



ΡΣΒΙΣΤΑ ΣΙΣΙ

Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes





REVISTA ΣJΣF

Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes

Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes

Superintendente

Desembargador Renato Luís Dresch

Superintendente Adjunta

Desembargadora Lílian Maciel Santos

Coordenador do Centro de Estudos Jurídicos Juiz Ronaldo Cunha Campos

Desembargador Saulo Versiani Penna

Juiz Auxiliar da 2ª Vice-Presidência

Juiz de Direito Carlos Márcio de Souza Macedo

Diretora Executiva de Desenvolvimento de Pessoas

Ana Paula Andrade Prosdociami da Silva

Diretor Executivo de Gestão da Informação Documental

Fernando Rosa de Sousa

Gerente de Jurisprudência, Biblioteca e Publicações Técnicas

Thiago Israel Simões Doro Pereira

Coordenador de Jurisprudência e Publicações Técnicas

Claudiciano dos Santos Pereira

Servidores da Coordenação de Jurisprudência e Publicações Técnicas (COJUR)

Alexandre Silva Habib

Leila El Bizri Grossi Coura

Bernardino Senna de Oliveira

Luciana Lobato Barros

Cristiane de Araujo Mendes

Mariana de Souza Sickert Rodrigues

Eliana Whately Moreira

Maurício Tobias de Lacerda

Guilherme de Assis Moreira

Meire Aparecida Furbino Marques

Guilherme de Macedo Machado

Waldir Batista Pinheiro de Barcelos

Leda Jussara Barbosa Andrade

Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes

Rua Raul Pompeia, nº 101, 7º andar, São Pedro, Belo Horizonte/MG

CEP 30330-080

Endereço eletrônico: www.ejef.tjmg.jus.br

E-mail: cojur@tjmg.jus.br

Projeto gráfico, capa e diagramação: Shirley de Oliveira Moraes Sousa - DIRCOM/COPUB e Alex Antônio Oliveira Bonfim - DIRDEP/CETED

Normalização bibliográfica: EJEF/GEJUR/COBIB

O conteúdo dos artigos doutrinários publicados nesta Revista, as afirmações e os conceitos emitidos são de única e exclusiva responsabilidade de seus autores.

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Presidente

Desembargador JOSÉ ARTHUR DE CARVALHO PEREIRA FILHO

Primeiro Vice-Presidente

Desembargador ALBERTO VILAS BOAS VIEIRA DE SOUSA

Segundo Vice-Presidente

Desembargador RENATO LUÍS DRESCH

Terceira Vice-Presidente

Desembargadora ANA PAULA NANNETTI CAIXETA

Corregedor-Geral de Justiça

Desembargador LUIZ CARLOS DE AZEVEDO CORRÊA JUNIOR

Vice-Corregedora-Geral de Justiça

Desembargadora YEDA MONTEIRO ATHIAS

Comitê Técnico da EJEJF

RENATO LUÍS DRESCH

Desembargador

LÍLIAN MACIEL SANTOS

Desembargadora

SAULO VERSIANI PENNA

Desembargador

OSVALDO OLIVEIRA ARAÚJO FIRMO

Desembargador

PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA

Desembargador

CARLOS MÁRCIO DE SOUZA MACEDO

Juiz de Direito

ANA PAULA ANDRADE PROSDOCIMI DA SILVA

Diretora da DIRDEP

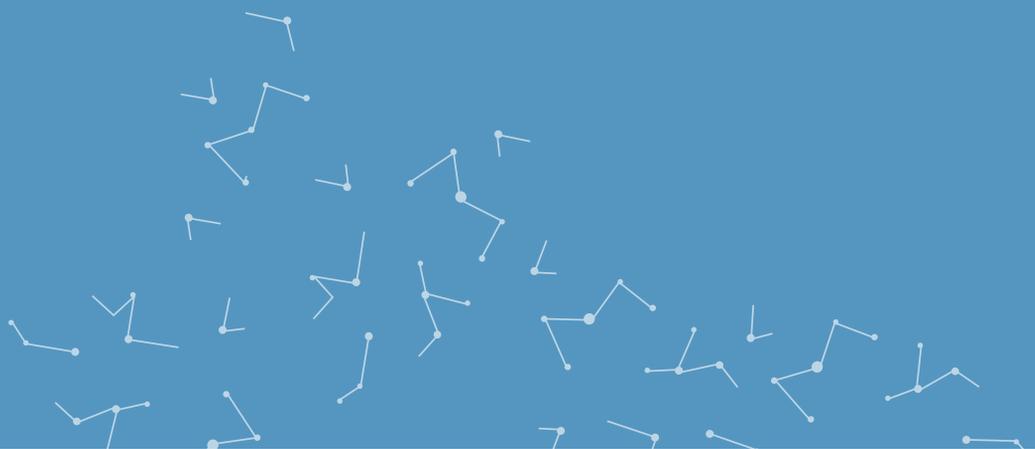
FERNANDO ROSA DE SOUSA

Diretor da DIRGED



SUMÁRIO

Prefácio	9
<i>Desembargador José Arthur de Carvalho Pereira Filho</i>	
Apresentação	13
<i>Desembargador Renato Luís Dresch</i>	
Direito, justiça, segurança e arte	17
<i>Humberto Theodoro Júnior</i>	
O federalismo brasileiro e o direito à educação	33
<i>Álvaro Ricardo de Souza Cruz e Nicolle Zanato Moreira Monteleoni Di Francia</i>	
Judicialização da saúde e novas possibilidades jurídicas	65
<i>Clenio Jair Schulze</i>	
La protesta social en Colombia: un derecho humano difícil de ejercer	89
<i>David Mendieta</i>	
Virada tecnológica no direito processual e etapas do emprego da tecnologia no direito processual: seria possível adaptar o procedimento pela tecnologia?	111
<i>Dierle Nunes</i>	
Liberdade de expressão e o desafio da regulação do discurso do ódio nas mídias sociais: evolução e perspectivas na Alemanha, Brasil e Europa	147
<i>Ingo Wolfgang Sarlet</i>	
A ameaça das <i>fake news</i> para a democracia e os direitos humanos na era do tecnopopulismo	187
<i>José Adércio Leite Sampaio e Lavínia Assis Bocchino</i>	
Direito ao reconhecimento das populações tradicionais: identidade, território e memórias em decisões do Supremo Tribunal Federal - STF ...	209
<i>Richardson Xavier Brant e João Batista de Almeida Costa</i>	
A delegação de poderes políticos às cortes constitucionais	239
<i>Rubens Beçak e Lucas Paulo Fernandes</i>	
A utilização da inteligência artificial no direito penal e seus reflexos nas garantias e direitos fundamentais	267
<i>Xenofontes Curvelo Piló e Deilton Ribeiro Brasil</i>	



PREFÁCIO

Desembargador José Arthur de Carvalho Pereira Filho
Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

O lançamento da *Revista EJEF* é um marco na celebração dos 45 anos da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes - EJEF, criada em agosto de 1977.

A *Revista EJEF* é periódico que adota, desde sua gênese, os parâmetros técnicos de editoração de revistas científicas e os rigorosos critérios para avaliação e qualificação pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Capes, vinculada ao Ministério da Educação.

A construção dessa revista científica é, nos termos da Portaria nº 164/2VP/2022, “destinada à divulgação de artigos científicos, técnicos e jurídicos de interesse da comunidade jurídica”. Nesse sentido, o periódico científico da EJEF adota linha editorial ampla, aceita submissão de trabalhos com temas do universo jurídico que contribuam para reflexão interdisciplinar, também focado na inovação e prática do Direito.

Importante destacar, quanto ao processo de editoração, que os artigos são submetidos à avaliação *double-blind peer review* (duplo-cego por pares). Isso significa que as identidades de autores e pareceristas são mantidas em sigilo, garantindo-se que a avaliação é do conteúdo do trabalho. Esse procedimento é internacionalmente reconhecido.

Ressalta-se, ainda, que a *Revista EJEF* aceita cadastro de pareceristas com titulação mínima de doutorado. A revista adota

política de contenção da endogenia e apoio à exogenia, seguindo as diretrizes da Capes, incentivando a efetiva e crescente participação de articulistas e pareceristas de outros Estados, contribuindo para o respeito e a diversidade existentes em um país continental.

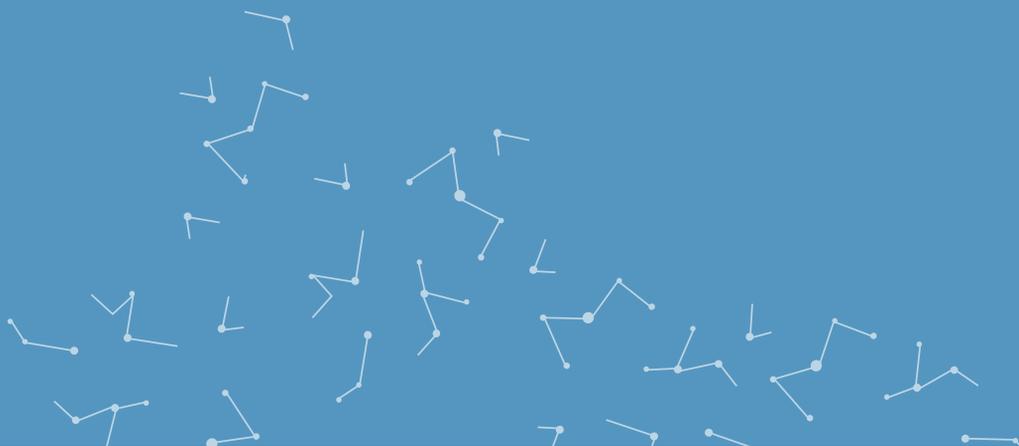
A *Revista EJEF* terá periodicidade semestral, sendo o conteúdo publicado virtualmente na Biblioteca Digital do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - TJMG, com acesso irrestrito e gratuito para todas as pessoas, sejam pesquisadores(as), professores(as), estudantes, profissionais do campo jurídico e demais interessados.

O quadro de editores da *Revista EJEF* é composto pelos membros do Comitê Técnico da EJEF, sendo um assistente editorial pertencente ao quadro de servidores da Coordenação de Jurisprudência e Publicações Técnicas - COJUR.

Registro agradecimentos aos(as) articulistas desta primeira edição pelo interesse e disponibilidade de nos brindar com suas reflexões e aos(as) pareceristas atuantes.

Desejamos a todos uma boa leitura!





APRESENTAÇÃO

Desembargador Renato Luís Dresch
2º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais
Superintendente da Escola Judicial Desembargador Edésio
Fernandes - EJEJF

O credenciamento da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes - EJEJF como Escola de Governo altera o seu paradigma de escola de formação inicial e permanente dos(as) magistrados(as) e servidores(as) do Tribunal de Justiça de Minas Gerais - TJMG, potencializando sua missão institucional para centro de pesquisa.

A partir desse novo paradigma, percebeu-se a necessidade de instituir ações efetivas para que a EJEJF integrasse o mundo da pesquisa e elaborasse uma publicação que atenda aos requisitos de qualidade técnica, o que contribuirá para as pesquisas e será um importante elemento para a produção científica.

A *Revista EJEJF* foi idealizada a partir de uma pesquisa da equipe, junto à Capes, acerca dos requisitos técnicos necessários para a elaboração de uma publicação de nível “qualis”, de modo que pudéssemos ter uma fonte confiável de pesquisa útil para o mundo acadêmico e profissional.

Esta primeira edição da *Revista EJEJF* foi elaborada a partir de convites a acadêmicos e profissionais titulados e de notório saber jurídico que pudessem contribuir para indicar a nossa proposta de trabalho, que é a de um instrumento de pesquisa de qualidade.

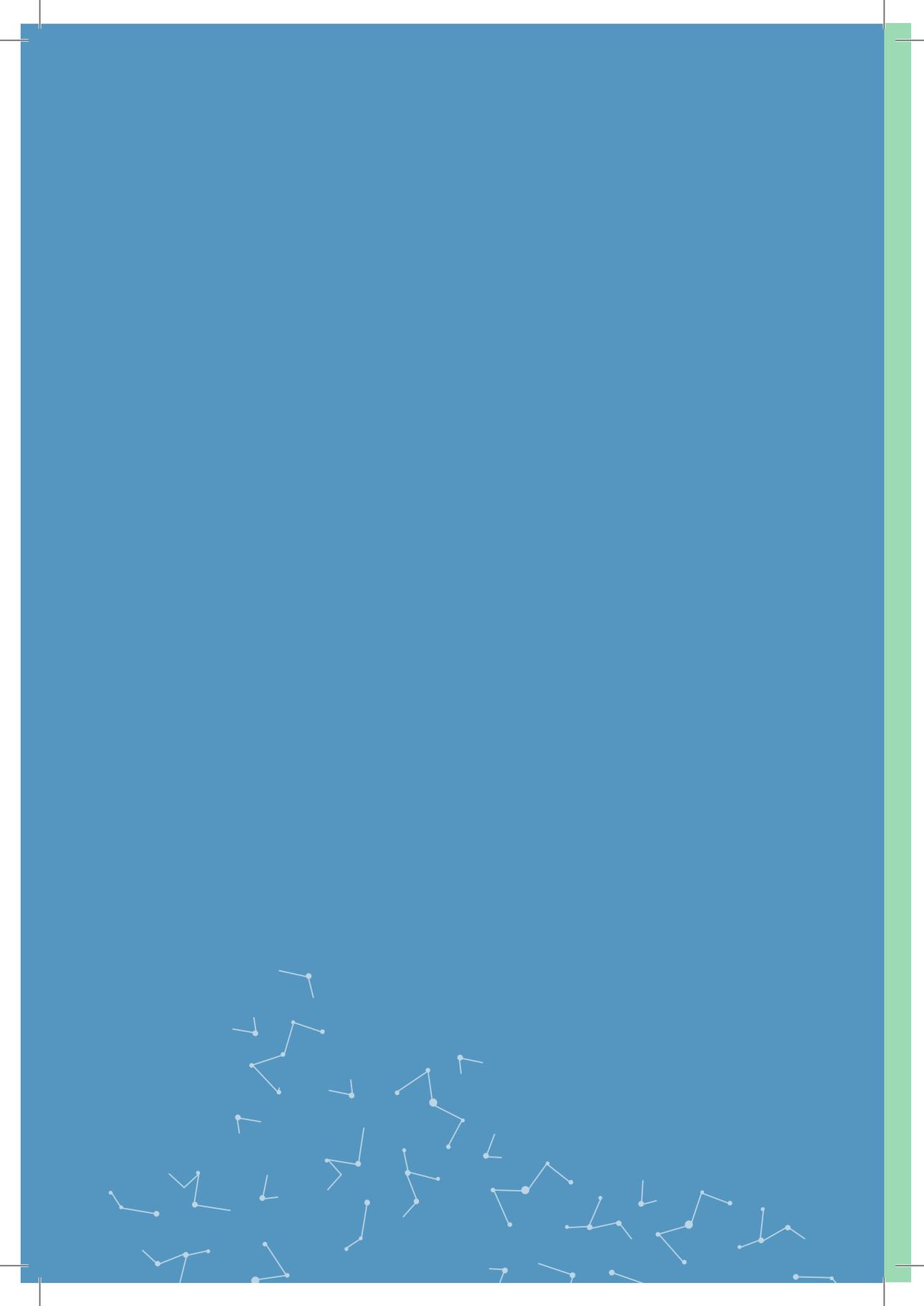
O que se idealiza é a elaboração de um produto que conjugue a formação acadêmica e a atividade profissional, até porque o intuito

principal da Escola Judicial é a de formação inicial e permanente de magistrados(as) e servidores(as), de modo que não há como descurar das necessidades profissionais que devem integrar as nossas atividades acadêmicas.

Aliás, nos encontros realizados pelo Colégio Permanente de Escolas Estaduais da Magistratura – Copedem, tem ficado evidenciado o interesse em criar uma aproximação entre a magistratura e a academia, de modo a estimular atividades acadêmico-profissionais conjuntas.

Dentro desse escopo, a EJEJF apresenta, por esta primeira edição, o lançamento da *Revista EJEJF*, com o objetivo de criar uma publicação de referência para a pesquisa acadêmica e profissional.

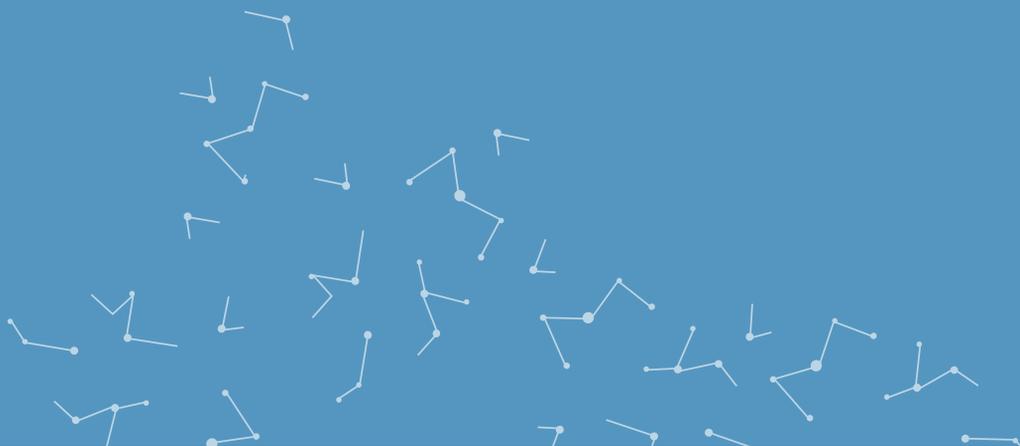


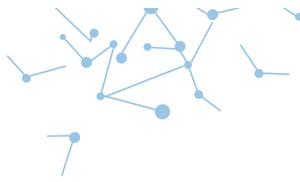




DIREITO, JUSTIÇA, SEGURANÇA E ARTE
LAW, JUSTICE, SECURITY AND ART







DIREITO, JUSTIÇA, SEGURANÇA E ARTE

LAW, JUSTICE, SECURITY AND ART

Humberto Theodoro Júnior¹

“Essa dialética [a do moderno sistema jurídico] implicada pela busca de uma solução convincente, instauradora da paz judiciária, por ser ao mesmo tempo razoável e conforme ao direito, coloca o Poder Judiciário numa relação nova diante do Poder Legislativo. Nem inteiramente subordinado, nem simplesmente oposto ao Poder Legislativo, constitui um aspecto complementar indispensável seu, que lhe impõe uma tarefa não apenas jurídica, mas também política, a de harmonizar a ordem jurídica de origem legislativa com as ideias dominantes sobre o que é justo e equitativo em dado meio. É por essa razão que a aplicação do direito, a passagem da regra abstrata ao caso concreto, não é um simples processo dedutivo, mas uma adaptação constante dos dispositivos legais aos valores em conflito nas controvérsias jurídicas” (PERELMAN, 2004, p. 116).

¹ Professor titular aposentado da Faculdade de Direito da UFMG. Desembargador aposentado do TJMG. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, da Academia Mineira de Letras Jurídicas, do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, do Instituto dos Advogados Brasileiros, do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual e da International Association of Procedural Law, da Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridiques Française. Doutor em Direito. Advogado.

RESUMO

Este artigo pretendeu analisar a importância da cultura, especialmente da literatura, para a interpretação e aplicação do direito pelos magistrados, uma vez que desempenha papel auxiliar para dimensionar a influência dos costumes e tradições sociais na formação do direito realmente em vigor. Realizou, ainda, um testemunho pessoal do papel da literatura para o exercício da minha atuação como magistrado em primeira e segunda instâncias, como importante fonte de revelação e divulgação dos valores humanísticos de que a boa e justa aplicação do direito positivo não podia prescindir.

Palavras-chave: Direito. Interpretação. Aplicação. Justiça. Literatura.

ABSTRACT

This article intended to analyze the importance of culture, especially literature, for the interpretation and application of the law by the magistrates, once it performs a subsidiary role to dimension the influence of social customs and traditions in the formation of the law that is truly in force. It also carried out a personal testimony of the literature's role in the exercise of my acting as a magistrate in the first and second instances, as an essential source of revelation and disclosure of humanistic values that the good and just application of positive law could not waive.

Keywords: Law. Interpretation. Application. Justice. Literature.

1 INTRODUÇÃO

Quando se pensa em descobrir os fundamentos e os limites do Direito, uma questão que, já muitas vezes, se levantou é “Que é

o Direito?” A resposta não gera maiores problemas porque, ainda que enunciada em termos vagos, se constata entre os juristas e os membros de uma mesma sociedade, numa determinada época, um consenso bastante amplo, embora raras vezes explicitado.

“Mas basta – como lembra Perelman (2004, p. 7-8) – mudar de meio, de sociedade, de século ou de cultura para que se manifestem claramente divergências e mesmo divergências fundamentais, nessa matéria”. Como responder, por exemplo, indagações como “Deve-se separar o direito da moral e da religião?”, ou “Há critérios, geralmente aceitos, que permitam distinguir um raciocínio jurídico de um raciocínio estranho ao direito?” E mais especificamente, “Considerações relativas à *justiça* serão ou não estranhas ao direito?”.

2 NOVOS RUMOS TOMADOS PELO DIREITO CONTEMPORÂNEO

Na filosofia grega, *v.g.*, Aristóteles fazia distinção substancial entre a lógica formal utilizada nas Ciências Exatas para demonstrar a verdade de uma conclusão e os raciocínios dialéticos utilizáveis nas Ciências Humanas, como o Direito, não para demonstrar verdades, e sim para justificar deliberações e solucionar controvérsias.

Esses raciocínios, básicos no caso do Direito, “dizem respeito aos meios de persuadir e convencer pelo discurso, de criticar as teses do adversário, de defender e justificar as suas próprias, valendo-se de argumentos mais ou menos fortes”² (PERELMAN, 2004, p. 2).

² Aristóteles se ocupou dos raciocínios dialéticos nos *Tópicos*, na *Retórica* e nas *Refutações sofisticas*.

Nessa linha de pensamento, a cultura jurídica romana reconhecia ao direito a natureza de arte do bem e do justo (*ars boni et aequi*), segundo o testemunho de Celsus, compilado por Ulpiano (Digesto, 1.1.1. *bonun et acquum*) (SIDOU, 2001, p. 469). Dessa presença da justiça dentro da concepção romana de direito, decorreu a máxima *summum ius summa iniuria*, evidenciadora de que a lei não poderia ser aplicada sem atentar para as exigências da justiça.

Fala-se, entre os juristas, antigos e atuais, numa lógica diferente da lógica formal, que seria a *lógica jurídica*, a qual se vale de raciocínios tipicamente jurídicos. A estrutura desses raciocínios é flexível e dinâmica, adaptando-se, segundo Lévi (1948 *apud* PERELMAN, 2004, p. 6), a dar sentido à ambiguidade e a constantemente verificar se a sociedade chegou a discernir novas diferenças ou similitudes. Dessa maneira, trata-se essencialmente de argumentações pelo exemplo e por analogia.

O direito, portanto, é um produto histórico-cultural, e a sua lógica se acha ligada à ideia de que, em cada época e em cada sociedade, fazemos do próprio direito e do modo de adaptar-lhe uma adequada técnica de investigação e revelação. Por essa razão, adverte Perelman, “uma reflexão sobre a evolução do direito parece ser uma preliminar indispensável ao exame das técnicas de raciocínio próprias desta disciplina que os juristas qualificam tradicionalmente de lógica jurídica” (PERELMAN, 2004, p. 7).

Não há *um direito*, mas muitos e incontáveis direitos. Nem mesmo é demonstrável cientificamente a existência de um direito natural eterno e imutável, integrado à natureza do homem e à essência da sociedade, como imaginaram, preocupados, acima de tudo, com a realização da *justiça*, os iluministas dos séculos XVII e XVIII. Nem chegaram os positivistas do século XIX a demonstrar, com foco na prioridade da segurança jurídica, a viabilidade de reduzir o direito às regras positivadas e impostas a uma comunidade

pelo poder público.³ O que a história da humanidade e a permanente mutação, evolutiva e involutiva, das instituições disciplinadoras da convivência social revelam é a incompletude inevitável do direito legislado. O que a realidade histórica põe às claras são as constantes lacunas, antinomias e obscuridades das leis, mazelas normativas que necessariamente têm sido superadas pelo recurso aos costumes, aos princípios gerais e a outras fontes como as tradições religiosas, os valores morais, a sociologia, as práticas econômicas e políticas, etc.

Depois de recusado pela ciência jurídica, o direito natural oitocentista, já que, no século XX, o neoconstitucionalismo lastreou seu núcleo nos valores humanistas, conferindo força normativa aos princípios gerais configuradores dos direitos e garantias fundamentais. Nessa altura, não há mais como manter o isolamento e a incompatibilidade entre o direito e a moral. Raciocinar sobre regras jurídicas fundadas em valores é impossível sem o supedâneo nos costumes e na influência moral que os inspiram. Eis aí o renascimento de um *direito natural*, não porém com raiz metafísica na religiosidade ou na cientificidade exata, como se ensaiou no passado. Mas, isso sim, na pesquisa histórica e objetiva dos hábitos tradicionais predominantes no consenso social de determinado povo em de determinada época.

É que a ordem jurídica de nosso tempo se abriu largamente para os princípios gerais e os valores, tornando-se mais principiológica do que meramente preceptiva. Passou a identificar suas fontes tanto na obra do legislador como na jurisprudência do Poder Judiciário, criando uma simbiose e uma integração entre o direito legislado e o direito judicado.

³ Enquanto predominou o positivismo jurídico, recusava-se qualquer influência das regras morais na esfera do direito. Num apelo à segurança jurídica, a fonte reconhecida do direito era unicamente a lei. Dizia-se que o juiz era apenas “a boca da lei”, vedando-lhe qualquer apelo à ideia de justiça. Os julgamentos éticos ou morais eram da alçada do legislador. As normas legisladas deveriam ser interpretadas e aplicadas segundo a pesquisa da vontade e intenção do legislador (*mens legis*).

3 COMO INTERPRETAR E APLICAR O DIREITO *IN CONCRETO*

Certamente, a dogmática jurídica dispõe de uma técnica própria de hermenêutica que prevê dezenas de critérios utilizáveis na interpretação e aplicação do direito, nas crises de sua inobservância. Esses critérios, todavia, revelam-se eficientes quando está em jogo apenas a inteligência de uma ou algumas regras comuns de direito. A situação se complica quando a controvérsia se situa em torno de regras e princípios consagradores de valores. É que não se contém no direito a identificação e o alcance de tais valores. Só através de indagações e argumentações extrajurídicas, é possível investigar e definir a repercussão dos valores éticos na construção da solução de um conflito jurídico.⁴

Nesse terreno, desponta o papel auxiliar relevante da cultura, especialmente da literatura, para dimensionar a influência dos costumes e tradições sociais na formação do direito realmente em vigor ao tempo da eclosão do conflito a ser composto juridicamente.

Vargas Llosa (2002), um dos poucos Prêmios Nobel da Literatura sul-americana, que além de exímio romancista é acatado crítico literário, escreveu, há algum tempo, um interessante ensaio sobre os livros de ficção que se sobressaíram no século XX, ao qual atribuiu o título curioso de *La verdade de las mentiras* (LLOSA, 2002).

O objetivo do ensaio, na abertura da coletânea de artigos sobre a literatura do último século, era destacar o papel relevante

⁴ “Como o direito tem uma função social para cumprir, não pode ser concebido, de modo realista, sem referência à sociedade que deve reger. É porque o direito, em todas as suas manifestações, insere-se no meio social, que a sociologia do direito adquire, em nossa concepção do direito, uma importância crescente. Em uma sociedade democrática, é impossível manter a visão positivista do direito, segundo a qual este seria apenas a expressão arbitrária da vontade do soberano. Pois o direito para funcionar eficazmente, deve ser aceito e não só imposto por coação” (PERELMAN, 2004, p. 241, cf., também, CARBONNIER, J. *Sociologie juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1978).

da obra de ficção na retratação realista dos costumes, princípios, valores e nos hábitos positivos e negativos predominantes na sociedade e no meio contemporâneo ao acontecimento artisticamente construído na sociedade e no meio contemporâneo ao evento imaginariamente construído pela obra de arte. Assim, graças ao engenho e à arte do ficcionista, o leitor tem oportunidade de acesso ao meio sócio-cultural verdadeiro em que a trama não verdadeira se desenvolveu, conscientizando-se, de tal modo, dos valores ali de fato dominantes.

Faustino Rodrigues (2022), psicanalista e Professor de Sociologia da UEMG, em artigo recentíssimo elaborado a propósito do centenário de Dias Gomes (RODRIGUES, 2022, p. 2-3), realçou a capacidade desse notável romancista, novelista e dramaturgo de retratar a singularidade de um Brasil de extremos. Observou o cronista em suplemento literário do jornal Estado de Minas:

Há 100 anos, nascia Alfredo de Freitas Dias Gomes. Um dos maiores nomes da dramaturgia brasileira, tornou-se célebre pela extensa produção literária que *testemunhava* as transformações de um Brasil cada vez mais moderno sem, contudo, perder muito de uma insistente herança tradicional (RODRIGUES, 2022, p. 2).

Ressalta, o cronista, nessa linha, a preocupação exitosa do ficcionista “em retratar o tipo comum de sujeito ante poderosos, em uma relação sempre tensionada pelo entendimento de que cada um constrói a partir do lugar ocupado na estrutura social”.

Atestando a capacidade da obra de ficção literária de permitir uma avaliação das realidades do passado que ainda persistem, em boa medida, na modernidade contrastante do país, conclui o cronista:

E é valendo-se disso que, talvez, aqui seja notada a coerência de uma obra produzida em um

país igualmente marcado por extremos: o dos resquícios de uma tradição colonial, agrária, com o que aparentemente configuraria o salto para o moderno. Extremos esses que, como duas retas paralelas, não se tocariam. Dias Gomes prova o contrário (RODRIGUES, 2022, p. 2).

O curioso, enfim, nos textos de Dias Gomes “é a naturalidade de um cenário aparentemente distante, mas que, por certo, encontra-se mais perto de cada um que se depare com a escrita de Dias Gomes – pois, constitui o passado de um país inteiro, independentemente do ambiente em que vivem” (RODRIGUES, 2022, p. 2-3).

De modo a evidenciar o papel de documentador dos costumes, tradições e valores dominantes numa sociedade, desempenhado pela literatura, Dias Gomes – ainda na observação de Faustino Rodrigues – “traz para o centro da arte brasileira o que há de mais tradicional e tido como distante. O confronto entre as duas realidades é o que conduz a trama e, certamente, aproxima a realidade do brasileiro ao seu dia a dia” (RODRIGUES, 2022, p. 3).

Nada mais evidenciador da relevância de uma obra literária para conduzir o leitor – seja ele jurista ou não – a conhecer costumes, tradições e valores, dados indispensáveis, em muitas circunstâncias, para a elaboração de juízos não só jurídicos, mas também justos e equitativos, como programados pelas garantias fundamentais proporcionadas pelo neoconstitucionalismo característico do moderno Estado Democrático de Direito.

4 UM TESTEMUNHO PESSOAL

Meu hábito de leitura foi cultivado desde os primeiros anos do antigo curso ginásial, época em que iniciei pelos livros de aventura da coleção “Terra, Mar e Ar” e logo me encantei com os clássicos de nossas letras: Machado de Assis, José de Alencar, Lima Barreto,

etc., na prosa; Castro Alves, Olavo Bilac, Murilo Mendes, Cecília Meireles, etc., na poesia. Ao tempo do ensino médio, nas vésperas do acesso ao curso superior de Direito, espraiei minhas leituras para a literatura estrangeira, principalmente a portuguesa, a francesa e a inglesa. Já nos tempos universitários, voltei minha atenção para os escritores latino-americanos e norte-americanos, e dediquei grande parte de minhas leituras também para obras de história da humanidade e de cunho político ou filosófico.

Após a graduação em Direito, ocorrida em 1961, recordo-me de três obras-primas que me impactaram intelectualmente, a de Roger Martin Du Gard, a de Thomas Mann e a de Guimarães Rosa, na ficção; e de três, no terreno do pensamento filosófico e humanista: Bertrand Russel, Mira y Lopes e Bernard Shaw.

A partir de 1965, decidi deixar o Banco do Brasil e passei a dedicar-me inteiramente à literatura jurídica no afã de concorrer ao ingresso na Magistratura, o que viria a acontecer em 1968. Totalmente encantado com a carreira de juiz, a que logo agreguei à do magistério de direito, não tinha tempo e olhos a não ser para os livros jurídicos.

Esse, com o passar dos anos, tornou-se meu único hábito de leitura, até que, já judicando na capital, constatei a triste realidade: já fazia quase dez anos que não lia um livro sequer de literatura em prosa ou verso.

Assustado, verifiquei que me encontrava em dificuldade para evoluir meus conhecimentos da ciência jurídica, em razão da defasagem em que me encontrava, diante dos novos rumos que o Direito tomara na segunda metade do século XX. O positivismo jurídico, centrado fundamentalmente na interpretação e aplicação da lei – justamente aquele pensamento com que cumpri o aprendizado universitário e que conservei durante os anos de magistratura

e magistério até então vividos –, esse positivismo se achava fazia bom tempo largamente superado.

Àquela altura, a cultura mais elevada do Primeiro Mundo só via nos enunciados da lei um começo de elaboração da norma de Direito, a qual só viria a se aperfeiçoar e concretizar mais tarde por obra dos tribunais, na tarefa de interpretá-la à luz das particularidades do caso concreto em conjugação com os valores sócio-culturais que passaram a ser prestigiados pelos novos rumos da ciência do Direito.

Recoloquei em prática aquilo de que jamais deveria ter me afastado: a devoção irrestrita à cultura, sem cuja colaboração é muito difícil, para o juiz atual, realizar a efetiva e humanizada justiça.

Dei acolhida, dessa maneira, à sábia lição de José Roberto de Castro Neves, segundo a qual cultura é mais do que simples informação:

A cultura também engloba informações, porém, são aquelas que moldam a nossa civilização. É a informação que vem munida de valores. Na cultura se encontram os alicerces morais. Por que entendemos que algo é certo ou errado? Por que concordamos que algo é belo ou feio, bom ou mau? O motivo é este: todos temos arraigados valores que nos foram entregues por aqueles que vieram antes de nós, que, por sua vez, receberam da geração anterior, e assim sucessivamente. Essa tradição é construída pela cultura. E onde se encontra essa cultura? Em primeiro lugar, nos livros. Desde que o homem aprendeu a escrever e a armazenar seus pensamentos, os livros compõem a mais profícua fonte de cultura. A *Ilíada* e a *Odisseia* são cultura. A Bíblia é cultura. O *Tao Te Ching* é cultura. Dante, Shakespeare, Cervantes, Dostoiévski, Machado de Assis são cultura. Apenas munidos dos valores contidos na boa literatura seremos capazes de levar adiante o legado da nossa civilização (NEVES, 2019, p. 13-14).

Nesse ambiente de íntima aproximação entre as normas jurídicas e aquelas estabelecidas no plano da moral, todo esforço era pouco para que o aplicador do Direito se assenhorasse também do fenômeno sociocultural em que os valores se definiam.⁵

Foi então que senti o quanto me faziam falta os adminículos da literatura, importante fonte de revelação e divulgação daqueles valores humanísticos de que a boa e justa aplicação do direito positivo não podia prescindir.

Voltei, por isso, ainda a tempo, e com toda a sede, à leitura da abundante literatura disponível numa autêntica *busca do tempo perdido*.

5 À GUIA DE CONCLUSÃO

Para concluir, resta-me registrar os melhores cumprimentos e aplausos ao atual empenho da gestão da Amagis na promoção das obras literárias, que, mesmo gestadas no mundo exterior ao jurídico, são relevantíssimas para o aprimoramento da técnica de bem interpretar e aplicar a lei, na perspectiva de não só fazer atuar o Direito, mas sobretudo de promover o justo e o equitativo, perante os que carecem da tutela jurisdicional prometida e assegurada pelo Estado Democrático de Direito.

Registro minha admiração pela excelência dos estudos literários divulgados através da Revista *Magiscultura* e pela obra notável da Amagis de recuperação e reedição da obra literária de magistrados mineiros ilustres como Godofredo Rangel e Hermenegildo

⁵ “É que o sistema jurídico não é um sistema fechado, isolado do contexto cultural e social no qual se insere, pelo contrário, sofre constantemente seu influxo. O direito jurisprudencial elaborou-se por ocasião dos conflitos que o juiz deve arbitrar, encontrando-lhe soluções convincentes e satisfatórias em direito porque juridicamente bem motivadas. E toda nova legislação não faz mais que responder a uma necessidade do meio político, econômico e social” (PERELMAN, 2004, p. 115-116).

de Barros. Registro, ainda, com muita satisfação, a divulgação pelo último número da *Magiscultura* do poema do Juiz Odilon de Ávila Flores, que logrou o primeiro lugar na segunda edição do Prêmio Nacional de Literatura para magistrados, organizado pela AMB em parceria com a Academia Paulista de Letras. Demonstra-se, assim, que o empenho de promover a maior convivência do direito com a literatura já assume dimensões nacionais.

Guardo comigo, e muito me apraz divulgar, a convicção de que as artes, e particularmente a literatura, têm, de fato, o condão de refinar o espírito do leitor, capacitando-o para uma maior e melhor conscientização dos costumes e valores predominantes no meio social, e, no campo jurídico, promovendo e incrementando a humanização da aplicação pacificadora do Direito.

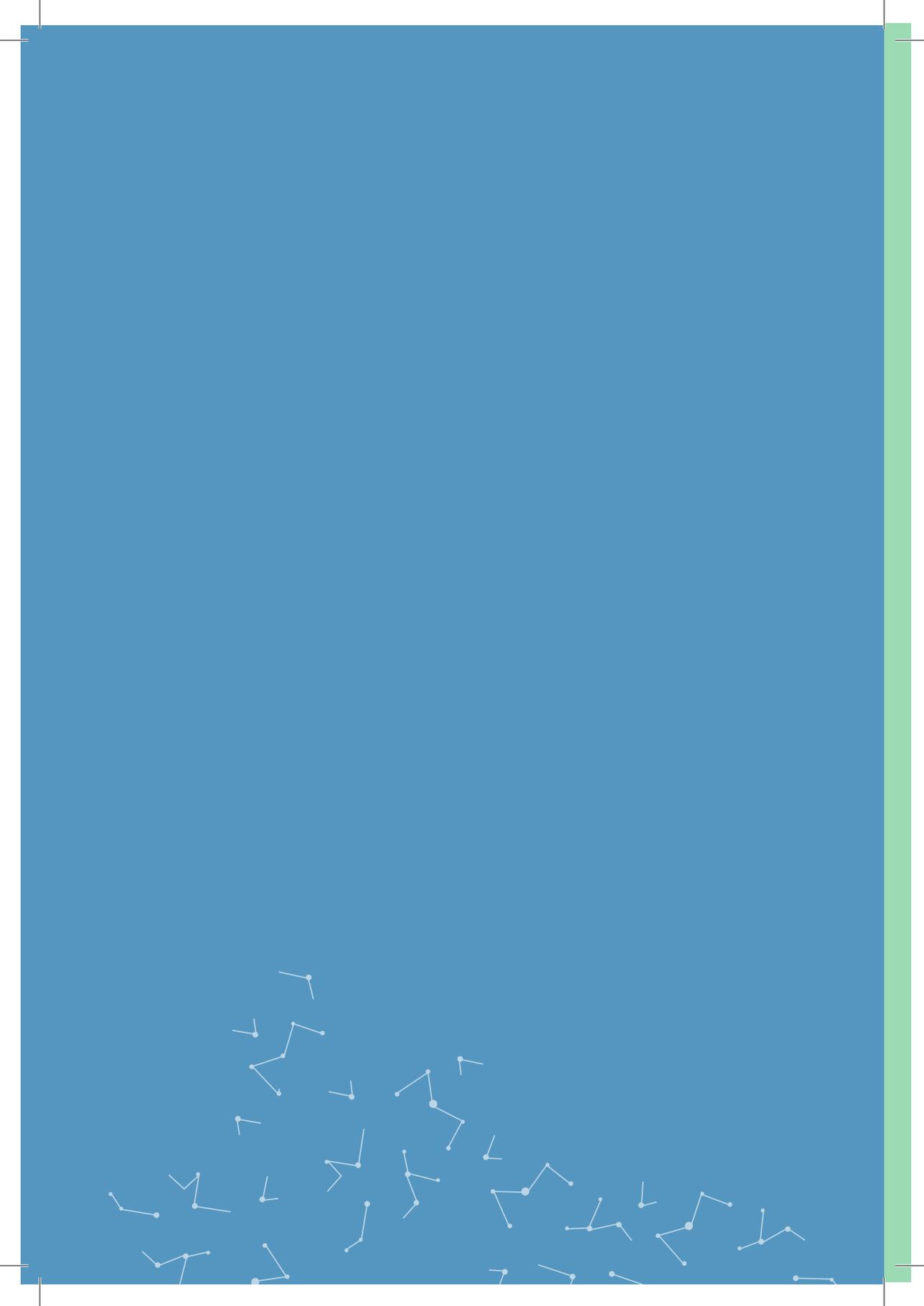
Razão pela qual reitero, com prazer, o reconhecimento do alto valor social, e até mesmo jurídico, da meritória campanha de divulgação da literatura no seio da magistratura mineira, ora levado a cabo pela Amagis e pela EJEJF.

REFERÊNCIAS

- CARBONNIER, J. *Sociologie juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1978.
- LÉVI, E. H. *An introduction to legal reasoning*. Chicago: The University of Chicago Press, 1948.
- LLOSA, M. V. *La verdad de las mentiras*. Madrid: Alfaguara, 2002.
- NEVES, J. R. C. *O que os grandes livros ensinam sobre justiça*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019.
- PERELMAN, C. *Lógica jurídica: nova retórica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- RODRIGUES, F. Dias Gomes: centenário ressalta capacidade de retratar extremos do Brasil. *Estado de Minas - Caderno Pensar*, 4 nov. 2022, p. 2-3.

SIDOU, J. M. O. *Dicionário jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

...

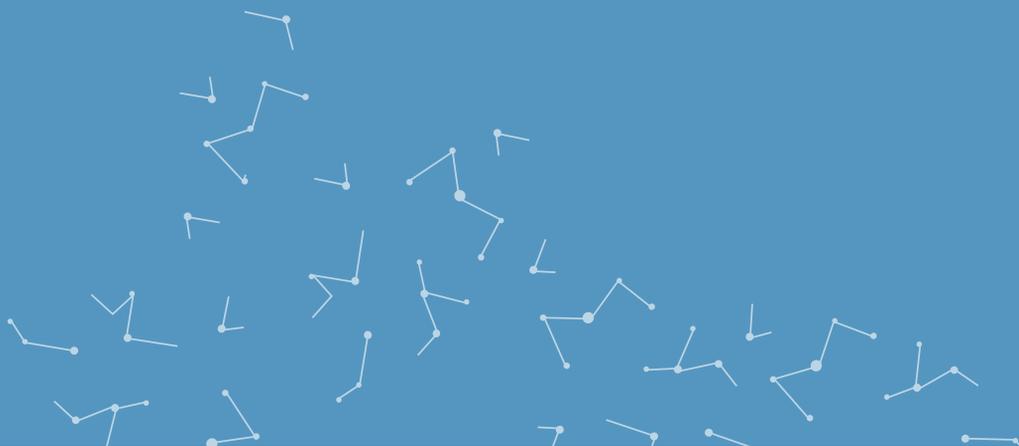


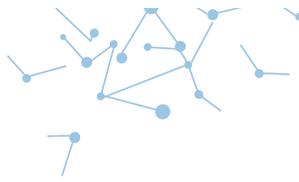


**O FEDERALISMO BRASILEIRO
E O DIREITO À EDUCAÇÃO**

***THE BRAZILIAN FEDERALISM AND
THE RIGHT TO EDUCATION***







O FEDERALISMO BRASILEIRO E O DIREITO À EDUCAÇÃO

THE BRAZILIAN FEDERALISM AND THE RIGHT TO EDUCATION

Álvaro Ricardo de Souza Cruz¹

Nicolle Zanato Moreira Monteleoni Di Francia²

RESUMO

Em um Estado que se pretende Democrático de Direito, é primordial a convivência harmônica de diversas instituições políticas a fim de se efetivar direitos, entre eles os direitos sociais. O presente artigo analisará especificamente a efetivação do direito à educação no Estado brasileiro contemporâneo, pretendendo relacionar a dificuldade enfrentada na concretização desse direito com a implementação de um federalismo *sui generis* pela Constituição Cidadã de 1988. É notório que o direito à educação não tem resultados

¹ Graduado em Economia pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (1985) e em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1986). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1990). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2003) e pós-doutor em História pela Universidade Federal de Minas Gerais. Atualmente é Procurador da República do Ministério Público Federal e professor adjunto III da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

² Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2017). Especialista em Direito Público (2020). Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada.

equânimes ao longo de todo o território nacional. Na realidade, o que se observa é a existência de regiões historicamente precárias em relação ao ensino público, uma barreira que não foi rompida com a vigência da denominada Constituição Cidadã. Diante disso, questiona-se: é possível relacionar o federalismo brasileiro instituído pela Constituição de 1988 com a inefetividade da universalização do direito à educação?

Palavras-chave: Federalismo brasileiro. Direito à educação. Políticas públicas educacionais. Direito constitucional. Constituição de 1988.

ABSTRACT

In a State that intends to be Democratic of Law, the harmonious coexistence of several political institutions is essential in order to implement rights, including social rights. This article will specifically analyze the realization of the right to education in the contemporary Brazilian State, intending to relate the difficulty faced in the realization of this right with the implementation of a sui generis federalism by the Citizen Constitution of 1988. It is clear that the right to education does not have equal results throughout the national territory. In fact, what is observed is the existence of historically precarious regions in relation to public education, a barrier that was not broken with the validity of the so-called Citizen Constitution. In view of this, the question is: is it possible to relate Brazilian federalism after the 1988 Constitution with the ineffectiveness of the universalization of the right to education?

Keywords: Brazilian federalism. Right to education. Educational public policies. Constitutional right. Constitution of 1988.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva problematizar o papel dos entes federados brasileiros dentro do federalismo cooperativo em que se insere a matéria educacional. Para isso, serão apresentados conceitos básicos referentes ao federalismo, as características do federalismo brasileiro após 1988 e a relação entre o federalismo e a distribuição de competências em matéria educacional. Por fim, será apresentada uma conclusão a respeito da temática.

De uma maneira geral, o federalismo pode ser conceituado como uma forma de organização do Estado soberano e descentralizado, composto por entidades territoriais autônomas, com governo próprio, havendo uma figura central e os Estados-membros. Existem diversas variações do federalismo em torno do mundo ocidental, porém, neste trabalho, será exposto apenas o exemplo brasileiro, especialmente após a Constituição de 1988.

Uma análise histórica breve permite assegurar que o federalismo brasileiro teve seu início na data de 1889, quando ocorreu a Proclamação da República. Passado um século, a Carta Magna de 1988 inovou nesse quesito, instituindo competências não só para a União e Estados-membros, mas também para os Municípios. Nesse caso, a União foi contemplada com a maior quantidade de competências exclusivas, sendo estas em setores estratégicos do ponto de vista nacional. Em contrapartida, em relação às políticas sociais, o constituinte optou por repartir essas competências entre os entes federados ao invés de centralizá-las novamente na União.

No caso específico do direito à educação, o constituinte distribuiu as competências de uma forma diferente. Foram atribuídas competências comuns que seriam desempenhadas em regime de colaboração entre as três esferas de governo, além de competências desempenhadas prioritariamente por Estados ou Municípios

e competências privativas da União. Nesse tocante, observa-se que, considerando Estados e Municípios dotados de autonomia política e administrativa, abre-se margem para que adotem políticas públicas educacionais divergentes às da União, já que esse regime de colaboração não está bem delimitado e regulamentado.

Além dessa falta de precisão sobre como os entes federativos devem realizar o regime de colaboração, é fato inquestionável que o direito à educação não é efetivo no Brasil, país em que há disparidade histórica entre regiões, e até mesmo disparidade entre Municípios de um mesmo Estado. Além disso, diante da alarmante situação que a efetivação desse direito social fundamental se encontra, será que é possível afirmar que, diante das contradições e omissões legislativas, há uma relação íntima entre o federalismo brasileiro, o regime de colaboração e a inefetividade da educação?

A educação se une a outras estratégias para alargar a efetivação dos direitos sociais. São inúmeros os benefícios da efetivação desse direito, deixando notório que a universalização da educação significa também a busca por uma sociedade mais igual e humana, possibilitando a diminuição de outros problemas sociais. Contudo, o retrocesso que a política brasileira tem vivido, infelizmente, chegou também à seara educacional. A esse respeito, observa-se, no governo atual, um movimento de deslocamento do Estado para fora do seu papel prestador, acentuando-se a destituição dos direitos sociais, de forma que, no âmbito das políticas educacionais, está sendo propagada a lógica do Direito Administrativo privado. Diante disso, ressalta-se a necessidade de se reafirmar o direito à educação enquanto direito social e pontua-se que a educação de qualidade não pode ser para poucos ou regulada pelo mercado. Pelo contrário, para se atingir uma educação universal e de qualidade, acredita-se essencial ressaltar o papel do PNE (Plano Nacional de Educação) como

epicentro das políticas educacionais de planejamento, organização, gestão, financiamento e avaliação da educação.

