

Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro

Auditorium

Legislação e Prática

v.28, n 60

mar./jun.2024

e-ISSN 2177-8337



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro

Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro
Rio de Janeiro: Seção Judiciária do Rio de Janeiro, 1994



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro



EQUIPE EDITORIAL

Editores-Chefes:

Desembargador Federal Reis Friede – Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)

Juiz Federal Osair Victor de Oliveira Junior

Editora-Executiva:

Dra. Maria Geralda de Miranda - Pós-doutorado em Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ)

Editora-Gerente:

Dra. Márcia Teixeira Cavalcanti - Doutorado em Ciência da Informação pelo Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT/UFRJ)

Conselho Editorial:

Prof. Dr. Reis Friede, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, UNIRIO e Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2, Brasil;

Prof. Andre Fontes, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, UNIRIO, Brasil / TRF2;

Profa. Dra. Maria Geralda de Miranda, Centro Universitário Augusto Motta, UNISUAM;

Profa. Dra. Carmen Silvia Lima de Arruda, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil;

Profa. Dra. Raquel Villardi, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil;

Prof. Dr. Adriano Rosa da Silva, Universidade Santa Úrsula, USU, Brasil;

Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa, Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, Brasil;

Prof. Dr. Alexandre Kehrig Veronese Aguiar, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil;

Prof. Dr. Antonio Baptista Gonçalves, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP, Brasil;

Prof. Dr. Antonio Celso Baeta Minhoto, Universidade de Marília, UNIMAR, Brasil;

Prof. Dr. Carlos Alberto Lima de Almeida, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil;

Prof. Dr. Carlos Alberto Lunelli, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS, Brasil;

Carolina Paes de Castro Mendes, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil;

Prof. Dr. Cláudio Lopes Maia, Universidade Federal de Goiás, UFG, Brasil;

Prof. Dr. Clayton Reis, Centro Universitário Curitiba, UNICURITIBA, Brasil;

Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil;

Denis de Castro Halis, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, China;

Prof. Dr. Elton Dias Xavier, Universidade Estadual de Montes Claros, UNIMONTES, Brasil;
Profª. Dra. Heliana Maria Coutinho Hess, Universidade de Campinas, UNICAMP, Brasil;
Profª. Dra. Janaína Rigo Santin, Universidade de Passo Fundo, UPF, Brasil;
Profª. Dra. Jane Reis Gonçalves Pereira, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil;
Prof. Dr. José Henrique Mouta Araújo, Universidade da Amazônia, UNAMA, Brasil;
Profª. Dra. Karen Artur, Universidade Federal de Juiz de Fora, UFJF, Brasil;
Profª. Dra. Loussia Penha Musse Felix, Universidade de Brasília, UNB, Brasil;
Prof. Dr. Marcus Lívio Gomes, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil;
Maria Amélia Almeida Senos de Carvalho, Justiça Federal de 1º Grau no Rio de Janeiro, Brasil;
Profª. Dra. Maria Stella Faria de Amorim, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil;
Profª. Dra. Nalayne Mendonça Pinto, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, UFRRJ, Brasil;
Prof. Dr. Osvaldo Canela Junior, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PUC-PR, Brasil;
Prof. Dr. Pedro Heitor Barros Geraldo, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil;
Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas, Universidade de Coimbra, Portugal;
Rodolfo Salassa Boix, Universidade de Córdoba, Argentina;
Prof. Dr. Sérgio Augustin, Universidade de Caxias do Sul, UCS, Brasil;
Prof. Dr. Thiago Bottino do Amaral, Fundação Getúlio Vargas, FGV, Brasil;

Revisores Ad Hoc:

Jair Aparecido Cardoso, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, USP, FDRP, Brasil;
Cleyson de Moraes Mello, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil;
Cristina Leite Lopes Cardoso, Centro Universitário Estácio da Amazônia, Brasil;
Edna Raquel R. S. Hogemann, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, UNIRIO Brasil;
Felipe Leitão Valadares Roquete, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, CADE, Brasil;
Paulo Henrique da Silveira Chaves, Universidade Federal de Uberlândia, UFU, Brasil;
Thiago Thielmann de Araújo, Universidade Santa Úrsula, USU, Brasil.

Corpo Técnico Editorial:

Tradução: Vitor Kifer, tradução Inglês e Espanhol, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2

Webdesign e Diagramação: Coordenadoria de Produção Gráfica e Visual | COPGRA/ARIC/TRF2 e Seção de Publicações e Comunicação Visual | SECOMV/EMARF/TRF2

Normalização: Biblioteca do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2

Suporte Técnico: Setor de Tecnologia da Informação, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2

Colaboração Editorial: Yolanda Elisa Santos de Menezes (estagiária de Marketing/EMARF) e Wesley Souza Gonçalves (estagiário de Letras/EMARF)

CONTATO

Equipe Revista da SJRJ

Av. Almirante Barroso, 78 – 3º andar Centro – Rio de Janeiro – RJ. CEP: 20031-001.

Telefone: (21) 3261-6405

revistaauditorium@sjrj.jus.br

Contato para Suporte Técnico:

Revista da SJRJ Apoio

Telefone: (21) 3261-6405

apoio.auditorium@sjrj.jus.br

DADOS PARA CATALOGAÇÃO

Revista de Seção Judiciária do Rio de Janeiro : Auditorium / Tribunal Regional Federal da 2. Região. – v. 1, n. 1 (1994). – Rio de Janeiro : Tribunal Regional Federal da 2. Região, 1994- .

Anual: 1994-2004

Quadrimestral: 2005-2014 e 2018-

Publicação impressa e eletrônica.

Disponível em: <http://revistaauditorium.fjrj.jus.br/index.php/revistasjrj/index>.

Suspensa: 2015-2017

A partir do v. 22, n. 42 (2018), a revista foi publicada pela Seção Judiciária do Rio de Janeiro e pelo Centro Cultural Justiça Federal.

A partir do v. 25, n. 52 (2021), a revista passou a ser publicada pelo Tribunal Regional Federal da 2. Região.

Catálogo na fonte: Seção de Biblioteca.

ISSN: 1678-3085

e-ISSN: 2177-8337

1. Direito. 2. Legislação. 3. Jurisprudência. I. Tribunal Regional Federal da 2. Região. II. Seção Judiciária do Rio de Janeiro

CDD 340
CDU 34

SUMÁRIO

- 7** **Apresentação**
Os Editores

|ARTIGOS: TEMÁTICAS LIVRES

- 8** **REFLEXÕES SOBRE AS AÇÕES RESCISÓRIAS APÓS A MODULAÇÃO DO STF NO TEMA Nº 69: RESCISÃO DA COISA JULGADA PRO CONTRIBUINTE EM AÇÃO AJUIZADA APÓS 15.03.2017**
Sidnei Camargo Marinucci, Zuleica Aparecida Iovanovich Torsani
- 27** **INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: LIMITES E POSSIBILIDADES DE EFETIVAÇÃO NO BRASIL À LUZ DA POLÍTICA CRIMINAL**
Alexandre Cesar dos Santos
- 51** **DA ILEGALIDADE DA SUBORDINAÇÃO HIERÁRQUICA DO PERITO OFICIAL À AUTORIDADE REQUISITANTE DO EXAME PERICIAL**
Filipe Guimarães Teixeira
- 74** **A REGULAÇÃO DAS *BIG TECHS* E DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO BRASIL: UM IMPERATIVO DEMOCRÁTICO**
Rubens José Kirk de Sanctis Júnior

APRESENTAÇÃO

A Seção Judiciária do Rio de Janeiro, SJRJ, em parceria com a Presidência do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2, apresenta a 60ª Edição da Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro-Auditorium, intitulada "*Legislação e Prática*", divulgando ao público artigos que abordam temáticas variadas dentro do campo do Direito.

Muitas empresas ajuizaram ações judiciais após 15/03/2017 e obtiveram decisões favoráveis fundamentadas no Recurso Extraordinário nº 574.706, o artigo **Reflexões sobre as ações rescisórias após a modulação do STF no tema nº 69: rescisão da coisa julgada pro contribuinte em ação ajuizada após 15.03.2017** pretende analisar o cabimento dessas ações rescisórias.

Em **Investigação criminal defensiva: limites e possibilidades de efetivação no Brasil à luz da política criminal** é abordado o tema investigação criminal defensiva e a sua efetivação como política criminal limitadora da expansão do direito penal.

Da ilegalidade da subordinação hierárquica do perito oficial à autoridade requisitante do exame pericial tem como questão central indagar se a subordinação hierárquica do perito oficial à mesma autoridade que requisita o exame é compatível com as autonomias técnica, científica e funcional no exercício da atividade de perícia oficial de natureza criminal.

O artigo **A regulação das big techs e da inteligência artificial no Brasil: um imperativo democrático** visa analisar a necessidade de regulação, no Brasil, das grandes empresas de tecnologia (Big Techs) e do uso, por essas companhias, da inteligência artificial, diante do protagonismo que assumiram nas atividades sociais, profissionais e políticas dos indivíduos.

Agradecemos a todos que participaram do processo como autores e avaliadores e também a toda a equipe editorial da revista. Desejamos a todos uma ótima leitura.

Os Editores

REFLEXÕES SOBRE AS AÇÕES RESCISÓRIAS APÓS A MODULAÇÃO DO STF NO TEMA Nº 69: RESCISÃO DA COISA JULGADA PRO CONTRIBUINTE EM AÇÃO AJUIZADA APÓS 15.03.2017

REFLECTIONS ON TERMINATION ACTIONS AFTER THE STF'S MODULATION IN TOPIC No. 69: TERMINATION OF THINGS JUDGED FOR THE TAXPAYER IN ACTION FILED AFTER 03/15/2017

Sidnei Camargo Marinucci¹
Zuleica Aparecida Iovanovich Torsani²

Resumo: Muitas empresas ajuizaram ações judiciais após 15/03/2017 e obtiveram decisões favoráveis fundamentadas no Recurso Extraordinário nº 574.706 autorizando a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins e permitindo a restituição ou compensação do indébito tributário recolhido nos últimos 5 (cinco) anos. Em 12/05/2021 o Supremo Tribunal Federal modulou os efeitos da decisão proferida no Recurso Extraordinário supracitado, limitando o período de restituição ou compensação para ações ajuizadas após 15/03/2017. Com o trânsito em julgado dessa decisão do Supremo Tribunal, ocorrida em 09/09/2021, a União Federal ajuizou diversas ações rescisórias com base no artigo 535, III, §§ 5º e 8º e artigo 966, V, § 5º, ambos do CPC, para aplicação da modulação de efeitos do Recurso Extraordinário nº 574.706. Este artigo pretende analisar o cabimento dessas ações rescisórias.

Palavras-chave: ação rescisória; modulação; efeitos.

Abstract: Many companies filed lawsuits after 03/15/2017 and obtained favorable decisions based on Extraordinary Appeal No. 574,706, authorizing the exclusion of ICMS from the PIS and Cofins calculation base and allowing the refund or compensation of undue tax payments collected in the last 5 (five years). On 05/12/2021, the Federal Supreme Court modulated the effects of the decision handed down in the aforementioned Extraordinary Appeal, limiting the period of restitution or compensation for actions filed after 03/15/2017. With the final and unappealable decision of this Supreme Court decision, which took place on 09/09/2021, the Federal Union filed several rescission actions based on article 535, III, §§ 5th and 8th and article 966, V, § 5th, both of the CPC, to apply the modulation of effects of Extraordinary Appeal No. 574,706. This article intends to analyze the appropriateness of these termination actions.

Keywords: rescission action; modulation; effects.

¹Graduado em Direito pela Universidade Cruzeiro do Sul (2001/2005). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET (2011/2012). MBA em Gestão Tributária pela FIPECAFI (2015/2016). Mestrando em Direito Constitucional e Tributário pela PUC-SP. Advogado Sênior I na área de Direito Tributário no escritório Rubens Naves, Santos Junior Advogados.

²Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas(2008).

*REFLEXÕES SOBRE AS AÇÕES RESCISÓRIAS
APÓS A MODULAÇÃO DO STF NO TEMA Nº 69:
RESCISÃO DA COISA JULGADA PRO
CONTRIBUINTE EM AÇÃO AJUIZADA APÓS
15.03.2017*

*Sidnei Camargo Marinucci
Zuleica Aparecida Iovanovich Torsani*

Recebido em: 25/11/2023
Aceito em: 12/03/2024

1 INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal decidiu em 15/03/2017, por meio do Recurso Extraordinário nº 574.706 (tema nº 69), que "o ICMS³ não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS⁴ e da Cofins⁵".

Inconformada, em 19/10/2017 a União Federal opôs Embargos de Declaração pedindo a modulação dos efeitos da decisão para que produzisse efeito apenas para o futuro.

O Supremo Tribunal Federal julgou os Embargos de Declaração somente em 12/05/2021, aplicando a modulação da decisão prolatada em 15/03/2017 para produzir efeitos a partir dessa data, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocolizadas até 15/03/2017.

Com a modulação da decisão do STF: (i) a empresa que entrou com ação até 15/03/2017 poderia pleitear a restituição ou compensação do indébito tributário de PIS e Cofins recolhido nos últimos 5 (cinco) anos anteriores à propositura da ação judicial; e (ii) a empresa que entrou com ação após 15/03/2017 não poderia pedir a restituição ou compensação do indébito tributário recolhido anteriormente à propositura da ação judicial.

Ocorre que durante o período compreendido entre a decisão de mérito do Recurso Extraordinário nº 574.706 ocorrida em 15/03/2017 e a decisão dos Embargos Declaração ocorrida em 12/05/2021, muitas empresas promoveram ações judiciais pleiteando a restituição ou compensação dos valores recolhidos de PIS e Cofins nos últimos 5 (cinco) anos, obtendo decisões favoráveis proferidas pela Justiça Federal.

³ Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação.

⁴ Programa de Integração Social.

⁵ Contribuição para Financiamento da Seguridade Social.

Após o trânsito em julgado da decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 574.706, ocorrido em 09/09/2021, a União Federal propôs diversas ações rescisórias com base no artigo 535, III, § 5º e artigo 966, V, § 5º, ambos do Código de Processo Civil.

Os Tribunais Regionais Federais começaram a julgar procedentes referidas ações rescisórias, ora aplicando o artigo 535, III, §§ 5º e 8º do Código de Processo Civil, ora aplicando o artigo 966, V, § 5º do Código de Processo Civil, ora aplicando ambos os artigos de forma combinados.

Nesse cenário, o presente artigo visa analisar o cabimento dessas ações rescisórias à luz da Constituição Federal e do Código de Processo Civil, destacando alguns precedentes recentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

2 A DISTINÇÃO ENTRE OS FUNDAMENTOS DO ARTIGO 535, III, §§ 5º E 8º E ARTIGO 966, V, § 5º, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Há substancial distinção entre as ações rescisórias promovidas com fundamento no artigo 535, III, §§ 5º e 8º do Código de Processo Civil, e ações rescisórias promovidas com fundamento no artigo 966, V, § 5º do Código de Processo Civil.

O artigo 535, III do Código de Processo Civil trata da hipótese em que a Fazenda Pública poderá impugnar eventual execução contra si alegando inexecutabilidade do título ou inexigibilidade de obrigação.

O § 5º do dispositivo legal supracitado considera *também* como inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

Como se pode verificar, a inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal de lei ou ato normativo afetaria a exigibilidade da obrigação reconhecida em título executivo judicial transitado em julgado.

Esse dispositivo teria aplicação quando uma decisão judicial, transitada em julgado, estivesse fundamentada em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Já o artigo 966, V, § 5º do Código de Processo Civil autoriza o ajuizamento de ação rescisão quando a decisão judicial violar manifestamente norma jurídica ou, ainda, se a decisão estiver baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos, sem considerar a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento.

Esse dispositivo teria aplicação quando uma decisão judicial, transitada em julgado, aplicasse ao caso julgado incorretamente um enunciado de súmula ou um acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos.

Júnior e Cunha lecionam que a previsão do artigo 535, III, §§ 5º e 8º do Código de Processo Civil é substancialmente diferente à prevista no artigo 966, V, § 5º do Código de Processo Civil, em razão do momento da decisão rescindenda:

Não se confundem, pois, as hipóteses do inciso V do art. 966 com a do § 15 do seu art. 525 ou o § 8º do seu art. 535. Na *primeira* hipótese, a desarmonia entre a decisão rescindenda e o entendimento do STF há de ser congênita ou anterior ao trânsito em julgado. Na *segunda*, há de ser posterior. Ainda, na segunda hipótese, não caberá a ação rescisória se o Supremo Tribunal Federal tiver modulado os efeitos de seu julgado em atenção à segurança jurídica. Realmente, se o STF tiver estabelecido no julgamento que seus efeitos são prospectivos, não alcançando situações anteriormente consolidadas, não haverá ação rescisória para desfazer decisões proferidas antes do pronunciamento da Corte Suprema. (JÚNIOR; CUNHA, 2019, p. 602)

Portanto, constata-se que a hipótese de cabimento de cada ação rescisória é distinta, não podendo ser tratadas como se fossem idênticas, nem mesmo fazer a combinação de seus dispositivos.

3 DA COISA JULGADA

O artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal dispõe que a lei não prejudicará a “coisa julgada”.

O artigo 502 do Código de Processo Civil denomina de “coisa julgada material” a decisão de mérito não mais sujeita a recurso, tornando-a imutável.

Por sua vez, o artigo 508 do Código de Processo Civil dispõe que *“transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido.”*

Destarte, todas as alegações e defesas são consideradas como deduzidas e repelidas, inclusive quanto à modulação dos efeitos da decisão.

A “coisa julgada” tem a finalidade de dar segurança jurídica aos jurisdicionados, estabilizando-se as relações jurídicas realizadas pelas partes no decorrer do tempo.

Junior e Nery, de forma brilhante, já se manifestaram no sentido de que a coisa julgada material traz segurança jurídica, estando vinculada ao próprio estado democrático de direito:

A segurança jurídica, trazida pela coisa julgada material, é manifestação do estado democrático de direito (CF 1.º caput). Entre o justo absoluto, utópico, e o justo possível, realizável, o sistema constitucional brasileiro, a exemplo do que ocorre na maioria dos sistemas democráticos ocidentais, optou pelo segundo (justo possível), que é consubstanciado na segurança jurídica da coisa julgada material. Descumprir-se a coisa julgada é negar o próprio estado democrático de direito, fundamento da república brasileira. A lei não pode modificar a coisa julgada material (CF 5.º XXXVI); a CF não pode ser modificada para alterar-se a coisa julgada material (CF 1.º caput, 60 § 4.º); o juiz não pode alterar a coisa julgada (CPC 467 e 471).

Somente a lide (pretensão, pedido, mérito) é acobertada pela coisa julgada material, que a torna imutável e indiscutível, tanto no processo em que foi proferida a sentença, quanto em processo futuro. (JUNIOR; NERY, 2018, p. 1.203)

Silva esclarece que a coisa julgada foi destacada pelo constituinte devido a sua enorme relevância na teoria da segurança jurídica:

Tutela-se a estabilidade dos casos julgados, para que o titular do direito aí reconhecido tenha a certeza jurídica de que ele ingressou definitivamente no seu patrimônio. A coisa julgada é, em certo sentido, um ato jurídico perfeito; assim já estaria contemplada na proteção deste, mas o constituinte a destacou como instituto de enorme relevância na teoria da segurança jurídica. (SILVA, 2012, p. 436)

Constata-se que a “coisa julgada material” não pode ser modificada quando não houver alteração da decisão de mérito, ainda que haja modulação de efeitos de decisão por instância superior.

4 O NÃO CABIMENTO DE AÇÃO RESCISÓRIA DE DECISÃO FUNDAMENTADA NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 574.706

4.1 Da não aplicação do artigo 535, III, §§ 5º e 8º do Código de Processo Civil

Conforme já analisado anteriormente, o art. 535, III e §§ 5º e 8º do Código de Processo Civil teria aplicação quando uma decisão judicial, transitada em julgado, estivesse fundamentada em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

As decisões proferidas pelos tribunais regionais questionadas pela União Federal tiveram como fundamento a própria decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 15/03/2017, no Recurso Extraordinário nº 574.706.

Não houve colidência entre as decisões rescindendas dos tribunais regionais e a decisão do Supremo Tribunal Federal, sendo mantida a inconstitucionalidade de norma que incluiu o ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins.

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento através do Tema nº 136 de que: *"Não cabe ação rescisória quando o julgado estiver em harmonia com o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo à época da formalização do acórdão rescindendo, ainda que ocorra posterior superação do precedente."*

Ainda que houvesse tal modificação, não caberia ação rescisória quando a decisão rescindenda estivesse em harmonia com entendimento do Plenário do Supremo à época da sua formalização, ainda que posteriormente alterado.

O Superior Tribunal de Justiça também pacificou entendimento de que *"não cabe ação rescisória para a alteração de julgados com fundamento em posterior consolidação jurisprudencial da matéria em sentido diverso, mesmo que resultante de julgamento realizado sob o rito de resolução de recursos repetitivos"*⁶.

Ademais, o artigo 535 do Código de Processo Civil não previu, em hipótese alguma, a propositura de ação rescisória quando houver a modulação de efeitos pelo Supremo Tribunal Federal.

Admitir o ajuizamento de ação rescisória com fundamento em hipótese não prevista em lei viola não somente a coisa julgada, como também o princípio da legalidade esculpido no artigo 5º, II da Constituição Federal.

Dessarte, mostra-se incabível o ajuizamento da ação rescisória prevista no artigo 535, §§ 5º e 8º do Código de Processo Civil, contra decisão de tribunal regional fundamentada em entendimento do Supremo Tribunal Federal.

4.1.1 Da inconstitucionalidade do § 8º, do artigo 535 do Código de Processo Civil

O § 8º, do artigo 535 do Código de Processo Civil estabelece o prazo de 2 (dois) anos para o ajuizamento de ação rescisória, contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

⁶ **AgInt nos EREsp 1.717.140/RS**, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, DJe de 27/08/2019). No mesmo sentido: **AR 5.028/SC**, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 10/11/2017.

Entendemos que referido dispositivo legal padece de inconstitucionalidade, na medida que permite atingir coisa julgada decidida muito tempo antes da decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, gerando, com isso, uma grande insegurança jurídica.

O Ministro Luiz Fux, no julgamento do tema nº 725, propôs uma tese vinculante a fim de declarar inconstitucional o § 8º, do artigo 535 do Código de Processo Civil, em respeito ao princípio da segurança jurídica, justamente sob o fundamento de que esse dispositivo possibilita a desconstituição da coisa julgada após passado muito tempo do trânsito em julgado da decisão rescindenda.

Não fosse declarado inconstitucional, toda decisão judicial transitada em julgado proferida pelos tribunais poderia ser modificada a qualquer momento, o que levaria ao absurdo de somente autorizar o seu cumprimento após a chancela do Supremo Tribunal Federal.

O Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da Ação Rescisória nº 2.894, também já tinha levantado dúvidas sobre a constitucionalidade do § 8º, do artigo 535 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos:

Adianto que persistem sérias dúvidas sobre a constitucionalidade da parte final do § 8º do art. 535 do CPC, na parte em que se estabeleceu um prazo móvel e "ad eternum" para o ajuizamento da ação rescisória.

