ser a marca registrada das “estruturas” modernas. O sentimento dominante, agora, é a sensação de um novo tipo de incerteza, não limitada à própria sorte e aos dons de uma pessoa, mas igualmente a respeito da futura configuração do mundo, a maneira correta de viver nele e os critérios pelos quais julgar os acertos e erros da maneira de viver.⁸

Bauman continua, dessa vez em *Modernidade Líquida*, ao afirmar que a contemporaneidade e a modernidade são fases opostas, sendo a contemporaneidade caracterizada pela “liquidez” das coisas, e a primeira, como dito anteriormente, marcada pela “solidez” das coisas.⁹

Dessa forma, com os novos modelos de produção capitalista representados pelas tecnologias disruptivas¹⁰, o tempo e o espaço passaram a ser caracterizados diferentemente: o tempo, agora trazido para a ideia de instantaneidade¹¹, é usado para medir o ritmo de produção. Essa instantaneidade é facilmente percebida através das

⁷ AGUIAR, João Valente. A imagem na cultura do pós- modernismo. **Tempo Social**, São Paulo, v. 22, n. 1, p. 179-198, jun. de 2010.

⁸ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 32.

⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 9.

¹⁰ Christensen, Clayton M.; Bower, Joseph L. Disruptive Technologies: Catching the Wave. **Harvard Business Review**, v. 73, n. 1, p. 43-53, jan./fev. 1995.

¹¹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 17-22.

novas redes sociais, em especial o Instagram (*Instant Telegram*), que se caracteriza pelo envio instantâneo de imagens, como nas câmeras polaroids, mas digitalizadas. Ela também é percebida na nova função que os aparelhos celulares passaram a ter: não são mais somente aparelhos móveis para realizar ligações. De fato, esta é a sua função mais obsoleta e menos utilizada. O celular passou a ter as mais. Diversas utilidades que estão à nossa disposição 24 (vinte e quatro) horas por dia, 7 (sete) dias por semana.

O espaço, por sua vez, diminuiu. As fronteiras, por causa da globalização, deixaram de existir. É como se as pessoas estivessem desestimuladas a criarem vínculos que vão demandar uma maior intimidade. Assim revela José Sterza Justo:

A volatilidade do sujeito expandido para além das fronteiras locais de seus assentamentos primevos, à feição do que exige a globalização, desestimula qualquer processo de produção de identidades ou de estabilização. (...) O sujeito da atualidade não tende para uma estruturação unitária e contínua. É descentrado, múltiplo, maleável, desenraizado ou “rizomático”, dispersivo mais do que concentrador, ou seja, estrutura-se “em rede” e não mais em torno de um “centro”, de um “eixo” ou de um “núcleo”.¹²

Assim como Manuel Castells, José Sterza Justo acredita que o indivíduo esteja disposto em rede por causa das novas tecnologias de informação e comunicação – as TICs, como denomina Castells – e por causa da forma que elas interferem nas estruturas sociais¹³.

Suely Rolnik, em seu artigo acerca das identidades e de como as pessoas têm a necessidade de pertencer a algum grupo social, se questiona: “A figura moderna da subjetividade, com sua crença na estabilidade e sua referência identitária, agonizante desde o final do século passado, estaria chegando ao fim?”¹⁴. Ao longo do artigo,

¹² JUSTO, José Sterza. O “ficar” na adolescência e paradigmas de relacionamento amoroso da contemporaneidade. **Revista do Departamento de Psicologia** – UFF, v. 17, n. 1, p. 61-77, Jan./Jun. 2005.

¹³ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura**. vol. 1. 19. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2018.

¹⁴ ROLNIK, Suely. Toxicômanos de identidade: subjetividade em tempo de globalização. In: LINS, Daniel. (Org.). **Cultura e subjetividade: saberes nômades**. Campinas: Papyrus, 1997. p. 19-24.

desenvolve-se a ideia de que há uma produção na sociedade de kits de perfis-padrão e de identidades *prêt-à-porter* (do francês, prontas para vestir/usar). A autora entende que as “identidades locais fixas” desaparecem para dar lugar a identidades globalizadas que são flexíveis e mudam de acordo com os movimentos do mercado, de forma quase que bruta. Logo, a identidade se tornou um bem de consumo.

O face-a-face foi, ironicamente, substituído pelo Facebook. Os encontros em bares, restaurante, *etc.*, ficaram cada vez mais raros, e foram substituídos por comunidades virtuais. Há um ponto positivo, porque as pessoas, separadas pela distância, podem se comunicar diariamente; mas, por outro lado, existe um ponto negativo no sentido de que as comunidades virtuais são facilmente desfeitas, depende do interesse de quem faz parte.

Portanto, na era da contemporaneidade, não só a imagem pessoal é valorizada, mas também a imagem do produto. A mercadoria é veiculada através da imagem, que é responsável por seduzir o consumidor. “(...) A fabricação da imagem da mercadoria sobrepõe-se e mesmo determina a fabricação da mercadoria como coisa corpórea”¹⁵.

Esse processo de relevância da imagem do produto já fora previsto por Karl Marx, que percebia que mercadorias estavam se tornando uma “aparência de coisas que expressa a personalidade do comprador”, o que fora chamado de “fetichismo das mercadorias”¹⁶.

Dessa forma, a tecnologia modifica a relação do homem com as coisas, com o tempo e o espaço, que se tornam fluidos e flexíveis.

2 O PROGRESSO TECNOLÓGICO E A GERAÇÃO TV

O aparelho de televisão foi criado por Philo Farnsworth, em 1922¹⁷. A primeira transmissão no Brasil foi pela a TV Tupi, em

¹⁵ BUCCI, Eugênio. O espetáculo e a mercadoria com signo. In: NOVAES, Adauto. (Org.). **Muito além do espetáculo**. 2005. Disponível em: <https://artepensamento.com.br/item/o-espetaculo-e-a-mercadoria-como-signo/>. Acesso em: 09 set. 2019.

¹⁶ SENNETT, Richard. **O declínio do homem público**: as tiranias da realidade. Rio de Janeiro: Record, 2015. p. 158-159.

¹⁷ The Farnsworth Chronicles. **Who Invented What - and when?** Disponível em: http://www.farnovision.com/chronicles/tfc-who_invented_what.html. Acesso em: 10

1º de junho de 1950¹⁸. Somente em 1962 houve a primeira transmissão não oficial em cores no Brasil pela TV Excelsior, sendo a oficial em 1972¹⁹.

Desde o advento e popularização da televisão, a tecnologia, em suas mais variadas formas, vem sendo utilizada de forma excessiva, muitas pessoas já passavam a maior parte do tempo livre em frente da TV. Essa realidade se concretiza nos tempos atuais no mundo virtual.

Por causa disso a TV foi por muitos adjetivada de forma pejorativa, sendo chamada de *idiot box*²⁰ (do inglês, caixa idiota); *weapon of mass distraction*²¹ (do inglês, arma de distração em massa); e foi concluído que ela diminui a inteligência de quem a assiste ao dizer que ela *dumbs society down*²² (do inglês, “emburrece” a sociedade).

Eliene Augenbraun foi bastante feliz ao intitular seu artigo de *Weapon of Mass Attraction* (do inglês, arma de atração em massa), fazendo um trocadilho com a referida adjetivação *weapon of mass distraction*. Isto porque a autora acredita que a televisão é um meio eficaz de atingir o maior número possível de pessoas ao mesmo tempo:

Acredito que, ao tentar alcançar o público em geral, cientistas e assessores de imprensa institucionais devem se concentrar no meio que é capaz de atingir o maior número de pessoas. Hoje, isso é a televisão comercial.²³

set. 2019.

¹⁸ BARACHO, Maria Luiza Gonçalves. Televisão brasileira: uma (re)visão. **Revista de História e Estudos Culturais**, v. 4, n. 2, abr./mai./jun. 2017.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ The Times of India. **Why is TV known as the idiot box?** 2005. Disponível em: <https://timesofindia.indiatimes.com/Why-is-TV-known-as-the-idiot-box/articleshow/1293470.cms>. Acesso em: 10 set. 2019.

²¹ Augenbraun, Eliene. *Weapon of mass attraction*. **Nature**, v. 433, n. 7024, p. 357-358, 2005. p. 357.

²² The New York Times. **Can TV Dumb You Down?** 2019. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2019/03/15/well/mind/tv-television-memory-brain-adults.html>. Acesso em: 20 set. 2019.

²³ Augenbraun, Eliene. *Weapon of mass attraction*. **Nature**, v. 433, n. 7024, p. 357-358, 2005. Tradução livre de: “*I believe that when trying to reach the general public, scientists and institutional press officers should focus on the medium that is capable of reaching the most people. Right now, this is commercial television*”.

As angústias na época em que a internet não era popular eram as mesmas de agora. Não importa qual era do progresso tecnológico estamos, se na era da TV ou na era da internet, os enfraquecimentos mentais de conhecimento são os mesmos.

3 O EMPOBRECIMENTO DA COMPREENSÃO

O pensamento se reduziu a um modelo simplório, uma espécie de modelo binário de ver o mundo: bem *versus* mal, amigo *versus* inimigo, direita *versus* esquerda, ter *versus* ser, *etc.* O inimigo é a diferença, e a diferença é excluída, porque o que é diferente gera medo, por isso é odiado. O medo, que está intimamente ligado à ignorância, ao desconhecimento, aumenta na mesma proporção em que se dá o empobrecimento do imaginário. O sujeito crítico foi substituído pelo sujeito consumidor acrítico. Assim pensa Casara:

A complexidade do pensamento é desconsiderada, as nuances de uma imagem ou obra não são percebidas e o moralismo recupera um espaço que se imaginou perdido.²⁴

Erich Fromm dá, em seu livro “To Have or To Be?”, um exemplo prático de como esse empobrecimento da compreensão se dá, e como afeta a forma de se expressar de um indivíduo, como dá para perceber até do jeito de se expressão que o indivíduo está alienado:

Imaginemos um indivíduo que procura a ajuda de um psicanalista e que começa assim o seu discurso: “Doutor, **tenho** um problema; **tenho** insônias e apesar de **ter** uma boa casa, uns filhos adoráveis e um bom casamento, **tenho** muitas preocupações”.

O estilo do discurso mais recente indica o predominante grau de alienação. Ao afirmar “Eu tenho um problema” em vez de “Estou preocupado” a experiência subjetiva é eliminada: o **eu** ligado à experiência passa a ligar-se à **posse**. Transformei o meu sentimento

²⁴ CASARA, Rubens. **Empobrecimento do imaginário**. 2015. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/04/11/empobrecimento-do-imaginario/>. Acesso em: 09 set. 2019.

em qualquer coisa que possuo: o problema. (...) Este tipo de linguagem denuncia uma alienação inconsciente.²⁵

A causa para esse empobrecimento do imaginário e da compreensão parece ser causada pela nova produção capitalista e pelas tecnologias que derivam desse modelo. O tempo, como já dito anteriormente, é usado para medir a produção, e é escasso. As pessoas só leem o *head* da matéria, o que acaba por gerar a *idle talk* (do inglês, conversa ociosa)²⁶ trazida por Heidegger, como uma das formas de sobreposição do mundo sobre o ser autêntico Dasein, que será visto mais adiante. As conversas são criticamente não examinadas e sem exame sobre fatos e informações.

Portanto, que acontece quando as pessoas que pensam diferente de um certo indivíduo são eliminadas do seu campo de visão, e só são seguidas aquelas que pensam de forma similar? E se as pessoas que pensam como o indivíduo estiverem erradas? A resposta para ambos os questionamentos é a mesma: há o empobrecimento da compreensão, do imaginário, do poder de argumentação do indivíduo.

Rubens Casara traz algumas saídas para evitar ou mesmo tentar reverter o quadro do empobrecimento do imaginário: a tolerância e a compreensão²⁷. A primeira se concretiza à medida que se passa a aceitar que pode haver diversas posições contrárias à que se pensa ser correta; a segunda acontece quando o ser entende que

²⁵ FROMM, Erich. **To Have or To Be?** London/New York: Continuum, 2008. p. 18-19. Tradução livre de: *“Assume that a person seeking a psychoanalyst's help opens the conversation with the following sentence: “Doctor, I have a problem; I have insomnia. Although I have a beautiful house, nice children, and a happy marriage, I have many worries.” Some decades ago, instead of “I have a problem,” the patient probably would have said, “I am troubled”; instead of “I have insomnia,” “I cannot sleep”; instead of “I have a happy marriage,” “I am happily married.” The more recent speech style indicates the prevailing high degree of alienation. By saying “I have a problem” instead of “I am troubled,” subjective experience is eliminated: the I of experience is replaced by the it of possession. I have transformed my feeling into something I possess: the problem. (...) This way of speaking betrays a hidden, unconscious alienation”.*

²⁶ HEIDEGGER, Martin. **Being and Time**. Oxford: Blackwell, 1962. p. 211-214.

²⁷ CASARA, Rubens. **Empobrecimento do imaginário**. 2015. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/04/11/empobrecimento-do-imaginario/>. Acesso em: 09 set. 2019.

existem pessoas com pensamentos diversos do seu, e que isso nada mais é do que normal.

4 A POLÍTICA COMO ESPETÁCULO

Como já é sabido, o desenvolvimento das novas tecnologias de informação dá novos contornos à percepção da realidade pelos indivíduos que delas usufruem. Os fenômenos sociais são resultados de ações intencionais, segundo Renato Francisquini²⁸, realizadas em contextos sociais específicos. Corrobora com esse pensamento Pierre Bourdieu²⁹ ao entender que os indivíduos agem dentro de campos de interação e perseguem fins objetivos, visando maximizar a sua influência sobre os resultados da interação.

Para Giovanni Sartori, a televisão era capaz de exercer grande influência no meio político, e a isso deu o nome de “vídeopolítica”. Para ele, a televisão era responsável pelo poder-de-vídeo, que nada mais era do que o poder de imagem, que podia fazer alguém crescer ou sumir no meio político (e em qualquer outra fatia social). Assim dispõe: “A televisão está mudando o homem e a política. Meu tema é, aqui, o poder político da televisão e, portanto, a vídeo-política; mas a vídeo-política é apenas uma fatia de um poder-de-vídeo mais geral que é o poder da imagem”³⁰. Essa nada mais é do que a exemplificação da ideia de “atores” sociais já trazida por Richard Sennett.

Hilgartner e Bosk entendem que a política se usa da mídia e da internet como arenas públicas (*public arenas*). O ambiente midiático não é somente um meio através do qual se difundem as informações sobre os assuntos públicos, mas também um sistema de

²⁸ FRANCISQUINI, Renato. **A política do espetáculo**: as novas formas de interação e suas potencialidades. Disponível em: http://www.compolitica.org/home/wp-content/uploads/2011/01/sc_scp-renato.pdf. Acesso em 10 set. 2019. p. 1.

²⁹ Swartz, David L. The sociology of habit: the perspective of Pierre Bourdieu. **The Occupational Therapy Journal of Research**, v. 22, p. 61S-69S, 2002.

³⁰ SARTORI, Giovanni. Videopolítica. **Rivista Italiana de Scienza Política**, v. 19, n. 2, ago. 1989. p. 185-198. Tradução livre de: “*La televisione sta cambiando l'uomo e sta cambiando la politica. Il mio tema e, qui, il potere politico della televisione, e quindi la video-politica; ma la video-politica e soltanto uno spicchio di un più generale video-potere che e il potere dell'immagine.*”

arenas públicas, qual seja um espaço para a veiculação e troca de argumentos a respeito de temas da vida social.

Por causa disso, os atores sociais que encontram-se em disputa por influência sobre o processo político adotam estratégias diversas, de acordo com os recursos disponíveis, visando obter os resultados desejados, e, nos tempos atuais, a internet se tornou uma *public arena*, vide as eleições presidenciais de 2018. Para os autores, “a atenção do público é recurso escasso, é enfatizado a competição e a seleção na mídia, e em outras arenas do discurso público”³¹.

Para Gamson *apud* Francisquini, a mídia (e nos tempos atuais, a internet), apresenta-se como uma arena distinta, isto é, ela pode tornar visível o mesmo fato, de uma só vez, a um grande número de pessoas, fato este que antes ficaria restrito à esfera local. “Os meios de comunicação de massa permitem que um número muito maior de atores possa contribuir para o debate, o que não seria possível se ele ficasse confinado ao espaço em que surgiu”³².

Foram constituídos, portanto, três tipos de interação³³. A primeira, sem necessidade de maiores delongas, a interação face a face; a segunda, a interação mediada, aquela feita por meio técnico (como o telefone) de forma dialogada; e, por fim, a quase-interação mediada, sendo aquela realizada por meios de comunicação em massa (como a televisão, jornais, livros, *etc.*), caracterizada por ser um monólogo. Nesta última, os indivíduos têm a possibilidade de reagirem a eventos ocorridos em locais distantes.

Com as novas tecnologias, a quase-interação mediada foi modificada à medida que os meios televisivos buscam cada vez mais a interação de seus telespectadores, e a natureza da internet permite interação instantânea.

³¹ HILGARTNER, Stephen; BOSK, Charles. The rise and fall of social problems: a public arenas model. **American Journal of Sociology**, v. 94, n. 1, p. 53-78, 1988. p. 1. Tradução livre de: “*Treating public attention as a scarce resource, the model emphasizes competition and selection in the media and other arenas of public discourse.*”

³² FRANCISQUINI, Renato. **A política do espetáculo: as novas formas de interação e suas potencialidades.** Disponível em: http://www.compolitica.org/home/wp-content/uploads/2011/01/sc_scp-renato.pdf. Acesso em 10 set. 2019.p. 2.

³³ THOMPSON, John B. **A mídia e a modernidade: uma teoria social da mídia.** Petrópolis: Vozes, 1998. p. 77-92.

Assim, no campo político, os atores (como principais interessados) tiveram que redefinir suas estratégias comunicativas por causa da mudança da relação entre o cidadão e a política. A publicidade é a linguagem universal em todos os campos da vida, e na esfera política não é diferente.

Com base no acima colocado, Cláudio Coelho, no quinto capítulo de seu livro *Teoria Crítica e Sociedade do Espetáculo* faz uma análise da espetacularização da política e de seu consumo excessivo de imagens, exemplificando com as manifestações de junho de 2013 contra o aumento do valor das passagens dos transportes público e das eleições de 2014; ambos os movimentos nascidos e articulados na internet, além de serem extremamente difundidos pelos jornais, revistas e televisão:

Debord, logo no início do livro *Sociedade do Espetáculo*, argumenta que a crítica do espetáculo é a crítica do processo de separação entre a realidade e a representação imagética da realidade. (...) A alienação atinge, também, a dimensão política, reduzida ao momento eleitoral e transformada em espetáculo midiático, onde os cidadãos escolhem os seus candidatos pela imagem transmitida pelas campanhas eleitorais e pela própria mídia.³⁴

Para explicar a política sendo consumida pela imagem e pelo espetáculo, o autor se utiliza da tese de Guy Debord, *A Sociedade do Espetáculo*, em que o espetáculo não são as imagens *per se*, mas as relações sociais que são mediadas pelas imagens. Os “atores sociais” da política são escolhidos pela imagem que aparentam ter, imagem esta propagada na mídia e na internet.

O político é o ator, já falado, de Richard Sennett em *O Declínio do Homem Público*, onde é falado na cultura do espetáculo (passivo), no qual as pessoas não mostravam sua verdadeira personalidade perante a sociedade, senão no âmbito familiar, com medo de serem julgadas. Por isso se espelhavam nos homens públicos, aqueles que não só eram excelentes oradores, mas tinham uma personalidade brilhante, eram atores do espetáculo. O

³⁴ COELHO, Cláudio Novaes Pinto. **Teoria Crítica e Sociedade do Espetáculo**. Jundiaí: Editora In House, 2014. p. 109.

importante não era o conteúdo do discurso ou as propostas deste homem público, mas a personalidade que ele demonstrava ter, como se ele fosse passível de detecção de caráter através de seus traços pessoais.³⁵

Outros exemplos de espetáculos exauridos pela mídia foram o *impeachment* do então presidente Fernando Collor, em 1992; o *impeachment* da presidente Dilma Rousseff, em 2016; e as eleições de 2018. Percebe-se que a internet fez crescer ainda mais o espetáculo da política.

5 A SOCIEDADE DO ESPETÁCULO

A Sociedade do Espetáculo foi uma teoria desenvolvida por Guy Debord e publicada pela primeira vez em 1962. Para essa teoria, nossa sociedade é mediada por imagens o tempo todo, e tudo o que fazemos é reflexo e em função da imagem. As imagens não são baseadas na vida real, mas o contrário.

Daí o nome “sociedade do espetáculo”, porque tudo o que existe na nossa sociedade é um espetáculo, principalmente no que tange aos meios audiovisuais (TV, cinema, internet). A teoria é bem atual ao dizer que temos o desejo de produzir imagens para mostrar aos demais que somos melhores, como no Instagram, um lugar em que todos aparentam ser felizes. Nos eventos, as pessoas ao invés de assistirem com seus próprios olhos, usam o celular para depois postarem nas redes sociais.

Há um desejo de tudo mostrar: a roupa que é vestida, o que vai ser comido, o lugar que se está; o que nada mais são do que informações irrelevantes. Não há mais mensagem, o que existe é uma grande saturação de dados, que acaba por gerar a passividade, que é a impossibilidade de se pensar com o excesso de informação e dados que não se controla.

Na pirâmide DIKW³⁶ trazida por Rowley³⁷, a base é constituída por dados (*data*), que às vezes se transformam em

³⁵ SENNETT, Richard. **O declínio do homem público**: as tiranias da realidade. Rio de Janeiro: Record, 2015. p. 136.

³⁶ As iniciais da base ao topo de *data, information, knowledge, wisdom*.

³⁷ ROWLEY, Jennifer. The wisdom hierarchy: representations of the DIKW hierarchy. **Journal of Information Science**, v. 33, n. 2, p. 163-180, 2006.

informação (*information*), e raramente se transforma em conhecimento (*knowledge*), e, finalmente, quase nunca irá se transformar em sabedoria (*wisdom*).

Apesar de haver muitos produtores de dados (bloggers, youtubers, influencers), há, também, um excesso de atividade sem fim por causa da obrigatoriedade de tudo mostrar, de tudo expor. Há uma cultura de exibição e exposição que acaba com a ideia do segredo e da intimidade, antes privilégio da família.

Existe uma indiferenciação entre o público e o privado (já trazida por Richard Sennett) em que o íntimo e o que se expõe. E quando se tem todo mundo falando da mesma coisa, tem-se uma tagarelice – abordada por Heidegger em *Being and Time*, que é adoção de ideias alheias como próprias, a anulação perante os demais.

Martin Heidegger em “*Being and Time*” discorre sobre o *Dasein* (do alemão, da: “*aí*”; sein: “*ser*”), e é feita uma análise existencial deste ser. O *Dasein* é o ser-*aí*, o ser-*aí*-no-mundo, o ser que é posto no mundo, que “*cai*” (termo bastante utilizado por Heidegger no livro) no mundo; também pode significar “*existência*”. “O *Dasein*, em primeira instância, se afastou de si mesmo como uma potencialidade autêntica de Ser o seu Ser e caiu no mundo”, significando que o *Dasein*, ao cair no mundo como um ser neutro, sequer tem a chance de exercer sua autenticidade, já que o mundo é uma entidade pronta com seus costumes, normas e princípios, que exercem influência direta em cada um dos indivíduos.

A queda no mundo se manifesta de três formas: *idle talk* (conversa ociosa), *curiosity* (curiosidade), *ambiguity* (ambiguidade). As conversas ociosas acontecem quando não são criticamente examinadas, além de não terem exame sobre os fatos e informações. A curiosidade é uma busca por novidade e estímulo sem fim, ao invés de tentar pertencer. A ambiguidade é perda de qualquer sensibilidade à distinção entre entendimento genuíno e conversas superficiais, estas últimas sendo a tagarelice acima mencionada³⁸.

No mundo hollywoodiano a sociedade do espetáculo foi retratada no filme *The Truman Show*³⁹ em que Truman, um homem

³⁸ HEIDEGGER, Martin. **Being and Time**. Oxford: Blankwell, 1962. p. 220.

³⁹ THE TRUMAN Show. Direção: Peter Weir. Produção: Scott Rudin Productions.

de quase 30 anos, é o personagem principal de um *reality show* sobre sua própria vida, em que todos ao seu redor são atores e sabem o que está verdadeiramente acontecendo, menos ele. Truman percebe que tudo em sua vida ocorre de forma repetitiva, como se seguisse um roteiro, e, toda vez que ele age de forma espontânea, coisas esdrúxulas acontecem.

O nome do personagem nada mais é do que uma brincadeira com a língua inglesa, *tru-man*, de *true man* (homem verdadeiro).

Ao longo do filme, a esposa de Truman dá um depoimento dizendo “não há diferença entre a vida privada e a vida pública”⁴⁰, trazendo a tona a indiferenciação entre o público e o privado, já mencionado. E, ao longo do filme, o diretor do *reality show*, ao ser questionado por um repórter o porquê de Truman ainda não ter descoberto que vive em um *reality show* responde que se ele quisesse ter descoberto a verdade das coisas, ele já o teria feito, e que “nós aceitamos a realidade do mundo que nos é apresentado”⁴¹.

Comparando o livro de Guy Debord com o filme *The Truman Show*, conclui-se que no espetáculo, nada varia, tudo é a mesma coisa, a vida é um ciclo que se repete, como a vida de Truman. Então por que viver o espetáculo? Porque o espetáculo gera previsibilidade, há satisfação garantida a partir de um real que é fabricado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A primazia da imagem e a sociedade do espetáculo não surgiram na Sociedade da Informação, tampouco são exclusivas desta. Contudo, as novas tecnologias associadas a Internet tiveram tamanho impacto nas pessoas, e, principalmente na forma de se relacionar de modo que essas duas características ficassem ainda mais constantes na contemporaneidade. Os novos meios trazidos pela Quarta Revolução fizeram com que a sociedade se pautasse em

Intérpretes: Jim Carrey, Ed Harris, Laura Linney. Roteiro: Andrew Niccol. Estados Unidos, 1998.

⁴⁰ Tradução livre de: “*There’s no difference between a private life, and a public life.*”

⁴¹ Tradução livre de: “*We accept the reality of the world with which we are presented.*”

novas idiossincrasias e utilitários, como o Instagram e o Facebook, para mediar seus relacionamentos, reforçando a ideia da imagem como primeiro plano e de sociedade do espetáculo.

Impende ressaltar que é a tecnologia que modificou a relação do homem com as coisas, com o tempo e o espaço, que se tornaram fluidos e flexíveis, e não a Internet. Esta última apenas deu continuidade e aflorou algo que já acontecia, como trazido na geração TV.

O espetáculo reforça a ideia da importância da imagem, do declínio do “ser” para o “ter”, mas o “ter” aqui é meramente uma aparência; e do quão superficiais e efêmeras podem ser as novas relações sociais pautadas na imagem.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, João Valente. A imagem na cultura do pós-modernismo. **Tempo Social**, São Paulo, v. 22, n. 1, p. 179-198, jun. de 2010.

AUGENBRAUN, Eliene. Weapon of mass attraction. **Nature**, v. 433, n. 7024, p. 357-358, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BUCCI, Eugênio. O espetáculo e a mercadoria com signo. In: NOVAES, Adauto. (Org.). **Muito além do espetáculo**. 2005. Disponível em: <https://artepensamento.com.br/item/o-espetaculo-e-a-mercadoria-como-signo/>. Acesso em: 09 set. 2019.

CASARA, Rubens. **Empobrecimento do imaginário**. 2015. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/04/11/empobrecimento-do-imaginario/>. Acesso em: 09 set. 2019.

COELHO, Cláudio Novaes Pinto. **Teoria Crítica e Sociedade do Espetáculo**. Jundiaí: Editora In House, 2014.

Christensen, Clayton M.; Bower, Joseph L. Disruptive Technologies: Catching the Wave. **Harvard Business Review**, v. 73, n. 1, p. 43-53, jan./fev. 1995.

DEBORD, Guy. **A Sociedade do Espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

FRANCISQUINI, Renato. **A política do espetáculo**: as novas formas de interação e suas potencialidades. Disponível em: http://www.compolitica.org/home/wp-content/uploads/2011/01/sc_scp-renato.pdf. Acesso em: 10 set. 2019.

FROMM, Erich. **To Have or To Be?** London/New York: Continuum, 2008.

HARVEY, David. **Condição Pós-Moderna**: Uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. São Paulo: Loyola, 1998.

HEIDEGGER, Martin. **Being and Time**. Oxford: Blankwell, 1962. p. 220.

HILGARTNER, Stephen; BOSK, Charles. The rise and fall of social problems: a public arenas model. **American Journal of Sociology**, v. 94, n. 1, p. 53-78, 1988.

JUSTO, José Sterza. O “ficar” na adolescência e paradigmas de relacionamento amoroso da contemporaneidade. **Revista do Departamento de Psicologia** - UFF, v. 17, n. 1, p. 61-77, Jan./Jun. 2005.

ROLNIK, Suely. Toxicômanos de identidade: subjetividade em tempo de globalização. In: LINS, Daniel. (Org.). **Cultura e subjetividade**: saberes nômades. Campinas: Papyrus, 1997. p. 19-24.

ROWLEY, Jennifer. The wisdom hierarchy: representations of the DIKW hierarchy. **Journal of Information Science**, v. 33, n. 2, p. 163-180, 2006.

SANTOS-JUSTO, Joana. A primazia da imagem e a virtualização das relações na cultura das aparências. **Revista Espaço Acadêmico**, v. 13 n. 153 (2014):, 153, fevereiro de 2014.

SARTORI, Giovanni. Videopolítica. **Rivista Italiana de Scienza Política**, v. 19, n. 2, ago. 1989.

SENNETT, Richard. **O declínio do homem público**: as tiranias da realidade. Rio de Janeiro: Record, 2015.

SWARTZ, David L. The sociology of habit: the perspective of Pierre Bourdieu. **The Occupational Therapy Journal of Research**, v. 22, p. 61S-69S, 2002.

THE TRUMAN Show. Direção: Peter Weir. **Produção**: Scott Rudin Productions. Intérpretes: Jim Carrey, Ed Harris, Laura Linney. Roteiro: Andrew Niccol. Estados Unidos, 1998.

THOMPSON, John B. **A mídia e a modernidade**: uma teoria social da mídia. Petrópolis: Vozes, 1998.

O CASO AÍDA CURI E O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Roberta Drehmer de Miranda^{*}

Nelso Molon Júnior^{**}

INTRODUÇÃO

Em decorrência dos avanços tecnológicos, considerando a capacidade de armazenamento muito superior do que há alguns anos, e da evolução midiática, está cada vez mais difícil deixar o passado para trás. Com apenas um clique, é possível verificar o passado inteiro de uma pessoa. Em tempos como este, o direito ao esquecimento ganha grande importância no estudo doutrinário, discutindo-se questões acerca do seu conceito, aplicação, casos relevantes, etc.

Já houve muitos casos judiciais acerca do tema aqui relatado no passado. Casos como “Melvin vs. Reid” em 1931 nos Estados Unidos e Lebah em 1969 na Alemanha são comumente citados por serem emblemáticos. Com as inovações tecnológicas, novos desdobramentos foram possíveis e novos casos surgiram, como “González vs. Google Spain” que incendiou os debates acerca do tema na Europa, o caso “Virginia de Cunha” na Argentina, entre outros, permitem que possamos vislumbrar a contemporaneidade do tema ora discutido.

No Brasil, casos como da Chacina da Candelária e Xuxa Meneghel, além, claro, do caso Aída Curi, trouxeram um norte para a

^{*} Doutora em Direito pela UFRGS. Mestre em Direito pela UFRGS. Professora no Curso de Direito da Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre, pertencente as IUS (Instituições Universitárias Salesianas). Presidente da Associação de Direito de Família e Sucessões - Seção Rio Grande do Sul (ADFAS/RS). Membro do Instituto dos Advogados do RGS (IARGS). Advogada Colaborativa certificada pelo Instituto Brasileiro de Práticas Colaborativas (IBPC).

^{**} Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), com período de doutorado sanduíche na Universidad Autónoma de Madrid (UAM). Mestre em Direito pela UFRGS. Professor de Direito na Faculdade de Integração do Ensino Superior do Cone Sul (FISUL). Advogado.

jurisprudência e a doutrina acerca da sua aplicabilidade, além de fomentar a pesquisa acerca do direito ao esquecimento.

As peculiaridades de cada caso fazem com que muitos afirmem que não é possível estabelecer uma regra que determine de forma clara e precisa quando existe e quando não existe o direito ao esquecimento. Afinal, existem direitos fundamentais importantíssimos que precisam ser sopesados para que finalmente seja possível chegar a uma decisão.

Trata-se dos direitos fundamentais à informação e liberdade de imprensa contra direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, intimidade, privacidade, entre outros, que destes decorrem e que podem variar conforme a análise do caso em tela.

Neste sentido, o caso Aída Curi assume grande importância. O caso remonta ao assassinato de Aída Curi no final da década de cinquenta. Na época, o crime causou grande comoção social e foi amplamente noticiado. Sem embargo, após muitas décadas da ocorrência do fato, do julgamento e do cumprimento da pena dos condenados, o programa Linha Direta Justiça, da emissora de televisão TV Globo Ltda. (Globo Comunicações e Participações S.A.), exibiu uma reportagem acerca do caso, mostrando fotos reais, testemunhas e encenando o caso com atores. Vale destacar que os irmãos de Aída notificaram a emissora para deixar de exibir o programa. Os irmãos prontamente ajuizaram ação contra a emissora ressaltando a violação de seus direitos fundamentais, da utilização indevida da imagem de sua finada irmã.

O problema da pesquisa se põe ao analisarmos as possibilidades de aplicação ou não do direito ao esquecimento em casos concretos análogos ao de Aída. Muito embora a existência do “direito ao esquecimento” (expressão utilizada para, de alguma forma, limitar o conteúdo de informações disponibilizadas nas mídias digitais, principalmente que atinjam direitos de personalidade) tenha sido reconhecida há muitos anos e em diversos países, a sua aplicabilidade ainda apresenta diversos aspectos que continuam a apresentar controvérsias e dificuldades na sua concretização. Neste sentido, o estudo aprofundado de casos concretos, em especial de um *leading case* como o de Aída, poderá se revelar extremamente importante para o direito ao esquecimento.

Inicialmente serão expostos conceitos e características gerais

acerca do direito ao esquecimento, aliado a um estudo acerca da proteção aos direitos de personalidade. Após, serão abordados alguns casos concretos análogos ao de Aída que, através de suas peculiaridades, promoverão o levantamento de questões extremamente relevantes e inerentes ao estudo de um tema com intensas discussões doutrinárias como o direito ao esquecimento. Por fim, será efetivamente abordado o caso Aída Curi, contando com fatos e decisões judiciais no curso do processo.

1 O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Em 1965 Gordon E. Moore, co-fundador da Intel Corporation e da Fairchild Semiconductor, descreveu que o número de transistores em um circuito integrado pareciam dobrar a cada ano.¹ Tal afirmação ficou mundialmente conhecida como a Lei de Moore. Inicialmente, foi tida como uma presunção muito esperançosa acerca das inovações tecnológicas. Todavia, o mundo restou surpreso com tamanha precisão apresentada pelo pesquisador, que em 1975 revisou a lei para a dobra a cada dois anos.² A previsão começou a ser aplicada em diversas outras áreas, especialmente

¹ MOORE, Gordon E. *Cramming more components onto integrated circuits*. Electronics, volume 38, número 8, abril de 1965. Assim descreve: The complexity for minimum component costs has increased at a rate of roughly a factor of two per year [...] Certainly over the short term this rate can be expected to continue, if not to increase. Over the longer term, the rate of increase is a bit more uncertain, although there is no reason to believe it will not remain nearly constant for at least 10 years. That means by 1975, the number of components per integrated circuit for minimum cost will be 65,000. I believe that such a large circuit can be built on a single wafer. Poderíamos realizar a seguinte tradução-livre: A complexidade para componentes com custos mínimos tem aumentado em uma taxa de aproximadamente um fator de dois por ano [...] Certamente em um curto prazo pode-se esperar que esta taxa se mantenha, se não aumentar. A longo prazo, a taxa de aumento é um pouco mais incerta, embora não haja razões para se acreditar que ela não se manterá quase constante por pelo menos 10 anos. Isso significa que em torno de 1975, o número de componentes por circuito integrado para um custo mínimo será 65.000 (65nM). Eu acredito que circuitos grandes como este poderão ser construídos em um único componente (pastilha).

² MOORE, Gordon E. *Moore's Law at 40. Understanding Moore's Law: Four Decades of Innovation*. Chemical Heritage Foundation, 1975, p. 67-84.

acerca da velocidade e na capacidade de memória dos equipamentos tecnológicos.

Neste sentido, a tecnologia evoluiu de forma que a capacidade de armazenamento de dados se tornou extremamente elevada, de tal maneira que para que sejam inseridos novos dados, os antigos não precisam mais ser apagados. No estágio tecnológico que nos encontramos é extremamente difícil apagar completamente fatos ocorridos e presentes na internet.

A empresa americana Google Inc. possui como principal objeto a prestação de serviços de busca na internet. O motor de busca da referida empresa torna extremamente fácil encontrar informações vetustas que podem vir a prejudicar as pessoas associadas a ela, violando seus direitos.³ Em palestra proferida na Universidade de Nova York, o próprio alto executivo da Google Inc., Eric Schmidt, afirmou que “a falta de um botão de deletar na internet é um problema significativo. Há um momento quando apagar é a coisa certa”.⁴ Todavia, o desenvolvimento tecnológico parece não permitir o exercício pleno deste direito ao esquecimento - hoje não é possível limitar o acesso às informações apenas através da imprensa. No mundo hodierno, a rede mundial de computadores proporciona uma facilidade imensa em acessar dados que remontam erros humanos cometidos e que, graças a isso, poderão jamais ser esquecidos completamente. Ressalta-se que pode tratar-se de erros cujas penas restaram devidamente cumpridas.

Embora a tecnologia avance rapidamente, a legislação, o Direito, a doutrina, a jurisprudência, os princípios, evoluem lentamente e enfrentam enormes dificuldades para desempenharem seus papéis em casos apresentados que exijam uma solução que faz com que os magistrados desejassem aplicar o *non liquet*, ou seja, deixar de julgar o caso em virtude da ausência das fontes citadas anteriormente.

Jacques Delors, durante o Conselho Europeu de Copenhaga em 1993, cunhou a expressão sociedade da informação referindo-se ao avanço das novas tecnologias que estão provocando mudanças no

³ Disponível em: < <https://about.google/> > Acessado em: 28/07/2019.

⁴ Disponível em: < <http://www.cnet.com/news/googles-schmidt-the-internet-needs-a-delete-button/> > Acessado em 28/07/2019. No original: "The lack of a delete button on the Internet is a significant issue. There is a time when erasure is a right thing".

mundo e na sociedade. Desde então, é possível classificar a sociedade de informação como uma nova forma de organização social, política e econômica que utiliza a tecnologia da informação para coleta, produção, processamento, transmissão e armazenamento de informações.⁵

Com a facilitação do acesso às informações, a imprensa desenvolveu grande influência na opinião pública e até mesmo nos órgãos públicos. Tais influências podem ter efeitos positivos ou negativos. Podem ser positivos, demandando celeridade devido processo legal e transparência em um julgamento, por exemplo. Ou mesmo negativos, exercendo pressões desnecessárias ou mesmo injustas em determinados julgamentos.

Os humanos se arrependem de certas ações ou omissões praticadas durante suas vidas. As ações e omissões podem prejudicar a si, sua família, seus amigos, conhecidos ou até mesmo desconhecidos. É possível arrepender-se de atos ilícitos ou imorais, embora seja perfeitamente aceitável haver ressentimento de algo ilícito ou moral feito ou não. É extremamente vasto o campo de possibilidades para que um ser humano arrependa-se. Segundo Gustavo Carvalho Chehab, o bem-estar não é alcançado somente pelas conquistas pessoais e pela satisfação das necessidades básicas e essenciais da pessoa. O bem-estar deve ser atingido pela "superação e pelo esquecimento dos erros do passado, dos relacionamentos mal sucedidos, das frustrações anteriores, das perdas, do sofrimento e das dores que atingem a alma".⁶ No entanto, apenas algumas condutas são relevantes para o direito. Dentre elas, podemos citar as condutas ilícitas, aos quais são impostas uma sanção. Tais sanções podem ser das esferas administrativas, cíveis e penais.

Para que haja a expiação do erro cometido, é necessário o cumprimento da pena imposta. Ao longo da história, uma enorme diversidade de penas foram aplicadas para que houvesse a expiação do erro cometido. Dentre elas, podemos ressaltar, visando ilustrar a sua finalidade, as penas em que os condenados eram esquarterados e

⁵ CHEHAB, Gustavo Carvalho. O direito ao esquecimento na sociedade da informação. *Doutrinas Essenciais de Dano Moral*, v. 1, p.557-591, jul. 2015.

⁶ CHEHAB, Gustavo Carvalho. O direito ao esquecimento na sociedade da informação. *Doutrinas Essenciais de Dano Moral*, v. 1, p.557-591, jul. 2015.

seus membros expostos para que os erros cometidos não fossem repetidos. Com o cumprimento da pena imposta, é possível afirmar que não é cabível outra forma de punição subsequente, como a divulgação do erro cometido, dificultando a reinserção daquele que cometeu o ato gravoso na sociedade. Nesta noção, justamente na esfera penal, nasce a noção do direito ao esquecimento.

Diante das perspectivas apresentadas, o direito ao esquecimento surge com enorme importância, tornando seu estudo indispensável para o direito contemporâneo.

1.1 A expressão “Direito ao Esquecimento”: um estudo teórico-jurídico

O direito ao esquecimento pode ser entendido como a faculdade que o titular de um dado ou fato pessoal possui para vê-lo apagado, suprimido ou bloqueado em virtude de violação aos seus direitos fundamentais graças ao decurso do tempo.⁷

Inicialmente, cabe destacar a importância do processo de constitucionalização do Direito Civil e a civilização do Direito Constitucional. Os Estados de Direito hodiernos se baseiam na constitucionalização de direitos fundamentais, de forma que a hermenêutica jurídica deve observar a visão unitária do ordenamento. Segundo Pietro Perlingieri, subsiste uma crise na divisão entre Direito Público e Direito Privado, visto que as técnicas e institutos nascidos no campo do Direito Privado tradicional são utilizados no campo do Direito Público e vice-versa, de maneira sem distinção. Cabe ressaltar que embora existam institutos em que efetivamente são predominantes os interesses dos indivíduos, é sempre presente o interesse da coletividade e público, enquanto que o interesse da coletividade está ligado à realização de interesses individuais e existenciais dos cidadãos.⁸

Neste sentido, o direito ao esquecimento coloca um nítido conflito entre questões que eram tidas como exclusivamente de Direito Privado e Direito Público, que acaba instigando uma análise

⁷ CHEHAB, Gustavo Carvalho. O direito ao esquecimento na sociedade da informação. *Doutrinas Essenciais de Dano Moral*, v. 1, p.557-591, jul. 2015.

⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2007, p. 54.

em que é desconsiderada a divisão nestes dos ramos. Trata-se de conflitos, como será visto a seguir, inclusive no caso Aída Curi, de direitos de caráter público, como o direito à informação e direitos de caráter privado, como os direitos da personalidade.

É possível observarmos que as Constituições de diferentes Estados tenderam, em virtude dos acontecimentos ocorridos no século XX (como eventos na vigência do Nazismo, na Alemanha), a dispor acerca dos direitos da personalidade no texto constitucional. Cabe referir que, de maneira ampla, é possível afirmar que os direitos da personalidade encontram-se dentro do princípio da Dignidade da Pessoa Humana. A Constituição brasileira de 1988 destacou a dignidade da pessoa humana a elencando entre os fundamentos da República, em seu artigo 1º, III.⁹

A base constitucional dos direitos da personalidade possibilitou a sua caracterização como direitos fundamentais, assim como a sua proteção por serem classificados como cláusulas pétreas. Em razão do direito ao esquecimento ser um direito da personalidade e, portanto, um direito fundamental, o caso concreto deverá ser analisado, assim como os diferentes direitos envolvidos na controvérsia. Neste sentido, Norberto Bobbio afirma que não se deve buscar um fundamento absoluto para o caso concreto, mas sim, os vários fundamentos possíveis, em que serão observadas as condições, os meios e as situações nas quais este ou aquele direito podem ser realizados.¹⁰ Nesta senda, Marcelo Schenk Duque afirma que as funções dos direitos fundamentais devem ser compreendidas no sentido de complementaridade e não de exclusão, fazendo com que a Constituição forme um todo no ordenamento jurídico, de forma que diferentes direitos fundamentais, com diferentes funções, assegure a proteção e o desenvolvimento de diferentes direitos fundamentais.¹¹

⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 43-44.

¹¹ DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 81.

Enquanto predominava o liberalismo econômico na Europa, os jurisdicionados se encontravam com graves problemas sociais. Cabia ao Estado assegurar apenas a liberdade daqueles. Neste sentido, o artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão estabelece:

Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.¹²

Nesse contexto, surgem as primeiras concepções acerca dos direitos da personalidade, onde jusnaturalistas franceses e alemães estabelecem certos direitos inerentes aos homens, preexistentes ao próprio reconhecimento daqueles pelo Estado. Esses direitos eram considerados tão importantes para a condição humana que o não reconhecimento desses direitos ou a sua violação acarretariam a própria negação ao reconhecimento do ser humano enquanto tal. Desta forma, havia a concepção dos direitos de personalidade, tidos como absolutos, imprescritíveis, inalienáveis e indisponíveis, assim como previstos na legislação civil brasileira.¹³

A sociedade burguesa, idealizadora dos direitos do homem, focava na proteção da propriedade, forte característica do liberalismo. Com a evolução natural do direito, foi reconhecida a importância dos direitos extrapatrimoniais dos homens, caracterizando a personalização do Direito Civil, onde ocorre o surgimento de direitos da personalidade.

O Código Civil brasileiro de 1916 não continha qualquer disposição acerca dos direitos da personalidade. Já o Código Civil brasileiro de 2002 os elencou entre seus artigo 11 a 21. Todavia, a

¹² FRANÇA. Constituição (1789). *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em 01 nov. 2015.

¹³ SCHEREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. Atlas: Rio de Janeiro, 2013, p. 05.

despeito do avanço legislativo, o Código Civil de 2002 recebeu duras críticas por tratar dos direitos da personalidade de modo excessivamente rígido e puramente estrutural, onde muitos dispositivos já não se ajustam a muitos litígios encontrados hodiernamente.¹⁴ Cabe ressaltar que existem doutrinadores que defendem que existem outros direitos da personalidade que são tutelados pelo ordenamento jurídico, como aqueles constantes na Constituição Federal, defendendo que os dispositivos presentes no Código Civil são exemplificativos e não taxativos.¹⁵

Neste sentido, é seguro afirmar que o direito ao esquecimento se encontra como um dos direitos da personalidade não expressos na legislação pátria. Cabe referir ainda que no caput do artigo 12 do Código Civil¹⁶, como será visto quando será analisado o Caso Aída Curi, há uma generalização dos direitos da personalidade, onde é possível exigir que cesse ameaça ou lesão e reclamar perdas e danos, além de outras sanções previstas em lei, independentemente dele estar disposto expressamente na legislação pátria. Cíntia Rosa Pereira de Lima refere que embora os direitos da personalidade sejam inalienáveis, irrenunciáveis, intransmissíveis, impenhoráveis e absolutos, a expressão "absoluto" se refere a oponibilidade *erga omnes*, pois a própria legislação admite a limitação ou ponderação entre os direitos de personalidade quando estes estiverem em confronto.¹⁷ Até mesmo os chamados direitos fundamentais "sem reserva" podem sofrer restrições, visto que nenhuma liberdade juridicamente protegida pode ser ilimitada, reafirmando a máxima de que não podem haver direitos absolutos.¹⁸

Segundo Marcelo Schenk Duque, subsiste uma tendência doutrinária que apresenta a questão através da teoria dos deveres de

¹⁴ *Idem*, p. 20.

¹⁵ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Método: São Paulo, 2014, p. 87.

¹⁶ Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. [BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Texto publicado no DOU de 11/01/2002.]

¹⁷ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Direito ao esquecimento e internet: o fundamento legal no direito comunitário europeu, no direito italiano e no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 946, p.77-109, ago. 2014.

¹⁸ DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 351.

proteção do Estado aos direitos fundamentais, não apenas por intervenções provenientes dos órgãos estatais, mas também, perante intervenções provenientes de sujeitos privados.¹⁹ Segundo o autor, atualmente a teoria dos deveres de proteção do Estado parte do pressuposto de que os direitos fundamentais são princípios objetivos que obrigam o Estado a agir (na medida do possível) para a realização dos direitos fundamentais. Essa proteção pelo Estado se dá não apenas através de abster-se de violar direitos fundamentais, mas também de intervir para garantir esses direitos contra ameaças diversas. A partir do momento que a Constituição assegura a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado, resta claro que cabe ao Estado respeitá-la e protegê-la, elencando a pessoa humana como valor supremo do ordenamento. Neste sentido, o direito à proteção deve ser entendido como “todo e qualquer direito que um titular de direito fundamental possui perante o Estado, para que esse o proteja das intervenções indevidas de terceiros”, estando dirigido tanto às relações entre os particulares quanto às relações com os poderes públicos.²⁰

Segundo Robert Alexy, é correto afirmar que a restrição e a restringibilidade dos direitos fundamentais têm limites. Em um caso concreto, uma restrição à um direito fundamental só é possível caso for atribuído um peso maior aos princípios colidentes que o peso atribuído ao direito fundamental em tela. Assim, podemos afirmar que “os direitos fundamentais, enquanto tais, são restrições à sua restrição e restringibilidade”.²¹

A doutrina brasileira distingue liberdade de informação, como o direito individual de comunicar livremente fatos e ao direito difuso de ser deles informado, da liberdade de expressão, com o direito de externar ideias, opiniões, juízos de valor e outras manifestações do pensamento humano.²²

¹⁹ DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: Drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 314-315.

²⁰ Idem, p. 316-321.

²¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: ed Malheiros, 2012, p. 296.

²² BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada

O direito ao esquecimento pressupõe que os indivíduos possuem direitos sobre as suas informações pessoais, inclusive as pretéritas, fazendo com que elas não reapareçam sob argumento de preservação da memória e da informação coletiva. O direito ao esquecimento remonta o modo e a finalidade aos quais os dados são recordados. Neste sentido, ao ocorrer a ponderação do direito ao esquecimento com outros direitos, nem sempre a ponderação resultará na preponderância ao direito ao esquecimento.²³

Em diversos Estados europeus, o direito ao esquecimento já está contido em suas Leis de Imprensa, como restrição legal às publicações relativas a fatos ou eventos históricos. No entanto, esse direito costuma ser somente aplicado em contextos específicos acerca de publicações sobre criminosos condenados, quando o interesse da reintegração prevalecer sobre o interesse da sociedade ser informada acerca da história de indivíduos específicos e seus arquivos criminais.²⁴

A noção de privacidade surge como proteção da vida íntima, familiar, pessoal dos indivíduos, sendo vedado a sua violação por outrem. Neste sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 12, estabelece que “ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”²⁵.

O direito à privacidade consiste em um direito subjetivo de

do código civil e da lei de imprensa. *Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 235, p.1-36, jan. 2004, p. 10.

²³ SCHEREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. Atlas: Rio de Janeiro, 2013, p. 24.

²⁴ HOBOKEN, Joris van. *The Proposed Right to be Forgotten Seen from the Perspective of Our Right to Remember: Freedom of Expression Safeguards in a Converging Information Environment*, June 2013. Disponível em: <http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/VanHoboken_RightTo%20Be%20Forgotten_Manuscript_2013.pdf> Acessado em 03 nov. 2015.

²⁵ ONU, Comissão de Direitos Humanos da. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declaração-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em 04 nov. 2015.

todas as pessoas (brasileiras ou estrangeiras, residentes ou transeuntes, físicas ou jurídicas) que obsta os outros indivíduos a violarem a sua privacidade e também permite controlar as suas informações privadas. A privacidade pode ser classificada conforme o seu âmbito de proteção, dentre aos quais, podemos destacar a privacidade física, de domicílio, de comunicação, de informações, etc. Na doutrina americana encontra-se *the right to be let alone*, cuja tradução costuma ser "o direito de ser deixado só" ou o "direito de ser deixado em paz". Neste sentido, os indivíduos possuem o direito de obstar aqueles que desejam adentrar em sua privacidade e poderem restar sem notoriedade ou publicidade que não desejaram.²⁶ Cabe referir que a expressão *the right to be let alone* foi utilizada pela primeira vez em 1890 por Samuel Warren e Louis Brandeis em um artigo acerca da privacidade.²⁷

Segundo Luís Roberto Barroso, a doutrina majoritária afirma que a privacidade dos indivíduos que possuem uma vida mais pública que outros deve ser analisada e relativizada frente àqueles que não possuem maior exposição.²⁸

O direito à privacidade visa proteger aquilo que os indivíduos desejam que os outros não saibam. O estudo do direito ao esquecimento colide diretamente com o direito à informação (direito de informar e ser informado). Deve ser sopesado o acesso à informação com a proteção dos direitos da personalidade, sem que haja abusos no controle e difusão de dados e, tampouco o direito à informação deve ser considerado absoluto. Deve haver um equilíbrio nesses direitos.

²⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, v. 88, p.439-459, 1 set. 1993. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231/69841>>. Acesso em 28/07/2019, p. 440-445.

²⁷ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Direito ao esquecimento e internet: o fundamento legal no direito comunitário europeu, no direito italiano e no direito brasileiro. Revista dos Tribunais, v. 946, p. 77-109, ago. 2014. WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D.. The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, 15 dez. 1890.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 1, n. 235, p.1-36, jan. 2004.

Direitos como a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa e o direito à informação são direitos fundamentais indispensáveis para um Estado de Direito e foram obtidos, via de regra, após contínuas batalhas, razão pela qual, os institutos que se contrapõem a essas liberdades devem ser minuciosamente analisados.²⁹ François Ost ainda alerta acerca dos perigos da aplicação do direito ao esquecimento por aqueles que protagonizaram acontecimentos terríveis na história da humanidade, para que seus feitos não fossem recontados no futuro. Neste sentido, ressalta a importância do direito à memória.³⁰

Cabe referir ainda a desigualdade enfrentada por aqueles que possuem suas informações divulgadas em meios de comunicação de massa, visto que o indivíduo possui, via de regra, menor força política, econômica e social que as empresas que exteriorizam as informações privadas. Não bastasse, subsistem barreiras técnicas que exigem avanços do poder judiciário, do poder legislativo e dos operadores do direito.

A Diretiva n. 46/1995/CE relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação da informação do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de outubro de 1995, em seu artigo 12º, prevê:

Artigo 12º

Direito de acesso

Os Estados-membros garantirão às pessoas em causa o direito de obterem do responsável pelo tratamento:

a) Livremente e sem restrições, com periodicidade razoável e sem demora ou custos excessivos:

– a confirmação de terem ou não sido tratados dados que lhes digam respeito, e informações pelo menos sobre os fins a que se destina esse tratamento, as categorias de dados sobre que incide e os destinatários ou categorias de destinatários a quem são comunicados os dados,

– a comunicação, sob forma inteligível, dos dados sujeitos a tratamento e de quaisquer informações disponíveis sobre a origem dos dados,

²⁹ Idem.

³⁰ OST, François. O tempo do direito. Bauru: EDUSC, 2005, p. 160-162.

- o conhecimento da lógica subjacente ao tratamento automatizado dos dados que lhe digam respeito, pelo menos no que se refere às decisões automatizadas referidas no nº 1 do artigo 15º;
- b) Consoante o caso, a rectificação, o apagamento ou o bloqueio dos dados cujo tratamento não cumpra o disposto na presente directiva, nomeadamente devido ao carácter incompleto ou inexacto desses dados;
- c) A notificação aos terceiros a quem os dados tenham sido comunicados de qualquer rectificação, apagamento ou bloqueio efectuado nos termos da alínea b), salvo se isso for comprovadamente impossível ou implicar um esforço desproporcionado.³¹

Já a Directiva 2002/58/CE de 12 de julho de 2002 é relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas iniciou nova discussão acerca da utilização para sempre de informações pessoais em poder de terceiros, assim como o possível controle de seu uso.³²

A Vice-Presidente da Comissão de Justiça da União Europeia, Viviane Reding, apresentou proposta de revisão das diretivas anteriores, para que se contemple, expressamente, o direito ao esquecimento dos usuários de internet.³³

Cabe referir, ainda que brevemente, a Lei 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, que possibilita a exclusão definitiva dos dados pessoais em seu artigo 7º, VIII. Tal dispositivo reconhece o acesso à internet como essencial ao exercício da

³¹ Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de outubro de 1995 relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. 23/11/1995. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/95-46-ce/dir1995-46_part2_pt.pdf> Acessado em: 21/05/2015.

³² Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de julho de 2002 relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das comunicações electrónicas. 37/07/2002. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:201:0037:0047:pt:PDF>> Acessado em: 28/07/2019.

³³ Disponível em: <<http://www.theguardian.com/technology/2014/jun/04/eu-commissioner-right-to-be-forgotten-enforce-copyright-google>> Acessado em: 28/07/2019.

cidadania e assegura o direito à exclusão definitiva de dados pessoais que o jurisdicionado tenha fornecido. Assim prevê o referido dispositivo:

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

[...]

X – exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de Internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei”.³⁴

Embora os fatos sejam verdadeiros e os direitos coletivos como de imprensa, memória, de ser informado, etc. devam ser respeitados, é necessário relevar se a informação disponibilizada causa apenas lesão à dignidade da pessoa humana.³⁵ Com a finalidade de ilustrar a aplicação do direito ao esquecimento, serão apresentados casos concretos e notórios onde o direito ao esquecimento foi reconhecido e aplicado, contribuindo fortemente para o estudo do tema.

1.2 Direito ao Esquecimento e Proteção da Personalidade nas mídias digitais: casos concretos

O caso Aída Curi, consoante já dito, é *leading case* acerca da aplicação do direito ao esquecimento no Brasil. No entanto, a título de complementação da pesquisa aqui desenvolvida, e de sua análise, outros casos análogos podem servir de referência para auxiliar na exata compreensão da relação entre o “esquecimento” e a “personalidade humana”. A anteceder a exposição dos casos, cabe recordar que a discussão acerca do direito ao esquecimento vem sendo cada vez mais discutido em razão da evolução tecnológica.

O caso “Melvin vs. Reid” ocorrido nos Estados Unidos

³⁴ BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Publicado no DOU de 24/04/2014.

³⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2007, p. 186.

merece ser comentado. Gabrielle Darley era uma prostituta que foi acusada de homicídio e inocentada. Após, largou o ofício e conheceu Bernard Melvin, com quem se casou. Desde então, viveu uma vida exemplar, virtuosa, honorável e correta, assumindo um lugar de respeito na sociedade e fazendo diversos amigos que não sabiam dos incidentes de sua vida pregressa. Todavia, anos depois, Doroty Davenport Reid produziu o filme “The Red Kimono” que retratava a vida pregressa de Gabrielle, sem seu conhecimento e consentimento. O filme foi exibido nas televisões da Califórnia, Arizona e muitos outros estados. O marido Melvin buscou reparação e a corte da Califórnia reconheceu a procedência do pedido.³⁶

A multiplicação de informação ou conteúdo indesejado tem sido nominado *Streisand Effect* (Efeito Streisand). Tal expressão se refere à tentativa da atriz e cantora norte-americana Barbara Streisand em 2003 de retirar da internet uma foto aérea da sua mansão da coleção de 12.000 fotos da costa da Califórnia feita pelo fotógrafo Keneth Adelman. A tentativa produziu efeito contrário daquele esperado: a foto foi visualizada por milhares de pessoas justamente em decorrência da tentativa de remoção.³⁷ Neste sentido, é importante o operador do Direito, ao buscar o reconhecimento do direito ao esquecimento, requerer a tramitação do processo judicial sob sigilo de justiça, sob pena de ação judicial causar um efeito contrário ao que se busca.

O espanhol Mario Costeja González solicitou que um link de um artigo digitalizado de 1998 do jornal *La Vanguardia* do leilão de sua casa por um débito que ele pagou em seguida fosse removido dos resultados de pesquisa do Google. A suprema corte espanhola determinou que o Google deve obedecer as normas da União Europeia de direito da informação. No primeiro dia em que o Google permitiu que os cidadãos europeus pudessem apagar seus resultados nas pesquisas, houve doze mil solicitações.³⁸

³⁶ Disponível em: <<https://casetext.com/case/melvin-v-reid>> Acessado em 28/07/2019.

³⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Direitos comunicativos como direitos humanos: abrangência, limites, acesso à internet e direito ao esquecimento. *Revista dos Tribunais*, v. 960, p.249-267, out. 2015.

³⁸ <<http://www.europenews.net/index.php/sid/222490797>> Acessado em: 28/07/2019.

Existem vários processos de celebridades contra as empresas Google e Yahoo! Na Argentina para a remoção de determinados resultados nas buscas e a remoção de links de fotografias. O caso de Virginia de Cunha envolve fotografias que foram tiradas e armazenadas na internet com a sua permissão, mas os resultados nas buscas a relacionam com material pornográfico.³⁹

Em 1969 em Lebach, na Alemanha, houve uma chacina de quatro soldados que guardavam um depósito de armas e munições. Duas pessoas foram condenadas à prisão perpétua, e o terceiro a seis anos de reclusão. Uma emissora de televisão produziu, um documentário acerca do crime utilizando uma dramatização do ocorrido através de atores. Sem embargo, seriam apresentadas fotografias reais, os nomes de todos os condenados e as possíveis ligações homossexuais que existiam entre eles. O documentário seria apresentado em uma noite de sexta-feira, dias antes de o terceiro condenado deixar a prisão após o cumprimento da pena. Este pleiteou uma tutela liminar para que o programa não fosse exibido, demonstrando a proteção de seu direito ao desenvolvimento, previsto na Constituição alemã. O caso chegou até o Tribunal Constitucional alemão, onde a Corte decidiu que a rede de televisão não poderia transmitir o documentário caso a fotografia ou o nome do reclamante fossem expostos. A decisão recebeu a seguinte ementa:

1. Uma instituição de Rádio ou Televisão pode se valer, em princípio, em face de cada programa, primeiramente da proteção do Art. 5 I 2 GG. A liberdade de radiodifusão abrange tanto a seleção do conteúdo apresentado como também a decisão sobre o tipo e o modo da apresentação, incluindo a forma escolhida de programa. Só quando a liberdade de radiodifusão colidir com outros bens jurídicos pode importar o interesse perseguido pelo programa concreto, o tipo e o modo de configuração e o efeito atingido ou previsto.

³⁹ ROSEN, Jeffrey. *The Right to be Forgotten*. Stanford Law Review Online, volume 64, número 88, 12 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.stanfordlawreview.org/sites/default/files/online/topics/64-SLRO-88.pdf>>. Acessado em: 21 mai. 2015. CARTER, Edward L. *Argentina's Right to be Forgotten*. Emory International Law Review, volume 27, 2013. Disponível em: <http://law.emory.edu/eilr/_documents/volumes/27/1/recent-developments/carter.pdf> Acessado em 28/07/2019.

2. As normas dos §§ 22, 23 da Lei da Propriedade Intelectual-Artística (Kunsturhebergesetz) oferecem espaço suficiente para uma ponderação de interesses que leve em consideração a eficácia horizontal (Ausstrahlungswirkung) da liberdade de radiodifusão segundo o Art. 5 I 2 GG, de um lado, e a proteção à personalidade segundo o Art. 2 I c. c. Art. 5 I 2 GG, do outro. Aqui não se pode outorgar a nenhum dos dois valores constitucionais, em princípio, a prevalência [absoluta] sobre o outro. No caso particular, a intensidade da intervenção no âmbito da personalidade deve ser ponderada com o interesse de informação da população.

3. Em face do noticiário atual sobre delitos graves, o interesse de informação da população merece em geral prevalência sobre o direito de personalidade do criminoso. Porém, deve ser observado, além do respeito à mais íntima e intangível área da vida, o princípio da proporcionalidade: Segundo este, a informação do nome, foto ou outra identificação do criminoso nem sempre é permitida. A proteção constitucional da personalidade, porém, não admite que a televisão se ocupe com a pessoa do criminoso e sua vida privada por tempo ilimitado e além da notícia atual, p.ex. na forma de um documentário. Um noticiário posterior será, de qualquer forma, inadmissível se ele tiver o condão, em face da informação atual, de provocar um prejuízo considerável novo ou adicional à pessoa do criminoso, especialmente se ameaçar sua reintegração à sociedade (ressocialização⁴⁰).

No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) do Brasil, recentemente julgou o REsp 1334097/RJ acerca do direito ao esquecimento no chamado caso da “Chacina da Candelária”. No referido caso, um acusado de participar de uma sequência de homicídios em 23 de julho de 1996 no Rio de Janeiro restou absolvido pelo tribunal do júri. Em 2006, o programa Linha Direta-Justiça da TV Globo referiu o acusado/absolvido como participante da chacina.⁴¹

⁴⁰ LIMA, George Marmelstein. Proteção Judicial dos Direitos Fundamentais: Diálogo constitucional entre o Brasil e a Alemanha. Niterói, 2007. Disponível em: <<http://georgemlima.xpg.uol.com.br/alemanha.pdf>>. Acessado em: 21 de maio de 2015.

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.334.097 - RJ. Globo Comunicações e Participações S/A e Jurandir Gomes de França. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Acórdão 28/05/2013. Publicado no Diário Oficial de Justiça Eletrônico de 10/09/2013. Votação unânime de acordo com o relator.

O acusado/absolvido, em decorrência do programa, precisou alienar seus bens, perdeu o seu emprego, foi alvo de acusações e precisou mudar de domicílio para que não fosse morto por justiceiros ou traficantes. Com isso, o acusado/absolvido ajuizou ação contra a emissora. A ação restou improcedente em primeira instância e procedente em segunda.⁴²

Houve um reconhecimento do conflito entre o artigo 5º, IX da Constituição Federal que estabelece que "é livre a expressão, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença" e o inciso X, imediatamente seguinte que estabelece a inviolabilidade da "vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".⁴³

No caso analisado, houve o reconhecimento do abuso praticado pela emissora ao tratar o acusado/absolvido como um criminoso que escapou por entre os dedos da justiça. Com isso, houve pela primeira vez no STJ o reconhecimento do direito ao esquecimento.⁴⁴

Houve o reconhecimento do caso norte-americano conhecido como "Melvin vs. Reid" e do alemão "Lebach". Ainda, citou-se o artigo 748 do Código de Processo Penal que prevê que "a condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal".⁴⁵

A apresentadora de televisão Xuxa Meneghel ajuizou ação em face ao Google para que não apresentasse resultados quando as palavras-chaves relacionadas à "Xuxa pedófila" fossem inseridas, ou qualquer outra que associasse o seu nome, independentemente se seu nome estivesse correto, a uma prática criminosa, sob pena de multa. Trata-se de pesquisas que remetem ao filme "Amor Estranho

⁴² Idem, *ibidem*.

⁴³ Idem, *ibidem*.

⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.334.097 - RJ. Globo Comunicações e Participações S/A e Jurandir Gomes de França. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Acórdão 28/05/2013. Publicado no Diário Oficial de Justiça Eletrônico de 10/09/2013. Votação unânime de acordo com o relator.

⁴⁵ Idem.

Amor” de 1982, dirigido por Walter Hugo Khouri, em que a apresentadora (na época atriz e modelo) atua em cena erótica com um menino.⁴⁶

Em primeira instância, o juiz concedeu a antecipação de tutela para não permitir que aparecessem respostas às pesquisas. O juiz fixou uma multa de vinte mil reais para cada resultado apresentado nas pesquisas. Em recurso, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) determinou que apenas as imagens deveriam ser restringidas, sem necessidade de remoção dos links e manteve a multa.

Já no Superior Tribunal de Justiça a empresa alegou que o artigo 248 do código civil que prevê que “se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos”.⁴⁷ Alegou que não há tecnologia disponível para determinar a censura de certas imagens de forma tão específica.

A Ministra relatora Nancy Andrighi ressaltou que o caso foi o primeiro em relação a sites de busca no Superior Tribunal de Justiça. Asseverou que a empresa somente indica os links dos parâmetros de busca que o próprio usuário determinou. Ainda, destacou que a empresa, como site de pesquisa, presta serviço essencial e que a própria restrição da empresa poderia prejudicar a divulgação do próprio trabalho da apresentadora. Por fim, estabeleceu que não é possível reprimir o direito da coletividade à informação em detrimento da exibição de conteúdo indesejado de alguém.

Aqui foram abordados alguns dos casos mais notórios e discutidos do mundo e, principalmente, do Brasil, com a finalidade de exemplificar e contextualizar o direito ao esquecimento, ressaltando a sua relevância no mundo hodierno, em que nos deparamos com um avanço tecnológico desenfreado e, muitas vezes, desregulamentado. A seguir, será analisado especificamente o caso Aída Curi e este será relacionado ao tema do direito ao esquecimento.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Reclamação 15.955. Maria da Graça Xuxa Meneghel e Google Brasil Internet Ltda. Relator Ministro Celso de Mello. Acórdão 24/09/2014.

⁴⁷ BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Texto publicado no DOU de 11/01/2002.