Diante de tudo isso, observa-se uma discussão sobre o fato de o federalismo brasileiro ser um fator contribuinte para a dificuldade de se concretizar direitos sociais, notadamente o direito social fundamental à educação. De fato, o federalismo brasileiro coloca o município em uma posição de ente-federativo, o que pode dificultar a racionalização de gastos públicos e acentuar as desigualdades sociais. Contudo, será que essa tese procede?

2 O FEDERALISMO BRASILEIRO PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988

O federalismo não apresenta uma única definição universal e aplicável a todas as suas manifestações. Ainda assim, é possível considerá-lo como uma organização do poder de forma a coexistir soberania da União e autonomia dos Estados. É o que preceitua Giovani Clark (2001):

O termo federalismo significa uma aliança, pacto escrito dentro dos limites constitucionais, onde se fragmenta ou descentraliza o poder político, através de mais de um centro de poder (central e periféricos). Dessa forma, existe um poder central soberano, a União, e os poderes periféricos, entes federados, com sua autonomia (CLARK, 2001, p. 63-64).

Essa mesma ideia de federalismo se apresenta nos escritos de José Alfredo de Oliveira Baracho (1995), segundo o qual o federalismo se manifesta em uma repartição dualista de competência e poder. Além disso, é a Constituição a base para a manifestação do Estado Federado, sediando as regras gerais do modelo federalista adotado.

João Camilo de Oliveira Torres (2017) segue essa mesma conceituação, incorporando em sua análise sobre o federalismo os conceitos trazidos por dicionários da língua portuguesa, o que também demonstra essa noção de união e autonomia de entes federativos, isto é, o termo “federação” é entendido como uma associação.

No Brasil, o movimento descentralizador data desde a época imperial, já que o federalismo foi instituído por meio do Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, que implantou a federação e a República, provisoriamente. Em seguida, foi estruturado pela Constituição de 1891, substituindo o Estado Unitário da Monarquia (TORRES, 2017, p. 48). Segundo o autor, na prática, isso significou que houve uma determinação legislativa exigindo um movimento dos Estados para se adequarem ao federalismo, e não o contrário, como se observa em outros países.

Diante disso, províncias que antes eram separadas deveriam imediatamente se associarem para formar essa federação. Não havia, portanto, uma realidade histórica prévia aderindo à tradição federalista. Assumindo essa posição, Torres (2017, p. 76) afirma que o Brasil seria uma “federação preventiva”, expressão que explicita a noção de que foi um federalismo imposto.

Dito isto, observa-se que o federalismo brasileiro é, desde sua origem, diferente de demais federalismos presentes na história de outros países. Isto é, no Brasil, o federalismo é marcado pela centralização e concentração de poder em torno do governo federal. Além disso, observa-se que está presente em nosso texto constitucional uma perspectiva republicana desse federalismo, o que permite a salvaguarda de direitos individuais somada a espaços de participação dos cidadãos e dos entes federados (BARBALHO; BARROS; CALABRE, 2013).

Filho e Ribeiro (2013, p. 22) contribuem para o tema estabelecendo um apanhado de elementos indispensáveis ao federalismo,

quais sejam: documento aglutinador (Constituição Federal); distribuição de competências entre os entes federados sem que haja hierarquia entre eles; soberania da União; autonomia material, legislativa e financeira dos Estados-membros; participação dos entes políticos na vontade federal; impossibilidade de secessão (autonomia limitada); existência de uma Suprema Corte.

Além de apontarem os principais elementos, os autores supramencionados fazem uma breve análise do federalismo na Constituição de 1988, que tratou de retratar, ou seja, de romper com os retrocessos ocorridos durante a Ditadura Militar, buscando uma redemocratização para o Brasil. Diante disso, foi estabelecido, do ponto de vista formal, o regime federalista. Todavia, nesse momento, houve uma tentativa de ampliá-lo e resguardá-lo, o que se reforça pelo estabelecimento do Município enquanto ente-federado. Ressalta-se que essa não foi uma medida tão inesperada quanto se pode imaginar. Na realidade, desde a Constituição de 1934, já havia elementos constitucionais que demonstravam uma busca pela autonomia municipal (FILHO; RIBEIRO, 2013, p. 33).

Souza (2001) faz uma análise da descentralização política e financeira ocorrida na Assembleia Nacional Constituinte que antecedeu a Constituição de 1988. Segundo a autora, o objetivo da Constituinte em traçar essas alterações no federalismo foi uma busca pela possibilidade de incorporar demandas das minorias. Portanto, para melhor compreender como se chegou a esse federalismo diferente do usual, segue uma análise resumida realizada pela mencionada autora a respeito das discussões documentadas sobre a Assembleia Nacional Constituinte da época.

Segundo Souza (2001), durante a Constituinte, três importantes subcomissões lidaram diretamente com as questões relativas aos federalismos e à descentralização: Subcomissão da União,

Distrito Federal e Territórios; Subcomissão dos Municípios e Regiões; e Subcomissão dos Estados.

Durante os trabalhos da primeira subcomissão, a Subcomissão da União, DF e Municípios muito se destacou sobre o fortalecimento do federalismo sob a ótica de descentralizar o poder da União. Segundo a autora, o objetivo era impedir a centralização dos recursos na União, o que atrapalhava o funcionamento da federação e aumentava as disparidades regionais. Como não acreditavam na eliminação completa do federalismo centralizado, propuseram a expansão das competências concorrentes entre os três níveis de governo (SOUZA, 2001).

Durante os trabalhos da segunda subcomissão, Subcomissão dos Municípios e Regiões, a mais importante para a presente pesquisa, observou-se a aprovação da proposta de inclusão do Município como parte integrante da Federação como entidade federativa, além de formação de lista de competências municipais e ampliação dos recursos locais. Segundo a autora, o *lobby* a favor dos Municípios teve forte presença do Congresso antes mesmo da formalização da Assembleia Nacional Constituinte.

Além disso, a autora aponta para alguns problemas que marcaram essas subcomissões: decisões fundamentadas em argumentos que não haviam sido testados empiricamente; não se discutiram as consequências da descentralização; acreditavam que a descentralização aumentaria a eficiência e promoveria a democracia; opção pelo intenso uso das competências concorrentes; bandeira anticoncentralista não se refletiu nas competências e responsabilidades da União, que as ampliou, especialmente na área social (SOUZA, 2001).

A autora afirma que as relações intergovernamentais não foram consideradas pelas subcomissões, assim como a defesa da descentralização não foi precedida de debate sobre seu impacto na

federação e nas políticas públicas. Diante disso, conclui que havia uma busca pela participação popular em contraste com o anterior período ditatorial. No entanto, não observou, durante a elaboração do texto constitucional, preocupação com resultados que se desenvolveriam a partir do novo federalismo. Somado a isso, a autora pontua que hoje, na prática, observa-se a persistência de grandes desigualdades entre Estados, Municípios e regiões.

Souza (2001) conclui que o constitucionalismo brasileiro gerou um federalismo que incorporou múltiplos centros de poder, caracterizado por um sistema complexo de dependência financeira e política. No entanto, apesar disso, afirma que, ao impor limite ao governo federal, o modelo brasileiro se tornou bem próximo dos modelos mais democráticos, já que todas as federações democráticas são caracterizadas pela limitação do poder central.

Analisando o contexto histórico-institucional da autonomia municipal no federalismo brasileiro, Santos (2012) ressalta a autonomia política, legislativa, administrativa e financeira dos municípios brasileiros. Além disso, nesse mesmo contexto, foi ampliado o rol de competências sociais pelas quais eles eram responsáveis.

Por esse motivo, segundo a autora, desde a promulgação da Constituição de 1988, há uma atuação ativa dos Municípios em defenderem seus interesses, já que passou a existir uma disputa federativa entre entes federativos. Diante disso, a autora afirma que, desde a promulgação, houve reformas constitucionais que afetaram o pacto federativo.

Como resultado dessas disputas federativas entre Municípios e demais entes federados, a autora afirma que surgiu uma situação de desigualdade entre os Municípios, já que apenas o grupo de maior expressão populacional teve maior autonomia financeira. Ou seja, observa-se que, embora a finalidade desse federalismo tenha sido promover os interesses da minoria, na prática, observou-se a

permanência de uma situação de desigualdade entre os Municípios, não tendo o modelo federalista contribuído para mudar essa realidade.

Santos (2012) analisa os indicadores Sociais Municipais e os dados do Censo do IBGE e, a partir disso, afirma que a limitada capacidade contributiva da população dos municípios de pequeno porte se dá pelo fato de que, quanto menor o Município, menor tende a ser a renda média de sua população. Observa-se, em contrapartida, que Municípios maiores têm maior autonomia financeira.

Diante disso, observa-se que grande parte de Municípios brasileiros não apresenta autonomia financeira, por isso, esses Municípios dependem das transferências intergovernamentais, razão pela qual se mostra tão importante a existência dessas transferências para a concretização do direito à educação, caso contrário os municípios pequenos, que são a maioria em nosso país, não teriam sequer chance de financiarem a educação básica em suas localidades. Ou seja, caso contassem apenas com seus próprios recursos.

Nesse sentido, a seguir, o federalismo brasileiro será abordado de uma maneira mais específica, visando esclarecer exatamente em que consiste o regime de cooperação entre entes federativos a que teve que recorrer o Constituinte para incluir o Município como ente federado com papel ativo na concretização dos direitos sociais.

3 MARCOS DA COOPERAÇÃO FEDERATIVA NA CARTA DE 1988

Conforme prenunciado, um marco de inovação trazido pela Carta de 1988 foi a consideração do Município como unidade federativa. Essa presença do Município como ente dotado de autonomia político-constitucional fez com que alguns doutrinadores batizassem

nosso federalismo como “Federalismo de terceiro grau”, “Federalismo de terceira ordem” (MEIRELLES, 2006) ou até mesmo “Federalismo tridimensional” (ABRUCIO, 2010). Ou seja, trata-se de um federalismo composto por três unidades federativas: União, Estados e Municípios.

Mas de que forma isso se relaciona diretamente com a concretização do direito à educação? O pacto federativo disposto na Constituição Federal distribui competências educacionais entre os entes federados, determinando a organização e gestão do Estado. Portanto, a eficiência ou ineficiência da educação pode ter relação direta com esse modelo federalista *sui generis*.

Além disso, isto é, somado ao fato que o constituinte acabou por criar um modelo federalista inovador, ressalta-se o fato de que nossa Constituição não foi bem regulamentada desde a promulgação, havendo até hoje lacunas legislativas que precisam ser sanadas de forma emergente para que o modelo federalista cooperativo anunciado seja bem compreendido e aplicado pelas unidades federativas. Em relação a essas lacunas, cita-se o parágrafo único do art. 23, o art. 211 e o art. 214.

A esse respeito, observa-se que o art. 23 da Constituição trata das competências comuns entre União, Estados, DF e Municípios. O parágrafo único desse artigo estabelece que leis complementares fixarão normas para a cooperação entre os entes federados tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar.

O art. 211 determina que União, Estados, DF e Municípios organizarão, em regime de colaboração, seus sistemas de ensino. A esse artigo alguns parágrafos foram adicionados recentemente pela Emenda Constitucional 108/2020, conhecida por Emenda do Novo Fundeb, a qual reafirma a necessidade de criação de lei complementar para regulamentar o regime de colaboração entre os entes federados.

Por fim, o art. 214 determina que uma lei estabelecerá o Plano Nacional da Educação (PNE), com o objetivo de articular o Sistema Nacional de Educação em regime de colaboração, definindo também diretrizes, objetivos, metas e estratégias para a manutenção e desenvolvimento do ensino.

Diante disso, observa-se que nossa Carta Magna criou um modelo de cooperação entre os entes federados para se concretizar o direito à educação, determinando uma atuação articulada entre as três esferas federativas, mas sem impor exatamente de que forma será realizada essa articulação, deixando a cargo de uma lei a ser criada posteriormente o papel de regulamentar essa cooperação.

Adentrando um pouco mais as características do nosso modelo federalista, ressalta-se que ele se apresenta como um federalismo cooperativo composto por competências comuns e competências concorrentes entre os entes federados. As competências comuns dizem respeito à matéria administrativa realizada por todas as unidades federativas, União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Segundo o art. 22, inciso XXIV, é matéria privativa da União legislar sobre as diretrizes e bases da educação. Além disso, segundo o art. 23, V, é competência comum entre os entes federados proporcionar os meios de acesso à educação. Segue trecho:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação.

Diante disso, observa-se que a Constituição exige que seja elaborada Lei Complementar para regulamentar a cooperação entre a União e as demais unidades federativas. No entanto, até o presente momento, essa situação não foi regularizada, nenhuma lei

complementar está em vigor para organizar a cooperação entre os entes federados.

Segundo Santos (2012), a elevação do Município a entidade federativa pela Constituição de 1988 não resolveu problemas como a competição pelas receitas entre entes federados, utilizadas como moeda de troca. Segundo a autora, esse pode ser o motivo pelo qual alguns autores defendem a volta do sistema federativo com dois entes federados. Contudo, alerta que isso não pode ser feito, já que a estrutura federativa tripartite é cláusula pétrea da Constituição de 1988.

No caso específico da educação, os artigos 211 e 206, inciso VII, tratam desse sistema de colaboração de uma forma particular. No entanto, há omissão legislativa quanto à delimitação de como deve se dar o regime de colaboração.

Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

§ 1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas e federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir a equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios;

§ 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

§ 3º Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio.

§ 4º Na organização de seus sistemas de ensino, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios definirão as formas de colaboração, de forma a assegurar a universalização, a qualidade e a equidade do ensino obrigatório.

§ 5º A educação básica pública atenderá prioritariamente ao ensino regular.

§ 6º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão ação redistributiva em relação a suas escolas.

§ 7º O padrão mínimo de qualidade de que trata o § 1º deste artigo considerará as condições adequadas de oferta e terá como referência o Custo Aluno Qualidade (CAQ), pactuados em regime de colaboração na forma disposta em lei complementar, conforme o parágrafo único do art. 23 desta Constituição.

Segundo Dalila Andrade Oliveira (2015), existem obstáculos que o regime federativo impõe à gestão e organização da educação, já que há pouca integração entre Estados e Municípios, havendo persistência de desigualdades e desequilíbrios históricos entre regiões, fragmentação entre redes públicas em distintos níveis (municipais, estaduais e federal).

Portanto, observa-se que Constituição Federal de 1988 representou, em teoria, um importante avanço legislativo na seara dos direitos fundamentais, tendo estabelecido um sistema cooperativo entre os entes federados, combinando autonomia e colaboração entre eles para a concretização de políticas públicas. Contudo, a efetivação do direito fundamental à educação básica é um obstáculo que assombra o Estado brasileiro, sendo um problema social que clama por enfrentamento categórico, principalmente por ser um fator que contribui para diminuição de outras desigualdades sociais (DOURADO, 2013). Sendo assim, com o fim de ressaltar o esforço em efetivar a igualdade social, nossa Carta Magna assenta como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, em seu art. 3º:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Diante desses objetivos fundamentais expostos, salta aos olhos a importância que o tema dos direitos sociais recebe de nosso constituinte. Contudo, embora nossa Lei Fundamental consagre o direito à educação e o destaque como direito social fundamental, a realidade fática em muito se afasta do que foi escrito na Lei Constitucional. A esse respeito, evidencia-se a “classificação ontológica” de análise das Constituições de Karl Loewenstein, segundo a qual a nossa Carta Magna seria classificada como “nominal”, já que, embora seja válida do ponto de vista jurídico, não consegue transpor para a realidade o conteúdo de suas normas, carecendo de força normativa adequada, ou seja, nos falta efetividade.

Araújo (2010) traz como fundamentação da sua tese de imprecisão do regime de colaboração entre os entes federados o fato de que ainda não foi editada qualquer lei que regulamente essa cooperação, tal qual determina a Constituição, o que tem causado confusão na forma como essa colaboração deve ser feita, afetando a qualidade do ensino. Segue trecho:

A indefinição das normas de cooperação, a falta de regulamentação do regime de colaboração, em conjunto com a extrema fragmentação orçamentária da descentralização de perfil municipalista mitigam as possibilidades de melhoria das políticas de acesso e de permanência na escola, reforçam a pluralização de redes/sistemas de ensino dos entes federados com realidades socioeconômicas e políticas distintas, bem como uma capacidade técnica, orçamentária e administrativa bastante desigual, de maneira que um aluno de uma rede ou de um sistema de ensino munic-

pal de dada região metropolitana tenha comprometido o seu direito ao acesso, à permanência e à qualidade na escola, comparado a um município vizinho. Isto é notável, por exemplo, no que se refere à infraestrutura das escolas, plano de carreira docente, políticas, programas e projetos educacionais (ARAÚJO, 2010, p. 237).

Segundo Souza (2012), a Constituição de 1988 inseriu o Município como ente federativo e, somado a isso, determinou a realização de um comportamento cooperativo entre os entes federados. Deixou, contudo, que a legislação ordinária regulasse essa cooperação. Hoje, isso é um problema, já que o Brasil é um país com uma histórica dificuldade em concretização de uma educação básica de qualidade. Diante disso, a falta de legislação regulamentando a cooperação é apontada como uma dificuldade na concretização do direito à educação.

Gilda Cardoso de Araújo (2018) ressalta isso em seu artigo, demonstrando que tanto o Sistema Nacional de Educação quanto a cooperação educativa são questões apresentadas no texto constitucional, mas que não foram regulamentadas. Além disso, reforça que alterações importantes foram feitas ao longo desses mais de 30 anos de vigência da Constituição Federal, mas nenhuma delas regulamentou essas duas questões cruciais para a melhoria do desempenho educacional de forma universal e equânime em todo o país, havendo, portanto, desafios em nosso pacto federativo que não foram ainda superados.

Segundo Tavares (2003), a ausência de efetivação do regime de colaboração e cooperação para a repartição de competências educacionais no federalismo brasileiro acentuou a fragmentação das políticas públicas educacionais e não constituição de um Sistema Nacional de Educação. Entretanto, a autora ressalta que existem

experiências municipais positivas no âmbito da gestão municipal apresentando alternativas democráticas para a melhoria do desempenho educacional.

José Marcelino de Rezende Pinto (2014) ressalta que, apesar do federalismo tripartite instituído pela Constituição de 1988, o que intensificou a responsabilidade municipal quanto às demandas educacionais foi a criação do Fundef em 1996. Além disso, afirma que o federalismo instituído não promoveu a expansão do papel do Estado na proteção social e não promoveu a superação das desigualdades regionais. Ademais, o autor ressalta a ausência de estrutura adequada de gestão e planejamento por parte dos Municípios como um fato que também afeta negativamente a concretização do direito à educação.

Portanto, não por acaso, a autonomia municipal passou a ser objeto de críticas quando o tema é concretização do direito à educação. Contudo, observa-se que esse fato não deve ser examinado isoladamente. Existe todo um contexto que precedeu e que envolve a autonomia municipal, não sendo ela, de forma alguma, a causa para todos os problemas sociais que o Brasil possui. Além disso, também está claro que nosso país apresenta diferentes experiências em relação a essa autonomia municipal. Outra questão é o fato de que essa autonomia municipal não é algo intacto e imutável, na realidade, essa instituição vem sofrendo modificações desde a promulgação do texto constitucional há mais de três décadas.

4 O DIREITO À EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O presente tópico se destina a explicar o que é o direito social fundamental à educação, elencar quais são as diretrizes propostas pela Constituição acerca da educação, bem como abordar sobre

alguns desafios enfrentados na efetivação da educação diante dos dados contemporâneos.

O direito à educação é um direito social fundamental, tal como preceitua nossa Magna Carta no *caput* do art. 6º, que se presta a elencar os direitos sociais. Além disso, segundo o art. 208, § 1º, CF, o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo, o que explicita uma relação entre o direito individual à educação e esse mesmo direito enquanto direito social fundamental.

O texto da Magna Carta de 1988, não por acaso, carrega o nome de “Constituição Cidadã”. Reforçando essa denominação, ressalta-se o fato de que, em diversos momentos, a CR afirma a necessidade de se buscar igualdade; diminuição das desigualdades; universalização, qualidade e equidade do ensino obrigatório. Como exemplo, possível citar o art. 3º que trata dos objetivos fundamentais da República: *“construir uma sociedade livre, justa e solidária”, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”*.

Ao tratar especificamente do direito à educação, a Constituição de 1988 o reconhece como direito social (art. 6º), assim como direito do cidadão e dever do Estado (art. 205). Segue trecho: *“Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”*

Além disso, também estão elencados no texto constitucional como princípios do ensino (art. 206) *“igualdade de condições de acesso e permanência na escola”, “gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais”, “gestão democrática do ensino público”,* entre outros. Todos esses princípios dizem respeito à necessidade

de se efetivar a educação universal e gratuita a todos os brasileiros, um direito social básico e fundamental.

Diante do exposto, observa-se que a educação é um direito social fundamental de destaque na nossa Magna Carta, observa-se também que a igualdade e o combate à desigualdade social são pilares fundamentais dentro do constitucionalismo brasileiro e, conseqüentemente, da educação, já que a educação é um mecanismo de combate às desigualdades, possibilitando ascensão social por meio do ensino de qualidade. Contudo, é notório que, na prática, a realidade do ensino público brasileiro é precária, havendo uma alarmante desigualdade entre regiões.

O que se observa é a pirâmide da educação acompanhando a pirâmide de distribuição de renda e de riqueza, ou seja, as regiões mais prejudicadas economicamente são também aquelas que oferecem a pior educação (CURY, 2002). Ademais, com o intuito de explicitar o problema e deixar claro que o Brasil ainda tem muito o que avançar no quesito “educação básica”, destacam-se alguns dados de 2019 divulgados pelo IBGE³ sobre o analfabetismo no país: a taxa de analfabetismo das pessoas com 15 anos ou mais foi estimada em 6,6%, sendo que a Região Nordeste apresentou a maior porcentagem (13,9%), o que muito se contrasta das Regiões Sul e Sudeste (ambas com 3,3%); pessoas pretas e pardas apresentam o dobro da taxa de analfabetismo observada entre pessoas brancas; 48,8% é a proporção de pessoas com 25 anos ou mais que finalizaram a educação básica obrigatória no Brasil. Além disso, segundo os dados fornecidos pelo Observatório da Educação,⁴ 11,4% dos jovens brasileiros de 15 a 17 anos estão fora da escola.

Cury (2007) ressalta o caráter obrigatório e gratuito da educação escolar, sendo responsabilidade do Estado prestar esse

³ Os dados coletados estão disponíveis no site do IBGE.

⁴ Os dados coletados estão disponíveis no *site* do Observatório da Educação.

serviço essencial de forma universal. Porém, além disso, o mesmo autor enfatiza o fato de que, embora haja previsão constitucional, a realidade é bem distante do que se prevê, já que é patente a precariedade em que a educação se encontra em nosso país, sendo que determinadas regiões vivenciam isso de forma muito mais intensa.

Alguns indicadores fornecidos pelo Observatório da Educação explicitam a situação, seguem alguns dados: 29,3% dos estudantes do Ensino Médio nas redes estaduais de ensino no Brasil estão atrasados (Censo Escolar 2020); 64,8% das escolas estaduais de ensino médio no Brasil apresentam biblioteca (Censo Escolar 2020).

Quanto aos recursos para efetivar o que está previsto, o art. 212 da Constituição define que a União aplicará, anualmente, no mínimo 18% da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. Já os Estados, DF e Municípios aplicarão, no mínimo, 25% dessa mesma receita na manutenção e desenvolvimento do ensino. Além disso, segundo o art. 212-A, a distribuição dos recursos e responsabilidade entre DF, Estados e Municípios é assegurada mediante a instituição, no âmbito de cada Estado, de um Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), de natureza contábil, de forma que a União complementarará os recursos dos Fundos.

Segundo Dalila Andrade Oliveira (2015), o Fundeb é um fundo de financiamento da educação, compreendendo as três etapas da educação básica: educação infantil, ensino fundamental e ensino médio. É considerado um avanço por tentar corrigir falhas apontadas no antigo Fundef, apesar de persistirem problemas, como o desequilíbrio entre os Estados no que se refere ao financiamento da educação básica.

Em 2020, por meio da Emenda Constitucional 108, o Fundeb passou por novas reformas. Uma das principais mudanças diz

respeito ao fato de ter se tornado permanente, o que foi um grande avanço.

Já quanto ao salário-educação, trata-se de um tributo bem antigo, datado de 1964 (CURY, 2007), cuja espécie é denominada contribuição social, de competência federal e incidente sobre valores pagos pelas empresas e entidades equiparadas a seus empregados, cuja alíquota é de 2,5%. Quanto à destinação desse valor arrecadado pelo salário-educação, o art. 212, § 6º, da Constituição determina que as cotas estaduais e municipais de salário-educação devem ser distribuídas proporcionalmente ao número de alunos matriculados na educação básica nas respectivas redes de ensino.

Quanto às diretrizes e regras da educação, o art. 214 determina que uma lei estabelecerá o Plano Nacional de Educação (PNE) com duração decenal, com o objetivo de articular o Sistema Nacional de Educação em regime de colaboração e definir as diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas para erradicar o analfabetismo, universalizar a escola, melhorar a qualidade do ensino, formar para o trabalho, promover o país humanística, científica e tecnologicamente e estabelecer metas de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto.

Somado a isso, segundo o art. 10, inciso II, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, cabe prioritariamente aos Estados a efetivação da educação infantil e do ensino fundamental. Por simetria, cabe à União a efetivação do Ensino Médio. No entanto, há uma grande lacuna quanto à forma como isso deve ocorrer. Isto é, conforme já explicitado, o dispositivo constitucional sobre o regime de colaboração não foi regulamentado.

Além disso, conforme já esposado, os diversos problemas que permeiam a dificuldade de efetivar o direito à educação básica

estarão sempre presentes enquanto não for resolvido o problema central: o problema do federalismo articulado ao regime de colaboração recíproca (CURY, 2015). Nesse sentido, observa-se que existe uma crítica contundente em relação ao federalismo brasileiro e a seus elementos, de forma a não impedir o histórico déficit educacional.

Também já foi esclarecido, em tópico anterior, que o art. 211 da Constituição estabelece que os entes federativos organizarão seus sistemas de ensino em regime de colaboração. Contudo, o que significa essa expressão “regime de colaboração”? Os parágrafos desse mesmo artigo sugerem que a colaboração se dará da seguinte forma: a União organizará o sistema federal de ensino, financiará as escolas públicas federais, exercendo função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos estados e municípios. Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. Os Estados e DF atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio.

Ainda com o intuito de problematizar o insucesso na concretização do direito à educação básica sob o ponto de vista jurídico do Direito Constitucional e demonstrar sua (in)efetividade, necessário apontar brevemente os argumentos trazidos por Cury (2002). Segundo o autor, a educação permite que o indivíduo se torne capaz de optar e decidir, ou seja, transforma o ser humano e a sociedade, possibilita a criação de senso crítico, cidadania, diminuição das desigualdades sociais e melhora a distribuição de renda.

Tudo isso ressalta a ligação da educação com o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Sendo assim, a educação básica de qualidade permite ao indivíduo pensar o seu papel no mundo, oportunizando

escolhas conscientes diante de questões importantes, como rumo profissional, planejamento familiar e planejamento financeiro. Ademais, a educação é pré-requisito para percepção dos direitos políticos, alcance de liberdades, direitos e deveres como cidadão, sendo imprescindível para a concretização dos objetivos fundamentais da República, destacados no art. 3º já exposto acima. Portanto, a universalização da educação significa também a busca por uma sociedade mais igual e humana, possibilitando a diminuição de todos os outros problemas sociais.

Segundo Silveira (2008), nossa Carta Magna também avançou no quesito “instrumentos processuais para proteção dos direitos educacionais”, podendo ser utilizado o Mandado de Segurança, o Mandado de Injunção e a Ação Civil Pública. Além disso, o ECA (Estatuto da criança e do adolescente) estabelece uma importante política de absoluta prioridade da criança e do adolescente, o que possibilitou a criação de Varas Especializadas no direito da criança e do adolescente e que, portanto, podem adentrar esse tema da educação.

Registra-se também que a legislação brasileira⁵ atribui ao Conselho Tutelar importantes funções para a efetividade do direito à educação, como garantir a frequência escolar, requisitar serviços públicos na área da educação, encaminhar ao Ministério Público e à autoridade judiciária notícia de fato sobre infração contra os direitos da criança e do adolescente. Diante disso, note-se que o Conselho Tutelar é um importante agente no combate à evasão escolar. Mas, obviamente, há a necessidade de articulação entre outros sujeitos, ou seja, todos os envolvidos no compromisso de garantir a permanência

⁵ Nesse tocante, destacam-se o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, principalmente art. 56, II, Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e art. 12, VIII, Lei 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação) que tratam da evasão escolar e da possibilidade de atuação do Conselho Tutelar.

na escola.⁶ professores, diretores, governantes, família, conselho tutelar, Ministério Público e Juiz.

Analisando a situação fática da realidade brasileira em que nos encontramos, deparamo-nos com a seguinte situação: mais de 30 anos de vigência da Constituição de 1988, considerada “Constituição Cidadã”, porém, que não consegue universalizar o direito à educação básica, primordial para a garantia de cidadãos conscientes do exercício de seus direitos em um Estado Democrático de Direito. E isso é o mínimo que se pode dizer sobre os benefícios de uma educação básica de qualidade, uma vez que, como consequência de sua concretização, garantem-se muitas outras vantagens para os cidadãos, sociedade e Estado Democrático de Direito.

Segundo Dourado (2013), a educação se une a outras estratégias para alargar a efetivação dos direitos sociais. Seus inúmeros benefícios já foram explorados previamente, deixando notório que a universalização da educação significa também a busca por uma sociedade mais igual e humana, possibilitando a diminuição de todos os outros problemas sociais.

Contudo, estudos atuais apontam para o retrocesso que a política brasileira tem vivido, o que, infelizmente, chegou também à seara educacional. Segundo Romilson Martins Siqueira (2020), o que se observa é um movimento de deslocamento do Estado para fora do seu papel prestador, acentuando-se a destituição dos direitos sociais, de forma que, no âmbito das políticas educacionais, está sendo propagada a lógica privada. Para combater esse retrocesso, o mencionado autor ressalta a necessidade de se reafirmar o direito à educação enquanto direito social e pontua que a educação de

⁶ Registra-se que a nossa Constituição pontua o direito à educação como um dever do Estado e da família, a ser promovido e incentivado com a colaboração da sociedade (art. 205, CF), o que deixa clara a visão de que deve haver uma articulação de todos os envolvidos para que se concretize esse direito, assim como pontuamos.

qualidade não pode ser para poucos ou regulada pelo mercado; para isso, importante ressaltar o papel do PNE como epicentro das políticas educacionais de planejamento, organização, gestão, financiamento e avaliação da educação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, acredita-se que, embora o Brasil tenha um texto constitucional assegurando o direito à educação, elevando-o ao caráter de direito social fundamental, cuja efetivação necessita de atuação positiva estatal de forma cooperativa entre todos os entes federativos e alicerçada pela legislação infraconstitucional, o que se verifica é que o Poder Público não tem atuado diligentemente para a concretização desse direito, tendo sido evidenciada uma dificuldade em se avançar.

Ou seja, aparentemente, embora o texto constitucional tenha criado um federalismo tripartite com o intuito de atingir as divergências sociais “mais de perto”, na prática, o Poder Público tem preterido a necessidade de elaborar medidas públicas efetivas para a garantia do exercício do direito à educação básica de qualidade, já que o texto constitucional previa, há mais de 30 anos, a regulamentação dessa cooperação e, até hoje, nada foi feito a respeito.

Contudo, acredita-se também que a questão do federalismo brasileiro não pode ser tratada como o núcleo do problema da (in)efetividade do direito à educação, uma vez que, embora seja possível demonstrar que não são raros os exemplos de situações que podem demonstrar problemas no modelo singular brasileiro, essa não é a raiz do problema, mas apenas uma parcela de toda a questão complexa que envolve a dificuldade de implementar efetivamente o direito à educação. Isto é, acredita-se que, embora, de fato, tenhamos um federalismo *sui generis* que escancara alguns

problemas provenientes dessa singularidade, não é esse o fator primordial para a inefetividade do direito à educação.

Diante disso, acredita-se que a análise do problema exposto tem como conclusão o fato de que o Poder Público, desde a promulgação da Constituição de 1988, tem sido insuficiente na tarefa de garantir educação básica universal de qualidade. Além disso, acredita-se que as políticas públicas implementadas pelo atual governo representaram retrocessos no campo da educação. Por fim, acredita-se também que a singularidade do federalismo brasileiro não é determinante, mas sua falta de normatização impacta na concretização do direito à educação, sendo urgente a devida normatização pelos atores políticos responsáveis.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, F. L. Federalismo e políticas públicas: o impacto das relações intergovernamentais no Brasil. *In: OLIVEIRA, R. P. de; SANTANA, W. (Org.). Educação e federalismo no Brasil: combater as desigualdades, garantir a diversidade*. Brasília: Unesco, 2010. v. 1, p. 39-70.

ARAÚJO, G. C. Federalismo cooperativo e educação no Brasil: 30 anos de omissões e ambivalências. *Educação e Sociedade*, v. 93, n. 145, out./dez. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/es/a/VD5yTPBvV3Hbp9n9STMzKYP/?lang=pt>. Acesso em: 1º fev. 2022.

BARACHO, J. A. O. Descentralização do poder: federação e município. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 22, n. 85, jan./mar. 1985. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496817>. Acesso em: 10 mar. 2022.

BARACHO, J. A. O. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BARBALHO, A.; BARROS, J. M.; CALABRE, L. (Org.). *Federalismo e políticas culturais no Brasil*. Salvador: Edufba, 2013.

BRITO, V. L. F. A.; BRAGA, D. S. Recursos para a educação e limites do ajuste fiscal. *Educação em Revista*, v. 32, n. 3, jul./set. 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/edur/a/QKCjwc4GCjhd-Tyqfp8DgWYc/?lang=pt>. Acesso em: 1º ago. 2022.

CLARK, G. *O município em face do direito econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CURY, C. R. J. A. Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, n. 116, p. 245-262, jun. 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/x6g8nsW-J4MSk6K58885J3jd/?lang=pt>. Acesso em: 10 jul. 2022.

CURY, C. R. J. Estado e políticas de financiamento da educação. *Educação e Sociedade*, Campinas, v. 28, n. 100, p. 831-855, out. 2007.

DOLHNIKOFF, M. *O pacto imperial: origens do federalismo no Brasil*. São Paulo: Editora Globo, 2005.

DOURADO, L. F. Sistema Nacional de Educação, Federalismo e os obstáculos ao Direito à Educação Básica. *Educação Social*, Campinas, v. 34, n. 124, p. 761-785, jul./set. 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/es/a/rGDSjRsQYMwH9WZC8NCYjrL/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 18 jul. 2022.

FILHO, F. H. C.; RIBEIRO, S. F. Federalismo brasileiro: significados para a cultura. In: BARBALHO, A.; BARROS, J. M.; CALABRE, L. (Org.). *Federalismo e políticas culturais no Brasil*. Salvador: Edufba, 2013.

LEITE, C. K. S.; FONSECA, F. Federalismo e políticas públicas sociais no Brasil: impasses da descentralização pós-1988. *Revista O e S*, Salvador, v. 18, n. 56, p. 99-117, jan./mar. 2011.

MACHADO, J. A. Federalismo, poder de veto e coordenação de políticas sociais no Brasil pós-1988. *Revista O e S*, Salvador, v. 21, n. 69, p. 335-350, abr./jun. 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/osoc/a/QjKf69Rjyp8pwm4v5HZCMGc/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 1º fev. 2022.

MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.

NEVES, D. T.; DI GIORGI, C. A. G. De quem é a responsabilidade? Uma análise das perspectivas para a lei de responsabilidade educacional prevista no Plano Nacional de Educação. *Ensaio: Avaliação de Políticas Públicas Educacionais*, v. 30, n. 114, jan./mar. 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ensaio/a/zxyb-6vpmzMyqf9CnsywpKFt/?lang=pt>. Acesso em: 1º ago. 2022.

OLIVEIRA, D. A. Nova gestão pública e governos democrático-populares: contradições entre a busca da eficiência e a ampliação do direito à educação. *Educação e sociedade*, v. 36, p. 625-646, 2015.

PINTO, J. M. R. P. Federalismo, descentralização e planejamento da educação: desafios aos municípios. *Cadernos de Pesquisa*, v. 44, n. 153, p. 624, jul./set. 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/ftsTfkZhGs5KD8WQK3rcCHR/?lang=pt>. Acesso em: 1º ago. 2022.

ROBERTSON, S. L. As implicações em justiça social da privatização nos modelos de governa na educação: um relato relacional. *Educação e Sociedade*, v. 3, n. 124, set. 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/es/a/rPffcpnPjPNpJMV7jqj9dNJ/?lang=pt>. Acesso em: 1º ago. 2022.

SANTOS, A. M. S. P. Federalismo no Brasil: uma abordagem da perspectiva dos Municípios. *Revista Direito da Cidade*, v. 3, n. 1, p. 95-123. Acesso em: 11 mar. 2022.

SANTOS, H. P.; PACHECO, R. M. (Org.). *Brasil: que educação, para que país?* Belo Horizonte: Mazza Edições, 2015.

SILVEIRA, A. A. D. A exigibilidade do direito à educação básica pelo Sistema de Justiça: uma análise da produção brasileira do conhecimento. *RBPAAE*, Porto Alegre, v. 24, n. 3, p. 537-555, set./out. 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/es/a/XvqBzgdPyJRdkZHW-4dKRFd/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 16 jul. 2022.

SIQUEIRA, R. M. A política educacional e o discurso neoconservador: o que há de novo na velha agenda de mercado? In: DOURADO, L. F. (Org.). *PNE, políticas e gestão da educação: novas formas de organização e privatização*. Brasília: Anpae, 2020. Disponível em: <https://www.seminariosregionaisanpae.net.br/BibliotecaVirtual/10-Livros/PNE-politicas-e-gestao-novas-formas-de-organizacao-e-privatizacao.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2022.

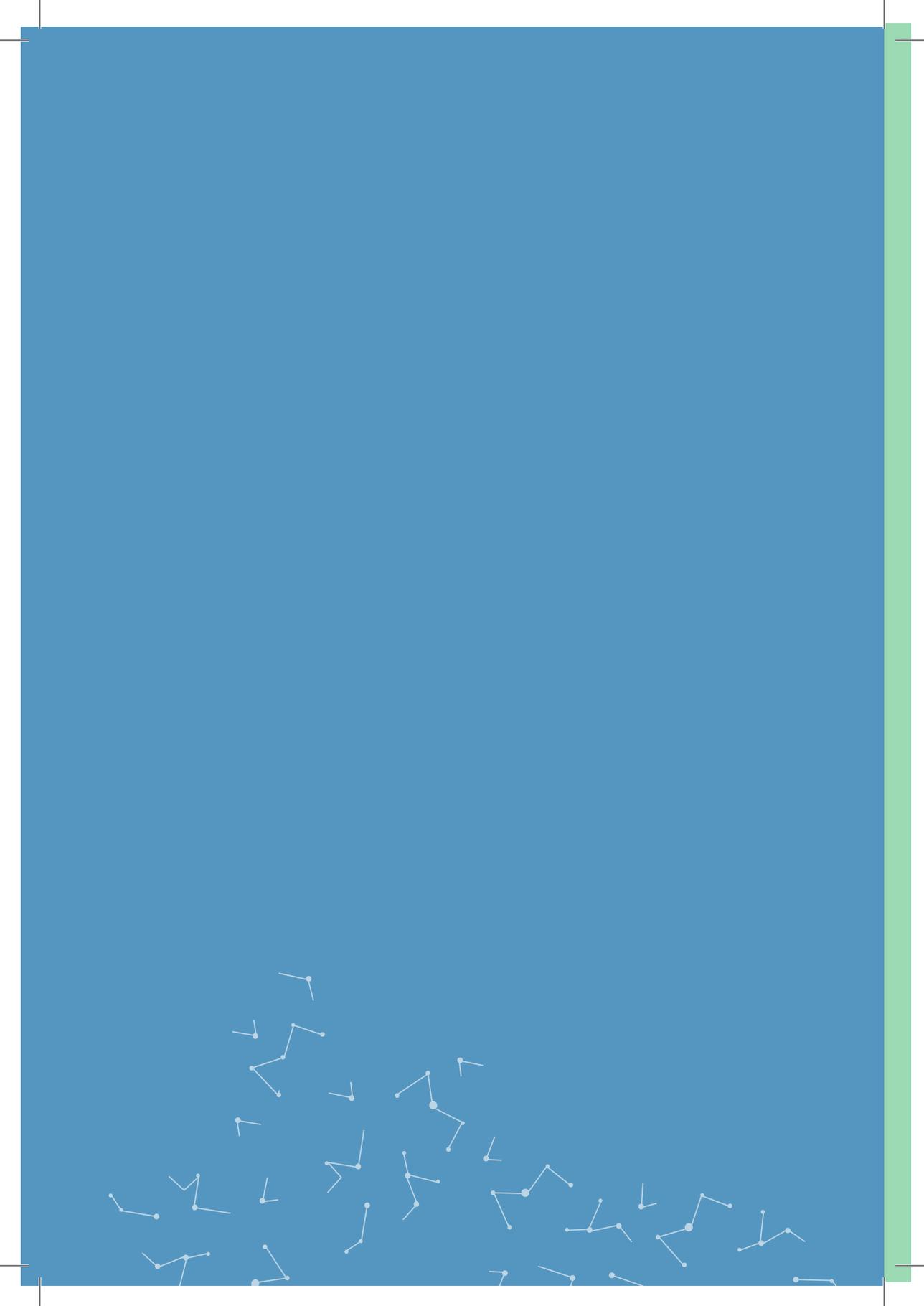
SOUZA, C. Federalismo e descentralização na Constituição de 1988: processo decisório, conflitos e alianças. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 44, n. 3, p. 513-560, 2001.

TAVARES, T. M. Gestão municipal da educação, organização do sistema nacional e regime de colaboração: algumas questões. *Educar*, Curitiba, v. 22, p. 241-256, dez. 2003. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/er/a/wvjJC6DPF53TP6Wfn8rJDtq/?lang=pt>. Acesso em: 1º ago. 2022.

TORRES, J. C. O. *A formação do federalismo no Brasil*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2017.

...



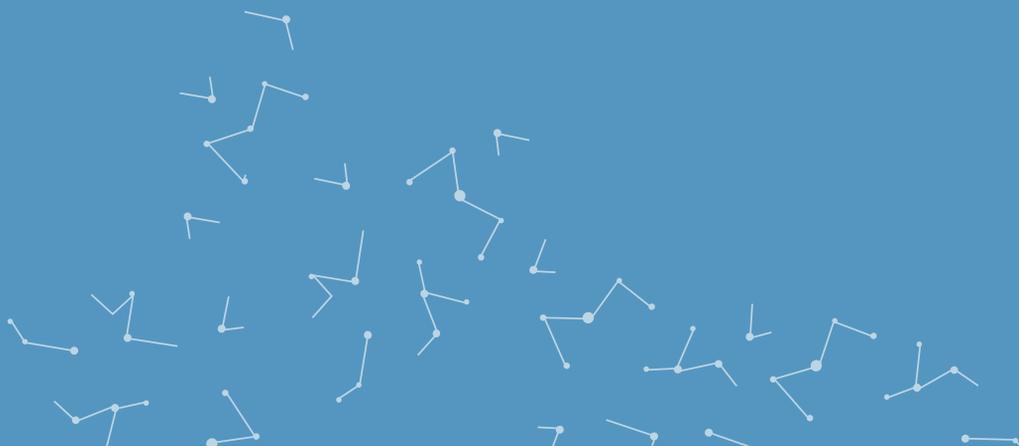


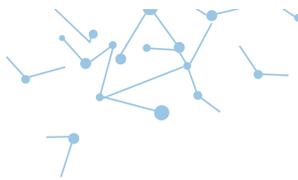


**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E NOVAS
POSSIBILIDADES JURÍDICAS**

***JUDICIALIZATION OF HEALTH AND
NEW LEGAL POSSIBILITIES***







JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E NOVAS POSSIBILIDADES JURÍDICAS

JUDICIALIZATION OF HEALTH AND NEW LEGAL POSSIBILITIES

Clenio Jair Schulze¹

RESUMO

O presente texto pretende indicar medidas para aliviar a tensão gerada da análise dos processos judiciais sobre saúde, bem como permitir que o(a) julgador(a) esteja mais seguro(a) no momento da prolação da sua decisão. Analisam-se, assim, aspectos destacados que impactam a judicialização da saúde, tais como *fast track* na Avaliação de Tecnologias em Saúde – ATS, a renovação da prescrição médica e a migração de tecnologias no processo judicial; algumas propostas de custo-efetividade em saúde, aspectos da nota técnica e do laudo pericial, análise de evidências em saúde, consequencialismo, resultados em saúde e saúde baseada em valor. Propõe-se, ao final, normas para combater a judicialização da saúde predatória e também o tratamento adequado para as demandas em saúde.

Palavras-chave: Judicialização da saúde. Decisão judicial.

¹ Doutor e Mestre em Ciência Jurídica (Universidade do Vale do Itajaí - Univali). Autor do livro *Judicialização da saúde no século XXI* (2018). Coautor do livro *Direito à saúde* (2. ed., 2019). Juiz federal em SC.

ABSTRACT

The present text intends to indicate measures to alleviate the tension generated by the analysis of judicial proceedings on health, as well as to allow the judge to be more confident when issuing his decision. Thus, highlighted aspects that impact the judicialization of health are analysed, such as the fast track in the Health Technology Assessment – HTA, the renewal of medical prescriptions and the migration of technologies in the judicial process; some cost-effectiveness proposals in health, aspects of the technical note and expert report, analysis of health evidence, consequentialism, health outcomes and value-based health. At the end, norms are proposed to combat the predatory judicialization of health and also the appropriate treatment for health demands.

Keywords: Judicialization of health. Judicial decision.

1 INTRODUÇÃO

A judicialização da saúde é causa de preocupação da magistratura brasileira, tendo em vista a tecnicidade exigida para o julgamento dos processos.

Com efeito, a discussão levada ao processo judicial não trata geralmente apenas de questão jurídica, mas de tema afeto às ciências da saúde, como medicina, farmácia, entre outras.

Assim, a obtenção de informações sobre as ciências da saúde é indispensável para a qualificação dos processos judiciais.

Nesse sentido, o presente texto pretende indicar medidas para aliviar a tensão gerada da análise dos processos judiciais, bem como permitir que o(a) julgador(a) esteja mais seguro(a) no momento da prolação da sua decisão.

Analisam-se, assim, aspectos destacados que impactam a judicialização da saúde, tais como *fast track* na Avaliação de Tecnologias em Saúde – ATS, a renovação da prescrição médica e a migração de tecnologias no processo judicial, algumas propostas de custo-efetividade em saúde, aspectos da nota técnica e do laudo pericial, análise de evidências em saúde no processo judicial, consequencialismo, resultados em saúde e saúde baseada em valor. Propõe-se, ao final, normas para combater a judicialização da saúde predatória e também o tratamento adequado para as demandas em saúde.

2 FAST TRACK NA AVALIAÇÃO DE TECNOLOGIAS EM SAÚDE – ATS

A Anvisa criou um sistema rápido de registro de novas tecnologias em saúde, nos termos da Resolução da Diretoria Colegiada RDC nº 204, de 27 de dezembro de 2017 (SCHULZE, 2022).

A consequência disso é a redução significativa da judicialização de produtos em saúde sem o registro na aludida autarquia federal.

Contudo, após o registro e a precificação na Câmara de Medicamentos – CMED, geralmente há muita demora na avaliação da tecnologia para incorporação no rol do SUS ou no rol da ANS.

A ausência de manifestação rápida no âmbito da agência de ATS implica o aumento significativo da judicialização da saúde.

Assim, seria importante a criação de um sistema *fast track* pelas agências de ATS (Conitec e ANS) para permitir que o ciclo de avaliação seja menos lento.

Essa análise, ainda que provisória, poderia ser realizada em prazo razoável (60 ou 90 dias, por exemplo, após o registro na Anvisa ou precificação na CMED) e teria como base as evidências

então existentes. Isso permitiria informação mínima imediata à população e também ao Judiciário.

Trata-se de tema importante que merece a reflexão da sociedade brasileira, principalmente porque tem por finalidade qualificar a avaliação de tecnologias e reduzir a judicialização da saúde.

3 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E RENOVAÇÃO DA PRESCRIÇÃO MÉDICA

Após a concessão judicial da tutela de urgência ou liminar para fornecimento de tecnologia em saúde, é importante definir a periodicidade da renovação da prescrição e relatórios médicos que justificam a manutenção do tratamento.

O Comitê de Saúde do Conselho Nacional de Justiça, em Santa Catarina, aprovou enunciado sugerindo que a renovação seja realizada nos termos da legislação ou a cada seis meses, nos seguintes termos:

Enunciado 26 - Em caso de deferimento de liminar ou antecipação da tutela, e para receber os medicamentos e demais produtos deferidos judicialmente, a parte autora deverá comprovar administrativamente ao ente que cumpre a decisão judicial a necessidade de manutenção do tratamento através da apresentação de prescrições médicas atualizadas na periodicidade que determina a legislação sanitária, ou na falta desta, minimamente a cada 6 (seis) meses para tratamentos contínuos.

Outro ponto mencionado no enunciado é que a documentação deve ser apresentada na via administrativa, e não no processo judicial. A consequência prática dessa providência é que caberá ao ente demandado (do SUS ou operadora de plano de saúde) informar ao juízo do processo o não cumprimento da medida pela parte autora.