Isso porque, segundo a dicção legal, o STF pode decidir uma determinada matéria dez, vinte, trinta anos após o trânsito em julgado de determinado feito, o qual tiver interpretado norma de forma diversa daquela que foi decidida pela Suprema Corte, que restou embasada no processo rescindendo décadas atrás (após o transcurso do prazo decadencial), o que levaria à rediscussão eterna sobre temas com controvérsia existentes ou não à época do trânsito em julgado.

(...)

Assim, até que o Plenário desta Corte se pronuncie sobre a constitucionalidade da parte final do §8º do art. 535 do CPC, há necessidade de cautela em relação à aplicabilidade do mencionado dispositivo, mormente quando ultrapassado o prazo decadencial bienal.

Deste modo, mostra-se inconstitucional o prazo estabelecido no § 8º, do artigo 535 do Código de Processo Civil, na medida que ofende os princípios da coisa julgada e da segurança jurídica previstos na Constituição Federal.

4.2 Da não aplicação do artigo 966, V e § 5º do Código de Processo Civil

Conforme já analisado anteriormente, o artigo 966, V do Código de Processo Civil teria aplicação quando uma decisão judicial, transitada em julgado, aplicasse ao caso julgado incorretamente um enunciado de súmula ou um acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos.

O § 5º do mesmo dispositivo dispõe que *“Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que **não tenha considerado a existência de distinção** entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento.”* (grifo nosso).

Se extrai dos dispositivos supracitados que a ação rescisória somente seria cabível se a decisão rescindenda estivesse contrariando, *de forma manifesta*, entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal.

Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero, deve haver um problema de subsunção da norma que exige distinção para dar lugar à propositura de ação rescisória com base no artigo 966, § 5º do Código de Processo Civil:

... viola norma jurídica a coisa julgada que deixa de levar em consideração a existência de distinção entre a questão decidida e o padrão decisório que lhe deu fundamento. A existência de distinção pode derivar tanto da ausência de consideração de um fato relevante presente no caso sobre o qual se formou a coisa julgada e não presente no precedente (“questão jurídica não examinada”, art. 966, § 6.º, CPC) como da presença de fatos relevantes no precedente ausentes no caso sobre o qual se formou a coisa julgada (“hipótese fática distinta”, art. 966, § 6.º, CPC). Num e noutro casos, há problema de subsunção da norma – chamada pelo art. 966, § 5.º, CPC, como “padrão decisório” – que exige distinção e dá lugar à propositura de ação rescisória. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2022, e-book)

Nos casos questionados pela União Federal, a decisão rescindenda foi prolatada exatamente com base no entendimento do Supremo Tribunal Federal, não havendo qualquer incompatibilidade com a norma jurídica (problema de subsunção).

Gonçalves leciona que não se considera violação a norma jurídica que deu a ela uma interpretação razoável:

Não se considera violação manifesta da norma jurídica a decisão que deu a ela uma interpretação razoável, ainda que não predominante, ou ainda que divergente de outras dadas pela doutrina e jurisprudência. Nesse sentido, a Súmula 343 do STF: "Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais". É preciso que a decisão seja incompatível com a norma jurídica, não podendo haver coexistência lógica das duas. (GONÇALVES, 2020, e-book)

Ainda que houvesse divergência, Bueno ensina que somente é cabível essa ação se a decisão *destoasse do padrão interpretativo* da norma jurídica:

"A mais comum das rescisórias é a que está prevista no inciso V do art. 966. Ela é cabível quando a decisão rescindenda "violar manifestamente norma jurídica", fórmula redacional que aperfeiçoa a redação do inciso V do art. 485 do CPC de 1973 que a ela se referia a "violação a *literal dispositivo de lei*", previsão que, em tempos de técnicas hermenêuticas de embasamento constitucional (art. 8º), não tinha mais sentido de ser preservada.

A hipótese merece ser compreendida como aquela decisão que destoa do padrão interpretativo da norma jurídica (de qualquer escalão) em que a decisão baseia-se. Não há por que segregar seu alcance do que, para fins de recursos extraordinário e especial, sustento a respeito dos incisos III dos arts. 102 e 105 da CF, respectivamente, no n. 9 do Capítulo 17.

Eventual divergência jurisprudencial não deve ser compreendida como elemento a descartar a rescisória por esse fundamento. (BUENO, 2019, e-book)

Portanto, se o tribunal regional aplicou entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, não há violação manifesta de norma jurídica a fim de embasar a propositura de ação rescisória.

4.2.1 Da decadência da ação rescisória

Em muitos casos, a União Federal ajuizou ação rescisória após o decurso do prazo de 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da decisão rescindenda, fundamentando seu direito na regra prevista no § 8º, do artigo 535 do Código de Processo Civil.

A Suprema Corte firmou entendimento de que: a ação rescisória tem como principal escopo rescindir a decisão transitada em julgado, propiciando, nas hipóteses cabíveis, o rejuízo da causa. Tal via processual reclama os seguintes pressupostos: a) sentença de mérito transitada em julgado; b) causas de rescindibilidade; c) propositura no prazo de dois anos do trânsito em julgado da decisão de mérito⁷.

Referido dispositivo legal não trouxe nenhuma regra específica quanto ao prazo decadencial quando houver mudança de jurisprudência das Instâncias Superiores, devendo ser aplicado o prazo previsto no artigo 975 do Código de Processo Civil.

Gonçalves leciona que o prazo se justifica em razão da segurança jurídica, havendo apenas duas exceções: prova nova e simulação e colusão. Nesses termos:

O prazo se justifica por razões de segurança jurídica: não seria razoável que, por tempo indefinido, se pudesse desconstituir decisão transitada em julgado.

Há duas exceções ao prazo de dois anos a contar do trânsito em julgado da última decisão: a hipótese do art. 966, VII, em que o prazo será contado da data da descoberta da prova nova, observado o prazo máximo de cinco anos contado do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo; e a hipótese de simulação ou colusão, em que o prazo da rescisória para o terceiro prejudicado e para o Ministério Público, que não interveio no processo, correrá a partir do momento em que ambos têm ciência da simulação ou colusão. (GONÇALVES, 2020, e-book)

⁷ AR 2724/ED. Tribunal Pleno. Relator Min. Luiz Fux. DJ: 29/06/2020.

Júnior e Cunha lecionam que o prazo do art. 966, V do CPC tem início a partir do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo:

A hipótese do inciso V do art. 966 difere, ainda, da do § 15 do seu art. 525 ou o § 8º do seu art. 535 na contagem do prazo. Enquanto a rescisória do inciso V do art. 966 tem seu prazo contado a partir do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, a deste último tem seu prazo contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal; (JÚNIOR; CUNHA, 2019, p. 603)

É pacífico na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o prazo bienal para a propositura de ação rescisória é de natureza decadencial, peremptório, improrrogável e vence no dia correspondente ao termo final, considerado o período fixado em lei:

AÇÃO RESCISÓRIA PRAZO DECADENCIAL IMPRORROGABILIDADE. O prazo de decadência para propositura da ação rescisória não se prorroga, é peremptório e vence no dia correspondente ao termo final. (AR 1.804 AgR, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 25.10.2019)

AÇÃO RESCISÓRIA – DECURSO DO BIÊNIO DECADENCIAL A QUE ALUDE O ART. 495 DO CPC – CONSEQUENTE EXTINÇÃO DO DIREITO DE AJUIZAR AÇÃO RESCISÓRIA – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. – O direito à rescisão da sentença de mérito (ou do acórdão), qualquer que seja o fundamento da ação rescisória, extingue-se após consumado o prazo decadencial de 02 (dois) anos, cujo termo inicial passa a fluir da data do trânsito em julgado do acórdão ou do ato sentencial. – O caráter preclusivo e extintivo do prazo decadencial dentro do qual deve ser promovido o ajuizamento oportuno da ação rescisória impede, uma vez consumado “in albis” esse lapso de ordem temporal, que se impugne a “res judicata”, eis que, “Decorrido o biênio sem a propositura da rescisória, há coisa soberanamente julgada (...)” (JOSÉ FREDERICO MARQUES, “Manual de Direito Processual Civil”, vol. 3/250, item n. 696, 9ª ed., 1987, Saraiva – grifei). Jurisprudência. (AR 1398 AgR. Tribunal Pleno. Relator Min. Celso de Mello. DJ: 19/08/2015)

Miranda já defendia que o prazo preclusivo para a rescisão da decisão rescindenda começa com a partir do seu trânsito em julgado:

Há tantas ações rescisórias quantas as decisões transitadas em julgado em diferentes juízes. Pode-se dar, até, que os prazos preclusivos sejam dois ou mais, porque uma sentença transitou em julgado antes da outra, ou das outras. O prazo preclusivo para a rescisão da sentença que foi proferida, sem recurso, ou com decisão que dele não conheceu, começa com o trânsito em julgado de tal sentença irrecorrida. Se houve recurso quanto a algum ponto, ou alguns pontos, ou todos, tem-se de distinguir aquilo de que se conheceu e o de que não se conheceu. Há o prazo preclusivo a contar da coisa julgada naqueles pontos que foram julgados pela superior instância. A extensão da ação rescisória não é dada pelo pedido. É dada pela sentença que se compõe o pressuposto da rescindibilidade. Se a mesma petição continha três pedidos e o trânsito em julgado, a respeito do julgamento de cada um, foi em três instâncias, há tantas ações rescisórias quantas as instâncias. (MIRANDA, 1976, p. 353)

Como se pode verificar, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a doutrina defendem que o prazo decadencial de 2 (dois) anos para o ajuizamento da ação rescisória, conta-se a partir do trânsito em julgado da decisão rescindenda.

Ressalta-se que é inaplicável o prazo previsto no § 8º, do artigo 535 do Código de Processo Civil para as hipóteses do artigo 966 do Código de Processo Civil, diante da distinção substancial já abordada em tópico anterior.

4.3 Dos efeitos da modulação no Recurso Extraordinário nº 574.706

A modulação dos efeitos no Recurso Extraordinário nº 574.706 ocorrida em 13/05/2021 não pode atingir os processos com trânsito em julgado anterior, sob pena de violação à coisa julgada prevista no art. 5º, XXXVI da Constituição Federal.

Como cediço, a modulação dos efeitos de uma decisão tem como premissa garantir a segurança jurídica e proteger o interesse social, nos termos do artigo 927, § 3º do Código de Processo Civil.

É paradoxal utilizar a modulação dos efeitos como fundamento para atingir o direito reconhecido por decisão transitada em julgado proferida antes mesmo da própria modulação.

Deste modo, a modulação somente poderia atingir casos pendentes de julgamento, jamais casos transitados em julgado.

Ademais, a modulação não alterou o mérito da demanda quanto à inconstitucionalidade da norma jurídica que incluiu o ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins.

Ou seja, após a modulação dos efeitos a inclusão do ICMS sobre a base de cálculo do PIS e da Cofins continuou sendo inconstitucional, estando o acórdão rescindindo exatamente nesse mesmo sentido.

Júnior e Cunha ensinam que a modulação da decisão paradigma, apenas quanto aos efeitos, não afeta a decisão transitada em julgada antes do julgamento da modulação:

O Supremo Tribunal Federal poderá modular os efeitos no tempo da decisão paradigma, como forma de concretização do princípio da segurança jurídica (art. 525, §13, e art. 535, § 6º).

A regra é importantíssima, além de ser uma grande novidade do CPC-2015: é a primeira previsão normativa expressa que autoriza a modulação de efeitos em controle de constitucionalidade difuso – até então, havia apenas a previsão de modulação de efeitos em controle concentrado (art. 27, Lei n. 9.868/1999).

(...)

Caso a modulação empreste à decisão paradigma apenas efeitos ex nunc ou futuros, a decisão anteriormente transitada em julgado não poderá ser objeto de ação rescisória, se o fundamento for a desarmonia entre o quanto nela decidido e a decisão paradigma do STF. (JÚNIOR; CUNHA, 2021, p. 592)

Medina explica que a modulação dos efeitos da alteração jurisprudencial deve ser aplicada apenas aos casos futuros:

... em situações excepcionais, quando presente interesse público em se protegerem situações jurídicas consolidadas, deve ser possível a modulação dos efeitos de alteração jurisprudencial, para se aplicar a nova orientação firmada apenas a casos futuros (*prospective overruling*) (MEDINA, 2017, e-book)

Ribeiro, em caso análogo, no julgamento da Ação Rescisória nº 5020377-47.2021.4.03.0000, ponderou em seu voto que a modulação no Recurso

Extraordinário nº 574.706 teve por base legal o artigo 927, § 3º do Código de Processo Civil, devendo seus efeitos serem prospectivos, não podendo desconstituir a coisa julgada formada anteriormente ao seu advento por absoluta ausência de violação à norma jurídica:

Pois bem. Consta-se da leitura do voto da Ministra Carmem Lúcia, relatora dos ED no RE nº 574.706/PR, que a técnica da modulação de efeitos foi empregada com base no fundamento de que houve alteração de jurisprudência em relação aos precedentes firmados pelo Superior Tribunal de Justiça em sentido diverso, inclusive no âmbito de recursos representativos da controvérsia, e à luz do cenário de profunda e arrastada crise fiscal da União. A base legal, portanto, para a utilização da referida técnica processual foi aquela prevista no mencionado artigo 927, §3º, do CPC, de forma que seus efeitos são prospectivos, consoante a ideia contida no parágrafo anterior, e não se prestam à desconstituição da coisa julgada formada anteriormente ao seu advento por absoluta ausência de violação à norma jurídica.

Não podemos olvidar, em outro contexto, o recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à rescisão automática das decisões transitadas em julgado que contrariem seu entendimento em ação de direito ou em sede de repercussão geral. A Corte Maior firmou a seguinte tese no tema nº 881:

1. As decisões do STF em controle incidental de constitucionalidade, anteriores à instituição do regime de repercussão geral, não impactam automaticamente a coisa julgada que se tenha formado, mesmo nas relações jurídicas tributárias de trato sucessivo.
2. Já as decisões proferidas em ação direta ou em sede de repercussão geral interrompem automaticamente os efeitos temporais das decisões transitadas em julgado nas referidas relações, respeitadas a irretroatividade, a anterioridade anual e a noventena ou a anterioridade nonagesimal, conforme a natureza do tributo.

Conforme se pode verificar, a decisão do Supremo Tribunal Federal em ação direta ou em sede de repercussão geral interrompe automaticamente os efeitos temporais das decisões transitadas em julgado em contrário, respeitando-se os princípios da irretroatividade, anterioridade anual e nonagesimal.

Nesse passo, a decisão do Supremo Tribunal Federal produz efeitos prospectivos, não afetando, em momento algum, as relações jurídicas realizadas anteriormente com base em decisão transitada em julgado em sentido contrário.

Essa decisão do Supremo Tribunal Federal apenas reforça a impossibilidade de rescindir uma decisão fundamentada em consonância com o entendimento da Suprema Corte na época de sua prolação, a fim de atingir *factos pretéritos* com base em modulação fixada posteriormente ao trânsito em julgado.

Portanto, a modulação dos efeitos que a União Federal usa como fundamento para o ajuizamento de ação rescisória não pode atingir decisão transitada em julgado antes da decisão de modulação dos efeitos no Recurso Extraordinário nº 574.706, por possuir *efeitos prospectivos*.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Supremo Tribunal Federal decidiu em 15/03/2017, por meio do Recurso Extraordinário nº 574.706 (tema nº 69), que "*o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins*".

Em 12/05/2021, o Supremo Tribunal Federal acolheu os Embargos de Declaração opostos pela União Federal para modular os efeitos para que sua decisão produzisse efeito apenas para o futuro, ressalvadas as ações judiciais e administrativas ajuizadas até 15/03/2017.

Entretanto, entre 15/03/2017 e 12/05/2021 muitas decisões foram proferidas pela Justiça Federal a favor dos contribuintes, permitindo a restituição ou compensação do indébito tributário dos últimos 5 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento da ação judicial, tendo como fundamento exatamente o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

Após o trânsito em julgado da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no Recurso Extraordinário nº 574.706, ocorrido em 09/09/2021, a União Federal

propôs diversas ações rescisórias com base no artigo 535, III, §§ 5º e 8º e artigo 966, V, § 5º, ambos do Código de Processo Civil.

Contudo, há substancial distinção entre as ações rescisórias promovidas com fundamento no artigo 535, III, §§ 5º e 8º do Código de Processo Civil, e ações rescisórias promovidas com fundamento no artigo 966, V, § 5º do Código de Processo Civil.

Nenhum dos dois fundamentos jurídicos supracitados autoriza o ajuizamento de ação rescisória de decisão transitada em julgada antes da modulação proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

O ajuizamento da ação rescisória com base no artigo 535, §§ 5º e 8º do Código de Processo Civil seria possível se a decisão proferida pelo tribunal regional estivesse em conflito com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, na época de sua prolatação.

Não bastasse, o prazo previsto no § 8º, do artigo 535 do Código de Processo Civil padece de inconstitucionalidade por violação à coisa julgada e segurança jurídica, pois atinge decisões transitadas em julgado há muitos anos.

Não se aplica igualmente o artigo 966, V do Código de Processo Civil, pois não houve decisão judicial fundamentada incorretamente em enunciado de súmula ou em acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos.

Nessa última hipótese, a propositura de ação rescisória deveria ocorrer dentro do prazo de 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão rescindenda, com base no artigo 975 do Código de Processo Civil, sendo inaplicável o prazo previsto no § 8º, do artigo 535 do Código de Processo Civil diante da *distinção substancial* entre as hipóteses de cabimento da ação rescisória previstas no artigo 535, § 5º e artigo 966, V, ambos do Código de Processo Civil.

Portanto, a modulação dos efeitos no Recurso Extraordinário nº 574.706, ocorrida em 13/05/2021, não pode atingir os processos com trânsito em julgado anteriormente, sob pena de violação à coisa julgada prevista no artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AR 5.028/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 10/11/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EREsp 1.717.140/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, DJe de 27/08/2019).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AR 2724/ED. Tribunal Pleno. Relator Min. Luiz Fux. DJ: 29/06/2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil : volume único.** – 5. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil /** Pedro Lenza – Esquemático® – 11. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

JÚNIOR, Fredie Didier. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal.** 16. ed. reform. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

_____. **Curso de Direito Processual Civil – Vol. 3,** Editora Jus Podivm, 18ª edição, Salvador: 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. **In Código de processo civil comentado [livro eletrônico].** 8ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, 6 Mb; ePub, 8. ed. e-book baseada na 8. edição impressa, RL-1.188.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno [livro eletrônico]** / 3. ed. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado da Ação Rescisória.** 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1976.

JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado.** 17ª. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 35ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional n. 68, de 21.12.2011. Editora Malheiros, 2012.

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: LIMITES E POSSIBILIDADES DE EFETIVAÇÃO NO BRASIL À LUZ DA POLÍTICA CRIMINAL

DEFENSIVE CRIMINAL INVESTIGATION: LIMITS AND POSSIBILITIES OF EFFECTIVENESS IN BRAZIL IN THE LIGHT OF CRIMINAL POLICY

Alexandre Cesar dos Santos¹

RESUMO: O presente artigo aborda o tema investigação criminal defensiva e a sua efetivação como política criminal limitadora da expansão do direito penal. A Teoria do Garantismo Penal possui dentre um dos seus axiomas o direito à prova. Por outro lado, a política criminal expansiva e punitivista do direito penal tem suprimido garantias constitucionais e processuais do imputado para dar a falsa impressão de celeridade e eficientismo na resposta penal, o que degenera os princípios basilares do direito penal moderno. A metodologia utilizada no estudo é a bibliográfica e a documental que se debruçam acerca do tema proposto. Nessa perspectiva, demonstra-se que é preciso alterações legislativas para a efetivação da investigação criminal defensiva, como uma medida de política criminal, com a finalidade de ser uma ferramenta essencial ao direito de defesa, o que vai garantir o direito fundamental à prova em contraditório para o justo processo.

Palavras-chaves: Política criminal. Sistema punitivo. Investigação criminal. Justo Processo.

Abstract: This article addresses the topic of defensive criminal investigation and its implementation as a criminal policy that limits the expansion of criminal law. The Penal Guarantee Theory supports with one of its axioms the right to proof. On the other hand, the expansive and punitive criminal policy of criminal law has suppressed the defendant's constitutional and procedural guarantees to give the false impression of speed and efficiency in the penal response, which degenerates the basic principles of modern criminal law. The research methodology used in the study is bibliographical and documental that focuses on the theme. From this perspective, it is shown that legislative changes are needed to carry out the defensive criminal investigation, as a measure of criminal policy, in order to be an essential tool for the right of defense, which will guarantee the fundamental right to proof.

Keywords: Criminal policy. Punitive system. Criminal investigation. Fair process.

Recebido em: 07/12/2023

Aceito em: 25/03/2024

¹ Delegado de Polícia Civil do Estado de Alagoas. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco- UFPE (2006). Pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade Anhuera-Uniderp - LFG. Pós- graduado em Direitos Humanos e Segurança Pública pela Universidade de Federal de Rondônia/SENASP.

1 INTRODUÇÃO

Há uma tensão no modelo persecutório criminal brasileiro entre a busca pelo *jus puniendi* para prestar a tutela jurisdicional de forma efetiva e célere com as garantias fundamentais e as processuais do imputado. Neste cenário, as garantias constitucionais do acusado são mitigadas em favor da eficiência e da celeridade do sistema punitivo estatal, enquanto política criminal de redução da criminalidade. Por outro lado, não se pode conceber um Estado democrático de direito sem as garantias constitucionais mínimas durante persecução penal, e, entre elas, a oportunidade de defesa do imputado.²

Neste contexto, a problemática deste artigo está no âmbito da aplicação do Direito, notadamente pela possibilidade da implantação da investigação criminal defensiva, bem como os seus limites como medida de política criminal para a concretização do justo processo penal. Diante disso, abre-se a discussão: até que ponto os legisladores e os juízes podem estabelecer parâmetros racionais para que a defesa técnica do imputado, no curso da persecução penal, possa coletar diretamente elementos de informação e/ou provas para uma reação defensiva à imputação eficazmente em paridade de armas com a acusação para que se tenha o devido justo processo penal?

A resposta a essa pergunta tem a finalidade de perquirir acerca das possibilidades das alterações legislativas para a implementação efetiva da investigação criminal defensiva, enquanto uma tecnologia que visa garantir o equilíbrio entre o imputado e o Estado investigação em um sistema penal acusatório, uma vez que assegura a paridade de armas e reforça o direito de defesa.

A importância para pesquisar sobre as possibilidades e os limites, com o objetivo de positivar e efetivar a investigação criminal defensiva foi verificado em razão de que representa grande avanço do direito de defesa para o imputado. Daí

² Antonio Scarance Fernandes define "imputação" como sendo "um juízo pelo qual se atribui a alguém a prática de fato penal relevante". A partir dessa noção, o autor divide a imputação em sentido amplo, que seria aquela existente na fase investigatória, durante o inquérito policial, e em sentido estrito, quando o indiciado se transforma em réu, acusação formal e instauração da relação jurídico-processual. *In. Reação Defensiva à Imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 103.

que é essencial ao processo penal acusatório esse debate, por estar intimamente relacionado com os princípios da paridade de armas, da ampla defesa e do contraditório, de forma a equilibrar a produção da prova e proporcionar eficácia à investigação criminal defensiva para o devido processo penal justo.