2 O CASO AÍDA CURI, DIREITO AO ESQUECIMENTO E DANOS MORAIS E À PERSONALIDADE

O caso “Aída Curi” se refere à morte da jovem Aída Jacob Curi, então com 18 anos, no bairro de Copacabana do Rio de Janeiro. A garota, nascida em Belo Horizonte, morou em Goiás antes de mudar-se para a cidade do Rio de Janeiro. Como seu pai havia morrido quando estava na tenra idade e por uma sucessão de questões familiares, morou em no Educandário Gonçalves de Araújo, um colégio interno, destinado a meninas órfãs, apesar de constantemente receber visitas de sua mãe.

Era considerada extremamente inocente por ter tido pouco contato com o mundo exterior à escola. Em 14 de julho de 1958, quando saía de um curso de datilografia em Copacabana com uma amiga, Ione Arruda Gomes, foi abordada por Ronaldo Guilherme de Souza Castro de 19 anos. Ronaldo conseguiu persuadi-la a ir até a casa de um amigo, Cácio Murilo Ferreira da Silva de 17 anos, onde poderia disfrutar da vista mais bonita da praia.

Tratava-se do Edifício Rio Nobre, na Avenida Atlântica, cujo porteiro Antônio João de Souza de 27 anos era amigo de Cácio e Ronaldo. Os três tentaram estuprar Aída na cobertura do prédio. Segundo a perícia realizada na apuração do crime, Aída foi submetida a pelo menos trinta minutos de tortura e luta intensa antes de desmaiar. Segundo o Instituto Médico Legal, Aída morreu virgem, ou seja, o crime de estupro não foi consumado.

Para evitarem uma eventual condenação, tentaram simular um suicídio de Aída colocando-a no parapeito da cobertura e empurrando-a. Aída faleceu em decorrência da queda.

Após o crime, Ronaldo foi absolvido, após três julgamentos, por homicídio e condenado por atentado violento ao pudor e tentativa de estupro a uma pena de oito anos e nove meses. Antônio foi absolvido da acusação de homicídio e fugiu após o segundo julgamento. Cácio, que possuía menos de 18 anos na época do crime, foi encaminhado ao Serviço de Assistência ao Menor (SAM).⁴⁸

O crime chocou a sociedade brasileira no final da década de

⁴⁸ Disponível em: <<http://redeglobo.globo.com/Linhadireta/0,26665,GIJ0-5257-215780,00.html>> Acessado em 28/07/2019.

1950. O nome da jovem vítima foi dado a diversas ruas do estado do Rio de Janeiro.

Muitos anos depois, o programa de televisão Linha Direta Justiça da TV Globo Ltda. (Globo Comunicações e Participações S.A.) exibiu uma reportagem acerca do ocorrido.

Nelson Curi, Roberto Curi, Waldir Cury e Maurício Curi, irmãos de Aída Curi, ingressaram com uma ação indenizatória de danos à imagem da falecida, danos materiais e danos morais pela recordação de dolorosas memórias em face da emissora.

Os autores argumentaram que mesmo tendo sido notificada, a emissora não se absteve de exibir a reportagem, explorando o caso através de audiência e publicidade às custas de dolorosas memórias passadas pela família Curi que há muito tempo haviam sido esquecidas pela imprensa.

2.1 O Julgamento pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Segundo o relatório do desembargador relator Ricardo Rodrigues Cardozo, em jurisdição de primeiro grau houve a improcedência da ação, tendo o juiz fundamentado que a reportagem teria se limitado a retratar os fatos ocorridos de um célebre acontecimento. Os irmãos de Aída apelaram alegando, entre outros, a violação da garantia constitucional do acesso à justiça e da isonomia ao reconhecer a liberdade de expressão em detrimento das garantias relacionadas ao direito da personalidade.⁴⁹

Em segundo grau, no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, de acordo com o desembargador relator, não houve ilícito algum cometido pela emissora, sendo que todas as informações demonstradas eram públicas. O desembargador ressalta por *obiter dictum* que na época do julgamento, uma entrada no site de pesquisa Google acusava mais de 470.000 resultados, demonstrando a notoriedade do caso em liça. Acerca da colisão entre os direitos fundamentais alegados pelas partes, o desembargador manifestou-se da seguinte maneira:

⁴⁹Disponível em: BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0123305-77.2004.8.19.0001. Nelson Curi e outros e Globo Comunicação e Participações S.A. Relator Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo. Acórdão 17/08/2010. Negado o provimento ao recurso, vencida a desembargadora revisora.

A Ré nada criou ou inventou, mas apenas cumpriu com sua função social de informar, alertar e abrir o debate sobre o controvertido caso. Os meios de comunicação também têm este dever, que se sobrepõe ao interesse individual de alguns, que querem e desejam esquecer o passado.

O esquecimento não é o caminho salvador para tudo. Muitas vezes é necessário reviver o passado para que as novas gerações fiquem alertadas e repensem alguns procedimentos de conduta do presente. Embora impactante, não vejo como possa prevalecer no caso concreto a tese de que a família da vítima tem o direito absoluto de esquecer o evento passado. Digo evento, e não sofrimento, embora aquele acarrete este, mas não se tenha como dissociá-los. Assim, muito embora os fatos narrados recordem o triste assassinato da irmã do Apelantes/Autores, trazendo à tona todo o sofrimento familiar vivenciado, o fato é que o caso apresentado pela emissora de televisão refletiu-se, a meu ver, mais positivamente para a sociedade.

Sei muito bem que nesta seara, as fronteiras entre o direito da vítima e o direito de veicular informações, esclarecimentos, alertar a sociedade civil, é sutil. Todavia, o interesse coletivo sempre se sobrepõe ao particular.⁵⁰

Assim, em sede de segunda instância o pedido restou indeferido. Houve recurso e este foi julgado pela quarta turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), sendo o Ministro Luis Felipe Salomão o relator do julgamento, conforme será exposto a seguir.

2.2 O Julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça

Inicialmente o Ministro Luis Felipe Salomão apontou o conflito entre liberdade de expressão/informação e intimidade, privacidade e honra, reconheceu a possibilidade do STJ poder analisar o caso e verificou que não houve nulidade no julgamento anterior.⁵¹

⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0123305-77.2004.8.19.0001. Nelson Curi e outros e Globo Comunicação e Participações S.A. Relator Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo. Acórdão 17/08/2010. Negado o provimento ao recurso, vencida a desembargadora revisora, p. 04.

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.335.153. Nelson Curi e outros e Globo Comunicação e Participações S.A. Relator Ministro Luis

O Ministro Salomão apresenta uma valiosa introdução acerca do mérito, relacionando-o à contemporaneidade e ao STJ:

A questão posta nos presentes autos diz respeito a conhecido conflito de valores e direitos, todos acolhidos pelo mais alto diploma do ordenamento jurídico, mas que as transformações sociais, culturais e tecnológicas encarregaram-se de lhe atribuir também uma nova feição, confirmando a máxima segundo a qual o ser humano e a vida em sociedade são bem mais inventivos que o estático direito legislado.

Neste campo, o Judiciário foi instado a resolver os conflitos por demais recorrentes entre a liberdade de informação e de expressão e os direitos inerentes à personalidade, ambos de estatura constitucional.

Na verdade, o mencionado conflito é mesmo imanente à própria opção constitucional pela proteção de valores quase sempre antagônicos, os quais, em última análise, representam, de um lado, o legítimo interesse de "querer ocultar-se" e, de outro, o também legítimo interesse de se "fazer revelar".

Diversos precedentes deste Superior Tribunal de Justiça analisaram casos de confronto entre publicações jornalísticas e alegadas ofensas aos direitos da personalidade. As soluções conferidas, nesses casos, quase sempre estiveram inseridas em um contexto de ilicitude da publicação – em razão de conteúdo difamatório ou inverídico – e em um cenário de contemporaneidade da notícia.

Bem por isso esta Quarta Turma, analisando os contornos de eventual ilicitude de matérias jornalísticas, abraçou a tese segundo a qual a liberdade de imprensa, por não ser absoluta, encontra algumas limitações, como: "(I) o compromisso ético com a informação verossímil; (II) a preservação dos chamados direitos da personalidade, entre os quais incluem-se os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade; e (III) a vedação de veiculação de crítica jornalística com intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (animus injuriandi vel diffamandi)" (REsp 801.109/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 12/06/2012).⁵²

Felipe Salomão. Acórdão 28/05/2013. Negado provimento ao recurso. Votaram vencidos os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti e Marco Buzzi e os Srs. Ministros Raul Araújo Filho e Antonio Carlos Ferreira votaram com o relator.

⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.335.153. Nelson Curi e outros e Globo Comunicação e Participações S.A. Relator Ministro Luis

Desta forma, o Ministro enquadra a lide nos constantes conflitos entre os direitos à liberdade de expressão e os direitos da personalidade. Todavia, apresenta a peculiaridade do caso: a ausência de contemporaneidade da notícia. Ressalta que com o advento do Enunciado n. 531 da VI Jornada de Direito Civil promovido pelo CJF/STJ o direito ao esquecimento ganha força na doutrina jurídica brasileira e estrangeira. Neste sentido, estabelece:

ENUNCIADOS APROVADOS NA VI JORNADA DE DIREITO CIVIL COORDENADOR GERAL DO EVENTO: RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR

[...]

ENUNCIADO 531 - A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Artigo: 11 do Código Civil Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.⁵³

Após, reconhece a dificuldade em apagar dados da internet e passa a demonstrar debates que ocorrem pelo mundo acerca do tema, elucidando casos como o desejo da União Europeia em modificar diretivas para incluir o direito ao esquecimento, à palestra do executivo do Google, Eric Schmidt que a internet precisa de um botão de deletar e ao caso da ginasta Marta Bobo, em que quando tinha 18 anos uma reportagem noticiou que estava com anorexia, porém, a ex-ginasta com 45 anos continua verificando a mesma notícia, conforme previamente exposto. Após, o Ministro aponta alguns argumentos contra o direito ao esquecimento:

Felipe Salomão. Acórdão 28/05/2013. Negado provimento ao recurso. Votaram vencidos os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti e Marco Buzzi e os Srs. Ministros Raul Araújo Filho e Antonio Carlos Ferreira votaram com o relator. P. 16.

⁵³ BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. (Comp.). *Enunciado 531: VI Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>. Acesso em: 19 fev. 2015.

Grosso modo, entre outras assertivas contrárias à tese do direito ao esquecimento, afirmam-se que: i) o acolhimento do chamado direito ao esquecimento constitui atentado à liberdade de expressão e de imprensa; ii) o direito de fazer desaparecer as informações que retratam uma pessoa significa perda da própria história, o que vale dizer que o direito ao esquecimento afronta o direito à memória de toda a sociedade; iii) cogitar de um direito ao esquecimento é sinal de que a privacidade é a censura do nosso tempo; iv) o mencionado direito ao esquecimento colidiria com a própria ideia de direitos, porque estes têm aptidão de regular a relação entre o indivíduo e a sociedade, ao passo que aquele finge que essa relação não existe - um "delírio da modernidade"; v) o direito ao esquecimento teria o condão de fazer desaparecer registros sobre crimes e criminosos perversos, que entraram para a história social, policial e judiciária, informações de inegável interesse público; vi) ou uma coisa é, na sua essência, lícita ou é ilícita, não sendo possível que uma informação lícita transforme-se em ilícita pela simples passagem do tempo; vii) quando alguém se insere em um fato de interesse coletivo, mitiga-se a proteção à intimidade e privacidade em benefício do interesse público e, ademais, uma segunda publicação (a lembrança, que conflita com o esquecimento) nada mais faz do que reafirmar um fato que já é de conhecimento público; viii) e, finalmente, que programas policiais relatando acontecimentos passados, como crimes cruéis ou assassinos célebres, são e sempre foram absolutamente normais no Brasil e no exterior, sendo inerentes à própria atividade jornalística.⁵⁴

O Ministro adverte às mudanças sociológicas trazidas pelas inovações tecnológicas. Ainda, reafirma o papel fundamental que desempenha a liberdade de imprensa em todo Estado democrático. É necessário recordarmos das décadas passadas em que o Brasil vivenciou uma ditadura militar e os direitos à liberdade de imprensa foram tolhidos.

Posteriormente, o Ministro inicia a expor as disposições legais que são aplicáveis ao caso. Ressalta o artigo capítulo V da

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.335.153. Nelson Curi e outros e Globo Comunicação e Participações S.A. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Acórdão 28/05/2013. Negado provimento ao recurso. Votaram vencidos os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti e Marco Buzzi e os Srs. Ministros Raul Araújo Filho e Antonio Carlos Ferreira votaram com o relator. P. 19.

Constituição Federal, que inclui os artigos 220-224 e prossegue com a citação dos incisos IX e X do artigo 5º da Constituição Federal:

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

[...]

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;⁵⁵

Após, ressalta que existe uma “inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana”, pois o artigo 1º da Constituição Federal estabelece que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:” e em seu inciso terceiro prevê a dignidade da pessoa humana. Desta forma o Ministro entende a dignidade da pessoa humana como mais que um direito - um fundamento da República em que os outros direitos deverão ser interpretados e posteriormente reconhecidos. O Ministro estabelece:

A cláusula constitucional da dignidade da pessoa humana garante que o homem seja tratado como sujeito cujo valor supera ao de todas as coisas criadas por ele próprio, como o mercado, a imprensa e até mesmo o Estado, edificando um núcleo intangível de proteção oponível erga omnes, circunstância que legitima, em uma ponderação de valores constitucionalmente protegidos, sempre em vista os parâmetros da proporcionalidade e razoabilidade, que algum sacrifício possa ser suportado, caso a caso, pelos titulares de outros bens e direitos.⁵⁶

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.335.153. Nelson Curi e outros e Globo Comunicação e Participações S.A. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Acórdão 28/05/2013. Negado provimento ao recurso. Votaram vencidos os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti e Marco Buzzi e os Srs. Ministros Raul Araújo Filho e Antonio Carlos Ferreira votaram com o relator. P. 19.

⁵⁶ Idem, p. 24.

Acerca da legislação infraconstitucional o Ministro citou os artigos 11, 20 e 21 do Código Civil de 2002:

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

[...]

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.⁵⁷

Após, o Ministro inicia a abordagem da questão da historicidade de um tempo, onde crimes e criminosos históricos poderiam vir a desaparecer da história e a tutela em questão e o interesse público.

Inicia esclarecendo acerca da importância da exposição das notícias para demonstração de traços políticos, sociais ou culturais de determinada época. Pondera que por menores que sejam os fatos noticiados, se tratam de “um retrato de determinado momento e revelam as características de um povo na época retratada”.⁵⁸ Ressalta, ainda, aqueles que desejam perpetuar na lembrança para que haja maior conscientização acerca de direitos como o caso da biofarmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, que contribuiu

⁵⁷ BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Texto publicado no DOU de 11/01/2002.

⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.335.153. Nelson Curi e outros e Globo Comunicação e Participações S.A. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Acórdão 28/05/2013. Negado provimento ao recurso. Votaram vencidos os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti e Marco Buzzi e os Srs. Ministros Raul Araújo Filho e Antonio Carlos Ferreira votaram com o relator. P. 26

para a edição da Lei n. 11.340 de 2006 e é marco do combate à violência doméstica atualmente.

Todavia, alerta acerca da historicidade da notícia jornalística policial. Um dos problemas pode ser a visão empresarial que as empresas de comunicação têm demonstrado. Há ainda a referência a estudos em que o programa Linha Direta, predecessor do programa Linha Direta Justiça, em que há uma dramatização dos acontecimentos: as vítimas são apresentadas, familiares e testemunhas ouvidos e o apontado como criminoso raramente é ouvido, além da sua versão ser posta em dúvida. Ressalta que ao final do programa, o telespectador está convencido acerca da culpa do criminoso apontado.

O Ministro ainda ressaltou os efeitos que a dramatização e utilização de provas que não poderiam ser utilizadas em juízo para o convencimento dos jurados encarregados pelo julgamento do acusado. O Conselho de Sentença, desta forma, possui acesso à “verdade jornalística” superior à “verdade dos autos”, onde fora proporcionado o direito ao contraditório.

Neste sentido, o Ministro aponta que existem dois momentos distintos em que há o abuso à dignidade da pessoa humana: a primeira logo após a ocorrência do crime e a segunda após muitos anos. Portanto, acerca da historicidade do crime, é necessário verificar possíveis artificiosidades criadas na época do relato do crime.

Acerca do interesse público subjacente ao delito e a cobertura do processo criminal, o Ministro reconhece que é imperiosa a publicidade da resposta estatal ao fenômeno criminal. Diferencia, ainda, interesse público de interesse do público, sendo este comumente guiado por execração pública. Cita ainda o artigo 5º, inciso LX da Constituição Federal que estabelece que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. Ainda, o Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 155, prevê:

Art. 155. Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos:

I – em que o exigir o interesse público;

II – que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos

cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores.⁵⁹

Já a Constituição Federal, em seu artigo 93, inciso IX prevê:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;⁶⁰

Desta forma, a solução para conciliar os interesses em conflito é a restrição da publicidade do processo e a completa e irrestrita publicidade da sentença ou do julgamento. Após, inicia a análise do cabimento do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro. O Ministro relaciona o direito ao esquecimento com outros instrumentos jurídicos presentes na legislação brasileira:

Em termos de instrumental jurídico, o Direito estabiliza o passado e confere previsibilidade ao futuro por institutos bem conhecidos de todos: prescrição, decadência, perdão, anistia, irretroatividade da lei, respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Em alguns desses casos, a justiça material, por vezes fetichista, sede vez à segurança jurídica que deve existir nas relações sociais.⁶¹

O Ministro então ressalta o caso Marlene Dietrich em que houve uma decisão proferida pelo tribunal de última instância

⁵⁹ BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Texto publicado no DOU de 17/01/1973 e republicado em 27/07/2006.

⁶⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: 1988.

⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.335.153. Nelson Curi e outros e Globo Comunicação e Participações S.A. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Acórdão 28/05/2013. Negado provimento ao recurso. Votaram vencidos os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti e Marco Buzzi e os Srs. Ministros Raul Araújo Filho e Antonio Carlos Ferreira votaram com o relator. P. 31.

francês em 20 de abril de 1983 que determinou que caso não seja fundado em necessidades históricas, qualquer pessoa que tenha se envolvido em acontecimentos públicos pode reivindicar o direito ao esquecimento. Há a citação do advogado Pinard em 1858 que disse “o homem célebre, senhores, tem o direito a morrer em paz!”.

Posteriormente o Ministro inicia a análise de decisões importantes ocorridas em outros países acerca do tema, citando o caso Lebach de 1969 e Melvin vs. Reid. Após, reconhece a aplicabilidade do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, não apenas nos princípios decorrentes dos direitos fundamentais ou da dignidade da pessoa humana, mas também do direito positivo infraconstitucional.

Ressalta que não há qualquer previsão legal para o direito ao esquecimento ou de que notícias lícitas tornam-se ilícitas com o transcorrer do tempo. Todavia, subsistem diversos dispositivos e instrumentos que conferem ao direito pátrio uma preferência à estabilização do passado. Desta forma, resta claro que os instrumentos previamente citados como a prescrição, decadência, coisa julgada, etc. são protegidos e devem ser respeitados.

Ressalta que no direito do consumidor brasileiro, o prazo prescricional de cinco anos para que conste em bancos de informações de negativados inadimplentes é de cinco anos. Após haverá a proteção do consumidor, haverá o seu esquecimento, haverá a exclusão de seu nome dos cadastros que constavam que um dia o consumidor foi inadimplente. O artigo 43, § 1º do Código de Defesa do Consumidor estabelece:

Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

§ 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.⁶²

⁶² BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Publicado no DOU de 12/09/1990, com edição extra e retificação em 10/01/2007.

Desta forma, expõe que não é possível haver legalidade em uma conduta de uma empresa, embora tenha decorrido o prazo estabelecido no dispositivo citado anteriormente, veiculasse na mídia ou outros meios que informassem outras pessoas acerca das dívidas dos consumidores.

Todavia, ressalta que é no direito penal onde o direito ao esquecimento é mais vicejante. Neste sentido, o artigo 93 do Código Penal estabelece que “a reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação”. Ainda, o artigo 748 do Código de Processo Penal estabelece que “a condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal”.

Não obstante as disposições citadas anteriormente, o artigo 202 da Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210/84), prevê que:

Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.⁶³

Desta forma, não há motivos para ingressar com pedido de reabilitação para garantir o sigilo da folha de antecedentes para fins civis, visto que se trata de medida automática. Subsiste o direito dos condenados que já cumpriram pena ao sigilo da folha de antecedentes e a exclusão dos registros da condenação no Instituto de Identificação.

Reconheceu que, conforme entendimento sedimentado no Superior Tribunal de Justiça, a verdade é uma limitação à liberdade de informar, pois a notícia inverídica não deve prosperar. Todavia, a veracidade da notícia não significa que ela seja inquestionavelmente lícita. Neste sentido, a verossimilhança da informação é somente um dos requisitos para o exercício da liberdade de imprensa. O Ministro cita como exemplo quando duas pessoas têm vídeos íntimos reproduzidos por outra pessoa - muito embora se esteja tratando de veracidade de

⁶³ BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Publicado no DOU de 13/07/1984.

notícia, não há como permitir a divulgação da referida “notícia” sem consentimento daqueles que tiveram sua intimidade violada.

Utiliza-se, também, como exemplo de restrição à liberdade de imprensa o não questionamento à legislação consumerista referida anteriormente que não permite a manutenção do nome nos cadastros de inadimplentes. Refere que não há qualquer imposição contra essa disposição embora subsista um inegável interesse público de caráter econômico acerca de quem um dia deixou de honrar suas obrigações contratuais.

Desta forma, questões que possuem um potencial difamante maior, como na esfera penal, não podem ser permitidos. Argumenta que um dos pressupostos para haver um crime é o interesse público. Existe grande importância na publicidade do processo penal em decorrência da fiscalização social da resposta estatal que será dada ao suposto crime. No entanto, o interesse público se extingue assim que se é dada a resposta penal ao fato criminoso ou a pena é extinta ou há a absolvição. Caso haja veiculação subsequente, só poderá invocar-se o interesse histórico ou ele será ilegítimo, pois será estigmatizante, de forma a tornar perene as misérias humanas. Neste sentido, não é permissível noticiar determinadas informações eternamente.

Portanto, para que haja a contínua recordação de processos criminais, deverá ser em decorrência de crimes verdadeiramente históricos. O Ministro faz importante consideração:

Com efeito, o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, além de sinalizar uma evolução cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória - que é a conexão do presente com o passado - e a esperança - que é o vínculo do futuro com o presente -, fez clara opção pela segunda.

E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, pois afirma-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana.⁶⁴

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.335.153. Nelson Curi e outros e Globo Comunicação e Participações S.A. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Acórdão 28/05/2013. Negado provimento ao recurso. Votaram

Então retoma ao caso concreto, subdividindo-o em dois: no pedido de indenização pelas lembranças dolorosas, onde se encontra a discussão acerca do direito ao esquecimento, e em relação ao uso comercial da imagem da falecida Aída Curi.

Considerando que os condenados que cumpriram a pena que lhes foi imposta e os absolvidos dos processos criminais, as vítimas de crimes e os seus familiares também possuem direito ao esquecimento, caso queiram. Neste sentido, não são obrigadas a reviverem más experiências do passado que lhes causaram grandes transtornos. É impensável considerar que os criminosos possuem o direito de serem esquecidos (considerando-se a ressocialização do imputado) e não aqueles que foram ofendidos.

Necessário ressaltar que em crimes de grande repercussão não é possível desassociar o crime cometido da vítima. Neste sentido, o Ministro reconhece a historicidade do caso, a sua notoriedade e a impossibilidade de desassociação de Aída Curi do caso Aída Curi. Os julgadores devem verificar se houve uma exacerbada exploração midiática e deve-se permitir um segundo abuso apenas porque o primeiro já ocorreu. Todavia, o caso tratado encontra-se nas exceções relacionadas à ampla publicidade que alguns delitos estão sujeitos.

Com efeito, o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aída Curi, sem Aída Curi.

É evidente ser possível, caso a caso, a ponderação acerca de como o crime tornou-se histórico, podendo o julgador reconhecer que, desde sempre, o que houve foi uma exacerbada exploração midiática, e permitir novamente essa exploração significaria conformar-se com um segundo abuso só porque o primeiro já ocorrera.

Porém, no caso em exame, não ficou reconhecida essa artificialidade ou o abuso antecedente na cobertura do crime,

vencidos os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti e Marco Buzzi e os Srs. Ministros Raul Araújo Filho e Antonio Carlos Ferreira votaram com o relator. P. 39

inserindo-se, portanto, nas exceções decorrentes da ampla publicidade a que podem se sujeitar alguns delitos.⁶⁵

Quanto ao dever de indenizar no caso abordado, o Ministro faz importantes observações. Demonstra que embora haja o reconhecimento de um direito de esquecimento, não há necessariamente um dever de indenizar.

Para que haja o dever de indenizar é necessária a violação de direitos, a ocorrência do dano e donexo causal.

Porém, conforme há o transcurso do tempo e, portanto, vai-se adquirindo o direito ao esquecimento, a dor diminui, sendo que a relembração dos fatos ocorridos já não representam a mesma dor que na época em que ocorriam os fatos. Desta forma, forma-se um efeito gangorra entre o dever de indenizar e o direito ao esquecimento. O Ministro ressalta que a reportagem foi ao ar cinquenta anos após a morte de Aída Curi e, portanto, não há o abalo moral. Desta forma, sustenta:

Nesse particular, fazendo-se a indispensável ponderação de valores, o acolhimento do direito ao esquecimento, no caso, com a consequente indenização, consubstancia desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança.⁶⁶

Acerca da questão do uso indevido da imagem de Aída Curi, cita a súmula n. 403 do STJ que estabelece que “independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”. Acerca da referida súmula, refere que:

⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.335.153. Nelson Curi e outros e Globo Comunicação e Participações S.A. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Acórdão 28/05/2013. Negado provimento ao recurso. Votaram vencidos os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti e Marco Buzzi e os Srs. Ministros Raul Araújo Filho e Antonio Carlos Ferreira votaram com o relator. P. 40

⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.335.153. Nelson Curi e outros e Globo Comunicação e Participações S.A. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Acórdão 28/05/2013. Negado provimento ao recurso. Votaram vencidos os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti e Marco Buzzi e os Srs. Ministros Raul Araújo Filho e Antonio Carlos Ferreira votaram com o relator. P. 41.

O mencionado verbete tem específica razão de ser, a qual nem sempre é bem compreendida, inclusive pela doutrina: é que a imagem da pessoa, além de constituir um patrimônio autônomo do indivíduo, ostenta um duplo aspecto, um moral e outro patrimonial. O valor moral da imagem é vulnerado quando ela é utilizada de forma degradante e desrespeitosa, ao passo que o patrimonial é ofendido quando ocorre a exploração comercial direta da imagem de forma inconstitucional, na esteira da máxima segundo a qual a ninguém é dado enriquecer-se à custa de terceiros ou de sua imagem.

Dáí por que, havendo utilização para fins econômicos ou comerciais (segundo aspecto), dispensa-se a prova do dano (primeiro aspecto).

Exatamente por isso que nem toda veiculação inconstitucional da imagem é indevida ou digna de reparação, mostrando-se frequentes os casos em que a imagem da pessoa é publicada de forma respeitosa e sem nenhum viés comercial ou econômico.

Basta mencionar hipóteses em que pessoas são captadas em locais públicos, sem destaque reforçado, fazendo parte de um cenário maior, que é o objetivo buscado por quem retrata.

Por isso que os precedentes que deram ensejo à Súmula n. 403 ou diziam respeito a uso degradante ou desrespeitoso da imagem, ou diziam respeito ao uso comercial, geralmente, no último caso, com exploração direta da imagem e da notoriedade do retratado.⁶⁷

Neste sentido, o Ministro Luis Felipe Salomão reconhece não houve o uso indevido de imagem da falecida. Afirma que os próprios irmãos de Aída Curi estabelecem que a matéria transmitida foi realizada por atores contratados, expondo somente uma imagem real da falecida Aída Curi. Neste sentido, diferencia-se de uma biografia não autorizada, pois não busca retratar a vida privada da irmã dos autores da ação, mas sim o crime em si. Ainda, a imagem ou nome de Aída Curi não serviu como atrativo de audiência, razão pela qual não houve acréscimo ou decréscimo na receptividade pelos expectadores. Assim, o Ministro Luis Felipe Salomão negou o seguimento ao recurso.

A Ministra Maria Isabel Gallotti proferiu seu voto divergindo do relator. A Ministra baseou-se na proteção ao direito de imagem

⁶⁷ Idem.

contida no artigo 20 do Código Civil, previamente citado. Ela reconhece que se trata de fato verdadeiro e houve fiel retratação do ocorrido pelo programa televisivo. Todavia tratava-se de programa de natureza comercial, que violou o direito à imagem, da falecida Aída Curi e de seus familiares, que no presente caso foram retratados ao lado do corpo, com exibição de foto do corpo da vítima e de seus irmãos. Ressalta que não houve autorização da vítima ou de seus familiares - houve a recusa expressa através de notificação extrajudicial enviada à emissora.

Expõe que não é possível que a exibição do programa acerca de fatos ocorridos há muitas décadas passadas, com a persecução criminal encerrada há muitos anos, fosse necessária para a administração da justiça ou a manutenção da ordem pública.

Acerca da exploração econômica e comercial do caso, a Ministra expõe:

E, no caso, houve destinação a fim comercial. É inequívoco que uma emissora de televisão comercial que exhibe um programa como esse, um teleteatro como consta do voto-vencido do acórdão recorrido, o faz com o intuito de lucro, o que é inerente à atividade empresarial por ela desenvolvida.

Considero relevante a argumentação dos autores de que, como se trata de fato ocorrido na década de cinquenta, não há a atualidade necessária para que se entenda que se trata de programa jornalístico. Não há o interesse público envolvido na divulgação de crimes que ainda estão em fase de persecução criminal.

Já houve o cumprimento das penas dos condenados e a retratada era uma pessoa comum, uma moça qualquer da cidade do Rio de Janeiro.

O episódio de televisão aqui comentado não retratou investigação ou documentário acerca da vida ou de fato que envolvesse personagem da história do País, ou pessoa que, pelo seu modo de vida, por suas atitudes, ensejasse mitigação de seu direito à intimidade, como políticos ou atores famosos.

No caso ora em exame, não considero que a mera circunstância de ter sido um crime amplamente noticiado na década de cinquenta, causando dores e sofrimentos inevitáveis à família, justifique que esses mesmos fatos voltem à tona 50 anos depois, com exibição de fotos familiares e do nome das pessoas envolvidas, como personagens centrais de uma episódio de televisão comercial, contra a expressa vontade da família da vítima.

Observo que a intimidade e a privacidade do morto são protegidas pelo ordenamento jurídico, tanto penal quanto cível, e há um sentimento comum de que as famílias não desejam ver seus mortos ensanguentados expostos em mídia televisiva. Há pessoas que, embora não estejam ensanguentadas, nem tenham sido vítimas de crime, colocam como disposição de última vontade serem veladas com caixão fechado, exatamente porque é um sentimento normal não querer ser visto, mesmo depois de morto, em circunstâncias bastante desagradáveis, constrangimento pelo qual passaram os autores em função da atividade comercial da emissora ré.

Penso que a circunstância de ser exibida a foto da vítima, morta, ensanguentada e abraçada com um dos autores, contra a vontade expressamente manifestada por esse autor, faz incidir a regra do art. 20, parte final, quando dispõe que, se for uma imagem destinada a fim comercial, ela não será exibida sem autorização. A foto real, ou as fotos, da falecida e de seus familiares, faz, na mente do público, o elo entre essas imagens reais e todas as cenas que foram encenadas por atores. Essas fotos e a invocação dos nomes da vítima e de seus familiares trouxe à mente das pessoas que conviveram com Aída Curi, que a conheceram, a dor dos fatos que ocorreram no passado, e isso foi destinado a uma finalidade comercial, e não a uma finalidade histórica ou investigativa.

Portanto, penso que a ação merece guarida também com base na Súmula 403 deste Tribunal, segundo a qual independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoas com fins econômicos ou comerciais.

Não concordo com a tese defendida em memorial pelo advogado da recorrida de que a circunstância de Aída haver sido vítima de evento público, crime hediondo que suscitou, na época, forte interesse coletivo, seja suficiente para mitigar seu direito e o de sua família, já tão vilipendiado pelos criminosos, à intimidade.

Quanto à alegação feita da tribuna e também em memorial de que há 470.000 links na internet sobre o crime, creio que agora, mais de cinquenta anos depois, haver tanto interesse sobre esta desgraça que acometeu pessoa anônima na década de cinquenta, é evidência de como esse programa Linha Direta pôde resgatar um assunto que estava, de fato, esquecido.

Portanto, com a devida vênia, penso que tem razão os autores ao pedirem indenização.⁶⁸

⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.335.153. Nelson Curi e outros e Globo Comunicação e Participações S.A. Relator Ministro Luis

Desta forma, a Ministra ressalta o fim comercial e econômico da emissora, a violação dos direitos à intimidade e privacidade da finada Aída Curi e seus irmãos para este fim, a aplicabilidade da súmula 403 do STJ em razão da independência de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoas com fins econômicos ou comerciais e a majoração de pesquisa e exposição ao caso causado pelo programa exibido.

O Ministro Marco Buzzi acompanha a Ministra Maria Isabel Gallotti no voto divergente. O Ministro assevera que o modo como a foto, a notícia e os fatos foram utilizados fizeram a sociedade recordar do crime horrendo a despeito dos esforços da família Curi de evitar a exibição do problema e do ocorrido não estar relacionado a uma atividade política, social ou sociológica e sem interesse público latente para autorizar a mitigação da privacidade em detrimento do direito de informação.

Ressalta que embora existam fotos disponíveis na internet há diferença com a utilização das mesmas fotos e fatos para fins preponderantemente comerciais com o lucro como objetivo.

Afirma que houve a exposição da família e que o dever de informar não se refere a uma autorização para explorar economicamente um fato passado há muitos anos e que não envolveu pessoas notórias. Assim, não é possível relatar eternamente uma informação desprovida de interesse público ou histórico, violando o direito ao esquecimento.

Desta forma, considerando que a família alertou a empresa recorrida que não concordava com a veiculação do programa retratado e pela forma que os fatos foram encenados, o Ministro determina que subsiste o dever de indenizar. Ressalta, por fim, que houve o evidente intuito econômico da TV Globo ao explorar comercialmente as imagens, enriquecendo à custa alheia, e por ter utilizado verdadeiras fotos de Aída e seus irmãos.

O Ministro Raul Araújo vota conjuntamente com o Ministro Luis Felipe Salomão, negando seguimento ao recurso. Ressalta que

Felipe Salomão. Acórdão 28/05/2013. Negado provimento ao recurso. Votaram vencidos os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti e Marco Buzzi e os Srs. Ministros Raul Araújo Filho e Antonio Carlos Ferreira votaram com o relator. P. 46

os crimes rumorosos sempre podem ser lembrados, especialmente pelo aspecto pedagógico, para que não seja reproduzido no futuro, desde que a reprodução seja fiel aos fatos, considerando o julgamento proferido pelo Poder Judiciário.

Resaltou que quem pode reclamar o direito ao esquecimento são aqueles condenados pelo crime e não as vítimas, pois a lembrança dos acontecimentos somente onera ou penaliza aqueles que cometeram o delito.

Ainda, asseverou que o direito ao esquecimento somente poderá ser oposto quando a vítima é tratada de forma que é quase transformada em culpada pelo delito cometido, como se tivesse parte de culpa no evento ocorrido. Assim, negou provimento ao recurso dos irmãos de Aída Curi.

Após, o Ministro Antonio Carlos Ferreira, estabeleceu que as discussões sobre o direito ao esquecimento não se encerrariam no julgamento e negou provimento ao recurso.

Desta forma, houve três votos vencedores pelo não prosseguimento do recurso e dois votos vencidos pelo prosseguimento. Por fim, a decisão no Superior Tribunal de Justiça do caso em tela restou com a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA . HOMICÍDIO DE REPERCUSSÃO NACIONAL OCORRIDO NO ANO DE 1958. CASO "AIDA CURTI". VEICULAÇÃO, MEIO SÉCULO DEPOIS DO FATO, DO NOME E IMAGEM DA VÍTIMA. NÃO CONSENTIMENTO DOS FAMILIARES. DIREITO AO ESQUECIMENTO. ACOLHIMENTO. NÃO APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO. RECONHECIMENTO DA HISTORICIDADE DO FATO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE DESVINCULAÇÃO DO NOME DA VÍTIMA. ADEMAIS, INEXISTÊNCIA, NO CASO CONCRETO, DE DANO MORAL INDENIZÁVEL. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE IMAGEM. SÚMULA N. 403/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. 1. Avulta a responsabilidade do Superior Tribunal de Justiça em demandas cuja solução é transversal, interdisciplinar, e que abrange,

necessariamente, uma controvérsia constitucional oblíqua, antecedente, ou inerente apenas à fundamentação do acolhimento ou rejeição de ponto situado no âmbito do contencioso infraconstitucional, questões essas que, em princípio, não são apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal.

2. Nos presentes autos, o cerne da controvérsia passa pela ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, a qual, segundo o entendimento dos autores, reabriu antigas feridas já superadas quanto à morte de sua irmã, Aida Curi, no distante ano de 1958. Buscam a proclamação do seu direito ao esquecimento, de não ter revivida, contra a vontade deles, a dor antes experimentada por ocasião da morte de Aida Curi, assim também pela publicidade conferida ao caso décadas passadas.

3. Assim como os condenados que cumpriram pena e os absolvidos que se envolveram em processo-crime (REsp. n. 1.334/097/RJ), as vítimas de crimes e seus familiares têm direito ao esquecimento - se assim desejarem -, direito esse consistente em não se submeterem a desnecessárias lembranças de fatos passados que lhes causaram, por si, inesquecíveis feridas. Caso contrário, chegar-se-ia à antipática e desumana solução de reconhecer esse direito ao ofensor (que está relacionado com sua ressocialização) e retirá-lo dos ofendidos, permitindo que os canais de informação se enriqueçam mediante a indefinida exploração das desgraças privadas pelas quais passaram.

4. Não obstante isso, assim como o direito ao esquecimento do ofensor - condenado e já penalizado - deve ser ponderado pela questão da historicidade do fato narrado, assim também o direito dos ofendidos deve observar esse mesmo parâmetro. Em um crime de repercussão nacional, a vítima - por torpeza do destino - frequentemente se torna elemento indissociável do delito, circunstância que, na generalidade das vezes, inviabiliza a narrativa do crime caso se pretenda omitir a figura do ofendido.

5. Com efeito, o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aida Curi, sem Aida Curi.

6. É evidente ser possível, caso a caso, a ponderação acerca de como o crime tornou-se histórico, podendo o julgador reconhecer que, desde sempre, o que houve foi uma exacerbada exploração midiática, e permitir novamente essa exploração significaria

conformar-se com um segundo abuso só porque o primeiro já ocorreria. Porém, no caso em exame, não ficou reconhecida essa artificiosidade ou o abuso antecedente na cobertura do crime, inserindo-se, portanto, nas exceções decorrentes da ampla publicidade a que podem se sujeitar alguns delitos.

7. Não fosse por isso, o reconhecimento, em tese, de um direito de esquecimento não conduz necessariamente ao dever de indenizar. Em matéria de responsabilidade civil, a violação de direitos encontra-se na seara da ilicitude, cuja existência não dispensa também a ocorrência de dano, com nexos causal, para chegar-se, finalmente, ao dever de indenizar. No caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um “direito ao esquecimento”, na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, lembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes.

8. A reportagem contra a qual se insurgiram os autores foi ao ar 50 (cinquenta) anos depois da morte de Aida Curi, circunstância da qual se conclui não ter havido abalo moral apto a gerar responsabilidade civil. Nesse particular, fazendo-se a indispensável ponderação de valores, o acolhimento do direito ao esquecimento, no caso, com a consequente indenização, consubstancia desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança.

9. Por outro lado, mostra-se inaplicável, no caso concreto, a Súmula n. 403/STJ. As instâncias ordinárias reconheceram que a imagem da falecida não foi utilizada de forma degradante ou desrespeitosa. Ademais, segundo a moldura fática traçada nas instâncias ordinárias - assim também ao que alegam os próprios recorrentes -, não se vislumbra o uso comercial indevido da imagem da falecida, com os contornos que tem dado a jurisprudência para franquear a via da indenização.

10. Recurso especial não provido.⁶⁹

⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.335.153. Nelson Curi e outros e Globo Comunicação e Participações S.A. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Acórdão 28/05/2013. Negado provimento ao recurso. Votaram vencidos os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti e Marco Buzzi e os Srs. Ministros Raul Araújo Filho e Antonio Carlos Ferreira votaram com o relator. P. 01.

Desta forma, o recurso interposto pela família Curi foi indeferido. Após o julgamento no Superior Tribunal de Justiça, houve recurso e foi reconhecida a repercussão geral do caso pelo Supremo Tribunal Federal (STF). O Ministro Dias Toffoli foi o relator.⁷⁰

O Ministro entende que as matérias abordadas no recurso apresentam nítida densidade constitucional e extrapolam os interesses subjetivos das partes, abordando temas relativos à harmonização de importantes princípios constitucionais como a liberdade de expressão e o direito à informação de um lado e a dignidade da pessoa humana e seus corolários, como a inviolabilidade da imagem, da intimidade e da vida privada. Ressalta que a definição acerca destas questões repercutirá por toda sociedade, visto que possui inegável relevância jurídica e social.

O Ministro Marco Aurélio manifestou-se contrário por razões processuais - o recurso extraordinário ainda não havia sido admitido, e restou vencido. Desta forma, o caso obteve repercussão geral e será julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No trabalho, inicialmente foram expostos conceitos e características gerais sobre o direito ao esquecimento. Depois, foram abordados alguns casos concretos notórios que levantaram questões extremamente relevantes e inerentes ao estudo de um tema com intensas discussões doutrinárias como o direito ao esquecimento. Por fim, foi efetivamente abordado o caso Aída Curi, contando com fatos e as decisões judiciais no curso do processo.

Após a análise do tema, é possível extrairmos diversas conclusões, ainda que o processo judicial ainda não tenha transitado em julgado e, possivelmente, o seu desfecho seja muito mais importante do que as decisões anteriores, visto que será julgado pela Suprema Corte do Brasil e com o instituto da repercussão geral.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 833.248.Nelson Curi e outros e Globo Comunicação e Participações S.A. Relator Ministro Dias Toffoli. Acórdão 09/12/2014. Reconhecida a repercussão geral. Votou vencido o Ministro Marco Aurélio.

Como visto, o direito ao esquecimento pode ser entendido como a faculdade que o titular de um dado pessoal possui para vê-lo apagado, suprimido ou bloqueado em virtude de violação aos seus direitos fundamentais graças ao decurso do tempo.

A tecnologia evoluiu de forma que a capacidade de armazenamento de dados se tornou extremamente elevada, de tal maneira que para que sejam inseridos novos dados, os antigos não precisam mais serem apagados. No estágio tecnológico que nos encontramos, é extremamente difícil apagar completamente fatos ocorridos e presentes na rede mundial de computadores. Nesse contexto, o direito ao esquecimento ganha grande relevância.

O direito ao esquecimento coloca um nítido conflito entre questões que eram tidas como exclusivamente de direito privado e de direito público, que acaba instigando uma análise em que é desconsiderada a divisão nestes ramos. Trata-se de conflitos de direitos de caráter público como o direito à informação e direitos de caráter privado, como os direitos da personalidade.

Embora os fatos sejam verdadeiros e os direitos coletivos como de imprensa, memória, de ser informado, etc. devam ser respeitados, é necessário relevar se a informação disponibilizada causa apenas lesão à dignidade da pessoa humana.

Ainda que o estudo do direito ao esquecimento já não seja mais tão recente, seus novos desdobramentos em nossa sociedade da informação exigem um estudo contínuo. Ainda, como visto, muitas vezes a análise de um caso concreto pode se mostrar extremamente importante, pois revela muitos aspectos que deixariam de serem pensados caso fossem pensados apenas em tese.

O caso narrado relaciona-se com outros aqui também mencionados. Sem embargo, diversos outros processos similares já ajuizados e a serem ajuizados tomarão como base o que for decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

Subsiste uma enorme discussão acerca do conflito entre os direitos fundamentais à liberdade de expressão e os direitos da personalidade, que deverão ser ponderados para que o julgador possa argumentar acerca de qual deverá prevalecer.

Nas decisões brasileiras analisadas, embora não exista nenhuma previsão legal para o direito ao esquecimento, diversos dispositivos foram relevados para auxiliar na argumentação da

existência e aplicabilidade do direito ao esquecimento, como a Constituição Federal de 1988, a Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210/84), o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil, o Código de Processo Penal, etc. Neste sentido, considerando a inexistência de uma previsão legal e a demora do legislador em regulamentar novos direitos, tornam os julgadores essenciais para a manutenção da ordem. Também são citados outros institutos do direito que parecem respeitar o passado, como a prescrição, a decadência, a coisa julgada, etc. Cabe referir que é possível a análise de dispositivos de Estados alienígenas para a fundamentação deste complexo direito ao esquecimento.

O próprio fato de haver tanta divergência entre os julgadores de uma corte superior, com entendimentos antagônicos, comprova a complexidade do estudo acerca do direito ao esquecimento e a sua forma de aplicação.

Como observado, subsistem diversos pontos de divergência entre os julgadores, embora eles reiteradamente exponham sua certeza de que o assunto não esgotará com seu julgamento. Analisando o Caso Aída Curi, resta evidente a dificuldade na aplicação do direito ao esquecimento e os seus desdobramentos.

O reconhecimento da repercussão geral ao processo proporciona maior visibilidade ao mesmo e certamente fomentará maior pesquisa acerca do assunto, além de maior segurança jurídica ao instituto do direito ao esquecimento assim que proferido o julgamento.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: ed Malheiros, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. **Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 235, p.1-36, jan. 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. (Comp.). **Enunciado 531: VI Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>. Acesso em: 19 fev. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: 1988.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Texto publicado no DOU de 11/01/2002.

BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Texto publicado no DOU de 17/01/1973 e republicado em 27/07/2006.

BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Publicado no DOU de 13/07/1984.

BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Publicado no DOU de 12/09/1990, com edição extra e retificação em 10/01/2007.

BRASIL. **Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Publicado no DOU de 24/04/2014.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.334.097 - RJ**. Globo Comunicações e Participações S/A e Jurandir Gomes de França. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Acórdão 28/05/2013. Publicado no Diário Oficial de Justiça Eletrônico de 10/09/2013. Votação unânime de acordo com o relator.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.335.153**. Nelson Curi e outros e Globo Comunicação e Participações S.A. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Acórdão 28/05/2013. Negado provimento ao recurso. Votaram vencidos os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti e Marco Buzzi e os Srs. Ministros Raul Araújo Filho e Antonio Carlos Ferreira votaram com o relator.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Reclamação 15.955**. Maria da Graça Xuxa Meneghel e Google Brasil Internet Ltda. Relator Ministro Celso de Mello. Acórdão 24/09/2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 833.248**. Nelson Curi e outros e Globo Comunicação e Participações S.A. Relator Ministro Dias Toffoli. Acórdão 09/12/2014. Reconhecida a repercussão geral. Votou vencido o Ministro Marco Aurélio.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**. Apelação Cível n. 0123305-77.2004.8.19.0001. Nelson Curi e outros e Globo Comunicação e Participações S.A. Relator Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo. Acórdão 17/08/2010. Negado o provimento ao recurso, vencida a desembargadora revisora.

CARTER, Edward L. **Argentina's Right to be Forgotten**. Emory International Law Review, volume 27, 2013. Disponível em: <http://law.emory.edu/eilr/_documents/volumes/27/1/recent-developments/carter.pdf> Acessado em 28 jul. 2019.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. O direito ao esquecimento na sociedade da informação. **Doutrinas Essenciais de Dano Moral**, v. 1, p.557-591, jul. 2015.

DIRETIVA 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de julho de 2002 relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das comunicações electrónicas. 37/07/2002. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:201:0037:0047:pt:PDF>> Acessado em: 28 jul. 2019.

DIRETIVA 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de outubro de 1995 relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. 23/11/1995. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/95-46-ce/dir1995-46_part2_pt.pdf> Acessado em: 21 mai. 2015.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição**: Drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**: teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, v. 88, p.439-459, 1 set. 1993. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231/69841>>. Acesso em: 04/11/2015.

FRANÇA. Constituição (1789). **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das->

Na% C3% A7% C3% B5es-at% C3% A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html. Acesso em: 01 nov. 2015.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Direito ao esquecimento e internet: o fundamento legal no direito comunitário europeu, no direito italiano e no direito brasileiro**. *Revista dos Tribunais*, v. 946, p. 77-109, ago. 2014.

LIMA, George Marmelstein. **Proteção Judicial dos Direitos Fundamentais: Diálogo constitucional entre o Brasil e a Alemanha**. Niterói, 2007. Disponível em: <<http://georgemlima.xpg.uol.com.br/alemanha.pdf>>. Acessado em: 21 de maio de 2015.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Direitos comunicativos como direitos humanos: abrangência, limites, acesso à internet e direito ao esquecimento. *Revista dos Tribunais*, v. 960, p. 249-267, out. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOORE, Gordon E. **Cramming more components onto integrated circuits**. *Electronics*, volume 38, número 8, abril de 1965.

MOORE, Gordon E. **Moore's Law at 40. Understanding Moore's Law: Four Decades of Innovation**. Chemical Heritage Foundation, 1975, p. 67-84.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição federal comentada e legislação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ONU, Comissão de Direitos Humanos da. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declaração-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 04 nov. 2015.

OST, François. **O tempo do direito**. Bauru: EDUSC, 2005.

PAZ, José Evandro Martins. **Fundamentos Jurídicos do Direito ao Esquecimento**. 2014. 64 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Departamento de Direito Privado e Processo Civil, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufrgs.br/da.php?nrb=000950695&loc=2015&l=d0561d8816b4e2bc>>. Acesso em: 03 out. 2015.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 2. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2007.

ROSEN, Jeffrey. **The Right to be Forgotten**. Stanford Law Review Online, volume 64, número 88, 12 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.stanfordlawreview.org/sites/default/files/online/topics/64-SLRO-88.pdf>>. Acessado em: 21 mai. 2015.

SCHEREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. Atlas: Rio de Janeiro, 2013.

SCHWAB, Jürgen. **Cinqüenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Org: Leonardo Martins Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SITE About Google. Disponível em: <<https://about.google/>> Acessado em: 28/07/2019.

SITE Casetext. Disponível em: <<https://casetext.com/case/melvin-v-reid>> Acessado em: 28 jul. 2019.

SITE Cnet. Disponível em: <<http://www.cnet.com/news/googles-schmidt-the-internet-needs-a-delete-button/>> Acessado em: 28 jul. 2019.

SITE Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-11/direito-comparado-direito-esquecimento-culpa-erros-humanos>> Acessado em: 30 jan. 2015

SITE Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-19/direito-comparado-direito-esquecimento-perspectiva-stj>> Acessado em: 30 jan. 2015

SITE Europeanews. Disponível em: <<http://www.europenews.net/index.php/sid/222490797>> Acessado em: 21 mai. 2015.

SITE Globo. Disponível em: <<http://redeglobo.globo.com/Linhadireta/0,26665,GIJ0-5257-215780,00.html>> Acessado em: 28 jul. 2019.

SITE The Guardian. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/technology/2014/jun/04/eu-commissioner-right-to-be-forgotten-enforce-copyright-google>> Acessado em: 28ju. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Método: São Paulo, 2014.

DIREITO PÓSTUMO À PORTABILIDADE DE DADOS PESSOAIS NO CIBERESPAÇO À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO

Cristiano Colombo^{*}
Guilherme Damasio Goulart^{**}

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo geral promover a intersecção entre o direito à portabilidade de dados, inserido no ordenamento jurídico pátrio a partir do advento da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709 de 2018), e sua relação com o direito das sucessões, procurando estabelecer os limites da portabilidade dos dados do falecido no ciberespaço.

Como objetivo específico, à luz das transformações legislativas sobre a temática da proteção de dados, em nível mundial, refletir-se-á sobre a abordagem quanto ao direito de portabilidade dos herdeiros, ou dos parentes, no que toca aos dados pessoais deixados no mundo virtual, em face do falecimento de seu titular. A proteção de dados alcança ao estudo questionamentos sobre a necessária implementação de momentos para que o hoje extinto pudesse ter tido, em vida, oportunidades para manifestar sua vontade, profilaticamente, no sentido do controle de seus próprios dados. Outrossim, em inexistindo a adequada manifestação, voltar-se-á aos princípios atinentes à proteção de dados, como a finalidade e a

* Pós-doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Atua como advogado e é professor da Faculdade de Direito da Instituição Educacional São Judas Tadeu, bem como da Faculdade CESUCA.

** Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Atua como advogado, professor e consultor em Segurança da Informação e Direito da Tecnologia.

necessidade, no sopesamento com a privacidade do falecido, para compreender os limites que seus familiares designados em lei poderão exercer o direito à portabilidade. O método utilizado foi o dedutivo, com abordagem histórica, bem como a pesquisa abrangeu a doutrina nacional e estrangeira.

1 DIREITO À PORTABILIDADE DE DADOS PESSOAIS E SUA DIMENSÃO EXISTENCIAL

1.1 Direito à portabilidade de dados pessoais

O direito à portabilidade, em sentido amplo, não representa *per se* novidade no ordenamento jurídico brasileiro, eis que, no segmento financeiro, desde o ano de 2006 foram instituídas políticas voltadas ao salário e ao crédito reguladas pelo Conselho Monetário Nacional.¹ Sem custos adicionais, aos empregados foi dada a opção de receberem seus salários em instituição financeira diversa daquela a que se concentra a folha de pagamento do empregador. Quanto ao crédito, foi facultado aos mutuários quitarem antecipadamente seus empréstimos através de recursos transferidos de outra instituição financeira, portando seus contratos para outro agente financeiro. No setor de telefonia, a partir de 2008, também se operou a denominada “portabilidade numérica”, permitindo ao usuário que, mesmo com a extinção do contrato de prestação de serviço com sua operadora, pudesse, ao contratar o mesmo serviço com outra, levar consigo o número de seu telefone (código de acesso), preservando sua referência para com seus contatos familiares e profissionais construídos ao longo dos anos.² Ocorre que o ineditismo franqueado pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), sob o nº 13.709 de 2018, está em inaugurar um novo direito à portabilidade, no ordenamento jurídico brasileiro, voltado aos dados pessoais, como preceitua seu artigo 18, inciso V:

¹ É o que, principalmente, se depreende das Resoluções CMN nº 3.401 e 3.402, de 2006, nº 3.516 de 2007, nºs 4.292 de 2013 e 4.320 de 2014. Informações gerais disponíveis em: <<https://cidadaniafinanceira.bcb.gov.br/blog-cidadania-financeira/89-relacionamento-sfn/135-portabilidade>>. Acesso em: 30 Dez. 2018.

² A Resolução nº 460 de 2007 introduziu sua implementação no Brasil. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/dados/controle-de-qualidade/portabilidade>>. Acesso em: 30 Dez. 2018.

O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição: (...) V - portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa e observados os segredos comercial e industrial, de acordo com a regulamentação do órgão controlador;

Da análise do texto de lei, ainda que, por um lado, o direito brasileiro tenha consagrado o direito à portabilidade dos dados pessoais, por outro, carece, ao menos em seu dispositivo instituidor, de um maior detalhamento conceitual, cujas reflexões que ora seguem buscam contribuir para sua construção.

Em nível internacional, o conceito de direito à portabilidade de dados pessoais já tem assento em diplomas normativos e estudos desenvolvidos no âmbito da União Europeia, inclusive, com disposição expressa, em 2016, no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) sob nº 2016/679, mais precisamente, em seu artigo 20º:

[...] direito de receber os dados pessoais que lhe digam respeito e que tenha fornecido a um responsável pelo tratamento, num formato estruturado, de uso corrente e de leitura automática, e o direito de transmitir esses dados a outro responsável pelo tratamento sem que o responsável a quem os dados pessoais foram fornecidos o possa impedir, se: a) O tratamento se basear no consentimento dado nos termos do artigo 6.o, n.o 1, alínea a), ou do artigo 9.o, n.o 2, alínea a), ou num contrato referido no artigo 6.o, n.o 1, alínea b); e b) O tratamento for realizado por meios automatizados.³

À luz do ordenamento comunitário europeu, o direito à portabilidade de dados vai além da mera garantia de acesso ou obtenção dos mesmos para criar um dever jurídico ao provedor originário/emissor de entregar os dados ao seu titular em “formato

³ UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento 2016/679 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.** Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ:L:2016:119:TOC>>. Acesso em: 20 Dez. 2018.

estruturado, de uso corrente e de leitura automática”⁴, a fim de que possa ser levado a outro provedor receptor/destinatário, de forma compatível. Ou seja, a substituição do fornecedor do serviço não poderá importar em perda na integridade, disponibilidade e segurança de seus dados. A portabilidade também é conhecida por figurar como uma das PET, ou seja, *privacy enhancing technologies*⁵. Traçando um paralelo com o mundo físico, que também está abrangido pela LGPD brasileira, aquele que está com os dados do titular em papel, por exemplo, não poderá entregá-los em fichas amassadas, jogadas em uma caixa, totalmente desordenadas e escritas em um código ininteligível pelo usuário, obrigando-o a permanecer subserviente ao prestador original. Pelo contrário, devem ser os dados passíveis de serem lidos e compreendidos, ou seja, interoperáveis. A interoperabilidade está entre as obrigações ínsitas pelo provedor originário/emissor no que toca ao direito à portabilidade, tratando-se de uma questão técnica, envolvendo, em síntese, a possibilidade de sistemas gerarem dados compatíveis entre si. Significa que o provedor originário/emissor do dado deve entregá-lo em formato acessível e compatível (preferencialmente com o uso de padrões abertos), a ser “entendido” pelo receptor/destinatário. Em sentido metafórico, é o dever de se expressar em um idioma comum, ou, no mínimo, conhecido e praticado, falado tanto pelo emissor quanto pelo receptor da informação, afastando assim a incompreensão, ou seja, evitando o efeito Torre de Babel⁶.

⁴ UNIÃO EUROPEIA. *Ibidem*.

⁵ Cf. HERT, Paul de et al. The right to data portability in the GDPR: Towards user-centric interoperability of digital services. **Computer Law & Security Review**, v. 34, issue 2, p. 193-203, Apr./2018, p. 193,

⁶ O efeito Torre de Babel, no âmbito da interoperabilidade, significa dizer que dois sistemas não conseguem “entender” ou processar os dados extraídos em face do uso de um padrão que não é a eles comum. Sobre a relação entre interoperabilidade e standards ver: COUTINHO, António. **Open Source e Open Standards No Ambiente Empresarial e Universitário Português**. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (org). *A Sociedade em Rede: Do Conhecimento à Acção Política*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2005, p. 255: “De facto, as incompatibilidades entre programas são muitas vezes intencionais, e reflectem estratégias dos fabricantes. No entanto, essa incompatibilidade será uma forma de o autor impedir os utilizadores de fazerem em algo que eles desejam: usar o programa em conjunto com outro”.

O Grupo do Artigo 29º para Proteção de Dados, órgão consultivo europeu independente em matéria de proteção de dados e privacidade, publicou as “Orientações sobre o direito à portabilidade dos dados”, que servem de referência às autoridades de proteção de dados, no âmbito do direito europeu. Entre os elementos que são apresentados como *conditio sine qua non* da portabilidade estão: a) “Um direito de receber os dados pessoais”; b) conferir “aos titulares dos dados o direito de transmitir os dados pessoais de um responsável pelo tratamento para outro responsável pelo tratamento «sem impedimentos»”⁷.

Ora, “sem impedimentos” significa que os dados que resultam da portabilidade devam ser lidos, enfim, possam ser úteis ao seu titular. É o que acentua a Autoridade Geral de Proteção de Dados do Reino Unido, quando, entre os elementos da portabilidade, utiliza o verbo “reutilizar”, destacando a “usabilidade” dos dados⁸. A usabilidade se dá no sentido de que não basta entregá-los, mas devem ser alcançados de modo a comunicarem e serem inteligíveis pelo provedor destinatário/receptor. Poderá, por exemplo, o usuário ao requerer e receber os dados de uma rede social transportá-la a outra, devendo ser “entendida” pela plataforma destinatária, sendo viável a leitura de imagens e textos que foram originariamente postados⁹.

Nesse sentido, em que pese o artigo 18 da LGPD brasileira não tenha feito referência expressa à interoperabilidade, a partir de uma interpretação sistemática, observando conjuntamente os artigos

⁷ GRUPO DO ARTIGO 29º PARA PROTEÇÃO DE DADOS. **Orientação sobre o direito à portabilidade dos dados.** Disponível em: <https://www.cnpd.pt/bin/rgpd/docs/wp242rev01_pt.pdf>. Acesso em: 31 Dez. 2018.

⁸ INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE. **Right to data portability.** Disponível em: <<https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/individual-rights/right-to-data-portability/>>. Acesso em: 30 Dez. 2018.

⁹ A questão aqui é complexa. Mesmo seguindo padrões é necessário considerar qual é a extensão do dever do provedor de “receber” os dados portados de outras plataformas e, até mesmo, se existe um dever de receber dados portados de “qualquer” plataforma, o que abrange questões relacionadas ao direito concorrencial e também sobre a própria compatibilidade das plataformas. Há uma impossibilidade técnica de construir um sistema que aceite qualquer tipo e formato de entrada de dados. A portabilidade, portanto, deve contar com padrões e normas técnicas para permitir que os provedores consigam respeitar tal direito.

25 e 40 do mesmo diploma legal, é possível afirmar que entregar dados interoperáveis, e, portanto, vocacionados a serem transmitidos e “compreendidos” por outros provedores, configura-se em elemento da própria essência do direito à portabilidade¹⁰, ontologicamente ligado à finalidade do instituto jurídico em comento. É possível afirmar que sem interoperabilidade não há portabilidade.

1.2 Dados pessoais como dimensão existencial

O novo viés da portabilidade volta-se aos dados pessoais e, definitivamente, não pode seguir a mesma lógica aplicada a salários, créditos ou números de telefone, que são de natureza essencialmente econômica. O momento hoje vivido muito se aproxima das angústias suportadas por Warren e Brandeis, quando em seu artigo “The Right to Privacy”, premidos pela tecnologia das câmeras fotográficas instantâneas de sua época, ressaltaram que não somente bens tangíveis, que têm valor econômico, merecem proteção jurídica, mas, também, situações domésticas, cotidianas. Observaram os autores que a tutela não se volta somente às obras literárias, com valor econômico, mas às cartas trocadas entre as pessoas, erigindo importantes fundamentos para a construção da proteção do que não tem viés patrimonial, o que é intangível.¹¹

O conceito de dados pessoais, segundo o artigo 5º da LGPD, versa tanto sobre a “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”, como aquela voltada à “origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou

¹⁰ O artigo 40, do Marco Civil da Internet também faz referência à interoperabilidade, como disciplina do uso da internet. Um exemplo de interoperabilidade seria entregar os dados no formato XML.

¹¹ BRANDEIS, Louis; WARREN, Samuel. The right to privacy. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. IV, n. 5. Dec. 1890, p. 199: “It is immaterial whether it be by word or by signs, in painting, by sculpture, or in music. Neither does the existence of the right depend upon the nature or value of the thought or emotions, nor upon the excellence of the means of expression. The same protection is accorded to a casual letter or an entry in a diary and to the most valuable poem or essay, to a botch or daub and to a masterpiece.”

biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;”¹². Nesse sentido, tutelar dados pessoais e, no particular, relacioná-los com o direito à portabilidade, implica no debruçar-se sobre questões existenciais¹³, eis que ligadas a direitos de personalidade.

Em interessante taxinomia, Massimo Bianca conceitua os bens, em sentido jurídico, como aqueles que podem ser objeto de direito. E, avançando, classifica os bens em “materiais, imateriais e os bens essenciais da pessoa”. Os bens materiais são aqueles físicos. Os bens imateriais são as invenções e obras da criatividade humana, com relevância econômica e jurídica. Por sua vez, os bens essenciais da pessoa se voltam aos “valores essenciais”, como a vida e honra, insuscetíveis de aquilatação econômica, consubstanciando direitos fundamentais da pessoa humana¹⁴.

Ocorre que, a partir da observação empírica, a combinação binária¹⁵ em si, presente no ciberespaço, que resulta em textos, imagens ou sons, pode assumir diferentes naturezas: A uma, quando inexistente para o titular dos dados conteúdo econômico, como, por exemplo, uma mensagem eletrônica que contenha reflexões de cunho religioso, político, filosófico, de saúde, de amizade, à luz da classificação acima, está-se diante de bens essenciais da pessoa, que são sinônimos a dados pessoais; A duas, um arquivo pode manifestar natureza dual, ou seja, sincronicamente, consubstanciar-se em dado pessoal, na medida que comunica qualidades que identificam ou possam identificar uma pessoa - amoldando-se à categoria jurídica de bem essencial à pessoa -, como, também, poderá ser bem imaterial, enquanto venha a ser possível aferir patrimonialidade, como no caso

¹² Respectivamente, dados pessoais e dados pessoais sensíveis.

¹³ Conforme Pierre Catala, sobre certas informações, o sujeito é o “titular legítimo de seus elementos”. Assim, afirma que “quando o objeto dos dados é um sujeito de direito, a informação é um atributo da personalidade”. CATALA, Pierre. **Jus ex Machina**. Paris: PUF, 1998, p. 232.

¹⁴ BIANCA, Massimo. **Diritto civile: la proprietà**. Milano: Giuffrè, 1999. v. 6, p. 52-53.

¹⁵ PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 18. Nas palavras do autor: “Fala-se, pois, em ciberespaço, que é o produto da convergência tecnológica da informática, das telecomunicações e do audiovisual. Convergência essa que, por seu turno, é possibilitada pela linguagem binária da informática.” A combinação binária decorre exatamente desta ideia de zero e um.

de um poema autobiográfico ou uma fotografia artística, que, simultaneamente, comunica a estrutura facial, data e geolocalização dos figurantes¹⁶; A três, a combinação binária pode também ser um dado não pessoal, cuja característica pode encerrar ou não patrimonialidade¹⁷, sendo que, de seu conteúdo, não é possível identificar ou vir a identificar alguém. Em havendo vetor econômico, é possível designá-lo como bem imaterial, mas, de qualquer sorte, não será dado pessoal, visto que não permite a identificação de uma pessoa, mesmo que em potência.

A título exemplificativo, um ebook, por si só, não é um dado pessoal, eis que não permite a identificação de uma pessoa, mesmo que esteja na conta do serviço de leitura digital do sujeito (como no caso das obras literárias armazenadas na Amazon). Em uma eventual situação de um sujeito que tenha grande biblioteca no seu Kindle, estar-se-á falando de dados com conteúdo patrimonial, não pessoais, eis que por si só, não dizem quem é o titular desta *universitas facti*. Por outro lado, o *profiling* feito pela Amazon indicando os gostos de leitura do sujeito com base em suas compras, ou mesmo a informação de que aqueles livros pertencem àquela pessoa, caracterizam-se como dados pessoais.

Sob este viés, o direito à portabilidade, no caso, tendo como objeto dados pessoais, voltam-se para as questões existenciais, acabando por garantir que os fatos da vida da pessoa natural, armazenados sob forma de textos, imagens e sons, por um provedor originário/emissor, possam ser transferidos a um novo provedor como meio de preservar os próprios traços binários da personalidade

¹⁶ Não se quer, com isso, dizer que os dados pessoais merecem somente a tutela patrimonial. Lembrar a ressalva de DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar. 2006, p. 166: “Considerar a informação basicamente um bem jurídico e estender a tutela de caráter patrimonial para os dados pessoais, no entanto, não parece uma solução adequada, em vista da multiplicidade de situações e interesses presentes em torno dos próprios dados pessoais [...]”. No mesmo sentido, ver MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: Linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 121-124.

¹⁷ Nada impede que existam informações sem valor algum, ou que percam sua relevância ou valor logo após a primeira utilização, no que tange à atualidade, como, por exemplo, os dados meteorológicos, conforme exemplo dado por CATALA, Pierre. *Ibidem*, p. 236.

da pessoa natural. O sujeito possui, portanto, um direito *sobre* a informação pessoal¹⁸. Ora, se uma rede social está por acabar e, antes de finalizar a sua operação, não permitir a portabilidade dos dados de seus membros, estará apagando, em parte, a identidade de seus comunitários, pois anulará seus sentimentos, seus gostos, suas marcações cronológicas e georreferenciais naquele ambiente digital. A portabilidade, neste contexto, significa promover um transplante dos dados pessoais, primando pela sua compatibilidade, no sentido de preservar a identidade digital dos titulares de dados, salvando-a e resgatando-a de uma plataforma em extinção para outra. A portabilidade também é um elemento de confiança nos serviços digitais, sobretudo em nuvem: os sujeitos, com esta possibilidade, podem confiar que poderão realizar a transferência de dados de um para outro serviço¹⁹. Dessa forma, a vocação da Lei Geral de Proteção de Dados, e, especialmente, o direito à portabilidade é mormente existencial, sendo que direitos reais, de propriedade, bem como autorais, em regra, voltam-se a dados não pessoais ou que tenham também desdobramento econômico.

A portabilidade, para os vivos, representa uma possibilidade do livre desenvolvimento da personalidade²⁰, direito que figura no

¹⁸ cf. CATALA, Pierre. *Ibidem*, p. 239.