Trata-se, portanto, de sugestão para controle e acompanhamento das partes integrantes do processo judicial em saúde.

4 MIGRAÇÃO DE TECNOLOGIAS NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Muitas tecnologias em saúde judicializadas ainda não estão incorporadas no rol do SUS ou rol da ANS.²

Assim, é importante avaliar as providências a adotar no processo judicial quando, após o ajuizamento da ação, ocorre a superveniente incorporação do medicamento ou produto.

A primeira providência por parte do magistrado é determinar a migração do paciente do processo judicial para a via administrativa. Nesse sentido é o conteúdo Enunciado do Comitê de Saúde do Conselho Nacional de Justiça em Santa Catarina:

Enunciado 23 - Recomenda-se aos magistrados consignarem no dispositivo da sentença e demais atos decisórios a necessidade de migração dos pacientes da via judicial para a via administrativa nas hipóteses de posterior incorporação do tratamento no SUS para a patologia informada nos autos (BRASIL, 2022a).

Além disso, o juiz também pode suspender ou até mesmo extinguir o processo, tendo em vista que não há mais interesse processual. Nesse sentido é o teor de outro enunciado:

Enunciado 22 - Diante da superveniente incorporação do tratamento judicializado, recomenda-se ao magistrado intimar a parte autora para buscar o atendimento na via administrativa, avaliando,

² A estatística do e-Natjus nacional do CNJ indica que 70% das notas técnicas emitidas se referem a tecnologias não incorporadas no SUS (pesquisa até 31/3/2022) (BRASIL, 2022b).

sempre que possível, a possibilidade de suspensão ou extinção do processo judicial (BRASIL, 2022a).

O raciocínio se aplica para a saúde pública e para a saúde suplementar, ou seja, tanto para o rol do SUS quanto para o rol da ANS.

As medidas aqui mencionadas são importantes para desjudicializar o tema e permitir que as pessoas participem mais ativamente da farmacovigilância em saúde.

5 CUSTO-EFETIVIDADE EM SAÚDE: ALGUMAS PROPOSTAS

O custo-efetividade é um tema importante para o direito à saúde, principalmente porque consiste em requisito para a incorporação de novas tecnologias no rol do SUS (artigo 19-O da Lei 8.080/90) e no rol da ANS (art. 10, § 5º, da Lei 9.656/98).

Contudo, não há uma definição clara sobre a forma de aplicação do custo-efetividade na avaliação de tecnologias em saúde, razão pela qual é necessário ponderar se é possível a sua análise combinada com outros fatores.

Nesse sentido, é oportuno mencionar que a Conitec – Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias publicou relatório resumido de evento que discutiu o tema. No aludido documento, foram apresentadas várias propostas de posicionamento, tais como:

É importante que as avaliações de incorporação de tecnologias na Conitec adotem um parâmetro de referência de custo-efetividade em suas discussões. Todavia, o custo-efetividade não deve ser um parâmetro isolado de demais fatores envolvidos na discussão.

No cenário de avaliação da custo-efetividade de uma tecnologia pela Conitec, é importante con-

siderar o QALY como principal desfecho. Apesar disso, os envolvidos na tomada de decisão não devem limitar suas discussões ao QALY.

Em situações devidamente justificadas, onde os ganhos em QALY sejam inerentemente limitados pelo contexto clínico, é importante considerar outros desfechos clinicamente relevantes além do QALY.

A definição de um valor de referência de custo-efetividade deve se pautar preferencialmente na abordagem metodológica da eficiência do sistema de saúde (custo de oportunidade) e na abordagem da fronteira de eficiência, quando aplicável. Todavia, sempre que possível, deve haver espaço para a discussão pautada em outras abordagens.

A critério do julgamento da Conitec, seriam contextos passíveis de limiares alternativos de custo-efetividade por promoverem a inovação e equidade em saúde para o SUS:

- doença rara com reduções importantes de sobrevivência ajustada pela qualidade;
- doença endêmica em populações de baixa renda com poucas alternativas terapêuticas disponíveis;
- doença acometendo crianças e implicando reduções importantes de sobrevivência ajustada pela qualidade; e
- doença acometendo indivíduos no final da expectativa de vida.

Na hipótese de limiares alternativos, tendo definido um valor de referência para o custo-efetividade, é possível pautar a discussão em uma escala acima do limiar de referência, contudo, sem um teto previamente estabelecido (BRASIL, 2021).

Como se observa, tais parâmetros podem e devem influenciar as decisões proferidas na via administrativa, quanto à incorporação de novas tecnologias. Mas seus efeitos vão além, pois permitem que o Poder Judiciário também considere as propostas de posicionamento citadas como critérios das decisões judiciais que envolvam a discussão sobre fornecimento de tecnologia não incorporada no rol do SUS ou no rol da ANS.

6 NOTA TÉCNICA E LAUDO PERICIAL NOS PROCESSOS SOBRE SAÚDE

Nos processos judiciais que envolvem temas da saúde existem provas que são importantes e merecem análise.

A magistratura brasileira possui dois relevantes instrumentos para a produção de prova: a nota técnica e o laudo pericial. Cabe destacar as diferenças entre os dois mecanismos.

Características da nota técnica:

- é produzida pelo NatJus – Núcleo de Apoio Técnico (Resolução 388 do CNJ);
- somente o juiz pode solicitar;
- não há intimação prévia das partes para apresentação de quesitos;
- geralmente é solicitada e apresentada no início do processo (para tutela de urgência);
- geralmente dispensa a produção de prova pericial;
- geralmente envolve questões sobre evidências em produtos e tecnologias em saúde;
- guarda similitude com a prova técnica simplificada (artigo 464, §§ 1º a 3º, do Código de Processo Civil).

Características do laudo pericial:

- é produzido por perito nomeado pelo magistrado responsável pelo processo;
- as partes podem apresentar rol de quesitos;
- geralmente é produzido no curso do processo, após a apresentação da resposta;
- geralmente é necessário em ações sobre erro médico e erro de diagnóstico;

- é permitida a nomeação de assistente técnico pelas partes do processo;

- está submetido ao regramento dos arts. 464 a 480 do Código de Processo Civil.

A manifestação do NatJus e a prova pericial são atos processuais distintos, com características próprias. Geralmente um dispensa o uso do outro, pois são autossuficientes.

7 EVIDÊNCIAS EM SAÚDE E O PROCESSO JUDICIAL

Muitas vezes, as discussões veiculadas nos processos judiciais em saúde são relativas a questões teórico-jurídicas.

Contudo, um aspecto indispensável na judicialização de tecnologias em saúde é a análise das evidências científicas, pois somente é possível uma decisão de procedência quando existirem sérias e confiáveis indicações de acurácia, eficácia, segurança e custo-efetividade do tratamento buscado.

Nesse sentido, é interessante observar que aproximadamente metade das notas técnicas emitidas pelo NatJus nacional do Conselho Nacional de Justiça – CNJ opina pela não concessão do tratamento diante da ausência de evidências científicas.

Na pesquisa, foram analisadas 17.081 notas técnicas emitidas até 31 de março de 2022, das quais 54,1% foram favoráveis (com evidência científica) e 45,9% desfavoráveis (sem evidência científica) (BRASIL, 2022b).

Tal resultado é importante porque: (a) grande parte (quase a metade) dos pedidos dos processos não possui evidência em saúde (sem plausibilidade) e; (b) indica que o principal aspecto a ser abordado no processo judicial é a prova atinente a evidências, e não a discussões sobre questões jurídicas, que são secundárias e menos relevantes.

Ou seja, muitas vezes, o ponto central não diz respeito à validade do rol do SUS ou do rol da ANS, mas à questão clínica judicializada.

Tal aspecto merece mais considerações dos atores que atuam no processo judicial e também dos gestores em saúde, a fim de qualificar os debates sobre a adequada concretização do Direito à Saúde.

8 DECISÕES EM SAÚDE E CONSEQUENCIALISMO

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB estabeleceu que as consequências também devem ser observadas como parâmetro decisório, seja na via administrativa ou na via judicial.

É o que dispõem os artigos 20 (consequências práticas)³ e 21 (consequências jurídicas e administrativas)⁴ do Decreto-Lei 4.657/1942 (alterado pela Lei 13.655/2018).

Nesse sentido, é importante fixar um guia prático para que os atos administrativos e os atos judiciais observem as consequências da decisão.⁵

³ “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

⁴ “Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas”.

⁵ Alguns critérios para controle da consequência: “consequencialismo moderado (dado que não apenas as consequências da decisão devem ser levadas em conta), concreto (eis que enfoca as consequências concretas da decisão, não apenas as desejadas), maximizante (dado que pretende avaliar as consequências como melhores ou piores que as alternativas, não apenas como satisfatórias ou insatisfatórias), agregado (já que considera o total das consequências da decisão, o saldo das consequências positivas e negativas, não só suas parcelas), não igualitário (já que os impactos devem ser considerados ponderando os grupos sociais sobre os quais incidem, sobretudo os mais vulneráveis, não de modo uniforme) e avesso a perdas (consequências que impõem prejuízos aos administrados devem ser consideradas mais negativas do que aquelas que impõem a não obtenção de um benefício equivalente).” (VITORELLI, 2020, p. 91-92).

Vitorelli sugere os seguintes parâmetros:

- 1) microconsequências: relativas às pessoas imediatamente destinatárias da decisão;
- 2) macroconsequências: relativas ao grupo social que será impactado pela adoção da medida, sem ser dela destinatário. Isso inclui as pessoas que são excluídas da política pública e aquelas que arcam com os custos da sua implementação;
- 3) distribuição temporal: consequências de curto, médio e longo prazo, na medida em que forem previsíveis, ou seja, que, 'no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos', como pontuou o art. 3º, § 2º, do Decreto no 9.830/2019;
- 4) maximização do bem-estar à luz das alternativas: maneira pela qual o ato promove o bem-estar do grupo social e dos indivíduos afetados, em comparação com outros atos que poderiam ser praticados;
- 5) representatividade: em que medida aquele ato é desejado pelo grupo social por ele afetado;
- 6) distribuição social: repartição das consequências sobre os grupos sociais afetados pela decisão, com especial atenção para os grupos vulneráveis;
- 7) economicidade: ponderação acerca das consequências econômicas da adoção ou não adoção da decisão, em face das alternativas disponíveis e dos direitos materiais (sobretudo, aqueles que têm *status* constitucional) do grupo social afetado pelo ato, bem como do orçamento disponível para aplicação (VITORELLI, 2020, p. 93-94).

Ou seja, toda decisão na área da saúde, principalmente no âmbito da gestão, deve observar os aludidos pressupostos. E, na via judicial, o magistrado precisa avaliar se o ato contempla as hipóteses de consequências mencionadas.

Interessante observar que, no âmbito sanitário, há, muitas vezes, a colisão entre os interesses da coletividade ou de minorias (todas as pessoas com doenças raras, por exemplo) e de sujeitos

determinados (autores dos processos judiciais individuais), cabendo a seguinte reflexão:

Por exemplo, políticas públicas podem ser muito importantes, mas muito caras, como é o caso do fornecimento de medicamentos de alto custo não incorporados ao SUS, com base apenas no direito (abstrato) à saúde. Ou podem ser importantes para grupos minoritários, mas indesejáveis pela maioria, como é o caso da implementação de políticas de ação afirmativa não previstas em lei, mas baseadas no valor (abstrato) da igualdade material. Quer dizer, há uma contradição de consequências. Nesses casos, a tarefa do administrador será motivar, expressamente, por quais fundamentos as consequências positivas prevalecem sobre as negativas. Se o resultado líquido da política e da decisão for positivo, isto é, se ela gerar mais bem-estar do que mal-estar, quando considerados o conjunto dos atingidos e a distribuição das consequências, ela deve ser realizada. Se o resultado final for negativo, será vedada. É claro que não existe um medidor objetivo para esse tipo de peso. Ele deverá ser demonstrado tecnicamente, em cada caso, de acordo com as peculiaridades das políticas públicas a serem desenvolvidas (VITORELLI, 2020, p. 97).

Por isso que as decisões judiciais relativas a processos individuais em saúde (medicamentos e outras tecnologias em saúde) não podem desconsiderar as consequências no plano coletivo (macroconsequências) e focar apenas no caso individualizado. Isto é importante porque a judicialização da saúde, não obstante a tutela das pessoas, também se tornou um grande nicho de negócio para vários setores (laboratórios, médicos, advogados, entre outros).

De outro lado, as consequências não podem ser aplicadas de modo absoluto. A interpretação não pode levar a resultados extremos: “um médico poderia matar um paciente saudável para salvar as vidas de cinco pessoas que precisassem de transplantes?” (VITORELLI, 2020, p. 99).

Portanto, as consequências decisórias configuram importante parâmetro para o gestor e o julgador e não podem ser desconsideradas, sob pena de violação às normas da LINDB.⁶

9 RESULTADOS NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A judicialização da saúde é um importante instrumento para o exercício de direitos constitucionais.

O pleito judicial sempre tem uma finalidade: o fornecimento de um medicamento; a realização de uma cirurgia; uma internação, entre outras medidas.

Questão interessante reside em saber qual é o resultado da medida obtida na via judicial. Ou seja, concedida a liminar ou julgado procedente o pedido e após o cumprimento da decisão: qual foi o desfecho do uso do medicamento, do procedimento cirúrgico ou da internação?

Sobre o tema, Porter e Teisberg alertam que: “Os resultados consistem nas consequências para os pacientes, ajustadas a risco, e o custo do tratamento, ambos medidos por todo o ciclo de atendimento” (PORTER; TEISBERG, 2007, p. 117).

Além disso, existe “uma crescente conscientização de que o verdadeiro progresso só pode ocorrer para os pacientes, se mensurarmos os resultados e criarmos uma competição no nível onde o valor é de fato entregue” (PORTER; TEISBERG, 2007, p. 29).

⁶ Interessante observar que eventual ato ilegal pode ser mantido se a consequência for mais positiva do que negativa: “dependendo das circunstâncias do caso, poderão e deverão considerar lícitas condutas que, apesar de ilegais, geram consequências cujos benefícios se sobrepõem ao cumprimento da norma, sobretudo, como também afirma o art. 20 da LINDB, em seu parágrafo único, ‘em face das possíveis alternativas’. Dito de outro modo, se as alternativas disponíveis para o administrador, na situação específica, teriam potencial para gerar consequências piores do que as verificadas, o ato deve ser considerado de acordo com o ordenamento jurídico, ainda que contrário a um texto legal. As consequências, reitere-se, passaram a integrar a avaliação de juridicidade dos atos administrativos.” (VITORELLI, 2020, p. 105).

A presente reflexão é trazida para alertar a sociedade para a importância do acompanhamento dos resultados das decisões judiciais, principalmente quando há procedência do pedido veiculado no processo.

Com efeito, é necessário que os tribunais e as partes que integram a relação processual investiguem se houve utilidade da intervenção judicial, com a finalidade de saber se o medicamento, a cirurgia ou o procedimento trouxeram vantagens ao paciente. Caso contrário, tem-se a possibilidade de movimentação inútil da máquina judicial e do Sistema de Justiça, bem como oneração indevida do SUS ou da operadora de plano de saúde.

Trata-se, portanto, de tema a ser debatido com a finalidade de fomentar mais eficiência na concretização do direito à saúde.

10 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE BASEADA EM VALOR

As discussões sobre a forma de interpretar a assistência à saúde sempre foram importantes para a sociedade.

Tema em ascensão é a saúde baseada em valor, que consiste em prestigiar o resultado produzido com a intervenção sanitária.

Ou seja, a ideia de saúde baseada em valor permite maior controle no desfecho clínico (*outcome*), no produto entregue.

Tal proposta supera a ideia equivocada que considerava saúde como *commodity*.⁷

Por isso que a saúde baseada no valor foca no resultado, ou seja, naquilo que se pretende entregar. A métrica para mensurar

⁷ “O sistema está estruturado como se a assistência à saúde fosse um único negócio (linha de serviços), em vez de muitos negócios diferentes; como se os prestadores fossem todos equivalentes, os resultados fossem sempre os mesmos e todos os pacientes tivessem as mesmas preferências. O resultado final tem sido promover mais comoditização e perpetuar, em vez de eliminar, as dramáticas diferenças em qualidade e eficiência” (PORTER; TEISBERG, 2007, p. 55).

o sucesso é melhorar o valor. E isso somente pode ser considerado após a finalização do ciclo do atendimento: “que começa com a prevenção e continua até a recuperação e o gerenciamento da condição de saúde a longo prazo para limitar a recorrência” (PORTER; TEISBERG, 2007, p. 56).

Ao final, avalia-se o resultado obtido por unidade monetária despendida (valor = resultado/real aplicado).

No plano da judicialização da saúde, os resultados podem assim ser medidos (SCHULZE, 2020):

=> desfecho clínico (*outcome*) – se o processo judicial trouxe algum benefício ao seu autor;

=> a doença envolveu?

=> o quadro clínico melhorou?

=> há efeitos colaterais indesejáveis?

=> melhorou a qualidade de vida?

=> aumentou a expectativa de sobrevivência?

Outros aspectos sobre a tecnologia (produto ou medicamento) judicializada também devem ser considerados mais aprofundadamente, tais como: eficácia do tratamento – funciona?; efetividade – o quão bom?; eficiência – qual custo? equidade – para quantos?

Como se observa, a judicialização da saúde baseada em valor exige uma nova conduta dos agentes do sistema de Justiça e também dos gestores em saúde (pública e suplementar), de modo a permitir maior qualidade do serviço prestado com mais concretização da respectiva legislação (Constituição e leis infraconstitucionais – principalmente a Lei 8.080/90 e a Lei 9.656/98).

11 PANDEMIA E HORIZONTALIDADE DO DIREITO SANITÁRIO

Os direitos fundamentais podem ser aplicados na perspectiva horizontal, quando a relação jurídica reúne apenas particulares (sem a participação direta do Estado).

No direito sanitário também é possível falar-se em eficácia horizontal (externa ou contra terceiros), principalmente na pandemia da Covid-19, que trouxe uma série de deveres e obrigações para as pessoas.

Ou seja, há situações concretas que permitem a exigência de práticas de conduta, como o uso de máscara (nos termos do artigo 3º, inciso III-A, da Lei 13.979/2020) ou a vacinação obrigatória – não compulsória (conforme decidiu o STF na ADI 6.586, relatada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 17/12/2020).

No mesmo sentido é a posição de Bahia:

Mas, considerando o que se disse sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, se o risco é concreto, palpável, inegável, e há séria expectativa de ser encampado pela Administração Pública, surgiu para o particular a capacidade de efetivamente se antecipar ao prejuízo iminente (disseminação do coronavírus), e adotar de logo medidas contra outros particulares. Figuras jurídicas assemelhadas já existem no direito penal (legítima defesa) e no direito civil (atos de defesa ou desforço para a proteção da posse, ou a exceção do contrato não cumprido). No caso do condomínio edilício, as medidas adotadas coletivamente terão de se valer da previsão geral de que 'é dever do condômino não prejudicar a saúde dos demais' (art. 1.336, IV, do Código Civil brasileiro) (BAHIA, 2020, p. 264).

O controle da limitação do ato de particular poderá ser promovido pelo Poder Judiciário (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da

República Federativa do Brasil). E o parâmetro de análise pode ser assim delineado:

Fará uso o particular, assim, da ponderação, colocando o direito que pretende assegurar (saúde em ambiente de vizinhança) diante do direito de terceiro, com ele conflitante. Avaliar-se-á se o meio escolhido é adequado e necessário, para então buscar saber se o grau de importância supera do grau de prejuízo do direito de terceiro violado. Arrisca-se o particular a uma apreciação posterior desvantajosa por parte do Poder Judiciário, mas terá agido de plenamente lícito em caso contrário (BAHIA, 2020, p. 264).

Portanto, diante da situação de calamidade deflagrada pela Covid-19, os particulares também estão legitimados a adotar medidas contra terceiros tendentes a minimizar os efeitos da pandemia.

E isso está assegurado em razão do arcabouço normativo que caracteriza o direito sanitário, especialmente o artigo 196 (e seguintes) da Constituição da República Federativa do Brasil.

12 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PREDATÓRIA

O tema da judicialização predatória é indispensável para a sociedade, principalmente porque o acesso à Justiça não pode ser utilizado indevidamente com a finalidade de prejudicar pessoas ou instituições.

Por isso que o Conselho Nacional de Justiça – CNJ publicou Recomendação para orientar os magistrados do Brasil diante da ocorrência da judicialização predatória, entendida como “o ajuizamento em massa em território nacional de ações com pedido e causa de pedir semelhantes em face de uma pessoa ou de um grupo específico de pessoas, a fim de inibir a plena liberdade de expressão” (BRASIL, 2022c) (artigo 2º).

Não obstante o ato normativo seja voltado para situações em que há violação ao direito de liberdade de expressão, é interessante refletir sobre a relação entre o uso predatório da Justiça e a judicialização da saúde.

Algumas situações podem acontecer, tais como profissionais de saúde que são perseguidos ou hospitais acionados na via judicial de forma indevida. O inverso também pode ser verdadeiro.

Há ainda o outro lado, por exemplo, quando operadoras de plano de saúde não cumprem os contratos (ou o rol de procedimentos e serviços da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS) ou quando os entes públicos não entregam o que prometeram (rol do SUS).

Ficando demonstrada hipótese de judicialização predatória o CNJ recomenda “que os tribunais adotem, quanto ao tema, medidas destinadas, exemplificativamente, a agilizar a análise da ocorrência de prevenção processual, da necessidade de agrupamento de ações, bem como da eventual má-fe dos demandantes, a fim de que o demandado, autor da manifestação, possa efetivamente defender-se judicialmente” (BRASIL, 2022c) (artigo 2º).

O tema é importante e merece a reflexão dos profissionais que atuam na área do Direito à Saúde.

13 TRATAMENTO ADEQUADO DAS DEMANDAS EM SAÚDE

A judicialização da saúde é uma realidade em expansão no Brasil.

Assim, é importante pensar em mecanismos para evitar e também qualificar o processo.

Este texto propõe a criação de um sistema universal de resolução adequada de demandas em saúde, que se apresenta em 3 fases:

Fase 1 – Pré-processual: mediante criação de órgão ou câmara de resolução extrajudicial formado por pelos atores do Sistema de Justiça (OAB, Defensorias Públicas e Ministérios Públicos) e também agentes e gestores em saúde. A finalidade é criar um processo administrativo resolutivo, com o seguinte fluxo: pedido de tecnologia em saúde => análise técnica => instrução (se necessária) => decisão deferindo ou indeferindo. Nessa fase, não há participação do Judiciário.

Fase 2 – Judicial: diante do indeferimento do pedido na fase 1, inicia-se o processo judicial, mediante pedido expresso da parte interessada. O Judiciário faz o controle do ato administrativo e avalia o caso com assessoria técnica, como o NatJus. Aqui haverá um Juízo Universal – Justiça 5.0 – contemplada pela Justiça federal e pela Justiça estadual (mediante convênio entre os Tribunais, nos termos dos arts. 67 a 69 do Código de Processo Civil), evitando discussões sobre definição de competência.

Fase 3 – Pós-processual: em caso de procedência do pedido na fase 2, o processo vai para órgão ou câmara voltada para acompanhar a execução e o cumprimento da sentença. Aqui haverá controle do desfecho clínico, da utilidade do processo e também definição do ente público responsável pelo cumprimento com eventual ressarcimento, se for o caso. O Judiciário somente participa dessa fase excepcionalmente.

Tal modelo tem por finalidade: a) fomentar a resolução das demandas na via extrajudicial; b) ampliar o acesso à Justiça; c) trazer segurança jurídica; d) evitar conflitos de competência entre os segmentos do Judiciário; e) permitir o acompanhamento adequado dos casos; f) equilibrar a relação entre os entes responsáveis pela

gestão; g) preservar a sistemática de avaliação de tecnologias em saúde, entre outros aspectos.

14 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O texto demonstrou que é preciso construir um novo cenário da judicialização da saúde no Brasil.

Por isso, devem ser considerados aspectos que impactam na judicialização da saúde, tais como: a criação de um *fast track* na Avaliação de Tecnologias em Saúde – ATS, a renovação da prescrição médica e a migração de tecnologias no processo judicial; algumas propostas de custo-efetividade em saúde, aspectos da nota técnica e do laudo pericial, análise de evidências em saúde, consequencialismo, resultados em saúde e saúde baseada em valor.

Além disso, é preciso combater a judicialização da saúde predatória e também criar um tratamento adequado para as demandas em saúde, com destaque para o juízo universal da saúde.

REFERÊNCIAS

BAHIA, S. J. C. Pandemia, relações privadas e eficácia horizontal dos direitos fundamentais: o caso dos condomínios edilícios. *In*: BAHIA, S. J. C. (Org.). *Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus*. São Paulo: Editora Iasp, 2020.

BRASIL. Comitê de Saúde do Conselho Nacional de Justiça em Santa Catarina. Comesc. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/comite-estadual-de-saude-do-estado-de-santa-catarina>. Acesso em: 15 maio 2022a.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://paineisgestao.cnj.jus.br>. Acesso em: 31 mar. 2022b.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 127 de 15/02/2022. Recomenda aos tribunais a adoção de cautelas visando a coibir a judicialização predatória que possa acarretar o cerceamento de defesa e a limitação da liberdade de expressão. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4376>. Acesso em: 18 fev. 2022c.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 19 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. O uso de limiares de custo-efetividade nas decisões em saúde: proposta para as incorporações de tecnologias no sistema único de saúde. 2021. Disponível em: http://conitec.gov.br/images/biblioteca_virtual/20211202_relatorio_oficina_limiares.pdf. Acesso em: 4 jun. 2022.

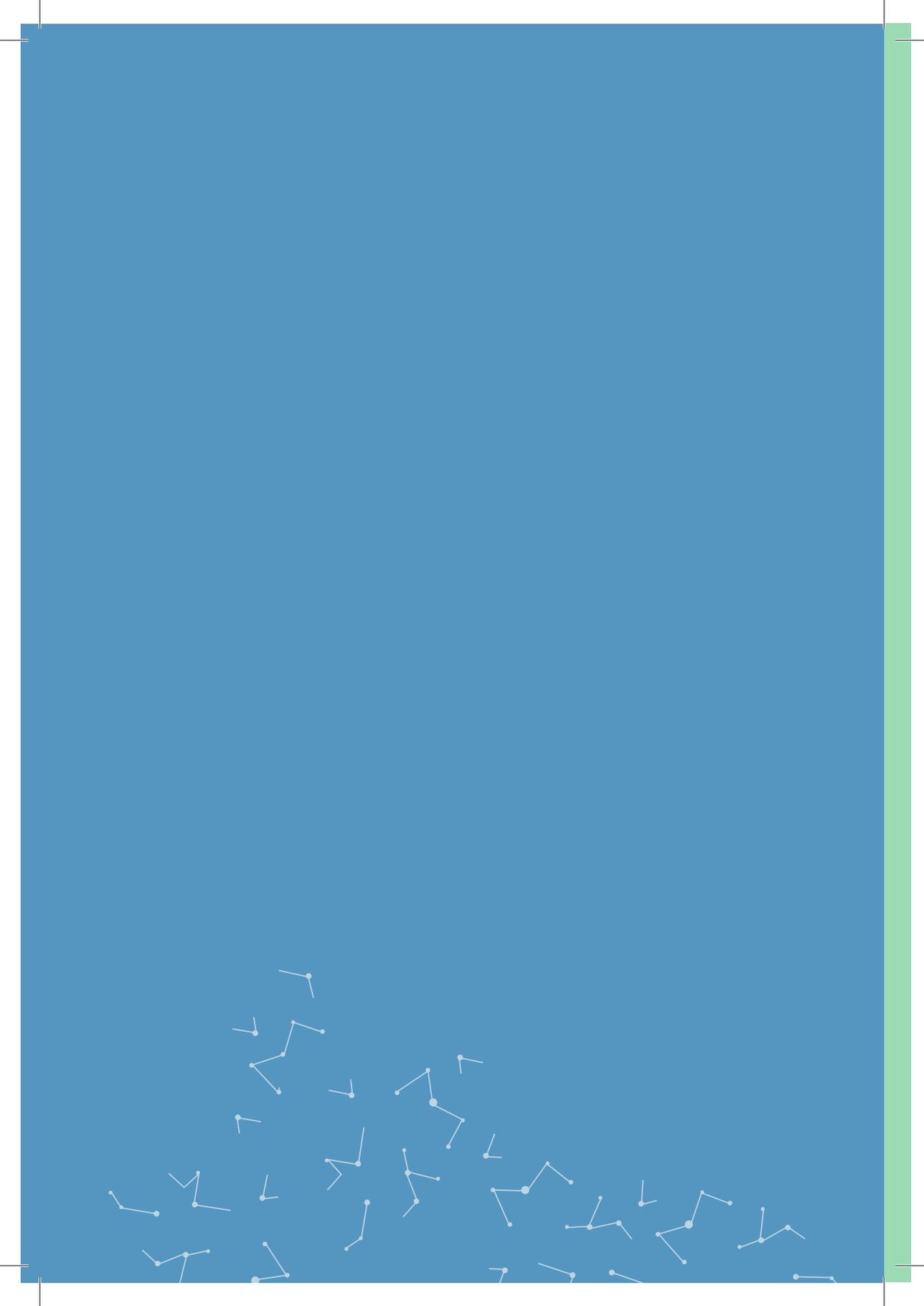
PORTER, M. E.; TEISBERG, E. O. *Repensando a saúde: estratégias para melhorar a qualidade e reduzir os custos*. Tradução de Cristina Bazan. Porto Alegre: Bookman, 2007.

SCHULZE, C. J. A nova fase da judicialização da saúde. *Revista Empório do Direito*. 24 ago. 2020. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/a-nova-fase-da-judicializacao-da-saude>. Acesso em: 30 jan. 2022.

SCHULZE, C. J. O novo registro de medicamentos na Anvisa. *Revista Empório do Direito*. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/o-novo-registro-de-medicamentos-na-anvisa>. Acesso em: 15 jul. 2022.

VITORELLI, E. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo. *Rev. Direito Adm.*, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 91-92, maio/ago. 2020.



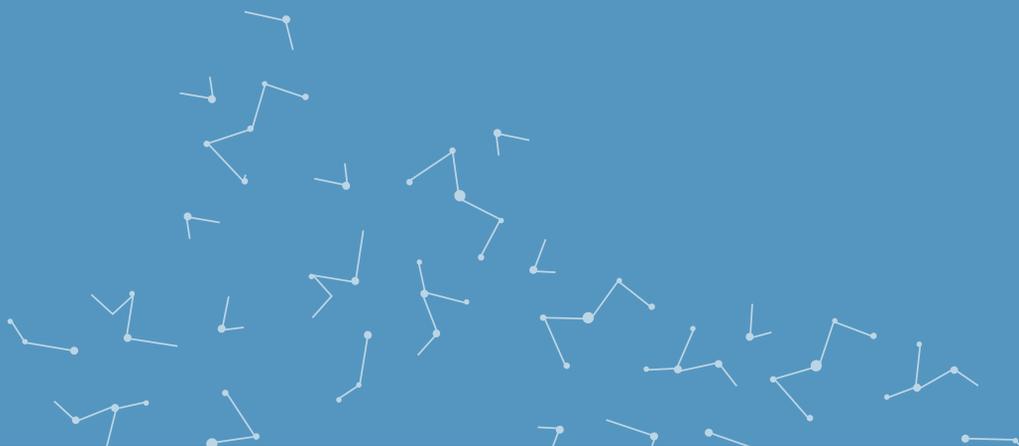


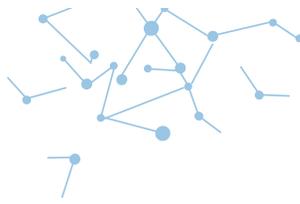
**LA PROTESTA SOCIAL EN COLOMBIA: un
derecho humano difícil de ejercer**

**SOCIAL PROTEST IN COLOMBIA: a
difficult human right to exercise**

**PROTESTO SOCIAL NA COLÔMBIA: um
direito humano difícil de exercício**







LA PROTESTA SOCIAL EN COLOMBIA: *un derecho humano difícil de ejercer*

SOCIAL PROTEST IN COLOMBIA: a *difficult human right to exercise*

PROTESTO SOCIAL NA COLÔMBIA: um direito humano difícil de exercício

David Mendieta¹

RESUMEN

En el año 2021 en Colombia se llevarán a cabo las protestas sociales más multitudinarias de su historia y el protagonismo jugado por los jóvenes fue determinante. El objetivo de este escrito es determinar ¿cuál ha sido el papel jugado por los tres poderes públicos a la hora de garantizar el derecho a la protesta social en Colombia? Con el uso de una metodología analítico-descriptiva se pudo concluir que mientras el poder judicial con la Corte Constitucional, la Corte Suprema

¹ Doctor en Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de tiempo completo de la Universidad de Medellín. Miembro del Grupo de Investigaciones Jurídicas de la misma institución. El presente escrito hizo parte de una ponencia presentada en el IV Congreso REDESS y una versión de este se encuentra publicada en las memorias del evento.

de Justicia y el Consejo de Estado con sus decisiones han buscado garantizar el derecho de reunión y movilización social, los poderes ejecutivo y legislativo y los órganos de control dan señales de ir en contravía de la salvaguarda de este derecho.

Palabras-clave: Poderes públicos. Movilización social. Jóvenes. Derechos humanos. Covid-19.

ABSTRACT

In the year 2021, in Colombia, the most massive social protests in its history will take place and the leading role played by young people was decisive. The objective of this paper is to determine what has been the role played by the three public powers when guaranteeing the right to social protest in Colombia. With the use of an analytical-descriptive methodology, it was possible to conclude that while the judiciary with the Constitutional Court, the Supreme Court of Justice and the Council of State with its decisions have sought to guarantee the right of assembly and social mobilization, the executive and The legislature and the control bodies show signs of going against the safeguarding of this right.

Keywords: Public authorities. Social mobilization. Youth. Human rights. Covid-19.

RESUMO

No ano de 2021, na Colômbia, aconteceram os protestos sociais mais massivos de sua história, e o protagonismo dos jovens foi decisivo. O objetivo deste artigo é determinar qual tem sido o papel desempenhado pelos três poderes públicos na garantia do direito ao protesto social na Colômbia. Com a utilização de uma metodologia analítico-descritiva, foi possível concluir que, enquanto o Judiciário

com o Tribunal Constitucional, o Supremo Tribunal de Justiça e o Conselho de Estado, com suas decisões, têm buscado garantir o direito de reunião e mobilização social, o Executivo e o legislativo e os órgãos de controle dão sinais de ir contra a garantia desse direito.

Palavras-chave: Poder público. Mobilização social. Juventude. Direitos humanos. Covid-19.

1 INTRODUCCIÓN

América Latina es realismo mágico. Llena de contradicciones, pero en la búsqueda de la utopía de la justicia social. Convulsionada desde hace un par de años y también desde hace 50 y 100. En el año 2019 hubo movimientos sociales que expresaron su inconformidad a través de grandes protestas en Perú, Ecuador, Chile y Colombia. Pero llegó la pandemia y lo cambió todo, para empeorar. Para algunos gobiernos como el colombiano fue su tabla de salvación, que le permitió confinar a las personas con la excusa del virus, mientras pasaba por alto los reclamos y necesidades del pueblo.

Mucho se ha escrito en los últimos años acerca de la crisis de la democracia (LEVITTSKY; ZIBLATT, 2016; MENDIETA, 2019) ¿Pero están las democracias latinoamericanas en crisis? o ¿lo que hay en América Latina son plutocracias disimuladas, herencias de nuestro pasado colonial? Tenemos gobernantes elegidos democráticamente, pero no actúan para satisfacer las necesidades del pueblo sino de los grupos económicos, siendo nuestra región una de las más desiguales del mundo.

Según el índice Gini, que mide la concentración de riquezas a nivel global, nuestros países son increíblemente desiguales: Brasil (0,534), Colombia (0,513), Chile (0,444), Ecuador (0,457), Bolivia (0,416), Perú (0,415) y Argentina (0,429). Para las Naciones Unidas, la concentración de riqueza superior a 0,4 es preocupante porque

denota la concentración de riquezas en unos pocos, lo que podría llevar al descontento de la mayoría (BANCO MUNDIAL, 2020).

Otro factor para tener en cuenta es que la pobreza en Latinoamérica iba en aumento incluso antes de la pandemia, pues pasamos de 27.8 % de población pobre y 7,8% en extrema pobreza en el año 2014 a 30,5 % y 11,3 % respectivamente en el 2019, según datos de la Cepal. Las cifras del año 2020 son dramáticas, ya que la pobreza se situó en 33.7% y la extrema pobreza en 12.5% lo que significa que un solo año, 20 millones de latinoamericanos han caído en la pobreza adicionales a los que ya había y de ellos 8 millones ahora son extremadamente pobres (CEPAL, 2020).

En América Latina mientras el número de pobres aumenta, al mismo tiempo se concentra la riqueza en unos pocos y, por tanto, crece la desigualdad. Pueden existir muchas razones para protestar: reclamar el regreso a la institucionalidad en Perú, que no suba la gasolina en Ecuador, pedir una nueva Constitución en Chile o estar en contra de las medidas económicas en Colombia. Pero en todos los casos hay un elemento común: un pueblo que quiere hacerse oír. En todas las constituciones de la región el pueblo es soberano, pero solo en el papel, pues en la práctica se ha buscado históricamente favorecer a las élites. Luego de cientos de años de exclusión, primero colonial y ahora social, los pueblos latinoamericanos quieren ser escuchados, quieren llegar a ser algo.

El año 2020 pasó a la historia porque gran parte de la población mundial estuvo confinada. Junto con el 2021 serán los años de la pandemia, causada por un virus surgido en China y que rápidamente se propagó por la mayoría de los países. Algunos dirán que es un virus democrático, pues cualquiera puede ser contagiado, pero la realidad nos muestra que en nuestra región es clasista y hasta racista (FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ; GÓMEZ-CALLES; PÉREZ PÉREZ, 2020).

Los gobiernos latinoamericanos impusieron confinamientos y distanciamientos sociales obligatorios, en sociedades marcadas por la miseria y la informalidad. Mientras algunos esperaban que la pandemia pasara desde la comodidad de sus casas y fincas de recreo, en América Latina la gran mayoría de las personas no tenía otra opción que arriesgarse a ser contagiados, pues debían buscar el sustento propio y el de sus familias. La pobreza y la desigualdad llevan a que quienes las padecen sean más vulnerables frente a la enfermedad. En nuestra región los pobres, indígenas y negros por tanto tiempo discriminados y marginados, ahora vuelven ser victimizados, pues los índices de contagios y muertes son más altas en estos grupos que en otras poblaciones (SANTOS FERREIRA, 2020).

La covid19 no es la causa de nuestros males, solo los ha evidenciado. Como se dijo antes, la pobreza en América Latina venía en aumento, incluso antes de la pandemia. Nuestro modelo económico neoliberal, construido desde el individualismo, marcado por la ambición, el egoísmo y la corrupción, está dando muestra de ser ineficaz para enfrentar una crisis global. Grandes debates como la renta básica universal están siendo evadidos, pero amparados por poderes excepcionales justificados por la pandemia nuestros gobiernos buscaron rescatar bancos, aerolíneas y grupos económicos, pasando por alto a las pequeñas empresas y trabajadores informales. En medio de la crisis u ocultos en ella, se están haciendo reformas laborales, pensionales y tributarias, en algunos casos a espaldas de los congresos y en otros con complicidad de estos. Los corruptos han aprovechado la debilidad de los controles en época de pandemia para apropiarse de los recursos públicos.

América Latina ha sido un laboratorio para las políticas neoliberales. Durante mucho tiempo el crecimiento de los estados se ha medido de acuerdo con su producto interno bruto (PIB), pero ¿Qué

un estado produzca más bienes y servicios, significa que es más justo e igualitario? La respuesta es definitivamente no. En el caso Colombiano el PIB se triplicó en los últimos 30 años, mientras que el índice de Gini nos sitúa como uno de los 10 países más desiguales del mundo.

Lo que si hicieron los gobernantes de la región durante la pandemia fue limitar derechos fundamentales como las libertades de locomoción, reunión, culto, protesta, entre otros. Pero la inconformidad que venía de antes no se fue, sino que siguió acumulándose. Para el caso colombiano llevó a la mayor movilización social en contra un Gobierno en la historia reciente del país y los poderes ejecutivo, legislativo y los órganos de control no estuvieron a la altura para ofrecer soluciones, sino que buscaron minimizarla y deslegitimarla. Solo el poder judicial a través de decisiones históricas de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado permitieron que el derecho de reunión y manifestación pública y pacífica en Colombia pueda aun ser ejercido. Para comprender el presente de Colombia es necesario analizar aspectos de su pasado, así:

2 LA CRISIS CONSTANTE DE COLOMBIA Y SU INHIBICIÓN A LA PROTESTA SOCIAL

Colombia es un país marcado por las crisis, hasta el punto de que hay quienes pertenecemos a una generación que nos acostumbramos a que pasara de todo y a que no pasara nada. El conflicto es una constante en la historia del país. En el siglo XIX tuvimos nueve guerras civiles, pero el siglo XX no fue mejor. Enfrentamientos partidistas, el surgimiento de la guerrilla, el narcotráfico y el paramilitarismo convertirán el territorio nacional en campo de batalla de fuerzas legales e ilegales que se enfrentarán por la hegemonía, en un país que se destaca por sus agrestes montañas, frondosas

selvas y caudalosos ríos. Vivimos un conflicto armado no declarado que pervive hoy.

Un Estado que no hizo presencia en muchos lugares del territorio nacional y este vacío fue ocupado por las elites regionales lícitas e ilícitas. El uso de la fuerza sin límites claros se convirtió en una estrategia del Gobierno de turno para intentar llegar a los colombianos. En muchos lugares no había escuelas o centros de salud, pero sí patrullaba el ejercito o volaban los aviones de la Fuerza Aérea Colombiana. El estado de excepción fue usado en Colombia como un instrumento reiterativo para enfrentar situaciones que tenían su origen en problemas sociales (MENDIETA; TOBÓN TÓBON, 2020).

Mientras en la segunda parte del siglo XX en América Latina proliferaban las dictaduras, en Colombia teníamos como gobernantes a civiles hiper poderosos, amparados en el estado de sitio. Pero los poderes desmedidos no sirvieron para solucionar los problemas estructurales de nuestra sociedad. Teníamos una enfermedad, pero esa no era la cura.

El uso y abuso de la fuerza han hecho parte de nuestro devenir histórico y la excepción marcó a los colombianos durante gran parte de los siglos XIX y XX. La Constitución de 1.886 establecía un solo estado de excepción, el estado de sitio. Se dice que nuestro país fue gobernado durante 105 años con decretos excepcionales. Nuestra normalidad era la anormalidad, la excepción se hizo regla. En términos de Loewenstein (1976), Colombia se convirtió en un permanente gobierno de crisis.

A pesar de las muchas declaratorias de estado de sitio y amplios poderes con los que se facultó al ejecutivo, los problemas sociales crecieron y mutaron. La desigualdad, la pobreza extrema y la falta de oportunidades fueron caldo de cultivo para fomentar la insurgencia y la criminalidad en diferentes formas. Los poderes

extraordinarios se mostraron ineficaces para solucionar estos males y los colombianos nos dimos cuenta de que la pobreza no se acaba por decreto, así tenga fuerza de ley.

Colombia es un buen ejemplo de cómo los poderes desmedidos no solucionan problemas sociales, mientras persistan las razones estructurales que los generan. El conflicto no se solucionará con el simple uso de la fuerza. Rara vez la ruptura del principio democrático le ha servido a un pueblo para salir de la pobreza y si esto llega a pasar, el precio al sacrificar los derechos y libertades fundamentales es muy alto, como para que valga la pena y la existencia de elecciones democráticas no garantiza la justicia social, especialmente en un país donde muchos cambian su voto por un plato de comida o lo venden por unos pocos pesos.

Como ya se ha mencionado en Colombia durante los siglos XIX y XX y en vigencia de la Constitución de 1886 se usaron poderes extraordinarios para enfrentar la cotidianidad. Por eso el constituyente de 1991 se preocupó tanto por establecer diferentes límites y controles a los estados de excepción y la Corte Constitucional colombiana ha hecho efectivos esos límites e incluso, podría decirse que los ha ampliado por vía jurisprudencial al establecer un exigente test de constitucionalidad para este tipo de normas (TOBÓN TOBÓN; MENDIETA, 2021).

El artículo 37 de la Constitución colombiana define el derecho de reunión y manifestación pública y pacífica en los siguientes términos: “Toda parte del pueblo puede reunirse y manifestarse pública y pacíficamente. Sólo la ley podrá establecer de manera expresa los casos en los cuales se podrá limitar el ejercicio de este derecho.” Se trata un derecho fundamental que la Corte Constitucional ha tratado de la siguiente manera: “El artículo 37 de la Constitución Política de Colombia consagra que solo la ley podrá establecer de manera expresa los casos en los cuales se podrá limitar

el ejercicio de los derechos de reunión y manifestación. Ello significa, por una parte, que toda intervención estatal sobre los derechos fundamentales mencionados en el artículo 37 de la Constitución Política de 1991 requiere obligatoriamente de la voluntad expresa del Congreso de la República; por otra parte, dicha manifestación de voluntad es restringida, pues el Legislador no puede establecer un estatuto general del derecho de reunión y de manifestación, sino que, por el contrario, sólo podrá ejercer la acción de limitación, la cual está sometida a unas condiciones concretas.” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C 223 de 2017).

En el 2021 se cumplen 30 años de la creación de nuestra Constitución vigente, pero también es el año del mayor levantamiento social de nuestra historia reciente y es la historia la que nos permite entender lo que está pasando en Colombia. Nuestro país tiene el conflicto armado no resuelto más antiguo del hemisferio occidental. Mientras terminaba la Guerra Fría las guerrillas colombianas encontraron otra forma de financiación en el narcotráfico y desde entonces es éste el que alimenta nuestro conflicto armado, con actores adicionales como los paramilitares y la delincuencia común.

En la década del 90^a mientras las guerrillas se fortalecían aumentaron sus excesos y abusos contra los colombianos, delitos como el secuestro, la extorsión, homicidios, reclutamientos de menores entre muchos otros. Se convirtieron en el pan de cada día. El poder de las guerrillas creció, pero también su rechazo social, eso ayudó a construir un discurso marcado por el miedo y la renuncia de los colombianos a reclamar los más mínimos derechos. Durante años en Colombia estuvo mal visto salir a protestar, exigir oportunidades o pedir justicia social, quienes lo hacía eran acusados de guerrilleros. Bien lo dice Alejandro Jodorowsky: “Los pájaros nacidos

en jaula creen que volar es una enfermedad". Esa frase nos representa bien a los colombianos, al menos a los que nacimos en el siglo XX.

Hubo hombres y mujeres que sí lucharon por nuestros derechos, pero muchos fueron asesinados y/o desaparecidos mientras una sociedad traumada los olvidaba. El miedo a las guerrillas sirvió como excusa para justificar los excesos de la fuerza del Estado, los privilegios de las elites y el surgimiento del paramilitarismo. Mientras hubiera guerrilla no había lugar para pedir justicia social, oportunidades o igualdad. Un estado constante de zozobra ha justificado tener el ejército más numeroso de la región en relación con el número de habitantes y que gran parte de nuestro PIB se destine a mantener la guerra.

Desde hace 30 años la lucha contra las guerrillas en Colombia ha estado en el centro de los debates electorales y la extrema derecha encontró en ellas la manera de justificar sus excesos y sus abusos. Temas como la educación, la salud y la inversión social se convirtieron en asuntos menores frente al propósito de acabar con la insurgencia y quien pensara diferente era catalogado de enemigo del Estado, un guerrillero más. Con el paso de los años la sociedad colombiana se hizo más indolente frente a los temas sociales y más tolerante con el actuar abusivo de la extrema derecha. En Colombia la protesta social es un derecho fundamental, pero durante mucho tiempo estuvo mal visto salir a protestar.

Las FARC-EP eran necesarias para el discurso del odio. Continuar con la guerra era rentable para los sectores más conservadores del establecimiento. La extrema derecha colombiana necesita a la guerrilla para justificarse a sí misma. Por eso cuando se llegó a un acuerdo de paz entre el Estado colombiano liderado por el entonces Presidente Juan Manuel Santos, surgieron muchos contradictores que a la hora de la refrendación mediante un plebiscito

celebrado el 2 de octubre de 2016 lograron la victoria del NO. Hubo quienes dijeron que Colombia se iba a convertir en Venezuela o que se le había entregado el Estado a la guerrilla y de nuevo se sembró miedo en los colombianos. Con una diferencia de 54 mil votos los defensores del NO obtuvieron el 50.21% de la totalidad de los votos y quienes votaron por el SI el 49.78%. Unos meses después el partido Centro Democrático con un discurso contrario al acuerdo de paz también ganó las elecciones presidenciales con su candidato Iván Duque Márquez.

3 EL GARANTISMO DEL PODER JUDICIAL Y NEGACIONISMO DE LOS DEMÁS PODERES FRENTE AL DERECHO A LA PROTESTA SOCIAL

Las razones para luchar no son nuevas, son las mismas que las de hace 30 años, pero sí son tiempos diferentes. Hay nuevos luchadores que acompañan a los de siempre: a los indígenas, los sindicalistas, los defensores de derechos humanos. Los nuevos son los hijos de la Constitución de 1991. No tienen el miedo con el que nos educaron a los que nacimos antes de la entrada en vigencia de nuestra Carta Magna. No se conforman con lo que informan los noticieros de televisión que pertenecen a los grupos económicos y que solo pretenden preservar el *statu quo*. Están conectados a redes sociales y tienen en sus bolsillos una cámara de video para dejar constancia de una vieja alianza entre agentes del Estado y paramilitares hecha para que con sangre y fuego se conserven los privilegios de las elites regionales. Los abusos de la fuerzas estatales y paraestatales no son nuevas, pero evidenciarlas en tiempo real sí.