A hipótese básica do presente estudo, portanto, assenta-se na ideia de que são necessárias alterações na legislação para a defesa técnica exercer, nos limites da Constituição, o contraditório e a ampla defesa, enquanto direitos fundamentais de se defender provando, no âmbito da persecução penal, o qual se materializa na investigação criminal defensiva, como uma vertente da paridade de armas.

Desta forma, o tema proposto traz uma discussão relevante e atual sobre a investigação criminal defensiva, enquanto política criminal, como tutela processual penal ao Direito Fundamental para a justa persecução penal, o que conduz ao conflito entre o direito de liberdade individual e o *jus puniedi*, enquanto resposta do Estado ao violador da norma penal.

2 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL COMO POLÍTICA CRIMINAL PUNITIVISTA E LIMITADORA DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

A fundamentação teórica do justo processo penal tem por base a Teoria do Garantismo Penal e os elementos da estrutura do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da paridade de armas, além de outros princípios, nos seus aspectos pragmáticos e concretos da persecução penal, em que a defesa técnica do imputado tem uma função proativa na produção da prova. Sendo assim, a investigação criminal defensiva não fica restrita no âmbito do formalismo inócuo da finalidade protetiva dos direitos fundamentais, uma vez que é uma vertente da paridade de armas na produção probatória na busca do equilíbrio entre as partes na justa persecução penal.

É por essa razão que o objetivo da investigação criminal defensiva é reduzir o abismo entre a acusação e a defesa, notadamente na produção probatória, para que se tenha, em tese, a paridade de armas entre as partes. Sob esse prisma, ela busca a efetivação do devido processo penal justo, com argumentos úteis para a

limitação do poder punitivo estatal, como método para instrumentalizar o conteúdo de material probatório da defesa técnica.³ Neste contexto, tem por função apta concretizar o direito de defesa para que ele não fique no plano meramente retórico, visto que assegura ao imputado, desde o início da persecução penal, a obtenção de meios de provas (MACHADO, 2010, p. 12).

Por outra perspectiva, a investigação criminal defensiva evita que sejam instauradas ações penais infundadas, o que aumenta a eficiência da Justiça Penal, além de consolidar os direitos fundamentais do imputado em paridade de armas na persecução penal. Nessa linha de pensamento, Welton Roberto (2011, p. 96) esclarece que a paridade de armas não pode ser reduzida à condição de igualdade processual, mas uma condição de se igualar atores desiguais com seus respectivos direitos, deveres, ônus, garantias e faculdades:

Por paridade de armas não devemos conceber somente igualdade de condições com que as partes devam se posicionar para o confronto entre o *ius puniendi* e o *status libertatis*, mas também o nível de reciprocidade com o que o atuar de um sujeito reflete no outro, respeitando-se as diferenças funcionais dentro dos papéis que desempenham no processo.

Nota-se que a investigação criminal defensiva apresenta contornos práticos, ou seja, tem o propósito de expressar a utilidade prática para que o devido processo legal tenha uma efetividade pragmática estabelecida na atividade probante da defesa técnica. Isto posto, a Política Criminal pode permitir a conexão entre a não impunidade, os princípios penais e os processuais penais garantistas do Estado Democrático com os valores constitucionais com a finalidade de prevenir a criminalidade. Neste ponto, Alencar (2016, p. 336) faz uma análise pertinente ao

³ A investigação criminal defensiva nos Estados Unidos da América é plenamente admissível, por ser uma característica do sistema jurídico da *common law*, que permite à acusação e defesa a iniciativa investigatória e probatória. Os meios de provas obtidos na investigação defensiva podem ser utilizados na fase judicial, desde que expressamente admitidos pelo Juiz. Na Itália, a investigação criminal defensiva é matéria constitucional e está disciplinada no código de processo penal. Neste contexto, a defesa não é figura inerte na persecução penal, uma vez que ela pode buscar fontes de provas em favor do investigado. Desse modo, o sistema italiano surge para equilibrar o viés acusatório para garantir a paridade de armas. A investigação defensiva é, ao mesmo tempo, direito e dever do advogado. MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

tema: “Daí que o devido processo legal deve ser entendido como algo mais abrangente que o cumprimento das formas. As formas legais são cogentes, porém sempre lidas em compasso com o núcleo constitucional”.

Por outro lado, atualmente há a tendência de que os programas de políticas criminais sejam no sentido da “tolerância zero” e da “lei e ordem”, entre outras, sempre com os objetivos: maximalistas na parte punitiva e minimalistas na parte social. Neste contexto, o direito penal passa a ter caráter simbólico com repercussões políticas midiáticas e eleitoreiras. Com esse enfoque, o Estado, como resposta expansiva do direito penal pela Política Penal, responde com o aumento das penas e de criação de novos tipos penais, com pragmatismo utilitarista no controle da criminalidade, sem nenhuma preocupação com as violações dos direitos fundamentais do imputado, para dar uma falsa impressão de segurança, com o argumento falacioso da efetividade da lei penal com efficientismo, o que caracteriza o direito penal de emergência (CALLEGARI; WERMUTH, 2010, p. 132-133).

Como se depreende, a Política Criminal efficientista do Estado Penal não está preocupada com a efetividade da lei penal, mas em passar uma falsa mensagem (simbólica) de segurança e de controle sobre a criminalidade, fato este que não se verifica na prática. Nesta perspectiva, o efficientismo é uma forma de direito penal de emergência, que não observa o seu caráter subsidiário, *ultima ratio*, de acordo com a concepção liberal clássica e se converte na *prima ratio*, como uma panaceia para enfrentar os mais diversos problemas sociais.

Todavia, Conde (2005, p. 22-23) argumenta que há outras instâncias muito mais eficazes e sutis que o sistema político-penal pode dispor para o controle social, uma vez que a norma penal não cria efetivamente valores éticos-morais, os quais irão motivar o comportamento humano. Desse modo, sustenta o autor que só tem sentido uma política criminal em um contexto muito mais amplo de controle social, que envolve um conjunto de instituições públicas e privadas (família, escola, formação profissional etc.) por intermédio de instrumentos de educação e de socialização de seus membros.

A propósito, a estrutura jurídica penal está incrementando a criação de tipos penais, os quais dão corpo à chamada expansão do direito penal, como medidas

sancionadoras destinadas a combater a criminalidade. Nesta circunstância, defende-se a revitalização de garantias do imputado. É por essa razão que no âmbito do direito processual penal que o direito penal do inimigo é mais visível e concentra seus esforços para desmontar o direito penal garantista.

Com efeito, a estrutura jurídica volta-se em torno da antecipação da punição, com o incremento substancial para a imposição de prisões cautelares, facilitação de controles corporais com captação de provas invasivas, de intervenções em âmbitos privados sem controle judicial, uso generalizados de agentes infiltrados, limitações do direito de defesa, reconsideração da nulidade da prova obtida ilicitamente, etc (RIPOLLLÉS, 2015, p. 84-85).

Sob essa ótica, a Política Criminal expansiva do direito penal é um limitador das garantias constitucionais, o que reflete diretamente no direito de defesa. Dai que examinando os motivos que potencializam as ideias do direito penal do inimigo, constata-se a pressão da sociedade e de diversos subsistemas sociais, singularmente o econômico e o político, para que o sistema penal seja célere e eficaz, no combate contra o crime.

Segundo Jakobs, o Direito penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, se constata um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), em lugar de – como é habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionadamente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é tida em conta para reduzir em correspondência a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou, inclusive, suprimidas. (JAKOBS; MELIÁ, 2005, p. 67).

Neste cenário, infere-se do pensamento de Jakobs, pelo menos três vieses de ordens práticas em clara afronta aos princípios constitucionais garantistas: criação de tipos penais mais severos direcionados aqueles considerados inimigos do Estado, antecipação de pena, desproporcionalidade na aplicação das penas e supressão ou relativização de garantias processuais penais.

Portanto, a política criminal célere e eficientista, na prática, deprecia os princípios basilares do direito penal moderno, dentre eles: a dignidade da pessoa humana, a proporcionalidade das penas, a subsidiariedade, a fragmentariedade etc. Neste ponto, vale realçar a perspectiva crítica de Barros Lima (2012, p. 35) sobre a legitimidade do Direito Penal:

O aparato estatal não deve, nem pode, buscar no Direito Penal uma (aparente) solução para os problemas sociais, transferindo ao plano simbólico o que deveria resolver com ações políticas, administrativas e econômicas.

Tudo isso tem reflexos no modelo de persecução penal, com supressões das garantias individuais nos planos material e formal, o que violam, do ponto de vista jurídico, o devido processo legal na medida em que anulam as garantias constitucionais previstas na Carta Magna, em especial, as que compõem no rol do artigo 5º, o que degenera o justo processo penal.

Diante desse conflito entre a política criminal expansiva e a garantista, Silva Sánchez (2002, p. 145) propõe uma perspectiva moderada, em que pondera as duas vertentes de modo a encontrar um ponto médio entre funcionalidade e garantia:

O conflito entre um Direito Penal amplo e flexível (convertido em um indesejável soft law) e um Direito Penal mínimo e rígido – certamente impossível – deve achar assim uma solução no “ponto médio” da configuração dualista. Com efeito, não parece que a sociedade atual esteja disposta a admitir um Direito Penal orientado ao paradigma do “Direito Penal mínimo”. Mas isso não significa que a situação nos conduza a um modelo de Direito Penal máximo. A função racionalizadora do Estado sobre a demanda social de punição pode dar lugar a um produto que seja, por um lado, funcional e, por outro lado, suficientemente garantista.

Portanto, pode-se discernir que há um espaço para a expansão do direito penal dentro do razoável, mas, por outro lado, não pode haver um distanciamento das garantias processuais penais do imputado com o propósito de combater a criminalidade com celeridade e eficiência com defendem as teorias da “lei e ordem”, “tolerância zero”, direito penal do inimigo etc.

3 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA CRIMINAL NA BUSCA DO JUSTO PROCESSO

A política criminal está inserida dentro do conjunto de políticas públicas, singularmente no âmbito das políticas sociais, e tem como meta última prevenir a delinquência por meio de parâmetros socialmente aceitáveis, respeitando as garantias fundamentais do cidadão.

No que tange ao justo processo, essa teoria parte de um modelo de persecução penal vinculado ao julgamento justo do devido processo legal de tradição anglo-americana (ROBERTO, 2011, p. 54-55). Desse modo, a expressão “justo processo” encontra-se na disposição expressa da Constituição Italiana em seu artigo 111⁴, o que deu novos contornos à ciência processual e impôs limites ao poder judiciário na busca do *jus puniendi*.

Neste contexto, para a concepção do sistema acusatório é fundamental estabelecer garantias processuais para uma justa persecução penal. Por essa razão, não é exagero afirmar que a investigação criminal defensiva proporciona o necessário o contraditório proativo, produção direta da prova pela defesa técnica, o

⁴ Constituição da Itália: “Art. 111. A jurisdição atua-se mediante o justo processo regulado pela lei. Cada processo desenvolve-se no contraditório entre as partes, em condições de igualdade perante juiz terceiro e imparcial. A lei assegura a razoável duração. No processo penal a lei assegura que a pessoa acusada de um crime seja, no mais breve tempo possível, informada reservadamente sobre a natureza e os motivos da acusação dirigida ao seu cargo, disponha de tempo e das condições necessárias para preparar a sua defesa; tenha faculdade, perante o juiz, de interrogar ou de fazer interrogar as pessoas que fazem declarações sobre ele, obter a convocação e o interrogatório de pessoas para sua defesa nas mesmas condições da acusação e adquirir qualquer outro meio de prova a seu favor; seja assistido por um intérprete, se não compreender ou não falar a língua utilizada num processo. O processo penal é regulado pelo princípio do contraditório na formação da prova. A culpabilidade do arguido não pode ser provada com base em declarações dadas por quem, por livre escolha, sempre se submeteu voluntariamente ao interrogatório por parte do arguido ou do seu defensor. A lei regula os casos em que a formação da prova não tem lugar em contraditório por consenso do arguido ou por impossibilidade comprovada de natureza objetiva ou por efeito de conduta ilícita provada. Todas as providências jurisdicionais devem ser motivadas. Contra as sentenças e contra as providências sobre a liberdade pessoal, emitidos pelos órgãos jurisdicionais ordinários ou especiais, é sempre admitido o recurso no Tribunal de Cassação por violação de lei. Pode-se derrogar essa norma somente para as sentenças dos tribunais militares em tempo de guerra. Contra as decisões do Conselho de Estado e do Tribunal de Contas, o recurso no Tribunal de Cassação só é admitido por motivos inerentes à jurisdição.” Disponível: www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf. acesso em 05 de dez. 2023.

que, em tese, vai assegurar a paridade de armas como instrumento em torno do qual, fará o equilíbrio das partes no denominado justo processo.

Como bem observa Paolo Ferrua (2015, p. 286, *apud* Roberto, 2011, p. 92-93) para se alcançar a concepção de justo processo são necessários conteúdos valorativos dos direitos fundamentais de maneira objetiva:

Destas garantias, as mais complexas e também as mais ameaçadas - pelos mal-entendidos de que são objeto - são contraditórias, cuja essência está no direito das partes de falar, em igualdade de condições, sobre todas as questões relevantes para a decisão. (Tradução livre)

Cabe ainda destacar que para Paolo Ferrua (2020) o processo penal é regulado pelo princípio do contraditório na formação da prova, como acertamento da verdade, o que vai possibilitar de a defesa técnica realizar atividades investigativas diretamente em contraposição aos órgãos de persecução estatal, o que seria um modelo ideal de persecução penal:

Com a expressão "processo justo" se pode indicar tanto um modelo ideal de processo, independentemente das suas realizações históricas, quanto às descrições que caracterizam o processo dentro dos sistemas que a esta ou a outras fórmulas se lembre: *o fair trial e o due process of law* da tradição anglo-americana, *o procès équitable* da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e, enfim, *o giusto processo* nos termos do artigo 111 Constituição italiana.

Conforme Fernandes (2001, p. 33) no que toca ao devido processo penal, a sua tradicional função no sistema acusatório é "constituir o pólo metodológico do direito processual, aquele do qual irradiam os outros institutos fundamentais: jurisdição, ação e defesa". Por outro lado, são as medidas adotadas pela política criminal que orientam o Sistema Jurídico Penal de modo que a sua estruturação tenha maior eficiência, como também funcionalidade, com a finalidade de que se obtenha viabilidade do próprio sistema.

Nesta perspectiva, o pressuposto básico para a efetivação da investigação criminal defensiva, enquanto medida de política criminal garantista, é a construção de um modelo de persecução penal que vai conciliar as necessidades de garantias

constitucionais do imputado, aliadas à funcionalidade e à eficiência do sistema de Justiça Penal. Isso é o que se pretende com a legitimação da investigação criminal defensiva, uma vez que proporciona à defesa técnica o reconhecimento da sua funcionalidade com o contraditório proativo na produção da prova, por meios próprios, desde a fase do inquérito policial.

É por tal razão que a busca da funcionalidade da persecução penal é o primeiro momento, em termos de política criminal, ao sistema degradado pelos efeitos de uma lenta tramitação dos atos processuais, o que representa uma violação ao direito de defesa. De fato, é de crucial importância, por questões de política criminal, que a funcionalidade do processo penal deve primar pela celeridade e economia processual, mas sem perder de vista as garantias do devido processo legal inerentes ao imputado. Nesta toada, buscar o equilíbrio necessário entre a máxima eficiência na reconstrução histórica dos fatos, sempre observando as formalidades jurídico-processuais, com as garantias individuais do imputado é uma medida de proteger o inocente e de tratar corretamente o culpado (FERNANDES, 2001, p. 58).

A propósito, os fundamentos de Mirabete (1996, p. 16) deixam evidentes as possibilidades de conciliação entre os vetores eficiência, garantia e funcionalidade como uma amálgama da persecução penal como aspectos práticos e utilitários:

Um processo penal de melhor qualidade, como instrumento mais adequados à tutela de todos os direitos, assegurando-se a utilidade das decisões judiciais, bem como a implantação de um processo criminal com mecanismos rápidos, simples econômicos de modo a suplantar a morosidade no julgamento de ilícitos menores, desafogando a Justiça Criminal, para aperfeiçoar a aplicação da lei penal aos autores mais graves atentados aos valores sociais vigentes.

Dessa forma, a persecução penal justa é uma tensão interna que deve validar e legitimar o *jus puniedi* para que ninguém seja condenado injustamente. É por tal razão que, como regra, é preciso garantir ao imputado a produção de provas diretamente pela defesa técnica, como véis da investigação criminal defensiva, para se buscar a verdade, o que é uma exigência de um modelo de política criminal que assegura a proteção dos direitos fundamentais em face da atuação expansiva punitiva do estado.

Este tema não passou despercebido por Casara (2015, p. 14) que, em uma perspectiva mais ampliativa, pondera a necessidade de repensar a persecução penal com a finalidade de limitar a opressão do poder dos órgãos de persecução do Estado para a concretização dos direitos fundamentais:

Diante desse quadro, impõe-se ressignificar o processo penal como um instrumento de garantia contra a opressão e, portanto, como um instrumento contramajoritário, necessário à concretização dos direitos fundamentais. Resgatar a dimensão de garantia do processo penal, por sua vez, passa por reconhecer a necessidade de modificar a pré-compreensão dos atores jurídicos, afastando-os da tentação populista.

Em certa medida, essa concepção encontra respaldo consubstanciada na moldura teórica do Garantismo Penal, a qual defende a conformação de um modelo de Estado ideal, pautada nos valores éticos-políticos e de justiça com as garantias dos direitos fundamentais. Além desse aspecto central, a aludida teoria é de tradição iluminista, que estabelece dez axiomas prescritivos capazes de limitar o poder punitivo do Estado, que põem em risco as garantias individuais. É preciso notar que o Garantismo Penal tem impactos sobre as garantias processuais, tais como o contraditório, a ampla defesa, a paridade de armas, a presunção de inocência, o direito à prova etc.

Essa percepção permite afirmar que a investigação criminal defensiva está umbilicalmente ligada à teoria do Garantismo Penal. De fato, o imputado fica, em tese, em igualdade de condições com os órgãos de persecução penal, o que lhe permite buscar diretamente por meio de seu defensor, elementos de provas que lhes sejam favoráveis.

Ferrajoli (2006, p. 91) elenca dez axiomas deontológicos, ordenados e conectados sistematicamente, os quais são um modelo ideal garantista de direito ou de responsabilidade penal:

- 1) princípio da retributividade ou da consequência da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio

da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionariade; 8) princípio acusatório ou da separação entre Juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.

Sendo assim, sustenta Ferrajoli (2006, p. 90) que uma das preocupações essenciais da teoria do Garantismo Penal reside exatamente em uma condição *sine qua non*, para a responsabilidade penal e aplicação da pena em um modelo penal justo que “inevitavelmente conectadas ao seu caráter normativo, entre justiça, validade efetividade penal.”

Com se depreende, a política criminal do estado democrático de direito deve sempre buscar um modelo conciliatório entre o direito de punir e o direito de defesa, que seja compatível com os postulados do justo processo penal, o qual submete ao crivo do contraditório e da paridade de armas. No entanto, as sanções punitivas, não podem se distanciar do combate à impunidade, mas por outro lado não podem mitigar o direito de defesa (TASSE; ZANCONCINI; PIASECKI, 2009, p. 24).

Não restam dúvidas de que o ponto nevrálgico da investigação criminal defensiva é a busca pela paridade de armas durante a persecução penal, em uma perspectiva entre funcionalidade e garantia. Por esse motivo, as finalidades da política criminal são para encontrar soluções que combinem o vetor funcionalidade com respeito às garantias fundamentais do imputado. Para isso, há a ponderação entre “os interesses da persecução penal e aqueles da liberdade do acusado que deverá resultar sempre de uma ponderação dos ditos interesses” (FERNANDES, 2001, p. 65).

Enquanto política criminal, a investigação criminal defensiva tende a superar o modelo penal garantista e substituir pelo modelo do justo processo penal, como alternativa para uma referência de segurança cidadã. Isso significa dizer que, em termos pragmáticos, o modelo do justo processo penal apresenta mecanismos de efetivo direito de defesa no conjunto garantista, voltados à preservar o direito de defesa do imputado dos possíveis abusos dos órgãos de persecução penal estatal.

4 OS LIMITES PARA EFETIVAR A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO DIREITO BRASILEIRO

Considerando que a investigação criminal defensiva tem caráter privado, embora haja interesse público, ela pode ter um custo financeiro elevado para promover a defesa técnica do imputado na produção da prova. Diante disso, considerando ainda que a grande maioria dos imputados na seara do Direito Penal é desprovida de recursos financeiros, o que seria um enorme empecilho para sua eficiência na prática forense. Destaca-se também que a Defensoria Pública não possui uma estrutura suficiente para concretizar e desenvolver as técnicas de investigação, além da grande demanda de processos. Neste panorama, verificam-se óbices consideráveis para a investigação criminal defensiva, o que não surtirá praticamente efeitos concretos nos atos investigatórios.

Essas dificuldades apontadas expõem a falta de isonomia entre as partes durante a persecução penal. A propósito, vale destacar que quando a defesa é precária no decorrer da persecução penal, até mesmo por falta de recursos financeiros, levará a falta de paridade de armas. Nessa seara pragmática, Costa (2001, p. 97) anota: "melhor admitir, portanto, que a paridade de armas está ausente no processo penal". Por sua vez, Bonato (2001, p. 122) abordado a mesma temática expõe sua visão:

A falta de participação do acusado no processo tem se tornado um fato habitual, que já não mais impressiona ou questiona o posicionamento do julgador ou ainda do órgão que deve promover a Justiça. Raramente se ouve na audiência a voz do defensor protestando a presença do acusado ou pela redesignação do ato. Quando muito, simplesmente pede-se a "dispensa do réu", o que é de plano deferido pelo juízo, quando não é este quem sugestiona ao causídico que a peça.

O acesso de dados, considerados sigilosos, depende de autorização judicial prévia, o que é uma limitação legal à atividade defensiva. Vale ainda ressaltar que o advogado não tem, no exercício da investigação, os poderes coercitivos para obrigar terceiros a fornecer documentos, filmagens, ou outros elementos que possam servir de elementos probatórios para o exercício da investigação defensiva.

Considerando que a investigação criminal defensiva é de natureza privada, outra limitação que se pode impor é quanto à obtenção da prova e a sua cadeia de custódia que vão assegurar a fiabilidade do elemento probatório, uma vez que pode haver interferências externas capazes de falsear o resultado pela busca da verdade. É relevante frisar que o caráter de confiabilidade do processo penal se legitima a partir da verdade com a obtenção de elementos informativos e de provas de modo lícito (PRADO, 2014, p. 86-87).

Outro aspecto delicado da investigação criminal defensiva é a má-fé na relação processual não controlada, apta a cometer abusos, acusações infundadas e temerárias, além dos usos do material probatório selecionado pelo casuístico. Apontadas essas nuances, pode-se dizer que a defesa técnica, ao produzir diretamente a prova testemunhal para o processo, é questionável, por ser ela extremamente falível, devido às falsas memórias sugestivas, especialmente no depoimento infantil e nos reconhecimentos (ROSA, 2015, p. 116). Desse modo, é um grande embate de credibilidade quanto à versão narrativa da testemunha, como tática de defesa, uma vez que pode falsear a realidade e se distanciar do que efetivamente ocorreu.