¹⁹ Cf. ZANFIR, Gabriela. The right to Data portability in the context of the EU data protection reform. **International Data Privacy Law**, v. 2, n. 3, p. 149-162, 2012, p. 161. Ver também a lição de Duponchelle, quando diz que o direito à portabilidade é tratado sobre três eixos: direito do consumidor, direito à concorrência e direito de autor. Pelo direito à portabilidade, compensa-se a assimetria entre consumidor e fornecedor, visto que maximiza o poder de escolha, em face da substituição facilitada de provedores. DUPONCHELLE, Marie. **Le droit à l'interopérabilité**: Etude de droit de la consommation. 2015. Tese de Doutorado. Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1). Disponível em: <<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01618804/document>>. Acesso em: 18 Nov. 2018, p. 18-19.

²⁰ O instituto possui previsão expressa na Constituição Alemã, em seu art. 2, 1 e no ordenamento jurídico brasileiro teria previsão constitucional implícita “e embasa tanto a proteção da intimidade quanto o reconhecimento e preservação da autonomia privada”, cf. LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no Direito privado brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 19, p. 237-263, Mar./2001, p. 261. Também é possível encontrar o direito ao desenvolvimento da personalidade na Constituição portuguesa, no art. 26, 1 e na Constituição colombiana, no art. 16.

primeiro artigo da LGPD brasileira. De maneira geral, os direitos e princípios que compõem o conteúdo da proteção de dados pessoais envolvem essa liberdade que o sujeito tem de desenvolver livremente sua personalidade.

2 PROJEÇÃO PÓSTUMA DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS *VERSUS* DIREITO DE HERANÇA: NOVOS RUMOS AO TRATAMENTO JURÍDICO DA MATÉRIA

2.1 Projeção póstuma da proteção de dados pessoais *versus* Direito de Herança Digital

O Código Civil Brasileiro, em seu art. 12, estabelece a regra geral acerca da possibilidade de os parentes do morto exigirem a cessação da ofensa ou ameaça aos direitos da personalidade do morto. É certo que a personalidade jurídica termina com a morte, no entanto, a lei reconhece aos parentes da tutela dos direitos do falecido. Não se trata de transmissão dos direitos da personalidade, pois estes são intransmissíveis, mas de “legitimação processual para a defesa de tais direitos”²¹. Tem-se sustentado uma compreensão mais elástica do art. 12 do CC para abranger, também, a legitimidade dos familiares designados em lei para pedidos de perdas e danos em face de violações²².

Este estudo busca ampliar ainda mais as possibilidades de atuação dos parentes de pessoas mortas, sobretudo em face da informatização das relações pessoais. Como diz Diogo Leite de Campos, “a morte nunca foi um fenômeno meramente biológico, mas sim um fenômeno cultural do âmbito da existência moral”²³. As relações informáticas trouxeram novas possibilidades em relação à proteção dos direitos da personalidade para depois da morte. Capelo de Souza diz que há “bens da personalidade física e moral do defunto que continuam a influir no curso social [...] e como tais são

²¹ BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da Personalidade**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 126.

²² Cf. BELTRÃO, Sílvio Romero. Tutela jurídica da personalidade humana após a morte: conflitos em face da legitimidade ativa. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 247, p. 177-195, Set.2015. Versão Revista dos Tribunais OnLine, p. 3.

²³ CAMPOS, Diogo Leite de. *Ibidem*, p. 56.

autonomamente protegidos”²⁴, sendo que um desses bens da personalidade é justamente a sua identidade²⁵. Esta fundamentação parece adequar-se completamente à possibilidade de promover a proteção de dados pessoais também da pessoa morta.

Ocorre que, como os dados pessoais estão intensamente relacionados com a projeção da personalidade e, considerando a ideia de corpo eletrônico²⁶, essa projeção se expande para além da vida do sujeito. O corpo, quando morto, passa necessariamente pela inumação. Já o corpo eletrônico, mesmo com a morte do corpo físico, continua a figurar como uma representação da personalidade do sujeito no espaço virtual. Portanto, se há um dever dos parentes inumarem²⁷ o corpo físico, com os sistemas digitais, nasce o direito de efetuarem o controle dos dados pessoais que sustentam o corpo digital do *de cuius*²⁸. É possível falar, também, na ideia de identidade digital²⁹, considerando uma evolução do direito à identidade pessoal³⁰, este último reconhecido como um direito da personalidade.

²⁴ SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra, 2011, p. 189.

²⁵ Idem. Ibidem. No direito português é mais evidente a proteção de direitos da personalidade do morto do que no direito brasileiro. O autor aponta o art. 71º, n. 1 do CC português que indica que: “os direitos de personalidade gozam igualmente de protecção depois da morte do respectivo titular”, obviamente no que se aplicar à condição de pessoa morta, p. 193.

²⁶ RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. Roma-Bari: Laterza, 2012, p. 26.

²⁷ No âmbito do direito funerário, o chamado *jus sepulchri*, que seria o direito de ser sepultado, que com a morte, transfere-se aos herdeiros ou sucessores como um “direito-dever”, cf. SILVA, Justino Adriano Farias da. **Tratado de Direito Funerário**. São Paulo: Método, 2000, T. II, p. 19.

²⁸ De acordo com SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. Ibidem, p. 367, em relação aos direitos da personalidade do morto, haveria uma “sucessão de direitos pessoais” ou uma “aquisição derivada translativa *mortis causa* de direitos pessoais”.

²⁹ MARCHISOTTI, Chiara. Digital identity and posthumous protection. In: POLLICINO, Oreste; LUBELLO, Valerio; BASSINI, Marco. **Identità ed eredità digitali: Stato dell'arte e possibili soluzioni al servizio del cittadino**. Canterano: Aracne, 2016, p. 90

³⁰ Por todos, ver: CHOERI, Raul Cleber da Silva. **O direito à Identidade na Perspectiva Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010 e SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, p. 211. O primeiro autor comenta que “há de se rever o conceito de identidade, de modo que compreenda todas as situações referidas, que revelam uma gama de identidades [...]”, p. 6. Por sua vez, sustenta que há alguns aspectos da identidade, entre eles o

Com o uso de sistemas como redes sociais, a identidade digital “sobrevive à morte daqueles que ela representa”³¹.

Seria possível sustentar também a portabilidade de dados da pessoa morta em face da ideia de manutenção da identidade familiar³². Há um interesse da família em preservar e exercer controle sobre dados pessoais dos que se foram. Esta necessidade se faz cada vez mais presente, como já se disse, em face da informatização das relações sociais. Diante da morte de um familiar, os parentes podem ter não apenas o interesse de realizar a portabilidade dos dados do falecido, mas também de retirar conteúdos que, a depender das circunstâncias da morte, possam se tornar prejudiciais à memória do morto³³. Claro que, no caso, trata-se de uma possível gestão da imagem do falecido. No entanto, a imagem também pode ser compreendida como um dado pessoal, já que identifica diretamente a pessoa.

Sobre essa questão, a lei francesa 78-17 (*Loi Informatique et Libertés*) possui algumas disposições sobre o acesso aos dados de pessoas mortas. O art. 40-1, II³⁴, prevê que os sujeitos têm o direito de definir as regras sobre a conservação, apagamento e a

estável e o dinâmico, p. 163. Ver também DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. 2ª ed. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quórum, 2008, p. 180. Este autor ainda via a identidade pessoal fortemente relacionada à proteção do nome, mas ressalvava que a identificação, realizada primariamente pelo nome, também pode ser feita por meio de outros atributos. É de se considerar que a obra foi escrita antes do uso intenso e popular de sistemas digitais.

³¹ BRUBAKER, Jed R.; HAYES, Gillian R.; DOURISH, Paul. *Ibidem*, p. 152.

³² Sobre a questão de identidade familiar ver CHOERI, Raul Cleber da Silva. *Ibidem*, p. 169: “A família, considerada por alguns autores também como uma entidade despersonalizada, goza de particular proteção social e unidade referencial, que lhe garantiriam ver reconhecida uma tutela identitária, e constitui um centro de interesse fundamental para a construção da identidade da pessoa”.

³³ BRUBAKER, Jed R.; HAYES, Gillian R.; DOURISH, Paul. *Beyond the Grave: Facebook as a Site for the Expansion of Death and Mourning. The Information Society: An International Journal*. London, p. 152-163, May./2013. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/01972243.2013.777300>>. Acesso em: 28 Dez. 2018, p. 159. Estes autores comentam a situação dos amigos do falecido que não sabem que ele está morto e continuam interagindo com o seu perfil, inclusive desejando feliz aniversário.

³⁴ Estas disposições foram incluídas no ordenamento francês pela lei n. 2016-1321, de 7 de Outubro de 2016. Tal alteração instituiu o chamado “*droit à la mort numérique*”.

comunicação de dados pessoais depois de sua morte por meio de diretivas gerais ou particulares (obviamente por ele informadas antes da morte). A lei permite que se defina uma pessoa específica para cumprir a vontade do sujeito morto e esta pessoa pode exigir o cumprimento das definições para o responsável pelo tratamento. Na falta de uma pessoa definida ou de disposições específicas, dispõe o n. III do mesmo artigo, os herdeiros do morto podem exercer os direitos estabelecidos na lei. No entanto, há limites: a possibilidade de acessar dados pessoais úteis para questões relacionadas ao inventário, incluindo “bens digitais” ou dados que estejam relacionados a memórias familiares e a realização do pedido de encerramento da conta na qual estão armazenados os dados pessoais, bem como oporem-se a continuidade do tratamento³⁵ e exigirem a atualização dos dados.

Portanto, é em face dessa projeção *post-mortem* que os parentes do morto devem poder ter acesso aos seus dados pessoais, nem que seja para, por exemplo, efetuar a retirada do perfil do parente falecido. A ideia da portabilidade aí, como uma consequência do direito de acesso, pode ter uma utilidade de preservação da memória do falecido, inclusive no círculo familiar³⁶. A família pode ter o interesse bastante singelo de apenas ter acesso a fotos do falecido que estiverem armazenadas em algum serviço eletrônico ou transmitir esses dados para outra rede social para escolher a forma que sua memória será preservada. Não se perca de vista que pela multiplicidade de sistemas informáticos existentes, a família pode ainda portar dados de saúde do falecido, até para apoio de tratamento de saúde dos descendentes.

A portabilidade de dados da pessoa morta implica também na possível conjunção de dois interesses: um eventual interesse comunicado ou manifestado do falecido de que um parente específico realize a tal portabilidade e o interesse da família em

³⁵ Lembrando que, por outro lado, o responsável pelo tratamento pode ainda continuar tratando os dados de acordo com a permissão legal, ou ainda tenha que realizar tratamentos obrigatórios como, por exemplo, informar a morte para autoridades, manter os dados para finalidades fiscais, etc.

³⁶ CAMPOS, Diogo Leite de. *Ibidem*, p. 60. O autor fala sobre o conceito de “herança moral” o que acaba por implicar a “sucessão nos direitos da personalidade”.

proteger e portar os dados do parente falecido³⁷. Não se trata da possibilidade do familiar agir apenas em situações de dano ou ameaça de dano à personalidade do morto, mas sim agir de forma ativa para a preservação e manutenção de sua memória, o que se dá por meio do uso dos dados pessoais do sujeito que faleceu.

Trata-se de reconhecer que, muito mais que buscar tutelar violações que porventura possam vir a ocorrer, agindo de forma negativa, voltando-se a uma tutela inibitória, o direito póstumo à portabilidade concede aos parentes vivos um controle sobre os dados do extinto, permitindo agir positivamente, observados direitos de personalidade *post mortem*. É neste sentido que, identificando dados pessoais, a depender de sua natureza, se desprovidos de qualquer conteúdo patrimonial, resulta, sob este aspecto, impróprio tratar esta matéria como herança digital, mas de efetiva tutela de direito próprio do parente designado pela lei no controle dos dados do falecido: *direito póstumo de portabilidade*.

Assim, a designação de “herança digital” somente se sustenta quando houver conteúdo patrimonial, monte-mor passível de partilha, a *contrario sensu*, decorre do direito à personalidade póstumo, inclusive, sob a forma da portabilidade, que autorizará aos parentes agirem como direito próprio.³⁸ Revisitando conceito de herança, nos ensinamentos de Pontes de Miranda, verifica-se que seus elementos integrativos guardam sentido econômico, “o que passa do morto a outra pessoa, ou outras pessoas, como patrimônio ou parte do patrimônio”³⁹. Nesse sentido, em seu posicionamento, sucessão por causa de morte não envolve a personalidade do morto, transmitindo exclusivamente o patrimônio. Nesse caminho, exercício do direito póstumo à portabilidade, sem conteúdo patrimonial, não seria partilhável, mas exercitável pelos parentes. Massimo Bianca,

³⁷ A ressalva é importante pois SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. *Ibidem*, p. 193, destaca que não se deve confundir os interesses do falecido com os interesses dos parentes, no que tange à possibilidade de proteger os direitos de personalidade daquele. O autor diz também que a vontade objetivada do morto “pode post-mortem continuar a influenciar as relações jurídicas e os reflexos do espírito do defunto”, p. 195.

³⁸ O Código Civil brasileiro não dá legitimidade ativa a herdeiros, mas designa parentes, companheiros e cônjuges do falecido a agirem. Logo, não é a sucessão o fundamento jurídico para o pedido.

³⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1973, v.55, p. 6.

em harmonia a este entendimento, refere que, de modo geral, ao herdeiro transmitem-se todas as “posições ativas e passivas do defunto, exceto aquelas de natureza estritamente pessoal e cujo defunto tenha disposto mediante legado.”⁴⁰ Dessa forma, exemplifica Bianca, que a propriedade, os direitos de crédito, os contratos se transmitem, “excetos os direitos de caráter pessoal, que são declarados intransmissíveis”.⁴¹ Reforçando, então, que os que ficam, os vivos, podem tanto partilhar dados com conteúdo patrimonial, onde aí está “herança digital”, como exercer tutela *post mortem*, quando não há valor econômico.

Em interessante linha de raciocínio contraposto, Mazeaud e Mazeaud referem que as lembranças de família, manuscritos, portarretratos, correspondências, estão compreendidas na sucessão, que devem ser atribuídas por ocasião da partilha.⁴² No entanto, ressalte-se que a arquitetura do ciberespaço⁴³, afastando-se da corpulência física que trata, exemplificativamente, o retrato de família como indivisível, irrepetível, gera um cenário de colaboração entre os parentes que querem ter acesso e portabilidade do mesmo, diferentemente da competitividade em face da unicidade da matéria física⁴⁴. A possibilidade de multiplicar os dados pessoais sem valor econômico e, portanto, não ofendendo direitos como a legítima, excluem a ideia de partilha, já que não se faz necessário dividir as fotos que podem ser reproduzidas aos parentes que assim comprovarem interesse jurídico, sem ferir direitos de personalidade do morto.

⁴⁰ BIANCA, Massimo. **Diritto civile**: la famiglia; le successione. Milano Giuffrè, 2005, v. 2, p. 650.

⁴¹ Idem. Ibidem, p. 650.

⁴² MAZEAUD, Henri et al. **Leçons de droit civil**: successions – libéralités. Paris: Motchrestien, 1999, p. 470. Ver também LINDON, Raymond. **Les droits de la personnalité**. Paris: Dalloz, 1983, p. 225, quando fala sobre o conflito do valor moral e patrimonial dos "souvenirs de famille".

⁴³ KU, Raymond S. R.; LIPTOIN, Jacqueline D. **Cyberspace Law. Cases and Materials**. New York: Aspen Publishers, 2006, p. 8-9. Os autores comentam sobre as modalidades de regulação do ciberespaço como as particularidades quanto ao mercado, sua arquitetura, seu código.

⁴⁴ Idem. Ibidem, p. 10.

2.2 Novos rumos do tratamento jurídico da matéria

As observações até então trazidas, sobretudo, no que toca à classificação dos dados, não se esgotam em si mesmas. Dizer que o dado pessoal é integrante da herança por fazer parte do patrimônio do falecido, ou, ainda, ao considerar que lhe falta conteúdo econômico, aplicar o arcabouço do direito de personalidade do morto, e, no caso, o direito póstumo à portabilidade de dados, resulta em efeitos jurídicos distintos.

No que toca ao aspecto subjetivo para o exercício do direito, dados pessoais patrimoniais que se configuram em herança digital (direitos autorais patrimoniais, por exemplo, sobre textos, imagens, de forma geral, trabalhos artísticos, que tenham conteúdo econômico), obedecem à vocação hereditária. Logo, a capacidade sucessória é apontada pela lei e exclui os demais que ali não estão contemplados. Por outro lado, em se tratando de projeção de direitos de personalidade, estão entre o rol de legitimados os parentes designados por lei, não somente herdeiros, podendo exercita-lo, inclusive, em caráter cooperativo, não desempenhando papéis entre si excludentes ou de concorrência⁴⁵.

Quanto ao aspecto objetivo, em se tratando de herança, a vontade manifesta em vida pelo hoje extinto não pode ofender a parte indisponível, tampouco excluir herdeiro sem razão jurídica para tanto, somente diante dos *numerus clausus* da deserdação. Não havendo testamento, aplica-se a partilha, na forma da lei. Dessa forma, não poderá o falecido manifestar que os herdeiros não têm direito aos dados pessoais de cunho patrimonial, sendo vedado afastar do alcance de seus sucessores. Seria o mesmo que ferir a parte de cada um, ou mesmo, aplicar veladamente a deserdação.

Por outro lado, em sendo dado pessoal sem fundo patrimonial, o acesso e a portabilidade dos dados póstumos sofrem limites. No silêncio quanto à destinação dos dados, inclusive sendo, ou não, portáveis, devem ser aplicados os princípios de proteção de

⁴⁵ É o que se verifica do artigo 12, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro: “Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.”

dados. Nesse sentido, o parente deve justificar o pedido dos dados, apontando a finalidade, como por exemplo, guardar a memória de seu ente querido, quando em viagem que conjuntamente o morto e o peticionário realizaram, com o apontamento específico do que está a buscar. Nessa linha, os dados pessoais serão alcançados de acordo com a necessidade, ou seja, não se entregará todo o conteúdo armazenado, mas, por exemplo, aqueles em que está a estrutura facial do parente peticionário. Outro exemplo, seria o caso de um parente buscar a portabilidade póstuma de dados pessoais sensíveis do falecido. Aqui, mais uma vez, deverá ser analisada a finalidade, que não pode ser a curiosidade pura e simples, mas quem sabe venha o pedido fundado em quadro clínico que ajudará o parente em doença genética desenvolvida na família. Registre-se, outrossim, que a privacidade do falecido deve ser preservada, observando também o comportamento do falecido em vida, quando tratava de determinado assunto, que pode ser público, privado ou íntimo.

Compreende-se ser permitido, seja por testamento ou por cláusula contratual entre provedores e usuários, proibir acesso e a portabilidade dos dados aos parentes, desde que não tenha conteúdo patrimonial, exceto em caso de deserdação ou indignidade, que, neste último caso, aplica-se aos dados armazenados de natureza patrimonial. Por último, observa-se que, diante de todo o contexto, bem como o novo direito à portabilidade, devem os prestadores de serviço telemático promoverem o contexto volitivo para que os titulares de dados possam, em vida, expressar diretrizes quanto ao destino de seus dados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da análise feita por meio do método dedutivo, e em face da pesquisa bibliográfica, já é possível chegar a conclusões parciais de existência de um direito póstumo à portabilidade de dados, a ser exercido pelos parentes do morto, embasado nas regras gerais do Código Civil acerca da proteção dos direitos da personalidade, nos veios da nascente legislação nacional sobre proteção de dados pessoais e no próprio Regulamento Geral de Proteção de Dados europeu, diferenciando-o, assim, da herança digital, de matiz patrimonial.

REFERÊNCIAS

- ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Guidelines on the right to data portability**. Disponível em: <http://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=611233>. Acesso em: 1º set. 2018.
- BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da Personalidade**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- _____. Tutela jurídica da personalidade humana após a morte: conflitos em face da legitimidade ativa. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 247, p. 177-195, set. 2015. Versão Revista dos Tribunais OnLine.
- BIANCA, Massimo. **Diritto civile: la proprietà**. Milano: Giuffrè, 1999, v. 6
- _____. **Diritto civile: la famiglia; le successione**. Milano Giuffrè, 2005, v. 2.
- BRANDEIS, Louis; WARREN, Samuel. The right to privacy. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. IV, n. 5. Dec. 1890.
- BRUBAKER, Jed R.; HAYES, Gillian R.; DOURISH, Paul. Beyond the Grave: Facebook as a Site for the Expansion of Death and Mourning. **The Information Society: An International Journal**. London, p. 152-163, May./2013. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/01972243.2013.777300>>. Acesso em: 28 dez. 2018.
- CAMPOS, Diogo Leite de. O Estatuto jurídico da pessoa depois da morte. In: Idem; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (Coord). **Pessoa Humana e Direito**. Coimbra: Almedina, 2009.
- CATALA, Pierre. **Le droit à l'épreuve du numérique**. Jus ex Machina. Paris: PUF, 1998.
- CHOERI, Raul Cleber da Silva. **O direito à Identidade na Perspectiva Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- COUTINHO, António. **Open Source e Open Standards No Ambiente Empresarial e Universitário Português**. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (org). **A Sociedade em Rede: Do Conhecimento à Acção Política**. Lisboa: Imprensa Nacional, 2005.
- DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. 2ª ed. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quórum, 2008
- DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DUPONCHELLE, Marie. **Le droit à l'interopérabilité**: Etude de droit de la consommation. 2015. Tese de Doutorado. Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1). Disponível em: <<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01618804/document>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

GRUPO DO ARTIGO 29º PARA PROTEÇÃO DE DADOS. **Orientação sobre o direito à portabilidade dos dados**. Disponível em: <https://www.cnpd.pt/bin/rqpd/docs/wp242rev01_pt.pdf>. Acesso em: 31 dez. 2018.

HERT, Paul de et al. The right to data portability in the GDPR: Towards user-centric interoperability of digital services. **Computer Law & Security Review**, v. 34, issue 2, p. 193-203, Apr./2018.

KU, Raymond S. R.; LIPTOIN, Jacqueline D.. **Cyberspace Law. Cases and Materials**. New York: Aspen Publishers, 2006.

LINDON, Raymond. **Les droits de la personnalité**. Paris: Dalloz, 1983.

LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no Direito privado brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 19, p. 237-263, Mar./2001.

MARCHISOTTI, Chiara. Digital identity and posthumous protection. In: POLLICINO, Oreste; LUBELLO, Valerio; BASSINI, Marco. **Identità ed eredità digitali**: Stato dell'arte e possibili soluzioni al servizio del cittadino. Canterano: Aracne, 2016.

MAZEAUD, Henri et al. **Leçons de droit civil**: successions - libéralités. Paris: Montchrestien, 1999.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: Linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2014.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1973, v. 55.

RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. Roma-Bari: Editori Laterza, 2012.

SILVA, Justino Adriano Farias da. **Tratado de Direito Funerário**. São Paulo: Método, 2000, T. II.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2ª ed. São Paulo: Atlas.

SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra, 2011.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento 2016/679 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados**. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ:L:2016:119:TOC>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006.

ZANFIR, Gabriela. The right to Data portability in the context of the EU data protection reform. **International Data Privacy Law**, v. 2, n. 3, p. 149-162, 2012.

A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIREITO: ENTRE IMPACTOS E PERSPECTIVAS*

Wilson Engelmann **
Deivid Augusto Werner ***

INTRODUÇÃO – INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL APLICADA NO DIREITO, UMA NECESSIDADE (?)

Nos últimos anos, é possível verificar uma extraordinária modernização tecnológica em todos os setores da vida. O que antes se dizia que parecia ficção científica, hoje é realidade. A sociedade está imersa, sem se dar conta, em Inteligência Artificial.¹

Há um bombardeio constante de informações no sentido de que é necessária a introdução da Inteligência Artificial de modo a agilizar mecanismos e processos internos. Apesar de parecer nova, a

* Este capítulo de livro é o resultado parcial da pesquisa desenvolvida pelos autores no âmbito do seguinte projeto de investigação: “Sistema do Direito, novas tecnologias, globalização e o constitucionalismo contemporâneo: desafios e perspectivas”, Edital FAPERGS/CAPES 06/2018 - Programa de Internacionalização da Pós-Graduação no RS, além dos trabalhos e investigações realizadas no âmbito do Grupo de Pesquisa JUSNANO, credenciado junto ao CNPq.

** Pós-Doutor em Direito Público-Direitos humanos, pela Universidade de Santiago de Compostela, Espanha; Doutor e Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS; Coordenador Executivo do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios da UNISINOS; Professor e Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - da UNISINOS; Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq; Líder do Grupo de Pesquisa JUSNANO, credenciado junto ao CNPq.

*** Mestre em Direito da Empresa dos Negócios, pelo Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios da UNISINOS; Advogado; Graduado em Direito pela UNISINOS; pesquisador do Grupo de Pesquisa JUSNANO.

¹ BORGE, Iván Mateo. La robótica y la inteligencia artificial en la prestación de servicios jurídicos. In: NAVARRO, susana Navas (Dir.). **Inteligencia artificial, Tecnología y Derecho**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 123.

discussão acerca da aplicação da Inteligência Artificial nos serviços legais tem mais de 30 anos e é imperiosa no campo do Direito²:

O avanço da utilização da Inteligência Artificial já está em curso. O debate sobre as possibilidades e implicações da Inteligência Artificial no mundo jurídico é vital. Isso, pois, o universo jurídico do amanhã, talvez pouco se assemelhe ao que conhecemos hoje. As instituições jurídicas e os profissionais que atuam nessa área (advogados, juízes, promotores) estão numa encruzilhada, embora poucos ainda tenham se apercebido disso.³

Utilizar as tecnologias emergentes para implementar a internet das coisas aos serviços e permitir a integração de processos e produção de maneira mais eficiente, flexível e com baixos custos é o que se pode chamar de Indústria 4.0.⁴ E é dentro desse campo que se busca a prestação de serviços jurídicos diferenciada, com sistemas que permitam as vantagens supramencionadas. Nesse contexto tecnológico, diversas metodologias acabaram se traduzindo em uma grande variedade de aplicações, instrumentos e soluções aplicáveis ao setor legal e está transformando a área.⁵

Iván Mateo Borges, Bruno Farage da Costa Felipe e Raquel Pinto Coelho Perrota afirmam que, quanto à crescente praticidade e disponibilidade das tecnologias de Inteligência Artificial na seara jurídica, tal “veio a criar uma nova classe de ferramentas que auxiliam na análise jurídica em atividades como pesquisa, busca e

² BORGE, Iván Mateo. La robótica y la inteligencia artificial en la prestación de servicios jurídicos. In: NAVARRO, susana Navas (Dir.). **Inteligencia artificial, Tecnología y Derecho**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 123.

³ TACCA, Adriano; ROCHA, Leonel Severo. Inteligência Artificial: reflexos no sistema do direito. **Nomos - Revista da Programa de Pós-Graduação em Direito - UFC**, Fortaleza, v. 38, n. 2, p. 65, jul./dez. 2018. Disponível em: <<http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20493/95963>>. Acesso em: 04 nov. 2019.

⁴ BORGE, Iván Mateo. La robótica y la inteligencia artificial en la prestación de servicios jurídicos. In: NAVARRO, susana Navas (Dir.). **Inteligencia artificial, Tecnología y Derecho**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 126.

⁵ BORGE, Iván Mateo. La robótica y la inteligencia artificial en la prestación de servicios jurídicos. In: NAVARRO, susana Navas (Dir.). **Inteligencia artificial, Tecnología y Derecho**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 126-128.

revisão de documentos, bem como revisão de contratos”.⁶

Nesse sentido, “A ajuda vem não somente pela praticidade e economia alcançada, mas também, e principalmente, pela necessidade crescente de se alcançar, nas pesquisas jurídicas, um arcabouço inesgotável de informações.”⁷

No mesmo sentido, com premissas à utilização da tecnologia no Direito, Bruno Farage da Costa Felipe e Raquel Pinto Coelho Perrota afirmam que a Justiça Brasileira, hoje, encontra-se lotada de processos, necessitando, portando a aplicabilidade da tecnologia:

Os números são vultuosos e demonstram um gargalo que impinge a todos que visam a consecução da Justiça célere e econômica a buscar soluções e mecanismos outros que não aqueles que já são utilizados. A tecnologia da informação é então acessada como uma das formas de imprimir maior celeridade às atividades judiciais, com menor dispêndio de tempo dos profissionais envolvidos e, via de consequência, com maior economia de recursos.⁸

Igualmente, é possível afirmar que a “máquina vem não para criar, mas sim para realizar atividades determinadas pelos próprios seres humanos, e é nesse aspecto que as novas tecnologias são importadas para o mundo jurídico, em especial a Inteligência Artificial”⁹

⁶ FELIPE, Bruno Farage da Costa; PERROTA, Raquel Pinto Coelho. Inteligência Artificial no Direito - uma realidade a ser desbravada. **Revista de Direito, Governança e Novas tecnologias**. [S.l.], Vol. 4, pags. 1-16, Janeiro - Junho de 2018. Disponível em: <<http://indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/4136/pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2019.

⁷ FELIPE, Bruno Farage da Costa; PERROTA, Raquel Pinto Coelho. Inteligência Artificial no Direito – uma realidade a ser desbravada. **Revista de Direito, Governança e Novas tecnologias**. [S.l.], Vol. 4, págs. 1-16, Janeiro – Junho de 2018. Disponível em: <<http://indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/4136/pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2019.

⁸ FELIPE, Bruno Farage da Costa; PERROTA, Raquel Pinto Coelho. Inteligência Artificial no Direito – uma realidade a ser desbravada. **Revista de Direito, Governança e Novas tecnologias**. [S.l.], Vol. 4, págs. 1-16, Janeiro – Junho de 2018. Disponível em: <<http://indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/4136/pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2019.

⁹ FELIPE, Bruno Farage da Costa; PERROTA, Raquel Pinto Coelho. Inteligência Artificial no Direito – uma realidade a ser desbravada. **Revista de Direito, Governança e Novas tecnologias**. [S.l.], Vol. 4, págs. 1-16, Janeiro – Junho de 2018. Disponível em:

Portanto, é possível dizer que os gargalos percebidos no âmbito do Poder Judiciário “são os maiores motivadores para a busca de novas alternativas de *modus* laboral. A utilização da tecnologia da informação no Direito se mostra, assim, opção feita e caminho percorrido.”¹⁰

Diante dos anseios percebidos na seara judiciária, bem como frente a produção e armazenamento de informações proporcionados pelo desenvolvimento da humanidade, há de se ponderar sobre como tais tecnologias caracterizadoras dessa fase disruptiva ¹¹, com aplicabilidade no Direito, serão utilizadas de modo que não deturpem as funções do Direito moderno, consoante afirmam Sarah Ribeiro do Nascimento Santos, Bruna Tarabossi Pereira e Guilherme Góes Gandra:

A história mostra que o desenvolvimento da humanidade tem sido sempre impulsionado pela criação de novas tecnologias. Além disso, vive-se o momento histórico de mais veloz e profundo aprimoramento tecnológico já registrado. A produção e armazenamento de informações alcança patamares nunca antes imaginados e a possibilidade de se trabalhar essas informações tem aplicações para todos os campos da vida social, inclusive para o direito. A perspectiva é promissora, contudo é preciso que se reconheça a importância da esfera jurídica para o pleno funcionamento da sociedade, sendo necessária uma análise séria e cuidadosa sobre como essas tecnologias devem ser aplicadas afim de que não haja deturpações das funções primordiais do direito moderno.¹²

<<http://indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/4136/pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2019.

¹⁰ FELIPE, Bruno Farage da Costa; PERROTA, Raquel Pinto Coelho. Inteligência Artificial no Direito – uma realidade a ser desbravada. **Revista de Direito, Governança e Novas tecnologias**. [S.l.], Vol. 4, págs. 1-16, Janeiro – Junho de 2018. Disponível em: <<http://indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/4136/pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2019.

¹¹ Por “fase disruptiva” quer se dizer o momento em que padrões são rompidos na sociedade por meio do conhecimento e, por corolário, das novas tecnologias, abrindo-se espaço para o que se entende por transformação, bem como crescimento exponencial da Inteligência Artificial.

¹² SANTOS, Sarah Ribeiro do Nascimento; PEREIRA, Bruna Tarabossi; GANDRA, Guilherme Góes. **Algoritmos e integração de novas tecnologias ao sistema**

Este é o cenário que se tem. “Resta saber como a área do Direito irá lidar com estas projeções do incremento da Inteligência Artificial. Se trata de um alerta. Por ser uma projeção, há uma probabilidade de que os dados venham a se confirmar, ou não”.¹³ Logo, os próximos panoramas exigirão uma tomada de decisão que se lança do presente para o futuro.

Desse modo, diante da perspectiva de “atenção” que se encontra a Inteligência Artificial, especialmente na área do Direito, vale trazer ao destaque os possíveis impactos previstos para os próximos anos.

1 DESENHANDO ALGUNS DOS POSSÍVEIS IMPACTOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO DIREITO: ENTRE PERSPECTIVAS E RISCOS¹⁴

Atualmente, enfrenta-se uma grande diversidade de desafios fascinantes; entre eles, o mais intenso e importante, é o entendimento e a modelagem da nova revolução tecnológica percebida no cotidiano, a qual implica em nada menos do que a transformação de toda a humanidade.¹⁵

jurídico. São Paulo, 27 abr. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/regulacao-e-novas-tecnologias/algoritmos-e-integracao-de-novas-tecnologias-ao-sistema-juridico-27042019>>. Acesso em: 04 nov. 2019.

¹³ ENGELMANN, Wilson; WERNER, Deivid Augusto. Inteligência artificial e direito. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (Org.). **Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 166-167.

¹⁴ Vale ressaltar que risco não pode ser confundido ou associado ao termo ‘incerteza’, eis que, segundo Aswath Damodaran: “A incerteza precisa ser considerada com um sentido radicalmente distinto da noção comumente aceita de Risco, da qual nunca foi adequadamente separada... O aspecto essencial está no fato de 'Risco' significar, em alguns casos, uma variável possível de ser medida, enquanto em outros o termo não aceita esse atributo; além disso, há enormes e cruciais diferenças nas consequências desses fenômenos, dependendo de qual dos dois esteja realmente presente e operante... Está claro que uma incerteza mensurável, ou o risco propriamente dito, na acepção que utilizaremos, é tão diferente de uma incerteza não-mensurável, que não se trata, de forma alguma, de uma incerteza”. DAMODARAN, Aswath. **Gestão Estratégica do risco: Uma referência para a tomada de riscos empresariais**. Tradução: Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookmann, 2009, p. 23.

¹⁵ SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. 1ª Ed. São Paul: Edipro,

Em tal perspectiva, a fim de que se possa compreender o atual momento em que se situa a sociedade humana, notadamente quanto à inserção das novas tecnologias no cotidiano, importante o destaque a seguir:

As novas tecnologias desenvolvidas pelo ser humano na sociedade, em tempos marcados pela exponencialidade e pela disruptividade dos conhecimentos humanos e do mindset inaugurados pela Revolução Industrial (século XX), sobretudo com a vivência do paradigma da chamada Quarta Revolução Industrial, rompem com o modo de ser e de estar no mundo, em uma sociedade marcada pela hiperconectividade e pela indissociabilidade entre o humano, o biológico e o tecnológico.¹⁶

As mudanças são tão profundas que, na perspectiva da história humana, nunca houve um momento tão potencialmente promissor ou perigoso.¹⁷ As tecnologias digitais¹⁸, fundamentadas no computador, software e redes, não são novas, mas estão causando rupturas à terceira revolução industrial; estão se tornando mais sofisticadas e integradas e, conseqüentemente, transformando a sociedade e a economia global.¹⁹

A transformação e a transdisciplinariedade verificadas na

2016. p. 11.

¹⁶ ENGELMANN, Wilson; BARCAROLLO, Felipe. **Inteligência Artificial na Advocacia no Século XXI**. Artigo gentilmente cedido pelos autores. No prelo.

¹⁷ SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. 1ª Ed. São Paul: Edipro, 2016. p. 12.

¹⁸ Este capítulo não pretende conceituar o termo tecnologia, mas vale referir o que Eduardo Magrani referencia em sua obra: “As palavras *tecnologia* e *inovação* são, hoje, correntes e intimamente relacionadas aos ambientes digitais. Observamos isso ao analisar a forma e os espaços nos quais esses termos surgem tanto na imprensa quanto na linguagem usual. Por exemplo, muitos jornais e revistas têm seções de tecnologia, especificamente para tratar dos assuntos relativos ao mundo digital e, especialmente, à internet, com um forte vínculo com o conceito de inovação.” No mesmo sentido, constrói que “é importante ressaltar que, independentemente da posição econômica a ser adotada, o termo *tecnologia* não deve denotar *per se* uma inovação limitada ao meio digital”. MAGRANI, Eduardo. **A internet das coisas**. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2018. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/23898/A%20internet%20das%20coisas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 05 nov. 2019.

¹⁹ SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paul: Edipro, 2016. p. 16.

hodierna sociedade, em virtude da revolução tecnológica, são fundamentais para a reflexão da natureza de determinadas áreas do saber e sua consequente aplicação. Nesse sentido, Richard Susskind propõe-se a analisar o papel e a influência do serviço jurídico frente a esse cenário que, segundo ele, está à beira de uma transformação fundamental²⁰:

A perspectiva de estudo das novas tecnologias deve ser, necessariamente, transversal, transdisciplinar, pois seus estudos requerem conhecimento de diversas áreas do conhecimento humano, a exemplo da química, da física, da engenharia, da biologia, do direito, da medicina, da ética, dentre outros.²¹

Consoante afirma Wilson Engelmann, no que se refere, em especial à Inteligência Artificial, a sociedade está seguindo numa direção que não tem volta, que impacta(rá) diversos setores da sociedade, inclusive o da advocacia:

[...] a realidade tecnológica que temos à disposição atualmente é um caminho sem volta, que afeta o cotidiano da sociedade e das profissões. Por isso, ela é considerada por alguns especialistas como a Quarta Revolução Industrial, pela convergência de tecnologias digitais, físicas e biológicas. Nesse contexto de revolução tecnológica está a Inteligência Artificial (IA), que tem avançado a passos largos no Brasil. Na advocacia, ela não passa despercebida. Pelo contrário, tem papel cada vez mais importante na sistematização e análise de decisões judiciais, agilidade em processos outrora manuais, entre várias outras funções [...].²²

Em consonância, Fernanda Borghetti Cantali destaca uma das novas tecnologias disruptivas que vem provocando uma mudança profunda no modo de ser da sociedade em escala global, qual seja, a Inteligência Artificial, a qual já não faz parte apenas do imaginário

²⁰ SUSSKIND, Richard. **The end of lawyers?** Rethinking the nature of legal services. Oxford University Press, Oxford, 2008.

²¹ ENGELMANN, Wilson; BARCAROLLO, Felipe. **Inteligência Artificial na Advocacia no Século XXI**. Artigo gentilmente cedido pelos autores. No prelo.

²² ENGELMANN, Wilson. A Revolução da Inteligência Artificial na Advocacia Brasileira. **Boletim**: 2018, São Paulo, n.º 3074, p. 20.

científico, mas sim, do dia a dia das pessoas.²³

É inconteste que a tecnologia afeta(rá) diversos setores da sociedade, entre eles o do Direito, causando uma série de impactos no funcionamento do trabalho e na concepção de trabalhador. No mesmo sentido, importante frisar que a mesma vem para “superar” ações mentais e proporcionar autonomia nas relações de trabalho, segundo Alain Supiot:

A revolução digital oferece uma chance a todos os trabalhadores de adquirir maior autonomia. Mas, ao mesmo tempo, ameaça sujeitar todo o mundo – incluindo os autoempregados, executivos e categorias profissionais – a formas agravadas de desumanização do trabalho. Essa revolução não é limitada à difusão das novas tecnologias. Ela está mudando o centro de gravidade do poder econômico, agora menos concentrado na propriedade material dos meios de produção do que na propriedade intelectual dos sistemas de informação. Hoje, esse poder não é exercido principalmente por meio de ordens a serem seguidas – mas de objetivos a serem alcançados.²⁴

Nesse contexto, a fim de elucidar o exposto ao Direito, se desenvolveu Ross, ou seja, uma ferramenta computacional cognitiva, produzida pela IBM, a partir de Watson²⁵, especializada em materiais de direito concursal, que reconhece a linguagem humana, responde a perguntas jurídicas completas analisando uma grande quantidade de informação e mostrando seu raciocínio.²⁶ Tal, é resultado da atual necessidade de se inovar, através da Inteligência Artificial, o mercado jurídico:

²³ CANTALI, Fernanda Borghetti. Inteligência Artificial e direitos do autor: tecnologia disruptiva exigindo reconfiguração de categorias jurídicas. **Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência**. [S.l.], v. 4, p. 2, 2019. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/revistadipic>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

²⁴ SUPIOT, Alain. Como transformar as leis do Trabalho, no século 21. **DMT**. [S.l.], 30 maio 2018, disponível em: <<http://www.dmtdebate.com.br/como-transformar-as-leis-do-trabalho-no-seculo-21/>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

²⁵ Sobre as funcionalidades do Watson, consultar: <https://www.ibm.com/watson/offerings>. Acesso em 08 nov. 2019.

²⁶ BORGE, Iván Mateo. La robótica y la inteligencia artificial en la prestación de servicios jurídicos. In: NAVARRO, susana Navas (Dir.). **Inteligencia artificial, Tecnología y Derecho**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 135.

Um exemplo é o ‘Ross’, um tipo de advogado virtual desenvolvido por pesquisadores da Universidade de Toronto (Canadá), com base em serviços de computação da IBM. Quando conectado ao banco de dados de processos judiciais, o supercomputador consegue consultar milhões de arquivos e responder em linguagem natural quais documentos são relevantes para o caso. Essa tarefa exigiria horas de pesquisa se realizada por um humano. Com o Ross, é necessário apenas alguns segundos.²⁷

O *ROSS Intelligence* é uma plataforma de busca jurídica que lança mão da tecnologia de Inteligência Artificial, baseado no sistema de computação cognitiva da IBM Watson. Nela, os usuários conduzem pesquisas por meio de questionamentos em linguagem simples em detrimento de séries complexas de busca.²⁸

Uma das perspectivas do uso da Inteligência Artificial no direito é evitar o erro humano tanto do lado dos clientes quanto dos advogados na análise de processos em conformidade com a Comarca que tramita, na busca de jurisprudência acerca de casos específicos, etc, eis que, conforme a IBM, “o índice de acerto humano gira em torno de 70% e 80% nesse tipo de tarefa. O Watson consegue até mais de 95%”.²⁹

Richard Susskind, diante da situação em tela, notadamente no que tange aos aspectos jurídicos dessa “nova revolução”, aponta para a preferência de uma prática jurídica cada vez mais

²⁷ IBM is a cognitive solutions and cloud platform company that leverages the power of innovation, data and expertise to improve business and society. **IBM**. About IBM. United States of America, [2017?]. Disponível em: <https://www.ibm.com/ibm/ginni/>. Acesso em: 05 nov. 2019.

²⁸ FELIPE, Bruno Farage da Costa; PERROTA, Raquel Pinto Coelho. Inteligência Artificial no Direito - uma realidade a ser desbravada. **Revista de Direito, Governança e Novas tecnologias**. [S.l.], Vol. 4, pags. 1-16, Janeiro Junho de 2018. Disponível em: <<http://indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/4136/pdf>>. Acesso em 05 nov. 2019.

²⁹ MÜLLER, Leonardo. “Advogada robô” facilita trabalho de humanos em escritório brasileiro. **Tecmundo**. [S.l.], 12 dezembro 2017. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/software/125166-advogada- robo-facilita-trabalho-humanos-escritorio-brasileiro.htm>>. Acesso em: 05 nov. 2019. Kevin D. Ashley caracteriza o funcionamento do ROSS, sinalizando os aspectos positivos e negativos de sua atuação. ASHLEY, Kevin D. **Artificial intelligence and legal analytics: new tools for law practice in the digital age**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 14 e seguintes.

mercantilizada, “sob medida”, altamente personalizada e com um grau muito elevado de conhecimento especializado ou de experiência. Da mesma forma, as tarefas corriqueiras do escritório abrirão espaço para a Tecnologia da Informação, em substituição do papel, ademais da interação diferenciada com o cliente através do acesso de informações via sistemas conectados à rede mundial de computadores, evitando, assim, reuniões pessoais com o profissional.³⁰

A combinação de algoritmos cada vez mais avançados, dados e poder de computação mais baratos, segundo entende Paulo Sá Elias, vai tornar ainda mais amplamente distribuídos os benefícios dos algoritmos, melhorando o dia-a-dia de nossas vidas em todas as áreas, inclusive no Direito.³¹

Outrossim, poderão auxiliar juízes, advogados, promotores e demais profissionais da Justiça, mas, como sugere Paulo Sá Elias, jamais substituir o elemento humano na equação. Assim, os algoritmos são ferramentas e não devem ser tratados como substitutos completos para o julgamento humano³²:

Há um grande potencial para que os algoritmos e a Inteligência Artificial possam ser usados para o bem de toda a sociedade. Na verdade, há uma oportunidade para tornar o mundo mais justo e menos tendencioso com a utilização dos algoritmos e da Inteligência Artificial. As leis não devem travar e dificultar a inovação, mas, reitera-se, não podemos ser ingênuos e deslumbrados com as novas tecnologias, deixando de perceber o que está por trás de tudo isso.³³

³⁰ SUSSKIND, Richard. **The end of lawyers?** Rethinking the nature of legal services. Oxford University Press, Oxford, 2008.

³¹ ELIAS, Paulo Sá. **Algoritmos, Inteligência Artificial e o direito.** [S.l., 2019?]. p. 5. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/algoritmos-inteligencia-artificial.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

³² ELIAS, Paulo Sá. **Algoritmos, Inteligência Artificial e o direito.** [S.l., 2019?]. p. 17. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/algoritmos-inteligencia-artificial.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

³³ ELIAS, Paulo Sá. **Algoritmos, Inteligência Artificial e o direito.** [S.l., 2019?]. p. 18. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/algoritmos-inteligencia-artificial.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

Desse modo, Paulo Sa Elias deixa claro que é plenamente possível pensar na aplicabilidade dos algoritmos e da Inteligência Artificial, em analogia ao Direito, sendo que devem ser estudados minuciosamente em compasso com a inovação e não dificultada, ao mesmo tempo, pela legislação:

Nos últimos anos, a utilização de Inteligência Artificial pelos sistemas judiciários cresceu consideravelmente. Os objetivos primários têm sido trazer celeridade ao processo, redução de custos, redução da judicialização das demandas mediante a predição das chances de sucesso, incentivo a utilização de soluções alternativas de controvérsias, além da diminuição da margem de erro em relação ao julgamento dos casos, em comparação a decisões anteriores.³⁴

No mesmo sentido, Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes e Angelo Gamba Prata de Carvalho:

Também no meio jurídico a tecnologia já mostrou a que veio. Inteligência artificial (IA), *blockchain*, *e-discovery* e outras tecnologias disruptivas já estão presentes no mercado jurídico. Avanços tecnológicos que antes espantavam o mais vanguardista dos juristas hoje já se integraram às vidas dos mais vetustos operadores do direito. A busca por soluções tecnológicas para os dilemas do mundo jurídico - sejam eles meramente operacionais ou mesmo cognitivos - passou à rotina de gabinetes de magistrados e escritórios de advocacia em todo o mundo, imprimindo o rótulo de anacrônico ou mesmo de temerário àqueles que ainda não procuraram meios tecnológicos para a organização de seus espaços.³⁵

³⁴ SANTOS, Sarah Ribeiro do Nascimento; PEREIRA, Bruna Tarabossi; GANDRA, Guilherme Góes. **Algoritmos e integração de novas tecnologias ao sistema jurídico**. São Paulo, 27 abr. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/regulacao-e-novas-tecnologias/algoritmos-e-integracao-de-novas-tecnologias-ao-sistema-juridico-27042019>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

³⁵ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; DE CARVALHO, Angelo Gamba Prata. *The future: Análise da curva de adoção das tecnologias disruptivas jurídicas (legal tech) e governamentais (govtech)*, onde estamos e para onde queremos ir. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). **Tecnologia jurídica & direito digital: II congresso internacional de direito, governo e tecnologia** - 2018. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 30.

Nesse seguimento, outro exemplo de aplicabilidade na esfera do judiciário brasileiro é a criação da Dra. Luzia, a primeira robô-advogada que se tem notícia. Suas principais funções consistem em dar prosseguimento a processos de execução fiscal, “dado que o processador do robô é capaz de buscar em seu banco de dados as informações requeridas pelo magistrado em suas decisões interlocutórias, como endereços, veículos e imóveis.”³⁶

O TCU também utiliza a IA na análise do extenso volume de documentos submetidos ao Órgão, com a finalidade de localizar irregularidades, analisar e sugerir aprimoramentos:

Em alinhamento com a disrupção tecnológica no direito brasileiro, os robôs Alice, Mônica e Sofia vêm sendo empregados pelo Tribunal de Conta da União com a função de lerem o extenso volume de textos produzidos e analisados pelo tribunal, objetivando encontrar irregularidades e contradições, analisar e sugerir aprimoramentos em relatórios internos, e acompanhar todas as compras públicas, inclusive as decorrentes de contratação direta. Alice, no que lhe concerne, corresponde a um anacrônico para Análise de Licitações e Editais. A partir da leitura desses, a robô redige uma prévia de documento, apontando aos auditores se há indícios de desvios ou irregularidades. Já a robô Mônica, por sua vez, equivale a um painel que exibe todas as contas públicas, abrangendo as que Alice deixa passar. Por seu lado, a robô Sofia tem a missão de ler o texto do auditor averiguando potencial erro material ou formal cometido por esse, como também investiga se há omissão de alguma informação pertinente ao caso fático.³⁷

Notadamente no que se refere ao Brasil e a aplicabilidade de novas tecnologias no Direito, Dias Toffoli, na posição de presidente

³⁶ SANTOS, Sarah Ribeiro do Nascimento; PEREIRA, Bruna Tarabossi; GANDRA, Guilherme Góes. **Algoritmos e integração de novas tecnologias ao sistema jurídico**. São Paulo, 27 abr. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/regulacao-e-novas-tecnologias/algoritmos-e-integracao-de-novas-tecnologias-ao-sistema-juridico-27042019>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

³⁷ SANTOS, Sarah Ribeiro do Nascimento; PEREIRA, Bruna Tarabossi; GANDRA, Guilherme Góes. **Algoritmos e integração de novas tecnologias ao sistema jurídico**. São Paulo, 27 abr. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/regulacao-e-novas-tecnologias/algoritmos-e-integracao-de-novas-tecnologias-ao-sistema-juridico-27042019>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

do CNJ e do STF, manifestou que tal iniciativa é uma das prioridades de sua gestão, “tendo toda a sua equipe de técnicos, juízes e diretores gerais fomentando empenho para aprimorar a tecnologia de informação no Poder Judiciário.”³⁸

Tudo isso pode parecer, por vezes, distante da realidade jurídica, especificamente quanto aos conceitos e dados técnicos que envolvem a Inteligência Artificial, pois que apresentam elementos estruturantes que ainda são de difícil abordagem e utilização no Direito³⁹.

Não obstante, por sua aplicação já ser evidente diuturnamente, é ligado um sinal de alerta para a necessidade de se buscar compreender com afinco a fase em que se situa a categoria jurídica e atentar-se para o que pode acontecer nos próximos anos com relação ao tema.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vive-se a chamada Quarta Revolução Industrial, na qual está inserida a Inteligência Artificial, esta que se verificou, encontrar-se na pauta de estudiosos há muito mais tempo que se imagina. Não só

³⁸ SANTOS, Sarah Ribeiro do Nascimento; PEREIRA, Bruna Tarabossi; GANDRA, Guilherme Góes. **Algoritmos e integração de novas tecnologias ao sistema jurídico**. São Paulo, 27 abr. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/regulacao-e-novas-tecnologias/algoritmos-e-integracao-de-novas-tecnologias-ao-sistema-juridico-27042019>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

³⁹ Nesse sentido, vale ressaltar: “Os tempos têm demonstrado que o tão falado “juridiquês” não apenas está ultrapassado, como vem sendo paulatinamente substituído pela linguagem da tecnologia, que ocupa espaços jurídicos - dos tribunais aos governos - mediante a capacitação de operadores do direito e, inclusive, a formação de desenvolvedores de tecnologia jurídica, com currículos interdisciplinares e mentes voltadas à resolução de problemas de maneira criativa, engenhosa e profunda. É necessário, porém, construir a infraestrutura para que campos aparentemente tão diversos - como o direito e a tecnologia - possam comunicar-se sem produzir ruídos que ensurdeçam um lado ou outro. ” (FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; DE CARVALHO, Angelo Gamba Prata. *The future: Análise da curva de adoção das tecnologias disruptivas jurídicas (legal tech) e governamentais (govtech)*, onde estamos e para onde queremos ir. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). **Tecnologia jurídica & direito digital: II congresso internacional de direito, governo e tecnologia** - 2018. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 30.)

as máquinas são característica da fase, mas estas, certamente desempenham uma fundamental tarefa no hodierno ciclo que, além de não ter volta, ensinam que delas pode se extrair uma imensidade de possibilidades.

Através de algoritmos é imaginável produzir conexões e levantamento de dados que vão muito além da capacidade humana para a sua realização. A seara do Direito como um todo, está em processo de transformação, de revolução. Aprender este movimento é o primeiro passo. E, a partir daí, a educação jurídica deverá se modelar para dar respostas rápidas, eficientes e flexíveis.⁴⁰

Dentro deste cenário, este artigo procurou apresentar um breve panorama da (des)necessidade da aplicabilidade da Inteligência Artificial no Direito, bem como buscou empíricos usos da mesma na atualidade. No mesmo sentido e por ricochete, pautou-se no questionamento da existência de reflexos da Inteligência Artificial no âmbito jurídico, apontando alguns desafios e perspectivas que o Direito deverão observar no contexto atual.

A sociedade contemporânea está, como já se referiu, em exponencialidade e proporcionando uma série de novos desafios para a as mais diversas áreas do conhecimento (arrisca-se dizer, todas). Daí a mais pura transdisciplinaridade.

Notadamente quanto às perspectivas e os riscos que se desenham, estes estão relacionados, sobremaneira, com a educação jurídica, a ser “invadida” pelas inovações geradas pela revolução vivenciada. Será preciso propor o desenvolvimento de competências, aqui entendidos os conhecimentos, as habilidades e as atitudes, que consigam preparar o futuro advogado para exercer a sua atividade, e aparelha-lo com ferramentas metodológicas que permitam a ele a continuidade da sua formação.⁴¹

Portanto, a Inteligência Artificial anuncia realizar tarefas

⁴⁰ ENGELMANN, Wilson; WERNER, Deivid Augusto. Inteligência artificial e direito. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (Org.). **Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 172.

⁴¹ ENGELMANN, Wilson; WERNER, Deivid Augusto. Inteligência artificial e direito. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (Org.). **Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 172.

próprias do ser humano, abrindo, por corolário a necessidade/possibilidade do operador do Direito de se “reformular”.

De tudo que se pode extrair da temática, uma das ponderações mais consideráveis é a necessidade da conjugação de esforços entre o conhecimento humano e jurídico, frente às incertezas, possibilidades, imprevisibilidade e novos desafios que se fazem presentes na redoma da Inteligência Artificial.

É inquietante que ao mesmo tempo em que se busca a certeza e previsibilidade de decisões, por meio do uso da Inteligência Artificial, um novo panorama de incerteza e imprevisibilidade, também criados pela Inteligência Artificial, exsurge.

E mais, é preocupante a forma como os percursos metodológicos da Inteligência Artificial pode ser escrutinada pela parte interessada, o que aponta para a imposição de se desenhar a responsabilidade pela prestação de contas sobre o resultado obtido por meio do uso da Inteligência Artificial.

Nesse viés, as considerações finais não podem deixar de ressaltar o que Eduardo Magrani afirma sobre a maneira como os seres humanos tendem a se relacionar com as máquinas e algoritmos, ou seja, de modo cada vez mais intenso. Assim, os benefícios e riscos necessitam ser sopesados, cautelosamente, ao passo que o Direito, nesse cenário, deve regular com eficácia as inquietações teladas, de maneira a proteger os direitos constitucionais e, ao mesmo tempo, não exercer um papel de “dificultador” do desenvolvimento tecnológico.⁴²

Não obstante a evidente aplicabilidade, as promessas e os possíveis impactos da Inteligência Artificial, como se viu, estes não serão instantâneos ou radicais, mas, sim, graduais. Nasce, portanto, para o Direito, seus operadores e pesquisadores de outras áreas um novo conjunto de desafios e possibilidades, a merecerem futuras pesquisas.

⁴² MAGRANI, Eduardo. **A internet das coisas**. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2018. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/23898/A%20internet%20das%20coisas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 12 nov. 2019.

REFERÊNCIAS

ASHLEY, Kevin D. **Artificial intelligence and legal analytics: new tools for law practice in the digital age**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

BORGE, Iván Mateo. La robótica y la inteligencia artificial en la prestación de servicios jurídicos. In: NAVARRO, susana Navas (Dir.). **Inteligencia artificial, Tecnología y Derecho**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

CANTALI, Fernanda Borghetti. Inteligência Artificial e direitos do autor: tecnologia disruptiva exigindo reconfiguração de categorias jurídicas. **Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência**. [S.l.], v. 4, p. 2, 2019. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/revistadipic>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

ELIAS, Paulo Sá. **Algoritmos, Inteligência Artificial e o direito**. [S.l., 2019?]. p. 5. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/algoritmos-inteligencia-artificial.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

ENGELMANN, Wilson. A Revolução da Inteligência Artificial na Advocacia Brasileira. **Boletim**: 2018, São Paulo, n.º 3074.

ENGELMANN, Wilson; BARCAROLLO, Felipe. **Inteligência Artificial na Advocacia no Século XXI**. Artigo gentilmente cedido pelos autores. No prelo.

ENGELMANN, Wilson; WERNER, Deivid Augusto. Inteligência artificial e direito. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (Org.). **Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

FELIPE, Bruno Farage da Costa; PERROTA, Raquel Pinto Coelho. Inteligência Artificial no Direito – uma realidade a ser desbravada. **Revista de Direito, Governança e Novas tecnologias**. [S.l.], Vol. 4, pags. 1-16, Janeiro – Junho de 2018. Disponível em: <<http://indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/4136/pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2019.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; DE CARVALHO, Angelo Gamba Prata. *The future*: Análise da curva de adoção das tecnologias disruptivas jurídicas (*legal tech*) e governamentais (*govtech*), onde estamos e para onde queremos ir. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). **Tecnologia jurídica & direito digital: II congresso internacional de direito, governo e tecnologia - 2018**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MAGRANI, Eduardo. **A internet das coisas**. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2018. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/23898/A%20internet%20das%20coisas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 05 nov. 2019.

MÜLLER, Leonardo. “Advogada robô” facilita trabalho de humanos em escritório brasileiro. **Tecmundo**. [S.l.], 12 dezembro 2017. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/software/125166-advogada- robo-facilita-trabalho-humanos-escritorio-brasileiro.htm>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

SANTOS, Sarah Ribeiro do Nascimento; PEREIRA, Bruna Tarabossi; GANDRA, Guilherme Góes. **Algoritmos e integração de novas tecnologias ao sistema jurídico**. São Paulo, 27 abr. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/regulacao-e-novas-tecnologias/algoritmos-e-integracao-de-novas-tecnologias-ao-sistema-juridico-27042019>>. Acesso em: 04 nov. 2019.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paul: Edipro, 2016.

SUPIOT, Alain. Como transformar as leis do Trabalho, no século 21. **DMT**. [S.l.], 30 maio 2018, disponível em: <<http://www.dmtdebate.com.br/como-transformar-as-leis-do-trabalho-no-seculo-21/>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

SUSSKIND, Richard. **The end of lawyers?** Rethinking the nature of legal services. Oxford University Press, Oxford, 2008.

TACCA, Adriano; ROCHA, Leonel Severo. Inteligência Artificial: reflexos no sistema do direito. **Nomos - Revista da Programa de Pós-Graduação em Direito - UFC**, Fortaleza, v. 38, n. 2, p. 65, jul./dez. 2018. Disponível em: <<http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20493/95963>>. Acesso em: 04 nov. 2019.

NOVAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E OS DESAFIOS DA PROTEÇÃO DA CONCORRÊNCIA

*Danilo dos Santos Almeida**

*Felipe Franz Wienke***

INTRODUÇÃO

Novas tecnologias informacionais permitem a automatização de uma série de processos envolvidos nas atividades cotidianas de grandes empresas. Essa automatização tem a implicação imediata de diluir responsabilidades: eventualmente, decisões geram consequências indesejadas e a responsabilização depende da capacidade das autoridades de identificar a autoria dessas decisões. O que fazer quando decisões que tradicionalmente demandariam a participação pessoal de um ou um grupo de executivos passam a ser tomadas por um algoritmo que não exige a participação constante de um ser humano?

Outra implicação importante é que as potencialidades dessas novas tecnologias são enormes e praticamente imprevisíveis. Algoritmos de *big data*, por exemplo, são capazes de solucionar problemas na medida em que aparecem, sem os potenciais prejuízos da microgestão. Naturalmente, essas potencialidades podem ser abusadas e cooptadas para atuações desleais no mercado. Como proteger o consumidor do abuso de seus dados pessoais, que às vezes

* Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Bolsista de pós-doutorado (PNPD/Capes) do Programa de Pós-Graduação em Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande (FURG).

** Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Pelotas (UFPel) e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito e Justiça Social da FURG.

se torna mercadoria valiosa no comércio de *big data* entre corporações?

O presente trabalho consiste em uma breve análise dos impactos de novas tecnologias de informação no mercado, especialmente em relação a sua capacidade de ameaçar a livre concorrência. Para tanto, os autores recorrem a estudos desenvolvidos no âmbito da OCDE sobre a matéria.

O primeiro tópico apresenta algumas definições operacionais relevantes para o trabalho. O tópico seguinte esboça uma análise dos impactos das tecnologias da informação na concorrência. O terceiro tópico faz uma breve consideração das alternativas de regulação do uso de algoritmos nessa seara concorrencial. Por fim, os autores comentam de maneira um pouco especulativa sobre os impactos de longo prazo dessas tecnologias.

1 DEFINIÇÕES OPERACIONAIS

1.1 Novas tecnologias de informação e transformações no mercado

Começemos com noções de tecnologia da informação. O conceito de algoritmo pode ser definido como uma sequência de regras para a satisfação de uma determinada tarefa, que serão ser seguidas à risca por uma unidade de processamento. Ele constitui uma ordenação lógica de procedimentos que garantem a produção sistemática de *outputs* a partir de um dado *input* (OCDE, 2017, p. 8).

Um tipo especial de algoritmo é aquele capaz de “educar” a si próprio sobre como interagir com *inputs* futuros (OCDE, 2017, pp. 9-11; 31-32). Aprendizagem de máquina é um ramo de técnica computacional em que os algoritmos alteram seus códigos de forma a melhorar sua performance em uma determinada tarefa. A cada nova repetição, o software inclui, com supervisão mais ou menos próxima de um programador, novas informações relevantes para o futuro. Aprendizagem de máquina é uma manifestação da chamada inteligência artificial, que pode ser compreendida como as aplicações da informática a atividades que tradicionalmente requerem o engajamento de um agente humano capaz de lidar com problemas novos.

Uma técnica especialmente poderosa de aprendizagem de

máquina é o *deep learning*, que se inspira na conexão em redes de neurônios em um cérebro para simular o processo de aprendizagem humano (OCDE, 2017, p. 11). O resultado é um software capaz de aprender uma tarefa muito mais rápido e mais precisamente que outros algoritmos de aprendizagem de máquina, com uma complexidade e abstração que faz com que não seja possível conhecer o código resultante. Essa característica da arquitetura dos softwares de *deep learning* faz com que eles sejam *black boxes*, ou seja, são tecnologias que só podem ser conhecidas pela relação entre *input* e *output*, mas não por suas operações internas. Em outras palavras, não é possível fazer a engenharia reversa dos programas resultados dessa técnica de aprendizagem de máquina. Essa ferramenta é muito recente e tem um potencial gigantesco, que está apenas agora começando a ser conhecido.

A noção de *big data* é uma novidade recente no desenvolvimento de algoritmos, viabilizado pela evolução mais atual da informática e das análises estatísticas. Ela diz respeito ao acesso no atacado de informações sobre determinados mercados.

Big data é comumente entendido como o uso de capacidade de computação de larga escala e de *software* tecnologicamente avançado para a coleta, processamento e análise de dados caracterizados pelo grande volume, velocidade, variedade e valor. Essas características interdependentes ensejam tanto os benefícios, quanto os potenciais riscos da *big data*, de uma perspectiva de política de competição (OCDE, 2016, p. 5).

Trata-se de uma ferramenta analítica que permite a obtenção de informações valiosas a partir de grandes conjuntos de dados. Em tempos de rede social, plataformas em que o usuário disponibiliza grande quantidades de informações pessoais, um uso especialmente relevante da *big data* é a criação de perfis pessoais para fins, por exemplo, de publicidade personalizada.

2 CONLUIO E LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE

Consideremos agora a algumas definições ligadas à política regulatória. Podemos definir conluio a situação em que concorrentes

estabelecem uma coordenação ou acordo, explícitos ou tácitos – chamado de equilíbrio colusivo – com o objetivo de elevar lucros a patamares acima daqueles viabilizados pelo equilíbrio não-cooperativo, gerando como consequência um potencial dano ao consumidor. O equilíbrio colusivo é atingido através da formação, efetivação e fiscalização de políticas comuns espúrias entre concorrentes (OCDE, 2017, p. 19).

Como dito acima, o conluio pode se dar sem um acordo explícito entre as partes. Em mercados transparentes (ou seja, quando as informações estratégicas são geralmente de conhecimento público) e com poucos *players*, reconhecendo uma interdependência mútua, as empresas podem adotar estratégias de cooperação mesmo sem coordenação explícita (OCDE, 2017, p. 19).

Naturalmente, algum grau de coordenação é necessário para que se caracterize o conluio. Contudo, cada vez mais, tem-se admitido como evidência de conluio elementos que caracterizem indiretamente que comportamentos paralelos entre competidores se deram por acordo entre partes. Esses elementos, que são chamados de fatores adicionais (“*plus factors*”), podem ser o compartilhamento de informações relevantes, ou outras práticas facilitadoras (OCDE, 2017, p. 20).

3 EFEITOS DA TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO NA CONCORRÊNCIA

3.1 Inovações disruptivas e predação

Da perspectiva da saúde das relações concorrenciais, os desenvolvimentos da tecnologia da informação podem ter impactos positivos e negativos. Segue uma análise de alguns desses efeitos.

Um exemplo de como o desenvolvimento explosivo das recentes tecnologias de informação pode afetar o mercado são as chamadas inovações disruptivas. A inovação em geral é o motor do desenvolvimento econômico e a causa do aumento das condições materiais de vida. Por sua vez, inovação disruptiva é aquela que ocasiona a transformação de todo um mercado, ou ainda a criação de um novo (OCDE, 2015, p. 2).

A noção de inovação disruptiva evoca a transformação do mercado em seu aspecto da capacidade de geração de riqueza, ou

seja, dizemos que empresas prosperam ou falham em face desses desenvolvimentos de acordo com sua capacidade de incorporar as inovações ao seu processo produtivo. As mais recentes inovações no campo da tecnologia da informação – nas quais se incluem a aprendizagem de máquina, tecnologias de *big data*, internet das coisas, etc. – têm um enorme potencial disruptivo que ainda está apenas começando a se manifestar. Consideremos em mais detalhes dois deles: a automatização da comunicação entre concorrentes, diluindo responsabilidades pelo equilíbrio colusivo; e as ferramentas de *big data* que permitem o uso, e o compartilhamento desleal, de dados privados de consumidores.

4 COMUNICAÇÃO AUTOMATIZADA E ACORDOS TÁCITOS

Consideremos com mais detalhes alguns exemplos de como tecnologias de informação automatizada pode ameaçar a concorrência no mercado, com base em documento publicado pela Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) sobre o tema (2017, pp. 26-34).

Uma das mais diretas aplicações dos algoritmos de automatização é na monitoração das atividades dos concorrentes. Além do uso regular e competitivo desse mecanismo, ele pode ser utilizado para fiscalizar o cumprimento de acordos espúrios, inclusive com retaliação imediata para preservar o equilíbrio colusivo. Esse tipo de estratégia só funciona em mercados transparentes, nos quais os dados relevantes (como preços) podem ser coletados e agregados. Em mercados digitais, no qual informações públicas sobre a atuação das empresas costumam ser facilmente acessíveis para *bots*, a análise massiva de dados tornou-se muito barata. Mecanismos simples de retaliação também podem ser implementados com baixíssimos custos: companhias podem programar algoritmos para responder a violações do preço acordado com uma mudança automática na estratégia, deflagrando uma guerra de preços. Esse método é mais eficaz que cartéis tradicionais, pois não há espaço entre o descumprimento do acordo e a retaliação. Consequentemente, o equilíbrio colusivo tende a ser mais estável e o risco de uma guerra de preços, menor.

O exemplo acima descreve ações unilaterais garantidoras de uma estratégia cooperativa entre concorrentes. Outra estratégia – especialmente adaptada a mercados voláteis, nos quais variáveis como disponibilidade de insumos e demanda flutuam rapidamente – é o uso de algoritmos paralelos. Empresas em mercados dinâmicos recorrem a processos automatizados de cálculo de preço com base em informações relevantes atualizadas. Se esses algoritmos de preço dinâmico forem compartilhados entre concorrentes, suas reações ao mercado serão coordenadas, sem que haja necessidade de comunicação constante entre eles (o que seria indispensável em um cartel tradicional). Se as empresas conseguem dissimular o compartilhamento do algoritmo (através da terceirização para uma mesma empresa de TI, por exemplo), pode ser difícil demonstrar efetiva cooperação.