Hoy somos 50 millones de colombianos, de los cuales el 42.5% es pobre y de estos el 15.1% es extremadamente pobre. Según el Departamento Nacional de Estadística (DANE) se es pobre si se gana menos de 70 euros al mes por persona y extremadamente

pobre si se devenga menos de 32 euros mensuales (Informe DANE, 2021). Teniendo en cuenta la anterior información que en un año los pobres hayan aumentado 3 millones para un total de 21 millones es un dato dramático que debería tener en alerta humanitaria a cualquier sociedad. Pero eso en Colombia no sucedió, pues el manejo de la pandemia ha sido un desastre con medidas económicas conservadoras, ayudas que llegaron especialmente a las grandes empresas y una propuesta de reforma tributaria que afectaba a las clases baja y media al proponer Impuesto de Valor Agregado (IVA) del 19% para la gasolina, productos de la canasta familiar, servicios públicos, internet, entre muchos otros.

El Congreso de la República intentó regular el derecho a la protesta social en los artículos 47 al 75 de la ley 1801 o Código Nacional de Policía, pero los mismos fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C 223 de 2017, por tratarse de un derecho fundamental cuya regulación tiene reserva de ley estatutaria, esta declaratoria de inconstitucionalidad fue diferida hasta el 20 de junio de 2019, dándole tiempo al legislador colombiano de expedir una nueva norma. La anterior decisión fue ratificada en la Sentencia C 009 de 2018, pero vencido el plazo dado por la Corte Constitucional y a octubre de 2021 el Congreso de la República no ha expedido la citada ley estatutaria.

El 21 de noviembre de 2019 hubo un paro nacional que reunió en las calles a millones de colombianos, pero sus alcances se vieron truncados con la llegada de la pandemia. Frente al déficit en la protección del derecho fundamental de la protesta social y dentro del trámite de una tutela presentada por un grupo de ciudadanos, el 22 de septiembre de 2020, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en segunda instancia, profirió la Sentencia STC7641-2020, allí exhortó al Gobierno de Iván Duque entre muchas otras órdenes a conjurar, prevenir y sancionar: “(i) intervención sistemática, violenta y arbitraria de la fuerza pública en manifestaciones y

protestas; (ii) “estigmatización” frente a quienes, sin violencia, salen a las calles a cuestionar, refutar y criticar las labores del gobierno; (iii) uso desproporcionado de la fuerza, armas letales y de químicos; (iv) detenciones ilegales y abusivas, tratos inhumanos, crueles y degradantes; y (v) ataques contra la libertad de expresión y de prensa.”

En cumplimiento del numeral Quinto, literal b de la anterior sentencia, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 03 de 2021 y lo denominó: “estatuto de reacción, uso y verificación de la fuerza legítima del estado y protección del derecho a la protesta pacífica ciudadana” y en su artículo 2, expresa: “Las autoridades de la rama ejecutiva del orden nacional y territorial, están en la obligación de privilegiar el diálogo y la mediación en el desarrollo de las manifestaciones públicas, como elementos determinantes y principales dentro de la actuación de las autoridades administrativas y de policía.”

El 28 de abril de 2021 mientras el país pasaba por la tercera ola de contagios, vivía su peor momento en número de muertes por la Covid19 y las autoridades nacionales, departamentales y municipales prohibían las manifestaciones públicas con el argumento de evitar que se convirtieran en focos de contagio, miles de colombianos, especialmente jóvenes salieron a las calles a protestar, evidenciado que era mayor la inconformidad con el Gobierno que el miedo al virus. Durante los meses de mayo y junio fue declarado el paro nacional, hubo bloqueos en vías de todo el país y llegaron a escasear algunos productos básicos como alimentos, suministros para las industrias, entre otros.

La mayoría de las marchas fueron pacíficas, en algunos casos se presentaron desmanes que pudieron ser ocasionados por sectores de la sociedad con hambre, pero también por individuos infiltrados. Mientras tanto el Gobierno Nacional, las elites regionales, los medios de comunicación tradicionales, la extrema derecha, entre otros, han buscado deslegitimar la protesta social, acudiendo

al desprestigio de los marchantes, hay que recordar que durante mucho tiempo en Colombia estuvo mal visto reclamar derechos. Se les ha querido vincular con la guerrilla, en un país que como se dijo antes, con la excusa de la lucha contra las guerrillas se han cometido muchos abusos.

Durante las protestas el Gobierno Nacional hizo uso de una fuerza desproporcionada en contra de los manifestantes desconociendo incluso sus propios protocolos (Decreto 03 de 2021). Las imágenes de policías disparando armas de fuego a la multitud o tanquetas lanzando cohetes le dieron la vuelta al mundo. La defensoría del Pueblo afirma que fueron más de 40 los muertos durante las manifestaciones de inconformidad social y cientos los desaparecidos. Pero quienes tienen miedo a perder sus privilegios están acudiendo a viejos mecanismos de disuasión muy presentes en la historia de Colombia, es el caso del uso de civiles armados, encargados de hacer el trabajo sucio de los privilegiados como amenazar, lesionar, desplazar, torturar y asesinar.

La figura de la asistencia militar consagrada en el artículo 170 de la ley 1801 o Código Nacional de Policía y definida como: “el instrumento legal que puede aplicarse cuando hechos de grave alteración de la seguridad y la convivencia lo exijan, o ante riesgo o peligro inminente, o para afrontar emergencia o calamidad pública”. En estos casos, el Presidente de la República se encuentra habilitado para disponer en “forma temporal y excepcional de la asistencia de la fuerza militar”. Esta norma no es clara frente a cuáles son las facultades que se otorgan al Presidente, gobernadores y alcaldes pues remite a “los protocolos y normas especializadas sobre la materia y en coordinación con el comandante de Policía de la jurisdicción”.

El 28 de mayo, luego de un mes de protestas el Gobierno Nacional expide el Decreto 575 de 2021 y declara la asistencia

militar en varios lugares del país y ordenó a los mandatarios de los entes territoriales mencionados en el decreto: “i) coordinar con las autoridades militares y de policía la asistencia militar establecida en el artículo 170 del Código de Policía, para afrontar los hechos de alteración del orden público, ii) adoptar – en coordinación con la fuerza pública, es decir ejército y policía - las medidas necesarias para levantar “los bloqueos internos” y evitar la instalación de nuevos bloqueos; iii) tomar las medidas y planes para reactivar las actividades económicas y la movilidad en los territorios y la seguridad en las vías; iv) apoyar a las autoridades competentes en la “captura y judicialización” de las personas que incurran en conductas que afecten el “orden público, la seguridad, la convivencia ciudadana” v) informar a la opinión pública sobre los avances en el control del orden público, y vi) decretar el toque de queda donde resulte necesario.” Las imágenes de militares patrullando las calles de ciudades de Colombia recordaron las peores épocas del estado de sitio y la vigencia de la Constitución de 1886 y fueron un aviso del peligro en que se encuentra la democracia colombiana.

El 7 de julio de 2021 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos denunció en un informe de 48 páginas los excesos del Estado colombiano durante las protestas de los meses previos, en los siguientes términos: “el uso desproporcionado de la fuerza, la violencia basada en género, la violencia étnico-racial, la violencia contra periodistas y contra misiones médicas, irregularidades en los traslados por protección, y denuncias de desaparición; así como el uso de la asistencia militar, de las facultades disciplinarias y de la jurisdicción penal militar”. Las recomendaciones hechas por la CIDH no fueron bien recibidas por el Gobierno Nacional quien incluso se expresó en forma displicente así: “Nadie puede recomendarle a un país ser tolerante con actos de criminalidad”, a pesar de que el informe no pedía tolerancia con los criminales.

El 20 de julio de 2021, en la instalación del Congreso de la República, el Presidente defendió la actuación de la Fuerza Pública y dijo que habían actuado “con el más alto estándar de derechos humanos” y de nuevo condenó las recomendaciones hechas por la CIDH. Es de anotar que Duque salió ovacionado por gran parte de los Congresistas y no hubo control político efectivo de esta autoridad frente a los desmanes de la fuerza pública durante los meses que duró el paro, demostrando de nuevo la desconexión de los poderes ejecutivo y legislativo con la realidad nacional.

La sección Cuarta del Consejo de Estado en una histórica decisión de tutela, con fecha 22 de julio de 2021, ordenó la suspensión del Decreto 575 del mismo año, en ella expresó: “luego de analizar el Decreto 575 de 2021, se encontró que ese acto administrativo amenaza el derecho a la protesta social porque los hechos que se mencionan como perturbadores del orden público tienen que ver con disturbios internos, con seguridad ciudadana, con la protección y control de civiles, funciones que están a cargo de la Policía Nacional por mandato constitucional, mas no de las Fuerzas Militares. Expuso que si bien el ejercicio del derecho fundamental a la reunión y manifestación puede limitarse cuando ocurre la afectación grave al orden público, lo cierto es que, en esos casos, lo que resulta admisible, y con criterios de necesidad y proporcionalidad, es el uso de la fuerza policial, mas no militar”. Es curioso que la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, entidades encargadas de la protección de los derechos humanos en Colombia se hayan opuesto a la tutela y hayan pedido su improcedencia. Lo anterior demuestra la gran crisis por la que atraviesa la institucionalidad colombiana y como los órganos de control se encuentran al servicio de los poderosos.

4 CONCLUSIONES

La historia de Colombia está marcada por la violencia, primero partidista, luego vendrá el enfrentamiento del Estado contra los grupos guerrilleros, el narcotráfico y los paramilitares. Mientras el Estado luchaba contra los violentos y se fomentó la idea de que estaba mal ejercer ciertos derechos, pues su ejercicio se relacionó con ideas de izquierda y hasta subversivas. Entre esos derechos estaba el derecho a la protesta Social que, aunque tiene reconocimiento constitucional en el artículo 37, su ejercicio estuvo cuestionado durante mucho tiempo, especialmente por las elites y sectores conservadores. En el año 2021 un número importante de colombianos salió a las calles a protestar contra muchas de las medidas del Gobierno de Iván Duque Márquez, especialmente su propuesta de reforma tributaria. Hubo múltiples abusos de autoridad contra los manifestantes.

El actuar de la Policía Nacional y sus excesos demostraron la necesidad de reformas estructurales a esta autoridad que tiene que estar en capacidad de enfrentar actores y situaciones diferentes a los del conflicto armado y no puede equiparar manifestante a subversivo. Mientras el poder judicial con la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado con sus decisiones han buscado garantizar el derecho de reunión y movilización social, los poderes ejecutivo y legislativo y los órganos de control dan señales de ir en contravía de la salvaguarda de este derecho. Las sociedades democráticas deben respetar y valorar la disidencia, permitir que el inconforme exprese su malestar tiene que ser uno de los pilares sobre los que se edifica todo estado constitucional de derecho y Colombia no puede ser la excepción.

BIBLIOGRAFÍA

BANCO MUNDIAL. Índice de Gini de Colombia. 2020. Consultado el 30 de agosto de 2020. <https://datos.bancomundial.org/indicador/SI.POV.GINI?view=map&locations=CO>.

CEPAL. Estadísticas e indicadores económicos, cuentas nacionales anuales en dólares. Colombia. 2020. Consultado el 30 de agosto de 2020. https://estadisticas.cepal.org/cepalstat/tabulador/ConsultaIntegradaProc_HTML.asp.

FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ, H.; GÓMEZ-CALLES, T.; PÉREZ PÉREZ, M. Intersección de pobreza y desigualdad frente al distanciamiento social durante la pandemia Covid-19. *Revista Cubana de Enfermería*, 36, 2020. <http://revenfermeria.sld.cu/index.php/enf/article/view/3795>.

INFORME DANE, Pobreza y Desigualdad. 2021. <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/pobreza-y-condiciones-de-vida/pobreza-y-desigualdad>.

JOHNS Hopkins University & Medicine. Mortality Analyses. 2020. Consultado el 30 de agosto de 2020. <https://coronavirus.jhu.edu/data/mortality>.

LEVITTSKY, S.; ZIBLATT, D. *Cómo mueren las democracias*. Argentina: Ariel, 2018.

LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976.

MENDEIETA, D. A Crise da democracia e do sistema de freios e contrapesos nos Estados Unidos. En: CONCI, L. G. A.; DIAS, R. (Coords.). *Crise das democracias liberais: perspectivas para os direitos fundamentais e separação de poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 220-232.

MENDEIETA GONZÁLEZ, D.; TOBÓN-TOBÓN, M. L. La pequeña dictadura de la Covid-19 en Colombia: uso y abuso de normas ordinarias y excepcionales para enfrentar la pandemia. *Opinión Jurídica*, 19(40), 243-258, 2020. <https://doi.org/10.22395/ojum.v19n40a12>.

SANTOS FERREIRA, R. Víctimas preferidas de Covid-19 en diferentes países según raza/color de la piel. *Revista Cubana de Enfermería*, 36, 2020. <http://www.revenfermeria.sld.cu/index.php/enf/article/view/3941>.

SIEYÈS, E. ¿Qué es el Tercer Estado? 1789. Consultado el 11 de febrero de 2020. <http://www.elblogdederecho.com/wp-content/uploads/2013/12/sieyes-que-es-el-tercer-estado.pdf>.

TOBÓN TOBÓN, M. L.; MENDIETA, D. Los estados de excepción en el régimen constitucional colombiano. *Opinión Jurídica*, 16(31), 67-88, 2017. <https://doi.org/10.22395/ojum.v16n31a3>.

TOBÓN TOBÓN, M. L.; MENDIETA, D. Los límites establecidos al estado de conmoción interior en Colombia: un ejemplo a seguir en el contexto latinoamericano. *Estudios constitucionales*, 19(1), p. 34-65, 2021. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002021000100034>

NORMAS CITADAS

Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia de Tutela. <https://www.consejodeestado.gov.co/news/consejo-de-estado-suspende-provisionalmente-decreto-de-asistencia-militar-para-conjurar-problemas-de-orden-publico-durante-protestas/>.

Constitución Política de Colombia de 1991.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C 223 de 2017. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-223-17.htm>.

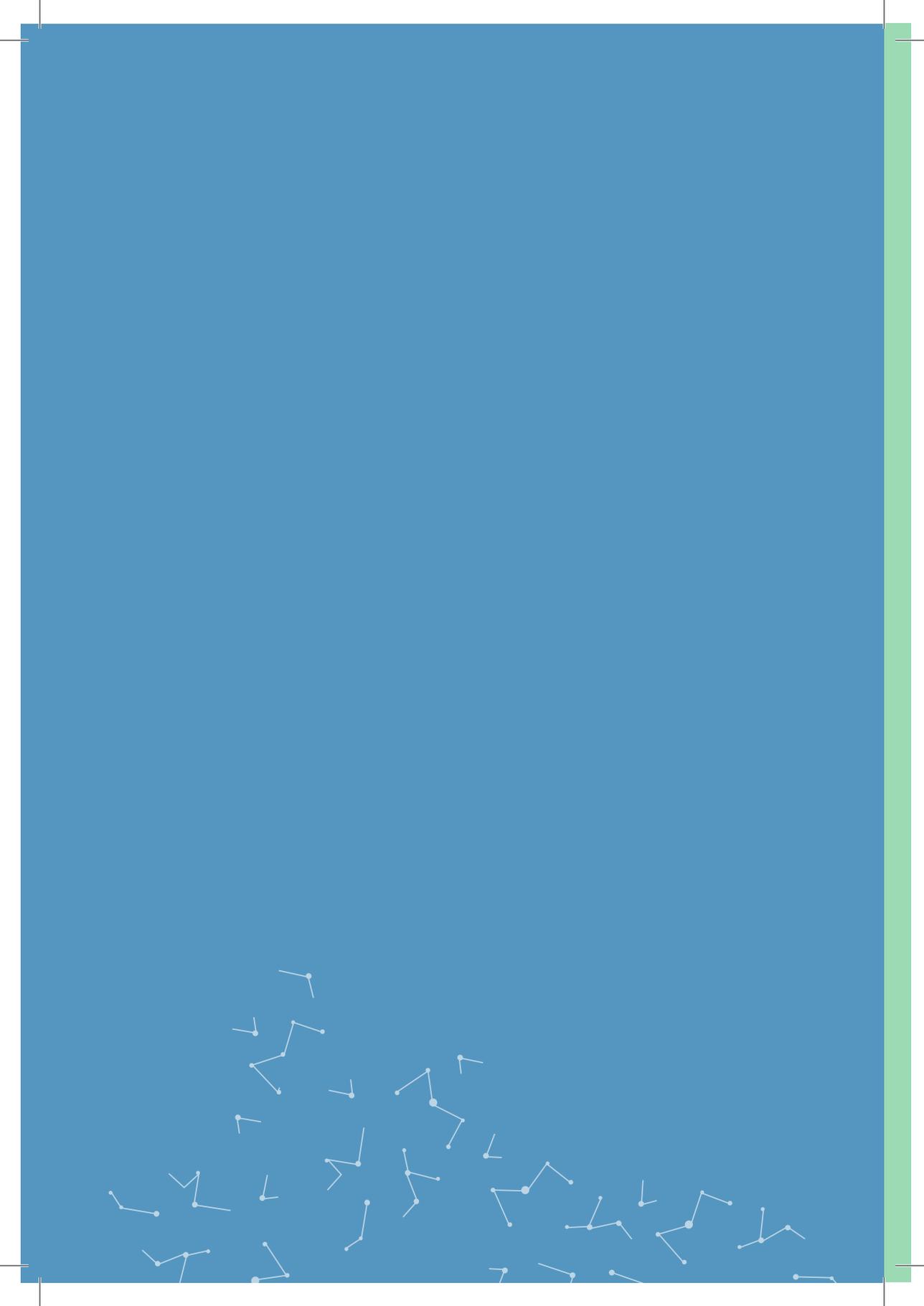
Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C 009 de 2018. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-009-18.htm>.

Corte Suprema de Justicia, la Sala de Casación Civil, Sentencia STC7641 de 2020. <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/2020/10/14/derecho-a-la-manifestacion-pacifica-y-publica-proteccion-constitucional-por-la-seria-y-actual-amenaza-de-constante-y-desproporcionada-agresion/>.

Decreto 03, de 2021. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=154406>.

Decreto 575, de 2021. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=163846>.



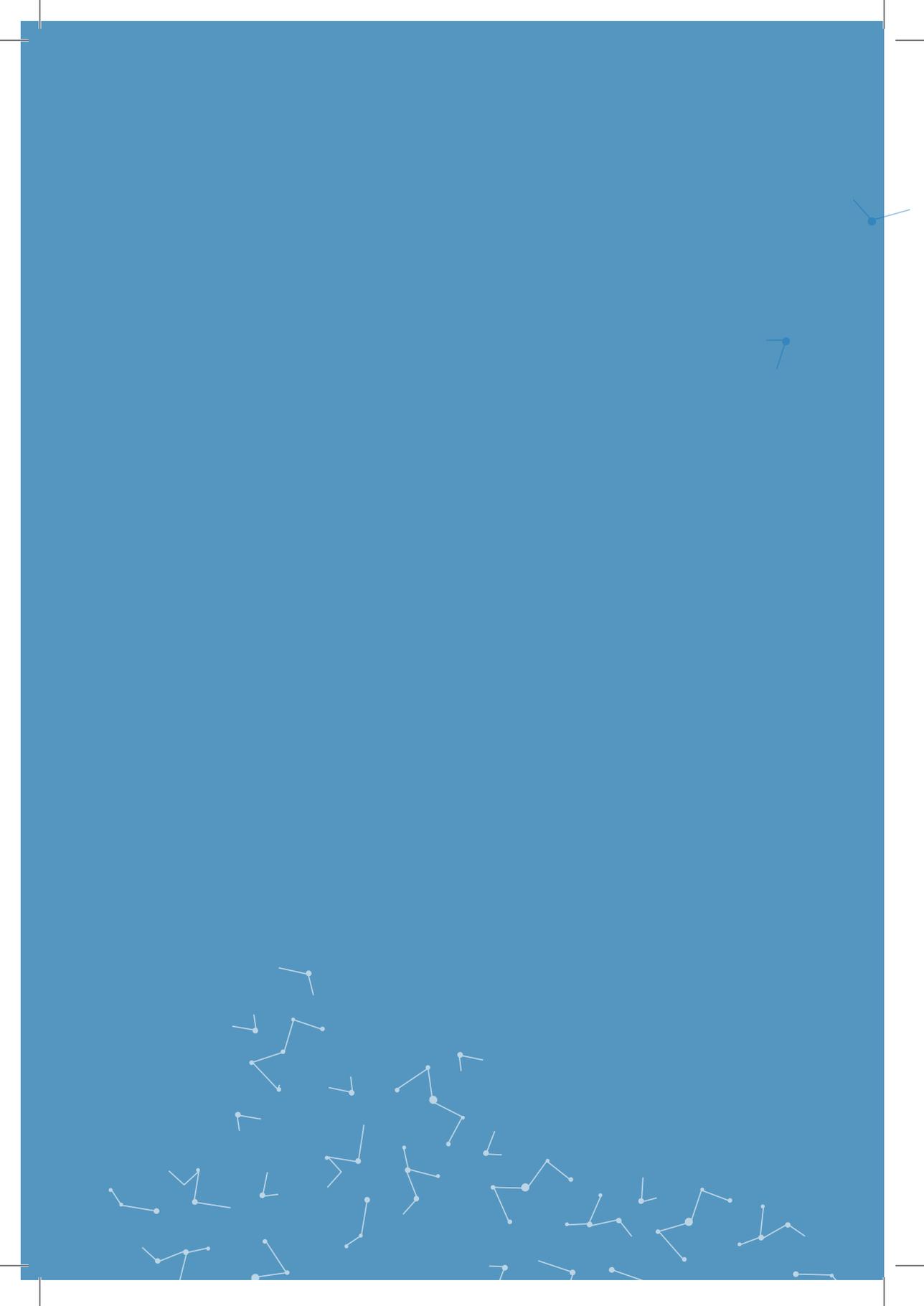


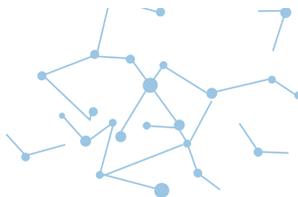


**VIRADA TECNOLÓGICA NO DIREITO PROCESSUAL
E ETAPAS DO EMPREGO DA TECNOLOGIA
NO DIREITO PROCESSUAL: seria possível
adaptar o procedimento pela tecnologia?**

***THE BIG TECHNOLOGICAL SHIFT IN PROCEDURAL LAW
AND THE STAGES OF ITS INSERTION IN JUSTICE: would
it be possible to adapt the legal procedure to technology?***







**VIRADA TECNOLÓGICA NO DIREITO
PROCESSUAL E ETAPAS DO EMPREGO
DA TECNOLOGIA NO DIREITO
PROCESSUAL: seria possível adaptar
o procedimento pela tecnologia?**

***THE BIG TECHNOLOGICAL SHIFT IN
PROCEDURAL LAW AND THE STAGES OF
ITS INSERTION IN JUSTICE: would it be
possible to adapt the legal procedure
to technology?***

Dierle Nunes¹

RESUMO

O desenvolvimento da tecnologia impacta a aplicação do direito, especialmente com a virtualização de processos, tornando-os eletrônicos. Novos modelos facilitam a interação entre as partes, a exemplo

¹ Doutor em Direito Processual pela PUC Minas/Università degli Studi di Roma “La Sapienza”. Mestre em Direito Processual pela PUC Minas. Professor permanente do PPGD da PUC Minas. Professor adjunto na PUC Minas e na UFMG. Secretário Adjunto do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro da *International Association of Procedural Law*, do *Instituto Iberoamericano de derecho procesal* e do *Instituto Panamericano de Derecho Procesal*. Diretor Executivo do Instituto de Direito Processual – IDPro. Membro da Comissão de Juristas que assessorou no Código de Processo Civil de 2015 na Câmara dos Deputados. Diretor do Instituto de Direito e Inteligência Artificial – Ideia. Advogado.

do *legal design* e aplicação de técnicas de *visual law*, *blockchain*, *etc.*, e, principalmente, aplicando-se Inteligência Artificial (IA) e algoritmos, para resolução de disputas. Assim, para além da virtualização ou instrumentalização da tecnologia, o tratamento de dados pode permitir melhor gerenciamento e efetividade dos processos, abandonando a simples reprodução do sistema analógico. A virada tecnológica, além de contribuir para a resolução das demandas em tempo razoável, permite sejam refundados os institutos do direito processual, sempre observando as garantias constitucionais e processuais. Destaca-se o *On-line Dispute Resolution (ODR)* como ferramenta de resolução de demandas e o *Modria*, que, mediante parametrização de dados, fornece informações aos usuários para possibilitar negociação, conciliação ou mediação e, somente frustradas essas fases, é que se invocará decisão judicial. Objetiva-se, neste estudo, apontar a necessidade de afastar o rejeicionismo irracional, bem como o viés algorítmico, de forma que o uso da tecnologia promova o interesse público e atue em prol do cidadão, contemplando seus direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direito processual. Ferramentas tecnológicas. Interesse público. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

The development of technology impacts the application of law, especially with the virtualization of processes, making them electronic. New models facilitate the interaction between the parties, such as the legal design and application of visual law techniques, blockchain, etc., and, mainly, applying Artificial Intelligence (AI) and algorithms to resolve disputes. Thus, in addition to the virtualization or instrumentalization of technology, data processing can allow better management and effectiveness of processes, abandoning the simple reproduction of the analog system. The technological turn, in addition to contributing to the resolution of demands in a reasonable time, allows

the institutes of procedural law to be refounded, always observing constitutional and procedural guarantees. The Online Dispute Resolution (ODR) stands out as a dispute resolution tool and Modria, which, through data parameterization, provides information to users to enable negotiation, conciliation or mediation and, only when these phases are frustrated, will a decision be invoked. judicial. The objective of this study is to point out the need to remove irrational rejectionism, as well as the algorithmic bias, so that the use of technology promotes the public interest and acts in favor of the citizen, contemplating their fundamental rights.

Keywords: Procedural law. Technological tools. Public interest. Fundamental rights.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O sistema jurídico sofreu, ao longo das últimas décadas, uma série de rupturas paradigmáticas que induziram modificações brutais nos fundamentos, propósitos e na própria racionalidade de atuação dos profissionais e de suas instituições.

Exemplificativamente, desde o fim da segunda-guerra, sofremos o impacto da constitucionalização efetiva do Direito com a reformulação de uma série de pressupostos que se naturalizaram em nossa prática jurídica, com destaque para o papel e a força dos direitos fundamentais, o controle de constitucionalidade e o papel das cortes de sobreposição.

Desde a década de 1970, em decorrência do estudo das heurísticas e dos vieses cognitivos, colocamos em xeque a racionalidade decisória humana e, mais recentemente, de nós juristas de modo a viabilizar formas de buscar decisões mais corretas, mediante a percepção da virada cognitiva (NUNES; LUD; PEDRON, 2018).

Desde a década de 1990, discutimos, no Brasil, o impacto da virada linguística-ontológica que, no campo processual, colocou em discussão a impossibilidade de crença nas virtudes dos decisores e no solipsismo judicial, e demonstrou a importância da participação dos afetados, em contraditório, nos processos decisórios (NUNES, 2008).

Na atualidade, começamos a discutir os impactos de um movimento que se iniciou no final da década de 1990, início dos anos 2000, mas que transcendeu sua mera aplicação instrumental, quais sejam **a virada tecnológica no Direito e seus impactos no campo processual**.

Essa perspectiva meramente instrumental poderia ser considerada, em alguma medida, correta numa abordagem superficial se a tecnologia estivesse apenas promovendo uma mudança de meio, como ocorreu, em parte, na sua primeira etapa de virtualização (digitalização) mediante *v.g.* o processo eletrônico, no qual se mantinham as etapas em outro ambiente.²

No entanto, quando avançamos para a automação de funções, como as repetitivas, e no emprego de novas formas de dimensionamento do conflito, com a transformação empregada pelo campo da inteligência artificial (VILLANI, 2018), essa perspectiva de análise do fenômeno parece não refletir e perceber a profundidade do movimento que vivenciamos.

Nesse sentido, a proposta que vimos delineando há algum tempo é a de que o emprego da tecnologia não pode ser encarado pelo Direito apenas nessa visão, mas sim como uma verdadeira virada que induzirá releitura de institutos desde o âmbito

² Pontue-se, no entanto, que, com base em mineração de processo, é possível se avaliar, nos processos eletrônicos, quais etapas (*logs*) são essenciais, quais não seriam e quais merecem maiores esforços para evitar estrangulamentos. Isso pode gerar a percepção de problemas e sugestão de modificações, inclusive induzindo a redução da estrutura procedimental.

propedêutico até o delineamento da refundação de técnicas processuais para que possam atingir bons resultados, mas com respeito ao conjunto de normas fundamentais atinentes ao modelo constitucional de processo.

Em verdade, abre-se para o jurista a necessidade de uma análise transdisciplinar das áreas do Direito, juntamente com as tecnologias de informação e comunicação (TICs), da psicologia comportamental e do *design*.³

Sem a percepção desta imbricação constante, correremos o risco de não compreender as mudanças que a Web 2 (plataformizada) gera(ou) na sociedade e no Direito.

Para deixar ainda mais claro, a virada que propugnamos, há algum tempo, se dá na plenitude não somente com o emprego da tecnologia, mas na confluência desta com os avanços e impactos do estudo dos vieses (NUNES, 2018), heurísticas e ruídos (KANEHMAN; SIBONY; SUSTEIN, 2021) e do *design*, agora persuasivo (comportamental) (FOGG, 2021), para indução de comportamentos que podem fomentar a autonomia/autodeterminação ou a manipulação.

Ademais, precisamos forjar uma verdadeira Tecnologia de Interesse Público (TIP) que busque uma governança adequada, para além da preocupação da privacidade e do controle de dados, que recorrentemente preocupam os intérpretes das leis atinentes ao tema (com a análise sob viés privado de normas como LGPD e/ou GDPR). A *Public Interest Technology* “se refere ao estudo e aplicação de conhecimentos de tecnologia para promover o interesse público/gerar benefícios públicos/promover o bem público” (FREEDMAN CONSULTING, 2016).

No campo processual-jurisdicional, a Jurisdição não oferta apenas o fornecimento de um serviço, como em outras áreas, mas

³ Cf. <https://youtu.be/JeqezRHSevE>

uma tutela processualizada garantista de direitos que oferta **decisões sensíveis** para as quais o emprego da tecnologia deve ser precipuamente auxiliar (NUNES; MARQUES, 2020).

Do mesmo modo que o segundo pós-guerra (MAUS, 2000; HIRSCHL, 2006) evidenciou uma litigância de interesse público (*public interest litigation*), que permitia novas litigâncias (para além das patrimoniais e bipolares) e que induziram o fortalecimento da jurisdição constitucional com função contramajoritária como locus de auxílio a grupos minoritários na perseguição da mudança em situações de desconformidade normativa mediante medidas estruturantes (*structural injunctions* - processo estrutural) (NUNES; THEODORO; BAHIA, 2013; DIDIER JR.; ZANETI JR., 2020), devemos pensar numa tecnologia que não se limite aos seus aspectos privados, mas que se preocupe com uma governança lastreada na análise do impacto social e público com um *design* centrado no cidadão e no ordenamento jurídico.

Em relação à inteligência artificial, há de se estruturar modelos algorítmicos com equidade (*fairness*) (Resolução CNJ n. 332/2020, art. 7º), confiabilidade e segurança, análise do impacto social, transparência (Resolução CNJ n. 332/2020, art. 8º), *accountability* (prestação de contas e responsabilização) (Resolução CNJ n. 332/2020, art. 25) e respeito à dignidade da pessoa humana (Unesco, 2020).

E a adoção de princípios, como na recém adotada Resolução n. 332 do CNJ, representa um passo importante, mas ainda insuficiente na medida em que seu conteúdo precisa alcançar a prática na sua implementação desde o *design* dos modelos tecnológicos até o controle de seus resultados.

Os intérpretes do direito vêm encontrando, assim, cada vez maior dificuldade em interpretar a revolução gráfica⁴ do âmbito digital

⁴ Essa incapacidade de compreensão adequada do fenômeno precisa ser problematizada: "A ciência, não mais que o Direito, pode de fato reivindicar ser fundada por si mesma, e a abor-

em face da mudança do próprio modo que a psicopolítica digital se articula (HAN, 2018, p. 23-27), mas devemos nos esforçar à compreensão deste novo ambiente de leitura para que um possível analfabetismo funcional digital impeça corrupções sistêmicas no código de correção do Direito (LUHMAN, 2016), sem obviamente negligenciar as enormes potencialidades que a tecnologia oferta.

Seu uso no campo do dimensionamento de conflitos se concentra no delineamento de um novo *design* do sistema de disputas que, como pontuam Amsler, Martinez e Smith:

[...] se concentra na identificação das opções ideais para prevenir, gerenciar ou resolver um tipo específico de disputa. Essas opções incluem *designs* novos e tradicionais. Os litígios e julgamentos ocorrem em tribunais e órgãos administrativos; estes também são *design* do sistema de disputas e estão evoluindo com o advento de tribunais colaborativos e de resolução de problemas. As inovações em andamento incluem parcerias, negociação regulatória, *ombuds* organizacionais e processos *on-line* e em plataformas (AMSLER; MARTINEZ; SMITH, 2020, n.p., tradução livre).

Para além de se buscar delinear o fenômeno, tentarei aqui mostrar uma série de interações da tecnologia para adaptar o procedimento, num passo adiante ao recorrente discurso dos procedimentos especiais e tutelas diferenciadas.

dagem computacional do mundo promovida pela nova ordem gráfica não é exceção à regra. O cálculo não pode oferecer essa teoria última que finalmente chegaria ao fim das incertezas do Direito, trazendo para ela a indiscutibilidade tão procurada. Como o cálculo tem limitações internas que têm sido objeto de poderosos teoremas desde a década de 1930. Ver no cálculo a chave para a compreensão, *a priori*, dos fenômenos reverte a ordem de construção da ciência: chegamos ao cálculo, nunca começamos com ele. Portanto, não pode servir de base para o Direito. A observação dessa dupla limitação não invalida a união do direito e da matemática: pelo contrário, reforça a necessidade." (tradução livre) Cf. GARAPON, Antoine; LASSÈGUE, Jean. *Justice digitale: révolution graphique et rupture anthropologique*. Paris: Presses Universitaires de France, 2018. p. 352-353.

Acerca dessa última, já tivemos oportunidade, há uma década, de propor uma diferenciação procedimental em conformidade com as espécies de litigiosidade (NUNES, 2010), que, em alguma medida, foi adotada no CPC/2015 ao se delinear um microsistema de litigiosidade repetitiva e de formação de precedentes. Digna de nota igualmente é a recente hipótese suscitada doutrinariamente (DIDIER; CABRAL; CUNHA, 2018), que busca sistematizar a aplicação dos procedimentos especiais e interpretar a nova norma trazida pelo art. 327, § 2º, CPC.

Mas aqui a hipótese que se propõe é a de se promover a adaptação procedimental mediante o emprego de tecnologia: automação de atos e fatos processuais, ODRs, emprego de constrições *on-line* e de Inteligência Artificial auxiliar, de modo a não só se estruturar processos *on-line* (SUSSKIND, 2019), como mera repetição do procedimento já dimensionado normativamente, mas sim com processos adaptados tecnologicamente (RABINOVICH-EINY; KATSH, 2017) e, para alguns (SUSSKIND, 2019), ampliados com ferramentas de auxílio nas atividades processuais, nos debates, triagem automatizada de casos (*screening procedure*) a partir da noção de gerenciamento de litígios, técnicas de obtenção e expropriação patrimonial na execução, etc., criando novas vias mais adequadas de dimensionamento dos conflitos.

Antes, porém, necessitamos entender como tais interações entre o direito processual e a tecnologia se articulam.

2 ETAPAS DE IMPLEMENTAÇÃO DA TECNOLOGIA NO PROCESSO CIVIL

Partindo dessa premissa, começamos a perceber que, ainda no campo da primeira etapa do emprego da tecnologia (a virtualização), já vivenciamos uma mudança consistente em institutos processuais, como a prova.

Durante muito tempo, havia um consenso da maior relevância das provas típicas e da absoluta impossibilidade de uso de provas de fatos negativos (considerada *probatio diabolica*).

No entanto, a tecnologia, a cada dia, viabiliza mais modalidades de atipicidade probatória. Basta se lembrar, como exemplo, do uso da *Blockchain*⁵ para certificação de fatos, do *wayback machine*,⁶ para documentar mudanças em páginas *web* ao longo do tempo, e dos *logs*,⁷ para provar que determinado fato ocorreu ou não.

Perceba que a análise de *logs* no processo eletrônico permite a mineração de processos que oferta a possibilidade de melhor gerenciamento e apuração dos momentos processuais mais tormentosos em termos de fluxo na gestão. Essa abordagem, como pontuado acima, pode auxiliar inclusive induzir mudanças no procedimento.

E, nas etapas supervenientes de automação de atividades repetitivas e de transformação, mediante emprego de IA e dimensionamento de novas técnicas de dimensionamento de conflitos, a

⁵ “As tecnologias *blockchain* são entendidas como registros descentralizados, registrando transações e adquirindo uma cadeia de informações segura, com carimbo de tempo e imutável. Assim, esses registros supostamente de alta qualidade (em comparação com os arquivos eletrônicos padrão, que podem ser facilmente alterados) podem ser extremamente úteis como evidência em tribunal, especialmente em vista da abundância de transações *on-line* em vários campos atualmente. [...] Os dados gravados em uma *blockchain* são, em essência, uma cadeia cronológica de transações assinadas digitalmente.” POLYDOR, Sylvia. Blockchain evidence in court proceedings in China – a comparative study of admissible evidence in the digital age (as of June 4, 2019). *Stanford journal of blockchain law & policy*, v. 3.1, p. 96, 2020.

⁶ O *Wayback machine* - <https://archive.org/web/> - permite que se explorem mudanças em mais de 451 bilhões de páginas da *web* salvas ao longo do tempo. Decisões nos EUA já vêm aceitando seu uso, por exemplo: *United States v. Bansal*, 663 F.3d 634, 667–68 (3d Cir. 2011); *United States v. Gasperini* (2d Cir. 2017). Ele permite que, em situações de mudanças ou supressões, se consiga apurar as alterações com facilidade.

⁷ Os *logs* digitais dos computadores são para os técnicos o que as impressões digitais são para os investigadores tradicionais nas cenas de crime ou os livros financeiros são para auditores. Todos esses objetos são máquinas do tempo contendo respostas a perguntas relacionadas a processos de TI, atos ilegais e transações econômicas. Inerente a cada um é a capacidade de reconstruir quem, o que, quando, onde, por que e como uma TI, transação legal ou financeira. Na medida que crimes e disputas, em geral, envolvem cada vez mais o âmbito digital, e à medida que os negócios dependem nos sistemas de informação para funcionar, os *logs* digitais são as nossas testemunhas oculares. Cf. KENNEALLY, Erin E. Digital logs - proof matters. *Digital Investigation*, v. 1, 94 -101, 2004.

força de mutação da tecnologia em relação ao direito fica ainda mais evidente.

Como já notou, a virada tecnológica no direito demonstra o impacto das tecnologias, com destaque hoje para a inteligência artificial (KAPLAN, 2016), na mudança dos institutos jurídicos desde seu âmbito propedêutico (NUNES; BAHIA; PEDRON, 2018) até o dimensionamento de uma nova racionalidade de sua implementação, sem olvidar a criação de novos institutos (como *v.g.* algumas plataformas de *On-line dispute resolution – ODR*) e de práticas jurídicas absolutamente inovadoras (*v.g.* classificadores,⁸ juízos preditivos, análise semântica latente - LSA - *Latent Semantic Analysis* (MELO; MEDEIROS, 2018) -, tomada de decisão automatizada (NUNES, MARQUES, 2020), coleta e separação as informações (SOBOWALE, 2019) e até impactando no *design* das peças processuais - *legal design/visual law* (NUNES; RODRIGUES, 2020) e na manifestação por hiperoralidade (NUNES; LAGE; PEDRON, 2019). A coleta e análise automáticas de dados de disputas afetarão conceitos, tradições e valores, além dos próprios processos (RABINOVICH-EINY; KATSH, 2020).

Ademais, com base na tecnologia, podemos, pela primeira vez, mudar a ênfase na resolução de disputas para uma ênfase na sua prevenção (KATSH; RABINOVICH-EINY, 2017).

A virada acaba ocorrendo nas três etapas de emprego da tecnologia, quais sejam a virtualização (digitalização) (NUNES; LAGE; PEDRON, 2019), automação e transformação e persegue a construção de novas abordagens para a prevenção e resolução de conflitos.

Como informa Susskind, no emprego da tecnologia de automação de funções jurídicas, “os sistemas podem ser usados para

⁸ A exemplo do sistema Victor, do STF.

melhorar, refinar, aperfeiçoar, otimizar e turbinar nossas formas tradicionais de trabalho [...] sobre tarefas e atividades rotineiras, repetitivas e frequentemente antiquadas em seus negócios e imaginam (corretamente) que algum conjunto de sistemas pode ser introduzido para trazer novas eficiências e facilitar a vida” (tradução livre) (SUSSKIND, 2019, p. 34).

Na abordagem meramente instrumental, introduzem-se novas tecnologias em antigas práticas de trabalho. No entanto, o fenômeno que nominamos de virada tecnológica acontece com maior proeminência (mas não somente) na etapa de transformação pela tecnologia, alterando os institutos e criando novas formas mais adequadas de dimensionamento dos conflitos. O autor, inclusive, cita a transformação do mercado da música e das atividades bancárias como exemplos desta revolução de antigas práticas que se naturalizaram (SUSSKIND, 2019). Em face da duplicação da capacidade computacional a cada 18 meses (conhecida como Lei de Moore 1965 - atribuída a Gordon Moore, cofundador da Intel), torna-se evidente que o impacto que a tecnologia nos ofertará, a cada dia, não se limitará ao seu emprego instrumental, mas também modificará profundamente as práticas jurídicas (SUSSKIND, 2019).

Em outros campos do Direito, pode-se indicar o impacto no estudo dos Direitos Reais que *startups* como o Uber ou Airbnb ofertaram aos sistemas de transportes e hospedagem, ao proporcionar a usuários a maior rede de transportes e aluguel por temporada desprovida de qualquer propriedade.

A virada não se trata, assim, no campo processual tão somente da organização de uma cadeia organizacional do fluxo de trabalho (*workflow*) dos atos e fatos processuais que aumenta a eficiência e diminui o tempo de um processo eletrônico. Isso somente diz respeito à estruturação das etapas e redução dos tempos mortos

de juntada, impulso oficial, etc. que podem ser automatizados, sem qualquer emprego de Inteligência Artificial (IA).

No entanto, a IA permite parametrizar uma grande massa de dados (*big data*), tratamento das informações, que se encontram desestruturadas e com a informação obtida se alcançar uma revolução nos institutos, de modo a dimensioná-los de modo absolutamente inovador inclusive no que tange à atuação nas profissões jurídicas; mas sempre se levando em consideração os riscos de generalizações equivocadas, opacidade (não compreensão de como se chegou aos resultados) (BURRELL, 2016; NUNES; MARQUES, 2018; BELLOSO, 2020), geração de preconceito e discriminação (VILLANI, 2018).

Alguns serviços ofertados, mediante tecnologia empregada no campo jurídico por *Legaltechs/Lawtechs* (*startups* vocacionadas ao dimensionamento de questões jurídicas), predizem o resultado de acordos e disputas, oferecem orientação jurídica com invasão de tarefas, ou seja, com máquinas que assumem cada vez mais parte do trabalho que as pessoas fazem (SUSSKIND, 2019).

Quando se verificam, por exemplo, as técnicas processuais de gerenciamento e formação de precedentes no Brasil (microsistema do CPC), costumeiramente não se conhece, com clareza e precisão, a amplitude da repetição, sendo que o critério normativo é genérico quanto à quantidade de processos, e não se sabem, em regra, quantos processos sobrestados serão impactados pelo pronunciamento. A partir do momento em que se tem acesso ao banco de dados desestruturados e se vale de ferramentas de IA (v.g. análise semântica) para estruturá-los, viabiliza-se, com exatidão, a análise do número de processos e do impacto que uma decisão de um tribunal de 2º grau ou superior gerará. Ademais, poderemos obter acesso, com alguma facilidade, à coerência entre os pronunciamentos de um órgão judicial, com clara previsibilidade de qual a

história institucional de aplicação do instituto por um dado juiz ou Tribunal (art. 926, CPC).

Além da conexão imediata com o instituto dos precedentes, a tecnologia ainda permite adaptabilidades procedimentais absolutamente inovadoras quando assumidas pelos envolvidos mediante convenções processuais, inclusive auxiliando no dimensionamento prévio da litigiosidade repetitiva (CURY, 2020); sem olvidar da validade do emprego dos atos processuais pela via eletrônica (arts. 193 *et seq*, CPC) e de seu emprego na análise da própria cognição endo-processual (FENOLL, 2018).

No emblemático caso da recuperação judicial da OI S.A., César Cury (2020) pontua que, com o emprego da tecnologia:

o redimensionamento das funções do processo permite que os sujeitos exerçam a parcela de responsabilidade correspondente às respectivas posições, distribuídas em centros de interesses, o que os transforma em contributivos a um procedimento mais adequado em ordem a uma solução que se reconheça legítima. [...] *essa adaptação se traduz em uma etapa prévia de gestão consensual do conflito creditório consistente num ecossistema informatizado (on-line dispute resolution) concebido e operado por gestor externo e supervisionado pelos sujeitos processuais* (CURY, 2020, grifei).

Outro exemplo relevante brasileiro é o da interação entre automação e IA no campo das execuções fiscais, como nos casos do ELIS do TJPE e PoC do TJRJ.

Em verdade, tem-se uma infinidade de usos dos dados estruturados: parametrizados por IA. Pareceres jurimétricos de dados que permitem saber qual o nível de importância de um recurso especial repetitivo ou recurso extraordinário e, inclusive, ofertar subsídios para que um pequeno ou grande *player* impactado pela decisão possa requerer a afetação de um recurso mais abrangente que

permita a real influência (art. 10 e 489, § 1º, IV, 1.036, § 6º, CPC). Os dados parametrizados podem auxiliar igualmente na programação de ODRs, conduzindo-se à adaptação do procedimento.

3 ALGUNS IMPACTOS TRANSFORMADORES DA TECNOLOGIA – ODR

Ethan Katsh e Orna Rabinovich-Einy pontuam que os modos tradicionais se encontram esgotados para dimensionar a profusão e diversidade de litigiosidades, fruto inclusive do fomento das relações *on-line*. Como explicitam:

Os esforços das últimas décadas para expandir o uso de meios extrajudiciais de resolução de conflitos permitiram que os tribunais sobrevivessem com recursos financeiros reduzidos. Ninguém – nem os tribunais, nem os processos alternativos – está preparado para lidar com o volume, a variedade e o caráter das disputas que são um subproduto dos níveis de atividade criativa e comercial que acontecem *on-line* hoje. A capacidade dos tribunais é inelástica não apenas por causa dos níveis orçamentários dos tribunais, mas também pelas qualidades físicas que os definem: a necessidade de se encontrar pessoalmente, a necessidade de advogados e de juízes humanos que processam os casos e os decidem. Meios extrajudiciais de resolução de conflitos, como mediação e arbitragem, enfatizam as interações face a face e, portanto, são restritos da mesma maneira. Se o ODR e a prevenção de disputas *on-line* não se tornarem indústrias em crescimento, e se novas ferramentas para lidar ou evitar disputas não puderem ser criadas com base em nossas novas tecnologias, os riscos associados à inovação aumentarão e o valor de todas as novas ferramentas e recursos que nós temos diminuirá (KATSH; RABINOVICH-EINY, 2017, p. 14, tradução livre).

A partir desta ilação dos autores, podemos tematizar um dos campos de maior crescimento na virada tecnológica, qual seja a ODR.