Ainda como limitação da atividade da investigação criminal defensiva é o valor probatório dos elementos de provas obtidos pelo casuístico frente aos órgãos de persecução penal do Estado. Neste sentido, Scarance Fernandes (2005, p. 99) escreve sobre esse problema:

Não há, no direito processual penal brasileiro, regra a respeito da investigação pela defesa. Nada impede a sua realização, mas, além de o investigado não poder contar com a colaboração da polícia, eventuais elementos obtidos pela defesa são vistos com muita desconfiança pelos promotores e juízes e, em regra, pouco considerados.

Note-se que a investigação por autoridade própria da defesa é uma função nova no sistema processual penal brasileiro, entretanto, no sistema de persecução penal italiano e americano, o advogado tem o direito e um dever de buscar provas técnicas que possam ser favoráveis ao imputado desde a fase preliminar da persecução penal. Daí que a defesa técnica, nesses sistemas penais alienígenas,

detém poderes investigatórios próprios, o que representa uma grande importância nas investigações privadas, uma vez que ela buscará elementos probatórios favoráveis ao seu cliente.

No Brasil, a Constituição Federal assegura ao advogado o pleno exercício da profissão, nos limites da lei, como indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações, nos termos do art. 133, que dispõe: “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

De outra banda, há de certa forma ainda um estranhamento em torno da investigação criminal defensiva, por ser ela privada e desprovida de regulamentação legal, o que leva à restrição quanto ao valor probatório produzido. É por essa razão que essa atividade é vista como um instrumento de obstrução à atuação da justiça criminal por destruir, camuflar ou contaminar provas, com a finalidade de dissimular crimes, o que gera descrença de credibilidade.

Desta forma, é extremamente importante que se garanta à defesa técnica do imputado, por autoridade própria, práticas de atos, tais como: requisitar, oficiar, notificar testemunhas, requerer audiências para o debate, acareações, confronto de perícias, com o propósito de assegurar o contraditório e a ampla defesa durante o curso do inquérito policial, como um viés da investigação criminal defensiva. Neste diapasão, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil aprovou uma regulamentação, por ato normativo, Provimento n. 188, de 11 de dezembro de 2018, que traz no seu art. 4º a condução das diligências e os limites da investigação defensiva.⁵ (BRASIL, 2018).

É importante reconhecer que o Provimento nº 188, de 11 de dezembro de 2018, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que traz os aspectos

⁵ “Art. 4º Poderá o advogado, na condução da investigação defensiva, promover diretamente todas as diligências investigatórias necessárias ao esclarecimento do fato, em especial a colheita de depoimentos, pesquisa e obtenção de dados e informações disponíveis em órgãos públicos ou privados, determinar a elaboração de laudos e exames periciais, e realizar reconstituições, ressalvadas as hipóteses de reserva de jurisdição. Parágrafo único. Na realização da investigação defensiva, o advogado poderá valer-se de colaboradores, como detetives particulares, peritos, técnicos e auxiliares de trabalhos de campo”. BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Provimento n. 188, de 11 de dezembro de 2018.** Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Disponível em: < <https://deoab.oab.org.br/pages/materia/19>>. Acesso: em 13 mar. 2024.

éticos, a condução das diligências e os limites da investigação defensiva, pode conferir paridade de armas à defesa técnica e ao Ministério Público, como uma maneira de dar efetividade ao processo penal e a prestação jurisdicional com a finalidade de garantir direitos fundamentais do imputado para o justo processo penal.

5 AS NECESSÁRIAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS COMO MEDIDA DE POLÍTICA CRIMINAL PARA A CONCRETIZAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

O ponto de partida para concretizar e instrumentalmente a investigação criminal defensiva são as alterações legislativas no ordenamento jurídico. De fato, o Provimento nº 188, de 11 de dezembro de 2018, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil já foi um avanço, já que definiu alguns contornos da investigação criminal defensiva. É por essa razão que se defende, neste artigo, a positivação de regras e quais as fontes normativas, para se precisar melhor as consequências jurídicas admitidas em direito, com a finalidade de balizar de forma racional o papel da defesa técnica na produção direta da prova.

Daí ser plausível conferir paridade de armas à defesa técnica e ao Ministério Público, como uma maneira de dar efetividade ao processo penal e a prestação jurisdicional com a finalidade de garantir os direitos fundamentais do imputado para o justo processo penal. Note-se que esse preenchimento de espaço envolve que sejam criadas normas para reger tais atividades. De todo modo, a dogmática poderá dar impulso na legislação com a aprovação do Projeto de Reforma do Código de Processo Penal nº 156/2009, o qual estabelece a investigação criminal defensiva, através da ação probatória da defesa técnica, prevista no art. 13:

É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas. (Brasil, 2009)

De outra vertente, está a política criminal modernizadora, a qual tem a proposta de trocar garantias processuais por eficácia, a partir do fenômeno da expansão do direito penal. À vista disso, com a finalidade de adiantar a intervenção punitiva, verifica-se um processo de “flexibilização” das garantias político-criminais com reduções das formalidades processuais, bem como desrespeito ao princípio da legalidade penal e da taxatividade na elaboração de tipos penais.

Como se vê, essas são as características de enfrentamento da sociedade de risco, o que tem provocado, como o apoio da mídia, o medo e a insegurança nas pessoas. Tal ilação acena para um modelo de política criminal de intervenção punitiva expansiva que apresenta sérios riscos à liberdade e às garantias constitucionais do cidadão (CALLEGARI; WERMUTH, 2010, p. 22-23).

Corroborando esse pensamento, Roxin (2000, p. 2-3) esclarece que para Franz Von Liszt, a política criminal apresenta métodos racionais de combate à criminalidade, que seria a tarefa social do direito penal. Por outro lado, o direito penal, no seu sentido jurídico, competia a função liberal-garantística de assegurar a igualdade da aplicação do direito e a liberdade individual do cidadão em face do Estado, que seria o fim do direito penal. Esse pensamento de Liszt é decorrente do positivismo jurídico, o qual se caracterizava por expurgar qualquer elemento valorativo na seara do Direito e principalmente as ideias do Direito Natural, por ser esse metafísico e anticientífico, bem como as dimensões do social e político (NADER, 2001, p. 371).

Por essa visão teórica, segundo Roxin (2000, p. 12) Liszt fundamentava a oposição entre direito penal e a política criminal:

O direito penal só será ciência jurídica em sentido próprio, enquanto se ocupar da análise conceitual das regulamentações jurídico-positivas e da sua ordenação no sistema. A política criminal, que se importa com os conteúdos sociais e fins do direito penal, encontra-se fora do âmbito do jurídico.

A partir dessa ilação, Roxin (2000, p. 7-8) faz uma crítica a essa estruturação proposta por Liszt, posto que a dicotomia entre direito penal e política criminal não podem ser dogmaticamente uniformes. Em razão disso, a solução de um problema

de ordem prática na seara jurídica deve ser orientada pela valoração e considerações, com independência de construções conceituais de políticas-criminais, que estão discrepantes sem violar a segurança jurídica.

Em uma leitura sem a observância dos princípios garantistas, a defesa técnica, na fase investigativa, não pode produzir diretamente elementos informativos, por uma interpretação literal, uma vez que a autoridade policial terá a discricionariedade de realizar ou não a diligência requerida, de acordo com o Código de Processo Penal: "art.14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade." (BRASIL, 1941). Como se depreende, o sistema de normas jurídicas é construído a partir do ordenamento posto. O texto do Código de Processo Penal é apenas o ponto de partida, a base empírica, desde que seja interpretado à luz dos princípios e normas da Constituição Federal.

Não obstante a literalidade do texto, Eugênio Pacelli, mesmo não aceitando o contraditório na fase investigativa, entende que a defesa pode dar andamento às investigações, o que poderá facilitar sobremaneira o exercício da função estatal de persecução criminal:

Embora, nos termos da Lei, caiba à autoridade policial deferir ou não a indicação de providências pela defesa e pelo ofendido, pensamos que o sistema de direitos fundamentais deduzido da Constituição da República autoriza entendimento em sentido contrário, desde que e sempre que a providência não causar tumulto ou embaraço às atividades de investigação (OLIVEIRA; FISCHER. 2017, p. 45).

A dogmática jurídica é dialética e está sempre em evolução paradigmática de interpretação. Isso significa dizer que o tema investigação criminal defensiva, como um viés na paridade de armas, com a finalidade de atingir o justo processo penal, é preciso que seja compreendida e interpretada à luz da Constituição, com um pressuposto para que se reconheça o direito fundamental do imputado de se defender produzido diretamente a prova, por meio da defesa técnica.

São esclarecedoras as palavras de Roberto (2011, p, 71) quanto ao tema:

(...) o contraditório em seu caráter metodológico objetivo na formação da prova passa a ser um princípio fundamental que, embora não assuma caráter absoluto, comportando algumas exceções devidamente calibradas dentro da razoabilidade, principalmente para garantia do sucesso do próprio fim do processo, deve ser considerado como corolário do justo processo penal.

Sendo assim, o elemento caracterizador da justa persecução penal pressupõe que o imputado tenha garantido seu direito de defesa, desde a fase preliminar, para que haja a paridade de armas entre a acusação e a defesa, o qual deságua no contraditório e na ampla defesa nos limites dos preceitos constitucionais.

Nesta toada, Pitombo (2003, p. 3) destaca que o imputado tem o direito ao exercício à defesa em procedimento preparatório ou preliminar:

O envolvido jamais deve ser tratado como estranho, em procedimento preparatório ou preliminar. Afastá-lo, para obstar o exercício do direito de defesa, que não se confunde com o contraditório, quebranta a Constituição da República. Ocultar-lhe as intercorrências, durante o processo administrativo, impede a descoberta da verdade criminal atingível, a dano da sociedade e da ética administrativa.

No mesmo sentido, é o posicionamento de Geraldo Prado (2014, p. 41) o qual argumenta que a defesa técnica tem o direito de conhecer a totalidade dos elementos informativos para rastrear a totalidade da atividade persecutória para produzir a contraprova:

O conhecimento integral dos elementos colhidos ao longo da investigação é necessário para a defesa avaliar a correção do juízo do ministério Público sobre a infração penal supostamente praticada pelo acusado e assim repudiar os excessos e/ou as acusações infundadas e, por derradeiro, para preparar-se para produzir a contraprova.

Com esses argumentos, fica evidente que a investigação criminal defensiva é um direito fundamental do imputado em face do Estado-investigação, contra ações penais infundadas, sem justa causa, ou seja, sem lastro probatório mínimo, que pode impedir a movimentação desnecessariamente do aparato judiciário estatal.

Ainda dando suporte a essa fundamentação, Antonio Scarance Fernandes (2002, p. 31) realça que o sistema acusatório assegura a reação defensiva, todo o

processo por meio de uma série de direitos que ilustram a garantia da defesa e estão ligados ao direito de reação do imputado, dentre eles:

“(...) o direito do acusado a ser informado; o direito ao silêncio; o direito de ser defendido e, como derivação, o direito a defensor de sua confiança; o direito de intervir na investigação e na instrução; o direito de produzir prova; o direito de recorrer”.

De fato, por exemplo, o direito ao silêncio, o qual decorre do princípio do *nemo tenetur se detegere*, ou seja, o direito de não produzir prova contra si mesmo, direito de não autoincriminação, possibilita ao imputado o direito de autodefesa. O referido direito era visto pela doutrina tradicional como meio de prova, pelo simples fato de estar topograficamente no capítulo das provas no Código de Processo Penal. Neste contexto, é mister a advertência formal e expressa ao interrogado, para que ele possa permanecer calado, durante seu depoimento, sem se prejudicar, seja em sede de inquérito policial ou em juízo. Além dessas bases do direito de defesa e da produção probatória, Greco Filho (1989, p. 83-84) sublinha que “o processo constitucionalmente estruturado” é uma garantia indispensável do imputado contra o arbítrio estatal, que tem uma função repressiva, uma vez que submete o próprio Estado ao devido processo legal.

Sendo assim, o inquérito policial não é absolutamente inquisitivo. De fato, a investigação criminal realizada pela polícia judiciária, primeira fase da persecução penal, deve observar os direitos e as garantias do imputado previstas na Constituição Federal. Neste contexto, o sigilo do caderno investigativo é para as diligências futuras, o que não proíbe o defensor do imputado ter acesso aos elementos informativos já colhidos e documentados. Levando em consideração essas afirmações, cabe apontar nos termos do inciso XIV do art. 7º do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, norma introduzida pela Lei nº 13.245/2016, que a investigação criminal defensiva possui poderes investigativos por força da paridade de armas e do direito de defesa.

Neste diapasão, pode se inferir do pensamento de Choukr (1995, p. 129) que deve haver o equilíbrio entre o direito de defesa e o direito da não-impunidade:

A defesa, adequadamente assegurada por esta nova roupagem investigativa, passa a ter mecanismos eficientes de proteção à liberdade individual, colaborando na diminuição do arbítrio historicamente existente nas atividades policiais, colaborando com a construção de uma Justiça Criminal preocupada não somente com a repressão, mas, sobretudo, com a dignidade humana.

Por derradeiro, a investigação criminal defensiva está umbilicalmente ligada ao princípio da paridade de armas. De fato, essa premissa permite, em tese, à defesa técnica do imputado ficar em igualdade de condições com os órgãos oficiais de persecução penal, o que lhe permite buscar diretamente os elementos de provas que lhes sejam favoráveis. Com isso, o Juiz, ao decidir sobre a viabilidade da ação penal ou alguma medida cautelar no curso da persecução penal, poderá cotejar os elementos probatórios resultantes das investigações defensivas privadas com as provas produzidas pelos órgãos oficiais de persecução do Estado.

6 CONCLUSÃO

Após esse breve estudo acerca das possibilidades e dos limites para a efetivação da investigação criminal defensiva, conclui-se que são necessárias alterações legislativas para discipliná-la no modelo de persecução criminal brasileiro com uma garantia fundamental do imputado para o justo processo penal.

Neste diapasão, a problemática da pesquisa girou em torno da efetivação da investigação criminal defensiva como política criminal voltada à garantia do direito de defesa em contraposição ao modelo de persecução penal expansionista e punitivista que busca celeridade e efficientismo como resposta penal de “combate da criminalidade”.

Em linha de síntese, a possibilidade de concretização da investigação criminal defensiva para o justo processo penal é estabelecer parâmetros racionais e eficazes em paridade de armas entre a acusação e o direito de defesa na produção direta da prova. Esse modelo de persecução penal busca a tutela efetiva do direito fundamental do imputado à produção diretamente probatória como instrumento de equilíbrio entre as partes contrapostas.

No entanto, há limites para a investigação criminal defensiva tais como: acesso aos dados e às informações sigilosos que dependem de autorização judicial, o alto custo para financeiro para contratação de peritos particulares, a falta de estrutura das Defensorias públicas, a observância da cadeia de custódia da prova para assegurar a fiabilidade da evidência. Como se infere, esses são alguns entraves apontados para a efetivação da investigação criminal defensiva.

Cabe ainda destacar que o artigo se fundamentou para o enfrentamento do tema em autores que defendem a concretização da investigação criminal defensiva como necessária para estabelecer o contraditório proativo em paridade de armas para a justa persecução. Por outro lado, há autores que defendem a supressão de garantias constitucionais e processuais do imputado para dar celeridade e eficiência ao sistema penal com resposta à impunidade.

Por fim, sugere-se que a investigação criminal defensiva seja uma ferramenta que os advogados possam utilizar efetivamente para a obtenção de elementos informativos e provas, com a finalidade de reforçar o direito de defesa. Desse modo, em tese, tem-se a tutela de garantias processuais e o direito fundamental à produção da prova para o justo processo penal.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal**. São Paulo: Noeses, 2016.

BONATO, Gilson. Por um efetivo devido processo legal. *In* BONATO, Gilson (org.). **Direito Penal e Direito Processual: Uma visão garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

BRASIL. Decreto Lei n. 3689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 18 jun. 2023.

BRASIL. **Projeto de lei do Senado n. 156, de 2009**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em: 01 set. 2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante 14:** “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>>. Acesso em: 15 jun. 2023.

BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Provimento n. 188, de 11 de dezembro de 2018.** Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Disponível em: <<https://deoab.oab.org.br/pages/materia/19>>. Acesso em: 13 mar. 2024.

CALLEGARI, André Luiz, WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema Penal e Política Criminal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

CASARA, Rubens R. R. **Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira.** 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na investigação criminal.** Revista dos Tribunais. São Paulo. 1995.

CONDE, Francisco Muñoz. **Direito penal e controle social.** Tradução Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Igualdade no direito processual penal brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal.** Coimbra: Almedina, 2001.

FERNANDES, Antonio Scarence. **Processo Penal Constitucional.** 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Reação Defensiva à Imputação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal.** Tradução Ana Paula Zomer, “et al.”. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRUA, Paolo. Gênese da reforma constitucional do “giusto processo” na Itália. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 661-688, mai./ago. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.61>. Acesso em 10 de fev. 2020.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades.** São Paulo: Saraiva, 1989.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Organização e Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Atlas, 1996.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel**, IMPP, n. 22, jun-jul-ago/2003.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra de cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

RIPOLOLLÉS, José Luis Díez. **A política criminal na encruzilhada**. Tradução André Luiz Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ROBERTO, Welton. **Paridade de armas no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ROSA, Alexandre Morais da. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. 2. ed. Rei dos Livros: Lisboa, 2015.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução Luís Greco: Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TASSE, Adel El. Mileo. ZANCONCINI Eduardo. PIASECKI, Patrícia Regina. **Novo Sistema de Prova Penal: comentários à Lei 11.690/08**. Curitiba: Juruá, 2009.

DA ILEGALIDADE DA SUBORDINAÇÃO HIERÁRQUICA DO PERITO OFICIAL À AUTORIDADE REQUISITANTE DO EXAME PERICIAL

CONCERNING THE ILLEGALITY OF SUBJECTING THE OFFICIAL EXPERT TO HIERARCHICAL SUBORDINATION UNDER THE REQUESTING AUTHORITY FOR EXPERT EXAMINATIONS

Filipe Guimarães Teixeira¹

Resumo: A Lei Nacional nº 12.030/2009 estabelece em seu artigo 2º a garantia de autonomia técnica, científica e funcional no exercício da atividade de perícia oficial de natureza criminal. Entretanto, o alcance preciso dessas autonomias não foi claramente definido em nosso ordenamento jurídico, e seu estudo ainda é uma questão relevante. Isso se deve, por um lado, à expansão do rol de legitimados às autonomias periciais por força da jurisprudência do STF e, por outro, de ainda existirem órgãos de perícia oficial vinculados às polícias judiciárias, como no caso do Estado do Rio de Janeiro, inclusive com peritos lotados em delegacias de homicídio e subordinados aos delegados que presidem as investigações. Após a análise sistemática da legislação processual penal brasileira, constatou-se que a subordinação do perito oficial à mesma autoridade que requisita o exame pericial, além de violar o artigo 178 do CPP e a Lei Orgânica Nacional das Polícias Cíveis (Lei 14.735/2023), compromete gravemente a autonomia técnica, científica e funcional no exercício da atividade de perícia oficial de natureza criminal. Esta situação fragiliza as autonomias periciais, que não contam com qualquer proteção objetiva contra possíveis abusos dos poderes hierárquicos de expedição de ordens, fiscalização e disciplinar. Além disso, essa subordinação prejudica a expedição de recomendações técnicas apropriadas e a resolução de conflitos de atribuições, essenciais para a organização interna do órgão técnico e o controle da qualidade dos laudos expedidos.

Palavras-chave: Lei 12.030/2009. Perícia. Lei 14.735/2023. Autonomia funcional. Perito Oficial.

Abstract: National Law Nº. 12,030/2009 establishes in its Article 2 the guarantee of technical, scientific, and functional autonomy in the performance of official criminal forensic activities. However, the precise scope of these autonomies has not been clearly defined in the Brazilian legal system, and its study remains a relevant issue. This is due, on the one hand, to the expansion of the list of legitimate entities for forensic autonomies due to the jurisprudence of the Supreme Court (STF) and, on the other hand, to the existence of official forensic agencies linked to police, as is the case in the State of Rio de Janeiro, including experts stationed in homicide

¹ Graduação em Engenharia Química pela Escola de Química da Universidade Federal do Rio de Janeiro (2013), Pós-Graduado em Engenharia de Segurança do Trabalho (2017) pela Universidade Cândido Mendes, Mestre em Ciências pelo Programa Tecnologia de Processos Químicos e Bioquímicos da Escola de Química da Universidade Federal do Rio de Janeiro (2015), graduação em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (2023), Perito Criminal do Estado do Rio de Janeiro desde 2015.

departments and subordinate to the police officer leading the investigations. After a systematic analysis of Brazilian criminal procedural legislation, it was found that the subordination of the official expert to the same authority requesting the forensic examination, in addition to violating Article 178 of the Brazilian Criminal Procedure Code (CPP) and the National Organic Law of Civil Police (Law 14,735/2023), seriously compromises the technical, scientific, and functional autonomy in the performance of official criminal forensic activities. This situation weakens forensic autonomies, which lack any objective protection against possible abuses of hierarchical powers in issuing orders, monitoring, and disciplinary actions. Moreover, this subordination hinders the issuance of appropriate technical recommendations and the resolution of conflicts of jurisdiction, essential for the internal organization of the technical body and the quality control of issued reports.

Key words: Law 12.030/2009. Forensics. Law 14.735/2023. Functional Autonomy. Official Expert.

Recebido em: 15/12/2023
Aceito em: 12/03/2024

1 INTRODUÇÃO

A Lei Nacional nº 12.030/2009 preceitua em seu artigo 2º que, no exercício da atividade de perícia oficial de natureza criminal, é assegurado autonomia técnica, científica e funcional. Contudo, o alcance exato dessas autonomias não foi claramente definido em nosso sistema jurídico, permanecendo como tema de estudo da doutrina. Com a desvinculação dos órgãos de perícia oficial da maioria das polícias civis estaduais, uma garantia muito mais abrangente do que a prevista na referida Lei, a produção acadêmica sobre essas três formas de autonomia cessou.

No entanto, ainda existem órgãos de perícia oficial vinculados às polícias judiciárias, como é o caso do Estado do Rio de Janeiro. Além disso, no recente julgamento da ADI 5182, o Supremo Tribunal Federal considerou o rol de peritos oficiais da Lei 12.030/2009 como meramente exemplificativo, e não mais taxativo, o que amplia os legitimados a essas. Diante desse cenário, torna-se imperativo revisitar o estudo sobre o tema.

Para análise do tema no presente trabalho foi estabelecido um enfoque delimitado à situação mais restritiva possível para essas autonomias, que não é a de o perito oficial integrar a mesma instituição responsável pela investigação, mas sim a de perito oficial estar cumulativamente subordinado diretamente à mesma autoridade que requisita o exame pericial. Esse enfoque delimitado é fundamental para uma compreensão aprofundada das implicações das autonomias técnicas, científicas e funcionais dos peritos oficiais.