Outra ameaça à competição mais complexa envolve a elevação unilateral de preços por uma empresa líder de mercado e a expectativa tácita de que as demais responderão da mesma maneira. Essa estratégia de sinalização de preços é ambígua: como seus riscos e custos são muito altos (concorrentes podem não reagir da maneira prevista, prejudicando a empresa sinalizadora), tende a haver nela um potencial pró-competição. Contudo, a automatização da estratégia pode praticamente eliminar esses riscos. Por exemplo, um algoritmo pode fazer mudanças muito rápidas de preços (à noite, talvez), que podem ser percebidas por computadores de outras empresas, mas que os consumidores não serão capazes de acompanhar. Com isso, a empresa é capaz de garantir que a alta de preços só será mantida se for acompanhada pelas concorrentes. Em suma, a automatização permite que a empresa líder use seus preços para se comunicar com concorrentes equipados com tecnologia de informação similar, sem que o consumidor perceba.

Um último exemplo refere-se à aprendizagem de máquina. A tecnologia ainda é muito recente para se ter uma ideia precisa de suas potencialidades. Contudo, ela tem grande capacidade de testar possibilidades através do método de tentativa-e-erro em alta velocidade e de descobrir quais são os termos mais benéficos de cooperação entre empresas, encontrando o maior preço possível entre concorrentes. Além de especialmente eficaz, as técnicas de aprendizagem de máquina com *deep learning* produzem algoritmos

sem o registro de código-fonte, que são geralmente usados como evidência de conluio. A operação desse software não é visível nem mesmo por quem opera a TI da empresa, exceto por seu resultado. É possível que os softwares de empresas rivais sejam capazes de descobrir, através de estratégias como a da sinalização, esse maior preço. É possível mesmo que, através de tecnologia de *deep learning*, as empresas atinjam um resultado colusivo sem mesmo estarem cientes disso.

Esses três usos de softwares de automatização do processo decisório descritos acima são apenas exemplos dos riscos contemporâneos à concorrência. Um caso especial disso, particularmente importante na era das redes sócias, é o uso de análise de *big data* pelas empresas que atuam pela internet.

5 BIG DATA E CONCORRÊNCIA

Uma das principais consequências das ferramentas de análise de *big data* é a possibilidade de que as corporações colem e analisem grandes quantidades de dados pessoais de seus usuários, formulando detalhados perfis de hábitos e preferências. Muitos benefícios ao consumidor derivam dessas ferramentas, como um explosivo incremento na inovação e na oferta de serviços novos, muitas vezes personalizados e projetados para satisfazer demandas específicas (SOKOL, COMENFORD, 2016, p. 1129). Contudo, há também um grande potencial de abuso dessa tecnologia.

Como acesso a *big data* trás vantagens competitivas significativas, há incentivos para que competidores busquem limitar o acesso uns dos outros a dados, seja contratando fornecedores de dados com exclusividade, seja restringindo o acesso dos demais a dados relevantes.

Por outro lado, uma estratégia oposta também é possível. Por exemplo, empresas adotam como modelo de negócio a oferta de serviços online sem cobrar deles objetivando coletar dados valiosos para seus anunciantes. Isso pode motivar grandes empresas a fazer aquisições estratégicas com o objetivo específico de ter acesso a determinados dados. Algumas dessas fusões motivadas por acesso a dados podem ser vantajosas para o consumidor. Esse foi o caso de um acordo de compartilhamento de dados entre Microsoft e Yahoo!.

que foi interpretado, em 2010, pela Divisão de Antitruste do Departamento de Justiça dos EUA, como benéfico para o mercado, pois auxiliaria esta ferramenta de busca a fazer frente ao Google, que já dominava o mercado (GRUNES, STUCKE, 2015, p. 3).

Como dito acima, o ritmo de desenvolvimento de novas tecnologias da informação - e conseqüentemente de surgimento de novas oportunidades de conluio - é acelerado. É cada vez mais difícil para agências reguladoras do mercado desenvolverem mecanismos para prevenir e coibir essas práticas.

6 ALTERNATIVAS PARA REGULAMENTAÇÃO DE ALGORITMOS

Se inovações informacionais podem mudar o panorama da concorrência, criando oportunidades de automação de uma cooperação espúria entre concorrentes de mercado, elas também podem ser mobilizadas para o combate dessas mesmas práticas. Um primeiro passo essencial para criar ferramentas atualizadas de regulação de mercado é adaptar concepções tradicionais do mercado para a nova realidade. Há importantes possibilidades de uso de algoritmos de aprendizagem de máquina e de análise de *big data* que ajudar na fiscalização de práticas ilícitas.

7 REGULANDO ALGORITMOS

O Secretariado-Geral da OCDE produziu documento sintetizando algumas das medidas disponíveis para intervenção regulatória em relação ao uso de algoritmos, que serão levados em consideração agora (OCDE, 2017, pp. 46-48).

A primeira proposta é considerar a criação de instituições globais dedicadas a coordenar e supervisionar a atividade digital, possivelmente com um novo regime regulatório específico para inteligência artificial. Nos EUA, há uma proposta de legislação, o Ato para o Desenvolvimento de Inteligência Artificial, que prevê a criação de uma agência reguladora e de um sistema de responsabilização de programadores. Se aprovado, o Ato constituiria

uma mudança de política, que, nos EUA, tem sido em grande medida de não intervenção nos mercados digitais¹.

Além de um marco normativo de responsabilidade civil, políticas públicas que estão atualmente sendo cogitadas, e que foram recentemente sugeridas por autoridades europeias, demandam transparência dos códigos-fontes usados por grandes corporações, seja através da cooperação dos programadores, seja sem ela, realizando engenharia reversa dos algoritmos para que o público tenha conhecimento de suas operações².

O aspecto mais difícil da regulação de algoritmos que ameaçam a concorrência é evitar a formação automática de conluio através de algoritmos de aprendizagem de máquina dedicados, por exemplo, a determinar preços. Em casos como esses, pode ser inviável estabelecer responsabilidades e investigações sobre comunicação entre competidores podem não dizer muito sobre a natureza do equilíbrio concorrencial em mercados digitais.

Abordagens indiretas podem ser eficazes aqui (OCDE, 2017, p. 49-50). Um exemplo é a regulação de preços máximos. Agências poderiam estipular um limite para o incremento de preços, bloqueando estratégias cooperativas de maximização de lucros. Outra saída seria impor regras ao mercado para que ele se torne menos propenso à colusão. Isso pode ser dar pela diminuição da transparência (o que dificulta a coordenação) através de restrição de publicidade de informações; ou pela desaceleração do ritmo da atuação das empresas no mercado (de forma que o consumidor possa acompanhá-las também) estabelecendo um período mínimo de

¹ O texto da OCDE curiosamente deixa de lado a neutralidade de rede, princípio segundo o qual provedores de internet não podem discriminar acesso a dados na internet. Entre 2015 e 2017, esteve em vigor a Ordem pela Internet Aberta, que garantia a neutralidade de rede e impedia que os provedores restringissem acesso a dados e privilegiassem ou prejudicassem certas páginas ou conteúdos. Trata-se de uma forte interferência do poder público na relação entre empresas de internet e usuários, com potenciais impactos na livre concorrência. Um exemplo desses impactos é o uso de serviços de *streaming* (como YouTube e Netflix), que demandam ampla largura de banda e que, sem a neutralidade de rede, poderiam ser limitados pelos provedores.

² Naturalmente, isso não vale para tecnologias *black box*, como algoritmos de *deep learning*. Dar transparência a esse tipo de algoritmo é um problema excepcionalmente difícil de se resolver.

validade de cada novo preço, por exemplo. O problema desse tipo de solução indireta, que altera o mercado de maneira sistemática, são seus efeitos colaterais negativos, como a ancoragem de preços em patamares mais elevados, a redução de incentivos à inovação e a restrição de acesso a informação pelos consumidores.

Há uma defasagem muito grande entre as engenhosas estratégias de conluio e as ferramentas regulatórias aptas a evitá-las. Por enquanto, os remédios podem ser mais tóxicos que a doença. Contudo, a própria tecnologia de informação agindo sobre mercado pode oferecer a solução: tecnologias disruptivas tendem a afetar justamente aqueles grandes mercados dominados por *players* ineficazes (OCDE, 2015, p.2). O que empresas como a Uber ou Airbnb fazem é transformar o paradigma de prestação de um serviço, derrubando os preços. O conluio no sentido tradicional, que tem como principal efeito a alta de preços, não é um problema nos mercados da era digital que, por ação das inovações disruptivas, às vezes sequer preço ao consumidor tem. Contudo, mercados de preço zero têm problemas concorrenciais de outra natureza. Um deles é a gestão de dados pessoais e de seu uso para análise de *big data*.

8 BIG DATA E PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE

Um aspecto importante na proteção da concorrência no mercado, para além da relação entre corporações é a relação entre essas e os consumidores. A disseminação das redes sociais e de cadastros de consumidor fazem com que dados pessoais circulem de uma maneira que os indivíduos não conseguem controlar. Por isso, o consenso é que o modelo atual de tratamento de dados pessoais, que informa o usuário e solicita seu consentimento (*notice-and-consent*), está defasado e é ineficaz para proteger a privacidade online (GRUNES, STUCKE, 2015, p. 12).

Isso é verdade não apenas porque os termos de consentimento são inegociáveis e de difícil leitura. Tecnologias como *data fusion*, em que dados de diferentes fontes e tipos são combinados e podem produzir um perfil detalhado de cada usuário, com resultados que o usuário não é capaz de prever ao consentir com o compartilhamento de dados pessoais. A consequência disso é que, entre empresas estabelecidas e que tenham acesso a informações

privadas de seus clientes, haja incentivos para cooperação e compartilhamento de dados. Nesse caso, empoderar o consumidor face às empresas em relação aos usos de dados privados é duplamente benéfico: protege tanto seu direito à privacidade, quanto a concorrência. Para fins de regulação, medidas simples podem ser tomadas, como exigir transparência na coleta e distribuição de dados privados, com o desenvolvimento de ferramentas analíticas que sirvam para manter os consumidores informados a esse respeito (GRUNES, STUCKE, 2015, p. 13). Essas medidas serão eficazes para reequilibrar a relação entre usuários e corporações, mas também protegem a concorrência, na medida em que facilita que novos concorrentes tenham acesso a mercados, sem a desvantagem injusta de ter que competir com empresas em conluio compartilhando dados.

Tradicionalmente, a coleta de dados tem sido tratada como um problema jurídico a ser abordado pela legislação de proteção ao consumidor, e não pela legislação antitruste (GRUNES, STUCKE, 2015, p. 5). Isso porque, do lado do consumidor, os serviços de proteção de dados privados tendem a não ser pagos. Em geral, a dimensão financeira é conferida pelo outro lado, o dos anunciantes, que estabelecem um preço para esses dados. Assim, a degradação da privacidade como consequência de uma fusão, por exemplo, tende a não ser percebido como um dano competitivo. Isso é especialmente verdadeira quando o serviço oferecido é gratuito: se o preço antes e depois da fusão é zero, então pode ser difícil argumentar prejuízo ao consumidor.

Um exemplo da incerteza sobre como a regulação da concorrência deve responder às inovações da *big data* é a decisão da Comissão Federal de Comércio dos EUA, em 2007, sobre a aquisição da DoubleClick pela Google (GRUNES, STUCKE, 2015, p. 5). Ao mesmo tempo em que afirma que privacidade é relevante, mas “não é relacionada a preocupações antitruste”, afirma também que a privacidade do consumidor eventualmente “pode ser um atributo não precificado da concorrência”, ainda que não tenha sido no caso em questão. Assim, um passo preliminar para uma política concorrencial seria determinar conceitualmente se cooperação com compartilhamento de dados pessoais de usuário prejudica o consumidor mesmo que sem aumento de preço.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo, por limitações de escopo, pretendeu apenas sugerir algumas consequências de um fenômeno de mercado ainda muito recente, deixando uma série de considerações de lado.

Esses avanços tecnológicos apontam para uma divergência entre as tradicionais práticas comerciais e as potencialidades das tecnologias informacionais que seguem surgindo. Este foi o ano em que a Google anunciou sua supremacia quântica (ARUTE, *et al.*, 2019), efetivamente inaugurando a era dos processadores não-clássicos, livres das limitações computacionais que antigamente se imaginavam insuperáveis. O resultado disso é que provavelmente estamos iniciando um ciclo de transformações sociais ainda mais violento que este das últimas décadas.

Isso gera uma consequência imediata para reguladores: tentativas de prever inovações disruptivas e se antecipar a elas passam a ser inócuas. Todos seremos sempre surpreendidos pelas novidades, não importa o quão bem informados e atualizados estejamos. Por um lado, o prospecto é desolador para aqueles que pretendem preservar uma concepção tradicional de concorrência e de mercados. Por outro lado, essas transformações radicais tendem a produzir novos arranjos econômicos, potencialmente com vantagens aos atores mais frágeis desses processos.

É próprio da tecnologia da informação que seu desenvolvimento cresça de maneira exponencial: cada inovação afeta a cadência do progresso tecnológico, aumentando gradual e constantemente a velocidade do surgimento de novas invenções. Essa aceleração da taxa de crescimento torna mesmo o futuro próximo imprevisível. É próprio da área que o panorama do conhecimento se altere drasticamente de tempos em tempos, tornando qualquer investigação teórica sempre muito fugaz. Em suma, os autores não pretendem longevidade para as considerações deste texto.

REFERÊNCIAS

ARUTE, Frank, *et al.* **Quantum supremacy using a programmable superconducting processor.** *Nature*, v. 574, 2019.

OCDE. **Hearing on Disruptive Innovation.** 2015. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/823886/download>>. Acessado em: 1 mai. 2018.

_____. **Big Data:** Bringing Competition Policy to the Digital Era. 2016. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf)>. Acessado em: 1 mai. 2018.

_____. **Algorithms and Collusion:** competition policy in the digital age. 2017. Disponível em: <www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm>. Acessado em: 1 mai. 2018.

GRUNES, Allen; STUCKE, Maurice. No Mistake About It: the important role of antitrust in the era of big data. **The Antitrust Source**, 2015.

SOKOL, Daniel; COMERFORD, Roisin. Antitrust and Regulating Big Data. **George Mason Law Review**, v. 23, n. 5, 2016.

NÚMEROS DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO: EXPANSÃO DE ATUAÇÃO E COMPARAÇÃO COM SISTEMAS EUROPEUS

*Wagner Feloniuk**

INTRODUÇÃO

As dificuldades de acesso à justiça no Brasil são conhecidas há muito (MURILO DE CARVALHO, 2008, p. 88). Como narra uma precursora nesses estudos desde a década de 1990, Maria Tereza Sadek: "[p]ara o cidadão comum, os reflexos da morosidade são nocivos, corroendo a crença na prevalência na lei e na instituição encarregada da sua aplicação" (SADEK, 2014, p. 62). Conhecer as causas das dificuldades envolve abordagens multidisciplinares e em diversos âmbitos. É um campo que se desenvolveu muito no Brasil, especialmente após os anos 2010, com um crescimento de pesquisas em número e também nas abordagens metodológicas, o assunto supera o Direito e é debatido em diversos ramos. Este é um trabalho nesse sentido, buscando conhecer melhor o sistema por meio de dados amplos do sistema brasileiro e sua consideração a partir de dados de países do continente europeu.

* Professor Adjunto do Curso de Relações Internacionais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande – FURG (2019-Atual). Doutorado em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2016) e, pela mesma instituição, Mestrado Acadêmico (2012), Especialização em Direito do Estado (2011) e Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais (2010). Editor-Executivo da Revista do Instituto Histórico e Geográfico do Rio Grande do Sul. Pesquisador dos Grupos de Pesquisa CAPES: A formação de ordens normativas no plano internacional (FURG), A metodologia jurídica na Pós-Modernidade (UFRGS) e Direito e Filosofia (UFRGS). Membro da Associação Nacional de História, Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, Associação Brasileira de Editores Científicos e Instituto Histórico e Geográfico do Rio Grande do Sul. Áreas de Pesquisa: Direito Constitucional, História do Direito.

Aldamir Gomes e Tomás Guimarães propõem utilizar nas pesquisas envolvendo o Poder Judiciário a classificação criada por Carolyn Heinrich para a avaliação de desempenho e efetividade do setor público. A partir dela, os modelos partem do seu grau de complexidade e podem ser divididos em três. Os primeiros seriam os mais simples, que associam dados de entrada, atividades, dados de saída e resultados. No segundo grupo, o modelo avança para apresentar uma teoria formal, combinando dados de diferentes níveis de governo e superando meras influências ambientais, aqui podem ser feitas considerações sobre equipes, programas e governos. Por fim, o terceiro de conjunto busca explicar o desempenho observado, mais do que descrever, e pode abordar múltiplos níveis e dimensões de análise, considerando relações entre órgãos, condições políticas, estratégias gerenciais, tecnológicas, funções organizacionais, resultados, percepção de usuários e outros fatores (GOMES; GUIMARÃES, 2013, p. 381).

Dentro dessa classificação, a pesquisa agora apresentada está metodologicamente no segundo nível, associada, ainda, a uma análise doutrinária sobre a situação brasileira. Ela mostra dados e busca trazer conclusões sobre características de sistemas judiciários diferentes nos números de juízes, de processos e a carga de trabalho comparando a capacidade de cada país de se organizar. Uma problematização profunda exigiria subsídios doutrinários das dezenas de países pesquisadas, o que não foi objetivado. Serão cruzados dados elaborados pelo Conselho Europeu sobre o sistema judiciário de 48 países¹, a maior parte europeus (Israel também participou da iniciativa). A esses dados serão adaptados os brasileiros elaborados anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça e publicados no relatório Justiça em Números.

Estruturalmente, será feita uma introdução sobre os motivos para o crescimento do Poder Judiciário brasileiro após a Constituição de 1988 na primeira parte. Depois, seções separadas trarão os dados concretos sobre esse aumento - primeiro sobre os juízes, depois o número de processos e, então, sobre o tempo de julgamento no Direito

¹ O número de países em cada gráfico comparado irá variar, pois nem todos os países do Conselho Europeu entregaram as estatísticas sobre todos os quesitos. Este trabalho não excluiu nenhum país, todas as faltas são por inexistência dos dados.

Penal e a opinião dos magistrados brasileiros sobre sua instituição.

Como o foco do artigo será a situação brasileira, os dados comparativos serão entrecortados por dados mais detalhados referentes especificamente ao Brasil quando eles forem disponíveis. Nesses dados auxiliares serão utilizados subsídios diversos, tanto de doutrina, quanto de pesquisas de outros entes e do próprio CNJ.

Há a percepção de que o sistema judiciário brasileiro é ineficiente apesar de haver um grande número de juízes. Em grande parte, essa pesquisa busca desmistificar esses dados - não no sentido de negar a percepção, mas de conhecer exatamente a dimensão das qualidades e problemas. Comparar a realidade do país a outros pode ajudar dimensionar melhor as dificuldades e localizar os pontos em que alterações trariam benefícios.

1 MOTIVOS PARA O CENÁRIO ATUAL

Historicamente, os magistrados ocuparam um papel de prestígio ao longo de toda a história brasileira, desde seus antecedentes mais remotos (HESPANHA, 2005, p. 255-275). Os juízes do período colonial e imperial ocuparam posições sociais importantes e estiveram presentes na organização de diversas estruturas centrais para a política e sociedade do Brasil. Pouco mudou durante a república. Os juízes no Brasil nunca foram a boca da lei, e se tornaram um grupo estável, hierarquicamente organizado e que recebeu importante parcela de poder na sociedade e prestígio enquanto uma elite intelectual e fonte de autoridade. Apesar dessa continuidade, a Constituição de 1988 marcou um momento de incremento muito marcante do papel dos magistrados, estabelecendo patamares novos mesmo se considerado o histórico anterior.

Alguns dados sobre o fortalecimento recente do Poder Judiciário antecedem a Constituição. O regime anterior, com amplos poderes no Executivo, havia entrado em choque com o Supremo Tribunal Federal. Em 1969, alguns juízes renunciaram aos seus cargos e os restantes tiveram sua capacidade de decisão diminuída com o aumento de 11 para 16 membros. Durante grande parte do período, certos atos do Executivo não poderiam ser apreciados pela magistratura (COSTA, 2006, p. 159-168). A redemocratização, portanto, veio envolta a um desejo de alterar esse cenário.

Por disposição constitucional, o controle de constitucionalidade não coube mais apenas ao Procurador-Geral da República e, portanto, a alguém escolhido pelo presidente. Os próprios ministros, em muitos outros sentidos, consolidaram uma agenda de ampliação de sua atuação e aumento do impacto social das decisões. A escolha dos novos membros da corte passou a ser feita em função de critérios novos – gênero, etnia, atuação em determinadas causas. Os momentos anteriores criaram um ambiente para que a constituinte e a postura dos juízes convergissem em um espaço institucional maior, de proteção e protagonismo do Poder Judiciário (KOERNER, 2013. p. 80-83).

Um segundo motivo para a influência foi o projeto de implantação de um *Welfare State* no Brasil por meio da Constituição de 1988. Um dos meios utilizados foi uma declaração vasta de direitos individuais e sociais aos cidadãos, inserindo proteções que exigiriam intensa intervenção estatal e proteções contra abusos. Ulysses Guimarães a chamaria de "Constituição Cidadã", e ela buscou realmente incluir grupos de pessoas que antes não eram foco de proteção do Estado. Esse reconhecimento exige uma estrutura inexistente na época e que nos últimos trinta anos tem sido desenvolvida: a criação ou fortalecimento de instituições e sistemas como o SUS, INSS, defensorias públicas, leis de assistência social, expansão de instituições públicas de ensino, estatutos para os vulneráveis. Expectativas e pressões sociais foram criadas sobre todos poderes, mas o Judiciário foi particularmente demandado nesse novo cenário. Havia direitos subjetivos reconhecidos e que poderiam ser demandados judicialmente, boa parte das estruturas criadas permitem levar esses pedidos ao Judiciário, aumentando o número de casos e incentivando a atuação (SARLET, 2010, p. 257-363).

Terceiro, o momento de elaboração da Constituição e seu próprio conteúdo, após 1988, influenciam também o âmbito infraconstitucional em sentido social e no tamanho da estrutura judiciária. Foram criadas normas que ampliaram o papel do Poder Judiciário e aumentaram os meios (ao menos formais) de acesso à justiça. Juizados de Pequenas Causas (1984), Ação Civil Pública (1985), Direitos dos Portadores de Deficiência (1989), Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), Código de Defesa do Consumidor (1990), Juizados Especiais Cíveis e Federais (1995), Estatuto do

Idoso (2003). A Defensoria Pública foi muito ampliada em seu escopo e passou por um processo de expansão sem precedentes, ainda que continue incapaz de atender a demanda do seu público alvo². O Ministério Público passou a ser um defensor da ordem jurídica e do regime democrático com prerrogativas amplas e grande capacidade de decidir seus próprios limites de atuação, que aumentou muito ao longo do tempo. O Superior Tribunal de Justiça e os cinco TRFs são implantados e, em 1995, vêm os Juizados Especiais. O novo sistema político criou amplos direitos aos cidadãos e pareceu deixar, de maneira intencional, ao Poder Judiciário o principal papel de concretizá-los.

Como quarto motivo, a atuação do Poder Judiciário se modificou com base em novo desenvolvimento doutrinário que marcou o período e auxiliou a legitimar a expansão de papel social. O fenômeno se tornou o assunto mais relevante do Direito Constitucional brasileiro por mais de duas décadas e, apesar das dificuldades de delimitação precisa, pode ser reconhecido nos conceitos neoconstitucionalismo, pós-positivismo, ativismo judicial. Foi a defesa de que a atuação dos magistrados deveria se dar objetivando materializar a Constituição, criando igualdade material aos cidadãos e dando efetividade aos direitos reconhecidos. A aplicação da lei aceitaria novas formas de compreensão, novos métodos, para garantir que as repostas do poder tivessem os efeitos políticos e sociais desejados (CITTADINO, 2004, p. 106). Dentre seus aderentes, doutrinadores de grande impacto, que podem ser representados pelo seu principal nome, o hoje ministro da corte suprema Luís Roberto Barroso (2005, p. 1-42)³. Recentemente, esses

² Trecho retirado de outra pesquisa deste autor trazendo dados sobre a Defensoria Pública, hoje responsável por atender cerca de 80 milhões de brasileiros: "Dados do IPEA de 2013, no estudo "Mapa da Defensoria Pública no Brasil", apontam que 95,4% das comarcas brasileiras tem déficit e dois terços desse percentual não tem qualquer atendimento da defensoria. Apenas 12,7%, 124 comarcas no Brasil, tem o percentual considerado adequado naquela metodologia, de necessidade de ao menos um defensor para cada 10 mil habitantes. ... Por todo o cenário, o total de defensores públicos ativos, ainda que seu número cresça rapidamente, mostra uma realidade muito afastada do sistema que considera o total de advogados. Há 6.062 defensores públicos no Brasil" (FELONIUK, 2017, p. 67).

³ A conclusão do texto de Luís Roberto Barroso é elucidativa sobre sua compreensão do fenômeno, em maior ou menor grau compartilhada por muitos

pensamentos parecem estar entrando em uma nova discussão, na medida em que as questões constitucionais foram substituídas por temas envolvendo corrupção e o papel institucional da magistratura parece estar novamente em movimento.

Por fim, como último fator interno à instituição, o controle de constitucionalidade feito pelo Supremo Tribunal Federal foi modificado. A maior parte desse movimento foi impulsionada pelos próprios ministros, que defendiam uma função política, na qual interpretar normas constitucionais se ajustasse às circunstâncias históricas e exigências sociais (MELLO FILHO, 2006). Os efeitos das sentenças foram expandidos, os assuntos sobre os quais houve decisões adentraram campos antes restritos, o aviso de mora para legislar foi substituído por legislações criadas por sentença - a mais paradigmática é a decisão de 2007 na qual o STF decidiu sobre o direito à greve dos servidores públicos (Mandados de Injunção 670, 708 e 712). O principal nome desse movimento foi o ministro Gilmar Mendes, que adaptou normas alemãs nessa trajetória de fortalecimento jurisprudencial e normativo (Leis 9868/99 e 9882/99) do controle (MENDES, 2012, p. 309-310, 315, 322) e que, em vários sentidos, tornou todo o Judiciário mais aberto a adentrar na política e nas grandes questões sociais que até então haviam cabido principalmente ao Poder Legislativo.

Por tantos motivos, somados aos avanços sociais que

acadêmicos e aplicada diariamente por magistrados na sua atuação: "O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo desenvolveu-se na Europa, ao longo da segunda metade do século XX, e, no Brasil, após a Constituição de 1988. O ambiente filosófico em que floresceu foi o do pós-positivismo, tendo como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional. Fruto desse processo, a constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis. Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que irá conformar-lhes o sentido e o alcance. A constitucionalização, o aumento da demanda por justiça por parte da sociedade e a ascensão institucional do Poder Judiciário provocaram, no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais" (BARROSO, 2005, p. 47).

incluíram muitas pessoas no rol daqueles em condições de buscar auxílio, o Poder Judiciário viu o número de ações aumentar muito. Pouco tempo depois do vigor da Constituição, em 1990, o Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário apontava terem ingressados 4.209.623 processos no primeiro grau no Brasil (SADEK; ARANTES, 1994, p. 39). Esse número cresceria em grande velocidade. Compondo dados atuais com os apresentados por Sadek (2004, p. 13), elaborados em momento anterior à existência dos relatórios do CNJ, podemos criar os seguintes dados introdutórios:

Tabela 1 – População brasileira e número de processos no pós-1988

	1990	1995	2000	2005	2010	2015	2017
População brasileira	144.764.945	155.019.293	169.799.170	185.150.806	190.755.799	204.450.649	207.660.929
		+7,08%	+17,29%	+27,89%	+31,76%	+41,22%	+43,44%
Casos novos no Judiciário	3.617.064	4.266.325	9.463.246	14.969.063	21.060.961	27.280.287	29.113.579
		+17,94%	+161,62%	+313,84%	+482,26%	+654,21%	+704,89%
Casos novos por 100 mil habitantes	2.498	2.752	5.573	8.084	11.040	13.343	14.019
		+10,16%	+123,09%	+223,61%	+341,95%	+434,14%	+461,20%

Fonte: Sadek, 2004, p. 13; Justiça em Números 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008 e 2018; IBGE.

Os gráficos acima, com aumentos relacionados ao ano de 1990, mostram que a população aumentou 43,44% até 2017. O número de casos novos que ingressam no Poder Judiciário aumentou em proporção muito maior, 704,89%. Mesmo com cálculos que desconsiderem o tamanho da população, como o cálculo de casos a cada cem mil habitantes, os dados mostram o aumento de 2.498 para os atuais 14.019.

2 DADOS ATUAIS SOBRE O NÚMERO DE MAGISTRADOS

O Poder Judiciário brasileiro atual, nos dados trazidos pelo Justiça em Números de 2018⁴, (CONSELHO, 2018, p. 66)⁵ possui

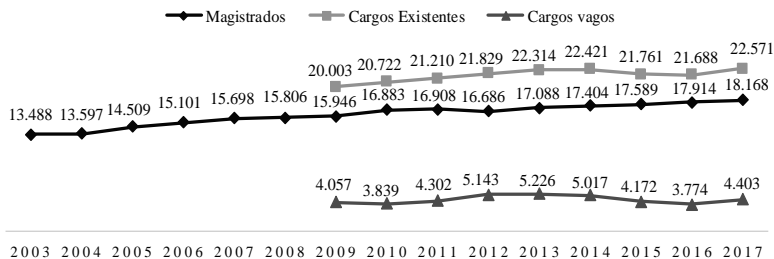
⁴ Com ano-base 2017.

⁵ Nesta seção, os dados trazidos são, quase na totalidade, retirados do relatório Justiça em Números de 2018, com dados do ano-base 2017, elaborado anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça. Para dados de comparação com a população brasileira, será utilizada a população estimada em 207.660.929, conforme publicado

uma força de trabalho total de 448.964 pessoas. Desses, 18.168 são magistrados, isso representa 8,74 magistrados por 100 mil habitantes. Do restante, são 272.093 servidores efetivos, requisitados ou comissionados e 158.703 pessoas na força auxiliar de trabalho⁶.

O número de magistrados no Brasil cresceu substancialmente ao longo dos anos⁷. O gráfico a seguir representa os números de magistrados e vagas existentes. Importa destacar que o gráfico tem dados entre 2003 e 2008 que não constam no relatório Justiça em Números de 2018. Esses dados anteriores foram retirados dos relatórios do Justiça em Números dos anos respectivos, neles não foram coletados dados sobre número de cargos existentes e não preenchidas⁸:

Tabela 2 – Números de cargos e magistrados brasileiros (2003-2017)



Fonte: Justiça em Números 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008 e 2018.

O número de magistrados aumentou de maneira razoavelmente constante no Brasil, sendo que atualmente o número é 34,7% maior do que era quinze anos atrás, em 2003. Isso demonstra um esforço relevante no recrutamento de novos membros.

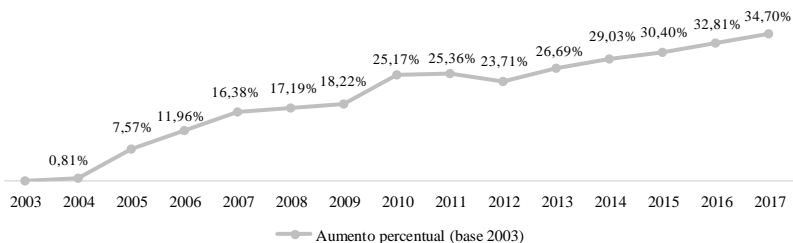
em agosto de 2017 pelo Ministério do Planejamento, considerando o ano base da pesquisa.

⁶ Neste último grupo estão 71.969 terceirizados, 67.708 estagiários e 19.026 conciliadores.

⁷ Ainda que tenha permanecido o quadro de subutilização dos cargos existentes, que sempre foi incrementado em ritmo ainda maior e não chegou a ser plenamente preenchido.

⁸ Há expressa preocupação na Introdução do relatório de 2008 e planos para a melhora da coleta a partir da próxima edição (CONSELHO, 2009, p. 4).

Tabela 3 – Aumento percentual do número de magistrados (2003-2017)



Fonte: Justiça em Números 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008 e 2018.

Como informação adicional, o Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário apontava haver, em 1990, um total de 4.930 magistrados na soma de todas as regiões do país (SADEK; ARANTES, 1994, p. 40). Partindo desta proporção (que usa o mesmo ano inicial da primeira tabela desta pesquisa), o aumento no número de magistrados foi de 268,51% entre 1990 e 2017, pequeno perto do aumento de 704,89% no número de casos no mesmo período. O acesso à justiça avançou em passos muito rápidos, ainda que permaneça deficitário, e superou os esforços de aumento de capacidade de julgamento.

Dentre os magistrados, há uma divisão em graus decorrente da estrutura judicial brasileira. Nos tribunais superiores, há um número de 75 magistrados (0,4%) ocupando cargos de número fixado pela Constituição na composição das cortes. No 2º grau de jurisdição são 2.452 magistrados (13,5%) e, no primeiro grau, 15.641 magistrados:

Tabela 4 – Magistrados por grau de jurisdição (2017)

	Total	%
Tribunais superiores	75	0,4%
2º Grau	2.452	13,5%
1º Grau	15.641	86,1%

Fonte: Justiça em Números 2018, p. 66.

Partindo do mesmo total de magistrados, uma segunda divisão estrutural é decorrente do sistema de Poder Judiciário dual e seus respectivos ramos especializados, no quais o ramo eleitoral não aparece nominalmente por ser composto por magistrados considerados em outros:

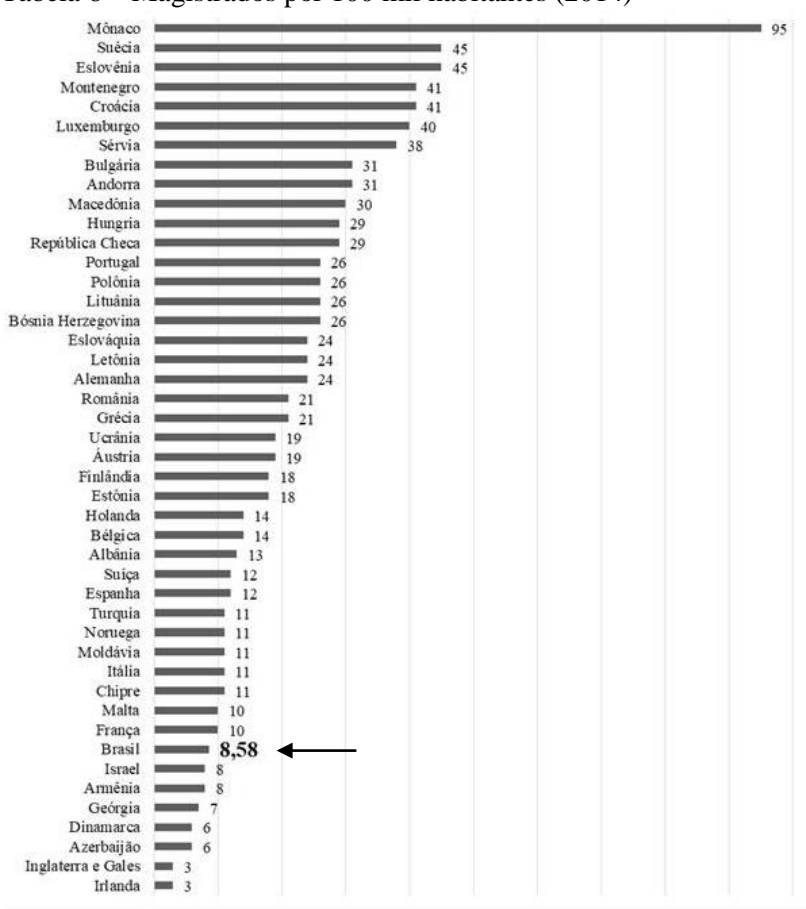
Tabela 5 – Magistrados por ramo (2017)

	Total	%
Tribunais Superiores	75	0,4%
Justiça Federal	1.939	10,7%
Justiça do Trabalho	3.658	20,1%
Auditoria Militar da União	38	0,2%
Justiça Estadual	12.417	68,3%
Justiça Estadual Militar	41	0,2%

Fonte: Justiça em Números 2018, p. 66.

Retomando dados amplos, foi afirmado que havia 8,74 magistrados por 100 mil habitantes no Brasil em 2017. Para ter uma dimensão dessa grandeza, o Brasil será inserido nos dados mais recentes produzidos pelos membros do Conselho Europeu e apresentados pela Comissão Europeia para a Eficácia da Justiça (COMISSÃO, 2016, p. 18). Como os dados europeus são de 2014, o Brasil será inserido com seus números daquele momento, que pouco diferem dos atuais (eram 8,58). Os dados estrangeiros não são disponibilizados em frações, o brasileiro foi mantido com elas por ser mais informativo:

Tabela 6 – Magistrados por 100 mil habitantes (2014)



Fonte: Conselho Europeu, p. 2016, p. 18; Justiça em Números, 2018, p. 68.

O Brasil é o oitavo país com menos magistrados dentre os pesquisados. O número é abaixo do que apresenta a maioria dos outros países. A média de todos os outros países é de 21 magistrados por 100 mil, quase três vezes mais que o Brasil atualmente.

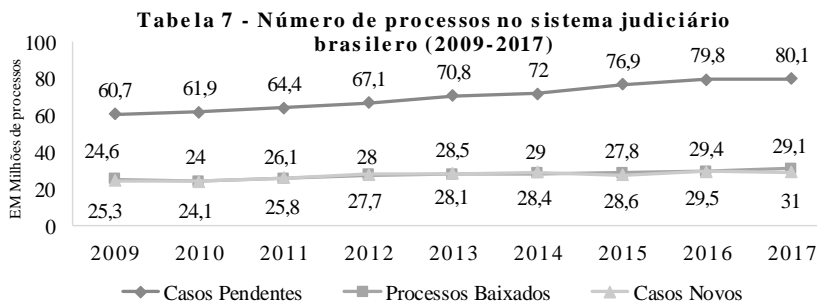
Em conclusão parcial, o Brasil empreende esforços claros no sentido de aumentar seu número de magistrados. Ele aumentou 34,7% nos últimos 15 anos, bastante superior ao aumento populacional no período, de 14,3% (de 181,6 para 207,7 milhões).

Ainda assim, o número é baixo quando comparado a outros países. Esses dados contribuem com a construção de um quadro, mas ele pode ser bastante mais elucidativo caso a esses números sejam acrescidos os números de processos.

3 DADOS ATUAIS SOBRE O NÚMERO DE PROCESSOS

O número de processos tramitando no Brasil, seguindo o Justiça em Números (CONSELHO, 2018, p. 74) segue no gráfico abaixo. O crescente número de magistrados não foi capaz de suprir a necessidade de julgamentos oriundos da sociedade. Em nenhum ano da série histórica houve uma diminuição no número de casos pendentes no sistema. Ocorreu o contrário, desde 2009, esse número aumentou de 60,7 milhões para 80,1, um aumento rápido, de 31,9% em apenas nove anos.

Notam-se duas linhas quase unidas representando os casos de processos novos e baixados⁹. O número de processos nunca caiu, pelo contrário, ele apenas aumentou ao longo dos anos:



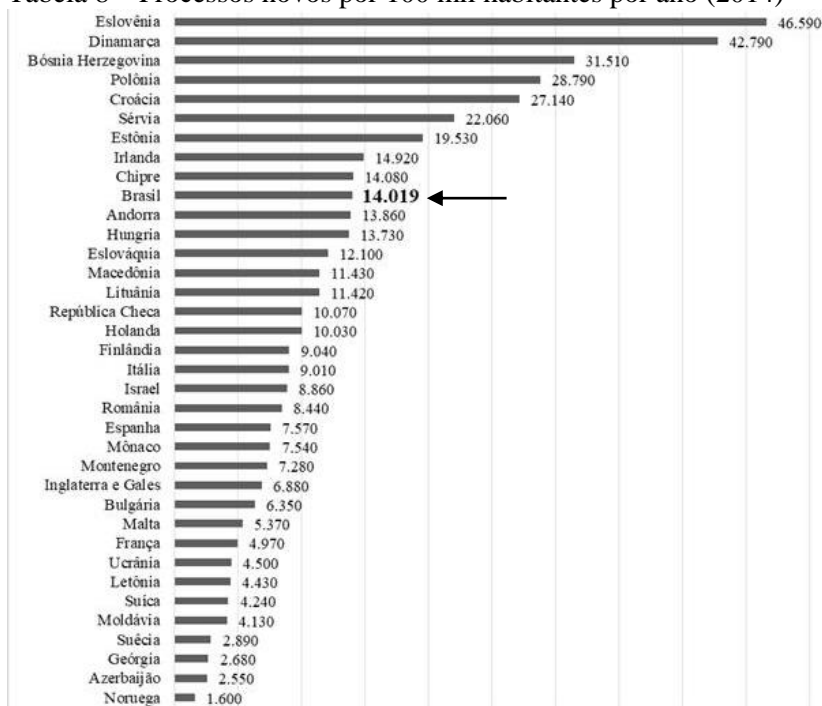
Fonte: Justiça em Números, 2018, p. 74.

Um dado criado a partir desses números totais é o de que se há 29,1 milhões de casos novos em 2017, e eram 207,6 milhões de habitantes, há, então, um total de 14.019 casos por 100 mil habitantes no Brasil.

⁹ Os números da linha iniciada por 24,6 são os casos novos que ingressaram no Poder Judiciário e, na linha iniciada por 25,3, está o número de casos baixados naquele ano.

Novamente, para que esse número possa ser compreendido com mais significado, o país será comparado com os países do Conselho Europeu¹⁰ (na sua situação de 2014, com 14.148 casos). Assim como nos dados sobre os juízes, o detalhamento dos dados europeus é menor e os números aparecem arredondados - os números brasileiros foram mantidos conforme o cálculo original:

Tabela 8 – Processos novos por 100 mil habitantes por ano (2014)



Fonte: Justiça em Números, 2018, p. 74; Conselho Europeu, 2018 (Data Table).

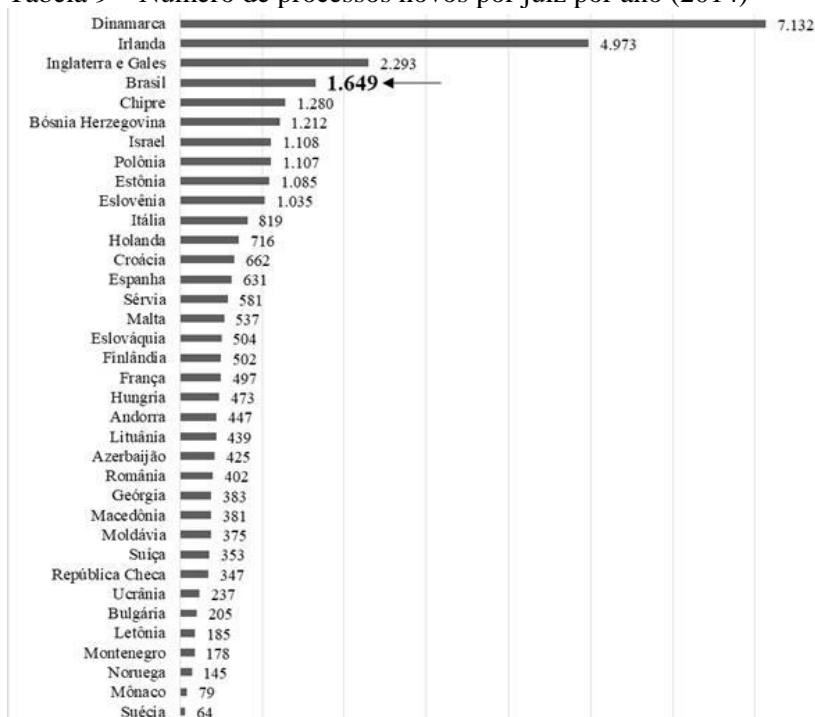
O Brasil não tem um número de casos fora do padrão europeu. Ele está na parte superior da tabela comparativa, mas bastante longe dos primeiros colocados, com até três vezes mais processos.

Além de dimensionar o número de processos em números

¹⁰ A comparação é feita com um número menor de países do Conselho. Isso ocorre porque mais países entregaram dados sobre o número de magistrados do que o de processos.

absolutos e compará-los, a existência dos dados de magistrados e de processos também permite criar uma tabela com um terceiro dado - a carga de processos por magistrado em números comparados. Esse é um dado ainda mais esclarecedor sobre a situação dos magistrados.

Tabela 9 – Número de processos novos por juiz por ano (2014)



Fonte: Justiça em Números, 2018, p. 74; Conselho Europeu, 2018 (Data Table).

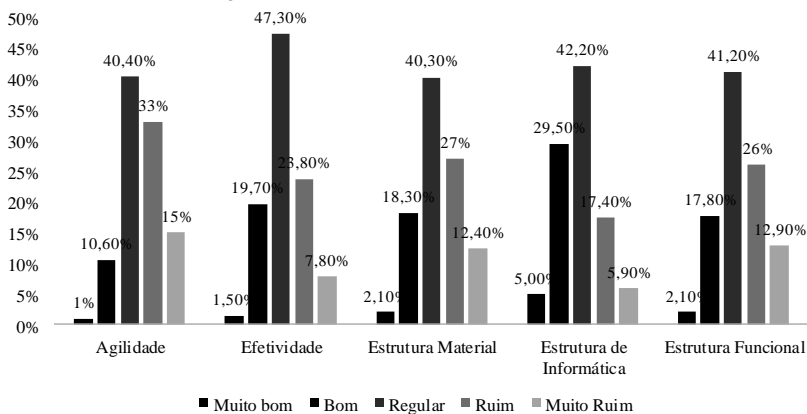
Os magistrados brasileiros têm um alto número de processos para julgar por ano. Entre os países analisados, apenas três têm magistrados com carga maior que a brasileira. Assim, manter o número de processos baixados em um patamar próximo ao das novas ações indica que os juízes brasileiros têm uma alta produtividade, como narrado representantes das entidades sindicais da classe (LÁUAR, 2016), mas insuficiente para a demanda.

4 OUTRAS PERSPECTIVAS DE COMPARAÇÃO

Não há dados europeus sobre a opinião dos juízes a respeito de sua situação. Existem, por outro lado, dados brasileiros, que podem ajudar a compor uma opinião que os próprios magistrados têm da instituição que integram.

Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) tem logo histórico de realização de pesquisas com seus membros, inclusive tendo contribuído com o célebre trabalho de análise feito por Werneck Vianna e sua equipe na obra *O Corpo e a Alma da Magistratura Brasileira* (VIANNA et all, 1999, p. 19). A AMB congrega mais da metade dos magistrados brasileiros e, na sua pesquisa mais recente, teve a resposta de 3.663, um número bastante significativo do total das ocupantes dos cargos. Os questionamentos ajudam a mostrar qual a opinião interna em relação ao Poder Judiciário brasileiro:

Tabela 10 – Avaliação Geral do Poder Judiciário brasileiro (2015)



Fonte: AMB, 2015, p. 15.

Os dados principais dessa perspectiva interna é que quase 90% dos magistrados considera a agilidade do Poder Judiciário ruim ou regular, e quase 80% tem a mesma opinião sobre sua efetividade. É um quadro em que, aparentemente, nota-se as dificuldades enfrentadas, ainda que esteja envolta a uma opinião generalizada de insatisfação - inclusive em dados como estrutura material, em que o

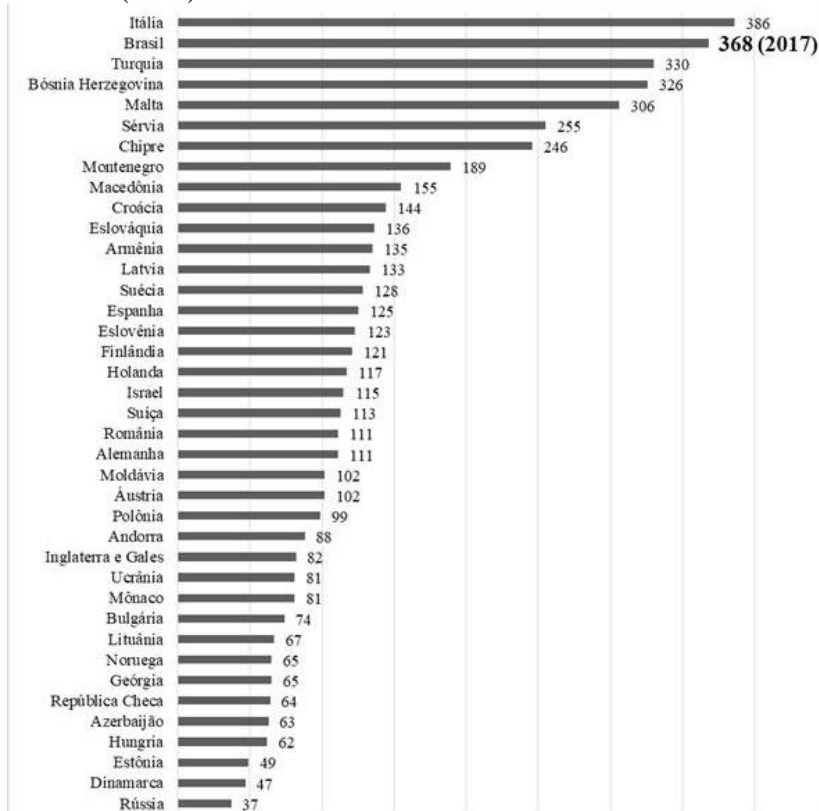
Poder Judiciário está em condições melhores que a maior parte da Administração brasileira.

Dados sobre a espera por julgamento no Direito Penal dão um caráter mais contrastante a essa situação de insuficiência. Dados europeus e brasileiros tratam do número de dias que um acusado costuma esperar pelo julgamento de uma ação criminal em cada país¹¹. O gráfico a seguir foi escolhido dentre as opções por sua importância social e íntima ligação com o acesso à justiça nos seus aspectos mais urgentes.

Para chegar aos números brasileiros o CNJ realizou um trabalho de mapeamento do sistema prisional em 2017. Os dados principais indicaram haver 654.372 presos no Brasil, sendo 221.054 (34%) presos provisórios (CNJ, 2017, p. 3). Estados como Alagoas e Sergipe tem mais de 80% de sua população prisional sem julgamento definitivo (CNJ, 2017, p. 5). Foi feito também o referido levantamento de dias de espera pelo julgamento definitivo, mostrando-se uma profunda variação entre estados, com o maior tempo de espera em Pernambuco, onde alguém preso aguarda o julgamento por, em média, 974 dias (CNJ, 2017, p. 8). A média nacional de espera pelo julgamento, utilizada na estatística abaixo, aponta que um preso espera para ser julgado no Brasil, em média, 368 dias (CNJ, 2017, p. 8). É importante frisar, os dados europeus tratam de todas as ações criminais, os brasileiros, apenas dos que estão reclusos. É provável que vários ordenamentos deem preferência ao julgamento mais ágil nessa situação de recolhimento, e os dados europeus fossem ser mais baixos que os apresentados se fossem completamente equivalentes.

¹¹ O número de dias aguardados para o julgamento em ações penais é um dado elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça pela primeira vez em 2017, por serem os únicos, eles serão comparados com os dados europeus de 2014.

Tabela 11 – dias aguardando pelo julgamento final de um Processo Criminal (2014)



Fonte: Conselho Europeu, p. 2016, p. 18; CNJ, 2017 p. 8.

A maior parte dos países leva entre dois e quatro meses. O Brasil leva menos tempo apenas que a Itália para julgar um processo. É uma demonstração de que a falta de magistrados é um problema crônico e cria graves efeitos sobre os Direitos Individuais, como é narrado na doutrina com grande frequência.

CONCLUSÃO

Há, hoje, 18.168 magistrados no Brasil, o aumento do número foi marcante. Houve um contexto social e normativo que justificou essa

tendência, mas sua efetivação nos números observados é bastante relevante por si, pois dependeu de uma expansão administrativa e da disposição em dispor de mais recursos na instituição. Há 34,7% mais juízes em 2017 do que havia em 2009 e 268,51% mais do que em 1990, um aumento maior que o populacional e que demonstra o esforço para aumentar o acesso à justiça no Brasil.

Por outro lado, o número de processos no Brasil apenas aumentou, um total de 704,89% em relação a 1990. Os esforços de julgamento estão sempre próximos da nova carga recebida, e sobem junto com o de magistrados e a informatização, mas as iniciativas não têm sido suficientes. O Poder Judiciário precisa encontrar meios de julgar mais casos ou de diminuir, por outras vias, a quantidade de processos que ingressam no sistema. Meios como a conciliação e melhor organização administrativa podem ser eficientes no cenário.

Sob a análise comparada, o Brasil não ocupa nenhum extremo, mas está perto de vários. É um país com um número baixo de juízes em relação à sua população, 8,58 por 100 mil habitantes, no qual mudanças políticas e sociais criaram um ambiente de alta litigiosidade. Por motivos políticos, do papel atribuído ao Poder Judiciário na Constituição de 1988 e da própria postura dos magistrados, houve um grande incremento no número de casos novos. Neste quesito, o Brasil tem 1.649 casos por 100 mil habitantes, a quarta maior taxa. Em suma, comprando com outros países, o Brasil tem tanto uma taxa de magistrados baixa quanto uma de processos novos muito alta.

As dificuldades de acesso são visíveis, já eram narradas na doutrina desde o início de vigência da Constituição e, desafortunadamente, existiam historicamente desde muito antes, acompanhando a crônica dificuldade cultural e burocrática de impor o Estado de Direito. A estatística utilizada para mostrar o efeito concreto foi a de tempo de espera para o julgamento de casos criminais. Os mais de 200 mil presos brasileiros nessa situação aguardam, em média, 368 dias, um número bastante alto, inferior apenas à media italiana e mais alta que todos os outros países europeus. É uma pequena demonstração de um problema visto diariamente, no qual as pessoas ficam à mercê de longos prazos processuais, atrasando a efetivação de seus direitos, diminuindo a confiança sobre a justiça e contribuindo para as dificuldades sociais.

A sociedade brasileira sempre prestigiou seus juristas, tem um grande número de cursos de Direito e interessados em seguir nessas carreiras. Existe capacidade em potencial para que estruturas sejam alteradas ou expandidas e o número de processos aguardando julgamento possa entrar em um declínio sustentado e, futuramente, os prazos brasileiros estejam adequados ao padrão internacional. O processo de implementação do Estado de Direito no país passa, como diz o artigo 5º, LXXVIII, da Constituição pela duração razoável do processo, um direito constitucional reconhecido aos brasileiros e atualmente não cumprido adequadamente.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 240, p. 1-42, abr./jun.2005.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**. 11a ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. **Alceu**, Rio de Janeiro, vol. 5, núm. 9, p. 105-113, jul./dez. 2004.

COMISSÃO Europeia para a Eficácia da Justiça. **European Judicial Systems - Data Table**. Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/cepej/>>. Acessado em: 5 set. 2018.

_____. **European judicial systems: Efficiency and quality of justice**. [S.I.]: Conselho Europeu, 2016.

CONSELHO Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2003: Variáveis e Indicadores do Poder Judiciário**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, [s.d.].

_____. **Justiça em Números 2004: Variáveis e Indicadores do Poder Judiciário**. 2a ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2009.

_____. **Justiça em Números 2005: Variáveis e Indicadores do Poder Judiciário**. 2a ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2009.

_____. **Justiça em Números 2006: Variáveis e Indicadores do Poder Judiciário**. 2a ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2009.

_____. **Justiça em Números 2007: Variáveis e Indicadores do Poder Judiciário**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, [s.d.].

_____. **Justiça em Números 2008: Variáveis e Indicadores do Poder Judiciário**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2009.

_____. **Justiça em Números 2018**: ano-base 2017. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018.

_____. **Reunião Especial de Jurisdição**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2017. Relatório do Sistema Prisional Brasileiro.

COSTA, Emília Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. São Paulo, UNESP, 2006.

FELONIUK, Wagner Silveira. 17 mil magistrados, 1 milhão de advogados, 27 milhões de processos novos: números e perspectivas do sistema judiciário brasileiro. **Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça**, v. 3, p. 56-74, 2017.

GOMES, Aldamir de Oliveira; GUIMARÃES, Tomás de Aquino. Desempenho no Judiciário. Conceituação, estado da arte e agenda de pesquisa. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, núm. 47, vol. 2, p. 379-401, mar./abr. 2013.

HESPANHA, António Manuel. **Direito Luso-Brasileiro no Antigo Régime**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

LÁUAR, Magid Nauef. **Magistrados brasileiros**: os mais produtivos do mundo, Gazeta Digital, Mato Grosso, 07 set. 2016. Disponível em: <<http://www.gazetadigital.com.br/conteudo/show/secao/60/materia/489975/t/magistrados-brasileiros-os-mais-produtivos-do-mundo>>. Acesso em: 01 set. 2018.

MELLO FILHO, José Celso. **Entrevista: José Celso de Mello Filho, realizada por Márcio Chaer em 15 de março de 2006**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-mar-15/juizes_papel_ativo_interpretacao_lei>. Acesso em: 05 de jan. de 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. Tratado de Direito Constitucional - Volume 1. 2a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à Justiça: um direito e seus obstáculos. **Revista USP**, São Paulo, n. 101, p. 55-66, mar./abr./mai. 2014.

_____. Poder Judiciário: Perspectivas de Reforma. **Opinião Pública**, Campinas, n. 1, p. 01-62, 2004.

SADEK, Maria Tereza Aina; ARANTES, Rogério Bastos. A crise do Poder Judiciário e a visão dos juízes. **Revista USP**, São Paulo, n. 21, p. 34-54, 1994.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **Corpo e Alma da Magistratura Brasileira**. 3a ed. Rio de Janeiro: REVAN, 1999.

A PRODUÇÃO DE TEORIA JURÍDICA LATINO-AMERICANA FACE À HIERARQUIZAÇÃO TRANSNACIONAL DO SABER JURÍDICO

*Rodrigo Luz Peixoto**

INTRODUÇÃO

Grande parte dos estudos de metodologia se focam sobre como o conhecimento deveria ser produzido. Essas abordagens idealistas são certamente úteis para orientar o pesquisador em busca das melhores práticas. Porém, não se pode descuidar da contraparte disto, qual seja, como o conhecimento é produzido de fato, na realidade. Nessa senda, o que pretendemos desvelar com o presente artigo são certas estruturas que regem a produção e circulação de ideias no campo jurídico. Mais especificamente, coloca-se o foco sobre os elementos que influem na relação de saberes jurídicos entre a América Latina e a Europa e Estados Unidos da América. A pergunta é se a visão destes países como desenvolvidos torna o pensamento sobre Direito ali produzido uma referência para o Direito latino-americano, e como essa relação de referenciamento regula a produção e circulação das ideias.

Ao que tudo indica, podemos apontar a nível de hipótese a existência um sistema hierárquico que governa os discursos jurídicos, em que o Direito latino-americano é visto como inferior e o europeu como superior, ao qual este é forçado a adequar-se. O Direito dos Estados Unidos da América também concorre com o europeu para a posição de “modelo” a ser imitado pelos latinos, o que sugere haver um elemento em comum que serve de critério de distinção desta categoria. Aparentemente, esse critério é uma

* Mestre em Direito (UFRGS), Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (UFRGS), Advogado.

percepção de desenvolvimento econômico e social, dividindo entre as teorias jurídicas de países “desenvolvidos” e “subdesenvolvidos”. Tal hierarquia, no entanto, corresponde também, em traços amplos, àquela estrutura que Quijano apresenta como sendo o racismo em sua dimensão global, um sistema de hierarquização de sujeitos a partir de suas origens (QUIJANO, 2009).

Porém, em uma análise mais aprofundada, se pode concluir que essa hierarquia é reproduzida e mobilizada por teóricos latino-americanos, para projetar suas teorias nos campos jurídicos nacionais face a outras ideias; e que existe ainda um espaço de criatividade ao jurista “importador”, na medida em que ele interpreta as ideias vindas do exterior sob um prisma local, gerando novas leituras que podem enriquecer o debate teórico.

1 O “DIREITO FALIDO”: A FICÇÃO DO DIREITO LATINO-AMERICANO A PARTIR DA LÓGICA DO DIREITO COMPARADO PRODUZIDO NOS ESTADOS UNIDOS

Iniciemos observando qual a visão que é projetada do Direito da América Latina. A esse respeito, Jorge Esquirol analisa como se constituiu o discurso sobre o Direito Latino-americano nos Estados Unidos, associando este discurso diretamente às relações políticas, econômicas e geopolíticas entre Estados Unidos e países latino-americanos. Principalmente, Esquirol distingue dois períodos no “transnacionalismo” dos Estados Unidos: a era do “Direito e Desenvolvimento” e a “rodada neoliberal”.

A primeira fase, identificada com a ideia de “Direito e Desenvolvimento”, se insere geopoliticamente como parte das estratégias norte-americanas da Guerra Fria (ESQUIROL, 2016, p. 47-48). Essencialmente, se vincula à ideia de que, para evitar que os países subdesenvolvidos fossem atraídos pelo comunismo (e com isso afastados da esfera de influência estado-unidense, é claro) era preciso estimular o desenvolvimento desses países. Essa missão política de estímulo ao desenvolvimento nos países periféricos não foi assumida apenas pelos economistas, mas também por acadêmicos de diversas áreas do conhecimento. Nesse contexto, surgiram grupos de juristas ligados à essa ideia, com a abordagem do “direito e desenvolvimento” (*law & development*). A proposta era de que o

desenvolvimento dependia de uma determinada institucionalidade, a qual era proporcionada pelo Direito. Não qualquer Direito, mas o Direito tido como “correto” e “moderno” por esses juristas.

Claro, a ideia de modernidade é fundamental no aspecto hierarquizante desse discurso. A proposta de um modelo “moderno”, que explica tudo, só é possível mediante a ofuscação daquilo que não se enquadra nesse esquema (LATOURE, 1993, p. 47). Na América Latina é comum afirmar-se que não somos modernos. No entanto, como vem demonstrando a filosofia, a própria modernidade como projeto não se realiza plenamente nem mesmo na Europa ou Estados Unidos, e tampouco o esquema teórico da modernidade explica toda a realidade social desses países; nesse sentido, afirma o filósofo francês Bruno Latour para os seus concidadãos “ocidentais” que “ninguém nunca foi moderno. A modernidade nunca começou” (LATOURE, 1993, p. 47). À ficção do direito pré-moderno, atrasado, corresponde, em sua contrapartida, à ideia, tão ficcional quanto, de que existiria um direito moderno. Correspondentemente, as “ficcões” que surgem a partir daí representam o Direito latino-americano como um Direito atrasado, ao qual falta a racionalidade e a modernidade necessárias para impulsionar um desenvolvimento.

Obviamente, em todas as análises dos transnacionalistas estado-unidenses se compara o Direito latino-americano não com o Direito realmente existente nos Estados Unidos, mas sim com uma versão idealizada deste (ESQUIROL, 2016, p. 49, 53). A ideia do Direito moderno é um mito tanto quanto a de direito atrasado. Compara-se imaginações, não realidades. Agora, qual a visão do direito moderno estado-unidense a que interessa essa composição teórica?

Boa parte das descrições dos Direitos latino-americanos nesse período os descreviam como “não-liberais”, sendo que os comparatistas sustentam (de modo implícito ou explícito) que um modelo de Direito “liberal” seria melhor para o Desenvolvimento e a Democracia (ESQUIROL, 2016, p. 49). O diagnóstico dessas supostas deficiências nos sistemas jurídicos latino-americanos tem por trás uma ideologia de liberalismo jurídico. Se busca colocar como agenda única e inevitável o liberalismo, ao identificá-lo com a modernidade. A ideia de progresso, é bem sabido, se presta a esconder uma série de barbáries que permeiam o “custo” desse

desenvolvimento. Utilizando-nos aqui da metáfora do *angelus novus* benjaminiano, o ideal de progresso esconde (e justifica) uma verdadeira tempestade de ruínas das violências perpetradas em nome dessa modernização, imposta como um vento que tudo arrasta inexoravelmente em direção ao futuro (BENJAMIN, 1991, p. 697).

De outro lado, Esquirol destaca que os latino-americanos não podem ser vistos como não possuindo agência, no entanto. Atores latino-americanos adotavam o discurso (e as “ficções”) do transnacionalismo estado-unidense sobre a região, mobilizando-o nos campos políticos locais (ESQUIROL, 2016, p. 46-47). O discurso do “Direito falido” latino-americano era particularmente utilizado por aqueles atores locais que buscavam implantar reformas jurídicas, pois fornecia uma fonte supostamente distanciada da política local que apoiava os projetos de “modernização” na América Latina (ESQUIROL, 2016, p. 50). Particularmente, os liberais latino-americanos se utilizam desse discurso para avançar suas agendas, em especial nas instituições que de fato regulam o poder, garantindo alguma precedência frente ao discurso das outras matrizes do constitucionalismo latino-americano, seja frente ao republicanismo radical ou ao conservador (GARGARELLA, 2014).

A combinação da atitude dos transnacionalistas estado-unidenses (de incentivo ao reformismo através da comparação dos direitos locais, dados como falidos, a um liberalismo jurídico idealizado) com a atitude dos juristas locais (que se usam desses estudos de comparatismo para buscar apoio às suas próprias agendas de reformas, tomando para si o discurso do Direito falido) resulta na postura que Esquirol denomina de “engajamento limitado” (ESQUIROL, 2016, p. 51-55). Quer dizer por isso que o comparatista estrangeiro não se engaja, não se envolve em de fato apreender algo com o Direito que observa, mas sim que aborda o Direito trazendo uma série de preconceitos e expectativas prontas. A comparação fica superficial, adentrando no contexto do Direito latino-americano apenas o suficiente para conseguir uma conclusão que reforçasse os estereótipos, já esperados pelo pesquisador, que justificassem uma atitude de sugerir reformas no Direito local.

Essa pré-disposição acadêmica, por sua vez, é afetada pelas disputas políticas no campo internacional. O transnacionalismo jurídico destes estudos é uma maneira efetiva de agentes políticos

externos intervirem na política local dos países latino-americanos (ESQUIROL, 2016, p. 55-56). De fato, não existem elites transnacionais no mundo globalizado atual, mas sim elites nacionais que projetam seus capitais sociais a nível transnacional, mas sempre desde seus campos nacionais (DEZALAY, 2013). O impacto desses estudos é reforçado pelos juristas latino-americanos, que atribuem autoridade a estes textos, por vezes mais em razão da hierarquia político-econômica entre os seus países e os Estados Unidos do que da pesquisa em si (ESQUIROL, 2016, p. 56). O transnacionalismo não dialoga com a perspectiva local, de igual para igual, mas se coloca acima desta, no que Esquirol denomina “política mistificadora e excludente” (ESQUIROL, 2016, p. 55-56).

O resultado dessa atitude, na medida se restringe a um discurso unilateral em que não se estabelece um diálogo, é que os comparatistas norte-americanos não aprendem nada de realmente novo com esses estudos. Ficam limitados a uma “concepção instrumental” do Direito Latino-americano, em que não interessa descobrir ou comparar institutos, mas apenas colocar instrumentalizar narrativas para a finalidade de executar mudanças jurídicas na América Latina. O transnacionalismo acaba não trazendo aprendizados que poderiam ser relevantes para o próprio contexto dos Estados Unidos (ou de qualquer outro país) ao comparar seu Direito a um Direito distinto (seja latino-americano ou não). Esse resultado dos problemas do transnacionalismo norte-americano é o que Esquirol chama de “Recursos Perdidos” (ESQUIROL, 2016, p. 56-57), pois se desperdiça o real potencial de aprendizado e pesquisa que poderia ser possibilitado por um diálogo que estabelece um comparação bilateral entre sistemas jurídicos diferentes.

Esses resultados do transnacionalismo norte-americano são consequência direta da forma que este possui, a qual é dada pelas suas “convenções disciplinares”, isto é, “posições-padrão” frequentemente repetida pelos comparatistas (ESQUIROL, 2016, p. 57). Aqui estão incluídas determinadas ideias-fixas (“*idées fixes*”) sobre a América Latina. São resultados do grande problema que é a própria tentativa dos *area studies* de produzirem trabalhos analíticos abrangendo áreas tão amplas como a região latino-americana. Algumas generalizações são inevitáveis ao comparatista, tal que “algumas generalizações tomam precedência sobre conhecimento

específico de contextos e situações” (ESQUIROL, 2016, p. 57). Ainda mais ao tentar reduzir a um modelo geral para os *area studies* os variados Direitos existentes nos diversos países da América Latina, a ideia fixa possibilita “(...) falar em um “direito latino-americano” geral, embora tal não exista” (ESQUIROL, 2016, p. 60).