A *On-Line Dispute Resolution*⁹ ou Resolução de disputas *on-line* (ODR):

é a aplicação da tecnologia da informação e das comunicações à prevenção, gerenciamento e resolução de disputas. A ODR surgiu originalmente em meados da década de 90 como uma resposta a disputas decorrentes da expansão do comércio eletrônico. Durante esse período, a *web* estava se expandindo para usos comerciais, tornando-se um espaço ativo, criativo, crescente e, às vezes, lucrativo. Um ambiente assim, com um número significativo de transações e interações (onde os relacionamentos são facilmente formados e facilmente rompidos), parecia suscetível de gerar disputas. Ao mesmo tempo, também ficou claro que as divergências emergentes das atividades *on-line* não podiam ser resolvidas pelos canais *off-line*

⁹ Como informa relatório da Comissão europeia: “A Comissão lançou a plataforma ODR em janeiro de 2016. A plataforma foi aberta ao público em 15 de fevereiro de 2016. Na construção da plataforma, a Comissão foi apoiada por um grupo de especialistas composto por especialistas em ODR designados pelos Estados-Membros. Antes do lançamento da plataforma, a Comissão havia realizado três exercícios de teste abrangentes. O fluxo de trabalho da plataforma é prescrito no Regulamento ODR. A Comissão projetou, portanto, as várias interfaces da plataforma de acordo com essas especificações legais. [...] A ADR e a ODR do consumidor tornaram-se parte integrante da caixa de ferramentas da UE para a aplicação pública e privada da lei do consumidor. Hoje, os consumidores da UE têm acesso a procedimentos de ADR de alta qualidade em toda a União e em praticamente todos os setores de varejo, independentemente de a disputa ser doméstica ou transfronteiriça e se a compra foi feita *on-line* ou *off-line*. A plataforma europeia de ODR fornece um *hub* centralizado e multilíngue para resolver disputas *on-line*, desencadeando uma solução direta em até 42% dos casos. No entanto, cerca de um ano após a cobertura total de ADR ter sido alcançada e três anos e meio após o lançamento da plataforma ODR, a estrutura de ADR/ODR é subutilizada e ainda não atingiu todo o seu potencial. Os desafios atuais incluem a percepção de ADRs, a navegabilidade dos cenários nacionais de ADRs e a adoção de ADRs pelos comerciantes. Além disso, atualmente o fluxo de trabalho na plataforma ODR reflete apenas parcialmente as necessidades demonstradas pelo usuário.” (tradução livre). TRANHOLM-MIKKELSEN, Jeppe. *Report from the commission to the european parliament, the council and the european economic and social committee on the application of directive 2013/11/eu of the european parliament and of the council on alternative dispute resolution for consumer disputes and regulation (eu) no 524/2013 of the european parliament and of the council on online dispute resolution for consumer disputes*. Bruxelas: Council of the European Union. out. 2019.

tradicionais. Com as partes provavelmente afastadas uma da outra e incapazes de se encontrar cara a cara, essas novas disputas só poderiam ser resolvidas *on-line*. Isso significava que novas ferramentas e recursos que exploravam os recursos de comunicação digital e processamento de informações pelos computadores tinham que ser desenvolvidos (KATSH; RULE, 2016, p. 329, tradução livre).

O surgimento da ODR, contudo, não se relaciona, de forma direta, com as técnicas alternativas de resolução de conflitos (ADRs), pois, “originalmente, a intenção da ODR não era deslocar, desafiar ou romper um regime legal existente ou processos de ADR conhecidos. Em vez disso, sua meta era preencher o vácuo envolvendo disputas *on-line* em que o direito estava ausente ou era inadequado” (KATSH; RULE, 2016, p. 329, tradução livre).

Isso deve afastar, ainda que parcialmente, a ideia de que as técnicas *on-line* de resolução de conflitos (ODRs) estariam submetidas à mesma racionalidade das técnicas alternativas (ADRs) implementadas mediante o emprego parcial ou total de sua adoção em suporte informático (FEIGELSON; FURNALETO NETO, CARMO, 2019).

No entanto, os desenvolvimentos do ODR não se assemelham mais ao ADR, pois os sistemas da ODR não apenas espelham processos convencionais de ADR para um ambiente *on-line*. Em vez disso, várias ferramentas de ODR usam inteligência artificial para apoiar e facilitar diretamente a resolução de disputas, substituindo assim o facilitador humano. O *software* ODR pode apoiar a negociação por meio da correspondência de interesses específicos com soluções em potencial ou o fornecimento de diagnóstico de problemas personalizado para o indivíduo (QUEK ANDERSON, 2019).

Isso demonstra que, ao buscar dimensionar problemas, os profissionais da tecnologia, em diálogo com os juristas, conseguem pensar em novas vias que não estariam abarcadas pelo modelo tradicional de *ADR ou processual jurisdicional*, com adaptações procedimentais viáveis, de modo a se perceber que a *ODR* não pode simplesmente ser pensada sob os limites de uma reprodução dos meios já existentes, mas com novas potencialidades, desde que se respeitem os limites da normatividade e de nosso modelo democrático de processo.

Como os sistemas de Resolução de Conflitos (*Dispute Systems Design - DSD*) giram em torno da comunicação, processamento e gerenciamento de informações, o emprego da tecnologia se alia, de modo natural, a um processo intensivo de debate, e, nas *ODRs*, a tônica é a de se estabelecer plataformas de dimensionamento de conflitos com comunicação baseada em interesses dos usuários (RABINOVICH-EINY; KATSH, 2012), por vezes parametrizados com alta acuidade (NUNES; BAHIA; PEDRON, 2020).

Como explicam Katsh e Rabinovich-Einy, a *ODR* oferece a oportunidade de analisar grandes quantidades de dados sobre padrões de disputas a baixo custo, permitindo maior controle sobre o funcionamento dos processos de resolução de disputas e ajudando a determinar as causas subjacentes das disputas. Essas características da *ODR* mudam cumulativamente o foco da resolução de disputas. Como pontuam:

Ao passar da intervenção humana para o *software*, a *ODR* é capaz de lidar com um número extremamente grande de disputas, com resultados rápidos e de baixo custo. A coleta de dados por meio da *ODR* também fornece os meios para o desenvolvimento e aprimoramento de algoritmos que podem identificar padrões nas fontes de disputas (por exemplo, políticas ambíguas de remessa dos vendedores) ou na eficácia de várias estratégias para a resolução de disputas (por exemplo, o es-

tágio em que a resolução de disputas é oferecida pela primeira vez), que pode ser empregada para evitar disputas e melhorar os processos de resolução de disputas. O escopo e a capacidade da Quarta Parte (uma metáfora da ODR usada na resolução de disputas) estão atualmente no meio de uma transição altamente significativa: de aplicativos que se concentram na comunicação e conveniência a *software* que emprega algoritmos e explora a inteligência de máquinas. Às vezes, isso pode remover a necessidade de um mediador, representante de atendimento ao cliente ou outro manipulador de disputas. É a isso que nos referimos como a mudança da intervenção humana para uma assistida por *software* e de um processo que simplesmente facilita a comunicação de informações para uma que as processa. [...] a mudança de processos que valorizam a confidencialidade na resolução de disputas para processos que também se concentram na coleta e uso de dados cria uma nova oportunidade para redirecionar a atenção para a prevenção. A documentação dos dados em formato digital apresenta novos riscos à privacidade e contraria as premissas que moldaram as ADRs presenciais, em que a privacidade dos procedimentos foi considerada um recurso central e resultou em documentação mínima e falta de transparência nos procedimentos e seus resultados. No entanto, a coleta de dados também permite o controle de qualidade do *design* de *software* e da tomada de decisão humana de maneiras que nem sempre estão presentes ou são possíveis nos tribunais. Esse monitoramento pode permitir, por exemplo, um estudo do impacto do desenho processual dos vários elementos do sistema ODR em diferentes tipos de disputantes (RABINOVICH-EINY; KATSH, 2017, p. 47, tradução livre).

Não se pode ainda negligenciar que o interesse que desencadeia a implementação de *ODRs* nem sempre se dá com o propósito de se adotar um ambiente normativamente correto (em devido processo constitucional) para persecução da auto ou heterocomposição. Ainda não se pode esquecer que, muitas vezes, a construção de uma plataforma de ODR é levada a cabo pela própria parte envolvida no litígio que, seguramente, de posse de privilégios

informacionais, poderá programá-la para favorecer seus próprios propósitos.

Na primeira hipótese, poderíamos pensar na plataforma idealizada no início dos anos 2000 para resolução dos conflitos ocorridos no *site* eBay. Ela é ovacionada no mundo inteiro pelos seus resultados ao chegar a dimensionar mais de 60 milhões de conflitos num único ano, com altíssima taxa de satisfação.

Em 2003, anos após a adoção do sistema Square Trade (1996), o eBay decidiu desenvolver sistemas ODR internos e contratou Colin Rule como diretor de projeto. Lançou um sistema interno de negociação automatizada para disputas de tipos específicos (Modria) de problemas. Em todos os casos, o eBay descobriu que as disputas ocorrem principalmente devido a falhas de comunicação e que a transferência de informações importantes pode esclarecer a natureza do problema e auxiliar na atribuição de responsabilidades e criação de uma solução. Como pontuam Rabinovitch e Katsh, “o volume de transações e a natureza repetitiva e simples dessas disputas permitiram ao eBay formular formatos fixos que podem ser programados e não requerem intervenção humana para resolver estes problemas” (RABINOVICH-EINY; KATSH, 2017, p. 174, tradução livre). Em 2017, Modria foi adquirida pela Tyler Technologies, maior empresa de *software* que opera nos Estados Unidos no seguimento, ampliando as aplicações (RABINOVICH-EINY; KATSH, 2017).

A plataforma de ODR estruturada por Rule (Modria), como explica Ben Barton, “tenta solucionar substantivamente e, também, financeiramente as disputas. Começa com um “módulo de diagnóstico” que reúne informações relevantes. Um “módulo de negociação” resume as áreas de acordo e desacordo e faz sugestões para resolver o problema. Se isso não resultar em liquidação, um “módulo de mediação” com um terceiro neutro começa, e a etapa

final é a arbitragem.¹⁰ Modria afirma que a “grande maioria” das reivindicações é resolvida nas duas primeiras etapas sem que um humano se envolva.” (BARTON, 2015; RABINOVICH-EINY; KATSH, 2017, p. 201-202). Em síntese, percebe-se que se fundou uma nova proposta de fase de cognição modular adaptada por tecnologia: 1ª etapa: “módulo de diagnóstico”, que reúne informações relevantes e supre os déficits informacionais das partes, inclusive com autoajuda tecnológica, e que poderá inclusive permitir acesso a provas. Tal etapa é essencial para garantir isonomia e pode, tal qual uma antecipação de provas autônoma, impedir a continuidade do litígio; 2ª etapa: “módulo de negociação facilitada por tecnologia” mediante a qual a tecnologia se apresenta como quarta parte (KATSH, 2001), que auxilia os contendores na obtenção de acordo a partir de uma oferta de propostas embasada nos interesses devidamente parametrizados pela infinidade de dados das negociações do passado; 3ª etapa: Frustradas as etapas anteriores, passa-se a uma etapa de conciliação/mediação mediada por profissionais humanos; 4ª etapa: decisória mediante a análise do caso. Tal decisão pode ser assistida por algum modelo algoritmo ou conduzida mediante a análise tradicional de cotejo de fatos/provas/fundamentos jurídicos. Essa estrutura modular da cognição inspira os principais modelos privados e de tribunais *on-line* em operação no mundo.

No entanto, como Katsh e Rule (2016) confessam, seus propósitos nunca foram o de se criar uma plataforma excepcional em termos de correção, mas induzir maior engajamento e negociações no próprio eBay, o que se vislumbra tanto naqueles que conseguem uma solução positiva ou mesmo para os que se frustram em suas pretensões.

¹⁰ A estruturação em módulos explica a adoção do nome Modria, que significa *Modular on-line dispute resolution implementation assistant* (Assistente de implementação de resolução de disputas *on-line* modular).

Para além dos impactos e riscos do paradigma do neoliberalismo processual discutidas em outras sedes (NUNES; BAHIA; PEDRON, 2008), talvez a assertiva de Susskind, em sua última obra, tenha alguma pertinência, no sentido de que os cidadãos não querem tribunais, mas sim os resultados trazidos por eles (NUNES; MALONE, 2020), de modo que, se esses resultados puderem ser ofertados de novas maneiras, que sejam menos onerosas, melhores, mais rápidas ou mais práticas do que os tribunais de hoje, os usuários dos tribunais mudarão para tais alternativas (SUSSKINK, 2019). Ademais, é preciso, como já se defende há bastante tempo, perceber que o direito processual deve possuir como protagonista os cidadãos, de modo que a tecnologia mediante a coleta da chamada experiência do usuário (*user experiences*) poderá auxiliar neste objetivo (RABINOVICH-EINY; KATSH, 2017).

Na segunda hipótese, temos litigantes habituais que criam plataformas que já apresentam contatos e propostas pela via *on-line* (v.g. *chat bots*, mensagens diretas em redes sociais) que levam em consideração os dados padronizados de qual seria o futuro valor de condenação, e se programa uma negociação via *bots* hábil a fornecer ofertas que permitam chegar sempre a um acordo cujos importes de pagamento estejam subdimensionados. Alguns escritórios já criaram *legaltechs* que negociam diretamente com os consumidores. Como dito, eles parametrizam os dados de seu massivo de casos e já negociam com juízos preditivos, estabelecendo uma quebra de 30 a 40% do valor a que seriam condenados caso a decisão fosse do Judiciário (que já sabem mediante um parâmetro jurimétrico). Alguns deles fazem milhares de acordos a cada semestre. Perceba que, nessa hipótese, se prescinde da 1ª etapa de busca de isonomia informacional entre as partes e se abusa desta falta de conhecimento para potencializar os resultados. Ademais, fere claramente os princípios

da transparência e da participação informada,¹¹ em face do evidente encobrimento dos interesses das partes mediante omissão de informações essenciais, que dificultam a atuação daqueles que têm mais dificuldade de compreender o funcionamento dos mecanismos tecnológicos (QUEK ANDERSON, 2019).

Uma outra possibilidade é do uso da ODR incorporado aos processos judiciais, que atende, como primeiro passo, à adaptação aqui proposta. Pontue-se que Susskind (2019) defende um afastamento dos conceitos entre ODR e cortes *on-line*, na medida em que o emprego de tecnologia na jurisdição (justiça pública com decisões obrigatórias) não seria compatível com o uso privado das plataformas de resolução *on-line*, nos quais as decisões não teriam carga imperativa.

No entanto, a absorção pública, por vezes, emprega a mesma estrutura e principiologia da ODR, sem olvidar que suas decisões são efetivadas dentro da própria plataforma com satisfação até superior àquela obtida na jurisdição de inúmeros países, de modo que o afastamento aparenta mais uma percepção retórica do que efetiva. Ademais, seguindo o raciocínio, a conciliação/mediação incorporada pela legislação ao procedimento judicial (por exemplo no art. 334, CPC) desnaturaria sua natureza técnica e suas premissas decorrentes de seu berço nas ADRs.

Ademais, preferimos a abordagem mais ampliativa de Amsler, Martinez e Smith, para as quais:

¹¹ Como informa o National Center for Technology & Dispute Resolution, fundado em 1998 pelos professores de Direito da Universidade de Massachusetts, Ethan Katsh e Janet Rifkin: “No desenvolvimento e implementação de sistemas e processos de ODR, é feito um esforço ativo para garantir (1) divulgação explícita aos participantes de todas as informações sobre riscos e benefícios do processo, (2) a competência dos participantes para avaliar as informações sobre a participação no processo, (3) compreensão pelos participantes das informações; (4) sempre que possível, a aceitação voluntária pelos participantes dos riscos da participação; e sempre que o consentimento voluntário não for possível devido à natureza obrigatória da participação, isso será tornado transparente.” Acessível em: http://odr.info/ethics-and-odr/#_ftn1.

A resolução de disputas *on-line* é o uso da tecnologia da informação e comunicação para resolver disputas. Ela abrange uma ampla gama de ferramentas e mecanismos que diferem dos processos *off-line* em eficiência e tipo, e inclui arquivamento eletrônico e gerenciamento de fluxo de casos, negociação automatizada e assistida, ADR *on-line* e processos judiciais, e tomada de decisão assistida usando algoritmos. A tecnologia jurídica abrange avanços nas plataformas de provedores, *chatbots* legais, inteligência artificial aplicada à regulamentação legal e análises preditivas. A resolução de disputas *on-line* tem muitos exemplos de inovação. [...] O Conselho de Apelações Fiscais de Ohio oferece um processo de diagnóstico *on-line* para que um contribuinte insira dados relevantes e avalie a probabilidade de um recurso bem-sucedido por meio do uso de *big data*. Ayelet Sela traça a natureza interdisciplinar e a evolução da resolução de disputas *on-line*, envolvendo não apenas procedimentos e infraestrutura legais, mas também ciência da computação, psicologia, negócios (reparação de clientes), engenharia e medicina. O surgimento do *Blockchain* e o *design* de contratos inteligentes implica outro caminho para a solução de disputas *on-line*. Sela examina as diferenças nos tipos de processos que as partes experimentam na mediação e arbitragem *on-line versus* seus equivalentes pessoalmente, constatando que os participantes preferem o *software* quando o controle da decisão permanece com as partes, mas preferem a intervenção humana quando o controle da decisão é transferido para um terceiro árbitro. Essas observações refletem o grau de autonomia possível com a resolução de disputas *on-line* e as expectativas que os disputantes trazem à sua experiência. [...] As aplicações potenciais da resolução de disputas *on-line* são vastas [...]. É importante lembrar que esta pesquisa é, necessariamente, incompleta. As pessoas continuam a criar novas maneiras de se comunicar e lidar com conflitos (AMSLER; MARTINEZ; SMITH, 2020, tradução livre).

Pontue-se que a presidente do CRT Canadense, Tribunal administrativo que comentaremos à frente, defende que o “potencial transformador da ODR só será realizado quando a ODR estiver

totalmente integrada aos processos de justiça pública” (SALTER, 2017, p. 114, tradução livre).

No Brasil, este uso pode ser exemplificado no já referido caso da recuperação judicial da OI S/A, que viabilizou, *mediante a incorporação da tecnologia ao procedimento*, mais de 46.000 acordos (CURY, 2020). Ainda temos o embrionário uso da plataforma consumidor.gov na fase inicial nos processos eletrônicos do TJDFT e TRF1.¹²

No direito estrangeiro, temos inúmeros exemplos, sendo um dos mais destacados o sistema ODR em camadas e modular do Tribunal de Resolução Civil (CRT)¹³ da Colúmbia Britânica. Um aspecto que precisa ser salientado, como pontua a presidente do CRT Shannon Salter, é que a ODR, na jurisdição, exige adaptações, visto que:

[...] sistemas ODR privados podem selecionar seus usuários automaticamente. No contexto de disputas de comércio eletrônico, isso significa que 100% dos usuários chegam ao sistema ODR dispostos e capazes de acessar a tecnologia. No entanto, os processos do sistema de justiça pública devem garantir que todos possam participar, com todos os seus atributos e desafios únicos. Isso provavelmente significará a criação de processos *off-line* auxiliares para acomodar a população em geral, mesmo que isso adicione custo e complexidade. Por exemplo, portanto, é necessário que a CRT forneça acesso aos serviços por correio ou telefone, apesar do foco do tribunal na prestação de serviços *on-line*. Da mesma forma, os processos de justiça pública devem acomodar as necessidades de pessoas com problemas de alfabetização ou linguagem, deficiência visual, auditiva ou outras deficiências e problemas de saúde mental. [...] Além disso, os sistemas privados de ODR podem elaborar suas próprias regras

¹² CNJ, Projeto piloto marca integração entre PJe e Consumidor.gov.br. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/projeto-piloto-marca-integracao-entre-pje-e-consumidor-gov-br/>.

¹³ <https://civilresolutionbc.ca/>.

internas, inclusive as probatórias e processuais, sem estarem sujeitas ao peso da lei comum. Esse não é o caso dos sistemas públicos de ODR, que devem projetar cuidadosamente a tecnologia que navega cuidadosamente e respeita os princípios legais aplicáveis e as disposições estatutárias. No contexto da CRT, a aplicação dos requisitos do direito administrativo à arquitetura de um sistema de *software* apresenta alguns desafios (SALTER, 2017, p. 116-117, tradução livre).

Nessa perspectiva, a tese de Katsh e Rifkin (2001) de enxergar a tecnologia como quarta parte (somados aos demais sujeitos processuais) pode entrar em destaque, já que o sistema de ODR incorporado ao processo judicial eletrônico tem um impacto de transformação no escopo e na natureza da abordagem do processo e do tribunal à resolução de disputas e em sua própria interação com as partes (QUEK ANDERSON, 2019). Ele substituiu algumas das funções existentes dos tribunais, como gerenciamento de casos e encaminhamento de casos para ADR, liberando recursos para intervenção humana mais direcionada pelos tribunais.

Além disso, a quarta parte adicionou mais funções ao tribunal, fornecendo recursos para autoajuda e diagnóstico de problemas.

A incorporação da tecnologia ao procedimento (ODR e processo judicial) pode representar um novo passo para a ideia do modelo multiportas, inaugurada no célebre estudo de Sander (1979). Como pontua Quek Anderson, embasada em Sorabji:

Sander previa que um tribunal desempenhasse o papel de triagem de casos e combinasse a disputa em particular com o processo de resolução de disputas mais apropriado. No entanto, o advento da ODR modificou a arquitetura do sistema judicial de um tribunal com várias portas para um processo completo de ponta a ponta. Como observou o comentarista inglês Sorabji, o futuro Tribunal de Soluções *On-line* na Inglaterra é projetado como um 'tribunal sequencial de várias portas', pois o tribunal não está mais correspondendo uma dis-

puta a um processo, mas organizando que as disputas passem por diferentes processos em etapas (SORABJI, 2017, p. 86-100, tradução livre).

A questão deste uso de abordagens típicas da ODR incorporada aos Tribunais induz novas perspectivas, em especial, se os mesmos priorizarem o devido processo, com adoção de transparência e participação informada, se permitirem o *opt-out* (autoexclusão da fase de ODR em hipóteses específicas), e se viabilizarem a participação de facilitadores humanos para fornecer assistência ao vivo quando requerido pelas partes (QUEK ANDERSON, 2019); diversamente das anteriores plataformas privadas que partem de pressupostos diversos, como acima indicadas.

Apesar de não acreditar na percepção romântica (apesar de possível) de que a tecnologia poderá nivelar o campo processual entre os sofisticados ligantes habituais e os litigantes eventuais, pois, como já defendi em outras sedes (NUNES; MEDEIROS, 2018), a tendência evidente é de ampliação da desigualdade informacional, caso os tribunais percebam adequadamente a interação tecnológica e coloquem como objetivo a isonomia entre as partes e o devido processo, os riscos poderão ser mitigados.

Como exemplo, ao perceber um índice de inadimplência entre 80 e 90% na cobrança de dívidas, o Estado de Nova York, mediante a Comissão Permanente de Acesso à Justiça, desenvolveu um projeto piloto de ODR junto aos tribunais e com participação de sua associação de advogados (ABA). Mas, mesmo com o intuito de reduzir a inadimplência, ou seja, satisfazer o credor, o projeto tem como diretriz a preservação dos direitos do consumidor e a redução de seu desequilíbrio de poder nas negociações (RABINOVICH-EINY; KATSH, 2017).

Por fim, precisamos perceber, com Ayelet Sela, que os diversos modelos de ODR e seus diferentes propósitos talvez

impeçam uma normatização única, em face da diversidade de finalidades que colocam em tensão compensações diferentes entre precisão e simplicidade, justiça e custo, acessibilidade e flexibilidade (SELA, 2017). No entanto, o respeito ao devido processo e o impedimento de usos que potencializam as vantagens econômicas e informacionais devem ser preocupações dos intérpretes do sistema jurídico. Não se pode permitir, assim, que o atual paradigma, que se limita à busca de resultados, seja o padrão no âmbito público e privado, pois:

a predominância do ‘paradigma da eficiência’ em direito e iniciativas tecnológicas e o fato de, até o momento, a maioria dos sistemas ODR serem projetados por prestadores de serviços privados (geralmente empresas) - parecem ter inclinado o pêndulo para o conceito de uso dos recursos. Atingir uma solução aceitável para uma disputa, sem necessariamente garantir ou promover a justiça em um sentido mais amplo, pode ser suficiente quando a alternativa não é uma resolução ou uma resolução desproporcionalmente cara. Este pode ser o caso quando a ODR é aplicada para abordar o mercado latente. No entanto, como o processo de integração das tecnologias de ODR nos tribunais e órgãos públicos ganham força, tecnologia e ODR incorporados aos processos de ADR, os prestadores de serviços ODR são obrigados a buscar maior legitimidade e colocar maior ênfase na entrega de justiça. Assim, para que os sistemas de ODR sejam amplamente adotados, questões de legitimidade, confiabilidade, devido processo, garantia de qualidade, ética e governança processual precisam ser abordados sistematicamente. Até o momento, nenhuma estrutura de governança organizada ou aplicável para ODR foi estabelecida para tornar substantiva e fazer cumprir os padrões de conduta da ODR, mediante regulamentação nacional ou internacional ou por autorregulação da indústria. No entanto, várias ‘arquiteturas de confiança’ foram propostas para legitimar e regulamentar ODR (SELA, 2017, p. 681, tradução livre).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente texto, puderam ser mostradas as etapas do emprego da tecnologia no direito processual, as tendências de emprego de técnicas idealizadas como ODRs e uma série de preocupações que o fenômeno envolve.

Ademais, insistimos no argumento de que a incorporação da tecnologia ao procedimento como meio de adequação procedimental, para além das tradicionais abordagens, pode representar um dos capítulos virtuosos da virada tecnológica no direito processual.

Ocorre que estamos diante de possibilidades ilimitadas que a tecnologia, em especial com o uso de IA, ofertará (*v.g.*) mediante a busca e análise automáticas de dados de conflitos que permitirão a percepção de tendências e padrões que antes não eram identificáveis; e que se encontravam insondáveis em bancos de dados desestruturados de um sem-número de litigantes e processos. Tais padrões incluem lições importantes sobre os cidadãos em conflito, seus hábitos, estratégias (inclusive de má-fé) e, mesmo, a prevenção de novas disputas mediante a adoção de técnicas processuais existentes e de delineamento de novas adaptadas/transformadas pelas tecnologias.

O objetivo deste texto foi apenas o de descortinar algumas possibilidades do uso das tecnologias que estão induzindo a já aludida virada tecnológica no direito processual e seu emprego por *legal techs* e *novas cortes on-line*.

A proposta é provocar o necessário interesse que a temática merece em face do fascínio que parcela dos tribunais e advocacia nutrem ao seu uso e das evidentes possibilidades de auxílio no dimensionamento dos conflitos; mas, por óbvio, buscando estabelecer os contrapontos necessários e a necessidade de controle normativo de seu emprego com transparência e *accountability*.

Como pode ser percebido, a tecnologia não é isenta de riscos; pelo contrário. A crença em sua neutralidade subestima: a) os problemas dos modos de coleta e tratamento de dados; b) opacidade, carência de *accountability* e explicabilidade de decisões automatizadas; c) sem olvidar dos riscos de ampliação da disparidade entre litigantes habituais e eventuais.

Pontue-se, por derradeiro, que aqui se afasta o *rejeicionismo irracional* ao fenômeno da virada, por aqueles menos afetos à tecnologia, visto que, gostando ou não, nos encontramos em uma trajetória irrefreável e a transformação que sofreremos nos próximos anos, em virtude das novas tecnologias empregadas ao Direito, deve ser estudada com rigor pelos juristas, e não ser rejeitada como se a mesma pudesse ser paralisada, sob pena de que a implementação de tais mecanismos seja orientada puramente pela ótica mercadológica e daqueles que possuem privilégio informacional.

REFERÊNCIAS

BARTON, B. *Modria and the future of dispute resolution*. Disponível em: <http://www.odreurope.com/news/articles/online-dispute-resolution/1172-modria-and-the-future-of-dispute-resolution>.

BURRELL, J. How the machine “thinks”: understanding opacity in machine learning algorithms. *Big Data & Society*, 6 jan. 2016.

CASO Lüth (BVerfGE 7, 198 – Lüth – Tribunal Constitucional Federal Alemão, Primeiro Senado, 15 de janeiro de 1958). Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rs19580115_1bvr040051.html.

CNJ. Projeto piloto marca integração entre PJe e Consumidor.gov.br. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/projeto-piloto-marca-integracao-entre-pje-e-consumidor-gov-br/>.

CURY, C. Um modelo transdisciplinar de solução de conflitos: direito e tecnologia no processo de recuperação judicial do *leading case* OI S.A. In: NUNES, D.; LUCON, P. H. S.; WOLKART, E. N. (Coord.). *Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: JusPodivm, 2020.

DIDIER JR., F.; CABRAL, A. P.; CUNHA, L. C. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: JusPodivm, 2018.

FARIA, G. H. L.; PEDRON, F. Q. Inteligência artificial, diretrizes éticas de utilização e negociação processual: um diálogo essencial para o direito brasileiro. In: NUNES, D.; LUCON, P. H. S.; WOLKART, E. N. (Coord.). *Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: JusPodivm, 2020.

FEIGELSON, B.; FURNALETO NETO, M.; CARMO, J. C. L. Resolução *on-line* de controvérsias: a conversão da cultura do litígio à cultura da autocomposição. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, v. 4, jul./set. 2019.

FENOLL, J. N. *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2018.

FOGG, B. J. *Persuasive technology using computers to change: what we think and do*. New York: Morgan Kaufmann, 2003.

FREEDMAN CONSULTING. A Pivotal Moment developing a new generation of technologists for the public interest. 2016. Disponível em: <http://tfreedmanconsulting.com/wp-content/uploads/2016/05/pivotalmoment.pdf>.

HAN, B.-C. *Psicopolítica: o neoliberalismo e as novas técnicas de poder*. Belo Horizonte: Ayiné, 2018.

HIRSCHL, R. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, 2006.

KANEHMAN, D.; SIBONY, O.; SUNSTEIN, C. *Ruído: uma falha no julgamento humano*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021.

KAPLAN, J. *Artificial intelligence: what everyone needs to know*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

KATSH, E.; RIFKIN, J. *On-line dispute resolution: resolving conflicts in cyberspace*. USA: Wiley Publishing, 2001.

KATSH, E.; RULE, C. What we know and need to know about on-line dispute resolution. *South Carolina Law Review*, 2016, v. 67.

MALONE, H.; NUNES, D. *Manual da justiça digital*. Salvador: JusPodivm, 2022.

MARTÍN, N. B. Algoritmos predictivos al servicio de la justicia: ¿una nueva forma de minimizar el riesgo y la incertidumbre? In: NUNES, D.; LUCON, P. H. S.; WOLKART, E. N. (Coord.). *Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: JusPodivm, 2020.

MAUS, I. O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martônio Lima e Paulo Albuquerque. *Revista Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, nov. 2000.

MELO, T.; MEDEIROS, R. Estudo exploratório sobre aplicação de técnica de análise semântica latente, para vinculação de processos judiciais a temas de repercussão geral e incidente de resolução de demanda repetitiva. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, v. 1, out./dez. 2018.

NUNES, D. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

NUNES, D. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil: diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades. *Revista de Processo*, v. 184, p. 109-140, jun./2010.

NUNES, D.; LUD, N.; PEDRON, F. *Desconfiando da (im)parcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing*. Salvador: JusPodivm, 2018.

NUNES, D.; MEDEIROS, N. Inteligência artificial - litigantes habituais e eventuais. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-20/opiniao-tecnologia-direito-litigantes-habituais-eventuais>.

NUNES, D.; BAHIA, A.; PEDRON, F. *Teoria Geral do Processo: com comentários da virada tecnológica do direito processual*. Salvador: JusPodivm, 2020.

NUNES, D.; MARQUES, A. L. P. C. Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. *Revista de Processo*, v. 285, nov./2018.

NUNES, D.; ANDRADE, T. C. Tecnologia e execução: atualidades e tendências. In: NUNES, D.; LUCON, P. H. S.; WOLKART, E. N. (Coord.). *Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: JusPodivm, 2020.

QUEK ANDERSON, D. Ethical concerns in court-connected on-line dispute resolution. *International Journal of On-line Dispute Resolution*. 5, (1-2), 21, 2019.

QUEK ANDERSON, D. The convergence of ADR and ODR in the courts: The impact on access to Justice. *Civil Justice Quarterly*, v. 38, n. 1, p. 126-143, 2019.

RABINOVICH-EINY, O.; KATSH, E. *Digital Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

RABINOVICH-EINY, O.; KATSH, E. The new new courts. *American University Law Review*, v. 67, 2017.

SALTER, S. On-line dispute resolution and justice system integration: British Columbia's civil resolution tribunal. *Windsor Yearbook of Access to Justice*, v. 34, 2017.

SANDER, F. *Varieties of dispute processing in The Pound Conference: perspectives on justice in the future*. Minnesota: West Publishing Company, 1979.

SELA, A. The effect of on-line technologies on dispute resolution system design: antecedents, current trends and future directions. *Lewis & Clark Law Review*, v. 21, 2017.

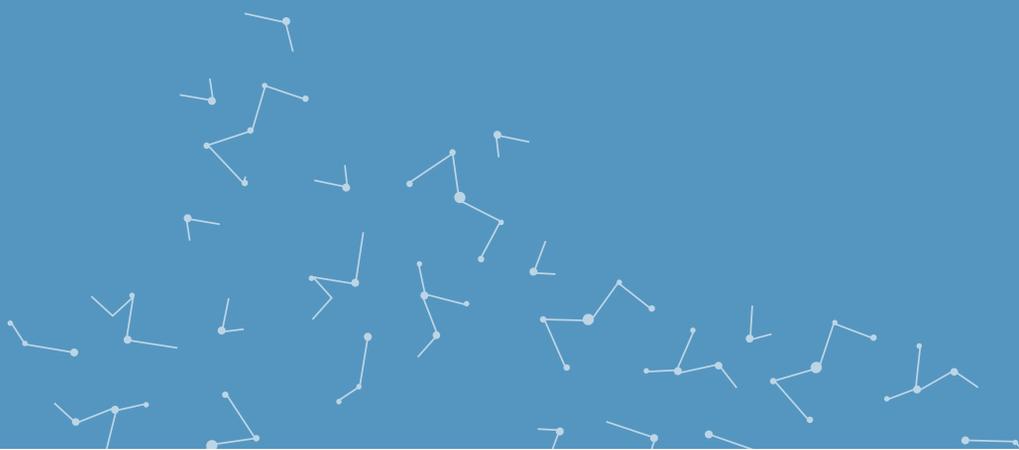
SOBOWALE, J. How artificial intelligence is transforming the legal profession. Disponível em: http://www.abajournal.com/magazine/article/how_artificial_intelligence_is_transforming_the_legal_profession.

SUSSKIND, R. *On-line courts and the future of justice*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

VILLANI, C. *Donner uns sens à l'intelligence artificielle: pour une stratégie nationale et européenne*. 2018.



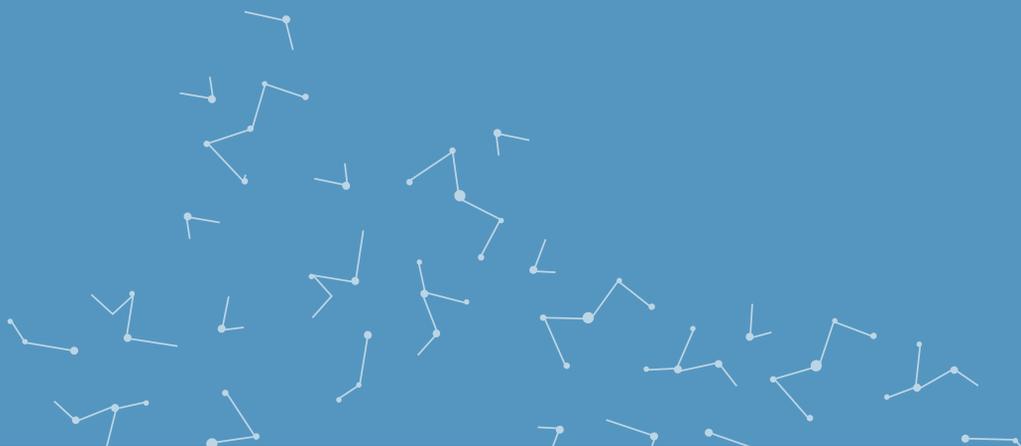


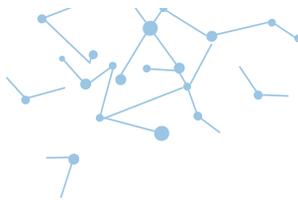


**LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DESAFIO
DA REGULAÇÃO DO DISCURSO DO
ÓDIO NAS MÍDIAS SOCIAIS: evolução e
perspectivas na Alemanha, Brasil e Europa**

***FREEDOM OF EXPRESSION AND THE
CHALLENGE OF REGULATING HATE SPEECH
IN SOCIAL NETWORKS : evolution and
perspectives in Germany, Brazil and Europe***







**LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O
DESAFIO DA REGULAÇÃO DO DISCURSO
DO ÓDIO NAS MÍDIAS SOCIAIS:
evolução e perspectivas na
Alemanha, Brasil e Europa¹**

***FREEDOM OF EXPRESSION AND THE
CHALLENGE OF REGULATING HATE
SPEECH IN SOCIAL NETWORKS:
evolution and perspectives in
Germany, Brazil and Europe***

Ingo Wolfgang Sarlet²

¹ O presente artigo não é inédito, tendo sido publicado anteriormente em outros periódicos, na forma atual ou ajustada em maior ou menor medida, ademais de levar em conta a evolução até 2019. O autor agradece ao DAAD – Serviço de Intercâmbio Acadêmico Alemão, pelo auxílio financeiro que propiciou sua participação, como palestrante, no Congresso Bienal dos Centros de Estudos Europeus e Alemães, realizado em Berlim, em dezembro de 2018, onde discorreu sobre o tema. Agradecimentos também são devidos à minha esposa, Gabrielle Bezerra Sales Sarlet, pelo auxílio na pesquisa de algumas das fontes bibliográficas que muito enriqueceram o texto.

² Professor Titular da Escola de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS. Desembargador aposentado do TJRS. Advogado.

RESUMO

O assim chamado discurso do ódio, mesmo não sendo, como tal, um fenômeno novo, ganhou a dimensão de um problema mundial, com um impacto crescente e mais devastador, gerando a necessidade urgente de adequada regulação, em termos de prevenção e proibição, o que deve se dar em nível nacional e internacional. Um dos maiores desafios é o de achar um equilíbrio adequado entre a liberdade fundamental de expressão e a proteção da dignidade da pessoa humana e os direitos de personalidade, contra toda e qualquer manifestação que possa ser enquadrada no conceito de discurso do ódio. Nesse sentido, o objetivo do presente texto é o de discutir o problema, à luz da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos (o caso *Belkacem vs. Bélgica*) (*the Belkacem vs. Belgium decision*), o recente *German Act to Improve Enforcement of the Law in Social Networks* (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz – German Network Enforcement Act*) e a ordem constitucional brasileira.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Discurso do ódio. Mídias sociais. Alemanha. Brasil. Europa. Tribunais superiores.

ABSTRACT

Hate speech, although not being, as such, a recent phenomenon, became a worldwide challenge, with increasing and more devastating impact, attracting the urgent need of adequate regulation in terms of prevention and interdiction, something to be at national and transnational level. One of the major challenges is to find the proper balancing between the fundamental freedom of expression and the protection of human dignity and personality rights against any kind of manifestation that is qualified as hate speech. In this sense, the aim of this paper is to discuss the problem in light of the European Court

of Human Rights case law (the *Belkacem vs. Belgium* decision), the recently enacted German Act to Improve Enforcement of the Law in Social Networks (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz – German Network Enforcement Act*) and the Brazilian constitutional order.

Keywords: Freedom of expression. Hate speech. Social media. European Court of Human Rights. German Network Enforcement Act.

1 INTRODUÇÃO, DELIMITAÇÃO DO TEMA E DO PROBLEMA

Que o ódio e sua veiculação pelas mais diversas formas não é um fenômeno novo, já existindo onde se faz presente mais de uma pessoa, mas segue, cada vez mais e especialmente, em virtude do potencial de difusão da internet, atingindo dimensões de alto impacto, não parece ser objeto de maior discordância. Pelo contrário, cuida-se de algo presente em nosso dia a dia e que tem tido consequências devastadoras sobre a vida de inúmeros indivíduos, famílias e coletividades, sem falar no impacto sobre a sociedade, economia, política e cultura. Para ilustrar tal fenômeno, basta apontar o recrudescimento das manifestações e ações de caráter xenófobo e racista, assim como a violência moral, e mesmo física, direcionada a minorias religiosas, ou então guiada por preconceitos ligados ao gênero, orientação sexual, entre outros.

De modo a promover aqui, e desde logo, um acordo semântico, sabendo-se da polêmica que envolve a adoção de um conceito aberto e abrangente, o discurso de ódio envolve todos os casos que expressam manifestações voltadas para a cultura da humilhação, englobando ações como *cyberbullying*, *revenge porn* e o assim chamado linchamento virtual (TAKIMOTO, 2017). Note-se que, de acordo com recomendação do Conselho da Europa – de crucial

relevância também para o presente texto – cada expressão que divulga, incita, promove ou justifica ódio racial, xenofobia, antissemitismo, ou qualquer outra forma de intolerância, incluindo intolerância causada por um nacionalismo de cunho agressivo, etnocentrismo ou hostilidade em relação a minorias, imigrantes e pessoas de origem estrangeira, é considerada uma espécie de discurso do ódio.³

No caso do ambiente digital, em especial a partir da versão 2.0 da Internet e de sua abertura, destacando-se, no contexto, as assim chamadas mídias sociais e os provedores de pesquisa e compartilhamento, as dimensões temporal e espacial restaram substancial e irreversivelmente (salvo alguma mudança que, por ora, não se pode divisar), visto ser o ambiente da internet, cada vez mais, um fenômeno global e onipresente.

Ainda em caráter preliminar e aproximando-nos mais do nosso objeto, é sabido que manifestações de ódio, na internet, geralmente causam efeitos nefastos, visto que afetam não apenas os indivíduos, em especial pertencentes a grupos vulneráveis, quanto reforçam estruturas sociais que supostamente legitimam condutas discriminatórias, sejam individuais, sejam institucionais (THWEATT, 2001). Assim, se, numa perspectiva individual, são comuns efeitos como depressão, baixa autoestima, tentativas de suicídio, autoexclusão e automutilação pelas pessoas vitimadas, numa perspectiva coletiva, quando o ódio é destilado contra determinados grupos sociais, o impacto perverso envolve uma espécie de efeito difuso, porquanto toda e qualquer ofensa é, em geral, destinada a provocar o desgaste dos laços de pertencimento social (WALDRON, 2012, p. 5).

³ Cf. *Recomendação do Conselho da Europa (European Council Recommendation) nº 97/20*, é de ser considerada uma forma de discurso do ódio “Every expression that spread, incite, promote or justify racial hate, xenophobia, anti-semitism or any other form of intolerance, including intolerance caused by aggressive nationalism and ethnocentrism, discrimination or hostility against minorities, migrants and people from foreign origin”.

Nesse contexto, o discurso do ódio (assim como o fenômeno – em parte correlato – das *fake news*, da desinformação) acirra sectarismos, instila a divisão social, gera níveis preocupantes de instabilidade política e mesmo representa, cada vez mais, ameaças concretas para a democracia. Para tanto, basta lançar um olhar sobre o avanço dos extremismos e radicalizações sociais e políticas em todo o mundo, inclusive – e, para o nosso efeito – em especial na Alemanha, Europa e no Brasil, onde se verificam níveis maiores de populismo, ademais de uma ampliação dos movimentos de natureza neofascista, dentre outros.

Na perspectiva do Direito, um dos principais desafios é o de buscar assegurar um equilíbrio entre o exercício pleno da liberdade de expressão, nas suas mais diversas dimensões, por um lado, e a necessária proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos de personalidade, por outro, mas também o de operar como instrumento para a afirmação, do ponto de vista transindividual, de um ambiente com níveis satisfatórios de tolerância e reconhecimento. Sem isso, o próprio Estado Democrático de Direito, necessariamente livre, plural e igualitário, estará em risco. Não é à toa que Frank Michelman (2007, p. 49 *et seq.*) sublinha que a relação entre democracia e liberdade de expressão é de um recíproco condicionamento e assume um caráter complementar, dialético e dinâmico, de modo que, embora mais democracia possa, muitas vezes, significar mais liberdade de expressão e vice-versa (mais liberdade de expressão indica mais democracia), também é correto que a liberdade de expressão pode acarretar riscos para a democracia e que, por sua vez, pode comprometer a liberdade de expressão.

É claro que, conforme referido, a possibilidade de o Estado, ou a comunidade, poderem regular o conteúdo da liberdade de expressão e as suas formas de veiculação é assunto de alta sensibilidade e complexidade, além de não ser novo. Pelo menos, desde

a Declaração de Direitos Inglesa de 1689 (embora não com o *status* de um direito fundamental constitucional), a liberdade de expressão (incluindo a de informação) ostenta lugar cimeiro, nos catálogos das constituições dos Estados Democráticos, e assume a condição de direito humano, nos tratados internacionais de nível universal (ONU) e regional, como é o caso, para o nosso propósito, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, Carta Europeia de Direitos Fundamentais e da Declaração Interamericana de Direitos Humanos.

Nesse contexto, seja em sede internacional (supranacional), seja no plano doméstico, diversas medidas têm sido tomadas pelas instâncias legislativas, executivas e judiciárias, medidas que, todavia, nem sempre são adequadas, do ponto de vista da sua eficácia, mas também são controversas, no que diz com a sua legitimidade jurídica, em especial quando avaliadas na perspectiva dos catálogos de direitos humanos e fundamentais.

Os problemas que se têm apresentado e reclamam equacionamento, bem como os respectivos desafios, são muitos e aqui apenas podem ser analisados à luz de alguns exemplos. Assim, o que se busca é identificar, discutir e avaliar se e em que medida a regulação, em sede legislativa e administrativa, assim como – e aqui com particular destaque – a intervenção dos tribunais, tem sido capaz de, ao mesmo tempo, assegurar, com vigor e eficácia, a liberdade de expressão, mas combater os eventuais abusos naquilo em que se envereda pelo assim chamado discurso do ódio no ambiente digital.

Mesmo que não se possam mais diferenciar claramente as dimensões *off-line* e *on-line*, grande e cada vez maior volume do que se encontra, em bancos de dados e publicações originalmente não digitais, acaba sendo digitalizado e circula pela internet, com todo o impacto que é peculiar a tal ambiente.

Contudo, além do problema jurídico-político de se, como e o quanto se pode, ou mesmo se deve intervir na liberdade de expressão, coloca-se o desafio, relativamente à eficácia e efetividade da regulação, tendo em conta, entre outros aspectos, o fato de que soluções locais, ou mesmo regionais, por si sós se apresentam como difíceis e que um *enforcement* minimamente eficaz, no plano global, por ora, se revela praticamente inviável, independentemente da interrogação se se trata de algo desejável.

Certo é que não apenas o poder público (nacional e supranacional), mas também os próprios atores privados (incluindo os gigantes da internet como Facebook, Google, etc.) estão cientes dos perigos e riscos gerados pelo discurso do ódio, como têm implementado um sem número de interessantes e criativas – muito embora não necessariamente incontroversas – iniciativas. Além disso, juízes e tribunais encontram-se quase que soterrados de causas relacionadas ao tema, nas mais variadas esferas do Direito, instados a intervir nas opções (ou omissões) legislativas e administrativas, bem como decidir sobre os conflitos entre os particulares e o Estado e os atores privados entre si, produzindo um manancial jurisprudencial como nunca antes visto sobre o tema.

Na perspectiva legislativa, um exemplo a ser destacado (e não como necessariamente positivo ou negativo, à primeira vista) é o da recente legislação alemã, para a regulação de conteúdo abusivo na internet, no que diz com as grandes mídias sociais, o assim chamado *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* (*Act to Improve Enforcement of the Law in Social Networks*, doravante referido como *German Network Enforcement Act - GNEA*), de 1º/9/2017.

Diferentemente do que se verificou na Alemanha, no caso brasileiro, em que pesem os novos parâmetros do Marco Civil da Internet e da Lei Geral de Proteção de Dados, que entra em vigor em 2020, inexistente um diploma legislativo específico, destinado a regular

o conteúdo das publicações *on-line*, nas mídias sociais, mas, sim, um conjunto de disposições normativas aplicáveis ao ponto, que, contudo, carecem de equacionamento, harmonização e até mesmo correções e ajustes.

No plano da Europa (em perspectiva transnacional), em especial no concernente ao espaço territorial de vigência da Carta Europeia de Direitos Fundamentais (apenas União Europeia) e da Convenção Europeia de Direitos Humanos, igualmente ainda não existe um marco normativo formal de caráter vinculativo específico, mas prescrições relacionadas à proteção de dados, que podem, a depender do caso, ser aplicadas ao problema do discurso do ódio, bem como algumas manifestações normativas, em sede do que se designa de um *soft law*, sobre o que voltaremos a nos manifestar.

Com ou sem regulação legislativa e administrativa específica, não faltam decisões judiciais sobre o tema, decisões que, de resto, em se tratando dos tribunais superiores nacionais e das instâncias judiciárias internacionais, têm estabelecido alguns parâmetros com os quais se pode ou não concordar, mas que necessitam ser cada vez mais expostos e discutidos.

Assim, o que se pretende é propiciar não apenas uma visão panorâmica sobre o estado da arte, na Alemanha e na Europa (na perspectiva nacional, transnacional e supranacional), mas também fornecer eventual subsídio para o avanço das discussões sobre o tema/problema no Brasil. Nesse sentido, a hipótese que aqui se enuncia é a de que, a despeito dos avanços significativos no plano regulatório, ademais de uma série de importantes decisões dos tribunais, existem lacunas importantes a serem colmatadas, que, embora a dificuldade de assegurar uma solução para todos os desafios, poderiam, pelo menos em alguma medida, aperfeiçoar o desempenho do nosso marco regulatório, em matéria legislativa e administrativa,

mas também por parte do Poder Judiciário, concernente ao enfrentamento eficaz do problema do discurso do ódio.