Atualmente, no caso do Rio de Janeiro, a Perícia Oficial, com nomenclatura de Superintendência-Geral de Polícia Técnico-Científica (SGPTC), integra a Secretaria de Estado de Polícia Civil (SEPOL). Praticamente todos os peritos oficiais que desempenham atividades periciais estão lotados em unidades técnico-científicas da SGPTC, tais como os Institutos de Perícia e Postos Regionais de Polícia Técnico-Científica. A exceção ocorre nas Delegacias de Homicídio, onde Peritos Criminais e Peritos Papiloscopistas são lotados administrativamente, estando hierarquicamente subordinados aos Delegados de Polícia responsáveis pelos

inquéritos policiais nessas unidades. (LC nº 204/2022, Decreto nº 48.273/2022 e Resolução SESEG nº 306/2010)

Dessa forma, a questão central que permanece relevante é se a subordinação hierárquica do perito oficial à mesma autoridade que requisita o exame é compatível com as autonomias técnica, científica e funcional no exercício da atividade de perícia oficial de natureza criminal. Esta é a principal indagação a ser investigada no presente trabalho.

Diante, sobretudo, da decisão proferida na ADI 5182 e da compreensão de que o inquérito policial constitui apenas uma das modalidades de investigação preliminar, a segunda questão a ser abordada é: quem são os peritos oficiais abrangidos pela Lei 12.030/2009? Estariam restritos aos tradicionais Peritos Criminais e Peritos Legistas das polícias judiciárias, os quais atualmente estão em grande parte vinculados a órgãos periciais autônomos? Por fim, surge a indagação se essas autonomias foram concedidas exclusivamente para proteger os peritos oficiais em relação às autoridades policiais, especialmente os delegados de polícia.

Para responder a essas questões, realizou-se uma análise detalhada da legislação processual penal em vigor, da Lei Nacional 12.030/2009, da recente Lei Orgânica Nacional das Polícias Civis (Lei 14.735/2023) e da doutrina sobre o poder hierárquico.

2 PERITOS OFICIAIS

A maior parte da matéria relativa à perícia criminal encontra-se regulamentada no Capítulo II (do exame de corpo de delito, da cadeia de custódia e das perícias em geral) do Título VII (da prova) do Código de Processo Penal (CPP), Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, disposta nos artigos 158 a 184, sem prejuízo de esparsa regulamentação em outros trechos do código e na legislação especial. Entretanto, cabe aqui uma breve conceituação sobre a temática, até porque a prova pericial não existe apenas no âmbito criminal, mas também nos outros ramos do Direito.

Conforme Marinoni (2005):

A prova pericial advém da necessidade de se demonstrar, no procedimento investigatório ou no processo, fato que dependa de conhecimento especial que esteja além dos conhecimentos que podem ser exigidos do homem e do operador de Direito de cultura média.

Eugênio Pacelli (2021) consigna que:

A prova pericial, antes de qualquer outra consideração, é uma prova técnica, na medida em que pretende certificar a existência de fatos cuja certeza, segundo a lei, somente seria possível a partir de conhecimentos específicos. Por isso, deverá ser produzida por pessoas devidamente habilitadas, sendo o reconhecimento desta habilitação feito normalmente na própria lei, que cuida das profissões e atividades regulamentadas, fiscalizadas por órgãos regionais e nacionais.

A natureza jurídica da perícia e do exame do corpo de delito é, em certa medida, controvertida. Para a doutrina em geral consiste em meio de prova, já para alguns doutrinadores consiste em mais do que um simples meio de prova. É o que leciona Tornaghi (1997):

Se o perito se limitasse a transmitir ao juiz o que apurou com seus conhecimentos técnicos, então a perícia seria realmente apenas meio de prova, testemunho. Mas tal não se dá: o perito emite juízo sobre o valor dos fatos, externa impressão sobre a possibilidade de terem sido causados por outros acontecimentos e de virem a produzir outros ainda. Considera não apenas a realidade, mas joga também com as probabilidades, com os princípios da experiência (Erfahrungssätzen). Entra em conjeturas sobre as relações do fato com outros eventos. Não se atém a relatar ao juiz o que se passou e de que teve conhecimento graças a seu saber científico ou artístico. Por vezes, até, o juiz já está informado dos fatos passados e para isso não foi necessária qualquer perícia. Mas ele quer saber do perito qual o valor e quais as prováveis consequências dos fatos. Não apenas o que ocorreu, mas o que há de vir. O diagnóstico e o prognóstico do perito não podem, de maneira alguma, considerar-se mera prova. Acresce que o perito, por vezes, nem sequer se pronuncia sobre o fato, mas apenas ministra ao juiz esclarecimentos teóricos e gerais que lhe permitam ver aquilo que antes não via.

Diante do exposto, torna-se evidente que o perito é alguém detentor de conhecimento especializado que está além do domínio do operador do Direito, sendo habilitado tecnicamente e, em geral, membro de uma profissão regulamentada, o que implica em uma habilitação legal. Esta definição precede a criação de carreiras com a nomenclatura de perito no serviço público, que poderiam inclusive ter adotado diferentes nomenclaturas.

No caso das perícias criminais, o CPP traz o comando no caput do artigo 159 de que “o exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior” e no § 1º do mesmo artigo de que “na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame”.

Feitoza (2008) “esclarece que Perito oficial é a pessoa investida na função por lei, para a realização de exames periciais em geral, e não por nomeação do juiz ou da autoridade administrativa”, que geralmente seria a autoridade policial uma vez que o inquérito policial é o instrumento mais utilizado no Brasil para investigação criminal. Ou seja, o perito oficial de natureza criminal é um servidor concursado para aquela função e é desta função que trata a Lei Nacional 12.030/2009.

Sobre esses profissionais, peritos oficiais, a Lei 12.030/2009 preceitua em seu artigo 2º que no exercício da atividade de perícia oficial de natureza criminal, é exigido concurso público, com formação acadêmica específica, para o provimento do cargo de perito oficial. Ou seja, esse diploma legal esclarece explicitamente o que já se interpretava da análise do artigo 159 do CPP, que o perito oficial deve ser um servidor público estatutário, e acrescenta que no concurso público devem ser selecionados profissionais com formação acadêmica específica.

Já o artigo 5º da Lei 12.030/2009 explica em maiores detalhes quem seria o perito oficial, nos seguintes termos:

Art. 5º Observado o disposto na legislação específica de cada ente a que o perito se encontra vinculado, são peritos de natureza criminal os peritos criminais, peritos médico-legistas e peritos odontologistas

com formação superior específica detalhada em regulamento, de acordo com a necessidade de cada órgão e por área de atuação profissional.

O próprio artigo 5º preceitua que cada ente federado pode elaborar legislação específica de forma suplementar sobre a matéria. No entanto, até 2019, havia controvérsia sobre se a lista de peritos mencionada neste artigo era taxativa ou meramente exemplificativa. Os três cargos de peritos previstos tradicionalmente integram as estruturas da maioria dos órgãos de perícia oficial de natureza criminal do país, sejam esses vinculados ou não às polícias judiciárias.

Essa polêmica foi resolvida no julgamento da ADI 5182, no qual o Supremo Tribunal Federal decidiu que essa lista de peritos é apenas exemplificativa. Isso significa que ela pode incluir não apenas os três cargos de peritos mencionados, mas também outros cargos de perito criados em polícias judiciárias e perícias oficiais, como o perito papiloscopista. O Ministro Luiz Fux, relator do caso, foi além em seu voto, destacando que a lista pode abranger até mesmo servidores que não fazem parte desses órgãos, desde que produzam laudos utilizados pelo juiz no processo criminal, mesmo que de maneira atípica. Conforme o voto do relator:

Como visto, em que pese a norma geral sobre a matéria discipline explicitamente quais cargos compreendem os peritos – criminais, médico-legistas e odontologistas –, ela não o faz de forma taxativa e não veda que se lhes equiparem os cargos de datiloscopista ou papiloscopista. [...] Dessa forma, para além da tríade expressa na lei federal, é possível aventar um rol bem mais amplo de agentes que atuam como peritos oficiais, no qual se inserem o analista do Ministério Público da União, o especialista em meio ambiente do IBAMA, o técnico de nível superior do IPHAN, o bombeiro militar e o auditor da Receita Federal.

O inquérito policial é o principal instrumento investigatório no campo penal em nosso país, logo, a maioria dos laudos periciais criminais será produzida pelos peritos oficiais a quem os delegados de polícia requisitam os exames, que integram as próprias polícias judiciárias ou os órgãos de perícia oficial desvinculados dessas polícias. Porém, em que pese que presidir inquérito policial é atividade exclusiva da polícia judiciária, investigar não é. Tanto que a própria lei (CPP, art. 4º, parágrafo

único) faz ressalva expressa e reconhece a competência de outras autoridades administrativas para apurar infrações penais e sua autoria.

Conforme Lopes Júnior (2020, capítulo IV, seção 1, n.p):

A investigação preliminar situa-se na fase pré-processual, sendo o gênero do qual são espécies o inquérito policial, as comissões parlamentares de inquérito, sindicâncias etc. Constitui o conjunto de atividades desenvolvidas concatenadamente por órgãos do Estado, a partir de uma notícia-crime, com caráter prévio e de natureza preparatória com relação ao processo penal, e que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delituoso, com o fim de justificar o processo ou o não processo.

Aponta Dezem (2016, capítulo 6, seção 6.1, n.p) que:

Verificada a ocorrência de uma infração, várias são as possibilidades de apuração que se apresentam. Estas possibilidades não são excludentes, ou seja, pode haver mais de uma forma de investigação preliminar ao mesmo tempo para os mesmos fatos.

Assim, é importante ressaltar que o inquérito policial representa apenas uma modalidade de investigação preliminar na fase pré-processual de persecução penal, não existindo qualquer restrição quanto à condução de outras investigações paralelas por diferentes instituições a respeito do mesmo evento. Nesse cenário, há outros servidores públicos, além dos peritos das polícias judiciárias e perícias oficiais, que podem atuar como peritos oficiais, mesmo que essa não seja sua atribuição típica.

Por exemplo, no caso do Ministério Público, titular da ação penal (CRFB, art. 129, inciso I), seus analistas, especializados em questões técnico-científicas, frequentemente desempenham o papel de assistentes técnicos (CPP, art. 159, § 3º, § 5º e § 7º), elaborando pareceres técnicos sobre áreas específicas do conhecimento. A produção de um laudo pericial ocorre somente quando são requisitados a emitir um parecer no contexto de um Procedimento Investigatório Criminal (PIC) presidido por um Promotor de Justiça. Em outras palavras, a elaboração do laudo é uma atividade atípica para esses analistas, mas nesta função devem gozar das autonomias técnica, científica e funcional estabelecidas pela Lei 12.030/2009.

Por fim, retornando aos peritos oficiais tradicionais, no caso dos que ainda integram as polícias civis dos estados, a recente Lei Orgânica Nacional das Polícias Civis, Lei 14.735/2023, determinou no artigo 19 que deverá haver apenas um cargo de perito na instituição.

Essa opção pela unificação dos cargos de perito também é uma tendência para os órgãos periciais autônomos das polícias civis, que se encontra inclusive em discussão como emenda à PEC 76/2019, que visa alterar o artigo 144 da Constituição Federal para incluir as polícias científicas no rol dos órgãos de segurança pública.

3 AUTONOMIA TÉCNICA, CIENTÍFICA E FUNCIONAL DOS PERITOS OFICIAIS

As autonomias técnica, científica e funcional dos peritos oficiais são explicitamente expressas no artigo 2º da Lei 12.030/2009, nos seguintes termos:

Art. 2º No exercício da atividade de perícia oficial de natureza criminal, é assegurado autonomia técnica, científica e funcional, exigido concurso público, com formação acadêmica específica, para o provimento do cargo de perito oficial.

Essas autonomias periciais foram consideradas essenciais para o exercício da própria atividade pericial, porém seu significado e alcance não foi explicitado na Lei. Cabe ressaltar que, antes mesmo do advento desta lei, era reconhecido na doutrina que o perito deveria ter sua autonomia de trabalho preservada de forma a produzir um laudo pericial imparcial e útil à Justiça. Essa garantia era fundamentada em trechos do Código de Processo Penal de 1941, como o artigo 178, que será abordado em seção própria mais a frente neste artigo, e no artigo 275. Neste sentido, conforme Martins (2009):

Os artigos 275 a 280 do CPP, ainda não comentados, relacionam o perito entre os funcionários da justiça, e sujeitam o perito, exclusivamente, à disciplina judiciária, vale dizer, à lei. Não está subordinado a ninguém, no que diz respeito à sua área de atuação,

que é ofertar elementos sobre a verdade material do que está sendo investigado ou examinado em juízo.

Ora, se o perito deve desempenhar sua função como especialista e auxiliar da justiça sem qualquer interferência externa, estritamente submetido à lei, isso representa a salvaguarda da sua autonomia funcional, ou seja, a liberdade para exercer sua função de forma autônoma. Além disso, como o papel do perito envolve a execução de atividades em sua área de especialização, que é eminentemente técnico-científica, essa autonomia também abrange a esfera técnica e científica. Dessa forma, a independência do perito ao realizar suas tarefas especializadas, conforme estipulado no Código de Processo Penal desde 1941, incorpora, de fato, as três formas de autonomia pericial declaradas explicitamente pela Lei 12.030/2009, que formam uma tríade inseparável.

Por exemplo, vamos supor que no Instituto Médico Legal haja uma determinação do diretor de que todas as necropsias, exame médico-legal nos mortos, devam durar no máximo 1 hora e que o laudo deve ser emitido em no máximo 24 horas, independente da disponibilidade do resultado de exames laboratoriais. Certamente essa ingerência na função pericial influirá no resultado do trabalho técnico-científico, o que provocará, muito provavelmente, um aumento do número de laudos com causa de morte indeterminada, laudos com descrição menos detalhada do cadáver e das lesões encontradas, conclusões menos robustas que não consideram o resultado dos exames complementares etc.

Quintiliano (2013), ao se debruçar sobre a interpretação dessas autonomias periciais, traça ideias semelhantes à interpretação da autonomia pericial prevista no CPP:

Com a clareza proporcionada pela Lei n.º 12.030, de 17 de setembro de 2009, garante-se que o perito oficial, no exercício de suas atividades-fim, submeta-se unicamente aos limites determinados pela legislação e pela sua própria consciência, não podendo receber ordens para direcionarem os exames periciais para esse ou aquele rumo. A lei assegura ao perito oficial a autonomia científica, amparada no método científico. Como decorrência, também os órgãos públicos encarregados da gestão da perícia oficial de natureza

criminal estão submetidos unicamente aos limites determinados pela lei, não podendo aceitar ingerências de outros órgãos, independentemente de suas posições hierárquicas (QUINTILIANO, 2013).

Portanto, é provável que a principal contribuição dessa Lei tenha sido a de formalizar autonomias que já eram implicitamente reconhecidas no ordenamento jurídico, visando proporcionar maior segurança jurídica no exercício da função pericial. Esse objetivo assemelha-se ao propósito do presente trabalho, que busca esclarecer o alcance dessas autonomias para torná-las mais eficazes. Mesmo que essas autonomias estejam agora explicitamente previstas, é essencial compreender seu real significado, a fim de avaliar se determinadas condutas ou normas as infringem ou têm o potencial de fazê-lo.

Quintiliano (2013) explica o alcance da autonomia funcional traçando uma comparação com os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, que também possuem essa espécie de autonomia:

Dessa forma, a partir da vigência da Lei nº 12.030/2009, a atuação dos peritos criminais oficiais, quando no exercício de sua atividade fim, é semelhante à dos membros do Ministério Público e das Defensorias Públicas Estaduais, haja vista que todos esses servidores públicos gozam igualmente da autonomia funcional. Os peritos oficiais, quando no exercício de suas atividades fins, submeter-se-ão unicamente aos limites determinados pela lei e pelas suas próprias consciências, não podendo receber ordens para direcionarem os exames periciais para esse ou aquele rumo, excetuados os casos expressamente previstos em lei. Ressalte-se que, em decorrência de não gozarem da independência funcional, estão os peritos oficiais sujeitos ao princípio da hierarquia, existente em seus órgãos de lotação, ao contrário do que ocorre com os membros do Ministério Público, que gozam cumulativamente da independência funcional.

Ou seja, já encontramos limites ao alcance da autonomia funcional, o primeiro a lei, o segundo o poder hierárquico do superior hierárquico, uma vez que os peritos gozam tão somente de autonomia funcional e não de independência funcional. Neste sentido, Lopes et al (2022) disserta sobre a relação entre as autonomias periciais e a subordinação hierárquica:

Além de uma gestão especializada, a subordinação dos Peritos Criminais a seus pares é uma garantia da independência na produção dos laudos periciais. Assim, é vital e natural que não exista subordinação do perito responsável pela produção de qualquer laudo aos eventuais interessados na investigação, em especial delegados, promotores, assistentes de defesa ou juízes. [...] Em reforço, somente Peritos Criminais Federais subordinam o perito designado administrativamente, que envolve a sua avaliação funcional, gozo de férias, licenças, capacitações e outros direitos relativos ao seu exercício profissional, preservando assim a autonomia funcional prevista no art. 2º da Lei n.º 12.030/2009.

Lopes et al. (2022) argumenta que a autonomia funcional pericial implica na subordinação administrativa do perito que atua na atividade fim (produção de laudos) exclusivamente a outros peritos, sendo incompatível com a subordinação do perito a partes interessadas na investigação, como delegados, promotores, assistentes de defesa ou juízes, que também estão interessados no resultado do laudo. Portanto, uma vez que as autonomias periciais não são imunes à subordinação hierárquica, é inaceitável que o perito seja subordinado à mesma autoridade que solicitou o exame, pois essa autoridade tem maior probabilidade de tentar violar as autonomias periciais em comparação com outra autoridade ou perito que não tenha envolvimento direto na investigação ou processo.

Em seguida, Lopes et al. (2022) apresenta exemplos de direitos dos subordinados que podem sofrer interferência por parte de seus superiores, insinuando que o superior hierárquico detém o poder necessário para prejudicar o subordinado, poder esse que pode ser abusado. É importante destacar que qualquer forma de ameaça, assédio, tráfico de influência ou represália contra o servidor, com o intuito de influenciar seu trabalho, constitui uma conduta completamente ilícita, porém o mero potencial de ocorrência dessas práticas é suficiente para justificar a criação de garantias legais ou mecanismos de prevenção.

Na próxima seção, serão examinados detalhadamente os poderes hierárquicos, bem como outras possibilidades pelas quais o superior hierárquico poderia violar as autonomias periciais.

4 PODER HIERÁRQUICO VS AUTONOMIA PERICIAL

A Lei 12.030/2009 tão somente explicitou as autonomias técnica, científica e funcional dos peritos oficiais. No entanto, além de não esclarecer o alcance dessas autonomias, como discutido na seção anterior, também não estabeleceu garantias concretas para protegê-las. Devido a esta ausência de prerrogativas objetivas para evitar interferências, resta ao Estado apenas o eventual controle repressivo, que ocorre após a ocorrência do abuso. Além disso, é importante destacar que, na maioria das ocorrências do tipo, é quase impossível produzir provas concretas das interferências ocorridas, tornando a situação ainda mais desafiadora.

Em marcado contraste, o Poder Hierárquico traz consigo uma série de prerrogativas. A doutrina destaca as seguintes atribuições decorrentes do poder hierárquico exercido pelos superiores em relação aos subordinados: expedição de ordens, controle (fiscalização e revisão), poder disciplinar, resolução de conflitos de atribuições e alteração de competência (Di Pietro, 2022; Meirelles, 2016; Mello, 2015).

A expedição de ordens vincula os subordinados, salvo se manifestamente ilegais. Esse poder pode ser exercido por meio de ordens diretas ou através de atos administrativos formais, como ordens de serviço, portarias, procedimentos e instruções. O não cumprimento das ordens superiores configura insubordinação, infração funcional punível. (Di Pietro, 2022; Meirelles, 2016; Mello, 2015).

Certamente, existem ordens e atos ordinatórios que, em geral, não comprometem as autonomias periciais e são práticas comuns em todos os órgãos periciais para garantir o funcionamento adequado do serviço. Estes incluem definir o regime de trabalho, estabelecer horários de expediente ou escalas de plantão, além de determinar procedimentos para o registro e documentação das requisições de exame recebidas, ou ainda, instruir servidores sobre reposição de insumos ou recebimento de materiais a serem periciados.

Entretanto, há outros atos ordinatórios que claramente interferem nessas autonomias, como a elaboração de instruções técnico-científicas, procedimentos

operacionais padrão, notas técnicas e ordens de serviço relacionadas aos exames periciais. Esses atos determinam o método científico ou procedimento a ser utilizado pelo perito, influenciam na forma como ele apresentará sua análise e resultados, e podem até mesmo afetar a conclusão, caso esta dependa do método ou procedimento utilizado.

Essas normativas não devem ser vinculativas, pois anulariam as autonomias dos peritos, mesmo se originadas de outros peritos, e devem ser encaradas como recomendações técnicas. A legitimidade desses atos é baseada na técnica e em outras ciências, diferentes do Direito. Se resultarem de um consenso na comunidade científica, essas recomendações são tão fortes que, se desconsideradas, podem levar o Juiz a rejeitar completamente o laudo pericial, uma vez que o magistrado não está adstrito ao laudo, conforme previsto no artigo 181 do CPP.

Caso o perito insista em adotar um procedimento não recomendado pela comunidade científica e pelo seu próprio órgão técnico, ele pode ser confrontado por pareceres técnicos de assistentes técnicos que se opõem ao laudo (CPP, art. 159, § 3º, § 5º e § 7º). Além disso, o juiz pode requisitar esclarecimentos adicionais sobre o laudo, exigir complementações ou até mesmo ordenar a repetição do exame. O juiz tem a prerrogativa de ignorar completamente o conteúdo do laudo ao proferir a sentença, uma vez que possui livre convencimento motivado (art. 155 do CPP), ou ainda, determinar a realização de um novo exame por outros peritos, se julgar apropriado (art. 181 do CPP).

Certamente, apenas outro perito ou especialista possui a capacidade necessária para fornecer recomendações técnicas adequadas ou interpretar orientações técnicas elaboradas por terceiros. Portanto, é crucial que o perito seja lotado em um órgão técnico com um superior hierárquico também perito. A lotação em um órgão não técnico, com subordinação a um bacharel em direito, é incompatível com a regulação técnica do serviço pericial pelo superior, sendo possível a ele apenas a elaboração de atos ordinatórios de natureza meramente administrativa.

Já o poder de controle refere-se ao processo conjunto de fiscalização e revisão. A fiscalização envolve a verificação do cumprimento das ordens superiores e do ordenamento jurídico pelos subordinados. Por outro lado, o poder de revisão permite reavaliar os atos praticados pelos subordinados, mas não se aplica à produção de laudos periciais, pois viola diretamente a autonomia pericial. A fiscalização está intimamente ligada ao poder disciplinar, intrínseco à hierarquia. Se o superior detecta uma infração funcional, deve impor uma sanção ao subordinado após o devido processo administrativo (Di Pietro, 2022; Meirelles, 2016; Mello, 2015)

Esse poder de controle e fiscalização sobre o perito oficial, se abusado, pode prejudicar significativamente o subordinado. Isso pode resultar em acusações de irregularidades, infrações administrativas e até infrações penais; ocasionando sanções disciplinares, sanções penais, avaliação funcional prejudicada, obstáculos na progressão na carreira, desconfiança e descrédito em relação ao laudo elaborado, entre outras consequências.