Quatro são as ideias-fixas que Esquirol aponta no comparatismo norte-americano voltado à América Latina. A primeira delas é a ideia do “Direito subdesenvolvido”, isto é, que o Direito latino-americano seria uma imitação atrasada do Direito europeu, de que o Direito latino-americano é incompleto e deformado por práticas (como o “clientelismo”) associadas à situação de subdesenvolvimento (econômico) desses países (ESQUIROL, 2016, p. 58-60). A segunda ideia-fixa apontada é a de que toda a cultura jurídica de toda a América Latina pode ser explicada com base no conceito de “formalismo jurídico”, como se não houvessem discordâncias entre os juristas locais e toda a cultura jurídica pudesse ser atribuída à “influência de um ou dois juristas europeus” (ESQUIROL, 2016, p. 60-62). Essa ideia fixa é particularmente ancorada em conceitos weberianos, como o “clientelismo”, mas apenas adentra na categoria na medida em que lhe permite estabelecer uma narrativa aparentemente crítica, mas que ao fundo é apenas a manutenção de uma ordem global pré-estabelecida. Um bom exemplo disso no Brasil é a postura que insiste em atribuir ao “patrimonialismo” e ao “homem cordial” brasileiros as razões supostamente morais da falha do Brasil, isentando aspectos estruturais mais perversos, como a profunda desigualdade (SOUZA, 2017).

Outra ideia-fixa é a de que o Direito latino-americano é um “Direito fracassado”, que está sempre fadado à ineficácia, a não ter efetividade prática (ESQUIROL, 2016, p. 62). Ainda que sem verificar empiricamente tal ineficácia, este discurso é sempre repetido como lugar comum. Por fim, a última das quatro ideias-fixas apontadas diz respeito à uma suposta “falta de independência” do Judiciário na América Latina, a qual seria uma falha constante dos Direitos da região (ESQUIROL, 2016, p. 63). É de se notar que, ao se colocar sob severa análise o conceito de “independência” desses comparatistas, se demonstra que muitas vezes não se trata de um conceito analiticamente estável, e sim de um parâmetro mutável, incerto e por isso inatingível na prática (ESQUIROL, 2016, p. 63).

Outra convenção disciplinar apontada por Esquirol é a “antropolização do Direito” latino-americano na visão dos comparatistas. “Antropolizar” significa, nesse contexto, descartar o direito estatal como praticamente irrelevante, sustentando que as escolhas normativas são feitas pelo povo por meios culturais, não político-estatais (ESQUIROL, 2016, p. 68). Se presume que o discurso jurídico nacional dos países latino-americanos é restrito a uma elite e que o Direito formal, estatal, não tem eficácia nem interessa ao comparatista, que passa a buscar o Direito em expressões de normatividade informal (ESQUIROL, 2016, p. 68-71). É de se notar que essa abordagem antropolizadora do Direito latino-americano se aproxima do tipo de abordagem antropológica usada por pesquisadores norte-americanos para estudar “culturas primitivas” e “populações nativas” (ESQUIROL, 2016, p. 69), com todos os problemas que correspondem a esse tipo de abordagem. Com esse tipo de abordagem antropolizante, se descarta o discurso jurídico acadêmico desses países como irrelevante, e se impõe uma visão sociológica do Direito local, visto desde fora, o que acaba por barrar a possibilidade de um diálogo, uma vez que nem os discursos jurídicos produzidos localmente nem a própria interpretação sociológica local são levadas em conta. Nesse tipo de abordagem, o “latino-americano” é objeto de estudo, e não sujeito que conhece o seu próprio Direito, e seu discurso não tem espaço no discurso dos comparatistas. Em certo sentido, também podemos notar um risco de “antropolização” na forma com que a teoria do pluralismo jurídico é aplicado à América Latina, estruturando uma oposição entre Direito estatal e Direito “achado-na-rua” que às vezes esbarra nessa problemática (SANTOS, 1999).

Por fim, há ainda outros problemas nesse transnacionalismo jurídico, abrangidos no conceito de “legalidade hegemônica”. “Legalidade hegemônica” diz respeito à hegemonia do Direito e da teoria jurídica dos países desenvolvidos no paradigma preponderante do transnacionalismo (ESQUIROL, 2016, p. 83). Quer dizer, algumas visões jurídicas têm acesso aos espaços e plataformas transnacionais, ao passo que outras não, por razões alheias à qualidade científica destes. Esquirol alerta, no entanto, que isso não é de todo unilateral dos atores que ocupam espaços nos Estados Unidos, mas que os juristas latino-americanos também têm agência, e muitas vezes

compartilham das mesmas visões que privilegiam a hegemonia do Direito (e das teorias jurídicas) dos países desenvolvidos, inclusive de acordo com a utilidade dessas visões nas lutas nos campos locais (ESQUIROL, 2016, p. 83-84). No entanto, é inegável que há um certo desequilíbrio de ideias presente no transnacionalismo. Em um outro sentido, há uma “legalidade hegemônica” na relação entre Estados desenvolvidos. Neste sentido, aponta uma expectativa (nem sempre tácita) de que os Estados da América Latina sejam subordinados politicamente ao Estado norte-americano, o que leva alguns comparatistas a descartarem como irrelevante qualquer posição nas arenas latino-americanas que não corresponda a um interesse norte-americano (ESQUIROL, 2016, p. 85). O resultado é que há uma “perda de fé” desses estudiosos latino-americanistas com relação ao Direito e aos discursos jurídicos latino-americanos (ESQUIROL, 2016, p. 86), como se não interessasse saber o que pensam os próprios latino-americanos sobre o Direito, uma vez que a visão norte-americana prevaleceria de qualquer maneira.

2 A VIRADA HERMENÊUTICA NA AMÉRICA LATINA E A INTERPRETAÇÃO NOS CAMPOS TRANSNACIONAIS

Como já exposto acima, o comparatismo, com ficções de modernidade-atraso e desenvolvimento-subdesenvolvimento, teve um peso bastante significativo nas interpretações que se fazem do Direito latino-americano a nível global. Também verificamos que há um “desperdício da experiência”, para usar o termo de Boaventura Santos (1999), na atividade dos comparatistas estado-unidenses que estudam América Latina sem aprender nada de América Latina. No entanto, há algo a se dizer sobre como fica essa estrutura hierárquica a partir do momento em que a hermenêutica em si passa a ser uma questão central da teoria do Direito.

Na América Latina, a teoria jurídica sente o impacto do conjunto de novas constituições que corresponde à onda de redemocratização do continente no final do século XX, abrindo questões sobre interpretação:

[O] “giro hermenêutico” que se estava dando na América Latina a propósito da recepção conjunta dos novos textos constitucionais e

novas teorias do direito que deslocavam de maneira muito forte a compreensão tradicional da prática jurídica” (MEDINA, 2016, p. 5).

Por um lado, havia uma concepção hegemônica nas faculdades de Direito uma concepção em que dominavam a “memorização” de “regras” e a “fidelidade à lei”, com destaque ao “princípio da legalidade”, e “técnicas formalistas do direito”, formando um quadro de “rigidez e hierarquização” tanto pedagógica quanto pessoal e social (MEDINA, 2016, p. 8). Esse cenário, vagamente associado com o positivismo, representava uma concepção de “classicismo jurídico”. Por outro, contra essa tradição do “classicismo”, eram mobilizados os novos cânones da virada hermenêutica. López Medina entende que foi essa inconformidade com o “classicismo” que levou sua geração a adotar tão avidamente os novos cânones:

Mais ainda, o enfoque hermenêutico estava ligado a uma nova concepção das instituições político-constitucionais na qual se prestava forte atenção à determinação judicial de regras e fatos – uma “teoria judicialista do direito” (se assim se quiser) – que acabou por ser muito interessante para pessoas que, como eu, buscavam empreender um ataque às bases teóricas de uma concepção legal formalista e legocêntrica (que batizarei de “classicismo jurídico”) que desvalorizava o papel do intérprete na criação do direito mediante o mito da sabedoria do legislador e uma férrea confiança na soberania política e na correção moral dos atos legislativos ordinários (MEDINA, 2016, p. 9).

Os novos textos constitucionais agora traziam cláusulas com efeito normativo direto e justiciabilidade imediata, que o modelo kelseniano simplesmente descartaria pela abertura (MEDINA, 2016, p. 10-11). Conflitos de Princípios com Regras, Direitos Fundamentais, supremacia da Constituição sobre a lei, havia todo um conjunto de elementos que entravam no Direito e que só podiam ser recepcionados mediante a “interpretação” (MEDINA, 2016, p. 12). Nesse sentido, os cânones transnacionais de Teoria do Direito eram mobilizados como técnica de compreensão e aplicação desse novo conjunto de normas:

[...] a nova teoria do direito era fundamental como “manual de uso” para o transplante de uma nova geração de constituições próprias do pós-Segunda Guerra, que afirmavam seu poder normativo direto por cima do princípio clássico francês de soberania legislativa e seu corolário de estrito respeito à lei (na maioria das vezes, sob a forma racionalista de um “código” sistemicamente completo e coerente)” (MEDINA, 2016, p. 10).

No entanto, a interpretação desses cânones era bastante diversa no contexto norte-americano ou europeu. Um exemplo é a constatação de Lopez Medina de que a sua interpretação (colombiana) da obra de Herbert Hart não era apenas diferente da que faziam os juristas anglófonos, mas completamente inversa. Assim, se instaura uma exemplar situação de desentendimento entre juristas de diferentes culturas:

Os norte-americanos não entendiam por que um latino-americano pretendia fazer antiformalismo pela mão de um positivista inglês, da mesma forma como eu não entendi, no princípio, as razões do desdém norte-americano para com a jusfilosofia analítica inglesa (MEDINA, 2016, p. 17).

O mesmo texto, descobriu Medina, podia ter várias interpretações e sentidos, até mesmo antagônicos entre si. Ele entendia um Hart crítico do formalismo, ao passo que seus colegas e professores dos EUA entendiam um Hart positivista e formalista. Isso em razão de que o mesmo texto, o mesmo pensamento jurídico, tinha efeitos distintos a depender do contexto no qual ele era inserido e interpretado:

Com esta ordem de ideias, estava claro que a obra de Hart tinha diferentes significados em distintos lugares: num cenário teórico-jurídico pós-realista, a obra de Hart era usada como dique de contenção; num cenário teórico-jurídico pré-realista, como continua sendo o latino-americano, a obra de Hart assume o claro potencial de acelerar e animar a crítica antiformalista do direito (MEDINA, 2016, p. 22).

Referenciando Mignolo (2010), que defende que a epistemologia precisa incluir uma corpopolítica e uma geopolítica,

revelando que o que se pensa depende muito de quem e onde se pensa, essa experiência de Medina nos mostra que a interpretação da teoria já produzida é tão dependente da corpopolítica e da geopolítica quanto no momento da produção. Nesse sentido, toda hermenêutica depende do contexto, gerando distintos resultados sobre o mesmo objeto de interpretação.

Os professores norte-americanos de Medina, no entanto, não viam isso como uma divergência interpretativa: simplesmente consideravam que o latino-americano López Medina entendera errado a obra de Hart. Essa interpretação latino-americana era lida como um sintoma do “subdesenvolvimento cultural” da América Latina, e não como uma “rede intelectual alternativa” que pudesse competir com a norte-americana na interpretação (MEDINA, 2016, p. 17). A associação, quase automática, que faziam os professores norte-americanos entre “latino americano”, “subdesenvolvido” e “juridicamente errado” se explica facilmente pelos hábitos do comparatismo jurídico dos Estados Unidos, que habitualmente representou o Direito latino-americano (e o saber jurídico latino-americano, por associação) como sendo deficiente e um reflexo do subdesenvolvimento, no já mencionado mito do “Direito falido” (ESQUIROL, 2016).

Com o seu entendimento do autor central para o seu projeto de pesquisa posto em cheque, López Medina, como muitos estudantes latino-americanos em programas de pós-graduação nos Estados Unidos, se viu diante de duas opções para continuar: Abordar sob uma ótica positivista de direito comparado um tema de Direito local latino-americano que sua audiência norte-americana não conhece bem (e portanto não pode determinar como errada suas interpretações), ou então adaptar o tema de filosofia do Direito do seu orientador à particularidades locais (aceitando o padrão hermenêutico do orientador norte-americano, e apenas aplicando-o à realidade colombiana, por exemplo). Essas duas estratégias eram habitualmente implementadas pelos juristas latino-americanos com educação nos Estados Unidos, pois a sua adoção imuniza o jurista periférico contra a ação disciplinadora da audiência do norte (MEDINA, 2016, p. 18).

A hermenêutica entre latino-americanos e anglo-americanos ou europeus padece ainda de questões mais gerais, causados por esta

diferença de contexto. Esquirol, por exemplo, aponta dois problemas, conectados entre si, que estão presentes nos estudos sobre América Latina dos norte-americanos e resultam em convenções disciplinares problemáticas. São os “falsos cognatos” e os “dialetos diferentes”. Problemas próprios do método comparativo, certamente não são exclusividade das comparações entre América do Norte e América Latina, sendo um risco que se apresenta em todo o Direito comparado.

Os “falsos cognatos” são termos e referências comuns, mas que tem significado distinto em diferentes contextos (ESQUIROL, 2016, p. 71-77). Isto é, a mesma palavra, conceito ou autor está presente nos debates jurídicos de dois lugares diferentes, mas é interpretada de maneira diferente neles. A forma exterior é igual, mas o conteúdo é diferente.

Os “dialetos diferentes” dizem respeito ao problema inverso. São interpretações ou significados que são similares ou mesmo iguais, mas que são referidos por termos ou conceitos distintos em cada um dos contextos (ESQUIROL, 2016, p. 77-83). São “conceitos similares cuja forma *exterior* é diferente” (ESQUIROL, 2016, p. 71). No caso dos “falsos cognatos” o comparatista pode se sentir tentado a corrigir a interpretação da outra tradição, pressupondo a sua própria como correta e dando por compreensão incorreta a que fazem os latino-americanos (ESQUIROL, 2016, p. 76). Isso resulta em um distanciamento dos interlocutores latino-americanos, afastando suas visões do debate (e resultando na postura vertical anteriormente apontada. De outro lado, no caso de “dialetos diferentes”, o comparatista poderia deixar passar despercebidos certos conceitos valiosos da tradição analisada, ou reconhecer erroneamente a articulação de um contexto no campo local (ESQUIROL, 2016, p. 79). Em ambos os problemas, um método comparado mais adequado poderia ser alcançado por um mapeamento mais cuidadoso das ideias nas jurisdições que estão sendo comparadas, sem tomar partes pelo todo, e buscando formar um campo de diálogo comum com os atores jurídicos locais de cada campo.

A combinação dessas práticas acadêmicas e epistêmicas termina por marginalizar a produção dos latinos. O jurista “periférico” não pode discutir diretamente sobre os pensadores do Direito central sem se expor à crítica dos juristas centrais, que

acusam a interpretação daquele como sub-*standard*, abaixo do padrão da correta interpretação. Portanto, o caminho do estudante latino-americano nos centros de produção jurídicos, diante da imposição das interpretações *standard* da Teoria do Direito nesse local, e da opção pela filosofia do Direito, passa por dois momentos estratégicos: primeiro atualizar-se, se “standardizar”, apreender o que se discute nos centros e quais opiniões são “corretas” lá (MEDINA, 2016, p. 21). Uma vez “standardizado” pode participar do debate transnacional com restrições, como filósofo secundário e marginalizado, filiado a uma escola da *powerhouse* central (MEDINA, 2016, p. 21). Ainda, a principal função dos juristas que seguem esse caminho é fazer a contínua importação e adequação do discurso padrão à sua condição local, sem jamais oferecer novas interpretações.

Observando esses mecanismos que estruturam o discurso jurídico em ambientes de diferentes países, o jurista colombiano levantou então alguns apontamentos sobre o campo jurídico transnacional, que compreendeu por conta dessa experiência como estudante latino-americano nos Estados Unidos. Adotando a terminologia do neoinstitucionalismo inspirado em Bourdieu, López Medina estrutura um modelo de “campo jurídico transnacional”. Influenciado pela configuração do “campo jurídico” (BOURDIEU, 1989), também propõe uma releitura desse neoinstitucionalismo que vem sendo feita para analisar as relações de poder a nível global, entre elites de países distintos (DEZALAY, 2013).

A Teoria do Direito foi pensada desde o início para ser transnacional, isto é, para se afirmar como estando acima do nacional, regional ou local (MEDINA, 2016, p. 19). Como a teoria do Direito trata de discursos mais abstratos, pode se desapegar das particularidades que formam o local, e vigorar como uma forma supostamente neutra, no que se fez mais eficiente do que discursos focados no particularismo. Assim, Medina propõe um argumento crítico a essa Teoria do Direito Transnacionalizada, revelando o seu aspecto de dominação hegemônica dos discursos:

(...) a aceitação da existência de diversas interpretações locais de um mesmo objeto epistêmico constitui, ao menos implicitamente, uma crítica a uma construção hegemônica e pseudouniversalista do

objeto feita por um número limitado de eruditos e de interesses assentados em países centrais que terminam monopolizando, desde um ponto de vista igualmente particular, a leitura standard, objetiva ou universal de um campo jurídico (MEDINA, 2016, p. 19-20).

Assim, os intelectuais das *powerhouses* acadêmicas da Europa e América do Norte tentam, pela abstração, fazer das suas interpretações particulares um universal, a ser imposto a todo o mundo uniformemente. Nesse sentido, tem-se uma “crítica do conhecimento etno, euro ou anglocêntrico” (MEDINA, 2016, p. 20). Enquanto esses centros de produção de saber jurídico exportam suas visões particulares e parciais como se fossem universais e gerais, a América Latina por sua vez as adota entusiasticamente no lugar de saberes jurídicos locais, pois também entre os latinos prevalece a visão de que somos um Ocidente incompleto, uma mera cópia imperfeita da coisa em si que é a Europa (MEDINA, 2016, p. 21). Essa autovisão da América Latina, mantida e mesmo ampliada pelas suas elites acadêmicas, pode ser notada não só no mito do Direito Falido (ESQUIROL, 2016), como no conceito de que as instituições latino-americanas padeceriam de uma “Dinâmica Órfã”, um transplante ocidental que perdeu sua referência à ocidentalidade (BADIE; HERMET, 1993).

Essa dinâmica de interação na circulação de discursos jurídicos entre países obedece a uma relação hierarquizada de produção, distribuição e consumo, nos seguintes termos:

Um lugar de produção parece ser um meio especial em que se produzem discussões teórico-jurídicas sobre a natureza do direito com altos níveis de influência transnacional. Os lugares de produção estão usualmente vinculados em círculos intelectuais e instituições acadêmicas de Nações-Estados centrais e de prestígio. Por conseguinte, os países centrais geram os produtos mais difundidos da TTD, produtos que, com o tempo, circulam pela periferia, para finalmente constituir um cânone normalizado do campo em escala global (MEDINA, 2016, p. 24).

As *powerhouses* ou lugares de produção, nos países da América do Norte e Europa, geralmente produzem um discurso jurídico carregado com as particularidades de seus contextos. Porém,

apagam essas circunstâncias particulares sob a forma de teorias abstratas e supostamente universais, de modo a gerarem um discurso com maior “transplantabilidade” (MEDINA, 2016, p. 24), que a partir disso é exportado para os países periféricos, lugares de recepção, cujas elites utilizam esses discursos transplantados para suas finalidades nas disputas internas.

Porém, quando o leitor tem acesso à bagagem contextual do autor e da realidade em que se produziu o discurso, ele pode interpretar de maneira “normalizada”, completando o que o autor ocultou na abstração. Desse modo, o texto se revela de maneiras diferentes a quem está inserido no contexto do lugar de produção, em relação aos que apenas recebem a forma abstrata no lugar de recepção. A diferença no acesso ao contexto cultural da Teoria Transnacional do Direito se estrutura, portanto, na diferença entre um ambiente hermenêutico “rico”, em que se tem o contexto particular da obra, e um ambiente hermenêutico “pobre” (MEDINA, 2016, p. 24-25).

A relação de produção e recepção é posteriormente suavizada terminologicamente, dizendo que determinado autor central “influenciou” o autor periférico que realizou a sua recepção. A ideia de influência é vinculada à de “Escolas” da Teoria jurídica, as quais contém em si a relação hierarquizada, entre o Mestre (produtor) e o Discípulo (receptor) (MEDINA, 2016, p. 26). Há, então, uma estrutura das posições e regras próprias do campo jurídico transnacional, no que diz respeito à circulação dos discursos de Teoria Transnacional.

3 ORIGINALIDADE INTERPRETATIVA E DUPLA CONSCIÊNCIA: POSSÍVEIS ESTRATÉGIAS EPISTEMOLÓGICAS PARA SUPERAR AS LIMITAÇÕES DA HIERARQUIA TRANSNACIONAL DOS SABERES

Temos assim o diagnóstico de um viés hermenêutico ancorado sobre uma estrutura geopolítica de produção acadêmica transnacionalizada. É de se esperar, como consequência disto, que se coloque a pergunta de como esta estruturação pode ser confrontada, de modo a possibilitar aprendizados jurídicos globais mais efetivos. Aqui, cabe dedicar-se algumas linhas às possíveis estratégias que os

juristas colocados em posições periféricas, e os comparatistas dos centros produtores, podem adotar para tornar suas epistemologias mais abrangentes

Medina (MEDINA, 2016, p. 35), de um lado, propõe que a *misreading* é uma forma de originalidade. Quer dizer, que a interpretação periférica dos cânones de Teoria do Direito, dada por *substandard* nos centros de produção, é na verdade um espaço criativo, onde o novo contexto do processo hermenêutico gera a possibilidade de novas leituras, inesperadas, dos mesmos textos. Se a filosofia do Direito latino-americana se caracteriza por mimetismos da filosofia produzida nos centros, isso não é necessariamente algo ruim. Frente a esses mimetismos que se dão no “espaço vazio entre produção e recepção em jurisprudência”, propõe como solução reconhecer esses processos, mas reivindicando-os não como leituras erradas, mas como processos de “transmutação”, e que merecem ser estudados como tais (MEDINA, 2016, p. 36-38), para compreender o porquê dessas adaptações. Nesse sentido, as “leituras equivocadas” formam “a jurisprudência relevante e efetiva dos sistemas jurídicos locais” (MEDINA, 2016, p. 39). Reconhecendo o mimetismo e as relações de hierarquização dos discursos no campo jurídico transnacional, a proposta de Medina não é combater os mimetismos ou substituí-los por tradições jurídicas autonomizadas, mas sim aderir a esse mimetismo de forma a realizar “autoapropriação consciente das teorias jurídicas locais, usualmente invisibilizadas pela ficção de uma continuidade acrítica com a TTD [Teoria Transnacional do Direito]” (MEDINA, 2016, p. 39).

Indo em sentido similar, Esquirol aponta a possibilidade de que o jurista periférico se aproprie das ferramentas e vantagens epistêmicas que lhe dá a situação de ocupar duas visões de mundos, a do seu contexto local e a dos países centrais que lhe é colocada pelas interpretações transnacionais produzidas nestes locais, por meio do que chama de “dupla consciência”, quer dizer “participar em dois paradigmas culturais diferentes ao mesmo tempo” (ESQUIROL, 2016, p. 86-7). Aqui se utiliza do conceito de “dupla consciência” desenvolvido criticamente por Doris Sommer (2005), que o elabora desde a posição dos afro-americanos nos Estados Unidos até o surgimento de uma forma de autocompreensão dos latino-americanos e seus descendentes, na região ou fora dela: entender a si mesmo

desde sua própria visão de mundo e experiência, ao mesmo tempo em que agudamente consciente da visão distinta que os outros tem desses agentes, quando inseridos em um contexto mais geral. Assim, talvez seja o caso de arguir que o jurista periférico, para aprimorar a epistemologia, deve ser capaz de se olhar simultaneamente como um pesquisador original e produtor de saberes desde o seu local ao mesmo tempo em que compreende a sua inserção em um cenário transnacional e mobiliza os saberes e discursos dentro dos contextos eurocêntricos (ou mesmo anglo-americano-cêntricos) de uma comunidade transnacional de intérpretes e teóricos, na qual terá de enfrentar concepções que carregam o olhar dos atores centrais.

Como grande conjunção dessas estratégias, trata-se, portanto, de conhecer as diferenças hermenêuticas da Teoria do Direito nos seus diferentes contextos geo- e corpolíticos, mobilizando essas distinções como formas de criatividade interpretativa, favorecendo a renovação epistemológica não apenas do campo jurídico e acadêmico local como dos próprios campos transnacionais correspondentes. Há que se colocar mais que como intérprete, como um criador teórico com um peculiar valor oriundo dessa visão ampliada pela “dupla consciência” e pelas experiências locais, afastando cautelosamente as mitologias fictícias, que impedem o aproveitamento dos saberes contidos nas realidades locais.

CONCLUSÃO

Recolocando a pergunta inicial, se a visão de determinados países como desenvolvidos e outros como subdesenvolvidos afeta de alguma maneira a circulação de ideias jurídicas, podemos ver que a resposta é positiva. Podemos identificar uma verdadeira estrutura transnacional, através do qual o conhecimento é hierarquizado e distribuído de acordo com determinadas condições. Por meio da representação do Direito latino-americano como direito falido (vinculado ao subdesenvolvimento), as experiências jurídicas desta região são descartadas como falhas em adaptar-se a um modelo de Direito, que é uma representação idealizada do Direito dos *powerhouses* de conhecimento jurídico (Estados Unidos e países da Europa ocidental).

Quando muito, se valoriza a experiência latino-americana,

mas de maneira “antropolizada”, isto é, ignorando-se o Direito formal e estatal em prol de uma visão sociológica ou antropológico de um direito “informal”. É de se notar que em geral quando isso ocorre em estudos comparativos, a comparação raramente é equivalente, ignorando a sociologia jurídica do centro produtor na mesma medida em que se ignora o Direito formal latino-americano.

Por meio dessa combinação de mitos e representações idealizadas, em comparações desiguais, se instaura uma crença de que o Direito latino-americano é inferior ao dos centros europeus e anglo-americanos. Utilizando-se de um vocabulário que opõe pares opostos de “modernidade/pré-modernidade”, “desenvolvido/subdesenvolvido”, essa crença passa a abranger não apenas o Direito positivo em si, mas também a teoria jurídica produzida na América Latina. Assim, a teoria jurídica latina aceita nessa ordem se restringe àquela dedicada a transplantar as ideias produzidas nos grandes centros.

Além disso, mesmo as interpretações dessas ideias (como as do conjunto da “Teoria Transnacional do Direito” já mencionada) fica limitada às hermenêuticas geradas nos mesmos países centrais, cabendo ao jurista latino-americano apenas aplicar a teoria à sua realidade pré-moderna. Por óbvio, a manutenção dessa estrutura só se mostra possível com a colaboração dos juristas latino-americanos, que mobilizam essas teorias em seus planos nacionais, obtendo simultaneamente alguma legitimação transnacional como “discípulos” locais das “escolas” centrais, e apoiando suas agendas (frequentemente liberais) de reforma jurídica no plano local, ao apresentar o transplante como uma solução modernizante e indutora do desenvolvimento. Assim, a atitude dos juristas periféricos é determinante para a estruturação do sistema tanto quanto é incentivada por ele.

Como uma possível resposta a isto, cabe aos juristas latino-americanos que não queiram se submeter ao simples esquema de transplante local do conhecimento central (disfarçado de transnacional) uma complexa, mas digna, tarefa epistêmica. Lhes é preciso compreender a si mesmo nos dois contextos, nacional e transnacional, de forma a ser capaz de articular os conhecimentos de um plano no outro, ao mesmo tempo em que domina os meios de troca simbólicos de ambos os campos, desde uma posição de “dupla consciência”. Com base nesta dupla consciência, pode oferecer

soluções inovadoras, se tiver a coragem de sustentar como criatividade as suas interpretações locais dos clássicos transnacionais, contra a tentativa de enquadrá-las como *substandard*. Ademais, cabe aos estudos comparados de ambos os lados dar fim às ficções idealizadas e começar a trabalhar com análises mais empíricas e equivalentes, que possibilitem o mútuo aprendizado. Ao fim e ao cabo, não se trata apenas de aprender com os centros de produção teórico-jurídica, mas sim de possibilitar que a América Latina ensine esses centros a lidar com os problemas de seus próprios sistemas jurídicos nacionais. O que se pode realizar é uma teoria do Direito em que a experiência e as diferenças de contexto nacional sirvam para ampliar o conhecimento e os atores responsáveis pela sua produção e difusão, ao invés de restringi-los.

REFERÊNCIAS

BADIE, Bertrand; HERMET, Guy. **Política comparada**. México: Fondo de Cultura Económica, 1993. v. 2207

BENJAMIN, Walter. **Gesammelte Schriften**. 1ª ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1991. v. II-1

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989.

DEZALAY, Yves. Les usages internationaux du concept de champ juridique. **Actes de la Recherche en Sciences Sociales**, Paris, n. 200, p. 56-69, 2013.

ESQUIROL, Jorge. **Ficções do Direito Latino-Americano**. Tradução Renan Barbosa Fernandes. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GARGARELLA, Roberto. **La Sala de Máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)**. Buenos Aires: Katz, 2014.

LATOUR, Bruno. **We Have Never Been Modern**. Tradução Catherine Porter. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

MEDINA, Diego E. López. Por Que Falar de uma “Teoria Impura do Direito” na América Latina. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito/UFRGS**, Porto Alegre, v. 11, n. 1, 2016. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/66667/38134>>.

MIGNOLO, Walter D. **Desobediencia Epistémica: retórica de la modernidad, lógica de la colonialidad y gramática de la descolonialidad**. Buenos Aires: Ediciones del Signo, 2010.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do Poder e Classificação Social. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (Eds.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 73-117.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 7. ed. Porto: Afrontamento, 1999.

SOMMER, Doris. A Vindication of Double Consciousness. In: SCHWARZ, Henry; RAY, Sangeeta (Eds.). **A Companion to Postcolonial Studies**. 1. ed. Malden: Blackwell, 2005. p. 165-179.

SOUZA, Jessé. **A Elite do Atraso: a elite do atraso**. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

TREATIES WITH INDIGENOUS PEOPLES IN CANADA – AN NOT SO SERIOUS ESSAY

*Felipe Kern Moreira**



“Miss Chief’s Wet Dream” (Kent Monkman, 2018)

Available at: <<https://www.artgalleryofnovascotia.ca/exhibitions/kent-monkmanmisschief>>

I INTRODUCTION

When I first saw Kent Monkman’s stunning painting, “Miss Chief’s Wet Dream”, on display at Nova Scotia Art Galery in Halifax, the work immediately reminded me of Pablo Picasso’s Guernica, exhibited at the Reina Sofia Museum in Madrid. Guernica was painted as an artistic response to the aerial bombardments of the city of Gernika, in the Basque country, Spain, during the Spanish

* Associate Professor at Universidade Federal do Rio Grande (FURG), Brazil. E-mail: felipe.kern@furg.br. The author would like to thank the Ocean Frontier Institute for supporting this research during the period of the International Visitor Fellowship at Dalhousie University in Halifax, Nova Scotia, Canada.

Civil War. For me, both paintings are disconcerting and haunting. These iconographies can be comparable in the sense of very personal and imaginative representation of a historical event, featured by the unfair prevalence of the military power, expressing through graphical intensities the upheavals of disturbing feelings, recollections, and resentments.

“Miss Chief’s Wet Dream” was painted because the artist - a Canadian of Cree ancestry - wanted “people to think about what the treaties were intended to be, how they were interpreted by Indigenous People, where did they go wrong?” The title of the painting refers to the alter-ego of the artist: Miss Chief Share Eagle Testickle¹. The art represents the collision of two vessels - a raft and a canoe -, representing the European settlers and the Indigenous Nations. Just like every work of art, we can find in it an enormous range of interpretations, allegories, and details regarding the contrast between the old and the new world, the profane and the sacred, the pale and the vitality. Paradoxically, the work was painted in European style. The artist mentions the influence of two famous works: ‘The Raft of the Medusa’ (1819) of Théodore Géricault and ‘Christ on the Sea of Galilee’ (1854) of Eugene Delacroix. In the same way, sometimes the contemporary critics concerning the neglect of the treaties are addressed in a very traditional argumentative way: through modern science or political discourse.

In contemporary Public International Law, the term ‘treaties’ has a precise meaning: it means “an international agreement concluded between States in written form and governed by international law”². Therefore, some may think that contemporary sovereign states understand the legal concept of a treaty is different from the historical context in which the Indigenous People of Canada negotiated those constitutive rights with the British Crown.

This text aims to contrast the implications of the terminologies ‘treaties’ and ‘nations’ through a “not so serious essay” as a form³. In the territory understood today as Canada, the

¹ Available at <http://www.kentmonkman.com/biography/>.

² Vienna Convention on the Law of Treaties (1969), Article 2 (1), a.

³ “The essay, however, does not permit its domain to be prescribed. Instead of achieving something scientifically, or creating something artistically, the effort of the essay reflects a childlike freedom that catches fire, without scruple, on what

British Crown celebrated treaties with the native people due to the recognition of aboriginal societies as nations and, in the legal concept, subjects of international law. The Crown and the Indians recognized themselves mutually as sovereign entities, capable of negotiating, signing and respecting treaties. Otherwise, they – mainly the Europeans – would not use this form of formal instrument of international law.

From colonial times to the present day, what happened to treaties in the course of Canadian history? Maybe the understanding of the concept of ‘nations’ changed dramatically. The European settlers turned into modern states with some Commonwealth colonial remnants. The indigenous people were relegated to be societies, so-called (and so forced by circumstances of the day) minorities in their territory and gradually integrated to those modern national states.

Centuries later, the indigenous peoples scattered throughout Canadian territory survived resiliently, despite the state. In the second half of the twentieth century, the leading cases Sparrow (1992) and Marshall (1999) largely rewrote the legal meaning of the treaties. This led to the recognition of some rights of the treaties of 1760 and 1761, which were a re-affirmation of the Boston treaty of 1725⁴. In the transition from colonial North America to modern Canada, the full meaning of the treaties with the Indigenous Nations was at least subverted. This statement is not a moral judgment; it is a legal as well as political issue *ipso facto*. This is what this essay is about.

II INDIGENOUS PEOPLE AS NATIONS: IT MATTERS YET?

The Treaty of Tordesillas of 1494 and the Treaty of Saragossa of 1529 may have been the first sources of international

others have already done.” (ADORNO et alia, 1984, 152).

⁴ The Boston treaty was negotiated in Boston during the autumn of 1725, bringing to an end three years of war between the Aborigines (namely Abenaki, Wuastukwiuk and the Mi’kmaq) and Nova Scotia and New England. “With the fall of Louisbourg in 1758, Quebec in 1759 and Montréal in 1760, Mi’kmaq and Wuastukwiuk sakamows re-affirmed the 1725 treaty in 1760 and 1761.” (WICKEN; REID, 1996, 63- 65).

law regarding the Amerindian domains. In the *Inter Coetera Bull* of 1493, Pope Alexander VI expresses the wish that the original peoples of America be dominated and converted: *barbarica nationes deprimentur et ad fidem ipsam reducantur* (ZIEGLER, 2007, 123). Legal historiography records that, in the 16th century, there was controversy regarding the Indigenous peoples of America, with particular emphasis on the work of Francisco de Vitória (1483-1546), Juan de la Peña (1513-1565) and Francisco Suárez (1548- 1617). Francisco de Vitória left his written classes (*relectiones*) of which two, dated 1532, refer to indigenous peoples: “On the discovery of the Indians” (*De Indis recenter inventis*) and “On the wars of Spain against the original peoples” (*De iure belli Hispanorum in barbaros*) (idem, ibidem). He argued that indigenous peoples should be understood as nations and that the war against them could only be justified by a just cause (SHAW, 2003, 22). Today we recognize the theoretical and argumentative advances on the part of late Spanish scholastic, notably regarding the right to war. Spain had maintained the war on the reason of refusal to evangelize⁵. For Francisco de Vitória, it was not a legitimate argument. As Hugo Grotius anticipated, with his *De Mare Liberum* (1609), ideas that would echo at the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea; Francisco de Vitória, with *De Indis* (1532), anticipates the International Labor Organization Convention 169 of 1989 (Indigenous and Tribal Peoples Convention).

The First Nations had their diplomatic protocols and traditions before the arrival of the Europeans. In colonial times, aboriginal peoples have historically represented themselves as sovereign nations, negotiating treaties with the crown (BARROS, 2014, 36). Therefore, the French and the English were obliged to establish relations with the Aborigines as sovereign nations. These political practices included conducting wars, negotiating treaties, and

⁵ “Therefore the Indians cannot be induced by war to believe, but rather to feign belief and reception of the Christian faith, which is monstrous and a sacrilege (...) Further, the Pope cannot make war on Christians on the ground of their being fornicators or thieves or, indeed, because they are sodomites; nor can he on that ground confiscate their land and give it to other princes; were that so, there would be daily changes of kingdoms, seeing that there are many sinners in every realm.” (VITÓRIA, 2015, 01-02).

establishing trade and alliances. So “for Britain and for France, early Aboriginal policy was a foreign policy.” (CANADA, 2015, 50). The treaties that the British Crown negotiated with the Aboriginals in the second half of the XVIII Century were not different from others like the Paris Treaty of 1763, concluding the Seven Years War, signed by representatives of Great Britain and Hanover on one side and France and Spain on the other. Even though the Aboriginals were not part in the Treaty of Paris, “much of the land in North America that the French ceded to Britain was, in fact, Aboriginal land.” (idem, 52). Brian Slattery understands that Indigenous nations had exclusive title to their territories at the time of European contact. So, the treaties were negotiated on an equal basis between the settlers and the natives, which proves that modern international law is not the exclusive product of European genius (SLATTERY, 1991, 694-702). Nowadays is a common-sense that the treaties negotiated between the British and the Aboriginals were ignored by the settlers or interpreted in ways that restricted the original rights.

On December 2015, after receiving the Final Report of the Truth and Reconciliation Commission, the Canadian Prime Minister, Justin Trudeau, issued some statements. At that time, he stated that the Canadian government had a plan “to move towards a nation-to-nation relationship [with Indigenous Peoples] based on recognition, rights, respect, cooperation, and partnership.”⁶ Remarkably, the governmental speech tries to place the Indigenous people as nations in the equivalent level of the state of Canada, a sort of sovereign equality. One can argue that this is pure rhetoric. We all know that using the terminology ‘nation’ it does not mean that the Indigenous Peoples are subjects of International law in the same level of a state or an International Organization. In terms of international law, the statement of Justin Trudeau can be understood as a part – albeit tiny – of an *opinio juris* or – in other terms – the subjective element of the costume as a formal source of international law⁷. The difficulty here

⁶ Available at <<https://pm.gc.ca/en/news/statements/2015/12/15/statement-prime-minister-release-final-report-truth-and-reconciliation>>. Accessed on August 2019.

⁷ About the implications of the subjective element in the formation of the international custom see ELIAS, 1995. “Traditional theories of *opinio juris* are problematic because it is often difficult to find clear indications that States consider a given rule or practice to be obligatory. The problem is largely one of proof. If

is the consistency: this was one statement, not the final word, and it can be modified with the changing winds of the new elections.

III THE SUCCESSION OF STATES: THE CANADIAN CASE

Sovereign states live in an international society characterized by the existence of shared rules and principles. When there is a transition from the essential characteristics of one sovereign state to another, there are numerous political and legal consequences for the international community. However, what would these essential characteristics be? The independency of a given state, such as East Timor in 2002, or a secession and succession, such as the Czech Republic and Slovakia in 1993. Therefore, independence, secession, and succession may alter the characteristics of diplomatic representations and the validity of treaties. Considering that the treaties of 1760 and 1761 were negotiated between the British Crown and the American natives it means that the legal responsibility was originally taken by the British.

Canada has a long history of a gradual process of political independence of the United Kingdom. The British North America Act of 1867 passed by the UK Parliament was the first significant step towards the self-governing. In 1931 Canada joined the British Commonwealth with the same sovereign status of the United Kingdom. The Canada Act of 1982, passed by the Parliament of the United Kingdom, ended the power of the British Parliament to amend the Constitution of Canada and some provisions related to “request and consent” established by the Statute of Westminster of 1931, which was a British law clarifying the powers of Canada's Parliament (BÉDARD; LAGASSÉ, 2015, 99 and 223). The British Queen is the monarch of the 16 countries of the Commonwealth. In the Canadian political-legal system, it is possible to identify the representatives of the royalty: the Governor-General and the ten provincial Lieutenant Governors (BÉDARD; LAGASSÉ, 2015, 50).

opinio juris is described as belief or conviction, the problems involved in finding out its content are patent. (...) There are several dicta in the Nicaragua case which would suggest that *opinio juris* can be individual or at least confined only to a number of States, even in the context of general customary law” (ELIAS, 1995, 514 and 519).

Each Canadian knows that when a member of the Royal Family visits Canada this tour is called ‘homecoming’ because Canada is one of the Queen’s realms.

What is the current legal validity of treaties between the British Crown and the First Nations if we consider the succession of Canada from the colonial period to the contemporary? The A. P. Lester’s detailed research on ‘State Succession to Treaties in the Commonwealth’ indicates that the old Dominions agreed to inherit all British treaties as early as 1919 but makes no mention to treaties with native peoples⁸. In this sense, Brian Slattery observes that the peace treaties with the native nations didn’t receive the same attention of specialist literature like the fall of *Quebec and the Treaty of Paris of 1763* (1991, 683). This question has captured my interest since I started researching on the fishing rights of the indigenous peoples of Canada. From that moment, I realized the artistic message of “Miss Chief’s Wet Dream”, it was an inspiring invitation to write this essay.

IV IS A ‘TREATY’ JUST AN OLD-FASHIONED TERMINOLOGY FOR THE CONTRACT THAT HAS NOT BEEN FULFILLED?

The treaties guaranteed Mi’kmaq, Wolastoqiyik, and Passamaquoddy peoples the right to hunt, fish, farmland, and earn a reasonable living without British interference. The Treaty of 1761 was signed in a “Burying the Hatchet” ceremony in Halifax in which is celebrated annually on 1 October the Treaty Day (WALLACE, 2018). These early treaties were understood as “mere contracts to remove Indians from their lands” (COTÉ, 2001, 16). The British North America Act of 1867 and the Indian Act of 1876, represented the control over the Indians and their lands by the federal government of Canada so that any form of Indigenous right to self-government is

⁸ “ (...) the High Court of Ontario held that the change in Canada’s status from colony to independent nation made by the Statute of Westminster, 1931, did not per se render invalid the 1842 Ashburton Treaty between the Imperial Government and the United States, which was intended to apply to Canada. Jenks considers that the old Dominions agreed to inherit all British treaties as early as 1919.” (LESTER, 1963, 485).

delegated by the Canadian Parliament (COTÉ, 2001, 17).

In recent years, the essential legal reference regarding Indigenous Peoples rights in Canada is the Constitution Act of 1982, which recognizes the existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada. So, after 1982, a crucial legal question was to ask what was the effectiveness of that treaty rights. In a large extent, this question was answered by the leading cases Sparrow and Marshall.

In the Sparrow case (1992), the Supreme Court recognized for the first time the Aboriginal and treaty rights of the Constitutional Act of 1982 (CHALUPOVITSCH, 2019, 01). The Supreme Court emphasized that the Constitutional Act did not create Aboriginal rights since these rights already existed under common law and only to rights that already existed at the time that the Constitutional Act came into force (*idem*, 1-2). In the Marshall case (1999), the appellant relied on the Mi'kmaq treaties of 1760 and 1761 (CHALUPOVITSCH, 2019, 7). One crucial decision in this judgment is that the Treaties gave the Mi'kmaq people the right to sell fish to secure “necessaries”, which can be considered equivalent of a “moderate livelihood.” (*idem*, *ibidem*). The Marshall decision resulted in the growing involvement of Mi'kmaq First Nations in commercial fishing activities with strong opposition of non-native people (CAPISTRANO; CHARLES, 2012, 202).

There are different kinds of critics addressed to Marshall decisions, mainly related to the constraints carried by the “moderate livelihood” criteria. Some analysis understands that is the case of jurisprudence that permitted the government to infringe Aboriginal and treaty rights (HARRIS; MILLERD, 2010, 103). David Bedford defined the Marshall decision as “emancipation as oppression” (2010) and Matthew Coon, former national chief of the Assembly of First Nations, declared that ‘moderate livelihood’ is “just the right to live in poverty” (STEWART, 2000, 1).

The legal perspective of considering Treaties as international agreements and indigenous peoples as nations has never been seriously considered in Canada. Nor the possibility for the modern Canadian state of inheriting treaties negotiated by the Crown in the sense of succession of states. Here we have to differentiate between the Prime Minister’s speeches and what the Courts have been

interpreting. The Supreme Court of Canada shifted from a conception of treaties with First Nations to contracts between the Crown and a group of citizens (HUNTERS, 2004, 62). The alleged advantage is to consider treaty rights as a form of constitutional rights, and so this shift was regarded as positive for Aboriginal peoples. Claire E. Hunter disagree with this contractual approach since many treaties were ‘bad bargains’ (idem, 64).

Hunter argue for the reincorporation of contractual doctrine into treaty interpretation. This point of view avoids considering treaties as unilateral records of conquest and tries to capture the understanding of the unequal bargain of power (idem, 64): an unusual legal theory that seems not to have prevailed in the Canadian jurisdictional field. There is an idea of fairness in the recognition of the Treaties in the 1982 Constitutional Act and in the reasoning of the Marshall case. It seems better to recognize the rights contained in the treaties than any recognition at all. On the one hand, treaty rights continue to be negotiated to this day⁹. In this sense, the 1982 Constitutional Act is an essential constitutive basis of rights. On the other hand, for indigenous peoples, the best of rights seems to be those they had before negotiating any of the treaties.

Is a ‘Treaty’ just an old-fashioned terminology for the contract that has not been fulfilled? No. A contract is a legal *status* sometimes given by the Canadian Supreme Court to adapt treaties to the constitutional jurisdiction. In other judgments taken by the Supreme Court of Canada, the essence of the treaties is kept untouched, as the case *Mikisew Cree First Nation v. Canada* (2018 SCC 40) regarding to the duty to ‘honour of the Crown’¹⁰. In modern

⁹ “While early treaties are still recognized, in 2002 Nova Scotia's thirteen Mi’kmaq chiefs, provincial and federal governments signed an agreement to engage in tripartite discussions on outstanding issues (Tota 2002). In 2007 the three parties put in place a five-stage process to resolve issues pertaining to Mi’kmaq treaties, rights and title (NS 2007).” (VODDEN, 2009, 118).

¹⁰ “Treaties are understood to be between Indigenous groups and “the Crown.” “The Crown” means Canada as a state. The Crown negotiated and signed treaties like the one with the Mikisew in 1899, and still has a duty to fulfill them today. The Crown also has other duties, based on the Aboriginal and constitutional law concept of the “honour of the Crown.” This requires the Crown to act honourably toward Indigenous peoples.” (Brief of the case. Available at: <https://www.scc-csc.ca/case-dossier/cb/37441-eng.aspx>. Accessed on August 2019).

times, the legal nature of the treaties became a *tertio genus* in the Canadian legal system, nor an international treaty negotiated with another nation-state, nor a contract between the government and a specific group of citizens.

V DREAMING OF THE CONCLUSION

There is a *taboo* in modern national societies with a substantive presence of indigenous peoples — the *taboo* of not recognizing that indigenous societies are nations that will not be diluted with national multinaturalism¹¹. In the Canadian case, there are deep structures of modern state constitutionalism that place the First Nations and the state on duty to ‘honor of the Crown’ which means to implement the treaties in their authentic legal sense and historical context. Treaties are products of mutual recognition of sovereign legal capacities. In Canada, there are several different treaties with Indigenous Peoples regarding different sorts of rights. The agreements in some treaties are in fact not favorable to Indigenous peoples and considerably limit the rights to land, hunting, and fishing. Treaties are the basis of the Canadian rights in indigenous domains even though the perspective of power circumstances places some on the other side of the mirror.

My conclusions probably are the same of whom read this essay until these lasting lines: there is no logic as well as consequential conclusion like the result of mathematical calculus. At the end of the day - or, maybe in the case of this wet dream - at the end of this night of centuries, the case of the treaties with the First Nations of Canada is a matter of the searching for fairness. By the way, fairness is an adequate basis for a process of reconciliation. One can say that maybe there are two perspectives of justice on the legal effects of that old treaties. The justice in this case, like the Janus Bifrons, looks in different directions: one of the Canadian state and other of the First Nations. In the legal perspective of the contracts, the contemporary interpretation of the treaties will continue to be what always it was: an endless exercise of legal argumentation. This is not a case for the interpretation of legal norms, is a question of

¹¹ About multinaturalism see CASTRO, 1998.

justice. But, what sort of justice paleface? What is justice? Justice is what we make of it: a wet dream or an arid nightmare.

REFERENCES

ADORNO. T. W; HULLOT-KENTOR, Bob; WILL, Frederic. The essay as form. **New German Critique**, n. 32, pp. 151-171, spring-summer, 1984.

BARROS, Priscila Ribeiro Prado. Recognizing indigenous peoples' rights: a comparative study between Brazil and Canada. **Canadian Journal of Latin American and Caribbean Studies**, n. 38, v. 1, pp. 35-49, 2013.

BÉDARD, Michel; LAGASSÉ, Phillippe (ed.) **The Crown and Parliament**. Montréal: Éditions Yvon Blais, 2015.

CANADA. Truth and Reconciliation Commission of Canada. **Canada's Residential Schools: The History: Part 1 Origins to 1939**. The Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada Volume 1. Montreal: McGill-Queen's University Press, 2015.

CAPISTRANO, Robert Charles G.; CHARLES, Anthony T. Indigenous rights and coastal fisheries: A framework of livelihoods, rights and equity. **Ocean & Coastal Management**, v. 69, pp. 200-209, dec. 2012.

CASTRO, Eduardo Viveiros de. Cosmological Deixis and Amerindian Perspectivism. **The Journal of the Royal Anthropological Institute**, v. 4, n. 3, pp. 469- 488, sep., 1998.

CHALUPOVITSCH, Michael. **Commercial Fishing Under Aboriginal and Treaty Rights: Supreme Court of Canada Decisions**. Ottawa: Library of Parliament, 2019.

COTE, Charlotte. Historical Foundations of Indian Sovereignty in Canada and the United States: A Brief Overview. **American Review of Canadian Studies**, n. 31, v. 1-2, pp. 15-23, 2001.

ELIAS, Olufemi. The Nature of the Subjective Element in Customary International Law. **The International and Comparative Law Quarterly**, v. 44, n. 3, pp. 501-520, jul. 1995.

HARRIS, Douglas C.; MILLERD, Peter. Food Fish, Commercial Fish, and Fish to Support a Moderate Livelihood: Characterizing Aboriginal and Treaty Rights to Canadian Fisheries. **Arctic Review on Law and Politics**, n. 82, v. 1, pp. 82-107, 2010.

HUNTER, Claire E. New Justification for an Old Approach: In Defence of Characterizing First Nations Treaties as Contracts. **University of Toronto**

Faculty of Law Review, v. 62, n. 1, pp. 61-83, 2004.

KOHEN, Marcelo G. (ed.). **Secession: International Law perspectives**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

LESTER, A. P. State Succession to Treaties in the Commonwealth. **The International and Comparative Law Quarterly**, v. 12, n. 2, pp. 475-507, apr., 1963.

MOREIRA, Felipe Kern. Regime Internacional dos Povos Indígenas: referências teórico-descritivas. In: **InterAção**, v. 9, n. 1 (2018). Available at <https://periodicos.ufsm.br/interacao/article/view/33951>. Accessed on: may 28, 2019.

SLATTERY, Brian. Aboriginal Sovereignty and Imperial Claims. **Osgoode Hall Law Journal**, v. 29, n. 4, pp. 681-703, p. 1991.

STEWART, Lyle. Matthew, Marshall and a moderate living: Canada's supreme court has ruled that native people have a right to make a "moderate living" from natural resources. Matthew Coon Come says that's just the right to live in poverty. **This: Toronto**, v. 34, n. 3, nov./dec., 2000.

SHAW, Malcom N. **International Law**. Fifth Edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

SLATTERY, Brian. Aboriginal Sovereignty and Imperial Claims. **Osgoode Hall Law Journal**, v. 29, n. 4, pp. 681-703, 1991.

UNITED NATIONS. **Vienna Convention on the Law of Treaties**. Done at Vienna on 23 May 1969. Entered into force on 27 January 1980. United Nations, Treaty Series, v. 1155, 2005.

VITÓRIA, Francisco de. **De Indis** (1532). Available at: <<http://theahi.org/wp-content/uploads/2013/10/Francisco-de-Vitoria-on-War.pdf>> Accessed on: aug. 1st, 2015.

VODDEN, Kelly. **New Spaces, Ancient Places: Collaborative Governance and Sustainable Development in Canada's Coastal Regions**. Submitted in partial fulfillment of the requirements for the degree of Doctor of Philosophy. Department of Geography. Simon Fraser University. Summer, 2009.

WALLACE, Sarah Isabel. Peace and Friendship Treaties. **The Canadian Encyclopedia**. Historica Canada. Article published May 28, 2018. Available at < <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/peace-and-friendship-treaties>>. Accessed on: aug. 2019.

WICKEN, William C.; REID, John G. **An overview of the eighteenth century treaties signed between the Mi'kmaq and Wuastukwiuk**

Peoples and the English Crown, 1963-1928. Report submitted to Land and Economy Royal Commission on Aboriginal Peoples (1996). Available at: <http://publications.gc.ca/collections/collection_2017/bcp-pco/Z1-1991-1-41-150-eng.pdf>. Accessed on: aug. 2019.

ZIEGLER, Karl-Heinz. **Völkerrechtsgeschichte.** 2. Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2007.

UNIDADE E DIVERSIDADE NO ÂMBITO DA EUROPEIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: REFLEXÕES SOBRE CULTURA, TRADIÇÃO E IDENTIDADE

*Nicole Rinaldi de Barcellos**

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como finalidade promover uma reflexão sobre cultura, tradição e identidade na europeização do direito internacional privado na União Europeia. Pretende-se demonstrar a importância da coerência no direito internacional privado europeizado, e sua relação com ideias de cultura, tradição e identidade, com fins de alcançar a união na diversidade¹ objetivada pela integração na União Europeia.

Trata-se de uma investigação acerca do fenômeno da europeização do direito internacional privado, por meio do qual a União Europeia passou a legislar em caráter supranacional sobre temas internacionais privados, de forma a adotar instrumentos destinados a cobrir setores relevantes, dentre os quais se destacam, por exemplo, a competência judicial internacional civil e comercial, a lei aplicável às relações contratuais e extracontratuais, relações matrimoniais, entre outros.

* Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (PPGDir/UFRGS). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

¹ “Unida na Diversidade” é o lema da União Europeia, que começou a ser utilizada em 2000, e evoca a forma como os europeus se uniram e formaram o bloco econômico para trabalhar em conjunto, sem nunca esquecer diversidade de culturas, tradições e línguas que caracteriza o continente europeu. UNIÃO EUROPEIA. *A divisa da UE*. Disponível em: < https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/motto_pt>. Acesso em: 29 set. 2019.

Das diferentes análises realizadas sobre o fenômeno da europeização do direito internacional privado, interessa abordar a questão do significado cultural da europeização, da tradição e do surgimento de uma 'identidade europeia' como forma de expressão de um pensamento jurídico europeu. Com base na análise da importância da diversidade e da semelhança de culturas, tradições e identidades no desenvolvimento do direito internacional privado europeizado, mostra-se necessária a demonstração da inserção dessas ideias para a promoção da união na diversidade como finalidade da integração europeia.

Para desenvolver os objetivos propostos, o artigo foi dividido em duas partes. Na primeira seção aborda-se as noções de cultura, a tradição e a identidade na europeização do direito internacional privado, relacionando-as com os aspectos jurídicos da paradoxal união na diversidade da União Europeia. Na segunda seção aborda-se o direito comparado como elemento integrador na criação de um direito internacional privado comum europeu, onde defende-se a coerência do direito internacional privado europeizado com base em uma identidade jurídica europeia.

Na pesquisa, utiliza-se o método de investigação bibliográfica de caráter dedutivo. Como marco teórico, adotam-se os autores Augusto Jaeger Junior², Andrea Bonomi³, Dário Moura Vicente⁴ e Rui Manuel Moura Ramos⁵, no que tange à europeização

² JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do direito internacional privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

³ BONOMI, Andrea. Il diritto Internazionale privato dell'Unione Europea: considerazioni generali. In: BONOMI, Andrea (Ed.). *Diritto Internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2009. p. 1-54.

⁴ MOURA VICENTE, Dario. Liberdades comunitárias e direito internacional privado. *Cuadernos de derecho transnacional*, v. 1, n. 2. Madrid: Carlos III, 2009. p. 179-220.

⁵ MOURA RAMOS, Rui Manuel. Introdução ao direito internacional privado da União Europeia: da interacção originária do direito internacional privado e do direito comunitário à criação de um direito internacional privado da União Europeia. In: MOURA RAMOS, Rui Manuel; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Coords). *Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado*. São Paulo: Intelecto, 2016. p. 3-61.

do direito internacional privado, e os trabalhos de Stephanie Law⁶, Phillip Allot⁷ e Eduardo Biacchi Gomes⁸ para a análise da sua relação com cultura, tradição e identidade.

1 CULTURA, TRADIÇÃO E IDENTIDADE NA EUROPEIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: ASPECTOS JURÍDICOS DA PARADOXAL UNIÃO NA DIVERSIDADE

A internacionalização das relações privadas como consequência direta da intensificação dos movimentos de pessoas e de bens e o decorrente aumento dos litígios com conexão internacional é um fenômeno que foi observado e estudado por doutrinadores como Erik Jayme⁹, Jürgen Basedow¹⁰ e Rui Manuel Moura Ramos¹¹. A União Europeia não permaneceu inerte a este fenômeno e desenvolveu um aparato legislativo destinado a regular as relações privadas internacionais, com a formação de um direito internacional privado europeizado, que foi influenciado pelas noções de cultura, tradição e identidade conforme presentes no marco

⁶ LAW, Stephanie. From Multiple Legal Cultures to One Legal Culture? Thinking About Culture, Tradition and Identity in European Private Law Development. *Utrecht Journal of International and European Law*, n. 31(81). Utrecht: Utrecht University, 2015, p. 66-98. Disponível em: <<https://utrechtjournal.org/articles/10.5334/ujiel.dg/#n149>>. Acesso em: 27 set. 2019.

⁷ ALLOTT, Phillip. The Concept of European Union. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 31, 49. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 31-59.

⁸ GOMES, Eduardo Biacchi. *União Européia e Multiculturalismo - o diálogo entre a Democracia e os Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2008. 192 p.

⁹ JAYME, Erik. Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation. *Recueil des Cours*, v. 282. La Haye: Académie de Droit International de la Haye. 2000. 40 p.

¹⁰ BASEDOW, Jürgen. Global life, local law? About the globalization of law and policy-making. In: FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia (Org.). *Liber Amicorum en homenaje al Profesor Dr. Didier Opertti Badán*. Montevideo: Fundación de Cultura, 2005, p. 817-833.

¹¹ MOURA RAMOS, Rui Manuel. Droit international privé vers la fin du vingtième siècle: avancement ou recul? In: MOURA RAMOS, Rui Manuel. *Estudos de direito internacional privado e de direito processual civil internacional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 167-208.

normativo da União Europeia.

Assim, o presente tópico destina-se à análise das ideias de cultura, tradição e identidade (ponto 1.1) e sua influência nos fundamentos do direito internacional privado europeizado (ponto 1.2), buscando-se um significado cultural da europeização, em conjunto com as ideias de tradição e de surgimento de uma 'identidade europeia'.

1.1 Cultura, tradição e identidade nos tratados fundacionais da União Europeia e sua relação com a europeização do direito internacional privado

Da análise da estrutura dos tratados fundacionais da União Europeia, percebe-se que duas dimensões de cultura podem ser identificadas. Além de preverem a construção de uma política cultural europeia, os tratados também estabelecem as bases para a proteção das diversidades das culturas e identidades nacionais por meio do princípio da união na diversidade. Observa-se que a divisa “união na diversidade”, que é o lema da União Europeia, evoca a forma como os europeus se uniram e formaram a União Europeia para trabalhar em conjunto pela paz e prosperidade, sem nunca esquecer a enriquecedora diversidade de culturas, tradições e línguas que caracteriza o continente europeu¹².

Para Stephanie Law, unidade e diversidade são características concorrentes no âmbito da União Europeia, pois, enquanto a primeira fundamenta a integração europeia, particularmente no tocante ao corpo harmonizado de normas, a segunda se reflete na multiplicidade de culturas, tradições e identidades nacionais¹³. Segundo a autora, este lema atribuído à

¹² UNIÃO EUROPEIA. *A divisa da UE*. Disponível em: <https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/motto_pt>. Acesso em: 29 set. 2019.

¹³ LAW, Stephanie. From Multiple Legal Cultures to One Legal Culture? Thinking About Culture, Tradition and Identity in European Private Law Development. *Utrecht Journal of International and European Law*, n. 31(81). Utrecht: Utrecht University, 2015, p. 66-98. Disponível em: <<https://utrechtjournal.org/articles/10.5334/ujel.dg/#n149>>. Acesso em: 27 set. 2019.

União Europeia visa ao reconhecimento destas duas dimensões no espaço integrado europeu.

Nesse aspecto, demonstra-se uma dificuldade em definir e conceituar coerentemente cultura, tradição e identidade. Isto porque com a criação de uma comunidade de Estados que formou a União Europeia, surgiu a ideia de uma identidade europeia inteira, existente ao lado de uma pluralidade de identidades que não são necessariamente nacionais ou territoriais¹⁴. Nesse sentido, Phillip Allot defende a ideia de um pensamento de Europa, de uma consciência coletiva que pode processar os conceitos, os ideais, os valores, os propósitos, as políticas, as prioridades, as esperanças e os medos das pessoas e povos da Europa¹⁵.

Segundo Eduardo Biacchi Gomes, um dos principais patrimônios da União Europeia é a diversidade de sua riqueza cultural, religiosa e humanista, que se mostra pautada em valores universais e indivisíveis. Segundo o autor, estes valores fornecem sustentação para a manutenção e o desenvolvimento da comunidade política que é a União Europeia¹⁶. É evidente que onde convivem tantos povos distintos, a cultura é um dos principais elementos da integração, sendo o respeito aos valores culturais indispensável à consecução dos objetivos de uma Europa unificada.

Isto significa dizer que a identidade europeia existente nessa comunidade é formada a partir da multiplicidade de identidades existentes nos Estados-membros, cada uma das quais entendida como "eu" e "outro" no espaço europeu. Em seu turno, a identidade europeia também constitui um "eu" em si¹⁷. Portanto, hoje não mais

¹⁴ LAW, Stephanie. From Multiple Legal Cultures to One Legal Culture? Thinking About Culture, Tradition and Identity in European Private Law Development. *Utrecht Journal of International and European Law*, n. 31(81). Utrecht: Utrecht University, 2015, p. 66-98. Disponível em: <<https://utrechtjournal.org/articles/10.5334/ujel.dg/#n149>>. Acesso em: 27 set. 2019.

¹⁵ ALLOTT, Phillip. The Concept of European Union. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 31, 49. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 31-59.

¹⁶ GOMES, Eduardo Biacchi. *União Européia e Multiculturalismo - o diálogo entre a Democracia e os Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 30.

¹⁷ ALLOTT, Phillip. The Concept of European Union. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 31, 49. Cambridge: Cambridge University Press, 1999,

é verificada uma única identidade europeia moldada pelo "outro" de dentro, mas também aquela definida no contexto da globalização, interage cada vez mais com o 'outro' externo.

Observa-se que o arcabouço normativo dos tratados fundacionais da União Europeia, especialmente o Tratado da União Europeia, prevê especificamente o respeito às diversidades nacionais, especialmente à cultura e à tradição, mas destaca a identidade europeia no que tange aos princípios e valores comuns. Passa-se, nesse ponto, a observar os instrumentos específicos.

O TUE, em seu preâmbulo, estabelece que os Estados-membros devem procurar inspirar-se na herança cultural, religiosa e humanista da Europa, da qual desenvolveram os valores universais dos direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana, liberdade e igualdade democrática para aprofundar a solidariedade entre seus povos, respeitando sua história, sua cultura e suas tradições no estabelecimento da União Europeia¹⁸. Tal disposição denota que a promoção dos objetivos da integração europeia deve respeitar as diversidades nacionais, especialmente a cultura e as tradições.

Ademais, o artigo 2º do TUE prevê que os valores da União Europeia, quais sejam, respeito pela dignidade humana, pela liberdade, pela democracia, pela igualdade, pelo Estado de direito e pelos direitos humanos, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias, são comuns em todos os Estados-membros, demonstrando uma identidade europeia. Prevê, nesse sentido, o respeito à riqueza da sua diversidade cultural e linguística.

O artigo 3º do TUE, em seu turno contém a previsão de que a União Europeia deve promover a justiça social, a solidariedade e a coesão econômica, social e territorial, de acordo com o respeito à diversidade cultural e linguística, assegurando que a herança cultural

p. 31-59. Sobre o tema, ver: LAW, Stephanie. From Multiple Legal Cultures to One Legal Culture? Thinking About Culture, Tradition and Identity in European Private Law Development. *Utrecht Journal of International and European Law*, n. 31(81). Utrecht: Utrecht University, 2015, p. 66-98. Disponível em: <<https://utrechtjournal.org/articles/10.5334/ujel.dg/#n149>>. Acesso em: 27 set. 2019.

¹⁸ UNIÃO EUROPEIA. *Tratado da União Europeia*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016M/TXT&from=EM>>. Acesso em: 29 set. 2019.

da Europa seja salvaguardada e aprimorada. Este artigo destina-se à definição de aspectos *culturais e econômicos*, pela construção do mercado interno, *políticos*, pela promoção da paz e da coesão territorial, *sociais*, pela promoção da justiça social, de *proteção*, pela solidariedade e coesão social, e *jurídicos*, o espaço de liberdade, segurança e justiça, que são dimensões da integração.

Ademais, veja-se a definição de bases para ações positivas das instituições da União, como é o caso do artigo 4º, n. 2, do TUE, que exige que a União respeite a igualdade dos Estados-membros perante os seus Tratados, bem como as suas identidades nacionais, inerentes às suas estruturas fundamentais, o artigo 67, n. 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) estabelece que a União constitui um espaço de liberdade, segurança e justiça, no respeito pelos direitos fundamentais e pelos diferentes sistemas e tradições jurídicos dos Estados-Membros, o artigo 167 do TFUE destaca que as identidades nacionais são dignas de proteção e, o artigo 151 do TUE, obriga a UE a contribuir para o florescimento das culturas dos Estados-membros, respeitando a sua diversidade nacional e regional e, ao mesmo tempo, promovendo a patrimônio cultural comum.

Com isso, demonstra-se a importância da cultura, tradição e identidade nesses temas de europeização e integração. Um grande exemplo da inserção nos tratados fundacionais da União Europeia de normas que relacionam os três temas é o artigo 81 do atual TFUE, que passou a prever a competência para a uniformização das normas de direito internacional privado na União Europeia, que prevê o desenvolvimento de uma cooperação judiciária nas matérias civis com incidência transfronteiriça, assente no princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais e extrajudiciais, com fins de assegurar o acesso efetivo à justiça de seus cidadãos.

Observa-se que os objetivos dessas principais disposições estão sobrepostos, pois embora seja feita referência à proteção de diversas culturas nacionais, ao mesmo são promovidos os pontos comuns através do patrimônio cultural, dos valores e dos objetivos comuns dos Estados-membros¹⁹. As considerações não são limitadas

¹⁹ Declaration on European Identity, 1973 (12 Bull. EC 118); ee recently, a particularly interesting article dealing with the cases discussed: Armin von

ao desenvolvimento de uma política cultural, mas se estendem ao processo de integração quanto à formação, interpretação e aplicação do direito, tendo em vista que o projeto da União Europeia não pode ser adequadamente concebido apenas como promovendo os patamares comuns, mas deve salvaguardar as diversidades nacionais e a promoção da semelhança exigida para a integração²⁰.

Portanto, o desenvolvimento de uma política cultural europeia, a criação de um corpo uniforme de normas, com base em valores da ordem europeia, a saber, as culturas, tradições e identidades dos Estados-membros, são complementadas pelo reconhecimento da diversidade. Permite-se com isso a preservação das diversidades através da criação de um corpo de normas uniformes, o que se mostra uma relação paradoxal²¹.

Observa-se que a unidade na diversidade não demanda a unificação dos direitos dos Estados-membros da União Europeia, mas uma coexistência harmônica entre os sistemas jurídicos nacionais, que permita uma fluidez às liberdades econômicas no âmbito do bloco. Isto é, os legisladores da União Europeia encontram-se no difícil papel de eliminarem os entraves às liberdades de circulação no âmbito do bloco sem que ocorra a perda da individualidade dos direitos dos Estados-membros. Na solução proposta por Dário Moura Vicente, a europeização das regras de direito internacional privado, que se destina à regulação das situações plurilocalizadas, garante a preservação da unidade na diversidade postulada pela integração Europeia²².

Bogdandy and Stephan Schill, 'Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty' (2011) 48 CMLR 1

²⁰ LAW, Stephanie. From Multiple Legal Cultures to One Legal Culture? Thinking About Culture, Tradition and Identity in European Private Law Development. *Utrecht Journal of International and European Law*, n. 31(81). Utrecht: Utrecht University, 2015, p. 66-98. Disponível em: <<https://utrechtjournal.org/articles/10.5334/ujiel.dg/#n149>>. Acesso em: 27 set. 2019.