A escolha da Alemanha e da Europa – como ambientes jurídicos a serem analisados e avaliados, para efeitos de seu possível aproveitamento para o caso brasileiro – justifica-se, tanto pelo fato de que, no caso alemão, foi editada possivelmente a primeira (pelo menos a que por ora se tornou mais conhecida)⁴ legislação específica, para regular conteúdos nas mídias sociais, ao passo que, na segunda, em que pese a falta de uma regulação da mesma natureza (vinculativa e passível de invocação eficaz na esfera judiciária), diversas decisões – aqui selecionada uma das mais recentes e relevante para a presente análise – do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH).

Note-se que, também em nível do direito europeu, à míngua de diploma normativo específico, as cortes referidas têm lançado mão, como parâmetro de controle, dos direitos humanos e fundamentais contemplados na Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) e de outros diplomas normativos, como é o caso do Regulamento Geral Europeu de Proteção de Dados (RHEPD).

Antes, contudo, de investir na apresentação e exame do GNEA e da jurisprudência dos tribunais europeus, é o caso de iniciar com algumas notícias de caráter mais geral sobre a delicada e complexa relação entre a liberdade de expressão e de informação e outros direitos fundamentais, destacando-se os direitos de personalidade, na Alemanha, na Europa e no Brasil. Sem isso, não será possível, pelo menos não com a necessária correção, discutir os

⁴ Note-se que, entretanto, em 9/7/2019, foi aprovada, na França, lei que, inspirada diretamente no *German Network Enforcement Act*, obriga as redes sociais a retirar conteúdos que expressem discurso do ódio da internet. Todavia, não será aqui que teremos condições de comentar o novo diploma legal, em virtude do prazo para o fechamento do presente texto.

problemas específicos que envolvem o discurso do ódio e a sua regulação na internet.

2 NOTAS SOBRE O SEMPRE ATUAL PROBLEMA DAS TENSÕES/CONFLITOS ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS DEMAIS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ALEMANHA, EUROPA E BRASIL

Elementos essenciais de uma ordem democrática e corolários da tradição liberal-individualista que radica na base do moderno constitucionalismo, as liberdades de expressão e de reunião nunca deixaram de ser ameaçadas e violadas, carecendo de particular proteção, exigência que se agudiza em termos quantitativos e qualitativos no âmbito digital.

De importância cimeira, nesse contexto, é o papel assumido pela liberdade de expressão, nas mais diversas ordens jurídicas, com destaque, contudo, para o problema de qual a posição da liberdade de expressão, em termos de proteção estatal, em relação aos demais direitos fundamentais. As respostas, como se sabe, são diversas e existem elementos importantes em comum, ademais de uma crescente aproximação de modelos, por conta não apenas dos processos de recepção de experiências de outros países, mas também dos parâmetros estabelecidos na esfera do sistema internacional (universal e regional) de proteção dos direitos humanos e fundamentais.

Nessa perspectiva, não há como deixar de considerar – dadas as suas consequências para o enfrentamento e equacionamento dos problemas concretos – se a liberdade de expressão assume, ou não, uma posição preferencial em relação às demais liberdades e mesmo outros direitos fundamentais, e em que medida tal posição preferencial impacta os processos de ponderação, quando se trata de aferir a legitimidade jurídica de restrições à liberdade de expressão, em prol

da proteção de outros direitos fundamentais e/ou outros bens jurídicos de estatura constitucional.

A importância da discussão em torno do peso relacional da liberdade de expressão é que ela impacta diretamente o modo de enfrentamento dos problemas relativos ao discurso do ódio e de sua interdição. Nesse contexto, por sua vez, assume particular relevo a adoção de uma compreensão mais ou menos restritiva da definição jurídica do discurso do ódio, ou seja, dito de outro modo, a decisão a respeito de quais manifestações podem e quais não podem ser tidas como assim enquadradas e se – e até que ponto – podem ser reprimidas.

Importa sublinhar, nesta quadra, que as diferenças entre as ordens jurídicas, no que diz com a posição preferencial da liberdade de expressão em matéria – frise-se – do assim chamado discurso do ódio, chegam a ser significativas, como ocorre, *v.g.*, nos EUA, na Europa, na Alemanha e mesmo no Brasil, em especial quando em causa a negação do Holocausto.

No caso dos EUA, consoante já adiantado, a jurisprudência da Suprema Corte tem mantido firme o seu antigo entendimento, no que diz com a interpretação da Primeira Emenda (1791) à Constituição Federal de 1787, que, em regra, proíbe qualquer limitação da liberdade de expressão, assegurando-lhe uma forte posição preferencial na arquitetura constitucional e em face de outros direitos e bens constitucionais, atribuindo um sentido muito restritivo ao conceito de discurso do ódio para efeitos de sua interdição e sancionamento.⁵

⁵ Para o caso dos EUA, ver, numa perspectiva geral, ZICK, T. *The dynamic free speech clause: free speech and its relation to other constitutional rights*. New York: Oxford University Press, 2018; sobre o discurso do ódio, ver em especial WALDROM, J. *The harm in hate speech*. Cambridge, Massachusetts, London, England: Harvard University Press, 2012. Numa perspectiva comparada – EUA e Alemanha, ver entre outros BRUGGER, W. *Verbot oder Schutz von Hassrede?* AÖR 128, 2003, p. 372 and following. Do mesmo autor, ver também “Sollte Hassrede verboten oder geschützt werden? Ein Konflikt zwischen Deutschland und Amerika”, in: MEIER, Horst [Herausgeber]. *Rechtsradikale unter dem Schutz der Versammlungsfreiheit*.

Assim, nos EUA, mesmo manifestações de natureza inequivocamente contrárias à realidade fática, incluindo a negação do Holocausto, mas também outras, como manifestações neonazistas, afirmação da supremacia branca, queima de cruzeiros em frente a residências de afrodescendentes e mesmo (respeitados alguns pressupostos) a exortação ou apoio a atos de violência concretos e discriminatórios são tidos, em regra, como protegidos pela Primeira Emenda. No entanto, mesmo lá, a liberdade de expressão não assume feições absolutas, visto serem vedadas, em caráter excepcional, manifestações de cunho eminentemente difamatório e calunioso, bem como interdita a incitação à violência.⁶

Na Alemanha, tal como em termos gerais no ambiente europeu (com destaque para a Carta Europeia dos Direitos Fundamentais (CEDF) e mesmo a jurisprudência do TJUE, mas em especial na jurisprudência da CEDH),⁷ pelo contrário, o conceito de discurso do ódio, como visto na parte introdutória, é mais amplo, e, por via de consequência, maior é a possibilidade de impor limites à liberdade de expressão, como se verifica, por exemplo, com discursos que negam o Holocausto ou que veiculem conteúdo discriminatório.⁸

Evangelische Akademie Hofgeismar, 2010.

⁶ Cf. sobre o tema, em especial a relação entre a liberdade de expressão e outros direitos fundamentais, ver aqui também ZICK, T. *The dynamic free speech clause: free speech and its relation to other constitutional rights*. New York: Oxford University Press, 2018.

⁷ Ver, entre outros, PORRAS, R. El discurso del ódio como limite a la libertad de expresión em Europa, ver *Revista Direito Público*, v. 14, n. 80, 2018, p. 77 *et seq.* O autor, após uma apresentação geral do tema, destacando que, também na Europa (ainda que de modo mais tímido que nos EUA), a liberdade de expressão tem assumido, em regra, uma posição preferencial, demonstra que, no concernente ao problema do discurso do ódio, a definição de seu conteúdo é mais ampla e o sistema de proteção mais rigoroso.

⁸ Sobre o tema ver, na Alemanha, mas também examinando o sistema Europeu (Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e Convenção Europeia dos Direitos Humanos), STRUTH, A. K. *Hassrede und Freiheit der Meinungsäußerung. Der Schutzbereich der Meinungsäußerungsfreiheit in Fällen demokratiefeindlicher Äußerungen nach der Europäischen Menschenrechtskonvention, dem Grundgesetz und der Charta der Grundrechte der Europäischen Union*. Berlin: Springer, 2018.

A título de exemplo, vale referir recente decisão (1 BvR 673/18), de 22 de junho de 2018, do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (TCFA), que entendeu ser compatível com a Lei Fundamental e com a liberdade de expressão nela consagrada e protegida (artigo 5º, 1) a criminalização e consequente punição pela negação do genocídio nacional-socialista, designadamente, no caso concreto, objeto do julgamento (com a não admissão para decisão) de reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), que impugnavam decisão que havia condenado a reclamante por ter negado a ocorrência do extermínio levado a efeito no campo de concentração de Auschwitz-Birkenau.

Para o TCFA – aqui em apertadíssima síntese –, a difusão consciente de afirmações fácticas, comprovadamente inverídicas, não contribui para a formação da opinião no contexto público e, portanto, não se encontra protegida pela liberdade de expressão. Ademais disso, a negação do genocídio nacional-socialista extrapola as fronteiras de um embate de ideias pacífico, na esfera pública, e indica uma afetação da paz social. Assim, o que se percebe – já que tal decisão adere a uma tradição consolidada ao longo da trajetória existencial da corte desde início dos anos 1950 – é que, embora em outros domínios – como se dá com charges, sátiras, exposição de fotografias de personalidades públicas, críticas direcionadas ao governo, políticos, etc. – o TCFA tenha se mostrado progressivamente mais liberal e favorável a uma posição fortalecida da liberdade de expressão, em situações mais sensíveis, como a do discurso do ódio, e particularmente marcadas pelos atos praticados no período nacional-socialista, manifestações de tal natureza devem ser objeto de reprimenda.⁹

⁹ Cf. entre outros, BETHGE, H. Meinungsfreiheit, art. 5. In: SACHS, M. (Hsgb). *Grundgesetz Kommentar*. 8. ed. München: C.H. Beck, 2018, em especial p. 329 et seq., bem como KINGREEN, T. POSCHER, R. *Grundrechte – Staatsrecht II*. 34. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2018, p. 195-196.

Quando se trata de apresentar o caso do Brasil, embora se verifique uma tendência de gradual fortalecimento da liberdade de expressão, inclusive no sentido de uma posição preferencial, a situação, especialmente no concernente ao discurso do ódio, ainda não está bem definida, quanto ao conteúdo da noção, e, por via de consequência, em relação aos limites que podem ser impostos às liberdades comunicativas, em particular as liberdades de expressão e reunião.

Note-se que, em um primeiro momento, a lista de direitos fundamentais, prevista art. 5º da CF, pelo menos numa primeira aproximação e com base no teor literal dos respectivos preceitos, aparentemente, atribui idêntico valor tanto à proteção à intimidade, privacidade, honra e imagem, quanto à liberdade de manifestação de pensamento e de expressão artística, intelectual, científica e de comunicação.¹⁰

Da leitura desses dispositivos constitucionais, não há – com o devido respeito a posições divergentes – como se identificar uma prioridade necessária de um conjunto de proteções, em relação ao outro, na medida em que a previsão constitucional desses direitos fundamentais visa apenas a afirmar – ainda de um modo relativamente indeterminado – a existência desses dois focos de liberdades humanas básicas, as quais não poderão ser abolidas, desprezadas, nem gravemente penetradas por outras pretensões jurídicas. Os limites do seu exercício e as situações em que uma e outra cederão em sua relevância deverão ainda ser objeto de especificação e de análise casuística.

¹⁰ “Art. 5º [...]”

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

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

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...]”.

Por isso, partindo-se dessa exegese constitucional, deve-se iniciar reconhecendo que os dois conjuntos de direitos fundamentais se encontram, aprioristicamente, em pé de igualdade, na medida em que essas esferas protetivas visam a resguardar e proteger duas instâncias distintas de imensurável valor humano, nenhuma delas, porém, absoluta: uma, com propósito de viabilizar o pleno desenvolvimento espiritual e autônomo de cada indivíduo, no que tange à proteção do plano interno de sua consciência e dignidade, resguardando-o de uma exposição pública desnecessária ou estigmatizante, enquanto que a outra visa a viabilizar o pleno desenvolvimento, no plano externo, não só de cada indivíduo, por meio da possibilidade de este manifestar, publicamente, a sua visão de mundo, garantindo assim a sua autoexpressão – que também representa uma das dimensões da sua dignidade –, como também, por meio do livre fluxo de ideias e opiniões, estabelecer e efetivar o próprio sistema democrático que a nossa Constituição estabelece, o qual não se desenvolve sem a possibilidade de externalização de um pluralismo de ideais.¹¹

Todavia, mesmo que, em um primeiro momento, a CF assegure um idêntico *status* protetivo à privacidade e à garantia da liberdade de manifestação e expressão, percebe-se que, em relação à segunda, o texto constitucional entendeu por bem ser mais explícito e detalhista, no que se refere aos critérios de controle e de restrição dessa liberdade, tal como se vê nas regras constitucionais contidas nos art. 220 e 221. Isso porque a CF, além de fixar, de antemão, impedimentos legislativos (§ 1º e § 3º do art. 220), entendeu por bem prever a proibição categórica à censura (§ 2º do art. 220), assim como fixar princípios diretivos que deverão guiar a produção publicitária, de rádio e de televisão (§§ 4º, 5º e 6º do art. 220 e art. 221).

¹¹ Cf. SARLET, I. W. FERREIRA NETO, A. M. *O direito ao “esquecimento” na sociedade de informação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 77.

Tal opção constitucional pode ser interpretada como um sinal de que o constituinte foi mais seletivo, no que se refere às restrições que poderão ser aplicadas à liberdade de imprensa, de manifestação de pensamento e de expressão, do que foi em relação à proteção da intimidade e da privacidade, a qual deverá contar com uma ponderação *a posteriori*, para identificar as situações de grave e intolerável interferência na esfera de proteção privada. Ou seja, os limites (e consequentes restrições) de tais liberdades estão, em grande parte, prefixadas na Constituição, ao passo que eventuais restrições aos direitos de personalidade foram deixadas para especificação posterior, não só pelo legislador, como pela apreciação equitativa do Judiciário. Essa opção do constituinte de 1988 pode ser interpretada como indicando a escolha constitucional por tratar restrições à liberdade de manifestação e expressão, como algo excepcional, exigindo que eventuais restrições adicionais necessitem de um esforço argumentativo diferenciado e mais intenso que consiga justificar a necessidade particular de uma nova limitação.¹²

É nessa perspectiva que se pode afirmar que, mediante uma interpretação sistemática – aliada ainda ao fato de ser a liberdade de expressão e informação indispensável (e mesmo estruturante) a um regime democrático –, a CF assegurou a tais liberdades uma posição (relativa) preferencial, em face dos direitos de personalidade, que pode ser compreendida como uma preferência *prima facie*. Aliás, esse tem sido – ao menos até o momento – o entendimento que tem prevalecido na literatura nacional (embora a existência de significativo dissenso)¹³ e na jurisprudência, em especial

¹² Cf. SARLET, I. W.; FERREIRA NETO, A. M. O direito ao “esquecimento” na sociedade de informação. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 77.

¹³ Em caráter ilustrativo, destacam-se aqui, em favor da posição preferencial, BARROSO, L. R. Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: BARROSO, L. R. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. III, p. 103, bem como, mais recentemente, SARMENTO, Daniel. Art. 5º, IV. In: GOMES CANOTILHO, J. J.; MENDES, G. F. SARLET, I. W. STRECK, L. L. (Coord.). *Comentários à Constituição*

nos tribunais superiores, com destaque aqui para o STF, que, ao menos levando-se em conta os principais casos julgados nos últimos anos, tem apontado para uma posição preferencial da liberdade de expressão e informação.

Entre os casos julgados pelo STF envolvendo a liberdade de expressão e indicando sua posição preferencial, podem ser colocados a declaração da não recepção, por incompatibilidade com a CF, da antiga Lei de Imprensa elaborada no curso do regime militar, quando o Relator, Ministro Carlos Britto, afirmou que a liberdade de expressão assume uma posição quase absoluta e apenas pode ser objeto de limitação nos casos expressamente estabelecidos pela CF, designadamente o direito à indenização e o direito de resposta.¹⁴ Da mesma forma, chamam a atenção dois outros casos, o assim chamado caso “marcha da maconha”, no qual o STF entendeu que uma manifestação pública e coletiva, em prol da legalização do consumo da maconha, não poderia ser enquadrada no tipo penal da apologia ao crime.¹⁵ Mais recentemente, merecem referência os casos das biografias não autorizadas, nos quais o STF decidiu ser inconstitucional a existência de prévia autorização do biografado,¹⁶ bem como o julgado que traçou uma diferenciação, no que diz com o processo eleitoral, entre críticas veiculadas mediante sátiras e charges e manifestações de humor em geral e as assim chamadas *fake news*, liberando as primeiras e vedando as últimas.¹⁷

Todavia, nenhum dos casos nominados envolvia a veiculação de informações (manifestações) evidentemente inverídicas, ou

do Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018.

¹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 130, Rel. Min. Carlos Britto. Tribunal Pleno, j. em 30/4/2009.

¹⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 187, Rel. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno, j. em 15/6/2011.

¹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4.815, Rel. Min. Cármen Lúcia. Tribunal Pleno, j. em 10/6/2015.

¹⁷ Cf. ADI 4.451/DF, Relator Ministro Alexandre de Moraes, j. em 20-21/6/2018.

de caráter em si ofensivo (injúria, difamação e mesmo calúnia), nem mesmo situações em que se possa afirmar com convicção que tenha se tratado de um exemplo do assim chamado discurso do ódio. Em especial no caso do último, não há como deixar de referir o principal precedente do STF, de 2003, envolvendo a confirmação da condenação criminal por racismo de autor e editor de obra que negava o Holocausto judeu, durante a Segunda Grande Guerra mundial, que justamente não sustenta a tese da posição preferencial da liberdade de expressão, ainda que três ministros tenham encaminhado voto divergente.¹⁸

É claro, por outro lado, que a negação do Holocausto (há tempo criminalizada no Brasil) representa um caso muito especial e impactante, a justificar aqui um entendimento diferenciado, mas, ao mesmo tempo, também se sabe que, a depender da prevalência que se der à liberdade de expressão, como é o caso dos EUA, a solução poderia ser diversa.

Por sua vez, há que frisar, também não resulta possível afirmar, de modo categórico, que, no caso específico do discurso do ódio, o STF tenha assumido uma posição preferencial da liberdade de expressão nos outros (poucos) julgados sobre a matéria, o que será analisado logo mais adiante.

À vista da breve apresentação sobre como é compreendida e manejada, em termos gerais, mas em especial no que diz com sua posição mais ou menos privilegiada, nas ordens jurídicas norte-americana, alemã, europeia e brasileira, a relação entre a liberdade de expressão e outros direitos fundamentais, com destaque para os direitos de personalidade, e cientes de que se trata de questão prejudicial ao exame do problema específico do discurso do ódio, remetemos ao próximo segmento para uma aproximação mais

¹⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus (HC) 84.292/RS*, Rel. Min. Moreira Alves, relator p/ acórdão Min. Maurício Corrêa. Tribunal Pleno, j. em 17/9/2003.

detida desse aspecto, que, de resto, é o objeto precípua do presente trabalho.

Seja onde for, eventual limitação à liberdade de expressão, em especial a determinados discursos, tem sido justificada com base no seu impacto sobre os direitos de personalidade e o seu conteúdo em dignidade humana (v.g. os direitos à privacidade, honra, imagem, nome, entre outros), mas também quando se trata de conter a segregação, a discriminação de toda natureza, bem como incitação à violência, atingindo grupos vulneráveis e mesmo comprometendo a própria democracia.

De outra parte, o maior ou menor peso atribuído à liberdade de expressão, numa determinada ordem jurídica, e a extensão dada ao conteúdo do assim chamado discurso do ódio assumem, como já adiantado, particular relevância também no ambiente da internet, o que será a seguir examinado na perspectiva europeia, em especial no que diz com o marco normativo da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (ConvEDH) e a jurisprudência da CEDH, mas também à luz do GNEA e do marco normativo e jurisprudencial (aqui com destaque para o STF) brasileiro.

3 O DISCURSO DO ÓDIO E O SEU ENFRENTAMENTO NA ESFERA DA INTERNET – ALGUMAS NOTAS EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA RECENTE DA CEDH, DO GNEA E DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

No que toca ao ambiente digital, foco da nossa atenção, destaca-se, na Europa, a jurisprudência da CEDH, aqui representada pelo julgamento do caso *Belkacem vs. Belgium*, de 27/6/2017.¹⁹

¹⁹ A respeito da decisão, conferir: <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-5795519-7372789>. Acesso em: 1º out. 2018; para conferir a decisão na íntegra, ver CEDH, Cour (Deuxième Section), 27 juin 2017, n° 34.367/14: <https://www.doctrine.fr/d/CEDH/HFDEC/ADMISSIBILITY/2017/CEDH001-175941>. Acesso em: 1º out. 2018.

Em apertada síntese, o caso versava sobre a legitimidade (na perspectiva da ConvEDH) da condenação criminal (em 2012) à pena de dois anos de prisão do cidadão belga Belkacem, líder e porta-voz da organização “Sharia4Belgium”, pelo fato de ter postado, na plataforma do YouTube, vídeos de caráter ofensivo, incitando a discriminação de pessoas não muçulmanas, tendo como alvo principal o então ministro da defesa daquele país.

Note-se que, nos referidos vídeos, foi deflagrada uma convocação dos internautas para a dominação e para a conflagração de atos de combate, alicerçados na apologia da *jihad* e da *sharia*, tendo Belkacem sido processado com fundamento na *Belgium’s Anti-Discrimination Law* de 2007. De acordo com a Corte de Antuérpia, restara manifesto o caráter intencional, explícito e reiterado das ofensas e incitações à discriminação e violência, aplicando, além da pena restritiva de liberdade, multa no valor de 550 euros. A decisão condenatória, salvo quanto à revisão do tempo de prisão, foi mantida em grau de apelação (2013).

Em face de recurso individual, interposto em abril de 2014, alicerçado na negativa dos atos de incitamento e do discurso de ódio, bem como com arrimo em seu direito à liberdade de expressão, assegurado pelo art. 10 da ConvEDH, a CEDH, entendeu configurado o abuso no exercício dessa liberdade, por conta do caráter ofensivo, discriminatório e violento do conteúdo dos vídeos postados pelo recorrente, direcionado a todos não muçulmanos, aplicando ao caso concreto o disposto no art. 17 da referida Convenção. De acordo com a CEDH, o conteúdo dos vídeos e as respectivas manifestações de Belkacem configuram ataque aos valores da tolerância, da paz social e da não discriminação que subjazem e permeiam a ConvEDH. Em especial, no tocante às referências de Belkacem sobre a Sharia, a Corte reiterou seu entendimento – mencionado na parte introdutória – de que a propagação na internet de discursos

apologéticos, convocando para atos de violência, pode ser classificada como discurso do ódio e que, por tal razão, cada Estado signatário da Convenção tem o direito de se opor a movimentos de tal natureza baseados em fundamentalismo religioso. Disso resulta que a legislação belga, com base na qual se deu o juízo condenatório de Belkacem, é plenamente compatível com a ConvEDH, a jurisprudência da Corte e as recomendações do Conselho da Europa, destinadas a combater o incitamento ao ódio, à discriminação e à violência.

Observe-se que, embora não exista uma diretiva ou regulamento específico voltado ao combate do discurso do ódio na internet, no âmbito da normativa da União Europeia, foram criados alguns instrumentos de para tal efeito. Destacam-se aqui as medidas da Comissão, para o combate ao racismo e à intolerância, do Conselho da Europa, Estrasburgo, como é o caso de um código de conduta emitido em 31/5/2016, em parceria com *Facebook, Twitter, YouTube, Google e Microsoft*,²⁰ e uma recomendação sobre o tratamento dispensado a conteúdos ilegais na internet, de 26/4/2018.²¹

Portanto, muito embora não exista normativa europeia específica, voltada ao combate do discurso do ódio na internet, as instituições europeias têm estado atentas ao problema e promovido algumas medidas concretas, no sentido do seu enfrentamento, destacando-se aqui a retratada decisão da CEDH, que – e é esse o ponto a ser aqui sublinhado – chancelou a possibilidade de os Estados submetidos à sua jurisdição de, na esfera de sua margem de apreciação, tomarem medidas significativas, como é o caso da criminalização do discurso do ódio.

²⁰ Ver European Commission. Code of Conduct on Countering Illegal Hate Speech Online. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/code_of_conduct_on_countering_illegal_hate_speech_online_en.pdf. Acesso em: 24 out. 2018.

²¹ Para efetuar o download do texto da recomendação, ver: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/commission-recommendation-measures-effectively-tackle-illegal-content-online>. Acesso em: 25 out.2018.

Por outro lado, isso não significa que a CEDH tenha, mesmo na decisão aqui retratada, aberto as portas para todo e qualquer tipo de medida limitativa da liberdade de expressão, ou mesmo sufragado uma interpretação demasiado elástica do conceito de discurso do ódio para tal efeito. Por isso – mas também na perspectiva das ordens jurídicas nacionais, em especial dos catálogos constitucionais de direitos fundamentais – cada intervenção, no âmbito da liberdade de expressão, deve ser objeto de criterioso exame, quanto à legitimidade convencional e constitucional.

Portanto, é nesse contexto que se situa a polêmica em torno do assim chamado *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* (GNEA), aprovado pelo parlamento alemão, em 1º/9/2017, com o escopo de coibir e reprimir discursos ofensivos, discriminatórios e a incitação à violência na rede.²² Tal legislação foi o resultado de um movimento de reação ao crescimento exponencial – em especial (mas não só), a partir da política migratória alemã que atraiu, apenas nos últimos anos, mais de um milhão de migrantes, a grande maioria oriunda da Síria – do fluxo de manifestações que configuram um discurso do ódio na internet, medida que, em princípio, guarda consonância com a tradição alemã mais refratária ao discurso do ódio, mas também mais sensível em reação a ofensas em geral aos direitos de personalidade.

Em que pese a motivação em si legítima da lei, são muitas as críticas que têm atraído, inclusive na fase de sua elaboração e discussão no parlamento, mas também no que diz com a sua aplicação, assumindo particular relevância a controvérsia em torno de sua compatibilidade com a Lei Fundamental alemã, mas também

²² Para ler o conteúdo da lei: <https://www.buzer.de/s1.htm?g=Netzwerkdurchsetzungsgesetz+-+NetzDG&f=1>. Acesso em: 1º out. 2018.

com a CEDH e a CEDF, naquilo em que veicula restrições à liberdade de expressão no ambiente das redes sociais.²³

Não sendo viável explorar, com maior detalhamento, o conteúdo da lei e a miríada de suas repercussões e dos questionamentos que suscita, limitamo-nos a colacionar alguns dos principais aspectos e que objetivam viabilizar um maior controle em relação ao exercício do discurso do ódio e mesmo a sua interdição.

Assim, é de se enfatizar, de plano, que a nova lei exigiu a implantação de medidas de segurança mais claras e rígidas quanto aos conteúdos lesivos e potencialmente ilegais, possibilitando à cidadania um amplo controle do material postado.

Quanto aos seus destinatários, a teor do seu § 1º, 1 e 2, a nova legislação tem por destinatários empreendimentos que promovem plataformas sociais com fins lucrativos e com mais de dois milhões de usuários na Alemanha. Vale notar, todavia, que a lei estabeleceu diferenças em relação aos diversos tipos de provedores, não incidindo em relação às plataformas voltadas para a troca de mensagens e de *e-mails*. Da mesma forma, não são abarcadas plataformas destinadas a veicular conteúdos jornalísticos e redacionais.²⁴

²³ Sobre o tópico, ver por todos, apresentando uma síntese da controvérsia e remetendo à bibliografia mais atual e relevante, mas pessoalmente adotando um entendimento substancialmente favorável, Andrej Lang. *Netzwerkdurchsetzungsgesetz und Meinungsfreiheit*, AÖR 143, 2018, p. 225 ff. Sustentando a incompatibilidade substancial, em vários pontos, do GNEA, com a Lei Fundamental e a Convenção Europeia, ver, por todos, o parecer de SPINDLER, G. “Legal Expertise Commissioned by BITKOM” (Göttingen, 2017), <https://www.bitkom.org/noindex/Publikationen/2017/Sonstiges/Legal-Expertise-Official-2-0.pdf>.

²⁴ “(1) This Act shall apply to telemedia service providers which, for profit-making purposes, operate internet platforms which are designed to enable users to share any content with other users or to make such content available to the public (social networks). Platforms offering journalistic or editorial content, the responsibility for which lies with the service provider itself, shall not constitute social networks within the meaning of this Act. The same shall apply to platforms which are designed to enable individual communication or the dissemination of specific content. (2) The provider of a social network shall be exempt from the obligations stipulated in sections 2 and 3 if the social network has fewer than two million registered users in the Federal Republic of Germany.”

No concernente ao seu objeto, a nova lei determina sejam eliminados e bloqueados conteúdos ilícitos postados nas mídias sociais destinatárias. De acordo com o § 1º, 3, são tidos como ilícitos todos os conteúdos que correspondam aos fatos típicos previstos em 23 dispositivos do Código Penal alemão, como, por exemplo, que envolvem atentados contra a segurança estatal e a ordem pública, mas também delitos contra os direitos de personalidade.²⁵

Nessa perspectiva, o GNEA estabeleceu uma linha divisória entre atos que configuram crime (ilícitos penais) de natureza diversa na rede (como, *v.g.*, a fraude), a assim chamada criminalidade do ódio, e as *fake news*. Além disso, convém sublinhar, não ficou claro se, para restar configurada a ilicitude de um determinado conteúdo, necessário que o provedor verifique se implementado o suporte fático subjetivo e objetivo e a ilicitude, ou se basta a presença do suporte fático objetivo e a ilicitude (HOLZNAGEL, 2017, p. 614 *et seq.*).

Nesse sentido, o GNEA estabeleceu uma obrigação para os empreendimentos que oferecem plataformas sociais de criar um procedimento transparente e eficaz e permanentemente disponível e apto a ser facilmente compreendido e manejado por parte dos usuários, assegurando que os provedores tenham condições de acessar com rapidez a reclamação e tomar providências imediatas no sentido de eliminar ou bloquear os conteúdos ilícitos impugnados (§ 3º, 1).²⁶

De acordo com o § 3º, 2 , nº 1 da Lei, os provedores de rede social também têm a obrigação de disponibilizar um processo que

²⁵ “(3) Unlawful content shall be content within the meaning of subsection (1) which fulfils the requirements of the offences described in sections 86, 86a, 89a, 91, 100a, 111, 126, 129 to 129b, 130, 131, 140, 166, 184b in connection with 184d, 185 to 187, 201a, 241 or 269 of the Criminal Code and which is not justified.” Observação: o § 201a foi incluído na versão aprovada pelo parlamento e não estava contemplado na tradução utilizada.

²⁶ “(1) The provider of a social network shall maintain an effective and transparent procedure for handling complaints about unlawful content in accordance with subsections (2) and (3). The provider shall supply users with an easily recognisable, directly accessible and permanently available procedure for submitting complaints about unlawful content.”

possibilite o imediato conhecimento e decisão acerca da eliminação, ou bloqueio do acesso ao conteúdo supostamente ilícito,²⁷ implementando uma espécie de procedimento do *notice and take down*, previsto originalmente nos art. 14 e 15 da Diretiva 2000/31 do Parlamento Europeu, regulando o *e-commerce*.²⁸

Outrossim, as mídias sociais devem informar imediatamente os usuários e reclamantes sobre toda e qualquer providência tomada, fundamentando a sua decisão (§ 3º, 2, nº 5, do GNEA).²⁹ Note-se que, como reação a tal previsão legal, os grandes atores da internet iniciaram a instituir mecanismos para atender a demanda. Assim, em

²⁷ “(2) The procedure shall ensure that the provider of the social network: 1. takes immediate note of the complaint and checks whether the content reported in the complaint is unlawful and subject to removal or whether access to the content must be blocked, [...]”

²⁸ Cf. Bernd Holznapel, p. 614-615. “Article 14. Hosting. 1. Where an information society service is provided that consists of the storage of information provided by a recipient of the service, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information stored at the request of a recipient of the service, on condition that:

(a) the provider does not have actual knowledge of illegal activity or information and, as regards claims for damages, is not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent; or

(b) the provider, upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove or to disable access to the information.

2. Paragraph 1 shall not apply when the recipient of the service is acting under the authority or the control of the provider.

3. This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States’ legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement, nor does it affect the possibility for Member States of establishing procedures governing the removal or disabling of access to information.

Article 15. No general obligation to monitor.

1. Member States shall not impose a general obligation on providers, when providing the services covered by Articles 12, 13 and 14, to monitor the information which they transmit or store, nor a general obligation actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity.

2. Member States may establish obligations for information society service providers promptly to inform the competent public authorities of alleged illegal activities undertaken or information provided by recipients of their service or obligations to communicate to the competent authorities, at their request, information enabling the identification of recipients of their service with whom they have storage agreements.” Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (‘Directive on electronic commerce’). Official Journal L 178, 17/07/2000 P. 0001 – 0016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000L0031&from=pt>. Acesso em: 30 out. 2018.

²⁹ “5. immediately notifies the person submitting the complaint and the user about any decision, while also providing them with reasons for its decision”.

caráter ilustrativo, verifica-se que o Google criou um formulário específico para fins de delação,³⁰ o Twitter adicionou novas funções às contas dos usuários,³¹ enquanto o Facebook criou uma página específica na qual a vítima deve selecionar entre as opções previamente disponibilizadas e anexar o *screenshot* da postagem.³²

Um primeiro ponto a ser destacado diz respeito ao fato de que, de acordo com a lei, qualquer usuário pode denunciar a ocorrência do discurso do ódio, de tal sorte que é possível afirmar que se procurou estabelecer uma espécie de alargado controle social sobre as mídias sociais pelos seus próprios usuários. Além disso, de acordo com o seu § 3º, 2, n.ºs 2 e 3, a lei estabeleceu o prazo de 24 horas, após a denúncia, para a plataforma deletar ou bloquear o acesso à postagem, quando a ilicitude da postagem for evidente, e, em casos mais complexos, ampliou o prazo para sete dias, prazo este que poderá ser excedido, quando: “a) a decisão relativa à ilegalidade do conteúdo depende da falsidade de alegação fática ou é claramente dependente de outras circunstâncias fáticas”. Em tais casos, a mídia social pode conceder ao usuário a possibilidade de responder à reclamação antes de proferir a decisão, e “b) a rede social submete a decisão sobre a ilegalidade a uma reconhecida instituição no âmbito da autorregulação, no prazo de sete dias a contar do recebimento da reclamação, concordando em acatar a decisão de tal instituição”. Para o caso de descumprimento, foram previstas penas de multa de até cinco milhões de euros (§ 4º, 2).³³

³⁰ No Google News, há o instrumento “Enviar *feedback*”, no qual é necessário enviar uma “captura de tela”. Para mais detalhes, consultar o *site* da rede social: <https://news.google.com/>. Acesso em: 26 out. 2018.

³¹ Com relação ao Twitter, consultar por exemplo: <https://help.twitter.com/en/safety-and-security/report-abusive-behavior>. Acesso em: 26 out. 2018.

³² No Facebook, acima das notícias, onde há três reticências, aparece a opção “Give Feedback on This Post”. Para mais detalhes, consultar o *site* da rede social: <https://pt-br.facebook.com/>. Acesso em: 26 out. 2018.

³³ “(2) In cases under subsection (1) numbers 7 and 8, the regulatory offence may be sanctioned with a regulatory fine of up to five hundred thousand euros, and in other cases under subsection (1) with a regulatory fine of up to five million euros. Section 30(2) sentence 3 of the Act on Regulatory Offences shall apply.”

A lei também estabelece uma obrigação de as mídias sociais elaborarem e publicarem um relatório semestral sobre as reclamações recebidas e respectivas providências envolvendo a impugnação de conteúdos tidos como ilícitos (§ 2º).³⁴

Consoante adiantado, diversos dispositivos da lei têm sido questionados quanto à sua legitimidade constitucional – em face da Lei Fundamental da Alemanha –, ademais de eventual incompatibilidade com o marco europeu, em termos de liberdade de expressão e outros direitos humanos e fundamentais, sejam consagrados na ConvEDH, sejam positivados na CEDF.

Além da alegada inconstitucionalidade formal da nova legislação, que aqui não será enfrentada, inclusive por isoladamente arguida,³⁵ seguem os pontos mais disputados, que aqui não são apresentados em ordem de relevância.

Uma primeira objeção diz respeito ao fato de que caberá, em um primeiro momento, às plataformas deliberarem sobre o potencial ofensivo da postagem, gerando uma abertura à instituição de censura privada e uma privatização da execução da lei.³⁶

Outro aspecto relevante diz respeito ao fato, alegado por alguns, de que o Estado alemão passaria, de forma indireta, a aceitar e, em certa medida, até a incentivar a política de vigilância e de

³⁴ “(1) Providers of social networks which receive more than 100 complaints per calendar year about unlawful content shall be obliged to produce half-yearly German-language reports on the handling of complaints about unlawful content on their platforms, covering the points enumerated in subsection (2), and shall be obliged to publish these reports in the Federal Gazette and on their own website no later than one month after the half-year concerned has ended. The reports published on their own website shall be easily recognisable, directly accessible and permanently available.

(2) The reports shall cover at least the following points:
[...].”

³⁵ Nesse sentido, sustentando tal ilegitimidade formal, ver, por todos, GERSDORF, H. Hate Speech in sozialen Netzwerken, MMR 2017, p. 439 *et seq.*

³⁶ Sobre o ponto, ver, por todos, M. Schröder, Private, statt administrative Durchsetzung des öffentlichen Rechts, Die Verwaltung 50, 2017, p. 309-331.

monitoramento geral efetuada nas redes sociais, embora não tenha expressamente exigido das plataformas esse tipo de procedimento.³⁷

Da mesma forma, questiona-se a amplitude do elenco de conteúdos que podem ser considerados ilícitos, tendo em conta a quantidade de tipos penais listados para tal efeito, inclusive sem maior fundamentação, propondo-se, quanto a isso, um ajuste corretivo, de modo a reduzir as hipóteses a algumas figuras essenciais (HOLZNAGEL, 2017, p. 623).

Ademais disso, os prazos fixados pelo legislador, para a tomada de providências pelos provedores das plataformas sociais (eliminação ou bloqueio), são demasiado exíguos, para que se possa examinar, de modo adequado, a sua efetiva ilicitude. Note-se, ainda, que a maioria dos tipos penais elencados demanda uma interpretação à luz das exigências da liberdade de expressão, o que, por sua vez, é, em muitos casos, controverso e demanda uma cuidadosa avaliação, em especial levando em conta que, de acordo com a jurisprudência do TCFA, nem todo conteúdo de caráter ofensivo (sátira, crítica, etc.) configura um abuso, no exercício da liberdade de expressão, e, nesse sentido, um ilícito passível de sanção (HOLZNAGEL, 2017, p. 622-623). O mesmo, aliás, verifica-se quando se trata de aferir se algum conteúdo configura um atentado contra a segurança estatal e a ordem pública, razão pela qual aqui também questionável se um ator privado, ainda mais em prazo tão curto (24 horas quando se tratar de conteúdo manifestamente ilícito, seja o que isto queira dizer, valeria acrescentar), pode ele mesmo levar a efeito tal julgamento (HOLZNAGEL, 2017, p. 623-624).

Outrossim, no concernente aos prazos legais, para a remoção ou bloqueio de um conteúdo ilícito, a própria lei, como referido acima,

³⁷ Cf., por todos, SPINDLER, G. "Legal Expertise Commissioned by BITKOM" (Göttingen, 2017), <https://www.bitkom.org/noindex/Publikationen/2017/Sonstiges/Legal-Expertise-Official-2-0.pdf>.

prevê a possibilidade de exceções em que não incidem tais prazos, além de necessária a notificação, assegurando a possibilidade de manifestação do usuário. Se, com isso, restam afastadas, de modo satisfatório, as objeções referidas, não há como aqui avançar em relação ao ponto.

Após a apresentação, em traços gerais, do modelo atualmente vigente na Alemanha e (também em construção) na esfera da União Europeia, e em especial no que diz com o âmbito de aplicação da ConvEDH e jurisprudência da CEDH, é o caso de tecer algumas considerações sobre o caso do Brasil, em especial à luz da jurisprudência do STF em matéria de discurso do ódio na internet.

Como adiantado, tanto parte significativa da literatura jurídica, quanto em especial a evolução da prática decisória do STF têm fortalecido a posição relacional da liberdade de expressão, na arquitetura constitucional, atribuindo-lhe uma posição *prima facie* preferencial em face de outros direitos fundamentais. Da mesma forma consoante sinalizado, não é possível - na atual quadra - extrair uma posição minimamente consolidada, no que diz com a definição de discurso do ódio praticada pelo STF, em especial, se, de fato, compatível com a reiteradamente afirmada posição preferencial da liberdade de expressão.

O caso da negação do Holocausto, por si só – pelo menos em princípio e em comparação com a orientação dominante nos EUA –, poderia indicar justamente o contrário, ou seja, que a liberdade de expressão não assume uma condição privilegiada entre o extenso rol de liberdades e direitos fundamentais consagrados na CF. Quando se leva em conta a jurisprudência mais recente do STF sobre os limites da liberdade de expressão, a impressão de que não há ainda suficiente clareza, quanto à posição da Corte, no concernente ao conteúdo do assim chamado discurso de ódio, como manifestação abusiva da liberdade de expressão, torna-se ainda mais acentuada.

O que se pode, contudo, arriscar, afirmar que a tendência da prática decisória da Suprema Corte brasileira é no sentido de privilegiar um conceito pelo menos significativamente mais abrangente do que o adotado nos EUA, embora possivelmente mais restrito do que o praticado pela CEDH. Para ilustrar tal assertiva, colocamos três julgados recentes.

No primeiro caso, designadamente no Inquérito 4.694/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 28/8/2018, a Primeira Turma do STF rejeitou denúncia contra parlamentar que, durante uma palestra, teria se manifestado de modo discriminatório e negativo sobre quilombolas, indígenas, refugiados, mulheres e LGBTs (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros). Para o Colegiado, não restou demonstrado o conteúdo discriminatório das declarações, agasalhadas tanto pela liberdade de expressão quanto pela imunidade parlamentar, prevista no art. 53 da CF.

No que diz com a liberdade de expressão, para a maioria dos ministros, o discurso do acusado, no processo criminal, no tocante aos quilombolas, embora tenha veiculado posição de superioridade, não objetivou instigar atos de repressão, dominação e eliminação, não se revestindo de caráter discriminatório. Ainda de acordo com a posição da maioria, o interesse na extinção ou redução das reservas indígenas, ou terras ocupadas por quilombolas, não se confunde com o intento de eliminação de tais minorias. Além disso, mesmo o fato de o parlamentar acusado ter se valido da expressão arroba, referindo-se ao peso dos quilombolas, não pode ser considerado como manifestação de caráter desumanizador, mas, sim, uma forma infeliz de se afirmar que determinada pessoa se encontra acima do peso tido como normal.

Também no concernente às manifestações do parlamentar, relativamente aos imigrantes, o colegiado da nossa Suprema Corte entendeu que não houve extrapolação do que se poderia considerar

uma crítica à política de imigração governamental, visto que, além de não terem sido veiculadas exortações a condutas xenófobas, o acusado afirmou não fazer distinção no concernente à origem estrangeira do imigrante, mas, sim, em geral, a todos os imigrantes.

Ainda nesse contexto, calha destacar que restou vencido o Ministro Roberto Barroso, que recebeu a denúncia, em parte, no concernente às manifestações do acusado, em relação aos quilombolas, afrodescendentes e homossexuais, vencida também a Ministra Rosa Weber, que, contudo, acompanhou a divergência apenas no tocante às afirmações do acusado direcionadas aos quilombolas.

Nessa quadra, como se pode perceber, sem maior dificuldade, é possível afirmar que, no julgamento ora sumariamente apresentado, o STF manteve sua jurisprudência favorável a uma posição preferencial, muito embora o Ministro Roberto Barroso (acompanhado, em parte, pela Ministra Rosa Weber) tenha votado pelo recebimento da denúncia. Tal circunstância, pelo menos numa primeira leitura, pode significar uma parcial alteração da sua enfática defesa da liberdade de expressão, mas também – e nos soa como sendo a exegese mais adequada (embora seja apenas o próprio Roberto Barroso quem possa esclarecer isso) – sugere a busca de manter uma coerência interna entre a defesa da posição preferencial da liberdade de expressão e a posição igualmente firme (já mesmo antes de se tornar ministro do STF) no tocante ao reconhecimento e proteção dos direitos das minorias.

Outro julgado que não pode deixar de ser aqui colacionado diz respeito à ADI 2.566/DF, Relator originário Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão Ministro Edson Fachin, julgada em 16/5/2019. Em causa, esteve a apreciação de pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.612/1998, de acordo com o qual é proibida a prática de proselitismo (isto é, a transmissão de discursos voltados à conversão de pessoas a determinada

doutrina, religião, seita, etc.), no âmbito dos meios comunitários de radiodifusão. A decisão, proferida por maioria, acabou sendo protagonizada pelo Ministro Edson Fachin, que sustentou a tese da inconstitucionalidade, por afronta aos termos do art. 5º, IV, VI e IX, bem como art. 220, ambos da CF. De acordo com o ministro, invocando precedentes do próprio STF, inclusive em matéria de liberdade de expressão religiosa, tal liberdade abarca também discursos de cunho persuasivo, ademais da agitação de argumentos críticos, devendo ser assegurado um debate público informado marcado pela livre divulgação e troca de ideias. Em especial, ainda segundo o Redator do acórdão, aplica-se, na hipótese, o disposto pela Corte, no julgamento do RHC 134.682/BA, designadamente, o entendimento de que é da essência das religiões que assumem a pretensão de universais o discurso de natureza proselitista, de tal sorte que a sua proscricção seria incompatível com o núcleo essencial da liberdade religiosa.

Note-se que, neste último caso, em que, em causa, o proselitismo religioso (mas não incitações à violência física ou moral, em relação a outras religiões e seus adeptos), novamente a posição majoritária do colegiado do STF, que apreciou a matéria, guardou estrita aderência com a por ora dominante (em que pesem algumas importantes variações entre os julgadores) posição preferencial da liberdade de expressão. Além disso, ambos os casos ora referidos alinham-se com uma noção – como adiantado – mais generosa de discurso do ódio do que a norte-americana, mas mais restritiva do que a praticada à luz da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda que não se possa (nem se pretenda) aqui inventariar todas as possíveis observações e conclusões relativamente ao tema

objeto do presente texto, é possível sumariar alguns pontos que parecem centrais.

Uma primeira nota que se impõe é que o tema da liberdade de expressão e seus limites segue, e possivelmente com cada vez maior expressão, altamente sensível e em larga medida vinculado, tanto ao direito positivo (internacional, constitucional, infraconstitucional) de cada ordem jurídica, mas em especial às concepções dominantes de democracia, tolerância e liberdade em termos gerais.

De todo modo, em que pesem as evidentes diferenças entre os modelos norte-americano, europeu (no sentido da União e Comunidade Europeia), alemão e brasileiro, em todas as respectivas ordens jurídicas, o discurso do ódio é proibido e passível de sancionamento, variando – com consequências concretas diferenciadas – o que se entende por discurso do ódio.

Da mesma forma, variam os meios pelos quais as diversas ordens jurídicas (instâncias internas e entidades internacionais – e mesmo supranacionais) regulam o discurso do ódio, inclusive sem que existam, em muitos casos, prescrições constitucionais e legais expressas e especificamente voltadas a tal fim, o que – é preciso frisar – não define, por si só, a legitimidade jurídica e, acima de tudo, a eficácia e efetividade de tais normativas.

Assim, tomando-se por parâmetro os alvos da comparação aqui levada a efeito, apenas a Alemanha, mediante a aprovação do GNEA, adotou – por ora – uma legislação especificamente voltada para a regulação das mídias sociais, sem prejuízo de todo o restante do seu manancial jurídico disponível e aplicável a tais meios de comunicação e aos demais. Isso, por sua vez, por si só – a não ser mediante um adequado monitoramento de tais medidas – não assegura a sua adequação e efetividade, assim como não resolve uma série de outros problemas.

Com isso, todavia, não se está a dizer que a regulação do conteúdo da manifestação (expressão) do pensamento na internet seja dispensável, nem completamente inútil por ineficaz, muito embora também existam os que assim se posicionam. Igualmente segue em aberto em que medida se deve aderir a um modelo mais forte de regulação estatal (e eventualmente também pelos órgãos internacionais), investir na assim chamada autorregulação regulada, ou simplesmente dar pleno espaço à autorregulação.

É nesse contexto que a recente legislação alemã pode nos oferecer pelo menos algumas pistas.

Assim, em que pesem as diversas objeções articuladas em relação a uma série de disposições do GNEA, a nova legislação, mesmo exigindo alguns ajustes e uma interpretação conforme aos direitos humanos e fundamentais, com destaque para a liberdade de expressão, é de ser, em termos gerais, bem recebida, inclusive pelo fato de que, em termos gerais, guarda compatibilidade e dá concreitude à orientação normativa (ainda na forma de *soft law*) e aos enunciados da CEDH no caso *Belkacem vs. Belgium*.

Particularmente bem-vinda é a criação de um modelo de controle social alargado, exercido pelos próprios usuários das mídias sociais, desde que, é claro, não implique meio de censura (inclusive privada) e de silenciamento da liberdade de expressão na rede, como, em parte, é preciso reconhecer, o que se verifica em alguns ambientes, o que, aqui, não há como aprofundar, mas deve ser referido.