O superior também possui o poder de resolver conflitos de atribuições (Di Pietro, 2022; Meirelles, 2016; Mello, 2015), o que, em um serviço de perícias, requer conhecimento profundo dos exames periciais. Sob essa perspectiva, não há impedimento para que o perito seja subordinado à mesma autoridade que requisita o exame. No entanto, essa autoridade, geralmente um bacharel em direito, precisaria adquirir conhecimentos em ciências forenses para exercer essa atribuição de forma adequada, o que seria atípico para ela. Provavelmente, antes de adquirir a experiência necessária para desempenhar essa função, essa autoridade seria removida. Por exemplo, delegados de polícia geralmente aspiram trabalhar na função final da carreira, dirigindo delegacias de polícia ou órgãos superiores às delegacias e outras unidades operacionais da polícia judiciária.

Por fim, o superior hierárquico pode delegar ou avocar competências conforme previsto em lei (Di Pietro, 2022; Meirelles, 2016; Mello, 2015). No entanto, se o superior hierárquico for a autoridade requisitante, a avocação ou delegação não fazem sentido, seja porque a autoridade não tem atribuição legal para realizar o

exame (que é exclusiva do perito) ou porque é ilógico avocar um exame que a própria autoridade requisitou, pois ela não possui a expertise necessária.

Ao exercer todos esses poderes, o superior hierárquico possui considerável discricionariedade, ou seja, a liberdade de escolher de acordo com seu juízo de conveniência e oportunidade se irá ou não praticar um determinado ato, e como irá realizá-lo (Di Pietro, 2022; Meirelles, 2016; Mello, 2015). As oportunidades para abusos desses poderes são numerosas, mas a concessão de uma única prerrogativa ao perito oficial poderia protegê-lo desses possíveis abusos dos superiores hierárquicos, pelo menos dos que teoricamente têm a maior motivação para abusar do poder: não ser subordinado à autoridade que requisita o exame pericial e preside a investigação.

É importante ressaltar que, em um sistema judicial como o brasileiro, onde todas as provas são relativas e o juiz possui livre convencimento motivado (CPP, art. 155), a credibilidade da prova é seu valor fundamental. Nesse contexto, é completamente ilógico e contraproducente que as polícias judiciárias ou qualquer outro órgão que conduza investigações opte voluntariamente por reduzir o valor da prova produzida e utilizada pela própria instituição.

Após todo o exposto, conclui-se que a subordinação do perito oficial à mesma autoridade que requisita o exame pericial compromete gravemente a autonomia técnica, científica e funcional no exercício da atividade de perícia oficial de natureza criminal. Esta situação fragiliza as autonomias, que não contam com qualquer proteção objetiva contra possíveis abusos dos poderes hierárquicos de expedição de ordens, fiscalização e disciplinar. Além disso, prejudica a expedição de recomendações técnicas apropriadas e a resolução de conflitos de atribuições, essenciais para a organização interna do órgão técnico e o controle da qualidade dos laudos expedidos.

5 VEDAÇÕES LEGAIS À SUBORDINAÇÃO HIERÁRQUICA DOS PERITOS OFICIAIS À AUTORIDADE REQUISITANTE DO EXAME PERICIAL

O artigo 178 do CPP prevê expressamente que a autoridade em sentido amplo (posto que não especificado se policial ou judicial) requisitará o laudo pericial ao diretor da repartição, que interpretado em conjunto com o artigo 159, só pode se referir à unidade em que é lotado o perito oficial. Ou seja, o CPP prevê que a autoridade requisitante do exame deve ser distinta do superior hierárquico do perito oficial. Seguem os artigos 178 e o caput do 159 *in verbis*:

Art. 178. No caso do art. 159, o exame será requisitado pela autoridade ao diretor da repartição, juntando-se ao processo o laudo assinado pelos peritos.

Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.

O exposto é o entendimento majoritário da doutrina, por exemplo, conforme Martins (2009), Cunha (2020, p. 581), e Lima (2019, p. 588), tratando-se de perito oficial, a autoridade policial ou judiciária deve requisitar a realização do exame pericial ao diretor do órgão de lotação do perito.

Conforme Cunha (2020, p. 581):

Na hipótese deste artigo, o perito oficial não será indicado pelo juiz ou pelo delegado de polícia, mas sim pelo responsável pelo órgão público em que lotado o experto, segundo critérios internos de divisão de serviço. [...] Não teria cabimento que alguma autoridade fosse realizar a nomeação do perito, seja porque oficial o “expert”, a gerar presunção de idoneidade de sua conduta, seja porque o chefe da repartição é quem detém conhecimento que permita realizar o devido encaminhamento.

A Lei Orgânica Nacional das Polícias Civis, Lei 14.735/2023, também trouxe de forma explícita a vedação da subordinação do perito oficial à mesma autoridade que requisita o exame, proteção essa necessária às perícias oficiais que ainda são

vinculadas às polícias civis. Vamos à íntegra do artigo 15 do diploma legal e do seu §1º:

Art. 15. Constituem unidades técnico-científicas da polícia civil as unidades responsáveis pela perícia oficial criminal, nos casos em que o órgão central de perícia oficial de natureza criminal estiver integrado em sua estrutura, cujos chefes devem ser designados pelo Delegado-Geral de Polícia Civil, dentre outras:

I – Instituto de Criminalística;

II – Instituto de Medicina Legal; e

III – Instituto de Identificação.

§ 1º As unidades técnico-científicas são responsáveis pelas atividades de perícia oficial de natureza criminal e técnico-científicas relativas às ciências forenses.

§ 2º Os Institutos de Criminalística, de Medicina Legal e de Identificação devem ser coordenados por peritos oficiais criminais das respectivas áreas que estejam na ativa e sejam da classe mais elevada.

De acordo com o caput e §1º deste artigo, as unidades técnico-científicas são responsáveis pelas atividades de perícia oficial de natureza criminal e pelas atividades técnico-científicas relacionadas às ciências forenses. O artigo também fornece uma lista exemplificativa de três dessas unidades: Instituto de Criminalística, Instituto de Medicina Legal e Instituto de Identificação. Portanto, outras unidades, como delegacias de polícia ou coordenadorias de recursos especiais, não têm autorização para realizar perícias, e são essas outras unidades justamente as que requisitam os exames periciais.

Isso significa que, mesmo que um perito oficial esteja lotado em uma delegacia, ele não pode realizar perícias; só poderia desempenhar outras atividades. Além disso, o parágrafo 2º estipula que as unidades técnico-científicas devem ser coordenadas por peritos oficiais. Mesmo que, hipoteticamente, essas unidades pudessem ser dirigidas por um delegado de polícia, essa autoridade policial não estaria presidindo investigações, não tendo, portanto, a prerrogativa de requisitar exames periciais.

6 CONCLUSÃO

A Lei Nacional nº 12.030/2009 estabelece em seu artigo 2º a garantia de autonomia técnica, científica e funcional no exercício da atividade de perícia oficial de natureza criminal. Entretanto, o alcance preciso dessas autonomias não foi claramente definido em nosso sistema jurídico, o que continua a ser uma questão relevante. Isso se deve em parte à expansão do rol de legitimados às autonomias periciais, por força de jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal. Além disso, ainda existem órgãos de perícia oficial vinculados às polícias judiciárias, como é o caso do Estado do Rio de Janeiro.

Em 2019, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5182, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o rol de peritos oficiais estabelecido na Lei Nacional nº 12.030/2009 é exemplificativo e não taxativo. Isso implica que, além dos três cargos originalmente previstos (peritos criminais, peritos médico-legistas e peritos odontologistas), outros cargos de perito podem ser criados pela União e pelos Estados da Federação, como é o caso do perito papiloscopista. O Ministro Luiz Fux, relator do caso, destacou em seu voto que a lista pode incluir até mesmo servidores que não fazem parte das perícias oficiais, desde que produzam laudos utilizados pelo juiz no processo criminal, mesmo que de forma atípica.

É relevante notar que mesmo antes da promulgação da mencionada Lei, a doutrina reconhecia a necessidade de preservar a autonomia do perito, assegurando a produção de laudos periciais imparciais e úteis à Justiça. A autonomia técnica, científica e funcional dos peritos oficiais já estava implicitamente prevista no Código de Processo Penal de 1941, embasada principalmente nos artigos 178 e 275.

Essa tríade inseparável de autonomias periciais foi apenas explicitamente declarada pela Lei nº 12.030/2009. No entanto, apesar do claro reconhecimento legal dessa autonomia, é crucial compreender seu verdadeiro significado para avaliar se certas condutas ou normas as violam ou têm o potencial de fazê-lo. Após pesquisa sobre seu significado e alcance foram identificados dois principais limites para essa

autonomia: a lei e o poder hierárquico, uma vez que os peritos possuem autonomia funcional, mas não independência funcional.

Além disso, observou-se que a referida Lei não estabeleceu garantias concretas para proteger essas autonomias, principalmente contra o poder hierárquico. Diante da ausência de prerrogativas objetivas para evitar interferências indevidas, o Estado conta apenas com o eventual controle repressivo, que ocorre após a ingerência, cuja eficiência é muito questionável, especialmente devido à dificuldade em produzir provas concretas dos abusos cometidos.

Em marcado contraste, o Poder Hierárquico traz consigo uma série de prerrogativas e o superior hierárquico ao exercer todos esses poderes possui considerável discricionariedade, ou seja, a liberdade de escolher de acordo com seu juízo de conveniência e oportunidade se irá ou não praticar um determinado ato, e como irá realizá-lo. As oportunidades para abusos desses poderes são numerosas, mas a concessão de uma única prerrogativa ao perito oficial poderia protegê-lo, e a perícia também, desses possíveis abusos dos superiores hierárquicos, pelo menos dos que teoricamente têm a maior motivação para abusar do poder: não ser subordinado à autoridade que requisita o exame pericial e preside a investigação.

É importante ressaltar que, em um sistema judicial como o brasileiro, onde todas as provas são relativas e o juiz possui livre convencimento motivado, a credibilidade da prova é seu valor fundamental. Nesse contexto, é completamente ilógico e contraproducente que as polícias judiciárias ou qualquer outro órgão que conduza investigações opte voluntariamente por reduzir o valor da prova produzida e utilizada pela própria instituição.

Por outro lado, há inclusive vedação legal a essa subordinação, embora atualmente a mesma não seja respeitada. O artigo 178 do CPP prevê expressamente que a autoridade em sentido amplo (posto que não especificado se policial ou judicial) requisitará o laudo pericial ao diretor da repartição, o que interpretado em conjunto com o artigo 159 do CPP, só pode se referir à unidade em que é lotado o perito oficial. Ou seja, o Código de Processo Penal prevê desde 1941 que a

autoridade requisitante do exame deve ser distinta do superior hierárquico do perito oficial.

Inclusive, a recente Lei Orgânica Nacional das Polícias Civis, Lei 14.735/2023, também trouxe de forma explícita a vedação da subordinação do perito oficial à mesma autoridade que requisita o exame, principalmente em seu artigo 15, proteção essa necessária às perícias oficiais que ainda são vinculadas às polícias civis.

Após todo o exposto, conclui-se que a subordinação do perito oficial à mesma autoridade que requisita o exame pericial, além de ilegal, compromete gravemente a autonomia técnica, científica e funcional no exercício da atividade de perícia oficial de natureza criminal. Esta situação fragiliza as autonomias, que não contam com qualquer proteção objetiva contra possíveis abusos dos poderes hierárquicos de expedição de ordens, fiscalização e disciplinar. Além disso, prejudica a expedição de recomendações técnicas apropriadas e a resolução de conflitos de atribuições, essenciais para a organização interna do órgão técnico e o controle da qualidade dos laudos expedidos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 03 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 03 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.030**, de 17 de setembro de 2009. Dispõe sobre as perícias oficiais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/l12030.htm. Acesso em: 03 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.735**, de 23 de novembro de 2023. Institui a Lei Orgânica Nacional das Polícias Civis; dispõe sobre suas normas gerais de funcionamento; e dá outras providências. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14735.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2014.735%2C%20DE%2023%20DE%20NOVEMBRO%20DE%202023&text=Institui%20a%20Lei%20Org%C3%A2nica%20Nacional,funcionamento%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias. Acesso em: 24/11/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.182**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur420787/false>. Acesso em: 03 nov. 2023.

CUNHA, Rogério Sanches. **Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal comentados por artigos**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, seção 3.5.3

FEITOZA, Denilson. 2008. Reforma processual penal: Leis 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008: uma abordagem sistêmica. Niterói: Impetus, 2008.

LOPES, Alan de Oliveira. RAUPP, Alexandre Bacellar. BAÚ, Norberto. SANTOS, Rafael Seixas. SIGNOR, Régis. **Uma análise da Criminalística exercida pela Polícia Federal**: integração de um modelo eficaz e eficiente pautado na autonomia técnica, científica e funcional. Revista do Sistema Único de Segurança Pública, Brasília, v. 1, n. 2, jul./dez. 2022.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil** – vol. 5, tomo II. São Paulo: RT, 2005. p. 567

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Autonomia e independência da função dos peritos criminais à luz da lei suprema e do Código de Processo Penal**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.98, n.886, p. 445-467, ago. 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 142-145.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 154-155.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

QUINTILIANO, Paulo. **O princípio da autonomia da perícia oficial no âmbito da Lei 12.030/2009**. Proceeding of the Eighth International Conference on Forensic Computer Science – ICoFCS 2013 ABEAT (ed.) –, Brasília, p. 76 - 79, 2013.

RIO DE JANEIRO. **Decreto 48.273**, de 14 de dezembro de 2022. Altera e consolida, sem aumento de despesa, a estrutura básica da Secretaria de Estado de Polícia Civil, aprovada pelo decreto nº 48.035, de 08 de abril de 2022, alterada pela lei complementar nº 204, de 30 de junho de 2022, e dá outras providências. Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, Poder Executivo, ano XLVIII, n. 232, parte I, p. 2-6, 15 dez. 2022

RIO DE JANEIRO. **Lei Complementar nº 204**, de 30 de junho de 2022. Institui a Lei Orgânica da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: http://www3.alerj.rj.gov.br/lotus_notes/default.asp?id=52&url=L2NvbnRsZWkubnNmL2E5OWUzMTdhOWNmZWZODMwMzI1Njg2MjAwNzFmNWQyL2MyZTczOTNIOWI4MjAzMjUwMzI1ODg3NTAwNjRkNGNhP09wZW5Eb2N1bWVudA==. Acesso em: 04 nov. 2023.

RIO DE JANEIRO. **Resolução SESEG nº 306**, de 15 de janeiro de 2010. Define a estrutura da Divisão de Homicídios da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro. Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, Poder Executivo, ano XXXVI, n. 011, parte I, p. 15-17, 18 dez. 2010

TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal** / Helio Tornaghi; atualizado por Adalberto Jose Q. T. de Camargo Aranha. – 10. Ed – São Paulo: Saraiva, 1997

A REGULAÇÃO DAS *BIG TECHS* E DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO BRASIL: UM IMPERATIVO DEMOCRÁTICO

THE REGULATION OF BIG TECHS AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN BRAZIL: A DEMOCRATIC IMPERATIVE

Rubens José Kirk de Sanctis Júnior¹

Resumo: O presente artigo visa analisar a necessidade de regulação, no Brasil, das grandes empresas de tecnologia (Big Techs) e do uso, por essas companhias, da inteligência artificial, diante do protagonismo que assumiram nas atividades sociais, profissionais e políticas dos indivíduos. Com base na doutrina, nacional e estrangeira, será estudado o impacto da ascensão dessas corporações nos direitos fundamentais, bem como os respectivos riscos democráticos que isso implica. Serão analisados alguns modelos de regulação, quanto à moderação de conteúdo e quanto ao uso de novas tecnologias como algoritmos e inteligência artificial, já implementados ou em discussão na Europa, Estados Unidos da América e Brasil. Ao final, buscar-se-á demonstrar as razões pelas quais a regulação das atividades dessas companhias é peça fundamental para se evitar retrocessos democráticos.

Palavras-chave: Regulação. *Big Techs*. Direitos Fundamentais. Democracia.

Abstract: This article aims to analyze the need for regulation, in Brazil, of large technology companies (Big Techs) and the use, by these companies, of artificial intelligence, given the role they have assumed in the social, professional and political activities of individuals. Based on national and foreign doctrine, the impact of the rise of these corporations on fundamental rights will be studied, as well as the respective democratic risks that this implies. Some regulatory models will be analyzed, regarding content moderation and the use of new technologies such as algorithms and artificial intelligence, already implemented or under discussion in Europe, the United States of America and Brazil. In the end, we will seek to demonstrate the reasons why the regulation of the activities of these companies is a fundamental part to avoid democratic setbacks

Keywords: Regulation. Big Techs. Fundamental Rights. Democracy.

Recebido em: 15/12/2023

Aceito em: 09/01/2024

¹ Graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Sorocaba (2006). Especialização em Direito Previdenciário pela Escola Paulista de Direito. Mestrando em Função Social do Direito pela FADISP. Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. Professor da Faculdade de Direito de Sorocaba (FADI) e da Faculdade de Direito da Athon em Sorocaba-SP.

1 INTRODUÇÃO

Na última década, o mundo assistiu à mudança de paradigmas na evolução tecnológica, com reflexos econômicos, políticos e comportamentais significativos. Gradativamente, as atividades mais comuns e corriqueiras da vida humana migraram para o ambiente digital, mediante a utilização de plataformas e sistemas oferecidos por grandes empresas de tecnologia, que em razão de seu protagonismo, social e econômico, receberam a alcunha de *Big Techs*.

Essas plataformas passaram a ser, portanto, o instrumento para a realização de atos e negócios jurídicos fundamentais à própria existência do indivíduo como sujeito de direitos. Por meio delas, celebram-se contratos, efetuam-se pagamentos, formulam-se requerimentos ao Poder Público, exercita-se a liberdade de expressão. Também nelas, milhares de pessoas se informam, consomem e manifestam a sua inclinação política. Assim, as grandes empresas de tecnologia detêm, na sociedade contemporânea, uma centralidade que lhes confere poderes que podem impactar significativamente nos direitos fundamentais e na dinâmica de participação popular nos regimes democráticos.

Dado esse contexto, neste trabalho, valendo-se da doutrina nacional e estrangeira, pretende-se analisar esses reflexos sociais e políticos causados pela ascensão da tecnologia como instrumento para o exercício de direitos, com impactos, inclusive, na dinâmica de poder até então existente entre o Estado e a iniciativa privada. Serão abordados os riscos que essa nova realidade traz aos regimes democráticos, buscando-se identificar as possibilidades de regulação implementadas, ou em discussão, nos Estados Unidos da América, Europa e Brasil, que possam mitigar essas complexas consequências do avanço tecnológico e da concentração de poder nas mãos das grandes corporações de tecnologia.

2 O IMPACTO DA TECNOLOGIA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

O surgimento da internet e a sua expansão, a partir da década de 90, trouxeram consequências significativas para a forma como vivemos, em todos os aspectos. Esse fenômeno tecnológico disruptivo possibilitou uma verdadeira revolução na interação humana e em especial na maneira como são desempenhadas as tarefas mais ordinárias do dia a dia. Por meio da internet, a sociedade contemporânea se informa, consome, desfruta de entretenimento e transforma a sua casa em um terminal integrado a um sistema universal (LUÑO, 2006). Essa realidade foi, na última década, amplificada, na medida em que a sociedade se tornou cada vez mais conectada, não apenas por meio de computadores pessoais, mas, também, por telefones celulares (*smartphones*) que possibilitam conexão imediata e ininterrupta à internet, viabilizando que todo ato humano possa ser praticado de forma *online*.

Essa massificação do acesso à internet e às plataformas digitais resta evidenciada por dados empíricos. No Reino Unido, já em 2016, mais de 82% dos adultos utilizavam a internet quase todos os dias, 27% dos adultos usavam o *Facebook* diariamente e, segundo dados de 2017, 27% dos adultos se informavam por meio do *Facebook* (TAMBINI, 2018).

Os impactos sociais desse fenômeno são evidentes e de constatação observacional: despertadores inteligentes, notificações com as principais notícias do dia, lembretes sobre os itens mais saudáveis para o café da manhã, agendas conectadas e compartilhadas de forma remota, compras de supermercado por aplicativos, carros com o GPS indicando o melhor percurso a ser seguido, bem como o envio e recebimento instantâneo de mensagens são alguns dos exemplos que demonstram como essa avalanche tecnológico construiu uma verdade "sociedade em rede" (DIJK, 2012).

Nesse contexto, em que a vida migra para o digital, as grandes companhias de tecnologia passam a ser intermediárias do exercício das funções básicas de existência do indivíduo. Tais empresas, ante a sua relevância econômica e estrutural

para essa nova sociedade tecnológica, passaram a ser chamadas de *Big Techs*, um grupo seleto que detém monopólio significativo em cada uma de suas áreas de atuação. Essas companhias (em especial as norte-americanas Apple, Amazon, Google, Meta e Microsoft) controlam o desenvolvimento de *smartphones*, compras pela internet, sistemas de buscas, infraestrutura de comunicação, redes sociais e sistemas operacionais de computadores domésticos, com capitalização em mercado, em 2018, superior a 1 trilhão de dólares (TAMBINI; MOORE, 2021).

Para o objeto deste estudo, o impacto mais relevante dessas interferências tecnológicas na vida humana, certamente, é a comunicação. Essa mudança na maneira de se comunicar (seja no conteúdo ou nos instrumentos utilizados) foi gradual, atingindo o seu ápice com o surgimento e popularização das redes sociais, razão pela qual, atualmente, os relacionamentos humanos (e a própria liberdade de expressão) são “expostos e muitos deles determinados pela comunidade digital” (RAMOS; BUCCI, 2021).

Corroborando essa constatação, em junho de 2023, a META (controladora do Facebook) anunciou que a rede social havia atingido a marca de 3 bilhões de usuários mensais ativos, conforme o relatório de resultados divulgado pela companhia (META, 2023). Em recente entrevista, o presidente da META declarou que “o Brasil é o País do Whatsapp”, trazendo números que demonstram que os brasileiros são os usuários que mais enviam mensagens de texto ou de áudio, pelo aplicativo, no mundo (MELLO, 2023).

A extensão da utilização da internet e das redes sociais no Brasil é bem ilustrada nos dados trazidos por RUEDIGER; GRASSI (2018), que demonstram que o Brasil, em 2018, já ocupava a terceira posição entre os países com o maior número de usuários no *Facebook* e o sexto lugar entre os usuários da plataforma então denominada *Twitter*.

Como consequência dessa digitalização maciça da vida cotidiana, o uso dessas plataformas digitais deixou de ser uma opção livre e autônoma do respectivo usuário para se tornar condição para o exercício da “participação social” (ZUBOFF, 2015), circunstância que, aliada ao número expressivo de pessoas utilizando esses

serviços, reforçam a assertiva de que a tecnologia – e as *Big Techs* – passaram a exercer um grau de influência sobre as relações sociais até então inédita na história humana, com consequências que atingem a própria estrutura política e jurídica das sociedades contemporâneas.

3 A SUBSTITUIÇÃO DO PODER PÚBLICO PELO PODER PRIVADO

O fenômeno da paulatina migração, para a internet, do debate público e de outros aspectos da vida cotidiana, gera diversos efeitos de ordem social, política e econômica. A consequência imediata e mais significativa é o crescimento do poder das empresas que instrumentalizam a internet, com repercussões nas relações dessas corporações com os indivíduos e o Estado.