²¹ Jen Hendry, *Unitas in Diversitate? On Legal Cultures and the Europeanisation of Law*, PhD Thesis (EUI 2009)

²² MOURA VICENTE, *Um código civil para a Europa? Algumas reflexões*, p. 33. Sobre a europeização do direito internacional privado, ver: JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do direito internacional privado: caráter universal da lei*

1.2 Direito internacional privado europeizado como forma de retomar o significado de cultura, tradição e identidade: uniformização do direito em um espaço pluralista

Com fins de desenvolver um espaço de liberdade, segurança e justiça, e de forma a facilitar o acesso à justiça aos seus cidadãos, a União Europeia iniciou um processo de europeização, no qual ela passou a ter competência legislativa sobre o direito internacional privado e o processo civil internacional. O fenômeno da europeização do direito internacional privado foi analisado por autores como Augusto Jaeger Junior²³, Andrea Bonomi²⁴, Dário Moura Vicente²⁵ e Rui Manuel Moura Ramos²⁶.

Nesse sentido, Augusto Jaeger Junior destaca que a europeização do direito internacional privado é um fenômeno caracterizado pelo gradativo abandono da utilização das regras internas dos Estados-membros, dando-se lugar às regras de conflito estabelecidas nos regulamentos da União Europeia, de âmbito supranacional²⁷. Ocorre que para a criação deste direito uniformizado um longo caminho foi percorrido, para o qual contribuiu a comparação de direitos e dos distintos sistemas legislativos e culturas

aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro. Curitiba: Juruá Editora, 2012. 672 p.

²³ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do direito internacional privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

²⁴ BONOMI, Andrea. Il diritto Internazionale privato dell'Unione Europea: considerazioni generali. In: BONOMI, Andrea (Ed.). *Diritto Internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2009. p. 1-54.

²⁵ MOURA VICENTE, Dario. Liberdades comunitárias e direito internacional privado. *Cuadernos de derecho transnacional*, v. 1, n. 2. Madrid: Carlos III, 2009. p. 179-220.

²⁶ MOURA RAMOS, Rui Manuel. Introdução ao direito internacional privado da União Europeia: da interação originária do direito internacional privado e do direito comunitário à criação de um direito internacional privado da União Europeia. In: MOURA RAMOS, Rui Manuel; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Coords). *Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado*. São Paulo: Intelecto, 2016. p. 3-61.

²⁷ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do direito internacional privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 27.

jurídicas presentes nos Estados-membros da União Europeia.

Foi com base na análise da importância da diversidade e da semelhança de culturas, tradições e identidades no desenvolvimento do direito internacional privado europeizado que se mostrou relevante a promoção da unidade na diversidade com fins à integração europeia²⁸. Veja-se que o projeto europeu é concebido não como um processo único, mas como um número de processos reflexivos moldados por determinações que incluem a ideia de identidade, poder, vontade, ordem e dever²⁹.

Do ponto de vista histórico, o interesse da União Europeia pela cooperação judiciária se manifestou desde os primeiros anos de integração³⁰. O Tratado da Comunidade Econômica Europeia de 1957 previu uma incumbência aos Estados-membros de promoverem a efetivação das regras internacionais privadas através da simplificação das formalidades relativas ao reconhecimento e à execução de decisões judiciais. À época, não havia uma competência específica, mas a incumbência de criação de instrumentos complementares de caráter convencional da Comunidade Europeia de então³¹.

Com fundamento neste artigo, negociou-se e se instituiu o Convênio de Bruxelas sobre a competência judicial e o

²⁸ LAW, Stephanie. From Multiple Legal Cultures to One Legal Culture? Thinking About Culture, Tradition and Identity in European Private Law Development. *Utrecht Journal of International and European Law*, n. 31(81). Utrecht: Utrecht University, 2015, p. 66-98. Disponível em: <<https://utrechtjournal.org/articles/10.5334/ujel.dg/#n149>>. Acesso em: 27 set. 2019.

²⁹ ALLOTT, Phillip. The Concept of European Union. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 31, 49. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 31-59.

³⁰ MOURA RAMOS, Rui Manuel. Introdução ao direito internacional privado da União Europeia: da interacção originária do direito internacional privado e do direito comunitário à criação de um direito internacional privado da União Europeia. In: MOURA RAMOS, Rui Manuel; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Coords). *Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado*. São Paulo: Intelecto, 2016, p. 8.

³¹ BONOMI, Andrea. Il diritto Internazionale privato dell'Unione Europea: considerazioni generali. In: BONOMI, Andrea (Ed.). *Diritto Internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2009, p. 5.

reconhecimento e execução de decisões em matéria civil e comercial de 27 de setembro de 1968, que entrou em vigor em 1973, cujo o principal objetivo foi o favorecimento da livre circulação de decisões no âmbito da União Europeia³², mas que previu regras relativas à competência judicial civil e comercial. Com ele, logrou-se um distinto patamar de unificação, pois foi ratificado pelos seis Estados-membros da época (Bélgica, Alemanha, França, Itália, Luxemburgo e Holanda) e sucessivamente adotado pelos Estados vieram que a integrar a União Europeia através de protocolos adicionais³³.

Entretanto, a competência específica da União Europeia para legislar sobre o direito internacional privado teve sua origem apenas no Tratado de Maastricht, de 7 de fevereiro de 1992, que criou a tarefa e a competência da União Europeia de adotar medidas com a finalidade da melhoria da cooperação em matéria civil. Estas medidas faziam parte do terceiro pilar da União Europeia, relativo à cooperação em matéria de justiça e assuntos internos, de modo que o processo continuava sujeito à intergovernabilidade, naquele momento, o que somente veio a ser modificado cinco anos mais tarde, com o Tratado de Amsterdam.

A partir do Tratado de Amsterdam, de 2 de outubro de 1997, segundo Augusto Jaeger Junior, passou-se a falar em “direito internacional privado europeizado, de fonte supranacional, que tem a tendência de sobrepor-se aos sistemas jurídicos autônomos internos dos Estados-membros da União Europeia, e que poderia vir até mesmo a substituí-lo”³⁴. Segundo Andrea Bonomi, este é o principal instrumento de impulsão à europeização do direito internacional

³² JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do direito internacional privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

³³ MOURA RAMOS, Rui Manuel. Introdução ao direito internacional privado da União Europeia: da interação originária do direito internacional privado e do direito comunitário à criação de um direito internacional privado da União Europeia. In: MOURA RAMOS, Rui Manuel; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Coords). *Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado*. São Paulo: Intelecto, 2016, p. 14-15.

³⁴ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do direito internacional privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 61-62.

privado³⁵. Com ele foi inserido o título IV no Tratado da Comunidade Europeia do então, hoje, Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), no qual as matérias passaram ao primeiro pilar da União Europeia, tornando-se de caráter supranacional.

Destaca-se que diversas áreas do direito internacional privado foram contempladas pelo fenômeno da europeização do direito internacional privado, seja no âmbito da lei aplicável, seja na competência jurisdicional internacional, dentre as quais se destacam, por exemplo, a matéria civil e comercial, no Regulamento Bruxelas I Reformulado, obrigações contratuais e extra contratuais, nos Regulamentos Roma I e Roma II, a matéria matrimonial e responsabilidade parental no regulamento Bruxelas II-bis, sucessões no Regulamento nº 650/2012, regimes matrimoniais e efeitos patrimoniais de parcerias registradas, nos Regulamentos 1103 e 1004/2016.

Com o Tratado de Lisboa de 2009, firmaram-se as normas atualmente em vigor. O artigo 81 do atual TFUE passou a prever a competência para a uniformização das normas de direito internacional privado na União Europeia, de modo que as disposições relativas à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial inserem-se no domínio da cooperação judiciária em matéria civil.

Dário Moura Vicente, ao escrever sobre o tema das liberdades econômicas fundamentais na União Europeia e sua relação com o direito internacional privado, destacou que somente através da unificação do direito internacional privado da União Europeia, com base em regras de conflito uniformes, é que se torna possível a conciliação da pluralidade e da diversidade dos direitos nacionais, de modo que o plano supranacional é o indicado para a elaboração de regras de conflito³⁶.

³⁵ BONOMI, Andrea. Il diritto Internazionale privato dell'Unione Europea: considerazioni generali. In: BONOMI, Andrea (Ed.). *Diritto Internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2009, p. 8-9.

³⁶ MOURA VICENTE, Dario. Liberdades comunitárias e direito internacional privado. *Cuadernos de derecho transnacional*, v. 1, n. 2. Madrid: Universidad Carlos III, 2009. p. 208-209.

Como conclusão parcial deste tópico de estudo, destaca-se a que valorização das ideias de cultura, tradição e identidade fornecem uma base para a conciliação da pluralidade e da diversidade dos direitos nacionais. Nesse sentido, os instrumentos europeizados de direito internacional privado mostram-se adequados para a consecução dos fins integracionistas da União Europeia com a unificação das regras de conflito, preservando-se a diversidade em um espaço pluralista.

2 DIREITO COMPARADO E CRIAÇÃO DE UM DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEIZADO: IMPORTÂNCIA DA COERÊNCIA NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO DA UNIÃO EUROPEIA

Caso considerado que uma cultura compartilhada funda a construção da identidade nacional, no panorama do Estado-nação, as culturas e tradições jurídicas nacionais compartilhadas no âmbito de integração fundam a formação de um bloco de integração regional³⁷. Ainda que a noção de cultura, tradição ou identidade europeia não substitua inteiramente a afiliação nacional, ela não é necessariamente ligada a esta, sendo possível identificar que os indivíduos podem estabelecer e manter laços estreitos com uma série de construções sociais, sejam elas nacionais ou regionais³⁸.

Nesse sentido, a identidade no âmbito da integração regional europeia deriva e faz parte de uma cultura europeia compartilhada, existente ao lado da nacional, de modo que as identidades no contexto europeu podem ser concebidas como múltiplas e plurais³⁹. Para que exista uma coordenação das diferentes culturas jurídicas no

³⁷ LAW, Stephanie. From Multiple Legal Cultures to One Legal Culture? Thinking About Culture, Tradition and Identity in European Private Law Development. *Utrecht Journal of International and European Law*, n. 31(81). Utrecht: Utrecht University, 2015, p. 66-98. Disponível em: <<https://utrechtjournal.org/articles/10.5334/ujiel.dg/#n149>>. Acesso em: 27 set. 2019.

³⁸ COLLINS, Hugh. European Private Law and the Cultural Identity of States. *European Review of Private Law*, 3. Leiden: Kluwer Law International, 1995, p. 353-365.

³⁹ TULLY, James. *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 10.

âmbito da União Europeia, de modo que se torne possível a criação de uma identidade compartilhada, mostra-se necessária a utilização do direito comparado como instrumento integrador.

Assim, no presente tópico de estudo analisa-se o direito comparado como instrumento integrador do direito internacional privado na União Europeia com vistas à formação de um direito comum europeu (ponto 2.1), e no segundo tópico de estudo defende-se a coerência no direito internacional privado europeizado, para que exista, de fato, uma união na diversidade no âmbito do direito internacional privado da União Europeia (ponto 2.2).

2.1 Direito comparado como instrumento integrador do direito internacional privado na União Europeia: impactos na formação do direito europeizado

O direito internacional privado vincula-se, tradicionalmente, à regulamentação no âmbito dos direitos nacionais, a partir das regras de conflitos, da determinação da jurisdição nacional, assim como das regras de cooperação jurídica internacional. Esta lógica é alterada com a europeização, quando o direito internacional privado passa a ser regulamentado no âmbito supranacional.

Este fenômeno é influenciado por diversos fatores. Jürgen Habermas destaca que os Estados nacionais perdem gradativamente a sua força, como uma consequência direta da desterritorialização da produção e do consumo, da mudança estrutural das relações de trabalho, da aceleração da movimentação de capitais, características que se refletem na mudança estrutural na lógica da relação dos países. Segundo o autor, a tendência contemporânea ruma para o aumento de uniões políticas, como é o caso da União Europeia⁴⁰. No âmbito do direito, Erik Jayme salienta que a globalização econômica pode ser caracterizada pelo fato de os Estados nacionais não mais funcionarem como os centros de poder, tendo em vista que cedem grande parte do seu poder ao mercado, momento no qual o centro da

⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 112.

proteção jurídica deva ser pautado pela proteção da pessoa humana⁴¹.

Fala-se, portanto, na redefinição do papel do Estado, dando-se lugar à internacionalização das decisões políticas e econômicas, no qual as dicotomias entre público x privado e interno x externo tendem a perder a operacionalidade, fazendo com que o Estado nacional deixe de ser o centro geométrico da positividade jurídica⁴². Nesse âmbito, Jürgen Habermas salienta que deve haver uma solidariedade recíproca, que se apoia no universalismo e nos direitos humanos, pois de acordo com autor “só poderemos enfrentar de modo razoável os desafios da globalização se conseguirmos desenvolver na sociedade novas formas de autocondução democrática dentro da constelação pós-nacional”⁴³.

Isto é, a abertura dos Estados à internacionalização, mediante a criação de uma política transnacional de melhoria e conservação das redes globais, deve resultar no reconhecimento dos direitos fundamentais dos cidadãos de outros países⁴⁴. É nesse contexto que se insere a europeização do direito internacional privado.

Véra Maria Jacob de Fradera defende que a integração política e jurídica é a finalidade principal do direito da União Europeia, para que se torne possível a criação e o estabelecimento de um mercado interno, fenômeno decorrente do movimento dialético entre a esfera nacional em relação à supranacional, e a supranacional em relação à nacional⁴⁵. Segundo a autora, o produto destas trocas constitui um novo direito, cuja elaboração é possibilitada pelo direito

⁴¹ JAYME, Erik. *Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation. Recueil des Cours*. Haia: Académie de Droit International de la Haye, 2000, p. 19-21.

⁴² FARIA, José Eduardo. *O Estado e o direito depois da crise*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 61

⁴³ HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 112.

⁴⁴ JAYME, Le droit international privé du nouveau millénaire, p. 19-21; OPPERTI-BADÁN, Didier. Reflexiones sobre un tema esencial: Derecho Internacional Privado e Derechos Humanos. In: *Derecho internacional privado y derecho de la integración: Libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*. Assunção: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), 2013, p. 63-86.

⁴⁵ FRADERA, Vera Maria Jacob de. *Reflexões sobre a contribuição do direito comparado para a elaboração do direito comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. xxii.

comparado, e que objetiva a formação de um *ius commune* europeu.

Sabe-se que a comparação de direitos é indispensável à harmonização e à unificação dos direitos nacionais, como é o caso do fenômeno ocorrido sob a égide das organizações supranacionais⁴⁶. Ocorre que para que se torne possível a integração política e jurídica da União Europeia faz-se necessária uma constante comunicação entre os ordenamentos jurídicos nacionais e a ordem supranacional, aproximando-se umas das outras para formarem um conjunto coerente de normas⁴⁷.

Isto porque a europeização é um processo que envolve uma relação reflexiva entre as forças nacionais e globais, onde supera-se a ideia de que ela constitui uma realidade específica reduzida a um supranacionalismo liderado pela União Europeia⁴⁸. Nesse sentido, Hein Kötz destaca que a aproximação das famílias de direito na União Europeia é uma realidade presente, tendo deixado de ser um projeto do futuro com base a partir da criação de um *ius commune* europeu por meio do direito comparado⁴⁹.

Segundo Dário Moura Vicente⁵⁰, a adoção de instrumentos

⁴⁶ MOURA VICENTE, Dario. *Direito comparado*. Volume 1. Coimbra: Almedina, 2014, p. 23; Sobre a uniformização do direito internacional privado, ver: MATTOSINHO, Daniel Lemos de Oliveira; FERNANDES, Erika Capella. Unificação do Direito Internacional Privado: Características e Limitações. In: MENEZES, Wagner. *Direito internacional em expansão*, v. 1. Anais do 10º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 253-264.

⁴⁷ FRADERA, Vera Maria Jacob de. *Reflexões sobre a contribuição do direito comparado para a elaboração do direito comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. xxii.

⁴⁸ DELANTY, Gerard. The Idea of a Cosmopolitan Europe: On the Cultural Significance of Europeanization. *International Review of Sociology*, v. 15, n. 3. Disponível em: < <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/03906700500272434>>. Acesso em: 27 set. 2019.

⁴⁹ KÖTZ, Hein. The value of mixed legal systems. *Tulane Law Review*, v. 78. New Orleans: Tulane University Law School, 2003, p. 435-440.

⁵⁰ MOURA VICENTE, Dario. *Direito comparado*. Volume 1. Coimbra: Almedina, 2014, p. 23; Sobre a uniformização do direito internacional privado, ver: MATTOSINHO, Daniel Lemos de Oliveira; FERNANDES, Erika Capella. Unificação do Direito Internacional Privado: Características e Limitações. In: MENEZES, Wagner. *Direito internacional em expansão*, v. 1. Anais do 10º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 253-264.

uniformes ou supranacionais no intuito de harmonização dos sistemas jurídicos nacionais da União Europeia tem sido precedida de estudos comparativos. No ponto, observam-se os estudos desenvolvidos para a harmonização e a uniformização de direitos que visam a encontrar um núcleo comum dos sistemas jurídicos nacionais em questão, que produzem novas regras a partir das melhores soluções encontradas⁵¹.

Portanto, o direito comparado permite a máxima uniformidade ao direito internacional privado supranacional, fazendo-se cada vez mais necessário o fortalecimento de cooperação entre as disciplinas⁵². Mathias Reimann afirma que no campo do direito internacional privado há um estoque universalmente compartilhado de princípios básicos, problemas e soluções que ultrapassam as fronteiras nacionais⁵³.

Assim, a utilização do método comparativo aos sistemas

⁵¹ SCHLESSINGER, Rudolf B. *Comparative Law: text, cases, materials*. 4. ed. Mineola, NY: The Foundation Press Inc., 1980, p. 36; ZIMMERMANN, Reinhardt. *Comparative Law and the Europeanization of Private Law*. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhardt. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 539. Nesse ponto, destaca-se a importância do direito comparado não somente às iniciativas de unificação do direito internacional privado, mas também às iniciativas de harmonização do direito privado na União Europeia, em uma europeização do direito privado. Sobre o tema, ver: MOURA VICENTE, Dário. Um código civil para a Europa? Algumas reflexões. In: MOURA VICENTE, Dário. *Direito internacional privado: Ensaios*. v. I. Coimbra: Almedina, 2002, p. 7-33; DAVID, René. The international unification of private law. In: DAVID, René. *International encyclopedia of comparative law*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1972. 159 p; MOURA VICENTE, Dário. Um código civil para a Europa? Algumas reflexões. In: MOURA VICENTE, Dário. *Direito internacional privado: Ensaios*. v. I. Coimbra: Almedina, 2002, p. 7-33; MICHAELS, Ralf; JANSEN, Nils. Private law beyond the state? Europeanization, globalization, privatization. *American journal of comparative law*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 843-890.

⁵² BARCELLOS, Nicole Rinaldi de; PARMEGGIANI, Tatiana Bruhn. Impactos de ordens jurídicas supranacionais nas interações entre direito comparado e direito internacional privado. In: MENEZES, Wagner (Org.). *Direito Internacional em Expansão: Direito Internacional e Direito Comparado*. v. XVI. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019, p. 93-108.

⁵³ REIMANN, Mathias. Comparative law and private international law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 1367.

nacionais, a partir da contemplação da análise de suas similaridades e diferenças, levam a uma abordagem que valoriza o núcleo comum dos direitos dos Estados-membros, que é elemento europeu do fenômeno da europeização do direito internacional privado⁵⁴. Tal elemento coincide com a ideia de uma identidade europeia no âmbito jurídico.

Deve-se manter presente o entendimento de que o primeiro e mais relevante princípio da União Europeia é o princípio da integração, conforme dispõe Fausto de Quadros, segundo o qual prevalece uma visão comunitária, de um poder integrado, com o objetivo de criação de interesses comuns entre a ordem supranacional e os Estados-membros⁵⁵. Segundo Rodolfo Sacco, a utilização do direito comparado como ferramenta da europeização do direito é uma história de sucesso, tendo em vista que dificilmente existe um projeto comparativo na Europa que não se considere uma contribuição a este fenômeno⁵⁶.

2.2 Pela coerência das normas de direito internacional privado europeizadas: união na diversidade no âmbito do direito internacional privado da União Europeia

As regras relativas ao direito internacional privado europeizado, que iniciaram com as normas de competência em matéria civil e comercial na União Europeia desde o Convênio de Bruxelas de 1968, demonstraram grande estabilidade ao longo do tempo, tendo em vista que elas permanecem muito semelhantes. Os quase 60 anos destas normas permitem concluir que existe ampla aceitação dos Estados-membros na adoção de medidas de uniformização pelo legislador supranacional, sendo possível falar em uma busca pela coerência no âmbito do sistema.

⁵⁴ BOELE-WOELKI, Katharina; OOIK, Ronald H. Van. The Communitarization of Private International Law. In: ŠARČEVIĆ, Peter; VOLKEN, Paul. *Yearbook of Private International Law*, v. 4. München: Sellier, 2002, p. 10-11.

⁵⁵ QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia: Direito Constitucional e Administrativo da União Europeia*. 3. reimp. Coimbra: Almedina, 2009, p. 82-83.

⁵⁶ SACCO, Rodolfo. Le passé, le présent et le futur du droit comparé. In: BOELE-WOELKI, Katharina; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. *The Past, Present and Future of Comparative Law - Le passé, le présent et le futur du droit comparé: Ceremony of 15 May 2017 in Honour of 5 Great Comparatists*. Cham, Switzerland: Springer, 2018, p. 103-107

Como já mencionado, somente por meio da unificação do direito internacional privado da União Europeia é possível a conciliação da pluralidade e da diversidade dos direitos nacionais, com fins de ser estabelecida a unidade na diversidade almejada pela União Europeia⁵⁷. Com base na estrutura normativa do sistema, demonstra-se que este também é o entendimento dos legisladores no âmbito da União Europeia, tendo em vista que possuem destacada atuação na seara da competência judicial em matérias civil e comercial e consideram que certas disparidades nas regras dificultam o bom funcionamento do mercado interno⁵⁸.

Jürgen Basedow defende uma coerência no direito internacional privado da União Europeia, tendo em vista que a coerência deve ter um papel não só na política legislativa, mas também na aplicação da lei, como um desígnio relacionado à sistemática jurídica, de forma a representar uma característica do sistema jurídico⁵⁹. Isto significa dizer que a coerência deve ser intrínseca ao *aquis communautaire*, promovendo-se, através do corpo de direitos comuns e obrigações no âmbito da União Europeia, uma harmonia no que tange ao estabelecimento e à aplicação das regras de competência judiciária civil e comercial, na medida da intenção dos Estados-membros de conferirem ao órgão supranacional competências para a construção do direito internacional privado unificado.

No plano supranacional, para o desenvolvimento de uma ordem uniforme e coerente, Augusto Jaeger Junior destaca que o direito da União Europeia tem servido ao direito internacional privado, especialmente no tocante a sua unificação, por meio da

⁵⁷ MOURA VICENTE, Dario. Liberdades comunitárias e direito internacional privado. *Cuadernos de derecho transnacional*, v. 1, n. 2. Madrid: Carlos III, 2009, p. 179-220.

⁵⁸ Regulamento (UE) nº 1215/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A32012R1215>>. Acesso em: 27 set. 2019.

⁵⁹ BASEDOW, Jürgen. Coerência do direito internacional privado da União Europeia. In: JAEGER JUNIOR, Augusto (Org.). *Europeização da parte geral do direito internacional privado: estudos sobre uma codificação do direito internacional privado na União Europeia através de um Regulamento Roma Zero*. Porto Alegre: Editora RJR, 2016, p. 56-77.

utilização dos regulamentos⁶⁰. Regulamentos são fontes de direito derivado, possuem alcance geral, são obrigatórios em todos os seus elementos e diretamente aplicáveis em cada Estado-membro⁶¹. Carlos Francisco Molina del Pozo destaca que os regulamentos respondem a uma dupla ideia de unidade, pois são normas aplicáveis a todos os Estados-membros), e de simultaneidade, pois asseguram a ordem jurídica do conjunto da União Europeia, assim como de todos os Estados-membros⁶².

A União Europeia possui competência para legislar por meio dos regulamentos em matéria de direito internacional privado, de forma supranacional e no âmbito de seu território, sendo resguardada a competência legislativa dos Estados-membros na matéria⁶³. Além disso, a União Europeia é a única competente para celebrar acordos internacionais quando tal celebração esteja prevista num ato legislativo da União e seja necessária para lhe dar a possibilidade de exercer a sua competência interna, como é o caso das convenções da Haia sobre direito internacional privado, por exemplo. Portanto, seja no plano intraregional, seja no internacional, a União Europeia possui os meios para formar um aparato legislativo coerente, à medida que detém a competência para legislar supranacionalmente e para celebrar acordos sobre competência judicial civil e comercial.

Ademais, o Tribunal de Justiça da União Europeia, através do instrumento do reenvio prejudicial, possui a competência para a uniformização da interpretação das regras de direito internacional privado da União Europeia. Tal instrumento foi utilizado desde o Convênio de Bruxelas de 1968, produzindo-se uma coerência interpretativa desde os primórdios da legislação europeizada, denotando-se mais um traço característico do sistema, à medida que ele ultrapassou a criação pelo direito convencional, e,

⁶⁰ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do direito internacional privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 138.

⁶¹ MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. *Manual de derecho de la Comunidad Europea*. 3. ed. Madrid: Editora Trivium, 1997, p. 464.

⁶² MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. *Manual de derecho de la Comunidad Europea*. 3. ed. Madrid: Editora Trivium, 1997, p. 465.

⁶³ Em 11 de abril de 2017, a Hungria promulgou uma nova lei de direito internacional privado (ato XXVIII de 2017), que entrará em vigor em 1º de janeiro de 2018.

posteriormente, supranacional, e estendeu-se à sua interpretação⁶⁴.

Nos planos nacionais dos Estados-membros, observa-se que ainda que exista um sistema de direito internacional privado próprio na União Europeia, permanecem os sistemas nacionais, originários das legislações dos Estados-membros, de modo que se faz necessária uma coordenação entre as mencionadas ordens jurídicas. Sobre o tema, Rui Manuel de Moura Ramos salienta que ainda que os Estados-membros participem da formação da ordem jurídica da União Europeia, esta se desenvolve independentemente, de modo a existir a coexistência distintas ordens jurídicas em variados níveis⁶⁵. Segundo o autor, ainda que a atribuição de novas competências à União Europeia signifique um sacrifício das ordens nacionais, esta não implica, necessariamente, na perda de competências dos Estados-membros na mesma extensão, como é o caso do direito internacional privado.

Nesse sentido, é necessário definir quando é aplicável a norma da União Europeia ou quando deve ser adotada a legislação interna do Estado-membro. De plano, salienta-se que os Estados-membros da União Europeia utilizarão as regras supranacionais de competência judicial em litígios com conexão internacional, quando este mantenha suficiente conexão com a União Europeia e ainda que em relação a países terceiros⁶⁶. As normas de competência dos Estados-membros da União Europeia passaram a ter uma função complementar, sendo aplicáveis apenas de forma subsidiária, isto é, somente quando o instrumento supranacional falhou em regular a questão⁶⁷.

⁶⁴ STONE, Peter. *EU Private International Law*. 2. ed. Cheltenham, UK; Northampton, USA: Edward Elgar, 2011, p. 5; JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do direito internacional privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 142.

⁶⁵ MOURA RAMOS, Rui Manuel. *Das Comunidades à União Europeia: estudos de direito comunitário*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 218.

⁶⁶ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do direito internacional privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 206.

⁶⁷ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLES, Javier. Competencia judicial internacional: régimen de producción interna en derecho internacional privado español. *In*: DREYZIN DE KLOR, Adriana; FERNÁNDEZ

Portanto, o que se observa é uma busca de coerência na codificação e na interpretação, tendo em vista que, uma vez identificadas incongruências entre normas paralelas de direito internacional privado em distintos instrumentos europeus, está-se diante de diferentes marcos estruturais e concepções legais dos Estados-membros que conduzem às interpretações divergentes dos textos da União Europeia⁶⁸, exigindo-se assim uma uniformização⁶⁹. Isto é, a União Europeia se encontra hoje em busca de um direito comum europeu, cujos fundamentos são erigidos sobre uma base construída pelos diferentes direitos nacionais dos Estados-membros⁷⁰, como forma de alcance da união na diversidade no âmbito do bloco.

Do desenvolvimento deste tópico de estudo, chega-se a uma conclusão parcial de que o direito internacional privado europeizado, fenômeno em constante evolução que envolve conjugação de esforços na comparação de direitos pela criação de um direito comum europeu, busca também a coerência sistemática. Esta coerência é alcançada tendo em vista as características do sistema, que se voltam à criação de um ordenamento supranacional uniformizado, à sua interpretação pelo TJUE e à coordenação entre as regras supranacionais e nacionais dos Estados-membros, através da subsidiariedade destas em relação àquelas. O direito internacional privado europeizado é uma manifestação de culturas e tradições jurídicas nacionais compartilhadas no âmbito de integração em busca de uma identidade europeia, que embora sejam objeto de uniformização, mantém a diversidade na União Europeia.

ARROYO, Diego; PIMENTEL, Luiz Otávio. *Litígio judicial internacional*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 519.

⁶⁸ BASEDOW, Jürgen. Coerência do direito internacional privado da União Europeia. In: JAEGER JUNIOR, Augusto (Org.). *Europeização da parte geral do direito internacional privado: estudos sobre uma codificação do direito internacional privado na União Europeia através de um Regulamento Roma Zero*. Porto Alegre: Editora RJR, 2016. p. 51 e ss.

⁶⁹ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. Private international law and comparative law: a relationship challenged by international and supranational law. In: BONOMI, Andrea; VOLKEN, Paul. *Yearbook of private international law*. v. XI. München: Sellier, 2009, p. 32.

⁷⁰ FRADERA, Vera Maria Jacob de. *Reflexões sobre a contribuição do direito comparado para a elaboração do direito comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 80-81.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O comparatista René David destaca que o direito jamais será entendido sem o conhecimento da sociedade que o governa, tampouco da ignorância das maneiras de sentir dos membros dessa sociedade⁷¹. Portanto, é necessário conhecer o direito da União Europeia e refletir sobre a cultura, a tradição e a identidade europeia para que seja possível o estudo da europeização do direito internacional privado.

Com o presente estudo, verificou-se que a valorização da cultura, tradição e identidade europeia fornecem uma base para a conciliação da pluralidade e da diversidade dos direitos nacionais. Nesse sentido, os instrumentos europeizados de direito internacional privado mostram-se adequados para a consecução dos fins integracionistas da União Europeia com a unificação das regras de conflito, preservando-se a diversidade em um espaço pluralista.

Ademais, análise dos instrumentos de direito originário, convencional, e posteriormente, derivado, destaca-se que em seu desenvolvimento ao longo do tempo, o direito da União Europeia evoluiu de forma gradativa para o estabelecimento das regras supranacionais, onde verifica-se a uma coerência no que tange ao direito internacional privado europeizado, tendo em vista que o sistema é voltado para a uniformização supranacional, interpretação pelo TJUE e coordenação entre as regras nacionais e supranacionais.

Parafraseando Meirelle Delmas-Marty, requer-se que o direito forneça uma paisagem em ordem, que nos proteja da desordem⁷². Este deve ser o objetivo da União Europeia na adoção de um direito internacional privado convergente, que tenha como parâmetro a promoção da união na diversidade.

⁷¹ DAVID, René. *Traité Élémentaire de Droit Civil Comparé*. Paris: Librairie générale de droit, 1950, p. 17.

⁷² DELMAS-MARTY, Meirelle. *Por um direito comum*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2004, p. 3.

REFERÊNCIAS

ALLOTT, Phillip. The Concept of European Union. **Cambridge Yearbook of European Legal Studies**, 31, 49. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 31-59.

BARCELLOS, Nicole Rinaldi de; PARMEGGIANI, Tatiana Bruhn. Impactos de ordens jurídicas supranacionais nas interações entre direito comparado e direito internacional privado. In: MENEZES, Wagner (Org.). **Direito Internacional em Expansão: Direito Internacional e Direito Comparado**. v. XVI. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019, p. 93-108.

BASEDOW, Jürgen. Coerência do direito internacional privado da União Europeia. In: JAEGER JUNIOR, Augusto (Org.). **Europeização da parte geral do direito internacional privado**: estudos sobre uma codificação do direito internacional privado na União Europeia através de um Regulamento Roma Zero. Porto Alegre: Editora RJR, 2016. p. 51-77.

BOELE-WOELKI, Katharina; OOIK, Ronald H. Van. The Communitarization of Private International Law. In: ŠARČEVIĆ, Peter; VOLKEN, Paul. **Yearbook of Private International Law**, v. 4. München: Sellier, 2002.

BONOMI, Andrea. Il diritto Internazionale privato dell'Unione Europea: considerazioni generali. In: BONOMI, Andrea (Ed.). **Diritto Internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2009. p. 1-54.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLES, Javier. Competencia judicial internacional: régimen de producción interna en derecho internacional privado español. In: DREYZIN DE KLOR, Adriana; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego; PIMENTEL, Luiz Otávio. **Litígio judicial internacional**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 519-542.

CARRASCOSA GONZÁLES, Javier. El concepto de residencia habitual del causante em el reglamento sucesorio europeo. **Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales**, n. 19. Azuqueca de Henares: Asociación Castellano-Manchega de Sociología, 2015. p. 15-35.

DAVID, Rene. **Traité Élémentaire de Droit Civil Comparé**. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950. 556 p.

DAVID, René. The international unification of private law. In: DAVID, René. **International encyclopedia of comparative law**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1972. 159 p.

DELMAS-MARTY, Meirelle. **Por um direito comum**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2004. 306 p.

FARIA, José Eduardo. **O Estado e o direito depois da crise**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. 151 p.

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales. **Recueil de Cours**, v. 323. La Haye: Académie de Droit International de La Haye, 2006. 259 p.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. **Reflexões sobre a contribuição do direito comparado para a elaboração do direito comunitário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. 423 p.

GOMES, Eduardo Biacchi. **União Européia e Multiculturalismo – o diálogo entre a Democracia e os Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2008. 192 p.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. São Paulo: Littera Mundi, 2001. 220 p.

HENDRY, Jennifer. 'Unity in Diversity': Questions of (Legal) Culture in the European Union. **Journal of Comparative Law**, 3(1). London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2008, p. 289-294.

HENDRY, Jennifer. **Legal Integration in the EU: The 'Unitas in Diversitate' Conundrum And the Importance of Considering Culture**. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1360714>. Acesso em: 27 set. 2019.

JAEGER JUNIOR, Augusto. **Europeização do direito internacional privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro**. Curitiba: Juruá Editora, 2012. 672 p.

KÖTZ, Hein. The value of mixed legal systems. **Tulane Law Review**, v. 78. New Orleans: Tulane University Law School, 2003, p. 435-440.

LAGARDE, Paul. Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. **Recueil de Cours**, v. 196. La Haye: Académie de Droit International de La Haye, 1986. 319 p.

LAW, Stephanie. From Multiple Legal Cultures to One Legal Culture? Thinking About Culture, Tradition and Identity in European Private Law Development. **Utrecht Journal of International and European Law**, n. 31(81). Utrecht: Utrecht University, 2015, p. 66-98. Disponível em: <<https://utrechtjournal.org/articles/10.5334/ujiel.dg/#n149>>. Acesso em: 27 set. 2019.

LOWENFELD, Andreas F. International litigation and the quest for reasonableness. *Collected Courses*, v. 196. **The Hague: Hague Academy of International Law**, 1994. 320 p.

MATTOSINHO, Daniel Lemos de Oliveira; FERNANDES, Erika Capella. **Unificação do Direito Internacional Privado: Características e Limitações**. In: MENEZES, Wagner. Direito internacional em expansão, v. 1. Anais do 10º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 253-264.

MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. **Manual de derecho de la Comunidad Europea**. 3. ed. Madrid: Editora Trivium, 1997. 953 p.

MOURA RAMOS, Rui Manuel. **Das Comunidades à União Europeia: estudos de direito comunitário**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. 365 p.

_____. Introdução ao direito internacional privado da União Europeia: da interação originária do direito internacional privado e do direito comunitário à criação de um direito internacional privado da União Europeia. In: MOURA RAMOS, Rui Manuel; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Coords). **Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado**. São Paulo: Intelecto, 2016. p. 3-61.

MOURA VICENTE, Dario. **Direito comparado**. Volume 1. Coimbra: Almedina, 2014. 566 p.

MOURA VICENTE, Dario. Liberdades comunitárias e direito internacional privado. **Cuadernos de derecho transnacional**, v. 1, n. 2. Madrid: Carlos III, 2009. p. 179-220.

MOURA VICENTE, Dario. Um código civil para a Europa? Algumas reflexões. In: MOURA VICENTE, Dário. **Direito internacional privado: Ensaios**. v. I. Coimbra: Almedina, 2002, p. 7-33.

OPPERTI-BADÁN, Didier. Reflexiones sobre un tema esencial: Derecho Internacional Privado e Derechos Humanos. In: FERNÁNDEZ ARROYO, Diego; MORENO RODRÍGUEZ, José A. (Coords.). **Derecho internacional privado y derecho de la integración**: Libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano. Assunção: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), 2013. p. 63-86.

POCAR, Fausto. Jurisdiction and the enforcement of judgements under the EC convention of 1968: a review of court decisions. **Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht/ The Rabel Journal of Comparative and International Private Law**, Jahrg. 42, H. 3. Tübingen: Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, 1978. p. 405-430.

_____. The new Lugano Convention on jurisdiction and the recognition

and enforcement of judgements in civil and commercial matters. *In*: BONOMI, Andrea; VOLKEN, Paul. **Yearbook of private international law**, v. 10. Munich; Lausanne: Sellier; Swiss Institute of Comparative Law, 2008. p. 1-17.

QUADROS, Fausto de. **Direito da União Europeia: Direito Constitucional e Administrativo da União Europeia**. 3. reimp. Coimbra: Almedina, 2009. 606 p.

REIMANN, Mathias. Comparative law and private international law. *In*: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 1367.

SACCO, Rodolfo. Le passé, le présent et le futur du droit comparé. *In*: BOELE-WOELKI, Catharina; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. **The Past, Present and Future of Comparative Law - Le passé, le présent et le futur du droit comparé: Ceremony of 15 May 2017 in Honour of 5 Great Comparatists**. Cham, Switzerland: Springer, 2018, p. 103-107

SCHLESSINGER, Rudolf B. **Comparative Law: text, cases, materials**. 4. ed. Mineola, NY: The Foundation Press Inc., 1980.

STONE, Peter. **EU Private International Law**. 2. ed. Cheltenham, UK; Northampton, USA: Edward Elgar, 2011. 562 p.

TULLY, James. **Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. 272 p.

UNIÃO EUROPEIA. **Convenção de Bruxelas de 1968 relativa à Competência Jurisdicional e à Execução de Decisões em matéria civil e comercial**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A41968A0927%2801%29>>. Acesso em: 14 out. 2017.

_____. **Regulamento (CE) n° 44/2001, do Conselho de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2001R0044:20081204:PT:PDF>>. Acesso em: 17 out. 2017.

_____. **Regulamento (UE) n° 1215/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A32012R1215>>. Acesso em: 14 out. 2017.

_____. **Tratado da Comunidade Econômica Europeia.** Disponível em: <
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3Axy0023>>. Acesso em: 14 out. 2017.

_____. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.** Disponível em: <
eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>. Acesso em: 14 out. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. **A divisa da UE.** Disponível em: <
https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/motto_pt>. Acesso em: 29 set. 2019.

ZIMMERMANN, Reinhardt. Comparative Law and the Europeanization of Private Law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhardt. **The Oxford Handbook of Comparative Law.** Oxford: Oxford University Press, 2006. (Livro digital).

O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE: CONTRIBUIÇÕES A PARTIR DO DIREITO COMPARADO

*Anderson Vichinkeski Teixeira**

*Bárbara De Cezaro***

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A Lei 13.467/17, conhecida como “Reforma Trabalhista”, vem sendo objeto de ampla e profunda análise frente aos grandes impactos causados, sobretudo, no que se refere a regulamentação do trabalho intermitente, trazido enquanto uma nova modalidade contratual pela reforma. A modalidade contratual tem sido alvo de críticas e acusações de possibilitar a precarização do emprego, pois, ao formaliza o trabalho que antes da reforma era desenvolvido na plena informalidade, o modo em que o intermitente foi regulamentado legalmente deixa o trabalhador à margem do subemprego.

As reflexões desenvolvidas no presente estudo pretendem realizar uma reflexão crítica acerca da regulamentação do trabalho intermitente como condição de suposta medida urgente para a

* Doutor em Teoria e História do Direito pela *Università degli Studi di Firenze* (IT), com estágio de pesquisa doutoral junto à Faculdade de Filosofia da *Université Paris Descartes-Sorbonne*. Estágio pós-doutoral junto à *Università degli Studi di Firenze*. Mestre em Direito do Estado pela PUC/RS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado/Doutorado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Advogado e consultor jurídico.

** Doutoranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. Bolsista Capes. Advogada. Professora no Programa de Graduação em Direito na Faculdade São Judas Tadeu – Porto Alegre/RS. Professora no Curso de Graduação em Direito na UniRitter – Porto Alegre e Canoas/RS. Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada – URI Santo Ângelo/RS. Especialista em Direito Administrativo. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Direito Constitucional Comparado da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos.

solução do desemprego nos países que o adotam. É por isso que, no presente ensaio, valendo-se da metodologia comparatista, analisar-se-á o modelo de regulamentação do contrato intermitente na perspectiva do direito comparado.

1 O CONTRATO INTERMITENTE NO DIREITO COMPARADO

Como no Brasil, a modalidade de contrato de trabalho intermitente já foi regulamentada em alguns países, a exemplo do Reino Unido, Estados Unidos e Itália, sendo que, em todos os casos de regulamentação desta modalidade contratual, o pano de fundo do cenário de cada país fora a crise econômica e a busca da promoção de emprego objetivando o aumento da competição tanto dentro do mercado interno quanto externo.

No plano das alterações legislativas introduzidas nesta matéria, João Leal Amado registra que, em Portugal (e este fenômeno replica-se de modo global) as alterações das legislações trabalhistas nas últimas décadas objetivam promover a criação de emprego e aumentar a competitividade das empresas, melhorando a produtividade laboral. Para tanto, todas as reformas legislativas se assentam em dois grandes eixos: “o eixo da redução/compreensão dos custos empresariais e o eixo da ampliação das faculdades/poderes patronais de gestão de mão de obra.”¹

É de importante registro a crítica tecida por Amado ao se referir à crise do Direito do Trabalho no mundo, ainda no ano de 2015:

Em traços gerais, dir-se-ia que o “novo” e “reformado” Direito do Trabalho parece, cada vez mais, converter-se numa mercadoria depreciada. No quadro da grave crise orçamental que atravessamos e na verdadeira “economia de casino” em que vivemos, o legislador parece actuar, em relação ao Direito do Trabalho, utilizando uma estratégia simples: vende-o quase que ao desbarato,

¹ AMADO, João Leal. Perspectivas do Direito do Trabalho: em ramo em crise identitária?. **Revista do Tribunal Regional da 15ª Região**. n. 47, 2015, p. 187. Disponível em:<https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/100764/2015_amado_joao_perspectivas_direito.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 22 jul. 2019.

em ordem a tentar atrair clientes, em ordem a acalmar os “mercados”, em ordem a cativar os investidores, isto é, o capital. Trata-se de um fenómeno bem conhecido, inerente ao processo de globalização capitalista que marca o nosso tempo e que, em países como Portugal, está a ser acirrado pela crise: concorrência entre trabalhadores à escala universal, ênfase na competitividade das empresas, deslocalizações transnacionais, dumping social... tudo isto e muito mais tem contribuído para gerar o chamado “mercado dos produtos legislativos”, colocando os ordenamentos jurídico-laborais nacionais em concorrência feroz, sob a égide dos mercados financeiros - corrida à desregulamentação social, race to the bottom (não já, note-se, dos trabalhadores, mas sim das legislações laborais) em ordem a garantir a sobrevivência, a qual tende, logicamente, a redundar na proliferação dos “paraísos sociais”... Neste sentido, como alguém observou, a globalização capitalista representou tanto o triunfo das leis do mercado como a consagração do mercado das leis. E, algo ironicamente, a crise dos mercados financeiros só parece ter vindo acentuar esta tendência para o “darwinismo normativo” em matéria laboral.²

Como ponto de partida, a legislação do Reino Unido³, conhecido como *zero-hour contract*, é a legislação de 1996,

² AMADO, João Leal. Perspectivas do Direito do Trabalho: em ramo em crise identitária? **Revista do Tribunal Regional da 15ª Região**. n. 47, 2015, p. 187. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/100764/2015_amado_joao_perspectivas_direito.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 22 jul. 2019.

³ De acordo com o enunciado n. 85 da Segunda Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, o contrato intermitente no Brasil não corresponde ao contrato zero hora britânico, sendo obrigatória a indicação de horas mínimas para prestação de serviço: 85. O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE NO BRASIL NÃO CORRESPONDE AO ZERO-HOURS CONTRACT BRITÂNICO Nos contratos de trabalho intermitente, é obrigatório indicar a quantidade mínima de horas de efetiva prestação de serviços, pois não se admite contrato de trabalho com objeto indeterminado ou sujeito a condição puramente potestativa, consoante artigos 104, II, 166 II e 122 do Código Civil, aplicáveis subsidiariamente à matéria, nos termos do art. 8º, parágrafo único, da CLT. XIX Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - Conamat (2018), **Reforma Trabalhista Enunciados Aprovados (2017)**. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto_RT_Jornada_19_Conamat_site.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2019.

denominada *Employment Rights Act*, que em seu artigo 27 possibilita a realização desta modalidade contratual.

Por meio deste contrato, o empregado não tem garantia de que de fato irá trabalhar, também não será obrigado a realizar o aceite em caso de chamamento pelo empregador, assim como não há na regulamentação normativa, qualquer garantia de horas que efetivamente deverão ser trabalhadas. Todavia, o empregado permanece disponível ao empregador, não sendo vedada a exclusividade. É o que regulamenta o artigo 27 A *Exclusivity terms unenforceable in zero hours contracts*:

27 A – Termos de exclusividade da inexecução em contratos de horas zero (1) Nesta seção, “contrato de horas zero” significa um contrato de trabalho ou contrato de outro trabalhador sob o qual: (a) compromisso de realizar ou executar um trabalho ou serviços é uma empresa que o faz condicionalmente ao empregador que disponibilize trabalho ou serviços ao trabalhador, e (b) não há certeza de que qualquer trabalho ou serviço será disponibilizado ao trabalhador. (2) Para este propósito, um empregador disponibiliza o trabalho ou serviços a um trabalhador se o empregador solicitar ou exigir que o trabalhador faça o trabalho ou realize os serviços. (3) Qualquer provisão de um contrato de horas zero que - (a) proíbe o trabalhador de realizar trabalho ou executar serviços sob outro contrato ou sob qualquer outro acordo, ou (b) proíbe o trabalhador de fazê-lo sem o consentimento do empregador, é inaplicável contra o trabalhador. (4) A subseção (3) deve ser desconsiderada para fins de determinar qualquer questão sobre se um contrato é um contrato de trabalho ou outro contrato de trabalho.⁴ Tradução livre.⁵

⁴ LEGISLATION.GOV.UK. *Employment Rights Act*. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/18>>. Acesso em 22 jul. 2019.

⁵ A legislação ainda regulamenta: 27 B - Poder para fazer provisão adicional em relação aos trabalhadores de horas zero (1) O Secretário de Estado pode, por regulamentos, prever que o objetivo de garantir que os trabalhadores de horário zero, ou qualquer descrição de trabalhadores de horas zero, não sejam restringidos por qualquer disposição ou provisão de seus contratos ou acordos com seus empregadores de fazer qualquer trabalho de outra forma do que sob aqueles contratos ou arranjos. (2) Nesta seção, “zero horas de trabalho” significa (a) empregados ou outros trabalhadores que trabalhem abaixo de zero horas de contrato; (b) pessoas que trabalham em regime de horas zero não contratuais; (c) pessoas que trabalham sob contratos de trabalho de um tipo especificado pelos regulamentos. (3) Os contratos do trabalhador que podem ser especificados em

No ano de 2016, a pesquisa desenvolvida pela *Resolution Foundation* e baseada nos dados do *Office for National Statistics*, publicada pela *BBC News*, revelou o número recorde de 910.000 pessoas nesta modalidade contratual no Reino Unido.⁶ Outro fator que merece destaque é a pesquisa publicada em maio de 2019 pelo jornal *The Guardian* demonstrando que um em cada quatro trabalhadores ganham menos que o “salário real” no norte da Inglaterra, sendo tal fato atrelado a uma década de salários

virtude da subseção (2) (c) são aqueles em relação aos quais o Secretário de Estado considera adequado para a prestação feita pela regulamentação aplicar, tendo em conta, em particular, a prestação pelos contratos do trabalhador quanto a renda, taxa de remuneração ou jornada de trabalho. (4) Nesta seção, “acordo de horas nulas não contratuais” significa um acordo diferente do contrato de um trabalhador ao abrigo do qual: (a) um empregador e um indivíduo concordam com termos em que o indivíduo fará qualquer trabalho em que o empregador o disponibilize para o indivíduo e o indivíduo concorde em fazê-lo, mas (b) o empregador não é obrigado a disponibilizar qualquer trabalho para o indivíduo, nem o indivíduo obrigado a aceitá-lo, e nesta seção “empregador”, em relação a um acordo de horas zero não contratual, deve ser lido de acordo. (5) A provisão que pode ser feita pelos regulamentos sob a subseção (1) inclui provisão para (a) modificando—(i) contratos de zero horas; (ii) acordos de horas zero não contratuais; (iii) contratos de outros trabalhadores; (b) impor sanções financeiras aos empregadores; (c) exigir que os empregadores paguem uma indemnização aos trabalhadores que trabalhem menos de zero horas; d) conferir jurisdição aos tribunais de trabalho; e) conferir direitos aos trabalhadores de horas zero. (6) A disposição que pode ser feita em virtude da subseção (5) (a) pode, em particular, incluir cláusulas de exclusividade em categorias prescritas de contratos de trabalho como inexigíveis, nos casos em que a seção 27A não se aplica. Para este propósito, um termo de exclusividade é qualquer termo em virtude do qual um trabalhador é impedido de realizar qualquer trabalho de forma diferente do contrato do trabalhador. (7) As regulamentações desta seção podem: (a) fazer provisão diferente para diferentes propósitos; (b) fazer provisão sujeita a exceções. (8) Para os fins desta seção – (a) “contrato de zero horas” tem o mesmo significado que na seção 27A; (b) um empregador disponibiliza o trabalho a um indivíduo se o empregador solicitar ou exigir que o indivíduo o faça; (c) as referências ao trabalho e ao trabalho incluem referências a serviços e sua execução. (9) Nada nessa seção deve ser tomado para afetar o contrato de qualquer trabalhador, exceto na medida em que qualquer regulamentação feita sob esta seção expressamente se aplique em razão dela. Tradução livre. LEGISLATION.GOV.UK. **Employment Rights Act.** Disponível em:

<<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/18>>. Acesso em 22 jul. 2019.

⁶ BBC NEWS. *Zero hours contracts reach record levels*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/business-39147135>>. Acesso em 22 jul. 2019.

estagnados e ao aumento dos “contratos zero hora.”⁷

Na contramão do Brasil e dos demais países aqui analisados, em 2016, a Nova Zelândia viu o parlamento aprovar por unanimidade uma legislação que passou a proibir a prática do contrato zero hora, registrando uma vitória do sindicato *Unite* que liderou a acusação de que esta modalidade representava exploração e não flexibilização do trabalho. A *Employment Relations Amendment Act 2016*⁸ estipula a garantia de um número mínimo de horas de trabalho.

A *Employment Relations Amendment Act 2016* - lei da relação de emprego 2016 da Nova Zelândia passou a dispor sobre as horas de trabalho acordadas:

67 C – Hora de trabalho acordadas

(1) As horas de trabalho acordadas por um empregador e um empregado devem ser especificadas da seguinte forma: (a) no caso de um empregado abrangido por um acordo coletivo (i) acordo coletivo e[...] ou (b) No caso de o empregado abrangido opor um contrato individual de trabalho, no caso de trabalho individual de emprego. (2) Na subseção (1), as horas de trabalho incluem qualquer um ou todos os seguintes: (a) o número de horas garantidas de trabalho. (b) os dias da semana em que o trabalho deve ser realizado. (c) os horários de início e término do trabalho. (d) qualquer flexibilidade nas matérias das alíneas b ou c. Tradução livre⁹.

Dispõe ainda no artigo 67 E que o funcionário pode se recusar a realizar determinado trabalho, no artigo 67 G regulamenta o cancelamento de turnos sujeito a compensação ou paga em caso de não notificação de cancelamento ao empregado,

⁷ THE GUARDIAN. *One in four northerners earn less than 'real living wage', says study*. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/uk-news/2019/may/15/one-in-four-northerners-earn-less-than-real-living-wage-says-study>>. Acesso em: 22 jul. 2019.

⁸ THE GUARDIAN. *Zero-hour contracts banned in New Zealand*. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2016/mar/11/zero-hour-contracts-banned-in-new-zealand>>. Acesso em: 22 jul. 2019.

⁹ NEW ZEALAND LEGISLATION. *Employment Relations Amendment Act 2016*. Disponível em: <<http://www.legislation.govt.nz/act/public/2016/0009/latest/DLM6774124.html>>. Acesso em 22 jul. 2019.

restringindo, no artigo 67H, as possibilidades de exclusividade, detalhadas no texto legal.

A lei trabalhista federal dos Estados Unidos, *The Fair Labor Standards Act Of 1938* não traz nenhuma regulamentação sobre o trabalho intermitente no país. Em regra, o acordo para realização de trabalho com a flexibilização de horários acontece por meio de contrato de emprego entre trabalhador e empregado, realizando contratos na escala *just in time*, semelhante ao *zero-hour contract* inglês, visualizado anteriormente (portanto, sem qualquer garantia de quantas horas serão trabalhadas).¹⁰

A regulamentação da modalidade contratual nos Estados Unidos acontece por meio do *just in times schedulling*, onde os trabalhadores podem ter conhecimento da escala de trabalho poucas horas antes do momento de realiza-la.

Trabalhadores desta modalidade registram não ter horas de trabalho suficientes para apresentar suporte familiar. No âmbito estadual a legislação de San Francisco passou a exigir antecedência de duas semanas para apresentação da escala de trabalho ao empregado, sendo obrigatório o pagamento, em caso de cancelamento, com até sete dias de antecedência.¹¹

No setor público é o *Code of Federal Regulations* (5 CFR 340.403) que regulamenta o contrato de trabalho intermitente, estando submetido à regulamentação federal (lei abrange os funcionários públicos federais).

§ 340.403 Emprego intermitente

(a) *Uso apropriado*. Um horário de trabalho intermitente só é apropriado quando a natureza do trabalho é esporádica e imprevisível, de modo que um serviço não pode ser programado com antecedência. Quando uma agência é capaz de agendar o trabalho com antecedência em uma base regular, tem a obrigação de documentar a mudança no horário de trabalho de intermitente

¹⁰ U.S. Department of Labor Wage and Hour Divisio. The Fair Labor Standards Act Of 1938, As Amended. Disponível em: <<https://www.dol.gov/whd/regs/statutes/fairlaborstandact.pdf>>. Acesso em: 22 jul.2019.

¹¹ SWIPECLOCK. **San Francisco's Workers Bill of Rights Shows Results After 1 Year**. Disponível em: < <https://www3.swipeclock.com/blog/san-franciscos-workers-bill-of-rights-shows-results-after-1-year/>>. Acesso em: 22 jul. 2019.

para meio período ou período integral para garantir crédito de serviço adequado.¹²

Em 2015 um estudo¹³ sobre a prática de agendamento no setor de serviços de Washington foi divulgado com a conclusão de que as horas imprevisíveis de trabalho impactam negativamente na vida dos funcionários e de suas famílias.

O relatório divulgado se baseou em uma pesquisa com 436 respondentes do setor de varejo e restaurantes *food service*, demonstrando que as práticas de agendamento *just-in-time* em que o funcionário é solicitado para entrar e sair, fazem com que a alta variação gere dificuldade na organização da vida social do trabalhador, como a busca por educação, emprego e organização familiar. Ainda, de acordo como jornal *New York Times*¹⁴, no mesmo ano, a maioria das pessoas defendeu que lojas e restaurantes de *fast-food* deveriam informar os trabalhadores sobre o agendamento de mudanças com duas semanas de antecedência ou compensá-los com pagamento, caso não avisem trabalhadores dentro deste prazo.

Ao contrário das experiências legislativas evidenciadas até o momento, Alemanha, Portugal e Itália também regulamentaram contratos muito semelhantes a modalidade contratual do intermitente, porém, em tais países serão apresentados mecanismos legislativos que objetivam impedir a precarização neste tipo de relações trabalhistas.

A Alemanha, já no ano de 1985, regulamentou uma figura

¹² LEGAL INFORMATION INSTITUTE – US LAW. **5 CFR § 340.403 – Intermittent employment.** Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/5/340.403>. Acesso em: 22. jul. 2019.

¹³ JOBS WITH JUSTICE. Disponível em: <<https://www.jwj.org/dc-companies-just-in-time-scheduling-practices-limit-employees-ability-to-thrive>> . Acesso em 22 jul. 2019.

¹⁴ THE NEW YORK TIMES. **Inequality Troubles Americans Across Party Lines, Times/CBS Poll Finds.** Disponível em: <https://translate.googleusercontent.com/translate_c?depth=1&hl=pt-BR&prev=search&rurl=translate.google.com&sl=en&sp=nmt4&u=https://www.nytimes.com/2015/06/04/business/inequality-a-major-issue-for-americans-times-cbs-poll-finds.html%3F_r%3D0&xid=17259,15700023,15700186,15700190,15700256,1570259,15700262,15700265&usg=ALkJrhg3k50rxcl42SJFqu4XzQ74ePeO2g>. Acesso em 22 jul. 2019.

legislativa semelhante ao contrato intermitente – *Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge* – prevendo a obrigação de fixação de número de horas diárias e semanais em que o trabalhador irá laborar e atender as necessidades do trabalho, sob pena de, se não especificada a jornada semanal, ser presumida a convocação de no mínimo vinte horas semanais e, no caso de não especificar a jornada diária, deverá ser pelo menos três horas consecutivas de trabalho, conforme preconiza o § 12¹⁵. Porém, por

¹⁵ É a tradução do § 12 da *Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge* - Lei do trabalho a tempor parcial e trabalho a termo: “§ 12 trabalhos de plantão (1) Empregador e empregado podem concordar que o empregado deve executar seu trabalho de acordo com a carga de trabalho (trabalho de plantão). O acordo deve especificar uma duração específica das horas de trabalho semanais e diárias. Se a duração do horário de trabalho semanal não for fixa, um tempo de trabalho de 20 horas é acordado. Se a duração do horário de trabalho diário não for fixa, o empregador deve usar o trabalho do empregado por pelo menos três horas consecutivas. (2) Se tiver sido acordado um tempo de trabalho mínimo para a duração das horas semanais de trabalho, de acordo com a subseção (1) frase 2, o empregador só pode chamar além de 25% do tempo de trabalho semanal. Se um horário de trabalho máximo tiver sido acordado para a duração das horas semanais de trabalho de acordo com a subseção (1) sentença 2, o empregador pode solicitar apenas menos de 20% do tempo de trabalho semanal. (3) O trabalhador é obrigado a trabalhar apenas se o empregador o informar da situação do seu horário de trabalho com pelo menos quatro dias de antecedência. (4) Para o cálculo do subsídio continuado, o tempo de trabalho regular relevante na aceção do § 4 (1) da Lei Alemã sobre Continuação de Pagamento é o tempo médio de trabalho dos últimos três meses antes do início da incapacidade para o trabalho (período de referência). Se a relação de trabalho não existir há três meses no início da incapacidade para o trabalho, o cálculo do pedido de continuação de remuneração deve basear-se no tempo de trabalho médio desse período mais curto. Tempos de trabalho de curta duração, ausência involuntária do trabalho, ausência do trabalho e férias no período de referência não são considerados. Para o trabalhador, os regulamentos mais favoráveis para o cálculo do pagamento continuado em caso de doença se aplicam. (5) O no 4 aplica-se, com as devidas adaptações, ao cálculo do pagamento das taxas nos feriados, nos termos do no 1 do artigo 2.o da Lei relativa à continuação do pagamento. (6) Uma convenção coletiva pode derogar os n.ºs 1 e 3 em detrimento do trabalhador se a convenção coletiva estabelecer regras sobre as horas de trabalho diárias e semanais e sobre o período de aviso prévio. No âmbito de tal acordo coletivo, os empregadores e empregados não-coletivos podem concordar com a aplicação de acordos coletivos sobre trabalho por encomenda.”. Tradução livre. ALEMANHA. *Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge*. Disponível em: <[https:// www.gesetze-im-internet.de/tzbfge/](https://www.gesetze-im-internet.de/tzbfge/)>. Acesso em: 23 jul. 2019.

meio de convenção coletiva a legislação alemã permite que o mínimo de horas diárias e semanais estabelecido em lei possa ser alterado. Quanto ao prazo para a notificação do trabalho, a lei exige obrigação de prestação de trabalho apenas se o empregador informar o horário de trabalho com pelo menos quatro dias de antecedência.

Já em Portugal, o Código do Trabalho, na subsecção III estabelece o contrato de trabalho intermitente, por meio da Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, que aprovou a revisão do Código do Trabalho Português.

A legislação trabalhista portuguesa admite o trabalho na modalidade intermitente desde que não celebrado a termo resolutivo ou em regime de trabalho temporário e ainda, conforme leitura do artigo 157^{o16}, a modalidade de trabalho será admitida para atividades com intensidade variável ou para atividades descontínuas, sendo facultado entre as partes dispor sobre a prestação de trabalho intercalada ou por mais períodos de inatividade.

Na legislação portuguesa, para a celebração contratual do intermitente, há a imposição quanto a forma e conteúdo, devendo ser realizado por escrito, contendo identificação do número anual de horas de trabalho ou pelo menos, o número anual de dias de trabalho a tempo completo, consoante figura do artigo 158^{o17}. Prescreve ainda

¹⁶ “Artigo 157.º Admissibilidade de trabalho intermitente 1 - Em empresa que exerça atividade com descontinuidade ou intensidade variável, as partes podem acordar que a prestação de trabalho seja intercalada por um ou mais períodos de inatividade. 2 - O contrato de trabalho intermitente não pode ser celebrado a termo resolutivo ou em regime de trabalho temporário.” PORTUGAL. **Código do Trabalho Português**. Disponível em: <<http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT20032018.pdf>>. Acesso em 23 jul. 2019.

¹⁷ “Artigo 158.º Forma e conteúdo de contrato de trabalho intermitente 1 – O contrato de trabalho intermitente está sujeito a forma escrita e deve conter: a) Identificação, assinaturas e domicílio ou sede das partes; b) Indicação do número anual de horas de trabalho, ou do número anual de dias de trabalho a tempo completo. 2 – Quando não tenha sido observada a forma escrita, ou na falta da indicação referida na alínea b) do número anterior, considera-se o contrato celebrado sem período de inatividade. 3 - O contrato considera-se celebrado pelo número anual de horas resultante do disposto no n.º 2 do artigo seguinte, caso o número anual de horas de trabalho ou o número anual de dias de trabalho a tempo completo seja inferior a esse limite.” PORTUGAL. **Código do Trabalho Português**. Disponível em: <<http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT20032018.pdf>>. Acesso em 23 jul. 2019.

que, em caso de inobservância da formalidade escrita, o contrato será considerado como se celebrado sem o período de inatividade.

No tocante à duração de trabalho¹⁸, é livre a estipulação da prestação de trabalho, porém a prestação de trabalho referida não pode ser inferior dentro do ano, dos quais pelo menos quatro deverão ser consecutivos. No mesmo título legal, exige-se um período nunca inferior a 20 dias de antecedência da prestação laboral para a notificação do empregado, ficando livre o empregador para determinar quando será a prestação do serviço.

A legislação trabalhista portuguesa ainda prevê à esta modalidade contratual uma garantia de pagamento que perfaz a remuneração de 20% do valor base a ser paga pelo empregador nos períodos de inatividade, caso outro valor não tenha sido definido em regulamentação coletiva.¹⁹ Observe-se, também, que a regulamentação desta modalidade no direito português, se trazida/aproximada à legislação trabalhista brasileira, poderia sanar muitas das lacunas ou até mesmo, inconstitucionalidades na regulamentação pátria.

Na Itália, foi no ano de 2003 que o trabalho intermitente foi regulamentado por meio do Decreto Legislativo n. 276/2003 (atualmente regulamentado pelo Decreto Legislativo 81/2015). O trabalho intermitente possibilita este tipo de contratação por meio da

¹⁸ “Artigo 159.º Período de prestação de trabalho 1 – As partes estabelecem a duração da prestação de trabalho, de modo consecutivo ou interpolado, bem como o início e termo de cada período de trabalho, ou a antecedência com que o empregador deve informar o trabalhador do início daquele. 2 – A prestação de trabalho referida no número anterior não pode ser inferior a seis meses a tempo completo, por ano, dos quais pelo menos quatro meses devem ser consecutivos. 3 – A antecedência a que se refere o n.º 1 não deve ser inferior a 20 dias. 4 – Constitui contra ordenação grave a violação do disposto no número anterior.” PORTUGAL. **Código do Trabalho Português**. Disponível em: <<http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT20032018.pdf>>. Acesso em 23 jul. 2019.

¹⁹ “Artigo 160.º Direitos do trabalhador 1 – Durante o período de inatividade, o trabalhador tem direito a compensação retributiva em valor estabelecido em instrumento de regulamentação coletiva de trabalho ou, na sua falta, de 20 % da retribuição base, a pagar pelo empregador com periodicidade igual à da retribuição.” PORTUGAL. **Código do Trabalho Português**. Disponível em: <<http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT20032018.pdf>>. Acesso em 23 jul. 2019.

realização de negociação coletiva (sendo a regra) e em não havendo seguirá a regulamentação do Ministério do Trabalho.²⁰

A legislação italiana estabelece que o contrato de trabalho intermitente será permitido por no máximo quatrocentos dias a cada três anos para o mesmo tomado, e, em ultrapassando o prazo possibilitado legalmente, o contrato se transformará na modalidade de contrato por prazo indeterminado.²¹ Ainda, se possibilita a inclusão de cláusula contratual capaz de obrigar o empregado a atender ao chamado do empregador, porém, mediante o pagamento de compensação pecuniária ao empregado pelo tempo que encontra-se à disposição daquele²², uma espécie de subsídio por permanecer à

²⁰ O decreto Legislativo 81/ 2015 define contrato intermitente italiano como sendo: “Art. 13. Definição e casos de recurso a trabalho intermitente 1. O contrato de trabalho intermitente é o contrato, mesmo no tempo determinado, pelo qual um trabalhador se coloca à disposição de um empregador que pode usar o desempenho do trabalho de uma forma descontínua ou intermitente de acordo com as necessidades identificadas pelos contratos coletiva, também com referência à possibilidade de realizar os serviços em períodos predeterminados durante a semana, mês ou ano. Em falta de acordo coletivo, os casos de uso de trabalho intermitente são identificados por decreto do Ministro do Trabalho e Políticas Sociais.” Tradução Livre. ITÁLIA. D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81. Disponível em:<https://www.cliclavoro.gov.it/Normative/Decreto_Legislativo_15_giugno_2015_n.81.pdf>. Acesso em 23 jul. 2019.

²¹ ITÁLIA. D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81: Artigo 13, 3. “Em qualquer caso, com exceção dos setores de turismo, empresas públicas e de show, o contrato de trabalho intermitente é permitido, para cada trabalhador com o mesmo empregador, por um período não superior a quatrocentos dias de trabalho real ao longo de três anos civis. Se o período acima mencionado for excedido, a relação relativa será transformada em relação de trabalho permanente a tempo indeterminado. “Tradução livre. ITÁLIA. D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81: Artigo 13, 3 Disponível em:<https://www.cliclavoro.gov.it/Normative/Decreto_Legislativo_15_giugno_2015_n.81.pdf>. Acesso em 23 jul. 2019.

²² “Art. 16. Subsídio de disponibilidade 1. A medida do subsídio mensal de disponibilidade, divisível em quotas horárias, é determinado por acordos coletivos e não é, em qualquer caso, inferior ao montante fixado por decreto do Ministro do Trabalho e Políticas Sociais, depois de ouvida a associações sindicais comparativamente mais representativas sobre o plano Nacional. [...] 4. Em caso de doença ou outro acontecimento que o torne temporariamente a chamada não pode ser atendida, o trabalhador deve informá-los prontamente o empregador, especificando a duração do impedimento, durante o qual o direito à compensação de disponibilidade não é acumulado. Onde não prever o cumprimento do período anterior, o trabalhador perde o direito à indenização por um período de quinze dias, salvo disposição em contrário do contrato individual. 5. A recusa injustificada de

disposição deste mesmo empregador.

A lei italiana regulamenta, diferentemente das legislações até então analisadas, o estabelecimento de idade mínima de 25 anos ou mais de 55 anos²³ para poder ser contratado como trabalhador intermitente. Quanto à formalidade, o artigo 15²⁴ dispõe que o contrato intermitente italiano deve ser estipulado por escrito, sendo que as notificações de chamadas do trabalhador pelo empregador não poderão ser de menos de um dia de trabalho.

Por fim, no caso do direito francês o *Code du travail* regulamenta em capítulo específico o trabalho intermitente com as alterações trazidas pela Lei 1.088 de 08 de agosto de 2016.