Além do mais, o que o legislador alemão buscou instituir foi um modelo de *compliance*, que, em grande medida, incorpora medidas relativas ao apagamento e bloqueio de determinados conteúdos de natureza ilícita existente, avançando no tocante aos instrumentos destinados a tornar efetivas tais medidas, seja por indução, seja mediante sancionamento (HOLZNAGEL, 2017, p. 622 *et seq.*).

O que se arrisca aqui a afirmar é que, em especial, quando se trata de atores sociais, poderosos do ponto de vista tecnológico e econômico, a ausência de regulação do discurso do ódio e a falta de medidas minimamente eficazes para a sua inibição e sancionamento implicam, como referido, violação dos deveres de proteção estatais, na esfera das relações privadas e em relação aos direitos de personalidade, mas, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana, tal como solenemente enunciado no art. 1º da Lei Fundamental³⁸ e no artigo da CEDF.³⁹

Outrossim, é preciso considerar, como já adiantado, que o melhor caminho não é o de uma regulação fechada, mas sim – e aqui já adiantamos o nosso entendimento a respeito do tema – o de uma assim designada autorregulação regulada,⁴⁰ tal como estabelecido (em que pesem os pontos a serem corrigidos), é preciso seja aqui destacado, ainda que não se trate de algo que aqui possa ser desenvolvido.

Por outro lado, eventuais medidas tomadas com esse objetivo não podem implicar violação, por conta de uma intervenção juridicamente ilegítima, na esfera de proteção de outros direitos humanos e fundamentais, como é o caso, em primeira linha, da liberdade de expressão e de informação, à qual deve ser assegurada uma posição de proeminência.

³⁸ “(1) Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority.

(2) The German people therefore acknowledge inviolable and inalienable human rights as the basis of every community, of peace and of justice in the world.

(3) The following basic rights shall bind the legislature, the executive and the judiciary as directly applicable law.”

³⁹ “Article 1 Human dignity is inviolable. It must be respected and protected.”

⁴⁰ Sobre o tema, ver, por todos, HOFFMANN-RIEM, W. Selbstregulung, Selbstregulierung und regulierte Selbstregulierung im digitalen Kontext. In: FEHLING, M. SCHLIESKY, U. (Ed.). Neue Macht- und Verantwortungsstrukturen in der digitalen Welt. Baden-Baden: Nomos, 2016. p. 27-52. Como contraponto, optando por um modelo dominante de autorregulação, ver, entre outros, na literatura brasileira, HARTMANN, I. A. Liberdade de expressão e capacidade comunicativa: um novo critério para resolver conflitos entre direitos fundamentais informacionais. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, ver 12, p. 145-184, 2018.

Assim, o que se deve poder esperar é que, a partir dos exemplos da decisão da CEDH, no caso *Belkacen vs. Belgium*, e do exemplo (em que pesem os seus pontos polêmicos e eventualmente carentes de correção) do GNEA, outras medidas sejam levadas a efeito, para, pelo menos, reduzir a quantidade e a gravidade das consequências do discurso do ódio na internet.

Todavia, considerando a ausência de fronteiras que caracteriza o ambiente digital e as dificuldades técnicas de levar a efeito um controle mais rígido, com base num modelo de natureza sancionatório, a maior aposta deve ser feita na esfera preventiva. Apenas a inclusão digital (incluindo a capacitação para o uso responsável da internet) e a difusão de uma cultura do respeito e da tolerância, bem como eventualmente a criação de um Pacto Internacional para a Proteção dos Direitos Humanos na Internet,⁴¹ assim como de um código de ética comum para a rede, podem vir a ter, quem sabe, resultados mais efetivos e duradouros.⁴²

Nessa perspectiva, merece destaque que tramita, no Parlamento Europeu, projeto (contendo, por ora, 23 artigos) de uma Carta dos Direitos Fundamentais Digitais da União Europeia, cujo art. 5º, na versão de 24/4/2018, dispõe:⁴³

Liberdade de Opinião e esfera pública.

1 – Cada ser humano tem o direito de manifestar sua opinião de modo livre no mundo digital.

2 – Tal direito encontra seus limites nas prescrições contidas nas leis gerais.

⁴¹ Nesse sentido, ver a *Charter of Human Rights and Principles for the Internet* (<http://internetrightsandprinciples.org/wpcharter>), que, embora não seja de caráter vinculante, pode servir como um ponto de partida.

⁴² O tema da ética na internet não é novo e já existe muita literatura a respeito, como, por exemplo, Thomas Koenig e Michael Rustad. *Global Information Technologies: Ethics and the Law*, 1st Edition, Kindle Edition Global, West Academic Publishing, 2017. Da mesma forma, já são muitos os códigos ou regulamentos editados por usuários e demais atores da rede, incluindo as mídias sociais e provedores de pesquisa.

⁴³ Ver <https://digitalcharta.eu/>.

3 – Promotores de espaços discursivos públicos são responsáveis pela proteção da liberdade de expressão. Eles têm por obrigação assegurar a observância dos direitos fundamentais e deveres consagrados nessa Carta de acordo com o disposto nas leis.

De qualquer sorte, a efetividade de tais marcos normativos também dependerá da sua receptividade e da indispensável autovinculação por parte dos Estados e de todos os atores da internet, o que somente será viável – e mesmo assim como limites – mediante uma rede de cooperação e interação política e jurídica multinível e num esquema de – aqui reforçamos o nosso pensamento – uma modalidade de autorregulação regulada.

REFERÊNCIAS

HOLZNAGEL, B. *Das Compliance-System des Entwurfs des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes*. ZUM, 2017.

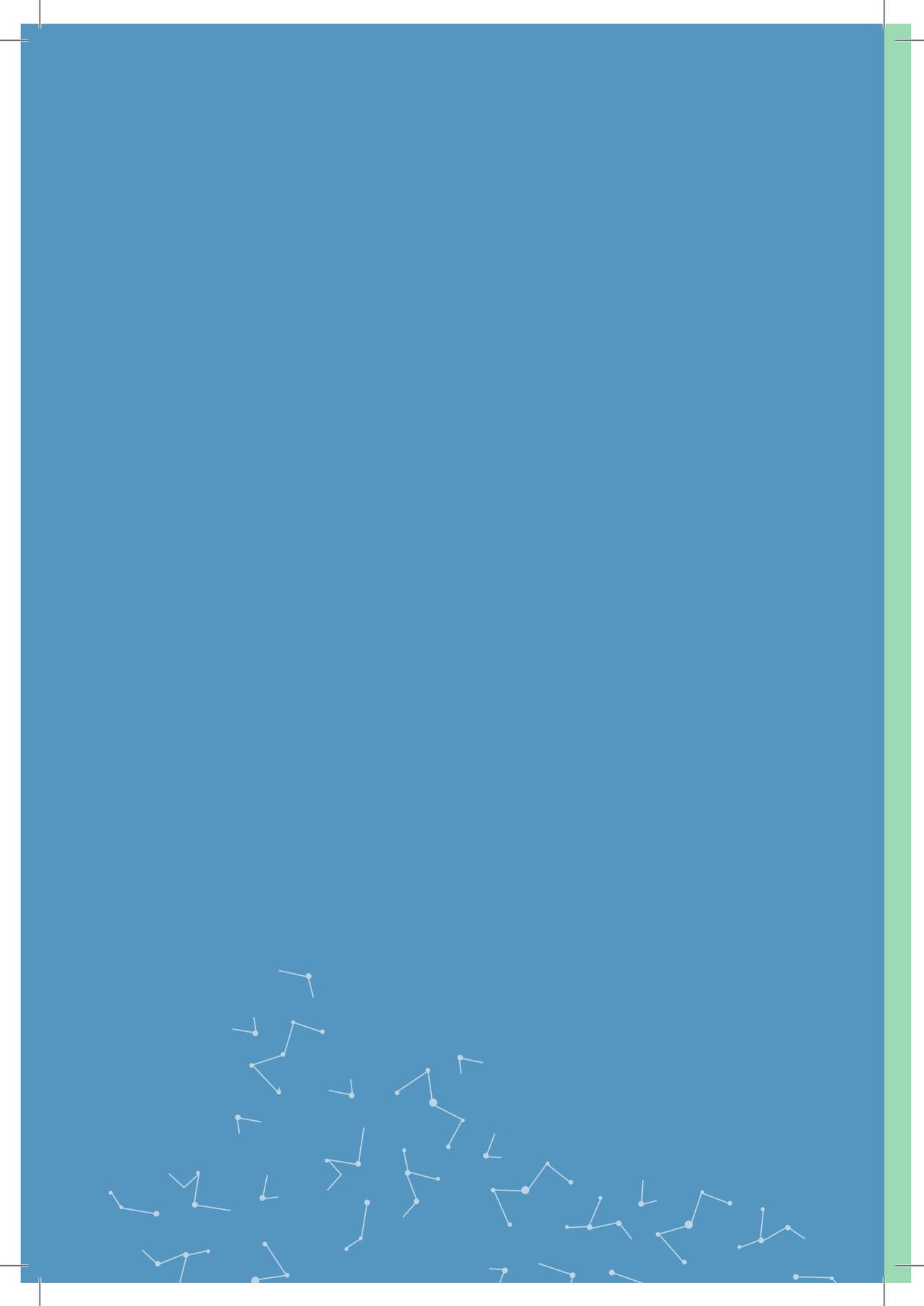
MICHELMAN, F. Relações entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos. In: SARLET, I. W. (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TAKIMOTO, E. Até um dia, Facebook. *Jornal GGN*, 4 maio 2017. Disponível em: <https://www.diariodocentrodomundo.com.br/ate-um-dia-facebook-por-elika-takimoto/>. Acesso em: 1º out. 2018.

THWEATT, E. Bibliography of hate studies materials, 2001. Disponível em: guweb2.gonzaga.edu/againsthate/thweatt.pdf. Acesso em: 2 set. 2017.

WALDRON, J. *The harm in hate speech*. Cambridge, Massachusetts, London, England: Harvard University Press, 2012.



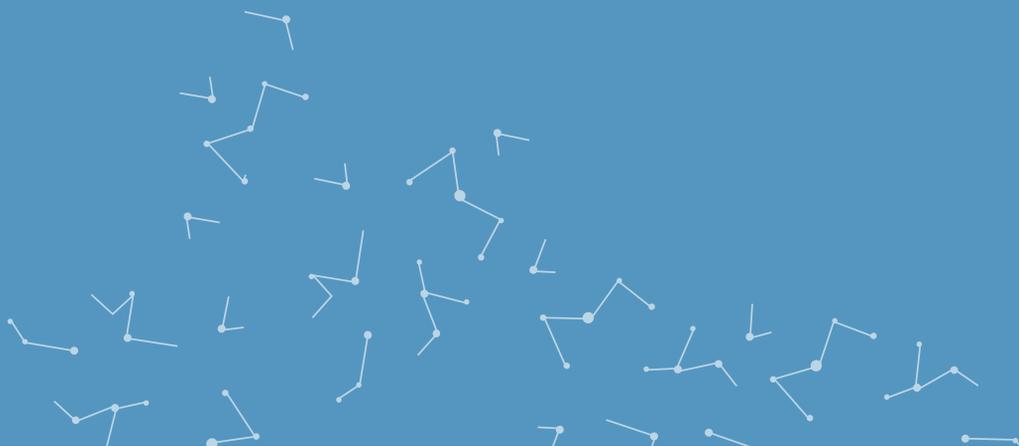


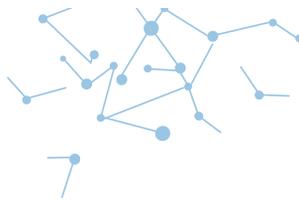


**A AMEAÇA DAS *FAKE NEWS* PARA A
DEMOCRACIA E OS DIREITOS HUMANOS
NA ERA DO TECNOPOPULISMO**

*THE THREAT OF FAKE NEWS TO
DEMOCRACY AND HUMAN RIGHTS IN
THE AGE OF TECNOPOPULISM*







A AMEAÇA DAS *FAKE NEWS* PARA A DEMOCRACIA E OS DIREITOS HUMANOS NA ERA DO TECNOPOPULISMO

THE THREAT OF FAKE NEWS TO DEMOCRACY AND HUMAN RIGHTS IN THE AGE OF TECNOPOPULISM

José Adércio Leite Sampaio¹

Lavínia Assis Bocchino²

RESUMO

Na era do tecnopopulismo, a qualidade epistêmica do debate eleitoral e os direitos humanos estão sob ameaça, devido às manobras de atores populistas para permanecerem no poder, combinadas a uma tecnologia de ponta que atua na coleta indevida dos dados de eleitores, por intermédio das plataformas de mídia, para a criação de propaganda microdirecionada e disseminação de *fake news* (desinformação) em massa nas redes sociais. Essas técnicas abusam do direito à liberdade de expressão ao manipular a opinião pública e

¹ Pós-Doutor em Direito pela Universidad de Castilla la Mancha. Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e da Escola Superior Dom Helder Câmara. Procurador Regional da República.

² Mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Membro do Grupo de Pesquisa Algotatr.IA, coordenado pelo Dr. Prof. José Adércio Leite Sampaio.

impedir o acesso às informações verídicas, além de violar a privacidade do eleitor. A partir de estudos documentais, bibliográficos e comparativos com outros países para investigar como identificar o problema e pensar em soluções, o presente trabalho visa a encontrar meios eficazes e viáveis para combater esses mecanismos, no âmbito das eleições brasileiras, a fim de assegurar os direitos humanos e a democracia.

Palavras-chave: Direitos humanos fundamentais. Democracia. Tecnopopulismo. *Fake news* (desinformação). Métodos de combate.

ABSTRACT

In the era of technopopulism, the epistemic quality of the electoral debate and human rights are under threat, due to the maneuvers of populist actors to remain in power, combined with cutting-edge technology that acts in the improper collection of voter data, through platforms of media, for the creation of micro-targeted advertising and mass dissemination of fake news (disinformation) on social networks. These techniques abuse the right to freedom of expression by manipulating public opinion and preventing access to truthful information, in addition to violating voter privacy. Based on documentary, bibliographic and comparative studies with other countries to investigate how to identify the problem and think of solutions, the present work aims to find effective and viable ways to combat these mechanisms, in the context of Brazilian elections, in order to ensure human rights and democracy.

Keywords: Fundamental human rights. Democracy. Technopopulism. Fake news (disinformation). Combat methods.

1 INTRODUÇÃO

Os estudos acerca do tecnopopulismo, combinação do populismo tradicional com os algoritmos, têm revelado os sérios riscos e as fragilidades por que atravessa a democracia, a merecer um aprofundamento que possibilite identificar instrumentos que o enfrentem. O uso das *fake news* por atores populistas é um dos meios mais poderosos na deliberada estratégia de “relativizar” a história e de compor um quadro de narrativas autocentradas sobre a política. A esfera pública informada, base da democracia, torna-se um fragmento de “versões” de virtualidades e realidades não traduzíveis entre si, a minar a qualidade epistêmica do debate político. O fenômeno, identificado em democracias mais bem consolidadas, põe em crise a democracia ainda adolescente no Brasil.

Durante as eleições brasileiras de 2018, as plataformas digitais como Facebook e Whatsapp foram utilizadas de modo indevido por atores populistas, para disseminação de notícias falsas, que, devido à velocidade da internet, propagaram-se muito mais rapidamente do que os instrumentos legais capazes de identificá-las, de contê-las e de punir os responsáveis por sua circulação.

O objetivo geral da pesquisa é encontrar meios eficazes para combater as *fake news* no âmbito dessa onda populista em crescente no mundo e, particularmente, no Brasil, a fim de proteger e garantir os direitos fundamentais, tais como liberdade de expressão, participação, igualdade, acesso à informação, privacidade, pluralidade, para que se possa alcançar, verdadeiramente, o exercício do voto livre de máculas, garantindo a legitimidade da soberania popular. Os métodos de pesquisa utilizados foram o documental e o bibliográfico, de origem nacional e estrangeira, com análise de gráficos, participação em palestras, leitura de livros, artigos, jornais e periódicos, como também visualização dos documentários correlatos.

Parte-se da hipótese de que o investimento de educação digital é o mais poderoso e duradouro antídoto às “verdades alternativas” e aos “mundos paralelos” contrailuministas, difundidos pelas *fake news*. Uma educação que seja capaz de levar os cidadãos a desenvolver um “ceticismo emocional” em sua relação com as mensagens transmitidas por meio das plataformas digitais. Como instrumento imediato, argumenta-se que devem ser criados recursos normativos, institucionais e logísticos que sejam capazes de permitir ao sistema de justiça prevenir a difusão da “desinformação” e promover a persecução sancionatória (eleitoral e, eventualmente, civil e penal) de candidatos, mandatários e apoiadores, com auxílio da técnica *follow the money* (siga o dinheiro). Essa estratégia vem se mostrando eficaz no combate às *fake news*, pois rastreia e expõe as empresas e entidades que financiam veículos de informação.

No Brasil, a experiência original da conta *Sleeping Giants Brasil* no Twitter mostrou as potencialidades dessa técnica. O “perfil” mapeou parte do dinheiro que financiava a indústria das *fake news* e serviu de apoio e exemplo ao Judiciário e ao Congresso Nacional no combate à desinformação. A atuação de controle se deve dar, no entanto, com cuidado a um dos mais valiosos “cristais” da democracia, a liberdade de expressão.

As soluções devem levar em consideração as diferentes dimensões dessa liberdade e a adequabilidade do direito sancionador a suas manifestações, de forma a não se converterem em censura. O Direito Penal somente deve ser mobilizado em situações graves e de combate ao tecnopopulismo. Podem ser empregados, a propósito, mecanismos como a “retirada do *ranking* de páginas” e a “retificação” para desnudar as notícias falsas, desde que a checagem dos fatos seja feita por agências imparciais e independentes. As agências de checagem de fatos, como a “Tai Nalon” e “Aos Fatos”, no Brasil, já têm assumido um papel significativo nesse

sentido. No entanto, mesmo com a utilização de inteligência artificial para checagem, ainda há mais notícias falsas do que “checadores”, e a propagação dessas notícias continua a dominar o cenário digital, a alimentar os tecnodemagogos e a pôr em risco a democracia.

2 POPULISMO: SUAS ORIGENS E SIGNIFICADO

O populismo não é algo dos dias atuais, segundo Marcello Baquero (2010), o termo já era comum desde o século XVII, nos Estados Unidos, devido aos movimentos políticos dos comerciantes rurais diante das crises econômicas. Para Alberto Aggio (2019), advém da segunda metade do século XIX, na Rússia czarista, com o fenômeno *narodnik* ou movimento populista russo. Posteriormente, no início da Grã-Bretanha vitoriana, no período entre guerras do século XX, com os movimentos fascistas e o Poujadismo na França (COX, 2017). Contudo, alerta Ricardo César de Andrade (2000) que as referidas expressões populistas não devem ser tomadas como paradigmas para o populismo da América Latina.

De acordo com Cas Mudde e Cristóbal Rovira Kaltwasser (2013), na América Latina, é possível identificar três “ondas” de populismo: (1) “populismo clássico”, de 1940 a 1960, que se trava da colisão entre trabalhadores e oligarquias, como foi o caso, por exemplo, de Getúlio Vargas no Brasil e Juan Domingo Perón na Argentina; (2) “populismo neoliberal”, por volta de 1990, com o governo de Fernando Henrique Cardoso (FHC), no Brasil, Alberto Fujimori, no Peru, e Carlos Menem, na Argentina; (3) “populismo radical de esquerda”, a partir dos anos 2000, que ocorreu como uma forma de resistência ao neoliberalismo, nos governos de Hugo Chávez, na Venezuela, e Evo Morales, na Bolívia, por exemplo.

O populismo possui um caráter “camaleônico”, ou seja, altera-se conforme as circunstâncias geográficas e temporais, de acordo com suas três dimensões, material, política e simbólica, das

quais pode haver uma disposição inclusiva ou excludente (MUDDE; KALTWASSER, 2013). A dimensão material é caracterizada pela distribuição de recursos públicos a determinados grupos sociais, e quando grupos específicos são propositalmente excluídos desses recursos, ocorre exclusão material, regra geral, países com sentimento anti-imigração, como Estados Unidos, Europa Ocidental e Oriental, excluem imigrantes e refugiados em prol do bem-estar social de seu “próprio povo”. Por outro lado, quando determinados grupos são selecionados para receberem mais, dá-se a inclusão material, como é o caso de países de América Latina, que, para assegurar os hipossuficientes economicamente, promovem políticas sociais para melhor distribuição de renda (MUDDE; KALTWASSER, 2013).

Quanto à dimensão política, exclusão e inclusão referem-se à participação eleitoral e à contestação pública. Na América Latina, há uma política de inclusão, na qual se preocupa mais com a criação de medidas que deem voz aos marginalizados do que com o direito de voto, ou seja, prevalece uma demanda por uma democracia radical. Enquanto que, na Europa, os populistas acreditam que apenas as eleições não são suficientes para defender o “povo” da conspiração da “elite”, sendo necessários novos instrumentos, como o *recall* e referendos, contra a ameaça dos imigrantes (MUDDE; KALTWASSER, 2013).

Por fim, na dimensão simbólica, há uma distinção entre povo e elite, de modo que um tenha que excluir ou incluir o outro. Na América Latina, o discurso populista defende o anti-elitismo e protege o povo, tentando abranger grande parcela da população. Na Europa, os populistas de direita radical defendem a política anti-imigrantes, para proteger uma maioria silenciosa (MUDDE; KALTWASSER, 2013).

Luciano Rennó (2019) aponta que o populismo de direita dos Estados Unidos ou de alguns países da Europa está mais relacionado

a uma política anti-imigração. Já no Brasil, o populismo de direita atrela-se mais a uma política anti-ideologia, por exemplo, de raça, gênero e religião. Para o autor, enquanto o populismo de esquerda age contra as elites econômicas, voltado às políticas de distribuição de renda e, atualmente, tem uma maior preocupação com a inclusão de identidade, o populismo de direita defende o sentimento nacionalista, antiesquerda e medidas mais rígidas para garantir a ordem. Contudo, o populismo, seja de esquerda ou de direita, ou até mesmo de centro, segundo o autor, fortalece-se diante de crises econômicas e de representação política, com a ascensão do líder populista carismático, que possui uma retórica de grupos, o “povo” contra uma “elite corrupta”, antissistema e utiliza dos meios de comunicação em massa para propagar seu discurso (RENNÓ, 2019).

No Brasil, os estudos sobre o populismo, que se iniciaram em 1950, com um grupo de cientistas sociais, *a posteriori*, conhecidos como Grupo Itatiaia (GOMES, 2001), partem, principalmente, da Revolução de 1930, quando Getúlio Vargas assume o poder. Segundo o historiador Jorge Ferreira (2001), as expressões “populismo” e “populista” apenas começaram a ser utilizadas, ainda timidamente, em meados de 1945 a 1964, e, a rigor, não possuíam um significado ofensivo. Em sentido teórico, houve o populismo de 1ª geração, por volta de 1950 a 1960, caracterizado pelo êxodo rural e marcado pela teoria da modernização; de 2ª geração, em meados de 1970 a 1980, fortalecido por medidas totalitárias como o controle da imprensa e a repressão aos opositores; e, no final de 1990, houve a 3ª geração, denominada “neopopulismo” ou “populismo neoliberal” (FERREIRA, 2001).

A historiadora Ângela de Castro Gomes (2001) argumenta que há três aspectos necessários para a manipulação populista: (1) a política de massas, viabilizada pela falta de organização e consciência do proletariado; (2) a crise de representatividade

política; (3) e, assim como aborda o professor Luciano Rennó, um líder carismático que mobilize as massas. Quanto ao último aspecto, em outras palavras, mas com uma similaridade argumentativa, o professor Konnor Callihan (2020) pontua que o populismo é um estilo político, numa espécie de performance, em que o líder populista, por meio de imagens e símbolos, tenta atingir o seu público central: o povo.

De acordo com Kirk Hawkims e Cristóbal Kaltwasser (2018), a abordagem populista têm três características fundamentais: (1) o enaltecer da vontade popular, tomando o “povo” como um grupo genérico, conforme o contexto, que deve ser reconhecido e protegido; (2) a criação de um inimigo, a “elite” corrupta, que tenta roubar o poder do povo; (3) por fim, a adoção de um discurso maniqueísta, que divide o mundo da política numa luta do bem *versus* o mal.

3 TECNOPOPULISMO

Na era das redes sociais, a manipulação populista ganhou mais força, isso porque o meio digital possibilita uma propagação maior e mais rápida de qualquer conteúdo. Conforme Konnor Callihan (2020), as classificações anteriores de populismo não são mais viáveis nesse novo contexto tecnológico, em que o líder populista, ao invés de carisma, está utilizando os algoritmos para moldar seus apoiadores. A essa combinação do populismo com os algoritmos o jornalista italiano Giuliano Da Empoli (2019) atribui a nomenclatura de “Tecnopopulismo”.

Em 2017, o *Cambridge Dictionary* elegeu a palavra populismo como a palavra do ano (CAMBRIDGE WORDS, 2017). Com os escândalos, no plano internacional, de algumas figuras políticas caricatas, como Jair Bolsonaro, no Brasil, Donald Trump, nos Estados Unidos, Movimento Cinco Estrelas, na Itália, Viktor Órban, na Hungria, o discurso populista adquiriu maior atenção.

Conforme a pesquisadora Nina Wiesehomeier (2019), do grupo internacional Team Populism, a importância de se identificar esses atores populistas o quanto antes é para impedi-los de assumir o poder e ameaçar derrubar as estruturas democráticas. Por isso, faz-se necessário analisar a linguagem desses líderes, os meios que os tornam tão populares e os motivos pelos quais as pessoas os apoiam.

Nas eleições estadunidenses, em 2016, a rede social Facebook facilmente teve os dados dos seus usuários utilizados pela empresa Cambridge Analytica, que mapeou as preferências e opiniões dos eleitores com o escopo de enquadrar aqueles em dúvida de quem votar ou mais propensos a votar no candidato que a referida empresa apoiava. Após, iniciava-se a fase de produção de propaganda microdirecionada, para enaltecer o candidato contratante e prejudicar a reputação do adversário, com o uso de *fake news* (desinformação), perfis falsos, como *bots*, que foram instrumentos eficazes para convencer e alcançar um maior número de eleitores (PRIVACIDADE..., 2019).

A operação do *Big Data*, quanto ao uso de inteligência artificial, para a extração e análise massiva de uma grande quantidade de dados, aliada às mídias sociais na propagação de desinformação, foi algo que se alastrou pelo mundo, minando os direitos humanos de privacidade dos usuários, liberdade de expressão e o voto livre de máculas. No Brasil, nas eleições de 2018, o WhatsApp, por ser uma plataforma com criptografia de ponta, com grupos privados, ou seja, de difícil fiscalização, serviu como principal meio para circulação e propagação de conteúdo enganoso (TARDAGUILA; BENEVENUTO; ORTELLADO, 2018). Na Itália, o Movimento Cinco Estrelas utilizou do seu *blog* para captar e manipular os eleitores com informações inverídicas; nas eleições francesas, em 2017, os dados do candidato Emmanuel Macron foram hackeados e vazados;

o referendo do Brexit, em 2016, no Reino Unido, também foi alvo da manipulação dos eleitores pelas plataformas digitais (EMPOLI, 2019; TENOVE, 2018).

O ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Gilmar Mendes, em decisão que indeferiu o mandado de segurança 37.082, impetrado contra os atos do Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito das *fake news*, ressaltou que referida investigação era de suma importância para desvendar as “milícias digitais”, caracterizadas como quadrilhas organizadas, que são financiadas, de maneira oculta, para propagarem desinformação e manipularem o debate público (BRASIL, 2020).

A desinformação é a base publicitária dos líderes populistas (EMPOLI, 2019). As *fake news* corroem o debate público consciente, com sua linguagem sensacionalista e manipuladora que atrai a curiosidade das pessoas e, por diversas vezes, reiteram o que alguns grupos radicais e preconceituosos pensam no seu âmago, pois, quando o conteúdo, ainda que falso, fortalece a crença do leitor, pouco importa verificar sua fonte. Sem filtro, fiscalização e punição, as redes sociais e a internet se tornaram um campo promissor para a rápida e alta propagação de *fake news*.

4 FAKE NEWS (DESINFORMAÇÃO): CONCEITO

O termo *fake news* ou notícias falsas, em português, apesar de ter sido popularizado, não é o mais adequado para abranger o fenômeno da desinformação. Segundo o Digital Future e Society (2020), “notícia” se refere a uma informação de interesse público e que foi produzida por jornalistas, que têm um compromisso ético de buscar fatos verificáveis e se retratar quando houver erro. Por isso, se é um conteúdo falso, ele não merece sequer o rótulo de notícia. Conforme o Instituto de Tecnologia e Sociedade (2020), a

nomenclatura ideal seria “desinformação”, ao invés de “notícia falsa”, para que se evite o ataque ao jornalismo profissional.

É importante ressaltar que o termo *fake news* foi bastante difundido, principalmente, após as campanhas de manipulação nas eleições estadunidenses de 2016, contudo os estudos e argumentos anteriores acerca da questão não devem ser invalidados (DIGITAL FUTURE SOCIETY, 2020). Para a pós-doutora em comunicação e líder de direção de pesquisa do First Draft, Claire Wardle (2019), esse conjunto de fenômenos deve ser denominado de “distúrbios da informação”, os quais a autora agrupa em três níveis: *misinformation*, trata-se do compartilhamento de uma desinformação, sem que a pessoa esteja ciente disso, ou seja, não tenha verificado a fonte, e, por fatores sociais-psicológicos, compartilha a informação para se sentir pertencente a determinado grupo; *disinformation* é a entre o nível anterior e o sucessor, no qual se fomenta a criação de um conteúdo falso, para ganhar dinheiro, ter influência política; por fim, a *malinformation*, que se refere às informações manipuladas com a intenção de causar danos.

A rigor, as categorias de desinformação menos danosas, que se enquadram no primeiro nível, são a “sátira ou paródia”, como os memes; “conexão falsa”, por exemplo, as manchetes sensacionalistas que servem apenas para atrair a atenção do leitor, pois o conteúdo da matéria pouco está conexo ao título chamativo; “conteúdo enganoso”, trata-se de alterações superficiais, para levar a pessoa a erro, em estatísticas e imagens, por exemplo. Enquanto as categorias que têm a intenção de causar danos são classificadas como “contexto falso”, que modifica o contexto de um fato verídico, dando-lhe um novo enquadramento; “conteúdo do impostor” refere-se àqueles que usam apenas os nomes de fontes jornalísticas sérias, pois transmitem credibilidade, para propagar uma desinformação; “conteúdo manipulado” corresponde à manipulação estrategicamente elaborada de um

conteúdo; e o “conteúdo fabricado”, que é a criação de um conteúdo 100% falso, como, por exemplo, as *deep fakes*, vídeos e falas totalmente montados para uma transmissão mais credível de uma desinformação (WARDLE, 2019).

5 DEMOCRACIA E OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS SOB AMEAÇA

A extração e análise de dados, sem autorização ou ciência dos usuários, nas plataformas digitais, para envio de propaganda microdirecionada, com o intuito de manipulá-los, é uma violação do direito à privacidade. Contudo, identificar e punir as milícias digitais por trás disso não é tarefa fácil, por isso, é importante estudar os atores populistas que comandam essa indústria das *fake news* e o financiamento dessas campanhas, na rede digital, para controlar as eleições, justamente para não se punir qualquer tipo de desinformação, por isso, é necessário analisar o grau, a intenção e o alcance desse tipo de conteúdo mentiroso. Isso é importante para que não haja uma violação do direito à liberdade de expressão, ou seja, para que não ocorra a censura prévia dos perfis nas redes sociais, que é proibida no Brasil, pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130, de 2009, pois o Estado não deve definir previamente o que pode ou não ser dito pelos indivíduos (BRASIL, 2009).

No Inquérito das *fake news*, nº 4.781, no Brasil, que apura a disseminação coordenada de desinformação e ataques nas redes sociais contra os ministros do STF, uma das medidas cautelares adotada foi a retirada dos perfis dos investigados das plataformas digitais, o que pode ter soado como censura, ao proibir esses usuários de se expressarem nas redes sociais (BBC NEWS BRASIL, 2020).

Porém, cabe ressaltar que o direito à liberdade de expressão também não é absoluto, conforme Edilene Lobo e Pedro Henrique Costa Moreira (2019), quando se trata de *fake news*, como um fenômeno de desinformação massiva e intencional, como, por exemplo, no escândalo da Cambridge Analytica, nas eleições americanas de 2016, o caso do Brexit no Reino Unido, o Facebook e WhatsApp nas eleições de 2018, no Brasil. Há aqui que o produtor e transmissor da informação falsa abusou do seu direito de liberdade de expressão, pois interferiu na escolha dos candidatos de outros cidadãos e, conseqüentemente, no exercício da soberania popular (LOBO; MOREIRA, 2019).

Segundo Chris Tenove (2018), essas manobras digitais afetam, além do resultado da eleição, as bases da democracia como a “participação”, devido ao acesso ilegal aos dados dos usuários para desinformar, ameaçar e assediar o eleitor; a “deliberação pública”, ao minar a qualidade do debate público com desinformação e teorias da conspiração, promovendo a desconfiança com relação às instituições políticas; a “ação institucional”, por violar a legislação eleitoral e dificultar o trabalho dos agentes públicos. Como a escolha do candidato pelo eleitor deve ser livre, por força constitucional, é necessário que ocorra uma fiscalização e coerção de toda e qualquer forma de manipulação que possibilite uma violação da vontade popular.

6 SOLUÇÕES PERTINENTES

O uso de *fake news* por atores populistas pode ser combatido com o investimento em alfabetização digital e rastreamento do dinheiro que financia essas milícias digitais pelas autoridades competentes, estratégia denominada *follow the money* (siga o dinheiro). Cabe às instâncias do Judiciário providenciar a devida persecução

sancionatória de candidatos, mandatários e apoiadores no âmbito da justiça eleitoral e, eventualmente, civil e penal.

Segundo Chris Tenove (2018), a educação midiática e digital é fundamental para que o cidadão aprenda a verificar as informações na mídia, tenha ciência sobre as manobras de manipulação algorítmica que moldam a mente humana, apresente maior ceticismo emocional e pensamento crítico, para que não seja facilmente manipulado. Para tanto, é responsabilidade do governo bem como das empresas de plataformas digitais garantir a proteção dos dados pessoais dos usuários, transparência e fiscalização do conteúdo propagado na internet.

Exemplo de algumas alternativas eficazes nas campanhas de conscientização é o trabalho das agências de checagem de fato, como a Tai Nalon e Aos Fatos, no Brasil, que, além de profissionais humanos, também utilizam de tecnologia para verificar as informações, contudo, essa checagem ainda não é suficiente contra o alto número de desinformação que é propagada rapidamente. Outra medida são jogos educativos, como o “Bad News Game”, criado por Jon Roozenbeek e Ruurd Oosterwoud (2018), que ensinam o usuário a identificar essas manobras manipulativas ao demonstrarem como elas são criadas.

A versão brasileira do *Sleeping Giants* provou a eficácia da estratégia “siga o dinheiro” ao mapear parte do dinheiro que financiava perfis de disseminação de *fake news* nas redes sociais, servindo de exemplo para as instituições do Judiciário e do Congresso Nacional, que possuem um papel essencial nas ações contra as notícias falsas, pois devem identificar e punir os responsáveis por essas condutas que violam os direitos humanos e ameaçam a democracia (LEMOS, 2020). Por fim, Matteo Monti (2018) destaca que a utilização da sanção penal deve e pode ser usada em última instância para que não ocorra censura indevida, com o uso de soluções como

a “retirada do *ranking* de páginas” e a “retificação” para desmascarar as *fake news*.

7 CONCLUSÃO

O populismo, de tempos em tempos e em diferentes regiões, mostrou-se um estilo político manipulador, que fomenta a polarização, pois busca um inimigo para culpar pelos problemas socioeconômicos e um grupo social “vítima” para defender, com escopo não de proteger a população, mas sim garantir a permanência do líder no poder. Os eleitores populistas, diante das crises econômicas e de representação política, facilmente, são atraídos pelos discursos pomposos, extremistas, carregados de desinformação e soluções simplistas irrealizáveis, mas, principalmente, violentos, com objetivo de destruir seja um grupo social, as instituições democráticas ou o governo.

O controle dos meios de comunicação é a base do populismo em diferentes épocas e lugares. Com o avanço tecnológico e a inserção da política nas redes sociais, a disseminação do discurso populista ganhou mais amplitude. As *fake news* (desinformação) são a essência da manipulação, ao induzirem os eleitores a apoiarem um líder que não existe de fato e provocarem diretamente as emoções de raiva, frustração, tristeza e almejo por justiça dos indivíduos.

Identificar populistas antes que assumam o poder e deter sua indústria de *fake news* é imprescindível para a proteção do debate público consciente e do voto livre de máculas. Contudo, a luta contra esse problema fomenta os debates acerca da linha tênue entre a censura e a liberdade de expressão, diante de algumas medidas necessárias para proteger a democracia, como a desindexação de conteúdo, a retirada de perfis da rede social.

Por enquanto, a educação digital da população, a estratégia *follow the money* para a punição dos responsáveis que propagam e

financiam a indústria de *fake news* e o regulamento por legislação específica apresentam-se como soluções pertinentes ao problema. Essas ponderações são de suma importância na manutenção do Estado Democrático de Direito e na proteção dos direitos humanos fundamentais à liberdade de expressão, privacidade e voto livre.

REFERÊNCIAS

AGGIO, A. As múltiplas vigências do populismo. *Temas & Debates*, Fundação Astrojildo Pereira, Brasília, DF, out. 2017. Disponível em: www.fundacaoastrojildo.com.br/2015/2017/10/28/alberto-aggio-as-multiplas-vigencias-do-populismo-2/. Acesso em: 1º maio 2019.

ANDRADE, R. C. O conceito de populismo nas ciências políticas sociais latino-americanas. *Estudos de História*, Franca, SP, v. 7, n. 2, p. 69-84, jul. 2000.

BAQUERO, M. Populismo e neopopulismo na América Latina: o seu legado nos partidos e na cultura política. *Sociedade e Cultura*, v. 13, n. 2, p. 181-192, 2010.

BBC NEWS BRASIL. Inquérito do STF sobre *fake news*: entenda as polêmicas da investigação que provoca atrito entre Bolsonaro e a Corte. *BBC News Brasil*, 27 maio 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52824346>. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130 Distrito Federal. Relator: Ministro Carlos Britto, 30 abr. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&-docID=605411>. Acesso em: 27 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 37.082/DF - Distrito Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de jurisprudência, 5 maio 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1097720/false>. Acesso em: 10 jun. 2020.

CALLIHAN, K. The Opaque Operations of 21st Century Populism. *Capstone Projects and Master's Theses*. 793, 2020.

CAMBRIDGE WORDS. *Cambridge Dictionary's Word of the Year 2017*. Cambridge Dictionary, 29 nov. 2017. Disponível em: <https://dictionaryblog.cambridge.org/2017/11/29/cambridge-dictionary-word-of-the-year-2017/>. Acesso em: 22 jun. 2021.

COX, M. The rise of populism and the crisis of globalisation: Brexit, Trump and beyond. *Irish Studies in International Affairs*, n. 28, p. 9-17, 2017.

DIGITAL FUTURE SOCIETY. Dealing with disinformation: strategies for digital citizen empowerment. *Digital Future Society*, may 2020.

EMPOLI, G. *Os engenheiros do caos*. Tradução de Arnaldo Bloch. São Paulo: Vestígio, 2019.

FERREIRA, J. (Org.). *O populismo e sua história: debate e crítica*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

GOMES, A. C. O populismo e as ciências sociais no Brasil: notas sobre a trajetória de um conceito. In: FERREIRA, J. *O populismo e sua história: debate e crítica*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

HAWKINS, K. A.; ROVIRA KALTWASSER, C. Introduction: the ideational approach. In: HAWKINS, K. A.; CARLIN, R.; LITTVAY, L.; ROVIRA KALTWASSER, C. (Org.). *The ideational approach to populism: concept, theory, and method*. NY: Routledge, 2018. p. 1-41.

INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE. *Campanha Mais Diálogo nas Redes: Que papo é esse de fake news? Com @manugavassi, @redescordiais e @instagram*. Rio de Janeiro. 13 out. 2020. Instagram: @itsriodejaneiro. Disponível em: https://www.instagram.com/tv/CGSwQ8vJJ7R/?utm_medium=share_sheet. Acesso em: 13 out. 2020.

LEMOS, R. Contra *fake news*, siga o dinheiro no mundo de hoje, a desinformação tornou-se uma indústria muito bem financiada. *Folha de S. Paulo*, 24 maio 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/ronaldolemos/2020/05/contra-fake-news-siga-o-dinheiro.shtml>. Acesso em: 24 maio 2020.

LOBO, E.; MOREIRA, P. H. C. *Fake news e autenticidade das eleições brasileiras*. In: OLIVEIRA, A. A. de et al. (Coord.). *Teoria da Democracia e da Filosofia do Estado e Direito constitucional*. Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2019.

MONTI, M. *The new populism and fake news on the internet: how populism along with Internet new media is transforming the Fourth Estate*. Pisa: Sant'ANNA Legal Studies STALS Research Paper 4, 2018.

MUDDE, C.; KALTWASSER, C. R. K. Exclusionary vs. inclusionary populism: comparing contemporary Europe and Latin America. *Government and Opposition*, 48, p. 147-174, 2013.

PRIVACIDADE Hackeada. Direção: Karim Amer e Jahane Noujaim. Roteiro: Karim Amer e Pedro Kós. Estados Unidos, 2019. Distribuidor: Netflix. Documentário, 1h 50min.

RENNÓ, L. Bases ideológicas do populismo conservador: as eleições brasileiras de 2018. *Ciclo de Palestras 2019: bases ideológicas do populismo*. Centro de Estudos do Comportamento Político (Cecomp). Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), 26 abr. 2019.

ROOZENBEEK, J.; OOSTERWOUD, R. Como é possível combater a epidemia de *fake news*?. *Fake news e manipulação*. Expresso Futuro com Ronaldo Lemos. *Canal Futura*, 10 set. 2018. Disponível em: <https://m.youtube.com/watch?v=OaCZmQx-11Y>. Acesso em: 30 maio 2020.

TARDAGUILA, C.; BENEVENUTO, F.; ORTELLADO, P. Fake news is poisoning brazilian politics. Whatsapp can stop it. *The New York Times*, 17 out. 2018. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/10/17/opinion/brazil-election-fake-news-whatsapp.html>. Acesso em: 20 jun. 2020.

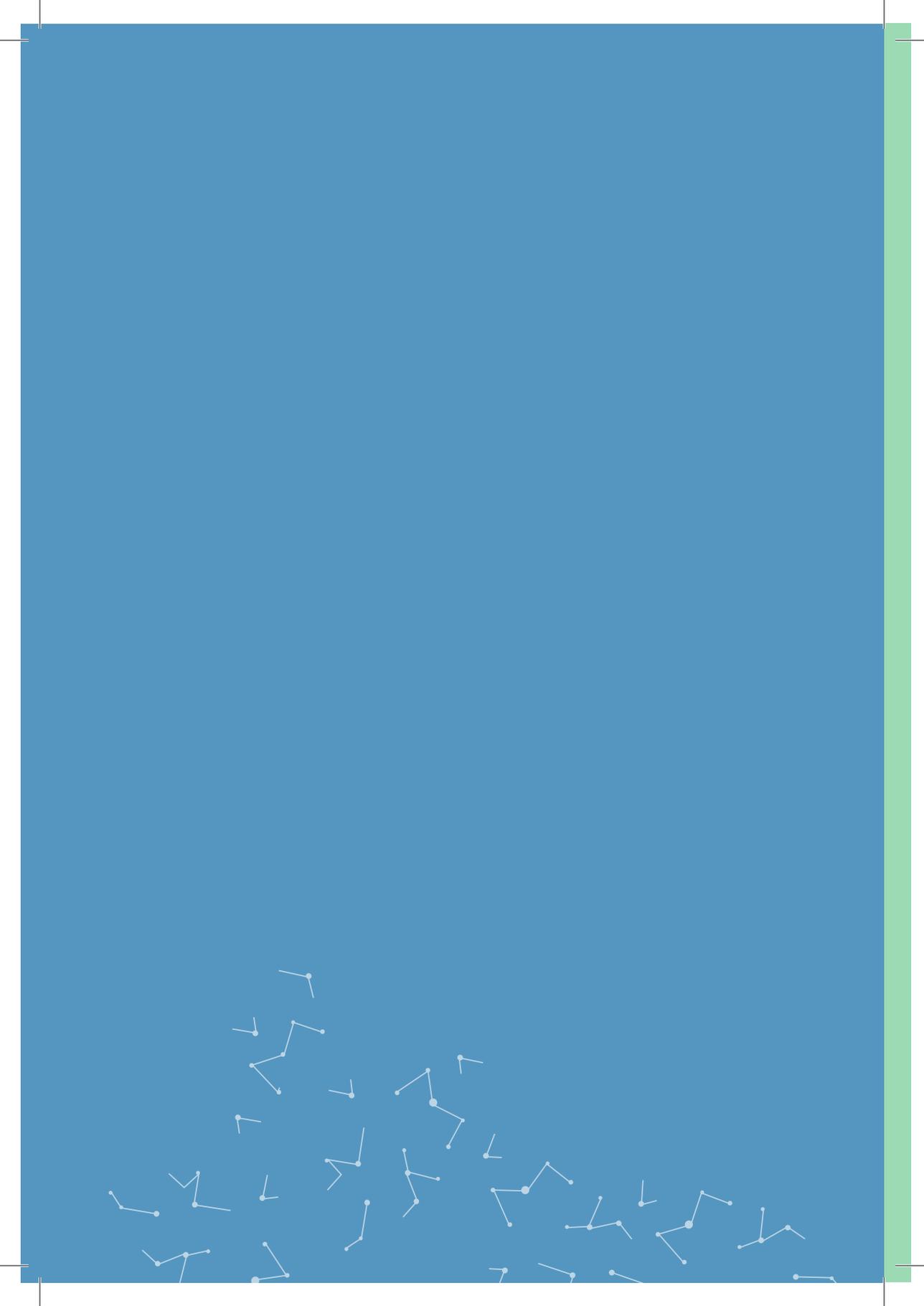
TENOVE, C. *et al. Digital threats to democratic elections: how foreign actors use digital techniques to undermine democracy*. Centre for the Study of Democratic Institutions, UBC, 2018.

WARDLE, C. *First draft's essential guide to Understanding Information Disorder*. First Draft, oct. 2019.

WIESEHOMEIER, N. Populism in Latin America: insights from a expert survey. *Ciclo de Palestras 2019: Pensando o Brasil hoje: o que a Ciência Política tem a dizer?*. Centro de Estudos do Comportamento Político (Cecomp). Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), 22 mar. 2019.



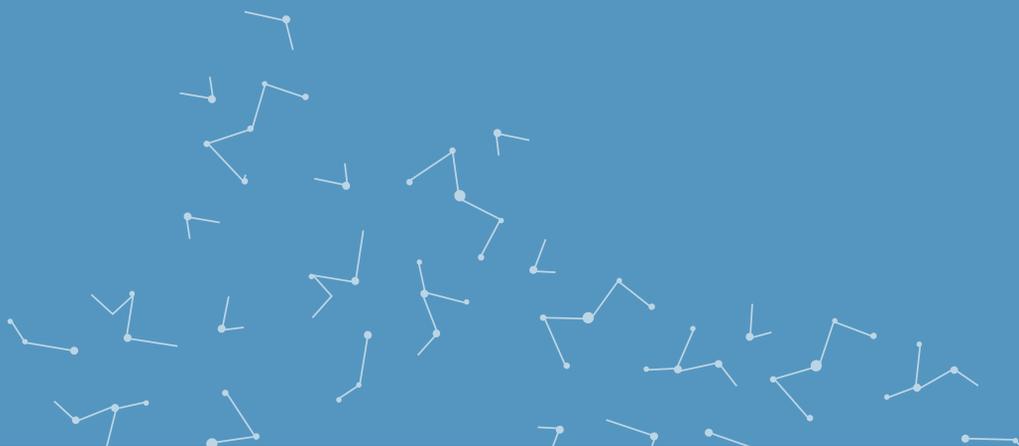


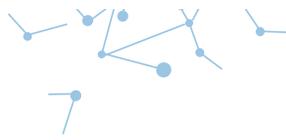


**DIREITO AO RECONHECIMENTO DAS
POPULAÇÕES TRADICIONAIS:
identidade, território e memórias em decisões
do Supremo Tribunal Federal – STF**

***RIGHT TO RECOGNITION OF
TRADITIONAL POPULATIONS:
identity, territory and memories in the decision
of the Supreme Federal Court – STF***







**DIREITO AO RECONHECIMENTO DAS
POPULAÇÕES TRADICIONAIS:
identidade, território e memórias
em decisões do Supremo
Tribunal Federal – STF**

***RIGHT TO RECOGNITION OF
TRADITIONAL POPULATIONS:
identity, territory and memories
in the decision of the Supreme
Federal Court – STF***

Richardson Xavier Brant¹
João Batista de Almeida Costa²

¹ Doutor e mestre em Desenvolvimento Social pela Universidade Estadual de Montes Claros. Professor de Direito Processual Constitucional na Universidade Estadual de Montes Claros. Participa de grupos de pesquisa na área interdisciplinar de Desenvolvimento Social, nas temáticas sobre Movimentos Sociais e Democracia e na área disciplinar do Direito no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Desenvolvimento Social (PPGDS) da Universidade Estadual de Montes Claros. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, atualmente convocado para atuação em Segunda Instância na 9ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

² Doutor em Antropologia pela Universidade de Brasília. Professor – pesquisador com estudos e pesquisas sobre temáticas culturais vinculadas às populações tradicionais, sertão, identidade regional e diversas temáticas necessárias à formação dos estudantes na área disciplinar da Antropologia Social na Graduação da Universidade Estadual de Montes Claros.