Há mais de duas décadas, LESSIG (1999) alertou que aquilo que conhecíamos como ciberespaço poderia se tornar um instrumento de controle e opressão, prevendo que a internet iria atingir aspectos relevantes da privacidade e liberdade de expressão. O cerne desse poder, para ele, derivaria justamente do controle, por parte de programadores de software (e das companhias que os empregam) do chamado “Código”, que permite a construção dos softwares para acesso à internet e, conseqüentemente, restringem comportamentos. Ao afirmar que o Código de informática seria a lei dentro do ambiente digital, LESSIG sublinha as implicações políticas e jurídicas, para as relações sociais, do que ocorre no chamado mundo virtual.

Transportando essas ponderações para a era digital contemporânea, os desafios que se apresentam são ainda mais complexos, já que nessa avassaladora intersecção entre o digital e o cotidiano, quem escreve os códigos de informática (e conseqüentemente as regras que estruturam o espaço virtual) passa a ter influência direta nas dinâmicas sociais, num contexto que transforma engenheiros de software em atores políticos (SUSSKIND, 2022). Ao criar os códigos de informática, as companhias (em especial as *Big Techs*) não estabelecem apenas códigos constitutivos inerentes à própria criação e existência do software ou aplicativo, mas

também códigos de natureza regulatória, na medida em que, por meio deles, serão determinados os parâmetros de utilização direcionados aos respectivos usuários. Essa dinâmica tem implicações ainda mais preocupantes a partir da ascensão das redes sociais, uma vez que, nesse contexto, uma parte significativa do discurso e do debate público migrou para as plataformas sociais, em especial Facebook, Whatsapp e Instagram.

Essa prerrogativa de criar os códigos constitutivos e organizacionais do ciberespaço ocasiona a paulatina substituição do poder político - até então exercido de forma centralizada pelo Estado e representantes eleitos - pelo poder dos dados e da tecnologia (MOROZOV, 2018).

Abordando o poder normativo das plataformas digitais, MENDES (2023, p. 4) pontua que os termos de uso das plataformas "adotam jargões típicos de textos constitucionais que projetam, na relação privada, direitos como o de livre acesso e compartilhamento de informações e o direito de estabelecer controle de privacidade sobre os seus dados". Se antes da ascensão dessas grandes empresas, cabia ao Estado exercer (ou não) o controle sobre o debate público, tal tarefa, hoje, está nas mãos das redes sociais e aplicativos de mensagens. Se o Estado era o grande guardião de dados pessoais e informações sensíveis dos usuários em bancos de dados públicos (havendo previsão constitucional de *habeas data* para o acesso a esses dados), hoje a chave desse cofre está com as empresas de tecnologia, que prestam serviços (de infraestrutura e software) ao próprio Poder Público, coletando e armazenando, diariamente, os dados de bilhões de pessoas.

Além desses aspectos, a participação das grandes empresas de tecnologia em programas educacionais, de saúde pública e de mobilidade urbana, seja por meio da oferta de infraestrutura ou do armazenamento de dados, traz a redução do peso participativo do Estado na vida dos indivíduos, gerando o enfraquecimento da autoridade estatal. Discorrendo sobre a questão da percepção pública de relevância do Estado, MOROZOV (2018, p. 51) aponta que a substituição paulatina do Estado pelas grandes empresas de tecnologia, na prestação de serviços públicos, pode gerar questionamentos, inclusive, quanto à razão de se continuar a pagar impostos para

“financiar serviços públicos inexistentes”, caso esses serviços passem a ser prestados por essas companhias.

Outro ponto central para esse debate é a infraestrutura para o uso da tecnologia digital. Para que softwares, redes sociais e aplicativos (inclusive governamentais, como o “Meu INSS” ou “Gov.br”) existam, é necessária a implementação da estrutura física que possibilite o acesso à rede mundial de computadores.

Na sociedade contemporânea, quem fornece e desenvolve as antenas, servidores, cabos de fibra óptica e *smartphones*, para que a internet exista como um serviço, é quem dá as cartas no jogo democrático. O assunto é tão relevante que tem sido objeto de disputas geopolíticas intensas entre os dois grandes *players* do capitalismo global – Estados Unidos e China – uma vez que o fornecimento dessas tecnologias estruturais está concentrado nas mãos de poucas companhias. Em recente reportagem publicada pela agência Reuters (BROCK, 2023) sobre a relevância da infraestrutura de cabeamento submarino para a internet (e suas repercussões para a política), veio à luz o suposto envolvimento de empresas de tecnologia em questões militares e de geopolítica, trazendo um dado que indica que 99% do tráfego de dados internacional é feito por meio de cabos submarinos que são controlados por apenas 4 empresas de tecnologia sediadas nos EUA (SubCom), Japão (NEC Corporation), França (Alcatel) e China (HMN Tech), sendo a SubCom uma das grandes desenvolvedoras de cabeamento de fibra óptica para as *Big Techs*, além de, supostamente, desenvolver o cabeamento submarino militar dos Estados Unidos.

Nessa realidade, é possível sustentar que “a tecnologia digital afeta o equilíbrio de poderes no ecossistema constitucional”, já que, em sentido amplo, o poder está ligado à capacidade de influenciar o comportamento do outro (CELESTE, 2021. p. 66).

Essa influência, seja em razão da construção da infraestrutura de internet, seja pelo oferecimento de softwares e aplicativos que pautam a vida em comunidade, transforma as grandes companhias de tecnologia, no mundo

contemporâneo, em atores políticos importantes na dinâmica de Poder, na medida em que atuam como intermediários diretos no exercício de direitos e como parceiros do Poder estatal em questões militares, geopolíticas e de infraestrutura. Por essas razões, SUSSKIND (2022) defende que “o digital é político”, sendo imperiosa a análise dos riscos que essa migração de poder a poucas empresas transacionais ocasiona para os regimes democráticos, inclusive no Brasil.

4 OS RISCOS DEMOCRÁTICOS E A NECESSIDADE DE REGULAÇÃO

O protagonismo que as *Big Techs* assumiram na sociedade contemporânea subverte o modelo de distribuição de poder político assentado na tomada de decisão por representantes eleitos pelo povo. Essa mudança drástica na dinâmica de poder traz riscos que podem impactar dois elementos estruturantes das democracias liberais: legitimidade do processo eleitoral e proteção aos direitos fundamentais.

Discorrendo sobre a noção de legitimidade do processo eleitoral democrático, TAMBINI (2018) pontua que ela pressupõe a existência de aceitação do resultado pela grande maioria da população e por organismos internacionais, com padrões reconhecidos. Para o autor, a legitimidade de uma eleição é sobre a percepção de justiça no pleito, razão pela qual a ascensão das plataformas digitais, como instrumento de transmissão de campanhas eleitorais e de debate político, traz riscos para a autonomia do voto, que pode ser maculado por notícias falsas ou pela influência estrangeira. Para demonstrar empiricamente o impacto das plataformas digitais no debate político, TAMBINI (2018) faz uma análise da evolução dos gastos com propaganda durante o referendo acerca da saída do Reino Unido da União Europeia, indicando que, em 2017, os gastos com marketing e análise de dados em redes sociais foram as maiores despesas dos grandes partidos políticos, equivalendo a 775,315.18 libras esterlinas (24% do total de gastos).

Nesse contexto, o risco de ingerência política por parte dessas companhias ganha relevância, em especial quando analisado pela perspectiva do “capitalismo de vigilância” (ZUBOFF, 2021), já que as plataformas digitais operadas pelas *Big Techs*

detêm acesso irrestrito aos dados coletados dos seus usuários, incluindo suas opções políticas e ideológicas.

Ao discorrer sobre essa problemática, ZUBOFF alerta que a mediação das atividades cotidianas pela tecnologia resultou numa nova forma de expressão de poder, denominado por ela de "*Big Other*", consistente no uso de mecanismos ilegítimos de extração, comercialização e controle de dados dos usuários dessas plataformas digitais. Essa dinâmica, segundo a autora, resultará em um poder de soberania dado a essas empresas de tecnologia, que "aniquila a liberdade alcançada pelo Estado de Direito" e tem como consequência a reconfiguração da "estrutura de poder" da "sociedade de massa", caracterizando um verdadeiro "golpe de cima" por parte das empresas de tecnologias (2015, p. 81-82 e 86).

Essa sistemática de lucro pela lógica da acumulação de dados dos usuários, a serem comercializados pelas plataformas digitais, adquire contornos mais complexos a partir do uso sistemático de algoritmos² e inteligência artificial³ para possibilitar a extração de dados e "personalizar" a experiência do usuário neste ambiente virtual. Por meio de algoritmos, há uma extração massiva e ininterrupta de preferências e interesses de cada usuário, permitindo que ele receba publicações, propagandas e notícias que se alinhem com o seu perfil ideológico, político e financeiro (ZUBOFF, 2021).

Disso surgem dois riscos potenciais importantes à livre vontade do eleitor e que são complementares na desestabilização do sistema democrático em seu modelo

² Para possibilitar uma melhor compreensão acerca do tema, sem pretensão de esgotamento de conceitos da área de tecnologia da informação, algoritmos são, de forma genérica, "programas de computador" que produzem um resultado de forma automatizada (filtragem de e-mails com spams, por exemplo) ou de forma parcialmente automatizada, com a participação de humanos na decisão final (BORGESIU, 2020.)

³ A tecnologia de machine learning consiste na automatização da busca por padrões dentro de um banco de dados (LERH AND OHM, 2017) e tem sido utilizada de forma ampla e irrestrita na última década, havendo hoje uma "intercambialidade" entre os termos "machine learning" e inteligência artificial (BORGESIU, 2020). No Brasil, o PL 2338/2023 tenta definir o conceito de inteligência artificial da seguinte forma: sistema de inteligência artificial: sistema computacional, com graus diferentes de autonomia, desenhado para inferir como atingir um dado conjunto de objetivos, utilizando abordagens baseadas em aprendizagem de máquina e/ou lógica e representação do conhecimento, por meio de dados de entrada provenientes de máquinas ou humanos, com o objetivo de produzir previsões, recomendações ou decisões que possam influenciar o ambiente virtual ou real; (art. 4º, inciso I).

clássico. O primeiro desses riscos consiste na possibilidade, ao menos em tese, do uso, por essas grandes companhias de tecnologia, por seus contratantes ou por países estrangeiros, dessa imensa massa de dados para fins políticos, uma preocupação teórica que ganhou relevância prática com a eleição de Donald Trump e com o *Brexit* (TAMBINI, 2018).

O segundo risco deriva do fato de que, ao personalizar a experiência dos usuários em suas plataformas, por meio de algoritmos ou sistemas de inteligência artificial (como, por exemplo, *machine learning*), as *Big Techs* criam padrões de reforçamento ideológico, isolando as pessoas em “câmaras de eco” (SUNSTEIN, 2001) ou “filtros de bolha” (PARISER, 2011) que minam o debate político e dificultam o diálogo entre aqueles que pensam de forma diferente. Esse isolamento dos indivíduos em verdadeiras caixas de pensamento gera duas consequências imediatas: o enfraquecimento do debate político entre aqueles que pensam de forma diferente e a concentração de poder, nas mãos das *Big Techs*, para ditar (direta ou indiretamente) os termos em que o debate político será instaurado.

A despeito de supostamente serem neutras e opacas, as decisões algorítmicas ou de inteligência artificial podem gerar resultados dirigidos por vieses (TAMBINI, 2018) que são decorrentes das crenças e convicções daqueles que alimentaram esses sistemas, mimetizando problemas e injustiças presentes no mundo real (BORGESIU, 2020).

Também há o risco concreto de que os algoritmos amplifiquem fatos específicos (SUSSKIND, 2022), o que tem relação direta com a divulgação em massa de *fake news*, durante campanhas eleitorais, como mecanismos de interferência no processo democrático. O impacto das notícias falsas eleitorais é potencializado nas plataformas digitais justamente pela amplificação desses conteúdos pelos algoritmos, bem como pela criação de perfis falsos robotizados⁴ que se passam por pessoas reais

⁴ Estudo promovido pela Diretoria de Análises de Políticas Públicas da FGV realizou o levantamento das interações, no Twitter, relacionadas aos atores políticos, no período entre 18/11/2017 e 17/12/2017, constatando que parcela significativa desses posts eram promovidos por robôs. No caso dos tuítes de apoio a Jair Bolsonaro, os perfis suspeitos teriam sido responsáveis por 33% das interações. Padrão semelhante teria sido observado no caso das postagens em apoio a Lula, das quais 27% das interações teriam decorrido de perfis suspeitos (RUEDIGER, 2018).

para compartilhamento massivo e sistemático de *fake news*, visando interferir na vontade do eleitor (RAMOS; BUCCI, 2021).

A votação do PL 2630/2020 é um caso interessante para ilustrar as maneiras pelas quais os usuários das plataformas podem ser influenciados por decisões ou brechas algorítmicas, já que o Google foi acusado de permitir que os seus algoritmos beneficiassem, na discussão acerca do tema, aqueles que defendem posições contrárias ao projeto, sendo-lhe atribuído, pelo Deputado Federal relator do projeto de Lei, o enviesamento dos seus usuários (NEIVA, 2023). Essa suposta interferência das plataformas digitais no debate acerca da votação do referido projeto de lei foi objeto de estudo desenvolvido pelo Laboratório de Estudos de Internet e Mídias Sociais da UFRJ (2023), cujos dados indicaram que, no caso do Google, as buscas "PL 2630" seriam redirecionadas a um texto da própria companhia escrito pelo Presidente da empresa no Brasil e contrário ao projeto de lei. Os dados trazidos no referido relatório também indicam que, no dia 24/04/2023, a plataforma passou a recomendar texto publicado pela produtora Brasil Paralelo acerca do placar de votação do "PL da Censura" e que o Google teria promovido três anúncios contrários ao projeto na plataforma Meta (Facebook).

Nesse contexto, todos esses riscos relativos à legitimidade do processo político-eleitoral também possuem efeitos colaterais sobre outro elemento de estruturação das democracias: os direitos fundamentais. Quando a vida cotidiana migra – conforme já exposto – para o mundo digital, a prática de crimes e violações a direitos fundamentais também se desloca para o ambiente virtual, em especial para as redes sociais. Nesse contexto, as democracias ocidentais, desde os primórdios da internet, enfrentam violações a direitos humanos e liberdades públicas, uma vez que a rede mundial de computadores tem um efeito multiplicador em razão da disseminação ilimitada de informação, que a transforma em um instrumento "poderoso" para a prática de crimes contra privacidade, honra, liberdade sexual e propriedade intelectual (LUÑO, 2006).

No que se refere à prática de crimes contra a liberdade de pensamento e livre exercício do voto (direitos fundamentais inerentes à própria existência da

democracia), as redes sociais e aplicativos de mensagens instantâneas são as grandes rodovias onde essas violações são praticadas, em especial durante o período eleitoral, quando se pode usar de notícias falsas (*fake News*), em um “modo industrial”, ocasionando a “erosão da credibilidade” democrática (RAMOS ; BUCCI, 2021, p. 199).

É importante registrar que a possibilidade de acobertamento das *fake news* pelo manto da liberdade de expressão já foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal, que assentou que a liberdade de expressão não protege ataques ao regime democrático, promovidos por meio de divulgação em massa de notícias falsas e discursos de ódio (*hate speech*) em redes sociais (APDF 572).

Essas violações a direitos fundamentais praticadas em plataformas digitais adquirem escala diante do uso de robôs e perfis falsos, contando com a colaboração (mesmo que não intencional) de algoritmos das próprias plataformas para a amplificação da sua divulgação, atingindo, assim, um número ainda maior de destinatários. Ocorre, portanto, a substituição de “cidadãos por robôs”, que “fabricam massivamente votos” e “distorcem massivamente os debates políticos” (HAN, 2022).

O impacto dos algoritmos na disseminação de conteúdo criminoso pela internet já foi analisado, recentemente, pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, nos casos de *Twitter v. Taamneh* e *Gonzalez v. Google LLC*, nos quais os autores buscavam a responsabilização das companhias em razão de seus algoritmos sugerirem conteúdos produzidos pelo ISIS (Estado Islâmico). Apesar de a Corte ter afastado, em ambos os casos, a responsabilidade das empresas pelas condutas de seus algoritmos, a questão debatida demonstra o impacto que essas plataformas digitais exercem na transmissão e amplificação do discurso, lícito ou ilícito, nos regimes democráticos.

Esse papel central das plataformas digitais como intermediárias da comunicação humana estabelece um “novo contrato social” (TAMBINI; MOORE, 2021) que transforma essas companhias em moderadoras do discurso político e da própria liberdade de expressão, conferindo às Big Techs a prerrogativa de pautar o discurso político-democrático. Essa assertiva é confirmada pelo fato de que essas

plataformas, em especial as que mantêm redes sociais ou aplicativos de mensagens, instituem painéis de moderação que tentam se aproximar, no formato e no discurso, de cortes judiciais (KADRI, 2022). Esses painéis funcionam como “verdadeiros tribunais” com poder para excluir conteúdo ou perfis, “sem a necessidade de qualquer interferência de um órgão administrativo ou judicial”. (MENDES, 2023).

Nessa nova dinâmica de poder, a questão que surge é: como essas plataformas de tecnologia obtiveram legitimidade para desempenhar esse papel? A resposta mais intuitiva diria que o consentimento dado pelos seus usuários, ao concordarem com os termos de uso, conferiria a elas legitimidade para a coleta e venda de dados pessoais, moderação de discursos e exclusão de perfis que supostamente violam as regras de conduta da plataforma. Contudo, um olhar mais atento demonstra que essa “armadilha do consentimento”, em questões tecnológicas, ignora a enorme disparidade de forças entre usuários e plataformas, bem como o fato dessa relação estar fundada num contrato de adesão (SUSSKIND, 2022).

Assim, o conceito de “armadilha do consentimento”, usado por SUSSKIND, reforça a ideia de que essa anuência do usuário é uma alegoria, uma fantasia usada para disfarçar a concentração de poder (econômico e político) nas mãos das plataformas digitais. Nessa dinâmica, os usuários são inseridos no paradigma do “notice and choice”, no qual as companhias informam o que farão com os dados e os usuários aceitam os termos e condições (SUSSKIND, 2022), sem que haja uma outra opção que não seja simplesmente aceitar os termos impostos pelas *Big Techs*. Aqueles que se negarem a concordar com os termos de uso e, como consequência, não utilizarem os programas e aplicativos disponibilizados por essas companhias, enfrentarão enorme dificuldade (por vezes impossibilidade) de participar das atividades mais corriqueiras e mundanas, como enviar mensagens, e-mails, divulgar o seu trabalho nas redes sociais e acessar aplicativos governamentais.

Nesse contexto, a digitalização da vida impede que os indivíduos exerçam direitos sem a intermediação dessas empresas de tecnologia. O trabalho, o acesso a serviços públicos, a liberdade de expressão, o exercício do debate político, a compra

e venda de produtos, acesso a cursos e programas educacionais, na sociedade digital, dependem da submissão aos termos impostos por companhias transnacionais.

Todos esses graves riscos às democracias, causados pelo poder que poucas empresas de tecnologia (*Big Techs*) exercem nas mais diversas atividades humanas, demonstram a necessidade de se implementar e aprimorar a legislação de regulação dessas plataformas digitais no Brasil, em especial em razão da dimensão que elas alcançam, no País, em termos de usuários e interações. A regulação, portanto, é necessária para impedir o abuso de poder, por parte das companhias, na extração de dados e no debate público (ZUBOFF, 2022; MENDES, 2023), diminuir o desequilíbrio entre usuários e plataforma (SUSSKIND, 2022), evitar discriminações por algoritmos e inteligência artificial (BORGESIU, 2020) e restabelecer equilíbrio no ecossistema constitucional protegendo os direitos fundamentais (CELESTE, 2021).

A questão a ser enfrentada no tocante à regulação, portanto, é saber qual modelo seria o mais adequado para compatibilizar a proteção dos valores democráticos com o desenvolvimento tecnológico, social e econômico que as grandes companhias de tecnologia podem trazer à sociedade.

5 A EXPERIÊNCIA REGULATÓRIA INTERNACIONAL

Quando se trata de regulação de atividades de tecnologia, é preciso delimitar-se, de forma clara, o que se quer regular. Conforme já visto, os impactos e riscos gerados pelo avanço tecnológico podem decorrer de diversas atividades praticadas pelas empresas de tecnologia, como, por exemplo, extração de dados, moderação dos usuários de redes sociais, utilização de algoritmos e inteligência artificial para identificação de padrões e direcionamento de conteúdos, entre outras circunstâncias da vida cotidiana diretamente impactadas pela atividade desenvolvida pelas grandes companhias de tecnologia.

Neste estudo, em razão da sua interferência no debate político, bem como dos riscos democráticos disso decorrentes, o foco das possibilidades de regulação limitar-se-á:

i-) à divulgação e moderação de conteúdos em redes sociais ou plataformas digitais;

ii-) ao uso de algoritmos e inteligência artificial por parte das plataformas de tecnologia.

No que concerne à experiência legislativa internacional de regulação quanto à divulgação de conteúdos pela internet, é possível identificar diferenças entre os Estados Unidos da América e a Europa no que concerne ao grau de responsabilidade das companhias de tecnologia que são intermediárias da publicação de conteúdos de terceiros.

O modelo norte-americano está fundamentado na Seção 230 do CDA - *Communication Decency Act* - que estabelece uma imunidade ampla aos intermediários (plataformas digitais, por exemplo), impedindo a sua responsabilização por conteúdo de terceiros, exceto quanto à violação de direitos autorais e a prática de crimes como pedofilia e tráfico sexual.

Essa postura de neutralidade frente aos conteúdos publicados na internet permitiu o crescimento das plataformas e o desenvolvimento da própria rede mundial de computadores, sem que essas companhias pudessem vir a ser processadas por conteúdos alheios, mas se tornou um sistema ineficaz frente ao avanço de poder e ao número de novos usuários das plataformas digitais (SUSSKIND, 2022). Esse modelo de regulação, por meio do qual o Estado se mantém longe da fiscalização das plataformas digitais, parece não conseguir acompanhar a evolução avassaladora da tecnologia e, principalmente, fazer frente a violações a direitos e abusos que ocorrem dentro das plataformas (CITRON; WITTES, 2018).

Em sentido contrário à tese da neutralidade inscrita na Seção 230, a União Europeia, o Reino Unido e a Alemanha têm, paulatinamente, alterado a forma como a responsabilidade das empresas de tecnologia é tratada, "migrando de um regime no qual elas eram amplamente protegidas de responsabilização até que tivessem

conhecimento do conteúdo, para um regime no qual elas têm um 'dever de cuidado' de proteger as pessoas de conteúdos prejudiciais"⁵ (TAMBINI; MOORE, 2021. P. 5, tradução nossa).

A legislação alemã, denominada *Network Enforcement Act* (NetzDG) é um referencial importante no tema da regulação das redes sociais e parte da premissa de que as plataformas digitais com mais de dois milhões de usuários no País possuem obrigações de diligência (*due diligence obligations*), estabelecendo deveres às companhias de tecnologia, em especial no tocante à remoção de conteúdo ilegal dentro de sete dias e a elaboração de relatórios sistêmicos de transparência, sob pena de multas administrativas caso detectadas falhas reiteradas (BATOCCHIO; CANTARINI; OLIVEIRA, 2021).

Nesse modelo de regulação, não se elenca de forma exaustiva o que seria conteúdo ilegal, inclusive para se evitar que haja cerceamento à liberdade de expressão, mas se impõe às plataformas digitais com maior impacto social e grande número de usuários o dever de "desenhar os seus serviços" de modo que eles sejam estruturados para impedir a propagação de conteúdos que podem gerar risco a direitos fundamentais ou a própria democracia (MENDES, 2023).