Quanto à constituição da modalidade contratual, o artigo L 3123-33 estabelece que os contratos de trabalho intermitentes podem ser estabelecidos por meio de negociação (por acordo, ou um acordo de estabelecimento, ou, na falta destes, por acordo ampliado que

responder ao convite pode constituir uma razão para demissão e implica a devolução do subsídio disponibilidade refere-se ao período após a recusa.” Tradução livre. ITÁLIA. D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81: Artigo 16. Disponível em:<https://www.cliclavoro.gov.it/Normative/Decreto_Legislativo_15_giugno_2015_n.81.pdf>. Acesso em 23 jul. 2019.

²³ ITÁLIA. D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81: Artigo 13, 2 Disponível em:<https://www.cliclavoro.gov.it/Normative/Decreto_Legislativo_15_giugno_2015_n.81.pdf>. Acesso em 23 jul. 2019.

²⁴ “Art. 15. Forma e comunicação 1. O contrato de trabalho intermitente é estipulado por escrito para efeitos de prova do seguinte: a) duração e hipóteses, objetivas ou subjetivas, que permitam a estipulação do contrato nos termos do artigo 13.º; b) local e método de disponibilidade, possivelmente garantido pelo trabalhador, e a relativa notificação de chamada do trabalhador, que não pode ser menos de um dia de trabalho; c) tratamento econômico e regulatório devido ao trabalhador para o desempenho realizado e disponibilidade de disponibilidade relativa, quando aplicável; d) formas e métodos, com os quais o empregador tem o direito de solicitar execução do desempenho do trabalho, bem como os métodos de registro do desempenho; e) prazos e modalidades de pagamento de remuneração e indenização de disponibilidade; f) Medidas de segurança necessárias em relação ao tipo de atividade deduzida no contrato. 2. Sem prejuízo das disposições mais favoráveis das convenções coletivas, o empregador de trabalho é necessário informar os representantes sindicais numa base anual de representantes da empresa ou a representação sindical unitária sobre o andamento do apelo ao contrato de trabalho intermitente.” ITÁLIA. D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81: Artigo 15. Disponível em:<https://www.cliclavoro.gov.it/Normative/Decreto_Legislativo_15_giugno_2015_n.81.pdf>. Acesso em 23 jul. 2019.

preveja).²⁵ A exceção de acordo ou convenção coletiva para celebração do contrato intermitente se dá ao trabalhador portador de deficiência.²⁶

O código do trabalho francês determina que o contrato deve ser escrito e com duração indeterminada, indicando o período mínimo anual de trabalho a ser realizado pelo empregado e, em caso de as horas de trabalho anuais excederem o que fora pré-acordado na duração mínima anual, o seu limite será um terço desta duração.²⁷ Ao trabalhador intermitente é assegurado isonomia dos direitos concedidos ao empregado em jornada de trabalho integral.

²⁵ Artigo L3123-33 Modificado pela Lei n ° 2016-1088 de 08 de agosto de 2016 - art. 8 (v). Os contratos de trabalho intermitentes podem ser celebrados em empresas abrangidas por um acordo ou por uma empresa ou um acordo de estabelecimento ou, na sua falta, por um acordo ou uma convenção alargada que o preveja. Tradução livre. FRANÇA. *Code du travail*. Disponível em:<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=22B988774A2CADE78266B365EB08B5F1.tplgfr36s_3?idSectionTA=LEGISCTA000033005737&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20190731>. Acesso em 24 jul. 2019.

²⁶ Artigo L3123-37 Modificado pela Lei n ° 2016-1088 de 08 de agosto de 2016 - art. 8 (v). As empresas adaptadas mencionadas no artigo L. 5213-13 podem celebrar um contrato de trabalho intermitente mesmo na ausência de acordo coletivo de trabalho ou acordo, desde que este contrato seja celebrado com um trabalhador com deficiência que seja o beneficiário do contrato. Obrigação de emprego na aceção do artigo L. 5212-13. FRANÇA. *Code du travail*. Disponível em:<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=22B988774A2CADE78266B365EB08B5F1.tplgfr36s_3?idSectionTA=LEGISCTA000033005737&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20190731>. Acesso em 24 jul. 2019.

²⁷ Artigo L3123-34 Modificado pela Lei n ° 2016-1088 de 08 de agosto de 2016 - art. 8 (v). O contrato de trabalho intermitente é um contrato de duração indeterminada. Pode concluir-se para preencher um trabalho permanente que, por natureza, envolve alternância de períodos trabalhados e períodos não trabalhados. Este contrato está escrito. Ele menciona em particular: 1° a qualificação do empregado; 2° Elementos da remuneração; 3 O período mínimo anual de trabalho do empregado; 4° Períodos de trabalho; 5° A distribuição de horas de trabalho dentro desses períodos. Artigo L3123-35 Modificado pela Lei n ° 2016-1088 de 08 de agosto de 2016 – art. 8 (v). As horas que excederem a duração mínima anual fixada no contrato de trabalho intermitente não poderão exceder um terço dessa duração, a menos que o funcionário concorde. FRANÇA. *Code du travail*. Disponível em:<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=22B988774A2CADE78266B365EB08B5F1.tplgfr36s_3?idSectionTA=LEGISCTA000033005737&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20190731>. Acesso em 24 jul. 2019.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O contrato de trabalho intermitente entrou em vigor no Brasil por meio da aprovação da Lei n. 13. 467/17, conhecida como “reforma trabalhista” justamente por inserir grandes mudanças no ordenamento jurídico trabalhista brasileiro. Como verificado no breve estudo acima, essa nova modalidade contratual já existe em diversos países e possui uma forte tendência à precarização do trabalho humano ao flexibilizar os períodos de inatividade não considerados como tempo à disposição do empregador. Ainda, é questionável, no caso brasileiro, se tal modalidade contratual não fere direitos garantidos constitucionalmente como a garantia de salário mínimo, a jornada de trabalho, a contribuição previdenciária e a regulamentação das férias.

Conforme analisado no estudo desenvolvido, pode-se verificar que a regulamentação do trabalho intermitente, por meio dos artigos 443, § 3º e 452-A na Consolidação das Leis do Trabalho se aproxima da experiência jurídica de países que regulamentaram o trabalho intermitente, como Inglaterra e Estados Unidos.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge.** Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/tzbfgr/>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

AMADO, João Leal. Perspectivas do Direito do Trabalho: em ramo em crise identitária?. **Revista do Tribunal Regional da 15ª Região.** n. 47, 2015, p. 187. Disponível em:<https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/100764/2015_amado_joao_perspectivas_direito.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 22 jul. 2019.

BBC NEWS. **Zero hours contracts reach record levels.** Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/business-39147135>>. Acesso em 22 jul. 2019.

FRANÇA. **Code du travail.** Disponível em:<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=22B988774A2CADE78266B365EB08B5F1.tplgfr36s_3?idSectionTA=LEGISCTA000033005737&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20190731>. Acesso em 24 jul. 2019.

ITÁLIA. **D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81.** Disponível em:<https://www.cliclavoro.gov.it/Normative/Decreto_Legislativo_15_giug>

no_2015_n.81.pdf>. Acesso em 23 jul. 2019.

JOBS WITH JUSTICE. Disponível em: <<https://www.jwj.org/dc-companies-just-in-time-scheduling-practices-limit-employees-ability-to-thrive>> . Acesso em 22 jul. 2019.

LEGAL INFORMATION INSTITUTE – US LAW. 5 CFR § 340.403 – Intermittent employment. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/5/340.403>. Acesso em: 22. jul. 2019.

LEGISLATION.GOV.UK. Employment Rights Act. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/18>>. Acesso em 22 jul. 2019.

NEW ZEALAND LEGISLATION. Employment Relations Amendment Act 2016. Disponível em: <<http://www.legislation.govt.nz/act/public/2016/0009/latest/DLM6774124.html>>. Acesso em 22 jul. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Trabalho Decente. Disponível em: <<https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-decente/lang--pt/index.htm>>. Acesso em: 17 jul. 2019.

PORTUGAL. Código do Trabalho Português. Disponível em: <<http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT20032018.pdf>>. Acesso em 23 jul. 2019.

SWIPECLOCK. San Francisco's Workers Bill of Rights Shows Results After 1 Year. Disponível em: <<https://www3.swipeclock.com/blog/san-franciscos-workers-bill-of-rights-shows-results-after-1-year/>>. Acesso em: 22 jul. 2019.

THE GUARDIAN. One in four northerners earn less than 'real living wage', says study. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/uk-news/2019/may/15/one-in-four-northerners-earn-less-than-real-living-wage-says-study>>. Acesso em: 22 jul. 2019.

THE GUARDIAN. Zero-hour contracts banned in New Zealand. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2016/mar/11/zero-hour-contracts-banned-in-new-zealand>>. Acesso em: 22 jul. 2019.

THE NEW YORK TIMES. Inequality Troubles Americans Across Party Lines, Times/CBS Poll Finds. Disponível em: <https://translate.googleusercontent.com/translate_c?depth=1&hl=pt-BR&prev=search&rurl=translate.google.com&sl=en&sp=nmt4&u=https://www.nytimes.com/2015/06/04/business/inequality-a-major-issue-for-americans-times-cbs-poll-finds.html%3F_r%3D0&xid=17259,15700023,15700186,15700190,15700256,15700259,15700262,15700265&usg=ALkJrhg3k50rxc142SJFqu4XzQ74ePeO2g>. Acesso em 22 jul. 2019.

A CONTRAPOSIÇÃO ADVERSARIAL-INQUISITORIAL FOI SUPERADA?*

Rafael Wobeto Pinter**

INTRODUÇÃO

Em ensaio¹ publicado originalmente em 2001² com o título *Il processo civile di civil law e di common law: aspetti fondamentali*³, Michele Taruffo defende que a contraposição entre processo *adversarial*, compreendido como típico dos ordenamentos de

* Ensaio originalmente publicado em *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, v. 7, pp. 53-96.

** Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, na área de concentração "Fundamentos da Experiência Jurídica", sob a orientação do Professor Doutor Danilo Knijnik. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito pela UFRGS. Pesquisador do Grupo de Pesquisa UFRGS-CNPq "Processo e Argumento", coordenado pelo Professor Doutor Eduardo Scarparo. Advogado.

¹ O presente ensaio foi escrito no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, especificamente na disciplina *O Novo Processo Civil Brasileiro*, ministrada pelo Professor Daniel Mitidiero no primeiro semestre de 2017. Pelas sugestões de fontes e impressões sobre o ensaio, o autor agradece aos Professores Danilo Knijnik, Daniel Mitidiero e Sérgio Mattos.

² TARUFFO, Michele. Il processo civile di "civil law" e di "common law": aspetti fondamentali. *Il Foro Italiano*, v. 124, n. 11, nov. 2001, pp. 345-360.

³ Traduzido para o português por Daniel Mitidiero sob o título "Aspectos fundamentais do processo civil de *civil law* e de *common law*" (TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado*: ensaios. Apresentação, organização e tradução: Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013). Os ensaios reunidos sob o título *Processo civil comparado - Ensaios* serviram de base às conferências e ao minicurso realizados pelo Professor Michele Taruffo entre os anos de 2011 e 2012 na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Uma tradução do texto de Michele Taruffo também foi feita por José Carlos Barbosa Moreira, v. TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de Civil Law e de Common Law. Tradução: José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, v. 110, abr-jun. 2003, pp. 141-158.

common law derivados do direito inglês, e processo *inquisitorial*, que se entende típico dos sistemas de *civil law* derivados do direito romano-germânico, está seguramente superada e é substancialmente inútil como instrumento de análise⁴.

Para Taruffo, de um lado, é possível observar que os processos de *common law* foram frequentemente inquisitoriais, além de serem “numerosos os tipos de procedimento que não se desenvolvem segundo o tradicional modelo adversarial e são, pelo contrário, caracterizados pela presença ativa do juiz”⁵. Por outro lado, o autor destaca que os processos civis de *civil law* não são inquisitoriais no sentido estrito do termo. Para tanto, ele observa que atualmente, por força das garantias constitucionais e dos princípios fundamentais, o contraditório é usualmente assegurado em medida mais do que satisfatória. Desse modo, “[s]e inquisitório significa, segundo a acepção historicamente fundada, que as partes não podem defender-se, então não existem na *civil law* processos que podem ser propriamente qualificados como inquisitorial”⁶. Se, em vez disso, sustenta Taruffo, com o termo *inquisitorial* se quer aludir a modelos de processo em que o juiz desenvolve um papel ativo na direção e na gestão do procedimento e tem poderes autônomos de iniciativa probatória, a contraposição muda de sentido, mas segue infundada.

Em suma, Taruffo defende em seu ensaio que muitas mudanças ocorreram em diversos ordenamentos jurídicos, o que não implica qualquer convalidação da contraposição entre os modelos *adversarial* e *inquisitorial*. Demonstra, sobretudo, que tais categorias estão envelhecidas e não servem para assinalar os aspectos mais relevantes dos sistemas processuais atuais.

Entretanto, a despeito das observações de Michele Taruffo, os sistemas *inquisitorial* e *adversarial* são amplamente adotados na literatura nacional⁷ e estrangeira⁸ para tratar das diferenças entre os

⁴ TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado*: ensaios. Apresentação, organização e tradução: Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 16.

⁵ TARUFFO, op. cit., p. 16-17.

⁶ TARUFFO, op. cit., p. 17.

⁷ V. g., por todos, DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, v. 198, ago. 2011, pp. 213-225; GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no Processo Penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 27, jul-set, 1999,

processos dos países de tradição de *civil law* e de *common law*, respectivamente, fornecendo uma verdadeira base para a análise do direito comparado.

Dessa forma, tendo em vista o amplo uso da contraposição *adversarial-inquisitorial*, não parece de todo equivocado partir-se da premissa, a ser confirmada ou refutada ao final do presente ensaio, segundo a qual os modelos processuais *adversarial* e *inquisitorial* fornecem uma lente através da qual se pode compreender os processos dos países de tradição de *civil law* e de *common law*, ainda que sem captar com perfeição as nuances existentes em todas as diversas jurisdições.

Para analisar a (in)sustentabilidade dos chamados modelos tradicionais de processo, examinar-se-á os *cinco aspectos* mencionados por Taruffo para demonstrar a superação da contraposição *adversarial-inquisitorial*. Assim, no tópico 3 do presente ensaio, são abordados os *dois aspectos* importantes das famílias de *civil law* que indicam a impossibilidade de se discutir sobre a existência de um modelo de processo tradicional de *civil law*. No tópico 2, por seu turno, são estudados os *três aspectos* importantes das famílias de *common law* a conformar que tal sistema está perdendo suas conotações tradicionais e está adquirindo novas. Por certo, em termos metodológicos, mantém-se fiel ao método de comparação entre os sistemas processuais empregados por Michele

pp. 71-79; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A flexibilização do procedimento processual no âmbito da *common law*. *Revista de Processo*, v. 163, set. 2008, pp. 161-178; CUNHA, Marcelo Garcia da. Notas comparativas entre o sistema adversarial norte-americano e o sistema inquisitorial: qual sistema está mais direcionado a fazer justiça?. *Revista de Processo*, v. 249, nov. 2015, pp. 451-468.

⁸ V. g., por todos, CHASE, Oscar G. ET AL. *Law, culture, and ritual: disputing systems in cross-cultural context*. New York: New York University Press, 2005; SUBRIN, Stephen; WOO, Margaret. *Litigatin in America: civil procedure in context*. 1. ed. New York: Aspen Publishers, 2006; CHASE, Oscar G. ET AL. *Civil litigation in comparative context*. City: Thomson West, 2007; LANGER, Máximo. La dicotomia acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (Eds.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001, p. 102-114; JOLOWICZ, J. A. Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 52, n. 2, Apr. 2003, pp. 281-295; JOLOWICZ, J. A. *On civil procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 175 et seq.

Taruffo. Com efeito, atenta-se para o “efetivo funcionamento dos sistemas e dos institutos, das escolhas de política do direito pressupostas, da orientação da praxe e dos princípios gerais que fundam a validade e a efetividade dos ordenamentos confrontados”⁹. Em síntese, como se verá, a análise vai muito além do confrontamento de disposições legais. Longe disso. São poucas as afirmações reconduzidas simplesmente a proposições normativas.

1 *ADVERSARIAL SYSTEM*

Relativamente aos ordenamentos de *common law*, Michele Taruffo aponta, em seu ensaio, três aspectos a indicar que o *adversarial system* está perdendo suas principais conotações. Em primeiro lugar, o autor observa que a figura do juiz como árbitro passivo no modelo *adversarial* tradicional de processo foi substituída quase completamente por um papel de organização e gestão ativa do desenvolvimento do processo, destacando que “o juiz pode desempenhar também um poder marcadamente ativo no plano das iniciativas probatórias”¹⁰. Em segundo lugar, escreve que o processo de *common law* não pode ser mais descrito conforme o esquema bifásico de *pretrial* e *trial*, na medida em que a grande maioria dos casos não passa do *pretrial*, encerrando-se durante uma fase “na qual ambas as partes [...] clarificam os termos da controvérsia, adquirem mediante a *discovery* as informações sobre as respectivas defesas e sobre as provas que poderiam ser empregadas [...] e transigem ou se servem de outros meios para rápida resolução da controvérsia”¹¹. Por fim, em terceiro lugar, sustenta que é impróprio considerar o *trial by jury* como elemento fundamental do modelo de processo civil dos países de *common law*, em especial se se constatar o desaparecimento do júri na Inglaterra e a sua presença irrelevante nos Estados Unidos.

Sem pretender exaurir a matéria, algumas questões, todavia, merecem ser pontuadas, tendo por foco da análise o direito norteamericano.

⁹ TARUFFO, op. cit., p. 14.

¹⁰ TARUFFO, op. cit., p. 20.

¹¹ TARUFFO, op. cit., p. 22.

1.1 Os poderes instrutórios do juiz de *Common Law*

De fato, nos países de *common law* “[o] juiz do *trial* não é um mero árbitro ou moderador passivo”¹²¹³, podendo adotar um papel mais proativo¹⁴ para a obtenção da verdade e a administração da Justiça¹⁵. Contudo, tal postura deve ser vista sob os olhos do modelo *adversarial*, já que “sob o sistema *adversarial* Anglo-americano, os advogados das partes têm a responsabilidade principal de encontrar, selecionar e apresentar a prova”¹⁶. Caso contrário, a intervenção excessiva do juiz pode tornar-se fundamento para apelações exatamente por prejudicar o *adversarial system*, em especial quando interferem no desenvolvimento do caso pelo advogado do réu ou no impacto da *cross-examination* a ser feita pela defesa¹⁷.

Além disso, é comum o entendimento – inclusive manifestado por Michele Taruffo em coautoria com Geoffrey Hazzard Jr. no ano de 1993 – de que “os juízes de *common law* têm iniciativa probatória mas raramente a exercem”¹⁸, ou, em termos mais precisos, exercem de maneira tímida, sobretudo para esclarecer algum ponto contido no testemunho ou para elucidar fatos

¹² BROUN, Kenneth S. ET AL. *McCormick on Evidence*. 7. ed. St. Paul: West Publishing, 2013, p. 20.

¹³ Para que o corpo de texto não fique excessivamente poluído com indicações de “tradução livre”, exigência constante das normas técnicas de publicação brasileiras quando for o caso, todas as citações que se referirem a obras publicadas em língua estrangeira (ver lista de referências ao final), mas que constarem no texto em português, são de tradução do próprio autor (salvo indicação em contrário).

¹⁴ EMSON, Raymond. *Evidence*. 3. ed. New York: Palgrave Macmillan, 2004, p. 523.

¹⁵ BROUN ET AL, op. cit., p. 20.

¹⁶ *Ibid.*, p. 20.

¹⁷ EMSON, op. cit., p. 524. Raymond Emson cita diversos precedents a respeito das intervenções excessivas feitas pelo juiz, dentre eles: *R v. Matthews* (1983) 78 Cr App R 23 (CA); *R v. Hardwick* [2002] EWCA Crim 2379; *R v. Mitchell* [2003] EWCA Crim 907; *R v. Frixou* [1998] Crim LR 352 (CA).

¹⁸ HAZZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure: An Introduction*. New Haven and London: Yale University Press, 1993, p. 86. Mais recentemente, v. TARUFFO, Michele. Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. Tradução: Hermes Zaneti Junior. *Revista de Processo*, v. 181, mar. 2010, pp. 167-172.

necessários omitidos pelas partes¹⁹.

O uso dos poderes instrutórios já previstos originalmente na *Rule 614* e na *Rule 706* das *Federal Rules of Evidence* estadunidenses promulgadas em 2 de janeiro de 1975 pela *Public Law No. 93-595 88 Stat. 1929*²⁰ se intensificou após os precedentes *Daubert v. Merrell Dow Pharm, Inc.*²¹ e *General Electric Co. v. Joiner*²², em especial com a sugestão dada pelo Justice Breyer, no julgamento do segundo caso, para que os juízes inquiram o potencial *expert*, nomeiem um perito independente para assistir a Corte e utilizem *pretrial conferences* adicionais se necessário.

Entretanto, diversos estudos recentes apontam que os juízes ainda se mostram relutantes no que diz respeito ao uso das técnicas previstas na *Rule 614* e, sobretudo, na *Rule 706*, cabendo mencionar o fato de que “[a] grande maioria dos juízes (77%) entrevistados acreditava que preocupações quanto à interferência sobre as normas *adversarias* explicam a relutância judicial em nomear *experts* conforme a *Rule 706*”²³. Exatamente por isso Andrew Jurs aponta que a manutenção da *Rule 706* nos mesmos termos implicará em sua não utilização devido à preocupação dos juízes com as *adversarial norms*²⁴. Apesar das atrações teóricas, explica Edward Cheng, a nomeação de peritos independentes pelos juízes tem pouco uso na prática forense²⁵. As razões para tanto envolvem a falta de conhecimento dos juízes de *experts* em variadas áreas da ciência, o peso administrativo da nomeação de peritos independentes, a oposição veemente dos advogados com base na alegação de uma

¹⁹ BROUN ET AL, op. cit., p. 20.

²⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Public Law No. 93-595 88 Stat. 1929*: Federal Rules of Evidence. Jan. 02, 1975. Disponível em: <http://federalevidence.com/pdf/FRE_Amendments/1975_Orig_Enact/1975-Pub.L._93-595_FRE.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2017.

²¹ Para mais informações, v. *Daubert v. Merrell Dow Pharm, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993).

²² Para mais informações, v. *General Electric Co. v. Joiner*, 522 US 136 (1997).

²³ JURIS, Andrew W. Questions from the Bench and Independent Experts: A Study of the Practices of State Court Judges. *University of Pittsburgh Law Review*, Pittsburgh, v. 74, Fall 2012, p. 78.

²⁴ JURIS, op. cit., p. 78.

²⁵ CHENG, Edward K. Independent Judicial Research in The Daubert Age. *Duke Law Journal*, v. 56, 2007, p. 1.271.

suposta interferência no processo *adversarial* e, por fim, o temor de que o *expert* nomeado pelo juiz interfira indevidamente no processo²⁶.

Andrew Jurs sumariza as últimas pesquisas empíricas realizadas acerca do uso de poderes instrutórios pelos juízes norte-americanos do seguinte modo:

Independentemente das categorias de juízes, os resultados gerais também atualizam estudos prévios do uso judicial dessas técnicas de descoberta dos fatos. Tanto Krafka em 2002, quanto Dobbin em 2007, estudaram o uso dessas técnicas, mas o fizeram usando dados de pesquisas da década de 1990. Em seu estudo, Krafka descobriu que apenas 6,4% dos juízes federais não questionariam um expert, e Dobbin descobriu que 18% dos juízes estaduais não o fariam. Nesta pesquisa, 42% dos juízes estaduais declararam que nunca questionaram um expert. Quanto ao uso de experts independentes, Krafka descobriu que 74% dos juízes federais não nomeariam um perito usando a Regra 706, enquanto Dobbin descobriu que 57% dos juízes estaduais não estavam dispostos a fazê-lo. Este estudo descobriu que 78% dos juízes pesquisados nunca designaram um perito independente.²⁷

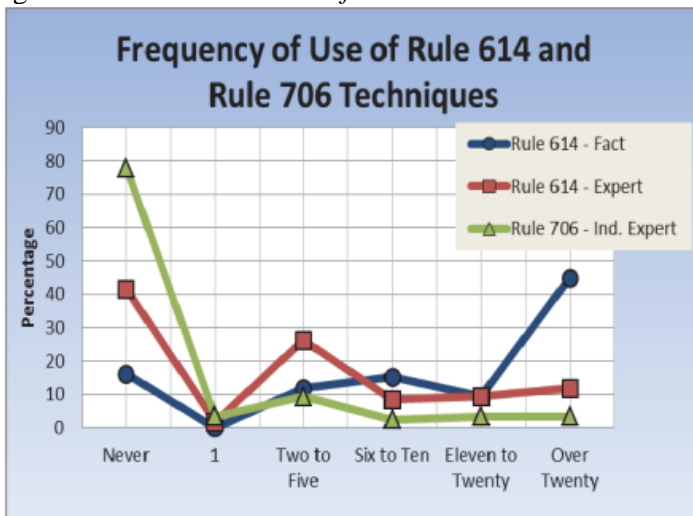
A frequência do uso das técnicas previstas nas *Rules 614* e *706* é ilustrada por Jurs no quadro abaixo²⁸:

²⁶ CHENG, op. cit., p. 1.271-1.272.

²⁷ JURIS, Andrew W. Questions from the Bench and Independent Experts: A Study of the Practices of State Court Judges. *University of Pittsburgh Law Review*, Pittsburgh, v. 74, Fall 2012, p. 77. Para mais informações sobre os estudos citados por Jurs, v. KRAFKA, Carol ET AL. Judge and Attorney Experiences, Practices, and Concerns Regarding Expert Testimony in Federal Civil Trials. *Psychology, Public Policy, and Law*, Washington, v. 8, n. 3, 2002, pp. 309-332; e DOBBIN, Shirley A. ET AL. Federal and State Trial Judges on the Proffer and Presentation of Expert Evidence. *Justice System Journal*, v. 28, 2007. Um ano mais tarde, Jurs revisou e republicou seu estudo original de forma abreviada, v. JURIS, Andrew W. Utilization of Rules 614 and 706 in Fact-Finding: A Recent Study of Midwest Judges. *Court Review*, American Judges Association, Williamsburg, v. 49, 2013, pp. 132-138.

²⁸ Retirado de JURIS, op. cit., p. 59.

Gráfico 1 – Frequência de uso das técnicas previstas na Regra 614 e na Regra 706 das *Federal Rules of Evidence*



Embora apresente maior frequência, a utilização das técnicas da *Rule 614* das *Federal Rules of Evidence*, que permite ao juiz formular perguntas à testemunha, ainda assim é tímida. Isso porque, conforme indicam os estudos de Jurs, a grande maioria dos juízes (88%) utiliza os poderes previstos na Regra apenas para esclarecer um ponto discreto já contido no testemunho da *fact witness*. Se se tratar de esclarecer *mais de um ponto* discreto contido em um testemunho prévio, o número cai para 78%. Quando se trata, contudo, de esclarecer um ponto discreto *não contido* no testemunho anterior, o número inicial de 88% dos juízes que entendem apropriada a conduta cai para 53%. Em se tratando de perguntas formuladas a uma *expert witness*, o número é ainda mais baixo. Os estudos de Jurs mostram que 81% dos juízes norte-americanos entendem apropriado esclarecer *um* ponto discreto contido em um testemunho prévio de um *expert*. Os números variam para 70% quando se trata de esclarecer *mais de um* ponto discreto contido em um testemunho anterior e, por fim, para 46% em se tratando de esclarecer um ponto *não contido* em um testemunho prévio de um *expert*²⁹.

As razões para a participação acanhada dos juízes

²⁹ JURIS, op. cit., p. 59.

estadunidenses na inquirição de testemunhas são singelas. Conforme explica Mirjan Damaška, além de os limites precisos da legitimidade do envolvimento judicial com as provas nunca terem sido claramente definidos, o juiz norte-americano sabe muito pouco sobre os fatos dos casos que vão a julgamento em sua Corte, o que é reflexo da grande diferença na quantidade de advogados e de juízes³⁰. Desse modo, raramente a inquirição de uma testemunha presidida pelo juiz iria além de uma pobre narrativa dos fatos. Por outro lado, os advogados das partes estão cientes das informações que podem obter com as testemunhas e, em razão disso, assumem naturalmente um papel dominante na inquirição, relegando ao juiz uma atuação meramente complementar³¹. Em suma, nas palavras de Robert Kagan, “os advogados norte-americanos fazem mais porque os juízes norte-americanos fazem menos”³² e, conforme aponta Theodore Kubicsek, “[a] maioria dos advogados norte-americanos especializados em *trial* não deve desejar o contrário”³³.

Tudo bem visto, como observa Rowe Jr., “basta dizer que os juízes norte-americanos, treinados e acostumados a uma estrutura *adversarial*, estão mal equipados para um julgamento *inquisitorial* efetivo”³⁴. O Poder Judiciário federal norte-americano opera com um orçamento limitado e com poderes restritos, o que diminui a capacidade de participação dos juízes fora do contexto de uma

³⁰ Os dados são apresentados por Stephen Subrin: “Há cerca de um milhão de advogados nos Estados Unidos. Em 1998, havia 9.065 juízes estaduais de tribunais de jurisdição geral. No nível dos tribunais federais, havia 642 juízes vitalícios e 436 juízes magistrados. Além disso, havia 337 juízes distritais de status sênior. Isso significa que temos aproximadamente uma centena de advogados para cada juiz que preside um tribunal de jurisdição geral” (SUBRIN, Stephen N. Discovery in Global Perspective: Are We Nuts?. *DePaul Law Review*, v. 52, Winter 2002, p. 310).

³¹ DAMAŠKA, Mirjan. The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments. *American Journal of Comparative Law*, v. 45, n. 4, 1997, p. 849-850.

³² KAGAN, Robert A. *Adversarial legalism: the American way of Law*. Massachusetts: Harvard University Press, 2001, p. 105.

³³ KUBICEK, Theodore L. *Adversarial justice: America's court system on trial*. New York: Algora Publishing, 2006, p. 124.

³⁴ ROWE JR., Thomas D. Authorized Managerialism under The Federal Rules: And The Extent of Convergence With Civil-Law Judging. *Southwestern University Law Review*, v. 36, 2007, p. 211.

disputa *adversarial*³⁵. É exatamente por isso que Damaška pontua que a atribuição de poderes instrutórios ao juiz sem uma substancial transformação do processo norte-americano, por mais importante que pareça num primeiro momento, “não conseguirá pôr fim ao papel decisivo que o advogado da parte desempenha na exploração das fontes informativas do caso”³⁶.

Em conclusão, parece que em vez de suprimir diferenças e aproximar os modelos *adversarial* e *inquisitorial*, os poderes instrutórios conferidos aos juízes de *common law* demonstram, na prática, a manutenção de uma cultura *adversarial*, que privilegia a elucidação dos fatos pelas partes e relega ao juiz um papel — quando existente — subsidiário no terreno da instrução probatória. Para um juiz de *common law*, determinar a oitiva de uma testemunha ou indicar um perito como assistente do júízo, situações corriqueiras nos países da família do direito romano-germânico, configura um desvirtuamento do processo *adversarial*³⁷.

1.2 A figura do *Managerial Judge*

A visão do *managerial judge* emerge em 1982 por meio de um artigo de Judith Resnik no qual são descritas mudanças no papel relativamente (*i. e.* em relação aos juízes dos países de tradição da família de *civil law*) passivo dos juízes norte-americanos no desenvolvimento do caso durante o *pretrial*. Resnik observa que “[s]eduzidos por calendários controlados, arranjos estatísticos e outros aparatos da era da eficiência e da alta tecnologia, os juízes

³⁵ ROWE JR., op. cit., p. 211.

³⁶ DAMAŠKA, op. cit., p. 849.

³⁷ Nesse sentido, escreve Maximo Langer: “[S]e um juiz individual [no sistema *adversarial*] se comporta de maneira muito ativa – por exemplo, ao questionar constantemente as testemunhas durante o julgamento – os outros atores do sistema podem considerar esse ativismo impróprio. Da mesma forma, se os juízes em um sistema *inquisitorial* permitem que a acusação e a defesa conduzam o julgamento, outros atores podem considerar esta passividade uma abdicação do papel judicial apropriado” (LANGER, Máximo. The Rise of Managerial Judging in International Criminal Law. *The American Journal of Comparative Law*, v. 53, Fall 2005, p. 849). A mesma reflexão é exposta por Rowe Jr., v. ROWE JR., Thomas D. Authorized Managerialism under The Federal Rules: And The Extent of Convergence With Civil-Law Judging. *Southwestern University Law Review*, v. 36, 2007, p. 211.

gestores estão mudando a natureza de seu trabalho”³⁸. Tais mudanças foram implementadas a partir de ideias sobre cronograma processual, regras processuais variadas para diferentes categorias de casos, centros alternativos de resolução de conflitos, direitos de *discovery* restritos, preparação de casos controlada pelo Estado, limitações no acesso ao Poder Judiciário e penalidades para as partes que não submetam o caso à conciliação³⁹. Resnik conclui o artigo pontuando que “[i]nfelizmente, essas mudanças est[avam] sendo realizadas de forma fragmentada e com pouca reflexão sobre suas implicações cumulativas para o *adversarial system*”, de sorte que, para ela, enquanto a sociedade norte-americana não decidisse abertamente e deliberadamente descartasse o modelo *adversarial* em favor de alguma versão do modelo *inquisitorial*, os juízes “deve[ria]m permanecer fiéis aos seus antepassados e imitar a Deusa Justiça”⁴⁰.

As mudanças mencionadas por Resnik foram adotadas nas *Federal Rules of Civil Procedure* inicialmente em 1983 e, em um segundo momento, em 1993, reforçando a autoridade gerencial dos juízes federais em diversas áreas do *pretrial* e dando início à era que se convencionou chamar de *gerenciamento autorizado*. Destacam-se nessas alterações as sanções contra requerimentos infundados representados perante a Corte, previstas na *Rule 11(c)*, aplicáveis por intermédio de uma moção de uma das partes ou por iniciativa do juiz, oportunizado o contraditório para que a parte que supostamente abusou do direito de ação mostre porque a conduta específica não violou a *Rule 11(b)*, com ampla discricção judicial sobre a natureza e a aplicação das sanções.

No âmbito de tais alterações, a *Rule 16* das *Federal Rules of Civil Procedure* ilustra de forma mais contundente a autorização do *pretrial judicial management*. A partir das emendas de 1983 e de 1993, a *Rule 16* passou a explicitamente encorajar a gestão judicial ativa dos processos, autorizando e regulando o uso de uma ampla gama de ferramentas e poderes de gerenciamento de casos em especial por meio de *pretrial conferences* (audiências informais em que os advogados das partes se reúnem com o juiz para buscar a

³⁸ RESNIK, Judith. Managerial Judges, *Harvard Law Review*, v. 96, 1982, p. 445.

³⁹ RESNIK, op. cit., p. 444.

⁴⁰ RESNIK, op. cit., p. 445.

solução do caso, discutindo questões probatórias e restringido as questões que, possivelmente, irão para o *trial*⁴¹). Além disso, a *Rule 16* também permite a realização de uma *final pretrial conference* e autoriza a imposição de sanções em razão da desobediência do cronograma ou do não comparecimento, de forma preparada e de boa-fé, a uma *conference* convocada pelo juiz.

As alterações, contudo, não se limitaram às ações individuais. A *Rule 23* autoriza o gerenciamento na condução das *class actions* ao conferir ampla autoridade ao juiz para determinar o curso do procedimento ou prescrever medidas para evitar repetições indevidas ou complicações na apresentação das provas ou dos argumentos. A Regra também permite que o juiz combine as prescrições contidas na *Rule 16* com aquelas previstas na *Rule 23(d)*. A Regra ainda sofreu alterações em 1º de dezembro de 2003 no que diz respeito ao apontamento de um representante de classe, às notificações para aprovação de um acordo e à atribuição de honorários, fornecendo explicitamente autoridade gerencial ao juiz do caso sobre essas questões.

Como último exemplo, alterações relevantes podem ser apontadas relativamente aos poderes de gerenciamento atribuídos ao juiz nos procedimentos de *disclosure* e *discovery*. Os principais *managerial powers* acerca do *disclosure* e do *discovery* podem ser sumarizados em algumas regras das *Federal Rules of Civil Procedure*. Por exemplo, a *Rule 16(b)* exige um cronograma que estabeleça o tempo para a finalização do *discovery*, bem como os limites do *discovery*, questões essas que podem, inclusive, ser analisadas, de acordo com a *Rule 16(c)(6)*, durante uma *pretrial conference*. A *Rule 26(b)(2)* autoriza os juízes, com base na moção de uma parte ou por sua própria iniciativa, a alterar os limites das regras sobre o número de depoimentos e interrogatórios. A *Rule 26(g)*, criada em 1983 e alterada substancialmente em 1993, autoriza, do mesmo modo que a *Rule 11*, a aplicação de sanções contra requerimentos infundados que se conectam com pedidos de *discovery* ou *disclosure*. A *Rule 37*, substancialmente alterada em 1970, 1980, 1993, 2000 e 2015, confere autoridade para o juiz

⁴¹ GARNER, Bryan A. (ed.). *Black's Law Dictionary*. 9. ed. St. Paul: West Pub. Co., 2009, p. 1.307.

resolver disputas surgidas no *discovery* e impor uma ampla gama de sanções com base nessas disputas e na má conduta processual de uma das partes. A *Rule 45(c)*, substancialmente alterada em 1991, 2006 e 2013, autoriza os juízes a protegerem pessoas sujeitas ao *discovery*. Enfim, sem caráter exaustivo, esses seriam alguns dos dispositivos que prescrevem *managerial powers* aos juízes durante os procedimentos de *discovery* e *disclosure*. A ideia que perpassa tais poderes é sempre a de racionalizar a atividade judicial e a de coibir o abuso de direitos processuais⁴².

Após analisar as mudanças ocorridas nas *Federal Rules of Civil Procedure*, algumas das quais acima mencionadas, Thomas Rowe Jr., em artigo⁴³ publicado em 2007, propõe-se a responder a questão formulada por Resnik⁴⁴ em 1982, *i. e.* a de saber em que medida o chamado *pretrial managerial judging* aplicado nas Cortes federais dos Estados Unidos implica um afastamento do tradicional modelo *adversarial* norte-americano e uma aproximação das práticas dos países de tradição de *civil law*, referidas muitas vezes como *inquisitoriais*⁴⁵.

Rowe Jr. inicia sua reflexão mencionando uma série de professores norte-americanos que veem o *pretrial management* como um movimento umbilicalmente ligado ao *inquisitorialism*⁴⁶. Entretanto, destaca, com base Máximo Langer e Rolf Stürner, uma importante distinção entre o gerenciamento do processo e o *inquisitorial system*: enquanto o primeiro opera para evitar atrasos no procedimento, coordenando a atividade das partes; o segundo investiga ativamente os fatos da causa⁴⁷.

⁴² Sobre o abuso de direitos processuais, inclusive com base em Hazzard Jr., v. PINTER, Rafael W. A boa-fé no processo civil e o abuso de direitos processuais. *Revista de Processo*, v. 253, mar. 2016, p. 141-145.

⁴³ ROWE JR., Thomas D. Authorized Managerialism under The Federal Rules: And The Extent of Convergence With Civil-Law Judging. *Southwestern University Law Review*, v. 36, 2007, pp. 191-213.

⁴⁴ A propósito, uma versão prévia do artigo foi lida pela Professora Judith Resnik, que também teceu comentários ao trabalho, conforme o próprio autor observa na primeira nota de rodapé do *paper*.

⁴⁵ ROWE JR., *op. cit.*, p. 193.

⁴⁶ São citados Alfred Cortese, Kathleen Blaner, Linda Mullenix e Richard Nagareda (ROWE JR., *op. cit.*, p. 203).

⁴⁷ Recentemente, o Professor Michele Taruffo também adotou esse posicionamento,

Com efeito, Rowe Jr. observa que o *judicial management* se afasta do clássico modelo *adversarial* caracterizado por um juiz passivo, aproximando, em certa medida, o processo norte-americano do controle frequentemente exercido pelos juízes nos países de tradição de *civil law*. No entanto, aponta que duas diferenças essenciais entre os sistemas *adversarial* e *inquisitorial* remanescem. A primeira consistiria no fato de que o *managerial judge* longe está de exercer um papel principal em termos de investigação dos fatos, ao contrário dos juízes de *civil law*. Dessa forma, os Estados Unidos não teriam se aproximado do aspecto verdadeiramente *inquisitorial* do processo dos países de tradição do *civil law*⁴⁸. A segunda diferença residiria na constatação de que o foco do *judicial management* é o *pretrial discovery*, ao passo que os sistemas ditos *inquisitoriais* empregam – caso empreguem – um procedimento do tipo “*discovery*” por iniciativa das partes de uma forma muito menos extensa, relegando o controle judicial a outros aspectos do procedimento, tais como o cronograma a ser adotado ao longo do processo, a definição e a delimitação das questões fáticas e jurídicas relevantes para a solução da causa, as tentativas de autocomposição do litígio e a descoberta dos fatos. Exatamente por isso que, para Rowe Jr., embora a institucionalização de medidas de *case management* aproxime o processo *adversarial* do processo *inquisitorial*, tais medidas não transformam o sistema essencialmente *adversarial* em um sistema essencialmente *inquisitorial*, até porque os litigantes não perderam o controle sobre aspectos considerados essenciais em um sistema dito *adversarial*⁴⁹.

Dessa forma, pode-se concluir, com Ellen Sward, que

v. TARUFFO, Michele. Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. Tradução: Hermes Zaneti Junior. *Revista de Processo*, v. 181, mar. 2010, pp. 167-172.

⁴⁸ No mesmo sentido, v. CHASE, Oscar G. American "Exceptionalism" and Comparative Procedure. *The American Journal of Comparative Law*, v. 50, Spring 2002, p. 298.

⁴⁹ ROWE JR., op. cit., p. 213. A respeito disso, Stephen Subrin e Margareth Woo escrevem: “Os americanos resistiram a este modelo *inquisitorial* e mantém um ceticismo geral sobre a capacidade do governo burocrático de proteger os interesses tanto de cidadãos como de negócios comuns” (SUBRIN, Stephen; WOO, Margaret. *Litigatin in America: civil procedure in context*. 1. ed. New York: Aspen Publishers, 2006, p. 143-144).

“[e]mbora os juizes norte-americanos se tornaram gestores, eles não se tornaram agentes para a descoberta e a apresentação de provas”⁵⁰, sendo certo que a incursão dos juizes sobre a liberdade das partes “ainda não é tão grande nos Estados Unidos quanto na Europa continental”⁵¹.

1.3 Os pontos de Fricção do *Pretrial Procedure*

Como defende Arthur Miller, o incremento do *judicial management* e da participação dos magistrados no processo podem ser vistos como fatores que contribuem para a disposição dos juizes de encerrar processos antes do *trial*⁵². Segundo ele, a aceleração da solução do litígio se deve a uma sequência de barreiras processuais criadas nas últimas décadas que transformaram o procedimento relativamente não organizado do *pretrial*, como previsto pelos redatores originais das *Federal Rules of Civil Procedure* em 1938, em um pântano processual cheio de pontos de fricção⁵³.

Dentre esses pontos de fricção Miller cita⁵⁴ (I) a promoção de meios alternativos de resolução de conflitos, as chamadas *Alternative Dispute Resolutions*, muitas vezes a todo custo (como no precedente *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*); (II) o revigoramento da *summary judgment motion*⁵⁵ por meio da expansão das questões que podem ser analisadas pelo juiz; (III) a elevação dos requisitos de certificação de ações coletivas pelo juiz com base na *Rule 23* das

⁵⁰ SWARD, Ellen E. Values, Ideology, and the Evolution of the Adversary System. *Indiana Law Journal*, v. 64, Spring 1989, p. 342.

⁵¹ SWARD, op. cit., p. 342-343.

⁵² MILLER, Arthur R. Simplified Pleading, Meaningful Days in Court, and Trials on the Merits: Reflections on the Deformation of Federal Procedure. *New York University Law Review*, v. 88, n. 1, April 2013, p. 296-297.

⁵³ MILLER, op. cit., p. 309.

⁵⁴ MILLER, op. cit., p. 309-356.

⁵⁵ Miller cita, na nota 90 de seu artigo, três precedentes que “reescreveram” a *Rule 56* das *Federal Rules of Civil Procedure*, que versa sobre o *summary judgment*: *Celotex Corp. v. Catrett*, 477 U.S. 317, 325 (1986); *Anderson v. Liberty Lobby, Inc.*, 477 U.S. 242, 257 (1986); e *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 597 (1986) (MILLER, op. cit., p. 310). Além disso, escreve Miller: “Mesmo que a *motion* seja inexistosa, o *summary judgment* torna-se um ponto de parada caro e demorado do *pretrial*, com atrasos contínuos, despesas e risco de término prematuro do caso” (Ibid., p. 312).

Federal Rules of Civil Procedure; (IV) os precedentes de *Twombly* e *Iqbal*⁵⁶ da Suprema Corte, que incrementaram os requisitos para a suficiência de um *pleading requirement*; (V) a jurisprudência de jurisdição pessoal expressa em *McIntyre Machinery, Ltd. v. Nicastro*⁵⁷, que limita a competência para a apreciação de demandas

⁵⁶ Conforme escrevem Broun ET AL: “O *discovery* informal adquiriu grande importância a partir de 2007. Nesse ano, a Suprema Corte dos Estados Unidos proferiu sua decisão em *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, um caso de antitruste. Antes de *Bell*, a maioria das jurisdições americanas havia endossado a filosofia da *notice pleading*. Assim, em 1957, em *Conley v. Gibson*, a Suprema Corte observou que ‘um requerimento não deve ser indeferido por falhar no estabelecimento de um caso a menos que pareça não haver dúvida de que o autor não possa provar nenhum conjunto de fatos que lhe garantiria apoio à sua reivindicação’. No entanto, em *Bell Atlantic*, a Corte declarou que ‘essa famosa observação foi aposentada’. Em essência, a Corte em *Bell Atlantic* anunciou que, para satisfazer os requisitos da *Federal Rule of Civil Procedure*, o demandante deve alegar fatos suficientes para demonstrar que ele ou ela poderia ganhar de forma plausível em sede de julgamento. Em 2009, em *Ashcroft v. Iqbal*, a Corte indicou que o novo padrão aplica[va]-se a todos os níveis. Após *Bell* e *Ashcroft*, o demandante pode ter que realizar um *discovery* adicional antes de estar em condições de elaborar um requerimento suficiente. É verdade que em raros casos um litigante pode realizar um *discovery* formal antes de um pedido ter sido formulado. Tipicamente, entretanto, o litigante terá que confiar nos métodos informais de descoberta dos fatos discutidos nesta seção para satisfazer os requisitos dos pedidos. Uma vez que o litigante apresentou um pedido com condições de sobreviver a uma *motion to dismiss*, ele pode invocar os dispositivos normais de *discovery* formal discutidos na próxima seção” (BROUN, Kenneth S. ET AL. *McCormick on Evidence*. 7. ed. St. Paul: West Publishing, 2013, p. 5). Sobre *Bell Atlantic Corp. v. Twombly* e *Ashcroft v. Iqbal*, assim escreveu Arthur Miller: “Seu efeito tem sido tão dramático que foram feitos cartuns mostrando advogados reclamando aos seus clientes desapontados sobre terem sido ‘*Twomblyed in the Iqbals*’. Os dois casos foram citados milhares de vezes e aumentaram as oportunidades de os réus buscarem o indeferimento da demanda ou, no mínimo, o adiamento do *discovery* e de qualquer consideração real sobre o mérito da demanda. Não é de se admirar que o *Federal Judicial Center* relate que as *motions to dismiss* estão agora sendo invocadas com maior frequência, o que indica que as decisões da Suprema Corte aumentaram os custos do processo e afetaram o comportamento do advogado” (MILLER, Arthur R. *Simplified Pleading, Meaningful Days in Court, and Trials on the Merits: Reflections on the Deformation of Federal Procedure*. *New York University Law Review*, v. 88, n. 1, April 2013, p. 331-332). Para uma análise específica do fenômeno, v. SHEPHERD, George. *Failed Experiment: Twombly, Iqbal, and Why Broad Pretrial Discovery Should be Further Eliminated*. *Indiana Law Review*, v. 49, 2016.

⁵⁷ Para mais informações, v. *J. McIntyre Mach., Ltd. v. Nicastro*, 564 U.S. 873 (2011).

indenizatórias; (VI) as alterações das regras do *discovery* com o objetivo de restringi-lo, sobretudo com base nas mudanças ocorridas na *Rule 26(b)(1)* em 2000 para limitar o alcance do *discovery*⁵⁸ à matéria “relevante para o pedido ou para a defesa de qualquer parte”, ao contrário da “matéria sujeita” à ação, como previsto inicialmente em 1938.

Miller sumariza os movimentos processuais dos últimos vinte e cinco anos nos Estados Unidos em quatro principais momentos. Previamente, houve um compromisso de julgamento (*trial*) e, quando apropriado, um julgamento por jurados (*trial by jury*), embora um *trial* tenha sido uma mera possibilidade, na medida em que uma cultura de autocomposição dos conflitos dominava a prática nas Cortes federais. Em seguida, com base em precedentes da

⁵⁸ É interessante notar que há estudos abordando o baixo índice de casos que se utilizam das técnicas do *discovery*. O estudo pioneiro a respeito do tema data de 1951 e revelou que o *discovery* formal ocorria em apenas 25,5% de todos os casos civis de cinco tribunais distritais dos Estados Unidos (v. SPECK, William H. The Use of Discovery in United States District Courts, *The Yale Law Journal*, v. 60, n. 7, Nov. 1951, pp. 1132-1155). Em 1998, em meio a constantes reformas que objetivavam a limitação do *discovery* com o pretexto de controlar os abusos cometidos pelas partes, Linda Mullenix notou que em uma escala de aproximadamente 38% a 50% dos casos civis das Cortes federais não havia qualquer pedido de *discovery*. O estudo ainda apontava que, para os casos que completam nove meses, a média de tempo que os advogados dispndiam com o *discovery* era de apenas 3 horas. À época, a autora defendeu que, à luz de dados tão ambíguos sobre a regra do *discovery*, o *Advisory Committee on Civil Rules* deveria fazer o mais difícil: nada (v. MULLENIX, Linda S. The Pervasice Myth of Pervasive Discovery Abuse: The Sequel. *Boston College Law Review*, v. 39, May 1998, pp. 683-689). Para uma análise geral dos dados, v. MCKENNA, Judith A.; WIGGINS, Elizabeth C. Empirical Research on Civil Discovery. *Boston College Law Review*, v. 39, May 1998. Em 2010, estudos apontaram que o mito sobre o abuso do *discovery* nunca foi apoiado por um único estudo empírico (LEE, Emery G., III; WILLGING, Thomas E. Defining The Problem Of Cost In Federal Civil Litigation. *Duke Law Journal*, v. 60, 2010, p. 787). Por outro lado, John Beisner observa que todos esses estudos anteriores padecem do mesmo erro: foram conduzidos bem antes da explosão do *discovery* eletrônico na última década (v. BEISNER, John H. Discovering a Better Way: The Need for Effective Civil Litigation Reform. *Duke Law Journal*, v. 60, 2010, p. 571-572). Recentemente, Lance Shapiro observou que o *discovery* eletrônico é custoso e é usado como poder de barganha para forçar a realização de um acordo a um litigante menor e menos sofisticado, limitando o acesso de uma parte à justiça (SHAPIRO, Lance. E-Discovery: Bargaining Bytes for Settlement. *Georgetown Journal of Legal Ethics*, v. 27, Summer 2014).

Suprema Corte, a crescente invocação do *summary judgment* passou a substituir a possibilidade de ocorrer um *trial*. Não bastasse isso, cada vez mais se verifica uma *pleading motion* potencialmente exitosa ainda mais cedo do que o *summary judgment* – que, quando concedida, impede qualquer *discovery* ou *trial*. Por fim, o precedente *J. McIntyre Machinery, Ltd. v. Nicaastro* da Suprema Corte é capaz de promover um maior número de indeferimentos da demanda por falta de jurisdição⁵⁹. Dessa forma, conclui Miller, “[a] cultura de autocomposição dos conflitos agora parece acompanhada por uma cultura de rejeição da demanda”⁶⁰.

Para Miller, todos os obstáculos criados no procedimento do *pretrial* aumentaram as oportunidades para que os réus evitassem o *trial* e a análise do mérito da demanda, além de causarem “[m]ais moções, mais atrasos, mais custos, mais recursos e indeferimentos adiantados e possivelmente inapropriados dos requerimentos”⁶¹. Com esse cenário, segundo o autor, “[o] sistema [processual norte-americano] parece estar sofrendo de um caso significativo de término prematuro”⁶².

Não é de se estranhar, portanto, a afirmação de Tracy McCormack e Christopher Bodnar, discorrendo sobre a falta de experiência dos advogados norte-americanos com o *jury trial*, de que “uma definição mais apta do advogado [norte-americano] do século XXI possa ser a de ‘alguém que usa o sistema judicial apenas como último recurso caso uma disputa não puder ser resolvida fora de seus domínios’”⁶³. Mais representativa ainda parece ser a comparação estabelecida por Thomas Main entre, de um lado, os sistemas contemporâneos de *formal adjudication* e *ADR* e, de outro, a dialética dos tradicionais sistemas de *Law* e *Equity*. Para Main, “quando a rigidez dos tribunais de *Law* não conseguiu acompanhar os crescentes desejos da sociedade, o sistema discricionário e flexível

⁵⁹ MILLER, op. cit., p. 357-358.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Ibid.

⁶² Ibid.

⁶³ MCCORMACK, Tracy W.; BODNAR, Christopher J. Honesty is the Best Policy: It's Time to Disclose Lack of Jury Trial Experience. *Georgetown Journal of Legal Ethics*, v. 23, n. 1, Winter 2010, p. 163.

de *Equity* proporcionou remédios sensatos”⁶⁴. Já contemporaneamente, “[d]a mesma forma, quando as formas e os modos de adjudicação formal tornaram-se insuportáveis, surgiu o ADR para fornecer um método sensato de resolução de disputas que fosse discricionário e flexível”⁶⁵. É bem verdade, contudo, que previsto para ser uma “alternativa” ao *trial*, o método tornou-se, bem ou mal, um legítimo substituto do *trial*⁶⁶. Os motivos para tanto não são novos nem desconhecidos. Para Samuel Gross e Kent Syverud, “as principais razões estruturais para a especial importância dos acordos no processo norte-americano [...] são manifestações de um único valor cultural: a preferência pela autonomia privada sobre o controle público”⁶⁷.

Com efeito, é dentro desse contexto — confuso para os próprios norte-americanos — que deve ser interpretada a observação de Taruffo de que “o modelo de processo de *common law* não pode mais ser definido segundo o esquema bifásico de *pre-trial* e *trial*”⁶⁸. Conforme descreve Taruffo, o modelo consubstanciar-se-ia “essencialmente em uma fase na qual ambas as partes, sob a ativa direção do juiz, clarificam os termos da controvérsia, adquirem mediante *discovery* informações sobre as respectivas defesas [...] e transigem ou se servem de um dos outros meios para rápida resolução da controvérsia”⁶⁹. Além disso, na fase do *pretrial*, para Taruffo, o procedimento, que não é nem mesmo concentrado, seria essencialmente escrito e dirigido por um juiz que dispõe de amplos poderes.

⁶⁴ MAIN, Thomas O. ADR: The new Equity. *University of Cincinnati Law Review*, v. 74, Winter 2005, p. 389.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 389.

⁶⁶ Nesse sentido, v. McCORMACK; BODNAR, op. cit., p. 159. Para uma análise aprofundada do fenômeno, v. GOLDBERG, Steven H. Wait a Minute. This Is Where I Came In. A Trial Lawyer 's Search for Alternative Dispute Resolution. *Brigham Young University Law Review*, v. 1997, n. 3, Sep. 1997, pp. 653-685.

⁶⁷ As razões estruturais seriam: escassez de juízes e abundância de advogados, investigação dos fatos pelas partes num modelo *adversarial* e a imprevisibilidade do *trial by jury* (GROSS, Samuel; SYVERUD, Kent. Don 't Try: Civil Jury Verdicts in a System Geared to Settlement. *UCLA Law Review*, v. 44, n. 1, 1996, p. 3-4).

⁶⁸ TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado*: ensaios. Apresentação, organização e tradução: Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 21.

⁶⁹ TARUFFO, op. cit., p. 22.

Para o jurista italiano, todas essas circunstâncias, tomadas conjuntamente, tornariam a contraposição *inquisitorial-adversarial* completamente sem sentido.

À parte as questões relativas à gestão ativa do procedimento e aos poderes concedidos ao juiz que já foram analisadas de forma pormenorizada acima, algumas observações merecem ser feitas no que diz respeito ao procedimento do *pretrial* em comparação com o modelo de processo conhecido como *inquisitorial*.

O procedimento do *pretrial* está associado à figura do *managerialism*. Essa figura, de acordo com Máximo Langer, é um sistema processual – que não se confunde com o *judicial management* – “estruturado para processar casos o mais rápido possível”⁷⁰. A grande distinção do *managerial judging system* é que o objetivo de agilizar a resolução dos casos torna-se essencialmente importante, e o principal responsável (ou *manager*) pela agilização da resolução dos casos é o juiz⁷¹. Para Langer, mesmo que o *managerial judging system* possua uma técnica específica para lidar com casos, uma cultura processual e uma maneira de distribuir poderes e responsabilidades entre os atores do processo, não é um modelo processual puro, como os tradicionais sistemas *adversarial* e *inquisitorial*, mas, sim, um modelo híbrido⁷², de sorte que não

⁷⁰ LANGER, Máximo. The Rise of Managerial Judging in International Criminal Law. *The American Journal of Comparative Law*, v. 53, Fall 2005, p. 883.

⁷¹ LANGER, op. cit., p. 884.

⁷² A propósito, conforme observa Máximo Langer, o *managerialism* norte-americano apresenta mais semelhanças com o modelo cooperativo de processo do que com o sistema *inquisitorial* (LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. *Harvard International Law Journal*, v. 45, n. 1, Winter 2004, p. 44). É interessante notar, inclusive, que a *Rule 1* das *Federal Rules of Civil Procedure* foi alterada em 2015 para, segundo o *Advisory Committee*, “ênfaticamente que assim como a Corte deve interpretar e administrar essas regras para garantir a determinação justa, rápida e econômica de cada ação, as partes compartilham a responsabilidade de empregar as regras da mesma maneira”. E complementa o Comitê: “A advocacia efetiva é consistente com o – e de fato depende do – uso cooperativo e proporcional do procedimento”. Para mais informações, v. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Federal Rules of Civil Procedure: Rule 1*. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_1>. Acesso em: 30 ago. 2017. Sobre o modelo cooperativo, v. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. rev. atual. e ampl.

implica na extinção de categorias puras como os sistemas *inquisitorial* e *adversarial*⁷³.

O *managerialism* move-se em “direção a um sistema de justiça civil no qual um número cada vez maior de ações são natimortas”⁷⁴. Trata-se de uma resolução dos casos cada vez mais rápida e menos baseada nos fatos da causa ou no mérito da demanda propriamente dito. É o que indica, inclusive, o Relatório Anual de 2016 das Cortes Federais dos Estados Unidos⁷⁵, que registrou um número seis vezes maior de processos terminados *antes* do *pretrial* em relação aos processos terminados *durante* ou *após* o procedimento do *pretrial*. Ou seja, de um total de 218.454 casos em que a Corte exerceu alguma atividade, em 186.593 dos casos sequer teve início a fase do *pretrial*⁷⁶. O *summary judgment*, a *class certification* e a *motion to dismiss* se baseiam primariamente apenas em documentos dos advogados, *i. e.* a solução dos casos tem muitas vezes por base apenas papéis, não o *discovery* ou provas produzidas no processo. Isso quando as partes não firmam um acordo. Por outro lado, como observa Rolf Stürner, a decisão judicial ainda possui um propósito dominante no processo civil da Europa continental relativamente ao conceito Anglo-americano de Justiça⁷⁷.

Em que pese a superfície do *managerialism* possa, em alguma medida, indicar aproximações entre os sistemas *adversarial* e *inquisitorial*, as suas profundezas apontam para um processo que vem ocorrendo pelo menos nos últimos vinte e cinco anos e que concedeu primado à eficiência e à redução de custos por meio de

São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

⁷³ Sobre isso, v. LANGER, op. cit., p. 885.

⁷⁴ MILLER, Arthur R. Simplified Pleading, Meaningful Days in Court, and Trials on the Merits: Reflections on the Deformation of Federal Procedure. *New York University Law Review*, v. 88, n. 1, April 2013, p. 358-359.

⁷⁵ ADMINISTRATIVE OFFICE OF THE U.S. COURTS. *Judicial Business of the U.S. Courts: 2016 Annual Report of the Director*, Table C-4. September 30, 2016. Disponível em:

<http://www.uscourts.gov/sites/default/files/data_tables/jb_c4_0930.2016.pdf>.

Acesso em: 15 ago. 2017.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ STÜRNER, Rolf. Some European Remarks on a New Joint Project of the American Law Institute and UNIDROIT. *The International Lawyer*, American Bar Association, v. 34, n. 3, Fall 2000, p. 1.073-1.074.

decisões da Suprema Corte, estatutos do Congresso e emendas às *Federal Rules of Civil Procedure*⁷⁸. O êxito dessa tentativa de racionalização do processo pode ser deveras questionável, como demonstra o próprio Arthur Miller, para quem tais mudanças deformaram o procedimento das *Federal Rules*⁷⁹ e devem ser vistas como trabalhos em progresso⁸⁰. Entretanto, de modo algum esse movimento conduz à superação dos tipos ideais *adversarial* e *inquisitorial*. Senão o contrário.

A racionalização do processo imposta pelo *managerialism* “parece ser melhor aceita nos países Anglo-americanos do que nos países de *civil law*”⁸¹, orientando os processos dos países de tradição de *common law* ao fim em uma fase ainda incipiente, antes mesmo do *pretrial*. Afora isso, não se pode olvidar, como recordaram os membros do *Advisory Committee on the Federal Rules of Civil Procedure* em 1993, que “é um erro ver o *trial* como um evento patológico, resultante de um juízo incorreto das partes sobre um possível acordo. O sistema foi projetado para proporcionar *trials*”⁸²⁸³.

Dessa forma, diminuir as particularidades do *managerialism* e atribuir a tal movimento, que talvez sequer tenha se consolidado, o

⁷⁸ Nesse sentido, v. MILLER, op. cit., p. 359.

⁷⁹ A propósito, Linda Mullenix sugere que interesses corporativos exerceram muita influência sobre o *Civil Justice Reform Act* de 1990 (v. MULLENIX, Linda S. The Counter-Reformation in Procedural Justice. *Minnesota Law Review*, v. 77, Dec. 1992, p. 406-407).

⁸⁰ MILLER, op. cit., p. 369-370. No mesmo sentido, abordando as reformas como se tratassem de uma “nova era” do processo civil norte-americano, mas, ao mesmo tempo, apontando uma série de defeitos e possíveis contra-reformas, v. SUBRIN, Stephen N.; MAIN, Thomas O. The Fourth Era of American Civil Procedure. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 162, 2014, pp. 1.839-1.895.

⁸¹ STÜRNER, op. cit., p. 1.082.

⁸² ADMINISTRATIVE OFFICE OF THE U.S. COURTS. *Minutes of Advisory Committee on Rules of Civil Procedure*. October 21-23, 1993, p. 20. Disponível em: <http://www.uscourts.gov/sites/default/files/fr_import/CV10-1993-min.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2017.

⁸³ A propósito, exemplificando esse entendimento, escrevem Samuel Gross e Kent Syverud a respeito do *trial*: “Nossa cultura retrata o *trial* – especialmente o *trial by jury* – como o instrumento dramático da Justiça por excelência. Nosso sistema judicial opera em uma premissa diferente: o *trial* é uma doença, geralmente não fatal, mas suficientemente grave para ser evitado a qualquer custo razoável” (GROSS, Samuel; SYVERUD, Kent. Don’t Try: Civil Jury Verdicts in a System Geared to Settlement. *UCLA Law Review*, v. 44, n. 1, 1996, p. 2).

papel de algoz do *adversarial system* pode ser tão frustrante quanto o desfecho da luta de Santiago, escrita por Ernest Hemingway, em *The Old Man and the Sea*: o testemunho do consumo de seu triunfo pelos tubarões.

1.4 O “maldito” *Trial by Jury*

Não é de causar espanto um certo Alexis de Tocqueville ter escrito em 1835:

O júri é antes de mais nada uma instituição política; devemos considerá-lo um modo da soberania do povo [...] O júri, sobretudo o júri civil, serve para dar ao espírito de todos os cidadãos uma parte dos hábitos do espírito do juiz; e esses hábitos são precisamente os que melhor preparam o povo para ser livre.⁸⁴⁸⁵

A partir de meados do século XVIII, o júri foi visto nos Estados Unidos não apenas como um ente neutro e passivo, mas também como uma garantia fundamental contra o autoritarismo governamental e judicial⁸⁶. Casos como o famoso *trial* de John Peter Zenger⁸⁷ por acusações de difamação sediciosa e de Bushell⁸⁸

⁸⁴ TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático*. 2. ed. Tradução: Eduardo Brandão. Prefácio, bibliografia e cronologia: François Furet. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 320-321. 1. ed. publ. em ago. 1998.

⁸⁵ A tradução de Eduardo Brandão, publicada no Brasil pela Martins Fontes, foi verificada, pelo autor do presente artigo, a partir da edição bilíngue: TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America: historical-critical edition of De la démocratie en Amérique*. v. 1. Edição: Eduardo Nolla. Tradução: James T. Schleifer. Indianapolis: Liberty Fund, 2010, p. 446-448.

⁸⁶ LANDSMAN, Stephan. A Brief Survey of the Development of the Adversary System. *Ohio State Law Journal*, v. 44, Summer 1983, p. 731.

⁸⁷ A respeito do caso, escreve Charles Wolfram: “Uma das memórias pré-revolucionárias comoventes foi a absolvição, pelo júri, do jornalista John Peter Zenger em Nova Iorque em 1734. Enquanto o julgamento em si seja de um caso criminal, a imaginação popular provavelmente ainda poderia recordar que um dos artigos pelos quais Zenger foi processado era uma forte denúncia ao governador Cosby de Nova Iorque por tentar recuperar uma dívida em um Tribunal de *Equity* para evitar o direito do devedor a um *jury trial* nos Tribunais de *common law*. Em todos os treze estados originais formados após o início das hostilidades com a

ilustram esse movimento. Para Leonard Levy, “[o] direito a um julgamento pelo júri foi provavelmente o único garantido universalmente pelas primeiras Constituições estaduais americanas”⁸⁹.

O direito ao *jury trial* em casos cíveis foi incluído pelo Congresso na Sétima Emenda, naquilo que seria o movimento de criação de uma declaração de direitos por meio das primeiras dez emendas à Constituição dos Estados Unidos, conforme prometido aos constituintes por alguns federalistas, dentre eles Madison, que concorreram a cargos eletivos⁹⁰. As Emendas (*The Bill of Rights*) se tornaram efetivas em 15 de dezembro de 1791, após o estado da Virgínia ratificá-las, e a versão original da Sétima Emenda, apresentada por Madison, foi adotada sem debate: “Em casos sob o *common law*, o

Inglaterra, a instituição do *civil jury trial* foi mantida, seja pela previsão expressa em uma Constituição estadual, por estatuto ou pela continuação de práticas que eram aplicadas antes da ruptura com a Inglaterra” (WOLFRAM, Charles W. *The Constitutional History of the Seventh Amendment*. *Minnesota Law Review*, v. 57, 1973, p. 654-655).

⁸⁸ Conforme explica Kevin Crosby, “[e]m novembro de 1670, o *Chief Justice* John Vaughan estabeleceu, no Caso Bushell, que os jurados não podiam mais ser multados judicialmente por chegarem a uma conclusão com a qual o juiz não concordasse”. E complementa: “Assim, no caso de Bushell, é tratado como uma necessidade ontológica do julgamento do júri que os jurados não sejam dominados por juízes: um júri dominado só pode avançar através das moções e não pode agir com essa independência funcional que distingue o julgamento pelo júri de um julgamento de fato pelo juiz. [...] Assim como os juristas podem razoavelmente discordar sobre o significado dos textos legais, e os teólogos podem razoavelmente discordar sobre o significado dos textos religiosos, os jurados também podem, com perfeita propriedade, discordar uns dos outros sobre o significado de certas provas. Então, dentro da conclusão genérica de ‘culpado’ ou ‘não culpado’ pode ser escondido múltiplos motivos para a decisão, e todos sem qualquer imputação de culpa, desde que cada jurado chegue à sua conclusão honestamente. Assim, no caso de Bushell, o veredito geral é priorizado, tanto por razões de conveniência judicial quanto por razões de relatividade cognitiva, e a punição judicial só será possível se puder ser demonstrado não apenas que o júri estava errado, mas fundamentalmente que os jurados foram desonestos” (CROSBY, Kevin. *Bushell’s Case and the Juror’s Soul*. *The Journal of Legal History*, v. 33, n. 3, 2012, pp. 251-290). Para mais informações, v. *Bushell’s Case* (1670) 124 ER 1006.

⁸⁹ LEVY, Leonard W. *Freedom of speech and press in early american history: legacy of suppression*. New York: Harper & Row, 1963, p. 281.

⁹⁰ WOLFRAM, op. cit., p. 725 et seq.

direito de julgamento pelo júri deve ser preservado”⁹¹.