Essa forma de regulação, portanto, não se volta para o *post* ou publicação feita pelo usuário singularmente considerado, mas visa atingir o próprio código sobre o qual se assenta aquela plataforma, que terá deveres de cuidado quanto aos procedimentos adotados na moderação de conteúdos publicados nas redes sociais. No mesmo sentido de regulação sistêmica, o Online Safety Act (2023) do Reino Unido estrutura uma noção de "*duty of care*" (dever de cuidado) às plataformas, que devem adotar medidas estruturantes de remoção de conteúdos ilegais (como o terrorismo) ou conteúdos legais, mas prejudiciais a crianças. No âmbito da União Europeia, o Digital Services Act de 2022 também impõe às plataformas digitais deveres de prestar contas mediante relatórios sistêmicos que elenquem as medidas adotadas na moderação dos conteúdos (artigo 15), conferindo um tratamento mais

⁵ "*being migrated from a regime in which they were largely protected from a liability until they had knowledge of content, too one in which they have a general 'duty of care' to protect people from harmful content*".

rigoroso às plataformas muito grandes (*very large online platforms*), que seriam aquelas com mais de 45 milhões de usuários na União Europeia. Esse diploma legal traz, portanto, maiores restrições às *Big Techs*, impondo-lhes a obrigação de, quando requisitadas, explicar o design, a lógica e o funcionamento dos seus sistemas de algoritmos (artigo 40, 3). Essa medida, corajosa e, de certa forma, inovadora no tocante à maior transparência na arquitetura dos algoritmos, é fundamental para se tentar solucionar o dilema da “caixa preta”, que consiste na falta de transparência, por parte das *Big Techs*, na forma como seus algoritmos são codificados e nos resultados que produzem (PASQUALE, 2015).

A transparência algorítmica é central no debate envolvendo a extração de dados pessoais dos usuários e a forma como esses dados são utilizados pelas companhias. Uma regulação sistêmica que exija maior transparência das *Big Techs*, mediante relatórios que tragam dados globais e apontem as medidas que têm sido adotadas nos sistemas de algoritmos e de inteligência artificial, podem ajudar a identificar problemas que signifiquem riscos à democracia ou violação a direitos fundamentais. É fato que o debate envolvendo uma maior transparência das companhias quanto à arquitetura de seus algoritmos encontra resistência do Vale do Silício em razão de questões inerentes à propriedade intelectual e industrial. É por essa razão que a regulação de empresas de tecnologia, quanto à transparência, deve ser feita de modo a balancear dois interesses distintos: i) dos usuários (e da sociedade) na compreensão da maneira como seus dados são utilizados e manipulados por empresas de tecnologia; ii) das companhias em proteger seus códigos, nos quais investiram vultosos recursos e sobre os quais detém a propriedade e exploração (SUSSKIND, 2022).

Por essas razões, a legislação europeia até agora aprovada foca na questão sistêmica da transparência (relatórios que devem apresentar dados de resultados específicos e de posturas de prevenção), mirando especialmente grandes companhias de tecnologia, como é o caso das *Big Techs*. A lógica é: quanto mais poder (usuários, volume de dados, capital econômico etc.), maior o dever de

transparência e cuidado. Em outras palavras: quanto mais ingerência na vida política, social e econômica daquela comunidade, maiores serão as demandas regulatórias.

O desenho do sistema regulatório europeu quanto à transparência dos algoritmos e sistemas de inteligência artificial parece ter como um dos objetivos garantir o direito fundamental à isonomia, uma vez que visa mitigar a prática do que se convencionou chamar de discriminação algorítmica (BORGESIU 2020). Uma melhor regulação do uso dos algoritmos pode ajudar a mitigar, no mundo real, discriminações e vieses, além de possibilitar que os algoritmos sejam usados no combate a práticas discriminatórias amplamente praticadas nas relações sociais, posto que “algoritmos não são apenas uma ameaça a ser regulada; com as corretas salvaguardas postas, eles têm o potencial de ser uma força positiva na igualdade” (KLEINBERG; LUDWIG; MULLAINATHAN; SUNSTEIN, 2019).

Outra dimensão importante do debate regulatório diz respeito ao uso da inteligência artificial. Na Europa, há um aprofundamento do debate para tentar regular o uso dessa tecnologia⁶, mas ainda sem consenso suficiente para trazer uma regulação a nível da União Europeia. O chamado Artificial Intelligence Act⁷, em tramitação no parlamento europeu, busca conferir uma regulação estruturante no uso da inteligência artificial, elencando níveis de riscos no uso da tecnologia e restrições que serão compatíveis com o nível de risco identificado. O projeto também estabelece, em seu artigo 5º, a proibição ao uso de técnicas subliminares, que induzem os usuários a praticarem determinados comportamentos sem que percebam ou tenham consciência disso.

Portanto, é possível extrair-se que a Europa tem feito um significativo contraponto à doutrina regulatória norte-americana, fundamentada na neutralidade e mínima intervenção estatal em questões ligadas à internet, seja na regulação relativa a conteúdo publicado por meio de plataformas digitais, redes sociais ou aplicativos

⁶ Sobre o tema, ver White Paper On Artificial Intelligence. A European approach to excellence and trust. Disponível em:
<https://commission.europa.eu/publications/white-paper-artificial-intelligence-european-approach-excellence-and-trust_en>

⁷ Disponível em:
https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0004.02/DOC_1&format=PDF.

de mensagens, seja por meio de uma regulação sistêmica no uso de algoritmos e inteligência artificial. Cabe analisar como essas questões têm sido tratadas no Brasil.

6 A SITUAÇÃO REGULATÓRIA DO BRASIL

No Brasil, a regulação da atividade do “provedor de aplicações de internet”, quanto ao conteúdo publicado por terceiros, está prevista no artigo 19 do Marco Civil da Internet. A previsão normativa contida no referido dispositivo engloba as atividades desempenhadas pelas grandes empresas de tecnologia que exploram serviços de redes sociais (Facebook, Instagram, Twitter), aplicativos de mensagens (Whatsapp) e plataformas de conteúdo audiovisual (Youtube), estabelecendo que a companhia intermediária na publicação do conteúdo somente será responsabilizada civilmente caso não remova, após ordem judicial específica, o conteúdo produzido por terceiros.

Essa exigência de ordem judicial para a remoção do conteúdo, segundo o próprio dispositivo legal, decorreria da necessidade de se “assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura”, mas a sua constitucionalidade está na pauta do Supremo Tribunal Federal no âmbito de dois recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida que resultaram nos temas 533 e 987. No tema 533, o STF analisará o dever da empresa que hospeda conteúdo ofensivo de retirá-lo do ar sem a necessidade de ordem judicial. Já no tema 987, discute-se a própria constitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da Internet, ou seja, se a exigência de ordem judicial prévia para a responsabilização do hospedeiro do conteúdo seria compatível com a Constituição Federal.

A despeito de não haver decisão de mérito da Suprema Corte, a interpretação do sistema regulatório brasileiro permite concluir ser possível que a própria plataforma promova, de ofício, a remoção do conteúdo que viole os termos de uso por ela estabelecidos, como ocorre em situações de violação de direitos autorais e crimes de pedofilia, bem como nas hipóteses previstas no artigo 21 do Marco Civil da Internet (cenas de nudez ou de atos sexuais).

Mesmo no caso de conteúdos que não se enquadrem nessas hipóteses, é plausível a assertiva de que o artigo 19 não estabelece a imprescindibilidade de ordem judicial para a remoção de conteúdo, mas apenas afirma que, caso exista ordem judicial, a retirada será obrigatória por parte da plataforma, o que permite a conclusão de que o sistema regulatório do conteúdo, no Brasil, “está concentrado no exercício de estratégias de autorregulação por parte das plataformas” (MENDES, 2023, p. 5). É cabível, portanto, a aplicação de interpretação conforme a Constituição, para se entender que o artigo 19 não exclui o poder-dever das plataformas digitais de removerem, *sponte propria*, conteúdos ilegais ou que violem os seus termos de uso, independentemente de ordem judicial nesse sentido, sendo possível, ainda, a notificação extrajudicial do hospedeiro, para fins de constitui-lo em mora e possibilitar eventual responsabilização civil.

Contudo, é importante ressaltar que a eventual declaração de constitucionalidade do referido artigo 19 pelo STF não supre a sua ineficiência na regulação da publicação de conteúdo pela internet, em especial após a ascensão dos algoritmos e da inteligência artificial.

Para tentar suprir essa lacuna regulatória, há em tramitação o PL 2630/2020, que visa regulamentar as atividades das *Big Techs* no Brasil, notadamente as redes sociais, ferramentas de buscas, aplicativos de mensagens instantâneas e de conteúdo sob demanda. O referido projeto, na sua versão mais recente, é aplicável às plataformas cujo número médio de usuários mensais seja superior a 10 milhões e estabelece como principais pontos regulatórios:

- i. Responsabilização solidária das plataformas por prejuízos causados por terceiros em razão da inobservância do dever de cuidado ou por conteúdo gerado por meio de publicidade (art. 6º).
- ii. Dever de diligência das companhias de tecnologia em avaliar os riscos sistêmicos de seus sistemas, inclusive quanto aos algoritmos (art. 7º).
- iii. Dever de transparência quanto aos riscos sistêmicos elencados na Lei, com o fornecimento de dados que venham a ser objeto de requerimentos (art. 9º).

- iv. Dever de cuidado para prevenir e mitigar práticas ilícitas e divulgação de conteúdos ilegais por parte de terceiros, que possam caracterizar crimes contra o Estado Democrático de Direito, terrorismo, contra crianças e adolescentes, de racismo, entre outras condutas criminosas previstas no artigo 11 do PL.
- v. Previsão de procedimentos relativos à moderação de conteúdo pelas plataformas, que deverão criar canais para recebimento de notificações quanto a conteúdos ilegais, bem como notificar os usuários que tiverem conteúdos removidos (artigo 16 ao 19).
- vi. Dever de transparência nos termos de uso e nos algoritmos de recomendação, respeitados os segredos comercial e industrial (artigos 20 ao 22).

No que concerne, especificamente, ao uso de inteligência artificial por companhias de tecnologia, há em tramitação outra proposta de regulamentação (PL 2338/2023), que fixa classificações de risco no uso dessa tecnologia, com gradação nos níveis de restrição a depender do grau de risco que a atividade se enquadre. Assim, há uma relação de proporcionalidade entre o grau do risco e as medidas restritivas a serem adotadas. O projeto também proíbe, em seu artigo 14, técnicas subliminares de indução de comportamentos; exploração de vulnerabilidades de grupos específicos (idosos e pessoas com deficiência) e o ranqueamento, pelo poder público, de indivíduos, para acesso a serviços públicos. Há ainda a previsão de deveres de transparência, não discriminação e prestação de contas na implementação de sistemas de inteligência artificial (art. 3º), adotando assim um modelo regulatório, quanto ao uso da inteligência artificial, muito semelhante àquele em discussão no âmbito da União Europeia. Outro ponto de destaque no projeto é a responsabilidade do fornecedor ou operador do sistema de inteligência artificial que causar dano a terceiros, sendo objetiva nas hipóteses de alto risco ou risco excessivo (artigo 27, § 1º).

O artigo 32 do PL 2338/2023 prevê a nomeação de uma autoridade nacional para a aplicação e fiscalização dos deveres impostos pela nova regulamentação às

companhias de tecnologia, numa sistemática de autorregulação regulada que possibilita que o Estado (e a sociedade) tenham uma maior compreensão e controle sobre as atividades das *Big Techs* no Brasil.

Estabelecido esse panorama da situação regulatória no Brasil, é possível constatar que o modelo de regulação precário e insuficiente, previsto no artigo 19 do Marco Civil da Internet, tem sido objeto de uma reformulação legislativa completa, que busca aproximar o Brasil de modelos regulatórios que atribuem às grandes companhias de tecnologia (*Big Techs*) diversas obrigações na estruturação e no desenho de suas atividades, impondo-lhes deveres de cuidado (ou diligência), transparência e autorregulação, com o fornecimento de relatórios sistêmicos a serem fiscalizados pela sociedade e por autoridades governamentais.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tecnologia e as relações sociais vivem uma simbiose inédita na história humana, na medida em que todas as atividades cotidianas são exercidas, em menor ou maior grau, por meio da utilização da internet e instrumentalizadas por empresas de tecnologia.

O exercício dos direitos fundamentais e da manifestação política, portanto, é integralmente intermediado por algumas companhias, todas estrangeiras e conhecidas como *Big Techs*, que concentram o monopólio tecnológico, econômico e político da chamada sociedade em rede, desempenhando um papel significativo de moderadoras do discurso político e do exercício de direitos, subvertendo assim a clássica noção de soberania estatal na imposição de restrições aos direitos individuais, tornando-se protagonistas no debate político-democrático.

Assim, na sociedade contemporânea, os regimes democráticos convivem com uma nova sistemática de manifestação do poder, totalmente capitaneada por agentes privados, que avançam de forma avassaladora no desenvolvimento de novas formas de tecnologia, como o uso de algoritmos e de inteligência artificial, aumentando a

capacidade de captação de dados dos seus usuários e, conseqüentemente, o controle sobre as relações sociais.

Conforme se buscou demonstrar nesse artigo, esse poder de ingerência com repercussões sociais, econômicas e principalmente políticas, traz diversos riscos aos regimes democráticos e aos próprios direitos fundamentais, na medida em que enfraquecem a legitimidade do processo democrático e conferem às *Big Techs* o poder de, ao menos em tese, interferirem na manifestação político-democrática, na liberdade de expressão, na intimidade, na honra e na vida privada de cada indivíduo, sem que detenham, como ocorre com o Poder Público, legitimidade e consentimento válido para a prática de tais atos.

Esses graves riscos às democracias exigem a formulação de políticas regulatórias consistentes e abrangentes, que ao menos consigam mitigar os abusos que essa mudança na dinâmica do poder pode ocasionar.

Neste trabalho, foram abordadas algumas possibilidades regulatórias já implementadas ou em discussão na Europa, Estados Unidos da América e Brasil, demonstrando-se, no caso brasileiro, a atual insuficiência regulatória, com graves conseqüências de natureza política, notadamente em razão do protagonismo do Brasil na utilização das plataformas digitais e serviços disponibilizados pelas *Big Techs*.

O avanço na regulação das atividades dessas companhias de tecnologia é, portanto, um imperativo para a manutenção dos fundamentos do regime democrático no Brasil, sob pena de se observar um aprofundamento na corrosão da confiança popular nas instituições.

O fracasso dessa empreitada resultará em uma sociedade ainda mais desigual, polarizada e governada por algoritmos e sistemas de inteligência artificial sobre os quais não haverá nenhum controle ou fiscalização, bem como em uma paulatina substituição da legitimidade política pela ilegitimidade não consentida dos dados. Por outro lado, o sucesso dessa construção regulatória contribuirá para a possibilidade do uso instrumental dos avanços tecnológicos para o fortalecimento

democrático, redução de desigualdades e maior proteção aos direitos fundamentais. Dessa escolha, depende a democracia brasileira na era digital.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Parlamento Alemão (BUNDESTAG). **NetzDG**, 2017. Disponível em <https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&start=//%5b@attr_id=%27bgbl117s3352.pdf%27%5d#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl117s3352.pdf%27%5D__1700529092933>. Acesso em 20/11/2023.

BATOCCHIO, Amália; CANTARINI, Paola; OLIVEIRA, Samuel Rodrigues de. **Regulação de redes sociais: uma perspectiva internacional**, 2021. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2021-jun-15/direito-digital-regulacao-redes-sociais-perspectiva-internacional/>>. Acesso em 13/11/2023.

BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei nº 2630 de 2020**. Disponível em <<https://static.poder360.com.br/2023/04/pl-fake-news-camara.pdf>>. Acesso em 15/11/2023.

_____. Congresso Nacional. **Projeto de Lei nº 2338 de 2023**. Disponível em https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9347593&ts=1692285382389&disposition=inline&_gl=1*7h0cnh*_ga*MTY4MjExMjY0My4xNjkxODA2ODgz*_ga_CW3ZH25XMK*MTY5MjU3Njk4NS4zLjAuMTY5MjU3Njk4NS4wLjAuMA. Acesso em 15/11/2023.

_____. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Laboratório de Estudos de Internet e Mídias Sociais. **Estudo da Campanha contra o PL 2630 e a regulamentação das plataformas digitais**, publicado em 24 de abril de 2023.

BORGESIU, Frederik J. Zuiderveen. **Strengthening legal protection Against discrimination by algorithms and artificial intelligence**. The international Journal Of Human Rights 2020, vol. 24, NO. 10, 1572-1593.

BROCK, Joe. **Inside the subsea cable firm secretly helping America take on China**. Disponível em <<https://www.reuters.com/investigates/special-report/us-china-tech-subcom/>>. Acesso em 11/11/2023.

BRUXELAS. Comissão Europeia. **White Paper On Artificial Intelligence. A European approach to excellence and trust, 2020**. Disponível em: https://commission.europa.eu/publications/white-paper-artificial-intelligence-european-approach-excellence-and-trust_en. Acesso em 18/11/2023.

____. Comissão Europeia. **Artificial Intelligence Act**. Versão em português disponível em https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0004.02/DOC_1&format=PDF. Acesso em 18/11/2023.

____. Comissão Europeia. **The Digital Services Act Package**. Disponível em <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-services-act-package>. Acesso em 18/11/2023.

CARVALHO RAMOS, A. ; BUCCI, Daniela . **Direitos Humanos, Mídias Sociais e Democracia: Perspectivas de Direito Nacional e Internacional**. In: Vital Moreira; Jónatas Machado; Carla de Marcelino Gomes; Catarina Gomes; César Augusto Ribeiro Nunes; Leopoldo Rocha Soares. (Org.). Temas de Direitos Humanos no VI CIDHCoimbra 2021. 1ed.Campinas/Jundiaí: Editora Brasília/Edições Brasil, 2021, v. 1, p. 193-205.

CELESTE, Edoardo. **Constitucionalismo digital: Mapeando a resposta constitucional aos desafios da tecnologia digital**. Direitos Fundamentais & Justiça. Belo Horizonte, ano 15, n. 45, p. 63-91, jul/dez. 2021.

CITRON, Danielle K. ; WITTES, Benjamin. **The Problem Isn't Just Backpage: Revising Section 230 Immunity**, 2 Georgetown Law Technology Review 453, 2018. Disponível em: <https://scholarship.law.bu.edu/faculty_scholarship/631>. Acesso em 15/11/2023.

DIJK, Jan Van: **The Network Society**. London: Sage Publications. 2012. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Section 230, 1996**. Disponível em <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2021-title47/pdf/USCODE-2021-title47-chap5-subchapII-partI-sec230.pdf>>. Acesso em 18/11/2023.

____. SUPREMA CORTE. **Twitter, Inc. v. Taamneh**. Disponível em <https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-1496_d18f.pdf>. Acesso em 13/11/2023.

____. SUPREMA CORTE. **Gonzalez v. Google LLC**. Disponível em <https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-1333_6j7a.pdf>. Acesso em 13/11/2023.

HAN, Byung Chul. **Infocracia : digitalização e a crise da democracia**. Petrópolis, RJ : Vozes, 2022.

KADRI, Thomas. **Juridical Discourse for Platforms**. 136 Harv. L. Rev. F. 163 (2022), Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=4304260>>. Acesso em 15/11/2023.

KLEINBERG, Jon ; LUDWIG, Jens ; MULLAINATHAN, Sendhil ; SUNSTEIN, Cass R. **Discrimination in the Age of Algorithms**, Journal of Legal Analysis, Volume 10, 2018, Pages 113–174,

LEHR David ; OHM Paul. **Playing With The Data: What Legal Scholars Should Learn About Machine Learning**. UCDL Review 51. 2017: 653, 671.

LESSIG, LAWRENCE. **Code and Other laws of cyberspace**. Basic Books, 1999.

MELLO, Patrícia Campos. **'Brasil é o país do WhatsApp', diz presidente do aplicativo**. Folha de São Paulo, 05 de novembro de 2023. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2023/11/brasil-e-o-pais-do-whatsapp-diz-presidente-do-aplicativo.shtml>. Acesso em 15/11/2023.

MENDES, Gilmar. **Liberdade de expressão, redes sociais e democracia: dois paradigmas de regulação**. Revista Consultor Jurídico, 2023. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2023-jun-14/gilmar-mendes-liberdade-expressao-redes-sociais-democracia/>>. Acesso em 11/11/2023.

META. **Meta Reports Second Quarter 2023 Results**. Disponível em <<https://investor.fb.com/investor-news/press-release-details/2023/Meta-Reports-Second-Quarter-2023-Results/default.aspx>>. Acesso em 10/11/2023.

MOROZOV, Evgeny. **Big Tech. A ascensão dos dados e a morte da política**. São Paulo: Ubu editora, 2018.

NEIVA, Lucas. Brecha em **Algoritmo Beneficia Bolsonaroistas em Debate sobre o PL 2630**. Congresso em Foco, publicado em 21/05/2023. Disponível em <<https://congressoemfoco.uol.com.br/area/congresso-nacional/brecha-em-algoritmo-beneficia-bolsonaristas-em-debate-sobre-o-pl-2630/>> . Acesso em 13/11/2023.

PARISER, Eli. **The Filter Bubble: What the Internet is Hiding From You**. London: Viking, 2011.

PASQUALE, Frank. **The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information**. Harvard University Press, Cambridge, MA, 2015.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Internet y los derechos humanos**. Derecho y conocimiento, v. 2, p. 101-121, 2006.

REINO UNIDO. Parlamento do Reino Unido. **Online Safety Act, 2023**. Disponível em <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2023/50/enacted>>. Acesso em 18/11/2023.

RUEDIGER, M. A. (Coord.). **Robôs, redes sociais e política no Brasil: casos de interferências ilegítimas no debate público por automação de perfis** [Caderno de referência] .Vol. 2. Rio de Janeiro: FGV DAPP, 2018.

____; GRASSI, Amaro. **REDES SOCIAIS NAS ELEIÇÕES 2018**. FGV/DAPP, 2018.

SUNSTEIN, Cass R. **Republic.com**. Princeton: Princeton University Press, 2001.

SUSSKIND, Jamie. **The Digital Republic: On Freedom and Democracy in the 21st Century**. Pegasus Books, 2022.

TAMBINI, Damian. **Social Media Power and Election Legitimacy**. in: Tambini, Damian e Moore, Martin, *Digital Dominance: the power of Google, Amazon, Facebook, and Apple*. Oxford University Press, New York. P. 265-293. 2018.

____; MOORE Martin. Introduction. In: Moore, Martin, and Damian Tambini (eds), **Regulating Big Tech: Policy Responses to Digital Dominance** (New York, 2021; online edn, Oxford Academic, 21 Oct. 2021). Disponível em <<https://doi.org/10.1093/oso/9780197616093.001.0001>>. Acesso em 09/11/2023.

ZUBOFF, Shoshana. **Big Other: surveillance capitalism and the prospects of an information civilization**. *Journal of Information Technology* (2015) 30, 75-89.

____. **A Era do Capitalismo de Vigilância**. 1ª. ed. Rio de Janeiro : Intrínseca, 2021.