A partir dos séculos XVIII e XIX, as necessidades da sociedade acentuaram os aspectos *adversariais* do procedimento judicial Anglo-americano. Como escreve Landsman, o aumento do número de atores legais e sua associação a diferentes classes sociais e econômicas criou a necessidade de um mecanismo demonstradamente neutro⁹². Foi a figura do júri que atendeu prontamente a essa necessidade. E complementa Landsman: “O respeito pelo princípio da neutralidade transformou os tribunais num mecanismo crível de resolução de conflitos”⁹³. Mas não apenas isso, as Cortes se tornaram “um fórum aberto no qual cada novo grupo social poderia reivindicar seus direitos”⁹⁴, numa tradição que perdurou durante o século XX.

O *trial* e, em especial, o *trial by jury* entrou em declínio a partir de 1980. De 15,2% dos casos cíveis que foram para o *trial* em 1940 nas Cortes federais, o número caiu para 5% em 1984 — um ano após a reforma da *Federal Rules of Civil Procedure* a que se denominou *authorized judicial management*. Em 1990, apenas 2,9% de todos os casos cíveis processados tanto nas Cortes federais quanto estaduais foram para o *trial* e, desse número, apenas metade foram julgados por um júri. Em 2003, menos de 1,3% dos casos cíveis nas Cortes federais resultaram em *trial* (tanto *judge* quanto *jury*)⁹⁵. Por fim, em 2016, o número de casos cíveis nas Cortes federais que chegaram ao *trial* era de 1%, sendo que, desse percentual, mais de $\frac{2}{3}$ foram *by jury*⁹⁶. Na esfera criminal, de 70.021 casos condenados e sentenciados, apenas 1.562 chegaram ao

⁹¹ No original: “In suits at common law, the right of trial by jury shall be preserved” (WOLFRAM, op. cit., p. 729).

⁹² LANDSMAN, Stephan. A Brief Survey of the Development of the Adversary System. *Ohio State Law Journal*, v. 44, Summer 1983, p. 738.

⁹³ LANDSMAN, op. cit., p. 738.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 738.

⁹⁵ Dados extraídos de: SUBRIN, Stephen; WOO, Margaret. *Litigatin in America: civil procedure in context*. 1. ed. New York: Aspen Publishers, 2006, p. 240.

⁹⁶ ADMINISTRATIVE OFFICE OF THE U.S. COURTS. *Judicial Business of the U.S. Courts: 2016 Annual Report of the Director*, Table C-4. September 30, 2016. Disponível em:

<http://www.uscourts.gov/sites/default/files/data_tables/jb_c4_0930.2016.pdf>.

Acesso em: 15 ago. 2017.

trial, sendo que 1.402 desses casos foram *by jury*⁹⁷.

Em que pese o baixo número de casos considerada a totalidade, o *trial by jury* recebe uma ênfase nos Estados Unidos que difere o processo norte-americano daquele dos demais países considerados da família de *common law*, tais como Inglaterra e Canadá. Entretanto, para Taruffo, não obstante a maior ênfase, “o fenômeno pertence mais ao folclore judiciário [...] do que à prática prevalente”⁹⁸, de sorte que “no sistema estadunidense seria impróprio considerar o júri como elemento fundamental do modelo de processo civil”⁹⁹. A pergunta que permanece, pois, é: será que o *trial by jury*, de fato, não é um elemento fundamental do modelo de processo civil norte-americano?

Para Stephen Subrin e Margareth Woo¹⁰⁰, a resposta a essa pergunta depende de outra questão fundamental, *i. e.* a de saber quais os objetivos de um sistema de processo civil. Para os autores, se os litígios forem exclusivamente para resolver contendas comerciais, talvez um sistema com juízes profissionais fosse mais eficiente e inclusive mais desejável. Por outro lado, se uma demanda cível engloba a resolução de questões políticas e sociais, como muitos dos casos apresentados nos tribunais dos Estados Unidos, um sistema de júri com participação popular pode ser decisivo¹⁰¹. Sobretudo se se considerar que “[o]s júris civis podem fornecer uma voz comunitária necessária, isolar os juízes das pressões políticas e, o mais importante, garantir um nível de legitimidade de modo que mesmo as decisões polêmicas possam ser aceitas”¹⁰².

A resposta à questão fundamental formulada é dada por Subrin e Woo páginas adiante, ao escrever que “[n]ós

⁹⁷ ADMINISTRATIVE OFFICE OF THE U.S. COURTS. *Judicial Business of the U.S. Courts*: 2016 Annual Report of the Director, Table D-4. September 30, 2016. Disponível em: <http://www.uscourts.gov/sites/default/files/data_tables/jb_d4_0930.2016.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2017.

⁹⁸ TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado*: ensaios. Apresentação, organização e tradução: Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 23.

⁹⁹ TARUFFO, op. cit., p. 23.

¹⁰⁰ SUBRIN, Stephen; WOO, Margaret. *Litigatin in America*: civil procedure in context. 1. ed. New York: Aspen Publishers, 2006, p. 255.

¹⁰¹ SUBRIN; WOO, op. cit., p. 255.

¹⁰² *Ibid.*, p. 255.

[estadunidenses] pensamos que é importante, em uma democracia, envolver cidadãos, como jurados, neste processo de análise de fatos, direito e justiça”¹⁰³. E concluem pontuando que “uma combinação de juizes e jurados faz sentido para os Estados Unidos”¹⁰⁴. Diante disso, observam que o grande problema não é eliminar o *jury system*, mas, sim, como melhorá-lo.

É exatamente esse problema que enfrenta Valerie Hans¹⁰⁵. Para ela, preocupações acerca da inaptidão dos jurados levaram a uma série de regras processuais e de direito probatório que limitaram a atuação do júri. Após aludir a uma série de estudos feitos sobre o júri, ela conclui que “os jurados são geralmente decisores competentes. Mas eles podem decidir ainda melhor se lhes permitimos as reformas ativas do júri”¹⁰⁶. Assim, a solução não estaria, segundo Hans, na restrição da tomada de decisão do júri, mas, sim, em uma reforma diametralmente oposta, denominada “reformas ativas do júri”. Essas reformas seriam “inovações que incentivam a participação vigorosa dos jurados na tomada de decisões”¹⁰⁷ e incluem “mudanças prosaicas, como permitir a tomada de notas pelos jurados, bem como algumas mais controversas, como permitir que os jurados façam perguntas e autorizar discussões entre os jurados durante o *trial*”¹⁰⁸.

Um exemplo de reforma ativa do júri seria aquela procedida pelo Estado do Arizona. Hans conta que após a formação de um Comitê para tornar mais efetivo o uso do júri, a legislação do Arizona adotou em 1995 algumas das cinquenta e cinco recomendações propostas pelo Comitê¹⁰⁹, dentre elas “as reformas ativas do júri sobre a tomada de notas, a formulação de perguntas e as discussões entre os jurados durante os julgamentos civis”¹¹⁰. Além

¹⁰³ SUBRIN; WOO, op. cit., p. 257.

¹⁰⁴ Ibid., p. 257.

¹⁰⁵ HANS, Valerie P. Empowering the Active Jury: A Genuine Tort Reform. *Roger Williams University Law Review*, v. 13, Winter 2008, pp. 39-72.

¹⁰⁶ HANS, op. cit., p. 44-45.

¹⁰⁷ HANS, op. cit., p. 40.

¹⁰⁸ HANS, op. cit., p. 40-41.

¹⁰⁹ THE ARIZONA SUPREME COURT COMMITTEE ON MORE EFFECTIVE USE OF JURIES. *Jurors: The Power of 12*. November, 1994. Disponível em: <<https://www.azcourts.gov/Portals/15/Jury/Jury12.1.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

¹¹⁰ HANS, op. cit., p. 48.

disso, em 2005 a *American Bar Association* aprovou e publicou Princípios para *Jury Trials*¹¹¹, um conjunto de ideais orientadores para a realização de *jury trials*, englobando uma série de reformas ativas do júri. De acordo com Hans, “os Princípios recomendam inovações no *trial jury*, incluindo a tomada de notas pelos jurados [...], a formulação de perguntas pelos jurados e a opção de permitir que os jurados discutam sobre as provas durante o caso, em vez de aguardar as deliberações finais”¹¹².

Enfim, a reforma do júri está em marcha nos Estados Unidos¹¹³, e não é de causar admiração que o *McCormick on Evidence*, um dos mais conceituados manuais norte-americanos de direito probatório, insira as questões dos jurados como uma das etapas da inquirição de testemunhas¹¹⁴. Como observam também Shari Diamond, Mary Rose e Beth Murphy, conquanto a reforma não tenha recebido aprovação e adoção unânimes, a maioria das Cortes têm permitido – ou, pelo menos, considerado – que os jurados apresentem perguntas às testemunhas durante o *trial*¹¹⁵.

Diante de todos os esforços das duas últimas décadas para melhorar o serviço do *trial jury* e, inclusive, conscientizar a

¹¹¹ AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Principles for Juries and Jury Trials*. August, 2005. Disponível em: <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/american_jury/principles.authcheckdam.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2017.

¹¹² HANS, op. cit., p. 49.

¹¹³ A propósito, Gregory Mize e Christopher Connelly observam que em 2001 “[u]m projeto nacional para aumentar o uso de métodos efetivos da reforma do júri e melhorar as condições do serviço do júri foi iniciado. [...] O projeto – oficialmente o “Programa Nacional para Aumentar a Participação do Cidadão no Serviço do Júri Através das Inovações no Júri” – pretende aumentar a conscientização dos cidadãos sobre os aspectos positivos do serviço do júri e melhorar as condições do serviço do júri” (MIZE, Gregory; CONNELLY, Christopher J. *Jury Trial Innovations: Charting a Rising Tide*. *Court Review*, American Judges Association, v. 41, n. 1, Spring 2004, p. 9).

¹¹⁴ BROUN, Kenneth S. ET AL. *McCormick on Evidence*. 7. ed. St. Paul: West Publishing, 2013, p. 12.

¹¹⁵ As autoras citam, para chegar a essa conclusão, um caso da Suprema Corte de Ohio no qual é feita uma revisão dos casos federais e estaduais que adotam (ou não) a prática: *State v. Fisher*, 99 Ohio St.3d 127, 2003-Ohio-2761. Para mais informações, v. DIAMOND, Shari Seidman; ROSE, Mary; MURPHY, Beth. *Jurors’ Unanswered Questions*. *Court Review*, American Judges Association, v. 41, n. 1, Spring 2004, p. 20 et seq.

população sobre os aspectos positivos dessa prática, não parece restar grande dúvida acerca da importância do júri no modelo de processo civil norte-americano. Conforme observa Stephan Landsman, “[a] Suprema Corte, apesar dos muitos lapsos, não parece estar inclinada a destruir o júri. Suas decisões em *Gasperini*¹¹⁶ e *Ballew*¹¹⁷ sugerem que há uma linha a qual a Corte não está disposta a atravessar”¹¹⁸. E complementa: “o júri está sendo revitalizado em toda a América pela promulgação de uma série de estatutos favoráveis ao júri, pela criação de um novo e mais representativo painel de jurados e por pesquisas empíricas que ressaltam o seu valor”¹¹⁹.

O júri civil nos Estados Unidos não se trata, portanto, de mero folclore jurídico sem relevância prática. Senão exatamente o contrário. O *civil trial jury* vem merecendo a atenção do Poder Judiciário, de advogados, de acadêmicos e de diversas comissões formadas nas últimas décadas por todo o país¹²⁰. Tanto é assim que a “[i]dentificação e a implementação de medidas para melhorar o processo de seleção do júri e de seu serviço”¹²¹ é uma prioridade do sistema judicial no Estado do Arizona, conforme consta na Agenda

¹¹⁶ Landsman escreve que em *Gasperini v. Center for Humanities, Inc.* “a Corte de Apelações do Segundo Circuito examinou de perto e anulou a rejeição de um tribunal distrital acerca de uma *motion for new trial* sobre a questão de excessividade no veredito do júri. A Corte de Apelação, usando um padrão rigoroso de escrutínio, ordenou um novo julgamento ou a redução do veredito. A Suprema Corte decidiu que o Segundo Circuito tinha ido muito longe em sua revisão, invadindo a esfera do tribunal distrital e levantando questões sobre a preservação dos direitos garantidos pela Sétima Emenda” (LANDSMAN, Stephan. Appellate Courts and Civil Juries. *University of Cincinnati Law Review*, v. 70, Spring 2002, p. 894). Para mais informações, v. *Gasperini v. Center. for Humanities, Inc.*, 518 U.S. 415 (1996).

¹¹⁷ Landsman pontua que em *Ballew v. Georgia* “[a] lógica para a redução do número de jurados foi finalmente rejeitada pela Suprema Corte” (LANDSMAN, op. cit., p. 906). Para mais informações, v. *Ballew v. Georgia* 435 U.S. 223, 245 (1978).

¹¹⁸ LANDSMAN, op. cit., p. 908.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 908.

¹²⁰ Sobre isso, por todos, v. HANS, Valerie P. Empowering the Active Jury: A Genuine Tort Reform. *Roger Williams University Law Review*, v. 13, Winter 2008, p. 49-50.

¹²¹ ARIZONA SUPREME COURT. *Strategic Agenda for Arizona's Courts 2014-2019: Advancing Justice Together: Courts and Communities*. 2014, p. 6. Disponível em: <<http://www.azcourts.gov/portals/0/AdvancingJusticeTogetherSA.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

Estratégica elaborada pela Suprema Corte daquele Estado no ano de 2014.

Dessa forma, não parece haver melhor conclusão do que a exposta por Landsman ao escrever que “[o] júri ainda desempenha um papel vital no processo civil norte-americano e mantém o apoio de um experiente e qualificado corpo de jurados”¹²².

2 INQUISITORIAL SYSTEM

Após abordar-se alguns aspectos da figura do *adversarial system*, ainda resta examinar os dois principais aspectos levantados por Michele Taruffo que indicariam a impossibilidade de se discutir sobre a existência do *inquisitorial system*. Taruffo defende em seu ensaio basicamente que, a um, jamais existiu um modelo homogêneo e unitário de processo civil, bem como que, a dois, nas últimas décadas ocorreram tantas e tamanhas transformações nos ordenamentos processuais dos países da família de *civil law* que não é possível estabelecer alguma referência sintética e unitária aos modelos tradicionais de processo. Assim, sumarizados os dois pontos, passa-se à análise de tais aspectos.

2.1 A ficção e a realidade

Ao criticar a contraposição entre os sistemas *adversarial* e *inquisitorial*, Taruffo escreve que na Europa continental nunca existiu historicamente um modelo homogêneo e unitário de processo civil, porquanto a disciplina do processo era fragmentada em função da diversidade das jurisdições e da pluralidade das fontes reguladoras do processo. Para ele, tal demonstração superficial expressa, sob o perfil histórico, como é destituída de qualquer fundamento a ideia de um modelo *inquisitorial* de processo¹²³.

Do mesmo modo que Taruffo, não se pretende analisar aqui de forma pormenorizada todas as mudanças ocorridas nos últimos séculos nos principais ordenamentos de processo civil da Europa

¹²² LANDSMAN, op. cit., p. 908-909.

¹²³ TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado*: ensaios. Apresentação, organização e tradução: Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 23-24.

continental. Tal abordagem é prescindível porque não se discorda da existência de inúmeras variações e adaptações nos ordenamentos de processo civil dos países de tradição do *civil law*. O processo, como fenômeno cultural¹²⁴ que é, sempre sofre os influxos da sociedade, moldando-se conforme “o conjunto de vivências de ordem espiritual e material, que singularizam determinada época de uma sociedade”¹²⁵. O que se questiona, contudo, é se o fracasso do *inquisitorial system* como um modelo homogêneo e unitário que representa fielmente o processo civil dos países da Europa continental deve conduzir necessariamente à sua superação. Colocado o problema nesses termos, cabe questionar também se é possível, de fato, existir um modelo homogêneo e unitário de processo que englobe a *efetiva* realidade dos principais ordenamentos de processo dos países de tradição de *civil law*.

De acordo com Máximo Langer, tradicionalmente, os estudiosos de direito comparado empregaram as categorias teóricas ‘*adversarial*’ e ‘*inquisitorial*’¹²⁶ através de duas abordagens básicas: a abordagem do menor denominador comum e a abordagem do tipo ideal”¹²⁷.

¹²⁴ Sobre isso, por todos, v. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 92-98; SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 5-131; SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 192-219; LACERDA, Galeno. Processo e Cultura. *Revista de Direito Processual Civil*, v. III, Saraiva, São Paulo, 1961; MITIDIERO, Daniel. Processo e Cultura: Praxismo, Processualismo e Formalismo em Direito Processual Civil. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, v. 2, n. 2, setembro 2004, pp. 101-128; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 21-52.

¹²⁵ LACERDA, Galeno. Processo e Cultura. *Revista de Direito Processual Civil*, v. III, Saraiva, São Paulo, 1961, p. 75.

¹²⁶ Sobre as origens intelectuais da distinção *adversarial* e *inquisitorial*, v. LANGER, Máximo. In the Beginning Was Fortescue: On the Intellectual Origins of the Adversarial and Inquisitorial Systems and Common and Civil Law in Comparative Criminal Procedure. In: ACKERMAN, Bruce; AMBOS, Kai; SIKIRIĆ, Hrvoje (Eds.). *Visions of Justice: Liber Amicorum Mirjan Damaška*. Berlim: Duncker & Humblot, 2016.

¹²⁷ LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. *Harvard International Law Journal*, v. 45, n. 1, Winter 2004, p. 7. No

A abordagem do menor denominador comum seria aquela na qual os sistemas *adversarial* e *inquisitorial* contêm as características comuns a todos os procedimentos de *common law* e de *civil law*, respectivamente. Para Langer, tal abordagem apresenta inúmeros problemas¹²⁸. Em primeiro lugar, com base nessa abordagem, cada vez que uma jurisdição específica deixa de lado uma característica que fazia parte desse menor denominador comum, enfrenta-se o seguinte dilema: ou se modifica o conteúdo das categorias *adversariais* e *inquisitoriais*, ou se remove esta jurisdição da contraposição entre os sistemas *adversarial* ou *inquisitorial*. Como observa Mirjan Damaška, “o menor denominador comum de cada sistema é instável e está mudando constantemente”¹²⁹. Em segundo lugar, essa abordagem não permite distinguir quais são as características primárias e secundárias de ambos os sistemas. Ou seja, ela não fornece uma resposta para a seguinte pergunta: por que certos recursos são mais relevantes do que outros para distinguir os dois sistemas?¹³⁰ Em terceiro lugar, essa abordagem não parece útil na análise de sistemas híbridos, que foram influenciados por ambas as tradições legais, e talvez também por outras tradições legais encontradas no mundo. Em quarto e último lugar, essa abordagem não parece fornecer um quadro teórico útil para lidar com os

total, Langer identifica cinco principais usos das categorias *adversarial-inquisitorial*: (I) tipos ideais descritivos; (II) sistemas históricos ou sociológicos presentes em processos penais atuais; (III) interesses ou valores opostos que coexistem em qualquer processo criminal; (IV) funções do processo criminal; e (V) modelos normativos (LANGER, Máximo. *The Long Shadow of the Adversarial and Inquisitorial Categories*. In: DUBBER, Markus D.; HÖERNLE, Tatjana (Eds.). *The Oxford Handbook on Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 887 et seq.).

¹²⁸ Os problemas são descritos com base em LANGER, Máximo. *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*. *Harvard International Law Journal*, v. 45, n. 1, Winter 2004, p. 7-8.

¹²⁹ DAMAŠKA, Mirjan. *The Faces of Justice and State Authority*. New Haven and London: Yale University Press, 1986, p. 5.

¹³⁰ Nas palavras de Damaška, “os critérios de inclusão de características nos modelos tornam-se numerosos e difíceis de organizar de forma coerente: as tradições adotam questões analiticamente separadas relativas à estrutura das instituições, à escolha da forma processual e características similares que podem coexistir na tensão não resolvida” (DAMAŠKA, op. cit., p. 5).

fenômenos de influência e transplante legais, pois a melhor solução que tal abordagem pode oferecer quando uma prática legal é transferida de uma jurisdição *adversarial* para uma jurisdição *inquisitorial* é que a ausência deste instituto não é mais uma característica do sistema *inquisitorial* ou que a jurisdição receptora específica não é mais parte da família jurídica *inquisitorial*. Para Damaška, essa abordagem, em suma, mostra-se “complicada e difícil de ser empregada como instrumento de análise”¹³¹.

A abordagem do tipo ideal, por seu turno, seria aquela que compreende os sistemas *adversarial* e *inquisitorial* como tipos ideais weberianos¹³², *i. e.* “construções mentais destinadas a servir como categorias do pensamento, cujo uso nos ajudará a capturar a múltipla variedade da realidade, comparando seus fenômenos com os tipos “puros” que são usados, por assim dizer, para servir de guia”¹³³. Os sistemas jamais existiriam rigorosamente em qualquer ordenamento jurídico tomado historicamente, de sorte que, nas palavras de Damaška, essa abordagem separa “os dois modos do processo legal das contingências da história”¹³⁴, pois “os processos *adversariais* e *não adversariais* tornam-se criaturas fictícias, raramente encontradas na realidade, mas sob certas condições úteis para analisá-la e torná-la inteligível”¹³⁵. E complementa o autor: “uma vez obtidas da observação de sistemas reais, essas ideias assumem, por assim dizer, uma vida própria”¹³⁶. Assim, “[s]uas implicações para a forma processual podem ser rastreadas de forma consistente em uma ampla gama de questões processuais, mesmo que nenhum sistema real chegue a ponto de incorporar todas essas implicações”¹³⁷. Com base nessa abordagem, as jurisdições de *common law* estariam mais próximas do tipo *adversarial*, ao passo que as jurisdições de *civil law*

¹³¹ DAMAŠKA, op. cit., p. 5.

¹³² Também adotando uma abordagem com base em *tipos ideais weberianos*, embora opte pelas categorias assimétrica e isonômica para representar a realidade, v. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 54 et seq.

¹³³ Com base em Max Rheinstein, explica LANGER, op. cit., p. 8, nota 29.

¹³⁴ DAMAŠKA, op. cit., p. 5.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 5.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 5.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 5.

estariam mais próximas do tipo *inquisitorial*¹³⁸.

Segundo Langer, Mirjan Damaška “mostrou o uso mais sofisticado desta abordagem, embora ele substitua os sistemas *adversarial* e *inquisitorial* pelas suas próprias categorias”¹³⁹, opção, inclusive, que lhe assegurou menções no ensaio de Michele Taruffo com o fito de sustentar o fim da contraposição entre os sistemas *adversarial* e *inquisitorial*¹⁴⁰. De fato, Damaška condena as “tentativas vãs de expressar o núcleo do contraste entre a administração da justiça Continental e Anglo-americana ao justapor esses conceitos [*adversarial* e *inquisitorial*]”. Para ele, “[a] maioria das características que constituem o contraste essencial não podem ser capturadas por eles, especialmente se a visão se estender além da área estreita do processo criminal”¹⁴¹. Contudo, é importante observar que, de acordo com Damaška, “o significado fundamental da oposição permanece razoavelmente certo”¹⁴². Ou seja, de um lado,

¹³⁸ No mesmo sentido, v. JOLOWICZ, J. A. *On civil procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 175 et seq.

¹³⁹ LANGER, op. cit., p. 8, nota 30. No mesmo sentido, v. ACKERMAN, Bruce A. My Debt to Mirjan Damaška. *The Yale Law Journal Company*, The Pocket Part, v. 118, Mar. 2009, p. 172.

¹⁴⁰ TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Apresentação, organização e tradução: Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 16.

¹⁴¹ DAMAŠKA, op. cit., p. 6. Nesse sentido, Paul Roberts escreve, em coletânea que homenageia os estudos de Mirjan Damaška, que “expor as limitações da dicotomia *adversarial-inquisitorial* como um instrumento analítico não deve ser automaticamente equiparado a defender seu completo abandono. Na verdade, Damaška trabalhou e aumentou os modelos conceituais de processo já existentes, em vez de partir do zero” (ROBERTS, Paul. *Faces of Justice Adrift? Damaška’s Comparative Method and the Future of Common Law Evidence*. In: JACKSON, Jon; LANGER, Máximo; TILLERS, Peter (Eds.). *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška*. Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 299).

¹⁴² DAMAŠKA, op. cit., p. 4. A propósito, Oscar Chase observa que embora Damaška fosse crítico da divisão simplista *adversarial-inquisitorial*, admitia a persistência de tais sistemas. E afirma: “os rótulos servem como uma abreviação útil, desde que lembremos de suas limitações” (CHASE, Oscar G. ET AL. *Law, culture, and ritual: disputing systems in cross-cultural context*. New York: New York University Press, 2005, p. 54). Afora isso, não se pode olvidar que Damaška anos antes escrevera que “mesmo que a utilidade descritiva dos dois modelos processuais seja recusada – e acredito que razoavelmente ela não possa ser –, permanece seu valor heurístico” (DAMAŠKA, Mirjan. *Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study*. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 121,

manifesta-se uma investigação oficial. De outro lado, uma disputa entre dois adversários diante de um juiz passivo. Além disso, para o autor, “[a]ssim concebida [em conformidade com a segunda abordagem], a tipologia [*adversarial* e *inquisitorial*] pode ser usada como um mapa neutro através dos países da Europa continental e Anglo-americanos”¹⁴³, de modo que “[o] esforço para entender as formas de Justiça nos Estados modernos é melhor atendido por esta segunda abordagem”¹⁴⁴.

Igualmente, Langer observa que a segunda abordagem é muito mais promissora do que a abordagem do menor denominador comum e enfrenta muitas de suas deficiências, na medida em que o uso de *tipos ideais* identifica as diferenças relevantes entre os sistemas *adversarial* e *inquisitorial* de forma que uma mudança no procedimento de um sistema não necessariamente acarreta a mudança ou descarte do modelo integralmente. Além disso, a abordagem do tipo ideal fornece um quadro útil para analisar os fenômenos de influências e transplantes jurídicos entre procedimentos de *common law* e de *civil law*.

Mas, enfim, quais seriam as características dos tipos ideais *adversarial* e *inquisitorial*?

Após advertir que tanto nas jurisdições Anglo-americanas

1973, p. 577). Recentemente, Damaška ressaltou que os modelos *adversarial* e *inquisitorial* são formas enganosas de identificar características distintivas entre os processos de *common law* e de *civil law*, mas defendeu, uma vez mais, que a distinção ainda possui utilidade (DAMAŠKA, Mirjan. Rethinking the Common Law/Civil Law Divide: Residual Truth of a Misleading Distinction. In: CHASE, Oscar G.; WALKER, Janet (Eds.). *Common law, civil law and the future of categories*. Markham: LexisNexis, 2010, pp. 3-21). Também reconhecendo a utilidade da distinção *adversarial-inquisitorial*, v. STÜRNER, Rolf; KERN, Christoph. Processo civil comparado: tendências recentes e fundamentais. Tradução: Teresa Arruda Alvim Wambier. *Revista de Processo*, v. 200, out. 2011, pp. 203-234.

¹⁴³ DAMAŠKA, Mirjan. *The Faces of Justice and State Authority*. New Haven and London: Yale University Press, 1986, p. 6.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 6. É exatamente para demonstrar o contraste essencial entre a administração da justiça Continental e Anglo-americana que o autor cria novas categorias. Nas palavras de Paul Roberts, “[o]s modelos processuais que Damaška elaborou em *Faces of Justice* eram inequivocamente tipos ideais concebidos para fins analíticos. Tais modelos eram perfeitamente adequados à ambição de Damaška de entender a complexidade das práticas processuais existentes em termos de seus padrões, lógicas e valores subjacentes [...]” (ROBERTS, op. cit., p. 299-300).

como nas de *civil law* as expressões “*adversarial*” e “*inquisitorial*” estão repletas de conotações políticas e culturais, o que levou ao que poderia ser descrito como uma luta retórica para a apropriação desses termos, Langer enfatiza que faz uso dos sistemas *adversarial* e *inquisitorial* apenas como ferramentas descritivas para fins de direito comparado¹⁴⁵.

Em vez de tentar explicar as diferenças entre os sistemas por meio de um princípio explicativo, Langer identifica dois modelos dentro de cada sistema como bases de comparação¹⁴⁶. Segundo ele, o primeiro par de modelos para comparação é o *modelo da disputa* (uma característica do sistema *adversarial*) e o *modelo da investigação oficial* (uma característica do sistema *inquisitorial*). De acordo com o modelo da disputa, o processo seria uma disputa entre duas partes perante um decisor passivo. Por seu turno, no modelo da investigação oficial, o processo seria uma investigação realizada por funcionários do Estado. O segundo par de modelos que Langer emprega para capturar as diferenças entre os procedimentos de *common law* e de *civil law* são aqueles que Mirjan Damaška chama de *modelos coordenados* e *hierárquicos*. Para Damaška, no modelo coordenado, a autoridade é exercida por decisores leigos em relações de poder relativamente horizontais entre si que aplicam padrões comunitários em suas decisões. No modelo hierárquico, a autoridade é exercida por decisores legais profissionais que aplicam padrões técnicos em suas decisões e cujas relações são hierárquicas¹⁴⁷.

¹⁴⁵ LANGER, op. cit., p. 20. Nesse sentido, inclusive, o Professor Damaška observa que “[u]sando um termo mais elegante, devo chamá-los de modelos e, para evitar o agrupamento de associações confusas que cercam os rótulos ‘inquisitorial’ e ‘acusatório’, devo referir-me a eles como os modelos *adversarial* e *não adversarial*” (DAMAŠKA, Mirjan. Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 121, 1973, p. 562). É preciso atentar, todavia, que os sistemas *adversarial* e *inquisitorial* pertencem ao processo penal acusatório, e não ao processo inquisitivo, na medida em que as funções de julgar e de acusar estão nas mãos de entes distintos. Nesse sentido, v. AMBOS, Kai. International criminal procedure: “adversarial”, “inquisitorial” or mixed?. *International Criminal Law Review*, v. 3, Kluwer Law International, 2010, p. 2-5; GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no Processo Penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 27, jul-set, 1999, pp. 71-79.

¹⁴⁶ LANGER, op. cit., p. 17 et seq.

¹⁴⁷ DAMAŠKA, Mirjan. *The Faces of Justice and State Authority*. New Haven and

Essas são apenas, como o próprio Langer observa¹⁴⁸, descrições curtas e esquemáticas das diferenças entre os processos de *common law* e de *civil law*. O objetivo é tão somente fornecer um esboço descritivo de cada processo, permitindo a apreensão de algumas características dos *tipos ideais adversarial* e *inquisitorial*, sistemas puros que servem de guia ao estudioso do direito comparado. Trata-se de ficções, generalizações, que se afastam da realidade e assumem vida própria, fornecendo, embora com limitações teóricas e temáticas, um ponto de partida¹⁴⁹ para a compreensão e a análise do processo judicial. Se é certo que a distinção *adversarial-inquisitorial* precisa ser transcendida – e não abandonada¹⁵⁰ –, é certo também que se deve partir dela¹⁵¹.

London: Yale University Press, 1986, p. 16-71. Langer traça algumas modificações nos modelos de Damaška. No modelo coordenado, característico do processo adversarial, explica, verifica-se a participação leiga através do júri, menos controle hierárquico, uma preferência pela produção oral das provas, um tribunal bifurcado composto por um órgão leigo (o júri) e um profissional (o juiz), a ausência de uma justificação obrigatória do veredito e regras detalhadas sobre prova. No modelo hierárquico, que constitui parte do processo inquisitorial, Langer inclui decisores profissionais, maior controle hierárquico, aceitação dos elementos de prova reunidos durante a investigação e documentados em um dossiê escrito, um único julgador que decide quais evidências são admitidas e profere a sentença, a justificação escrita desse veredito (ou dessa sentença) e poucas regras probatórias para filtrar quais elementos de prova são apresentados e como eles devem ser avaliados (LANGER, op. cit., p. 25-26).

¹⁴⁸ LANGER, op. cit., p. 26.

¹⁴⁹ Nesse sentido, Paul Roberts escreve, em coletânea que homenageia os estudos de Mirjan Damaška, que “[o]s modelos de Damaška deram nova vida à dicotomia tradicional entre os processos ‘inquisitoriais’ e ‘adversariais’ e, na minha opinião, resistiram à prova do tempo como uma resposta persuasiva aos comentaristas que dispensariam a metodologia de modelagem em geral, ou os conceitos de processo ‘adversarial’ e ‘inquisitorial’ em particular; desde que seja claramente entendido que a construção de modelos ideais deve ser um ponto de partida, e não o destino final da análise jurídica comparativa” (ROBERTS, Paul. *Faces of Justice Adrift? Damaška’s Comparative Method and the Future of Common Law Evidence*. In: JACKSON, Jon; LANGER, Máximo; TILLERS, Peter (Eds.). *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška*. Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 325).

¹⁵⁰ Nesse sentido, v. LANGER, Máximo. *Strength, Weakness or Both? On the Endurance of the Adversarial-Inquisitorial Systems in Comparative Criminal Procedure*. In: ROSS, Jacqueline E.; THAMAN, Stephen C. *Comparative Criminal Procedure* (Research Handbooks in Comparative Law series). Cheltenham-

Como escreveu Jorge Luis Borges no conto *Funes el memorioso*: “Pensar é esquecer diferenças, é generalizar, abstrair”¹⁵². Difícil, senão impossível, pois, encaixilhar *rigorosamente* todos os processos encontrados nas diferentes jurisdições em dois grandes sistemas homogêneos e unitários. Tal problemática, inclusive, não se trata de uma exclusividade do processo dos países de tradição do *civil law*, notadamente se se considerar aquilo a que se convencionou chamar de “excepcionalismo norte-americano” ou “*American way of Law*”¹⁵³. Nesse contexto, é de se esperar os inúmeros problemas enfrentados pela abordagem dos sistemas *adversarial* e *inquisitorial* do menor denominador comum, que busca encontrar características comuns a todos os procedimentos de *common law* e de *civil law*. O grande êxito da abordagem do tipo ideal parece ser exatamente que “[p]ara todos os modelos estão, por definição, caricaturas sugestivas e simplificações”¹⁵⁴. Dessa forma, “é a Weber que devemos o ditado paradoxal de que, para entender o contexto real, temos de construir um irreal”¹⁵⁵.

É certo que “existem níveis de análise em que os modelos processuais são geralmente estereótipos enganosos ou clichês sem vida”¹⁵⁶. Contudo, “este é precisamente o seu padrão de qualidade;

Northampton: Edward Elgar Publishing, 2016, p. 519 et seq.

¹⁵¹ Sobre isso, v. LANGER, Máximo. The Long Shadow of the Adversarial and Inquisitorial Categories. In: DUBBER, Markus D.; HÖERNLE, Tatjana (Eds.). *The Oxford Handbook on Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 887 et seq.

¹⁵² BORGES, Jorge Luis. *Obras Completas*. 14. ed. Edição: Carlos V. Frías. Buenos Aires: Emecé Editores, 1974, p. 490.

¹⁵³ Para mais informações sobre o chamado “excepcionalismo norte-americano”, v. LIPSET, Seymour. *American Exceptionalism: A Double-Edged Sword*. New York: W. W. Norton, 1996; KAGAN, Robert A. *Adversarial legalism: the American way of Law*. Massachusetts: Harvard University Press, 2001; CHASE, Oscar G. ET AL. *Law, culture, and ritual: disputing systems in cross-cultural context*. New York: New York University Press, 2005, p. 47-71; CHASE, Oscar G. American “Exceptionalism” and Comparative Procedure. *The American Journal of Comparative Law*, v. 50, Spring 2002, pp. 277-301.

¹⁵⁴ DAMAŠKA, Mirjan. Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 121, 1973, p. 577.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 577.

¹⁵⁶ DAMAŠKA, Mirjan. Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure. *Yale Law Journal*, v. 84, 1975, p. 482.

de fato, sua virtude. Eles são usados para nos libertar da tirania dos detalhes, para que possamos discernir os atributos distintivos globais dos fenômenos complexos”¹⁵⁷. Num mundo abarrotado de diversas jurisdições, atentar-se senão aos detalhes, por vezes quase imediatos, em busca da descrição da *efetiva*¹⁵⁸ realidade dos ordenamentos

¹⁵⁷ Ibid., p. 482.

¹⁵⁸ O próprio Professor Michele Taruffo observa que “o modelo não existe em realidade, mas vem – justamente – construído [...] Naturalmente, quanto mais um modelo é aproximado à realidade que pretende retratar tanto maior será a sua capacidade heurística e a sua utilidade como instrumento de análise. Pode-se falar assim em modelos ‘bons’ ou ‘maus’, dotados de maior ou menor capacidade representativa segundo a sua proximidade àquilo que é tipicizado” (TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios. Apresentação, organização e tradução: Daniel Mitidiero*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 14). Entretanto, páginas adiante, pontua que “a ideia de um modelo homogêneo de processo civil de *civil law* foi e permanece sendo uma *fictio* conceitual que escondeu e confundiu a efetiva realidade dos principais ordenamentos da Europa continental e daqueles que dele são derivados de vários modos na Europa e em outras partes do mundo. Terminou-se por sobrepor a essa realidade variada um modelo teórico unitário que não só era bastante vago e indeterminado nas suas linhas fundamentais, mas que, além disso, não encontrava real correspondência em qualquer tipo de efetiva uniformidade das disciplinas processuais que pretendia descrever” (TARUFFO, op. cit., p. 26-27). Com efeito, é preciso notar que se o modelo é uma construção (boa ou má) de um intérprete e, mais do que isso, uma obra que varia o nível de proximidade com a realidade, cujo objetivo é tornar possível e racional a análise de diversos ordenamentos jurídicos, espera-se que ele (modelo) seja vago e indeterminado nas suas linhas fundamentais e não encontre uma *real* correspondência nas disciplinas processuais que descreve. Um modelo deve ser vago e sem limites precisos, senão nele jamais poderão penetrar todos os processos das diversas jurisdições que lhe são associadas. Além disso, em sendo uma construção, o modelo é uma ficção, pois desatado da realidade. Recentemente, Taruffo mostrou-se ainda cético quanto à persistência da distinção *adversarial-inquisitorial*, defendendo que “os dogmas tradicionais e o uso de conceitos muito abstratos e vagos foram substituídos em favor de abordagens mais concretas baseadas nas dimensões histórica, social e ideológica dos fenômenos legais” (TARUFFO, Michele. *Some Remarks about Procedural Models*. In: CHASE, Oscar G.; WALKER, Janet (Eds.). *Common law, civil law and the future of categories*. Markham: LexisNexis, 2010, p. 627). No mesmo sentido, defendeu que não se pode falar em icebergs de *civil law* e de *common law* e que qualquer comparação no nível dos macrossistemas pode ser inútil e, quiçá, fantasiosa, motivo pelo qual é fortemente preferível a microcomparação, *i. e.* a comparação por ordenamentos (TARUFFO, Michele. *Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade*. Tradução: Hermes Zaneti Junior. *Revista de Processo*, v. 181, mar. 2010, pp. 167-172). Tudo bem visto, como observam Janet Walker e Oscar Chase,

jurídicos processuais da Europa continental e daqueles que lhe são derivados pode trazer inúmeras complicações, como as enfrentadas por Funes, a quem “não apenas custava compreender que o símbolo genérico *cão* abarcava tantos indivíduos díspares de diversos tamanhos e diversa forma”¹⁵⁹, mas também “perturbava que o cão das três e catorze (visto de perfil) tivesse o mesmo nome que o cão das três e quatro (visto de frente)”¹⁶⁰.

2.2 Entre transplantes e traduções

Para Taruffo¹⁶¹, o *inquisitorial system* também deve ser superado se se considerar que dentro do mundo de *civil law*, muito em razão da intensa influência exercida pelos Estados Unidos após o fim da Segunda Guerra Mundial, vêm se manifestando fortes influxos derivados dos modelos de *common law*. Dessa forma, o jurista italiano defende, uma vez mais, que um modelo homogêneo de processo civil de *civil law* é uma *fictio* conceitual que esconde a efetiva realidade dos principais ordenamentos da Europa continental e sobrepôs a essa realidade um modelo teórico vago, indeterminado e sem real correspondência com as disciplinas processuais que pretendia descrever.

À parte as observações já tecidas acima, com base em Mirjan Damaška, sobre a abordagem dos sistemas *inquisitorial* e *adversarial* como tipos ideais e a sua utilidade para analisar e compreender a realidade dos ordenamentos jurídicos de diversas jurisdições, alguns apontamentos devem ser feitos relativamente aos transplantes jurídicos que vêm sendo realizados dentro dos ordenamentos jurídicos processuais tanto dos países de tradição de *civil law* quanto dos países da família de *common law*. Aqui, uma vez mais, quem

“uma barreira talvez insuperável para o abandono de nossas categorias consagradas (mesmo que desgastadas pelo tempo) é que não há um novo paradigma na mão para substituí-las. Várias alternativas foram mencionadas pelos participantes da conferência, mas nenhuma delas sem problemas” (CHASE, Oscar G.; WALKER, Janet. Introduction. In: _____ (Eds.). *Common law, civil law and the future of categories*. Markham: LexisNexis, 2010, p. lxi).

¹⁵⁹ BORGES, op. cit., p. 490.

¹⁶⁰ Ibid., p. 490.

¹⁶¹ TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Apresentação, organização e tradução: Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 24-27.

alunmia a compreensão acerca desse fenômeno é Damaška.

Conforme observa Damaška, “[s]empre que novas leis são formuladas, é imperativo que elas estejam em consonância com as instituições do Estado a que estão destinadas”¹⁶², de maneira que não é de se estranhar que “o significado e o impacto da regulamentação processual se voltem para as condições externas – mais diretamente ao contexto institucional em que a justiça é administrada em um determinado país”¹⁶³. Para o autor, a experiência demonstra que até mesmo regras textualmente idênticas adquirem um significado diferente e produzem distintas consequências em uma diversa configuração institucional. Ou seja, a música muda sensivelmente quando os instrumentos musicais e os músicos não são os mesmos¹⁶⁴.

Com efeito, Damaška aponta que o processo civil da Europa continental possui características “*adversariais*”. Entretanto, o processo dos países de tradição de *civil law* mantém importantes diferenças daquilo a que o autor chama de “ecologia processual”, e sua importância não deve ser ignorada para o sucesso dos transplantes¹⁶⁵ entre sistemas jurídicos. Nesse contexto, Damaška destaca três fatores responsáveis pelo contraste entre o estilo Anglo-americano e o de *civil law*, quais sejam, (I) a diferente organização judicial, (II) a variação da organização temporal dos procedimentos e (III) a alocação desigual do controle processual entre o órgão judicial e as partes¹⁶⁶.

Um exemplo brasileiro parece ser bastante ilustrativo a esse respeito.

Não raro se percebe na literatura alusões a um procedimento de *cross-examination* na inquirição de uma testemunha arrolada pela parte adversa no sistema processual brasileiro. Diz-se que a redação

¹⁶² DAMAŠKA, Mirjan. The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments. *American Journal of Comparative Law*, v. 45, n. 4, 1997, p. 839.

¹⁶³ DAMAŠKA, op. cit., p. 839.

¹⁶⁴ DAMAŠKA, op. cit., p. 840.

¹⁶⁵ Para mais informações sobre a noção de “transplante jurídico”, v. CAIRNS, John W. Watson, Walton, and The History of Legal Transplants. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, v. 41, 2013, pp. 638-696; WATSON, Alan. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. 2. ed. Georgia: University of Georgia Press, 1993.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 840.

dada ao art. 212 do Código de Processo Penal pela Lei nº 11.690/2008, praticamente idêntica à redação do art. 459 do novo Código de Processo Civil, introduziu, no direito brasileiro, a técnica da *cross-examination*¹⁶⁷, a qual consistiria “na possibilidade de as partes (ou seus advogados) diretamente realizarem perguntas à parte adversa ou a testemunha por estas arroladas”¹⁶⁸¹⁶⁹¹⁷⁰. Por sua vez, a jurisprudência pátria também não hesita em mencionar a adoção da técnica da *cross-examination* pelo sistema processual brasileiro, havendo julgados referindo expressamente que “[a] Lei nº 11.690, de 09/08/2008, alterou a redação do art. 212 do Código de Processo Penal, passando-se a adotar o procedimento do Direito Norte-Americano, chamado *cross-examination*”¹⁷¹. Curioso notar,

¹⁶⁷ CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. Neoprivatismo e neopublicismo a partir da lei 11.690/2008. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 167, jan. 2009, p. 30.

¹⁶⁸ CARDOSO, Oscar Valente. Direct examination e cross-examination no processo civil brasileiro. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 75, jun. 2009, p. 84.

¹⁶⁹ Nórton Luís Benites escreve que “[o] cerne do novo regime está em as próprias partes – diretamente – poderem fazer as perguntas às testemunhas arroladas por si (*direct examination*) e pelo adversário (*cross-examination*)”, embora deixe claro que se trata de um “sistema pátrio assemelhado de *direct examination* e de *cross-examination*” (BENITES, Nórton Luís. Inquirição de testemunhas no processo penal: regime da Lei 11.690/2008. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 32, outubro. 2009. Disponível em:

<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao032/norton_benites.html>.

Acesso em: 06 jul. 2017). Mantendo a mesma cautela, Kézia Borba Borges escreve que a inquirição de uma testemunha sem a intermediação do juiz aproxima, em certa medida, o sistema brasileiro do estadunidense (v. BORGES, Kézia Borba. *Inquirição de testemunhas no processo civil: um estudo à luz do direito estadunidense*. 2014. 75 f. Trabalho de Conclusão de Curso-Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 67). Falando também em aproximação do sistema brasileiro à *cross-examination* do sistema anglo-saxão, v. ÁVILA, Thiago André Pierobom de. A interpretação do “novo” art. 212 do CPP brasileiro: uma contribuição metodológica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 917, mar. 2012, pp. 329-383.

¹⁷⁰ Encontra-se também na literatura alusão à adoção do sistema da *cross-examination* pelo Tribunal do Júri (v. ABREU, Vinícius de. A ineficácia do sistema presidencial na inquirição de testemunhas. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 21, jan-jun 2008, pp. 253-263; VERAS, Jamille Gonçalves. As recentes alterações na Lei do Tribunal do Júri e seu impacto no mundo jurídico. *Revista de Ciências Penais*, São Paulo, v. 17, jul-dez 2012, pp. 49-63).

¹⁷¹ *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*, Recurso em Sentido Estrito

entretanto, que, a despeito da excitação inicial, o artigo 212 do Código de Processo Penal transformou-se em uma das disposições legais mais desrespeitadas pelos juízes brasileiros com o passar dos anos¹⁷², tornando-se praxe forense relegar ao advogado a tarefa de complementar a inquirição da testemunha sobre os pontos não esclarecidos, papel que, de acordo com o Parágrafo único do art. 212 do Código de Processo Penal, incumbiria ao juiz. Tudo bem visto, o problema encontra raízes profundas e vai muito além da literalidade do Código de Processo Penal brasileiro.

Como esclarece Damaška, aludindo especificamente ao processo civil, embora tal raciocínio também seja reconduzível ao processo penal¹⁷³, crítico a esse respeito é o papel desempenhado pelo advogado nas duas famílias de processo. Para ele, “[n]o procedimento Anglo-americano, os advogados se envolvem rotineiramente em atividades de pesquisa e coleta de informações”¹⁷⁴. Por outro lado, na Europa continental, “os advogados têm pouco contato com potenciais testemunhas e realizam quase nenhuma investigação dos fatos relativos ao caso”¹⁷⁵.

nº 70037794583, Terceira Câmara Criminal, Relator: Odone Sanguiné, j. em 04/11/2010. No mesmo sentido, inclusive com a mesma literalidade, v. *STJ*, HC 263.000/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, 6ª Turma, j. em 05/09/2013, DJE 23/09/2013.

¹⁷² Prova disso é o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça de que “[e]ventual inobservância à ordem estabelecida no artigo 212 do Código de Processo Penal caracteriza vício relativo, devendo ser arguido no momento processual oportuno, com a demonstração da ocorrência do dano sofrido pela parte, sob pena de preclusão” (*STJ*, HC 362.022/PR, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, DJe 7/11/2016).

¹⁷³ Falando especificamente de processo penal, v. LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. *Harvard International Law Journal*, v. 45, n. 1, Winter 2004, p. 20-24. O próprio Professor Michele Taruffo observa, em seu prólogo à tradução espanhola de *Il processo civile ‘adversary’ nell’esperienza americana*, que “é necessário ter presente que a ideologia *adversarial* é comum – como explicou Kagan – a todas as áreas do direito, e especificamente também ao processo penal” (TARUFFO, Michele. *El proceso civil adversarial en la experiencia americana*. Tradução: Beatriz Quintero. Bogotá: Editorial Temis S. A., 2008, p. XII-XIII).

¹⁷⁴ DAMAŠKA, Mirjan. The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments. *American Journal of Comparative Law*, v. 45, n. 4, 1997, p. 844.

¹⁷⁵ DAMAŠKA, op. cit., p. 844.

De todo modo, o que importa destacar aqui é que se a tentativa de adoção de um procedimento assemelhado à *cross-examination*, como ocorreu no artigo 212 do Código de Processo Penal, vier desacompanhada da expansão do papel do advogado antes da apresentação da prova perante o órgão judicial por meio, v. g., de maior contato com as potenciais testemunhas, o sistema não poderá ser efetivo. Não bastasse isso, “reformas nessa direção não são fáceis de conciliar com as noções aceitas quanto à medida em que o aparato oficial da Justiça pode delegar a execução de atos processuais aos membros de uma profissão privada”¹⁷⁶. Por conseguinte, o transplante de institutos oriundos do processo Anglo-americano depende de mudanças adicionais e abrangentes no direito processual e nos hábitos de trabalho dos tribunais e das profissões jurídicas nos países de tradição de *civil law*, sob pena de refletir uma preocupação exclusiva com a forma dos atos processuais¹⁷⁷.

É exatamente por isso que, para Máximo Langer, os modelos *adversarial* e *inquisitorial* não são apenas duas maneiras de estruturar o processo, mas também duas formas de entender e representar o procedimento, *i. e.* duas estruturas diferentes de interpretação e de significado por meio das quais os atores de um determinado sistema jurídico compreendem o procedimento e seu papel no sistema¹⁷⁸. Dentro dessas duas estruturas processuais de interpretação e significado – a que o autor denomina de “linguagens processuais” –, as mesmas expressões ou signos geralmente têm significados diferentes. Langer explica que “é possível identificar sistemas *adversariais* e *inquisitoriais* porque os atores legais das jurisdições Anglo-americanas e de *civil law* usam constantemente, de forma consciente e inconsciente, estruturas *adversariais* e *inquisitoriais* de interpretação e de significado”¹⁷⁹. Ou seja, embora se diga que o processo penal brasileiro tenha adotado, com base no art. 212 do CPP, um procedimento de *cross-examination* oriundo do direito estadunidense, os atores legais do sistema fazem uso,

¹⁷⁶ DAMAŠKA, op. cit., p. 848.

¹⁷⁷ DAMAŠKA, op. cit., p. 849.

¹⁷⁸ LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. *Harvard International Law Journal*, v. 45, n. 1, Winter 2004, p. 9-11.

¹⁷⁹ LANGER, op. cit., p. 11.

consciente ou inconscientemente, de lentes *inquisitoriais* na atribuição de significado ao procedimento, o que permite identificar que o processo brasileiro permanece mais próximo do tipo *inquisitorial*.

Portanto, as fortes influências derivadas do processo dos países de *common law*, em especial dos Estados Unidos, podem até envolver os processos dos países de tradição de *civil law* em uma espécie de fragmentação ou diferenciação interna¹⁸⁰, o que, inclusive, decorre da própria variedade de jurisdições existentes. Contudo, de modo algum acarretam a superação do *inquisitorial system* como tipo ideal. Senão o contrário.

Os influxos de determinado sistema jurídico sobre outro não devem ser vistos como transplantes jurídicos que transferem determinado instituto para um corpo diverso de regras de forma insuscetível, passando a compor o novo corpo com as características herdadas do outro sistema jurídico. Nas palavras de Pierre Legrand, “o transplante não acontece de fato: uma característica fundamental da regra – seu significado – fica para trás de modo que a regra que estava ‘lá’, com efeito, não é deslocada para ‘cá’”¹⁸¹. De acordo com o autor, “[n]a melhor das hipóteses, o que pode ser deslocado de uma jurisdição a outra é, literalmente, uma forma de palavras *sem sentido*”¹⁸². Os institutos são traduzidos e sofrem mutações para, aí sim, fazerem parte do novo corpo de regras. “Isso porque, à medida que atravessa fronteiras, a regra original sofre necessariamente uma mudança que a afeta *enquanto* regra”¹⁸³. Desse modo, conforme defende Langer, a abordagem teórica dos sistemas *adversarial* e *inquisitorial* é importante para compreender como as práticas legais e os institutos podem ser transformados quando traduzidos entre os sistemas jurídicos, quer por decisões dos “tradutores” (reformadores), quer pelas diferenças estruturais entre os sistemas jurídicos ou, ainda, em decorrência de mudanças inesperadas sofridas no sistema jurídico que recebe determinado instituto.

¹⁸⁰ LANGER, op. cit., p. 62-63.

¹⁸¹ LEGRAND, Pierre. A Impossibilidade de “Transplantes Jurídicos”. Tradução: Gustavo Castagna Machado. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS*, v. 9, n. 1, 2014, p. 10.

¹⁸² LEGRAND, op. cit., p. 12.

¹⁸³ LEGRAND, op. cit., p. 12-13.

CONCLUSÃO

Tudo dito, não se pode simplesmente deitar e permanecer a fitar¹⁸⁴. Enfim, cabe responder o problema enfrentado: a contraposição *adversarial-inquisitorial* foi superada?

Talvez. A resposta, embora à primeira vista insatisfatória, parece ser a única possível diante do quadro acima analisado em pormenores.

Se se considerar a “contraposição” num sentido estrito, *i. e.* a ideia de *simplesmente* justapor o *sistema adversarial* de processo ao *sistema inquisitorial* com base em características que expressam o contraste entre tais modelos numa abordagem do menor denominador comum, a resposta deve ser afirmativa. Ou seja, nesse sentido, a contraposição foi, de fato, superada. Isso porque devem ser abandonadas construções que buscam encaixilhar, de forma rígida, todos os processos encontrados nas diferentes jurisdições em dois grandes sistemas por meio de características comuns compartilhadas, sob pena de omitir uma série de particularidades de cada ordenamento jurídico que merecem ser aprofundadas.

Por outro lado, se se considerar a “contraposição” num sentido amplo, *i. e.* a noção de que as categorias *adversarial* e *inquisitorial* não servem mais para assimilar os aspectos considerados relevantes dos sistemas processuais atuais – como parece ser o sentido atribuído por Michele Taruffo em seu ensaio –, a resposta deve ser negativa. Ou seja, nesse sentido, a contraposição não foi superada. Os sistemas *adversarial* e *inquisitorial* são tipos ideais que ainda servem como guias úteis na análise e na compreensão dos processos das famílias de *common law* e de *civil law*, respectivamente. São, por assim dizer, lentes que apuram (do étimo latino *ad-purus*) a visão do direito processual comparado. Pontos de partida para viagens maiores e mais complexas. Sem dúvida, são sistemas que não estão a salvo de críticas. Por isso mesmo podem ser modelos classificados como “bons” ou “ruins”. Contudo, não é possível negar sua persistência nos dias atuais à guisa

¹⁸⁴ Faz-se aqui referência ao *haikai* “tudo dito,/ nada feito,/ fito e deito” escrito por Paulo Leminski (LEMINSKI, Paulo. *Toda poesia*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 240).

de uma ficção útil para a assimilação do fenômeno processual.

Em 1984 Arthur Miller escreveu um artigo¹⁸⁵ no qual aborda a pressão crescente exercida sobre o *adversarial system* no bojo da sociedade norte-americana, em especial por meio de diversas reformas processuais, questionando se o modelo seria um dinossauro ou uma fênix. Embora não forneça uma resposta direta e objetiva, Miller dá a entender que o *adversarial system* configurar-se-ia uma fênix, pois não pode ser desmantelado de forma desatenta e sem a manutenção daquilo a que o autor chama de “estilo norte-americano de Justiça”. A metáfora parece, de todo modo, enriquecedora. Assim, é lícito utilizá-la no tratamento da tipologia *adversarial* e *inquisitorial*. Tomado por si só, o *adversarial system* pode até ser uma fênix, resistindo aos mais críticos¹⁸⁶ acerca da contraposição dos modelos tradicionais de processo em razão da experiência norte-americana. Entretanto, o mesmo não pode ser dito das categorias tomadas conjuntamente. Em conjunto, trata-se de dinossauros – ao que boa parcela da literatura indica – que a qualquer momento podem ser surpreendidos com a sua extinção. Fato é que, previsões catastróficas à parte, conforme versa o microconto de Augusto Monterroso, “[q]uando acordou, o dinossauro ainda estava lá”¹⁸⁷.

REFERÊNCIAS

ABREU, Vinícius de. A ineficácia do sistema presidencial na inquirição de testemunhas. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 21, jan-jun 2008, pp. 253-263.

ADMINISTRATIVE Office of The U.S. Courts. **Judicial Business of the U.S. Courts: 2016 Annual Report of the Director, Table D-4. September 30, 2016.** Disponível em:

¹⁸⁵ MILLER, Arthur R. The Adversary System: Dinosaur or Phoenix. *Minnesota Law Review*, v. 69, October 1984.

¹⁸⁶ V. g., por todos, NIJBOER, Johannes F. The American Adversarial System in Criminal Cases: Between Ideology and Reality. *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, v. 5, Spring 1997, p. 89 et seq.; TARUFFO, Michele. *El proceso civil adversarial en la experiencia americana*. Tradução: Beatriz Quintero. Bogotá: Editorial Temis S. A., 2008, p. IX-XIII.

¹⁸⁷ MONTERROSO, Augusto. *Obras completas (y otros cuentos)*. Barcelona: Editorial Anagrama, 2006, p. 77.

- <http://www.uscourts.gov/sites/default/files/data_tables/jb_d4_0930.2016.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2017.
- ADMINISTRATIVE Office of The U.S. Courts. **Judicial Business of the U.S. Courts: 2016 Annual Report of the Director, Table C-4**. September 30, 2016. Disponível em: <http://www.uscourts.gov/sites/default/files/data_tables/jb_c4_0930.2016.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2017.
- ADMINISTRATIVE Office of The U.S. Courts. **Minutes of Advisory Committee on Rules of Civil Procedure**. October 21-23, 1993, p. 20. Disponível em: <http://www.uscourts.gov/sites/default/files/fr_import/CV10-1993-min.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2017.
- AMERICAN Bar Association. **Principles for Juries and Jury Trials**. August, 2005. Disponível em: <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/american_jury/principles.authcheckdam.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2017.
- ANDRADE, Carlos Drummond de. **Claro enigma**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- ARIZONA Supreme Court. **Strategic Agenda for Arizona's Courts 2014-2019: Advancing Justice Together: Courts and Communities. 2014, p. 6**. Disponível em: <<http://www.azcourts.gov/portals/0/AdvancingJusticeTogetherSA.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2017.
- ÁVILA, Thiago André Pierobom de. A interpretação do “novo” art. 212 do CPP brasileiro: uma contribuição metodológica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 917, mar. 2012, pp. 329-383.
- BENITES, Nórton Luís. Inquirição de testemunhas no processo penal: regime da Lei 11.690/2008. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 32, outubro. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao032/norton_benites.html>. Acesso em: 06 jul. 2017.
- BORGES, Jorge Luis. **Obras Completas**. 14. ed. Edição: Carlos V. Frías. Buenos Aires: Emecé Editores, 1974.
- BORGES, Kézia Borba. **Inquirição de testemunhas no processo civil: um estudo à luz do direito estadunidense**. 2014. 75 f. Trabalho de Conclusão de Curso-Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.
- BROUN, Kenneth S. et al. **McCormick on Evidence**. 7. ed. St. Paul: West

Publishing, 2013.

CAIRNS, John W. Watson, Walton, and The History of Legal Transplants. **Georgia Journal of International and Comparative Law**, v. 41, 2013, pp. 638-696.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. Neoprivatismo e neopublicismo a partir da lei 11.690/2008. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 34, n. 167, jan. 2009.

CARDOSO, Oscar Valente. Direct examination e cross-examination no processo civil brasileiro. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 75, jun. 2009.

CHASE, Oscar G. et al. **Civil litigation in comparative context**. City: Thomson West, 2007.

CHASE, Oscar G. et al. **Law, culture, and ritual: disputing systems in cross-cultural context**. New York: New York University Press, 2005.

CHENG, Edward K. Independent Judicial Research in The Daubert Age. **Duke Law Journal**, v. 56, 2007.

CROSBY, Kevin. Bushell's Case and the Juror's Soul. **The Journal of Legal History**, v. 33, n. 3, 2012, pp. 251-290.

DAMAŠKA, Mirjan. **The Faces of Justice and State Authority**. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

DAMAŠKA, Mirjan. The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments. **American Journal of Comparative Law**, v. 45, n. 4, 1997.

DIAMOND, Shari Seidman; ROSE, Mary; MURPHY, Beth. Jurors' Unanswered Questions. **Court Review**, American Judges Association, v. 41, n. 1, Spring 2004.

DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**, v. 198, ago. 2011, pp. 213-225.

DOBBIN, Shirley A. et al. Federal and State Trial Judges on the Proffer and Presentation of Expert Evidence. **Justice System Journal**, v. 28, 2007.

EMSON, Raymond. **Evidence**. 3. ed. New York: Palgrave Macmillan, 2004.

ESTADOS Unidos da América. **Public Law No. 93-595 88 Stat. 1929: Federal Rules of Evidence**. Jan. 02, 1975. Disponível em: <http://federalevidence.com/pdf/FRE_Amendments/1975_Orig_Enact/1975-Pub.L._93-595_FRE.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A flexibilização do procedimento processual no âmbito da *common law*. **Revista de Processo**, v. 163, set. 2008, pp. 161-178.

GARNER, Bryan A. (ed.). **Black's Law Dictionary**. 9. ed. St. Paul: West Pub. Co., 2009.

GOLDBERG, Steven H. Wait a Minute. This Is Where I Came In. A Trial Lawyer 's Search for Alternative Dispute Resolution. **Brigham Young University Law Review**, v. 1997, n. 3, Sep. 1997, pp. 653-685.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no Processo Penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 27, jul-set, 1999, pp. 71-79.

GROSS, Samuel; Syverud, Kent. Don 't Try: Civil Jury Verdicts in a System Geared to Settlement. **UCLA Law Review**, v. 44, n. 1, 1996.

HANS, Valerie P. Empowering the Active Jury: A Genuine Tort Reform. **Roger Williams University Law Review**, v. 13, winter 2008, pp. 39-72.

HAZZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. **American Civil Procedure: An Introduction**. New Haven and London: Yale University Press, 1993.

JURS, Andrew W. Questions from the Bench and Independent Experts: A Study of the Practices of State Court Judges. **University of Pittsburgh Law Review**, Pittsburgh, v. 74, Fall 2012.

JURS, Andrew W. Utilization of Rules 614 and 706 in Fact-Finding: A Recent Study of Midwest Judges. **Court Review**, American Judges Association, Williamsburg, v. 49, 2013, pp. 132-138.

KRAFKA, Carol et al. Judge and Attorney Experiences, Practices, and Concerns Regarding Expert Testimony in Federal Civil Trials. **Psychology, Public Policy, and Law**, Washington, v. 8, n. 3, 2002, pp. 309-332.

LACERDA, Galeano. Processo e Cultura. **Revista de Direito Processual Civil**, v. III, Saraiva, São Paulo, 1961.

LANDSMAN, Stephan. A Brief Survey of the Development of the Adversary System. **Ohio State Law Journal**, v. 44, Summer 1983.

LANDSMAN, Stephan. Appellate Courts and Civil Juries. **University of Cincinnati Law Review**, v. 70, Spring 2002.

LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. **Harvard International Law Journal**, v. 45, n. 1, Winter 2004

- LANGER, Máximo. The Rise of Managerial Judging in International Criminal Law. **The American Journal of Comparative Law**, v. 53, Fall 2005.
- LEGRAND, Pierre. A Impossibilidade de “Transplantes Jurídicos”. Tradução: Gustavo Castagna Machado. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, v. 9, n. 1, 2014. Publ. orig. em *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, v. 4, 1997, pp. 111-124.
- LEMINSKI, Paulo. **Toda poesia**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.
- LEVY, Leonard W. **Freedom of speech and press in early american history**: legacy of suppression. New York: Harper & Row, 1963.
- MAIN, Thomas O. ADR: The new Equity. **University of Cincinnati Law Review**, v. 74, Winter 2005.
- MCCORMACK, Tracy W.; Bodnar, Christopher J. Honesty is the Best Policy: It's Time to Disclose Lack of Jury Trial Experience. **Georgetown Journal of Legal Ethics**, v. 23, n. 1, Winter 2010.
- MILLER, Arthur R. Simplified Pleading, Meaningful Days in Court, and Trials on the Merits: Reflections on the Deformation of Federal Procedure. **New York University Law Review**, v. 88, n. 1, April 2013.
- MILLER, Arthur R. The Adversary System: Dinosaur or Phoenix. **Minnesota Law Review**, v. 69, October 1984.
- MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. 1. ed. publ. em 2009.
- MITIDIERO, Daniel. Processo e Cultura: Praxismo, Processualismo e Formalismo em Direito Processual Civil. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, v. 2, n. 2, setembro 2004, pp. 101-128.
- MIZE, Gregory; CONNELLY, Christopher J. Jury Trial Innovations: Charting a Rising Tide. **Court Review**, American Judges Association, v. 41, n. 1, Spring 2004.
- MONTERROSO, Augusto. **Obras completas (y otros cuentos)**. Barcelona: Editorial Anagrama, 2006.
- MORRISON, Jim. Intérprete: The Doors. Celebration of the Lizard. In: **Absolutely Live**. New York: Elektra Records, 1970. 1 disco sonoro. Lado A, faixa 14.

- NIJBOER, Johannes F. The American Adversarial System in Criminal Cases: Between Ideology and Reality. **Cardozo Journal of International and Comparative Law**, v. 5, Spring 1997.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil**, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 1. ed. publ. em 1997.
- PINTER, Rafael W. A boa-fé no processo civil e o abuso de direitos processuais. **Revista de Processo**, v. 253, mar. 2016.
- RESNIK, Judith. Managerial Judges, **Harvard Law Review**, v. 96, 1982.
- ROWE Jr., Thomas D. Authorized Managerialism under The Federal Rules: And The Extent of Convergence With Civil-Law Judging. **Southwestern University Law Review**, v. 36, 2007, pp. 191-213.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. 1. ed. publ. em 1996.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e Ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- STÜRNER, Rolf. Some European Remarks on a New Joint Project of the American Law Institute and UNIDROIT. **The International Lawyer**, American Bar Association, v. 34, n. 3, Fall 2000.
- SUBRIN, Stephen; WOO, Margaret. **Litigatin in America**: civil procedure in context. 1. ed. New York: Aspen Publishers, 2006.
- SWARD. Ellen E. Values, Ideology, and the Evolution of the Adversary System. **Indiana Law Journal**, v. 64, Spring 1989.
- TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado**: ensaios. Apresentação, organização e tradução: Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. Publ. orig. em *Sui Confini — Scritti sulla Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 2002, pp. 67-97.
- THE ARIZONA Suprem Court Committee on More Effective Use of Juries. **Jurors**: The Power of 12. November, 1994. Disponível em: <<https://www.azcourts.gov/Portals/15/Jury/Jury12.1.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2017.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. 2. ed. Tradução: Eduardo Brandão. Prefácio, bibliografia e cronologia: François Furet. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 320-321. 1. ed. publ. em ago. 1998.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracy in America**: historical-critical

edition of *De la démocratie en Amérique*. v. 1. Edição: Eduardo Nolla. Tradução: James T. Schleifer. Indianapolis: Liberty Fund, 2010.

VERAS, Jamille Gonçalves. As recentes alterações na Lei do Tribunal do Júri e seu impacto no mundo jurídico. **Revista de Ciências Penais**, São Paulo, v. 17, jul-dez 2012, pp. 49-63.

Watson, Alan. **Legal Transplants: An Approach to Comparative Law**. 2. ed. Georgia: University of Georgia Press, 1993. 1. ed. publ. em 1974.

WOLFRAM, Charles W. The Constitutional History of the Seventh Amendment. **Minnesota Law Review**, v. 57, 1973.

EDITORA E GRÁFICA DA FURG
CAMPUS CARREIROS
CEP 96203 900
editora@furg.br

Coleção Direito e Justiça Social

A Coleção Direito e Justiça Social se propõe a publicar estudos críticos e interdisciplinares sobre a promoção da igualdade de direito, da solidariedade e da sustentabilidade.

Poderão ser acolhidos os resultados de pesquisas que enfrentem grandes temas, seja no contexto da realidade nacional, regional e internacional; e que representem possibilidades de aprofundamento e conhecimento das soluções adotadas pelos diferentes sistemas jurídicos. Dentro dessa perspectiva o Direito e o jurista devem estar comprometidos com a promoção da cidadania, da diversidade cultural, da ética e, sobretudo, da justiça social. A construção da cidadania exige a efetividade dos direitos constitucionalmente reconhecidos e protegidos por procedimentos jurisdicionais que se exercem no ambiente democrático de decisão política. Assim sendo, o poder público deve promover políticas públicas capazes de transformar a realidade de desigualdade social e econômica que ameaça a estabilidade democrática no Brasil e no mundo globalizado.

Maria Claudia Crespo Brauner
Coordenadora da Coleção Direito e Justiça Social

PPGD