“Paga-se um preço por se viver em uma democracia e ele não é exorbitante, mas módico, encontrando-se ao alcance de todos os homens de boa vontade. Implica apenas o respeito irrestrito ao arcabouço normativo. Do homem para o homem há de ser a tônica da vida pública, da vida gregária, a interpretação inafastável [...]” (Ministro Marco Aurélio, Supremo Tribunal Federal).

RESUMO

Este artigo é resultado de uma pesquisa sobre o processo que envolve o direito ao reconhecimento do território das populações tradicionais como elemento constituinte de sua identidade, memórias e tradições. A abordagem atribui centralidade ao debate, no âmbito jurídico, sobre a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, a partir do julgamento perante o STF. Para contextualização do tema, busca-se primeiro o histórico de encobrimento das identidades e diferenças das populações tradicionais, desde a colonização das Américas até o reconhecimento, na Constituição de 1988, de sua participação no processo histórico de formação da cultura brasileira. Nos fundamentos das decisões do STF, destaca-se o entendimento de que a fixação do marco temporal da posse sobre o território tradicional na data da promulgação da Constituição Federal malfez a compreensão de posse originária, imemorial, e a interpretação de que há precedência na ocupação originária. E que essa precedência significa que a posse imemorial deve prevalecer sobre toda e qualquer outra ocupação; e sobre qualquer título de propriedade que se apresente. Evidencia-se, nesse julgamento, a compreensão de que a posse tradicional traduz o manuseio do território em suas múltiplas dimensões: física, social, cultural e simbólica. Referidas características constituem o espaço fundador das identidades e memórias das populações tradicionais e se distinguem nitidamente da propriedade privada, porque esta é esvaziada de outros sentidos, preponderando

seu caráter mercadológico. Emerge ainda do julgamento o direito de as populações tradicionais participarem ativamente do processo de reconhecimento, manifestando-se de modo autêntico e legítimo sobre a própria identidade. Essa indeclinável participação serve de mote para o esforço de superação de uma posição anterior de subalternidade e guarda perfeita adequação e estrita conformidade com o art. 21 do Pacto de San José da Costa Rica e com o enunciado do art. 68 da Constituição Federal.

Palavras-chave: Populações tradicionais. Posse imemorial. Território. Reconhecimento.

ABSTRACT

This article is the result of a research on the process that involves the right to recognition of the territory of traditional populations, as a constituent element of their identity, memories and traditions. The debate was discussed in the legal context, in the case of the Raposa Serra do Sol Indigenous Land, which was submitted to a judgment before the Federal Supreme Court (STF in Brazil). It focuses on the history of concealment of identities and differences of traditional populations, from the colonization of the Americas to the recognition in the 1988 Constitution of their participation in the formation of Brazilian Culture. Of particular note is the declaration and precedence, within the scope of the STF, of the original occupation on any and all property titles taken to registration. It is evidenced that traditional ownership and land use, with the characteristic that this constitutes the founding space of their identity, memory and are distinguished from the figure of simple occupation. And the right of traditional populations to participate actively in the process, manifesting their own identity, is the motto for overcoming an earlier subalternity.

Keywords: Traditional populations. Traditional possession. Territory as identity. Recognizement.

1 COLOCAÇÃO DO TEMA

Na interpretação dos direitos das populações tradicionais, faz-se imprescindível a explicitação, por profissionais da Antropologia, de um conjunto de características das comunidades que assim se identificam para permitir as distinções que as tornam construtoras da própria identidade, caracterizada por um específico modo de ser, viver e conviver, de construir, transmitir e perpetuar uma história comum de memórias e tradições.

Essas identidades se configuram, principalmente, no uso, ocupação e apropriação de um território, espaço sociocultural onde os povos tradicionais desenvolvem um modo de vida singular. Sem que haja o reconhecimento do território, conforme discutido por Oliveira (1976), a identidade étnica não se verifica. Nessa perspectiva, identidade étnica e território estão imbrincados de forma indissolúvel, inseparáveis em sua constituição e significados.

No enfrentamento das lutas por essa afirmação, um passo relevante marca os debates que forjaram a inclusão, na Constituição Federal de 1988, com a afirmação do direito ao reconhecimento da contribuição de vários povos na formação e constituição do povo brasileiro (BRASIL, CRFB/88, art. 215). Em complemento indissociável, encontra-se, no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), dispositivo constitucional que reconhece o direito a terras ocupadas pelas populações quilombolas.

A conquista de previsão constitucional deve ser considerada apenas como ponto de partida para o processo de luta por reconhecimento (HONNETH, 2009). Constitui etapa relevante para a afirmação histórica do direito à diversidade cultural e dos desafios

encontrados nas disputas por demarcação de territórios. A previsão constitucional propicia, também, o avivamento de memórias e a oficial construção de um marco constitucional de legitimidade no reconhecimento do modo singular que cada comunidade cultiva no ser, criar, fazer e viver. Isso favorece, em gradativo avanço, a articulação de resistências mais consistentes a padrões culturais impostos desde a época da colonização.

A questão posta neste trabalho cuida dos direitos das populações tradicionais, principalmente indígenas e quilombolas, para iluminar a compreensão dos enfrentamentos vivenciados por essas comunidades, logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, para um diagnóstico adequado do contexto de cada povo, das peculiaridades de cada comunidade e das implicações do processo de reconhecimento do direito ao território.

Aborda-se, como ponto de partida, a invisibilidade desses grupos na violenta afirmação hegemônica, simbólica, e com imposição pelas armas, levada a efeito na esteira da colonização e da chegada dos europeus ao continente sul-americano.

Busca-se mostrar, em seguida, as características mais relevantes para a interpretação jurídica dos direitos das populações tradicionais. Nesse objetivo, procura-se entender, em estudo de caso específico, as múltiplas interpretações concorrentes e que mostraram apontamentos relevantes para a conquista de reconhecimento e do direito ao território pelas populações tradicionais.

Destaca-se a discussão sobre o caráter da posse imemorial, tradicional, cuja restrição criada no precedente do Caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol constituiu-se em grave retrocesso em face da garantia constitucional do território como espaço de preservação das culturas tradicionais.

Aborda-se, em contraste, o entendimento adotado pelo STF na ADI 3.239/DF, cujo julgamento aconteceu em 8/2/2018, decisão

que firmou o reconhecimento amplo do direito fundamental das comunidades quilombolas ao território ocupado em caráter imemorial.

Pontuam-se, em complemento, outros acórdãos do STF que prestigiam a preponderância, com prioridade, da posse imemorial sobre qualquer outra forma de posse e sua precedência sobre qualquer outro título apresentado.

2 A INVISIBILIDADE DAS POPULAÇÕES TRADICIONAIS NO DISCURSO COLONIZADOR SALVACIONISTA

Constitui apenas uma etapa inicial o reconhecimento constitucional do território, para que sejam mostradas as lutas pela determinação de que aspectos têm relevância para o reconhecimento dos povos tradicionais que contribuíram para a formação do povo brasileiro, como sociedade formada por diversas comunidades socioculturais. Concebe-se a nação brasileira, desde suas mais remotas origens, sob a bandeira da diversidade cultural.

A contribuição de João Batista de Almeida Costa (2015) vem explicitar que “os estudos de populações tradicionais no Brasil devem, necessariamente, levar em consideração cinco questões que se imbricam: Identidade, Organização Social, Território, Sistema de Produção (Economia) e Cultura”. Esses elementos se integram para formar um conjunto indissociável, permeado por características materiais e simbólicas.

Referidos significados, marcados pelas questões abordadas, deverão ser postos por cada comunidade tradicional, em expressão própria, para que se avive em suas memórias, de modo legítimo, a questão da autodefinição identitária.

As características próprias de cada grupo, vistas em contraste, permitem distinguir cada comunidade de outros grupos com os quais mantém contato mais próximo. Os termos que as comunidades usam para se referirem a si mesmas, em comparação com os termos que

empregam para se referirem às comunidades circunvizinhas, estabelecem as fronteiras específicas dessa distinção (COSTA, 2015).

Cabe lembrar, neste ponto, a advertência de Geertz (2003) no sentido de que as concepções dos outros, no campo da Antropologia, devem ser vistas por manifestações dos integrantes da própria cultura, abandonando alguma concepção que seja fruto de outra cultura e evitando-se até mesmo “enquadrar” as experiências alheias dentro da moldura de nossa própria concepção cultural, mesmo que isso decorra de um sentimento de “empatia” tão elogiado.

Nessa linha, tão somente no espaço autêntico de construção própria da cultura de cada comunidade, partilha-se a consideração sobre o surgimento de sujeitos de direitos e de suas identidades:

Toda e qualquer identidade marcada pela diferença tem símbolos concretos que ajudam a identificar no interior das relações sociais que é parte de um ‘nós’ e quem é o ‘outro’. Assim, a construção da identidade é tanto simbólica quanto social e a luta para afirmar uma ou outra identidade ou as diferenças que os cercam tem causas e consequências materiais (COSTA, 2015).

As lutas por manutenção e conquista do território mostram-se mais significativas e extrapolam discussões apenas de conteúdo econômico ou confinadas ao direito de posse ou de propriedade no sentido jurídico comum. No local onde vivem, relacionam-se e produzem a própria existência material e simbólica, as comunidades tradicionais constroem, fortalecem e mantêm suas memórias, trajetórias e referências. E como se encontra definido pelo art. 215 da Constituição Federal, nesse lugar, estabelecem-se seus modos de criar, fazer e viver, condições que devem ser garantidas pelo Estado.

Os valores das comunidades ligam-se a esse espaço natural de maneira única, singular, indissociável e insubstituível. Tudo faz

parte de um conjunto de símbolos que constituem, de modo peculiar, idiossincrático, o modo de ser de cada povo.

A compreensão desse vínculo entre território e identidade, e de como se interligam os modos de produção material, social, cultural e simbólico e de apropriação econômica, está aqui bem explicitada:

O espaço físico, ao ser transformado em um território, porque os grupos nele inscrevem acontecimentos e significações sociais, é apreendido e vivenciado a partir dos sistemas e conhecimentos que cada grupo específico constrói em sua historicidade. E as singularidades são intimamente conectadas ao ecossistema específico – Cerrado, Mata Atlântica, Caatinga, Pantanal, etc. – que define as formas como o espaço é apropriado e como se pode realizar a sua construção como território coletivo. Essas formas de apropriação e de construção são conformadas para garantir a reprodução material e social de cada grupo social. Nos processos de apropriação do espaço e em sua construção como território, diversas condutas propiciam a atualização dos vínculos sociais, da noção de pertencimento e da reprodução material e social de cada grupo social, sejam formas de demarcação e de defesa, ou sejam critérios de exclusão e de inclusão no grupo. Tais condutas constituem o que vem sendo considerado, na teoria social, como estratégias de territorialidade (COSTA, 2015).

Destaca Costa (2015) que, antes da mobilização por reconhecimento, esses grupos sociais eram invisíveis, ocultados pela hegemonia do homem branco, proprietário e letrado, o qual aparecia como único sujeito de direitos. Essa ocultação da contribuição e da ampla diversidade de povos distribuídos no espaço continental do território brasileiro veio e se afirmou no processo unificador da colonização, para deixar aparecer apenas os valores e a cultura do grupo colonizador.

Na esteira desse processo, houve a imposição hegemônica, com claro viés etnocêntrico, da uniformidade de valores europeus,

dos modos de vida deles, atrelada a determinada racionalidade econômica, política e social. A principal questão a ser destacada, para os objetivos deste trabalho, é a franca desconsideração dos habitantes e povos dessas terras, submetendo-os a condições subalternas, desconsiderando-os como sujeitos de direitos, posicionando-os como inferiores.

Baseando-se nos estudos de Enrique Dussel, traz-se a ponderação de Ingrid Freire Haas:

Com a colonização dos povos, muitos países tiveram sua identidade cultural escondida por um longo período. Os indígenas presentes no território latino-americano foram considerados povos inferiores por vários séculos. As culturas foram afetadas por valores culturais e domínios econômicos externos que desestabilizará tanto a identidade brasileira como a latino-americana (HAAS, 2015, p. 91).

Nesses processos de (des)envolvimento, ou de encobrimento, figura notável que:

[...] depois de reconhecido o território colonizado, passavam ao controle e dominação das pessoas: 'era necessário pacificá-las'. Começava-se a alienação do 'Outro' como sujeito de si mesmo, deixou-se de lado a práxis violenta, guerreira de domínio do território para uma 'práxis' erótica, pedagógica, cultural, política, econômica, do domínio dos corpos pelo machismo sexual, da cultura, de tipos de trabalho, de instituições criadas por uma nova burocracia política, a dominação do Outro (DUSSEL, 1993, p. 51 *apud* HAAS, 2015, p. 90).

Encontra-se, ainda, em passagem sobre a hegemonia assumida pelo colonizador que: "O conceito de 'encontro' é encobridor porque se estabelece ocultando a dominação do 'eu' europeu, de seu 'mundo', sobre o 'mundo do Outro', do índio" (DUSSEL, 1993, p. 64).

Acrescenta-se, em reflexão sobre as características da modernidade, que o mesmo discurso hegemônico, com a pretensão de único portador da verdade universal salvadora, apresenta-se estrategicamente como emancipador:

Há todo um conceito de modernidade que justifica o sofrimento dos atos praticados contra o 'Outro', pois neste a modernidade é vista com uma forma de emancipar a razão, trazendo tecnologia e infraestrutura civilizatória; levando aos povos algo inalcançável, salvação (HAAS, 2012, p. 91).

Já ao tempo da colonização, encontrava-se a denúncia de que esses discursos salvacionistas respondiam, de modo inapelável, à necessidade de:

[...] atribuir alguma dignidade formal à guerra de extermínio que se levada adiante, à brutalidade da conquista, à perversidade da eliminação de tantos povos. [...] De todo o debate reluzia, clara como o sol, para a cúpula real e para a Igreja, a missão salvacionista que cumpria à cristandade oferecer, a ferro e fogo, se preciso, para incorporar as novas gentes ao rebanho do rei e da Igreja. [...] cujo direito de avassalar os índios, colonizar e fluir as riquezas da terra nova decorria do sagrado dever de salvá-los pela evangelização (RIBEIRO, 1995, p. 58-59).

Essa imposição cultural, de padrões próprios de civilização, desconsidera as diferentes formas de vida, na rica diversidade socio-cultural desde então encontrada nas Américas. Em estudo célebre, no contraste entre os termos civilização e cultura, mostra Norbert Elias que as raízes da formação da ideia de civilização remontam a tempos bem mais recuados:

O conceito de civilização minimiza as diferenças nacionais entre os povos: enfatiza o que é comum a todos os seres humanos ou – na opinião dos

que o possuem – deveria sê-lo. Manifesta a autoconfiança de povos cujas fronteiras nacionais e identidade nacional foram tão plenamente estabelecidos, desde séculos, que deixaram de ser tema de qualquer discussão, povos que há muito se expandiram fora de suas fronteiras e colonizaram terras muito além delas (ELIAS, 1994, p. 25).

Em contrapartida à formação do termo civilização, desenvolve Elias (2009) o conceito de cultura (*kultur*) aplicado ao povo alemão, cuja semântica retrata as diferenças nacionais e a identidade particular de cada grupo. Esse emprego diferente coincide com um processo histórico próprio de formação da identidade nacional na Alemanha. Isso porque esse país, no contexto europeu, conseguiu, bem mais tarde, sua unificação política e a consolidação de suas fronteiras nacionais.

Destaca-se, no propósito de expansão, que fora por meio do conceito de civilização que a Europa se colocou, pela consciência de si mesma, como superior frente a todos os povos do planeta terra (ELIAS, 1994, p. 23). Essa pretensa superioridade mascara uma “cortesia” (corte, vida cortesã) que é externa e enganadora, em antítese mesmo com a ideia de “virtude”, como expressão autêntica própria que deriva de *kultur*.

Em outra passagem também esclarecedora, mais especificamente voltada aos aspectos psicológicos do racismo, mas vinculada ao etnocentrismo colonialista, surge a explicitação de que o discurso hegemônico trata o “Outro” como subalterno e inferior:

[...] ter a si próprio como modelo e projetar sobre o outro as mazelas que não se é capaz de assumir, pois maculam o modelo - são processos que, sob certos aspectos, podem ser tidos como absolutamente normais no desenvolvimento das pessoas. O primeiro está associado ao narcisismo e, o segundo, à projeção. No entanto, no contexto das relações raciais, eles revelam uma faceta mais complexa, porque visam justificar, legitimar

a ideia de superioridade de um grupo sobre outro e, conseqüentemente, as desigualdades, a apropriação indébita de bens concretos e simbólicos e a manutenção de privilégios (BENTO, 2002, p. 33).

A colonização do Brasil, como a da América, evidencia esse caráter etnocêntrico de imposição religiosa e de valores próprios do modo de vida europeu. Isso encontra origem mais distante nas lutas sangrentas de imposição religiosa ocorridas no continente europeu:

Em nome da Cruz e mais tarde da civilização, a sociedade do Ocidente empenha-se, durante a Idade Média, em guerras de colonização e expansão. E a despeito de toda a sua secularização, o lema 'civilização' conserva sempre um eco da Cristandade Latina e das Cruzadas de cavaleiros e senhores feudais (ELIAS, 1994, p. 67).

Considerando a atualidade da imposição neocolonialista, compartilha-se da posição de Antônio Carlos Wolkmer (2002), no sentido de ser necessária uma releitura da história do nosso continente periférico, e, para isso, a história verdadeiramente feita pelo homem latino-americano precisa ser recuperada, porque o que sempre prevaleceu foi o silêncio dos colonizados. Esse embate permite repensar o campo da história e sua afirmação contra um viés mistificador.

O referido marco de reconhecimento da diversidade cultural apareceu na Constituição Federal de 1988, a partir de lutas e ampla reivindicação de grupos sociais invisíveis e que postulavam há muito o devido reconhecimento. A elevação à categoria de norma constitucional fundamental veio no art. 215, § 1º, cujo enunciado assim aparece: "O Estado protegerá as manifestações da culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional" (BRASIL, 1988).

O Plano Nacional de Cultura estabelecerá a “valorização da diversidade étnica e regional”, como complementa o § 3º do mesmo dispositivo constitucional. Isso exige, para sua efetiva realização, a promoção de um conjunto de políticas públicas específicas que viabilizem o direito ao reconhecimento e à proteção contra toda e qualquer forma de assimilação e destruição das memórias e da identidade dos povos tradicionais.

Figura promissora a compreensão dos organizadores da Coleção Direito e Diversidade, posta na introdução de cada volume da obra, que entende a colonização cultural como uma face sombria da modernidade ocidental:

[...] encontrar questões como o Direito à Diversidade para além do Direito à Diferença e Igualdade: significa superar a lógica binária subalterna de um mundo rasteiro e violento, pela compreensão do diverso, do plural. Significa desnaturalizar o que por um tempo (longo) foi naturalizado. O processo civilizatório da modernidade nos legou algumas conquistas materiais e culturais com altos custos sociais, econômicos e políticos. O progresso instituiu vorazmente, a desconstrução/destruição de tradições do Ocidente e do Oriente. E sequestrou, num processo universalizante e normalizador, a diversidade (XAVIER; MAGALHÃES; LAUREANO, 2015).

O direito à diversidade compreende o respeito e a conservação dos projetos de modos de vida distintos e, tantas vezes, estranhos entre si, cuja preservação deve ser permanentemente cuidada:

[...] enquanto comunidade democrática deve-se assegurar a todos os parceiros desse empreendimento coletivo comum o direito a desenvolver a sua forma de vida e de buscar a felicidade do modo mais pleno possível. Isso implica respeitar os diversos projetos de felicidade e de vida boa, portanto o direito à diversidade (OMMATI, 2015).

Em outra passagem, o referido autor reconhece a dignidade da pessoa humana como fundamento do valor ou direito à diversidade sociocultural:

Ora, se se deve ter respeito para consigo mesmo e tentar levar a própria vida com a maior autenticidade possível, significa reconhecer que se tem a obrigação de respeitar os princípios e valores de todos os indivíduos. O respeito à dignidade implica, portanto, o respeito à diversidade das formas de vida (OMMATI, 2015).

O território significa para as comunidades tradicionais o espaço fundador e constituinte de sua identidade, memórias e histórias, de suas tradições. O modo de viver, conviver e de se reconhecer socialmente encontra, em lugar específico, a forma autêntica e distintiva de sua realização e os marcos de sua construção. Significativa, nesse ponto, a seguinte ponderação:

[...] as formas do saber são sempre e inevitavelmente locais, inseparáveis de seus instrumentos e de seus invólucros. Pode-se é claro, obscurecer esta realidade com o véu de uma retórica ecumênica, ou embaçá-la *ad infinitum*, com teoria. Mas não podemos fazer com que simplesmente desapareça (GEERTZ, 1997, p. 11).

A afirmação de uma sociedade plural, que deve devotar igual respeito e consideração a todas as formas de vida, consagra a ideia de democracia como parceria de homens livres e iguais, como destaca Ommati (2015): “[...] a democracia pressupõe a diferença e a diversidade, pois é um regime em que as iguais liberdades devem ter livre curso. [...] É dizer: a democracia integra o direito à diversidade”. O respeito incondicional a todas as formas de vida aparece como direito fundamental e serve de base à construção social de uma convivência humana solidária.

Feitas essas considerações, parte-se para a abordagem adiante de argumentos do processo perante o STF, os quais se mostraram significativos no que se relaciona aos requisitos para o reconhecimento do direito à diversidade.

Destaca-se que o STF é órgão de cúpula do Poder Judiciário, cuja função precípua – de caráter institucional – é de zelar pela interpretação e garantia de direitos fundamentais. Assume a Suprema Corte a defesa de valores contramajoritários, no propósito de assegurar a diversidade e o respeito às minorias, o que se ajusta bem à missão de guardião da Constituição Federal.

No primeiro acórdão em estudo, decisão proferida no processo de reconhecimento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, registra-se um verdadeiro retrocesso quanto à compreensão do conceito de posse tradicional, permanente. Isso porque a definição do próprio caráter imemorial não admite marcos outros que reduzam o tempo da posse e da propriedade sobre um determinado território.

O outro acórdão abordado refere-se a uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3.239/DF), proposta para a declaração da inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003. A ação direta fora promovida pelo DEM (Democratas). Referido decreto definira os procedimentos para identificação, pelo critério de autoatribuição, reconhecimento, delimitação e demarcação de terras ocupadas por remanescentes de quilombos, nos termos do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Nesse último julgamento, concluído em fevereiro de 2018, ficou assegurado o direito fundamental das comunidades quilombolas, como grupo étnico-racial minoritário, de obterem o reconhecimento pelo Estado da propriedade sobre as terras que histórica e tradicionalmente ocupam desde tempos imemoriais.

3 TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL E TERRAS OCUPADAS POR REMANESCENTES DE QUILOMBOS: ASPECTOS RELEVANTES

O primeiro caso em que se buscam alguns elementos para a distinção das comunidades tradicionais é o da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, na Reclamação 3.331-7/RR, no âmbito do STF. Nesse caso, buscou-se definir os limites do território, para a demarcação administrativa, na edição de uma primeira norma pelo Ministro da Justiça, 10 anos depois da promulgação da Constituição Federal, publicada no ano de 1998.

Sete anos se passaram, e, no ano de 2005, houve o reconhecimento da validade e aproveitamento de parte daquela primeira Portaria, para tornar a área ocupada de “dupla afetação”. Explicitava uma destinação de preservação ambiental, como bem público da União; e outra voltada à realização dos direitos constitucionais dos índios, como está expresso na Portaria nº 534, de 13 de abril de 2005. Já aparece, nesse ato normativo, o conceito de posse tradicional, permanente.

Como fundamentos expressos na decisão do Ministro da Justiça, consta a proteção da diversidade étnica e cultural, como imperativo decorrente dos direitos constitucionais. A área de Terra Indígena Raposa Serra do Sol, reconhecida como terra de fronteira, estava ocupada pelos grupos de índios Ingarikó, Makusi, Taurepang e Wapixana.

A área da Terra Indígena Raposa Serra do Sol compreendia cerca de 7,79% de todo o território do Estado de Roraima. A ocupação se caracteriza como imemorial, por não ter marco específico, pois se confunde com a história desde o descobrimento, em áreas ocupadas pelos povos originários.

Houve expressa proibição de trânsito ou permanência de pessoas ou de grupos não índios naquela área, sendo fixado prazo não superior a um ano, para a extrusão de ocupantes não índios. Além das autoridades federais incumbidas de preservação da segurança, os particulares especialmente autorizados somente poderiam transitar e permanecer, desde que a atividade não se mostrasse nociva, inconveniente ou danosa à vida, aos bens e ao processo de assistência aos índios que ali tinham reconhecida sua posse permanente.

E a determinação de que a extrusão dos ocupantes não índios acontecesse em prazo razoável, não superior a um ano, seria contado a partir da homologação da demarcação administrativa por decreto presidencial. O uso da terra estaria estritamente afetado às necessidades e à ocupação pelas comunidades indígenas.

A primeira referência que se destaca está no reconhecimento de que a questão não é estritamente de direito, mas exige a contribuição de profissionais da Antropologia para o devido reconhecimento de características físicas e simbólicas, um saber antropológico que envolve a identificação desde a origem dos significados e sentidos próprios cultivados por aquela comunidade:

[...] as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são aquelas por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições - art. 231 da Constituição Federal -, cabendo-lhes a posse permanente, tal como ressaltado nos votos já proferidos. Então, o tema não é estritamente de Direito, mas de fato [...] (BRASIL, 2006).

Somente o estudo antropológico poderá dar conta da posse tradicional, diferente da simples ocupação ou da posse comum, porque figura como a única maneira de preservar a cultura que dela é indissociável. Colhe-se, também, do julgamento em questão:

O estudo antropológico prescrito pelo ato normativo foi realizado por profissional habilitado para tanto, não sendo legítimo presumir seja parcial pelo só fato de haver sido assinado por um único perito quando a lei não exige modo diverso. Ali, está demonstrada não só a posse tradicional e imemorial dos grupos indígenas sobre toda a extensão da área, como a necessidade de demarcação da faixa contínua das terras, de maneira a preservar a cultura indígena nos moldes já descritos (BRASIL, 2006).

Outro aspecto relevante é a necessidade de ouvir os interessados, para garantia do direito de autoatribuição, em consulta sobre quaisquer pareceres, laudos e decisões que possam afetar os interesses dessas comunidades. A citação, no voto condutor do acórdão, fora uma transcrição de artigo veiculado na Universidade de Harvard, intitulado “The Protection of Indigenous People’s Rights over Lands and Natural Resources Under the Inter-American Human Rights System”, publicado no *Harvard Human Rights Journal*.³ Destaca a necessidade de promover a consulta:

Como demonstrado anteriormente, à luz da Convenção Americana, da Declaração Americana e de outras fontes de direito internacional, os povos indígenas têm o direito de proteção das terras que tradicionalmente ocupam e dos recursos naturais. Dessa maneira, as normas de direitos humanos que protegem os povos indígenas garantem, o mínimo, interesses em terras e recursos naturais obrigam aos estados a consultar com os grupos indígenas envolvidos sobre quaisquer de-

³ Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/students/orgs/hrj/issl4/williams.shtml#Heading388>. Acesso em: 15 jan. 2009.

cisões que possam vir afetar os interesses e adequadamente pesar esses interesses no processo de formação de decisões (BRASIL, 2006).

Os autores do estudo referido citam trecho de precedente da Suprema Corte do Canadá, insistindo no ponto de que a consulta aos grupos interessados é inafastável do direito ao reconhecimento: “[...] existe sempre o dever de consulta [...] essa consulta deve ser feita em boa-fé e com intenção de substancialmente abordar as preocupações dos povos aborígenes cujas terras estão em jogo” (BRASIL, 2006).

Quanto ao tempo de posse tradicional, ocupação sem marco específico, porque imemorial, a posição do STF se afastou daquilo que fora consagrado na Constituição Federal como uma das principais conquistas dos índios e dos povos tradicionais.

O marco considerado pelo STF fora no sentido de que as terras deveriam ser consideradas ocupadas, em 5/10/1988, data de promulgação da Constituição Federal. Reafirmou-se precedente manifestado no Recurso Extraordinário nº 219.983-3/SP, relatado pelo Ministro Carlos Ayres Brito, do qual colhe-se trecho do voto condutor:

I - o marco temporal da ocupação. Aqui é preciso ver que a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos Índios, ‘dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam’. [...] Marco objetivo que reflete o decidido propósito de colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal que estivesse grafada em Constituição anterior (BRASIL, STF, RE n.219.983-3/SP).

O que evidencia ainda mais o retrocesso, e aparenta clara contradição, está nessa passagem do referido voto do Ministro

Carlos Ayres Brito. Nessa fundamentação, encontra-se a explicitação do caráter originário, para se referir aos direitos garantidos na Constituição Federal sobre as terras que ocupam:

O termo 'originários' a traduzir uma situação jurídico-subjetiva mais antiga do que qualquer outra, de maneira a preponderar sobre eventuais escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. [...] Pelo que direito por continuidade histórica prevalece, conforme dito, até mesmo sobre o direito adquirido por título cartorário ou concessão estatal (BRASIL, STF, RE n. 219.983-3/SP).

Um destaque relevante deve ser feito no que se relaciona ao marco: apenas o reconhecimento oficial ocorreu nos debates constituintes. E, por isso, a data da promulgação da Constituição Federal constitui-se como data do reconhecimento oficial pelo Estado. A posse dos índios e populações tradicionais, inclusive quilombolas, como se constata da expressão do próprio Ministro relator, é originária. A expressão busca “traduzir uma situação jurídico-objetiva mais antiga do que qualquer outra”. Há que se considerar, ainda, que a Constituição de 1988 define o direito territorial como “terras tradicionalmente ocupadas” que não se restringem ao espaço de produção para reprodução da vida, mas vincula a elas – ainda – as dimensões sociais, culturais e simbólicas.

Esses pontos destacados contribuem na discussão específica de que elementos devem ser sopesados para a prevalência dos direitos das populações indígenas ao território. Claro está que as discussões foram mais aprofundadas no STF, sobretudo pela notoriedade que ganharam na mídia e imprensa nacional e internacional.

No entanto, grandes proprietários de terras na Amazônia, adquiridas sobretudo depois do regime militar, defendem uma interpretação diferente que reduza o marco da posse originária. E isso

atenta – flagrantemente – contra o a extensão e garantia dadas pela Constituição Federal de 1988.

O então Presidente da República em exercício, Michel Temer, com base em parecer da Advocacia-Geral da União, determinou que a União seguisse a decisão do STF em todos os processos de demarcação de terras indígenas. A providência do então Presidente da República, nitidamente, fora instrumentalizada pela Portaria nº 68, assinada pelo então Ministro da Justiça Alexandre de Moraes.

Até então, como previsto no Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996, a competência para identificação da terra, elaboração do relatório e laudo circunstanciado era da Fundação Nacional do Índio (Funai). Esse documento é que tem aptidão para confirmar a ancestralidade territorial das terras estudadas.

A criação de Grupo Técnico Especializado (GTE), no âmbito do Ministério da Justiça e Cidadania, tem previsão na portaria expedida pelo Governo Temer com o objetivo de fornecer subsídios técnicos para a decisão cuja incumbência era do Ministro da Justiça.

A Frente Parlamentar Agropecuária (FAP), conhecida bancada ruralista, manifestou-se em apoio à Portaria nº 68. E observe-se que, paralelo ao julgamento, houve a posse do General Franklinberg Freitas para a função de Diretor de Promoção ao Desenvolvimento Sustentável da Funai. Referido setor é responsável pela mineração, gestão ambiental e atividades produtivas. Esse campo é exatamente aquele em que há maior interesse do agronegócio, opositor ferrenho dos interesses dos povos indígenas e dos quilombolas.

A questão continua polêmica. Sobreveio decisão do STF, da lavra do Ministro Barroso, que estabeleceu que a decisão, no caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, deveria se aplicar apenas àquele processo. Significa dizer que os efeitos da decisão não poderiam se estender para outros casos, nem para ser adotado como parâmetro de atuação da Administração Pública.

A decisão do Ministro Barroso data de 23/10/2013, em Embargos de Declaração na Petição 3.388, apresentada pelo Ministério Público e pelas Comunidades Indígenas, e também pelo Estado de Roraima. E reafirmou o STF, nos embargos: “a caracterização da área como terra indígena, para os fins dos artigos 20, inciso XI, e 231, da Constituição Federal de 1988 torna insubsistentes eventuais pretensões possessoras ou dominais de particulares” (BRASIL, 2013).

A questão do marco apareceu em voto do Ministro Menezes Direito, naquilo que ele denominou de “salvaguardas institucionais”, condicionantes para o usufruto indígena, entre estas: a sobreposição da segurança nacional sobre o usufruto dos índios e a determinação de não ampliar a área demarcada. No parecer da Advocacia-Geral da União, consta expressamente a ressalva dos dois pontos, além do marco temporal. Ao criar tais normas, sem previsão legal nem constitucional, o STF foi acusado de legislar, ao criar normas de inovação primária na legislação, exigindo condutas visivelmente abstratas (BRASIL, 2017).⁴

Em outros processos, cujos objetos cuidavam de tema semelhante, houve aplicação do precedente da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, com expressa manifestação do entendimento contrário à posição do Ministro Barroso, como no RMS 29.087, em que o Ministro Gilmar Mendes estendeu os efeitos exatamente quanto ao marco temporal. No caso, abrindo divergência quanto ao ponto, a Ministra Carmen Lúcia fez prevalecer o entendimento do STF de que o marco temporal apenas se aplica ao caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, não se estendendo a outros conflitos semelhantes.

No debate sobre o tema ainda não se esgotou no âmbito do STF. O desate de outro julgamento, na ADI 3.239, ação proposta pelo

⁴ Cf. DOU - Seção 1, nº 138, de 20/7/2017.

DEM desde o ano de 2003, o resultado se mostrou bem diferente. Isso porque, além dos direitos de povos indígenas, poderá aproveitar-se na discussão os interesses de comunidades quilombolas. Isso influi diretamente no desenvolvimento da política e na atuação do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra).

A prevalecer a fixação de marco temporal da posse tradicional a data da promulgação da Constituição Federal de 1988, 5/10/1988, isso poderá implicar redução significativa do tempo de posse tradicional dos territórios ocupados pelas comunidades tradicionais e pelos índios nos conflitos com grandes proprietários de terras. O retrocesso é evidente, com graves prejuízos à ocupação do território e direta afetação do modo de vida das comunidades indígenas e quilombolas.

Finalmente, no julgamento de Ação Cível Originária (ACOs) 362 e 366, o STF foi quase unânime ao rejeitar a tese do marco temporal e reafirmar seus direitos originários. Houve, nesse ponto, a superação da tese anterior.

Houve também o reconhecimento da constitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003. Foram oito votos favoráveis aos quilombolas. Apenas o voto contrário de Dias Toffoli e de Gilmar Mendes, além do voto anterior do Ministro Cezar Peluso, já aposentado. Os posicionamentos foram conduzidos pela argumentação do Ministro Edson Fachin. Em seu voto, declara o Ministro Fux que: “não se encontra qualquer referência em datas ou parâmetro temporal, ao contrário, vê reconhecida a propriedade definitiva. O dispositivo [art. 68 da CF] declara o direito de propriedade sem delimitar marcos temporais” (BRASIL, 2018).

Os precedentes que reconhecem imemorial, com absoluta precedência, a posse tradicional constitui significativa conquista na luta pela identificação e demarcação dos territórios ocupados por indígenas, comunidades quilombolas. Povos que sempre estiveram

prejudicados em histórica e injusta posição de não reconhecimento (invisibilidade).

Exigem-se as necessárias adaptações às especificidades de cada grupo, com estudo específico e manifestação da comunidade interessada, para que sejam modificados os cenários de conflitos criados e para que seja plena a garantia positivada pela Constituição Federal de 1988.

4 CONCLUSÃO

As características distintivas de cada comunidade tradicional, a serem identificadas em estudo antropológico especial e consulta à população interessada, são relevantes na luta política e social, sobretudo cultural, por reconhecimento e demarcação do território, elemento constituinte da identidade, insubstituível para conservar e manter seu modo de criar, fazer, viver e conviver.

A interpretação jurídica do direito das populações tradicionais exige um diálogo interdisciplinar, para que sejam buscados todos os fundamentos relevantes para assegurar plenamente o direito à demarcação do território, como expressão de um patrimônio sociocultural que inaugura – no plano jurídico – a preservação da diversidade.

No processo destinado a esse reconhecimento, mostra-se imprescindível, como direito das comunidades envolvidas no devido processo legal, a realização de consulta aos povos afetados em suas singulares identidades. O direito de participação é cívico, constitucional e integra o conceito atual de democracia participativa consagrado no Brasil após 1988. Direito que consta também do Pacto de San José da Costa Rica, em seu art. 22, e se encontra reafirmado em precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Serviu de fundamento ao acórdão do STF, na ADI 3.239/DF, ainda, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho

(OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais, que consagra a “consciência da própria identidade” como critério para determinar os grupos tradicionais. Destaca-se a reafirmação do legítimo critério da “auto-atribuição”, consistente em método autorizado pela Antropologia contemporânea.

A consulta aos povos tradicionais deve ser feita em linguagem acessível, dentro de parâmetros que permitam a comunicação clara, direta e que garantam o pleno respeito e a consistente conservação da cultura e da identidade, na interpretação autêntica que somente cada grupo tem condições de fazer de si mesmo.

O direito à diversidade, cultural, étnica e social, está consagrado como garantia fundamental, constituinte do Estado Democrático de Direito, e sua legítima afirmação dimensiona o significado de um resgate da condição de subalternidade e da situação de desconsideração a que ficaram relegadas – ao menos em caráter constitucional (oficial) – as populações tradicionais até a afirmação política e jurídica da contribuição para a formação da sociedade brasileira, conquista de todos positivada na Constituição Federal de 1988.

Oxalá que esse devido reconhecimento possa se firmar e se ampliar no futuro!

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 20 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cível Originária 362/Mato Grosso*. Relator: Ministro André Mendonça.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cível Originária 366/Mato Grosso*. Relator: Ministro Marco Aurélio.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3239/Distrito Federal*. Relator: Cezar Peluso. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3239%2ENU-ME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3239%2EA->

CMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a6gdo7v.
Acesso em: 26 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 3.388/RR – Roraima. Relator: Ministro Ayres Britto. *Pesquisa de Jurisprudência*, Acórdãos, 19 ago. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 19 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 2.199.833/SP – São Paulo. Relator: Ministro Ayres Britto. *Pesquisa de Jurisprudência*, Acórdãos, 19 ago. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 19 ago. 2017.

BENTO, M. A. S. Branqueamento e branquitude no Brasil. In: CARONE, I.; BENTO, M. A. S. (Org.). *Psicologia social do racismo: estudos sobre branquitude e branqueamento no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 25-58.

COSTA, J. B. A. *A invenção de sujeitos de direito e processos sociais: povos e comunidades tradicionais no Brasil e no norte de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Initia Via, 2015. (Coleção Direito e Diversidade, v. 5).

DUSSEL, E. *1492 – O encobrimento do outro – A origem do “mito da modernidade”*. Petrópolis: Vozes, 1993.

ELIAS, N. *O processo civilizador: uma história dos costumes*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994. v. 1.

GEERTZ, C. *O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa*. 6. ed. Tradução de Vera Mello Joscelyne. Petrópolis: Editora Vozes, 2003.

HAAS, I. F. O fruto do impacto hegemônico e a perda da identidade cultural. In: MAGALHÃES, J. L. Q. (Org.). *Direito à diversidade e o estado plurinacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. p. 87-103.

HONNETH, A. *Luta por reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009.

OLIVEIRA, R. C. *Identidade, etnia e estrutura social*. São Paulo: Pioneira, 1976.

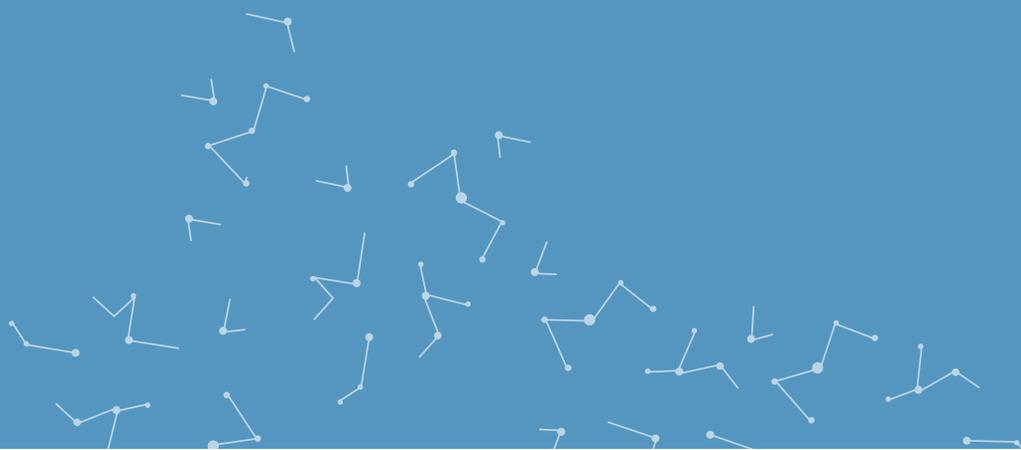
OMMATI, J. E. M. *Os fundamentos constitucionais do direito à diversidade*. Belo Horizonte: Initia Via, 2015. (Coleção Direito e Diversidade, v. 2).

RIBEIRO, D. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

XAVIER, E. D.; MAGALHÃES, J. L. Q.; LAUREANO, D. S. *A invenção de sujeitos de direitos e processos sociais*. Organizadores da Coleção Direito e Diversidade. Introdução de cada volume da coleção.

WOLKMER, A. C. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.



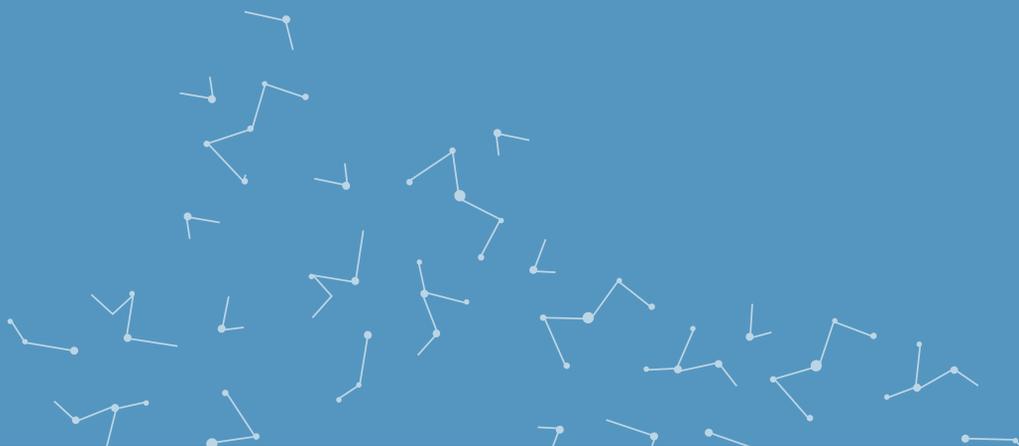


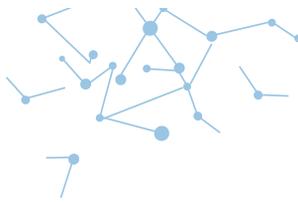


**A DELEGAÇÃO DE PODERES POLÍTICOS
ÀS CORTES CONSTITUCIONAIS**

***THE ASSIGNMENT OF POLITICAL POWERS
TO THE CONSTITUTIONAL COURTS***







A DELEGAÇÃO DE PODERES POLÍTICOS ÀS CORTES CONSTITUCIONAIS

THE ASSIGNMENT OF POLITICAL POWERS TO THE CONSTITUTIONAL COURTS

Rubens Beçak¹
Lucas Paulo Fernandes²

RESUMO

O artigo trata da delegação de poder e autoridade políticos às cortes constitucionais. Se, atualmente, tribunais constitucionais possuem características políticas, torna-se relevante observar as causas dessas atribuições. Por isso, partindo do processo de elaboração constitucional, percorrem-se teorias que possam explicar os motivos da delegação de poderes políticos a cortes constitucionais, a fim de discorrer sobre o caráter político-institucional do *judicial review*. Apesar de ressalvas existentes, o *judicial review* apresenta-se como

¹ Livre-docente em Teoria Geral do Estado. Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP. Professor Associado da Universidade de São Paulo (USP) na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP).

² Mestrando em Direito na Universidade de São Paulo (USP), na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP). Especialista em Direito Constitucional (ABDConst). Advogado.

uma forma de seguro futuro às classes políticas, as quais projetam nas cortes constitucionais um mecanismo ulterior de realização da própria política. A abordagem é transdisciplinar entre o Direito Constitucional e a Ciência Política, por meio de revisão bibliográfica narrativa e qualitativa, com um enfoque crítico.

Palavras-chave: Cortes constitucionais. Política. Poder político. Autoridade. Delegação.

ABSTRACT

This paper discusses the assignment of political power and authority to the constitutional courts. If, currently, constitutional courts have political characteristics, it becomes relevant to observe the reasons of these attributions. Therefore, starting from the constitution-making process, it is approached theories that can explain the reasons of the assignment of political powers to constitutional courts, in order to discuss the political-institutional character of the judicial review. Despite existing reservations, the judicial review presents itself as a way of future insurance to the political classes, which project in the constitutional courts a further mechanism of realization of their own policy. The approach is transdisciplinary between Constitutional Law and Political Science, through narrative and qualitative literature review, with a critical focus.

Keywords: Constitution courts. Policy. Political power. Authority. Assignment.

1 INTRODUÇÃO

Por certo, os processos de confecção de uma constituição envolvem interesses e pretensões daqueles incumbidos da elaboração do novo documento político. Por mais representativos que possam parecer, corpos constituintes tendem a favorecer, no desenho constitucional, reivindicações típicas deles mesmos, então representativas de suas predileções políticas e intenções de estruturação político-institucional.

Nesse quadro, poder-se-ia ponderar que a delegação de poderes e incumbências políticos a juízes – especificamente, às cortes constitucionais – estaria em desacordo com as aspirações e reivindicações dos constituintes. Isso porque, de imediato, causa estranheza que políticos, imbuídos das referidas pretensões próprias – nas quais se incluem, naturalmente, a preservação do poder político que detêm – cedam, em benefício de um órgão não majoritário e impassível de interferência direta, poder e autoridade.

Ocorre que o *judicial review* é um instituto recorrentemente verificável que, embora com variações orgânicas e estruturais, faz parte de diversas experiências constitucionais mundo afora. Ordinariamente, tribunais constitucionais exercem significativas atribuições político-institucionais, por vezes, suplantando ou substituindo as vias políticas majoritárias tradicionais.

Por que políticos delegam poderes e autoridade a cortes constitucionais?

Sobre esse problema é que se debruça este artigo. Por certo, considerando a extensão e complexidade do tema a ser enfrentado, nas linhas seguintes, segue um esforço, sem a pretensão de esgotar a discussão, senão com o intuito de lançar luzes de possíveis respostas sobre a delegação de poderes políticos a cortes constitucionais. Assume-se a hipótese de existência de uma projeção de

interesses dos próprios constituintes na concessão de poder e autoridade a esses tribunais.

Inicialmente, abordam-se as escolhas feitas pelo poder constituinte ao tempo de elaboração de uma constituição. Na segunda parte, avança-se sobre a concessão de poderes políticos a cortes constitucionais, a fim de conhecer possíveis explicações sobre o fenômeno. Com isso, ao final, analisa-se a natureza tipicamente política do *judicial review* e as atribuições institucionais da jurisdição constitucional.

Para obtenção das possíveis respostas, recorre-se à literatura da Ciência Política e do Direito Constitucional. No desenvolvimento, utiliza-se de revisão bibliográfica narrativa, por meio de uma seleção qualitativa. Desenvolve-se, a partir do método dedutivo, com base numa abordagem crítica.

2 A ELABORAÇÃO CONSTITUCIONAL: AS ESCOLHAS POLÍTICAS DO PODER CONSTITUINTE³

No intento de perseguir os motivos pelos quais poder e autoridade são delegados a cortes constitucionais, torna-se importante questionar o *constitution-making process*. Se cortes constitucionais fazem parte de um arquétipo institucional constitucionalmente definido, atuando sob o mesmo paradigma normativo e a partir do pressuposto de defesa da constituição, o exame da confecção do documento político no qual o *judicial review*⁴ se insere torna-se importante para a definição da delegação de poderes a esses tribunais.

³ Apesar da distinção comumente feita entre poder constituinte originário e reformador ou derivado (MENDES, 2021), neste artigo, a referência, mesmo sem qualquer predicativo caracterizador, será sempre ao primeiro. Por isso, para os fins que ora se pretendem, entende-se “poder constituinte” como “o poder de fazer uma nova constituição” (SILVA, 2021, p. 45).

⁴ Importa delimitar o que se entende por “*judicial review*” no contexto deste artigo. Aqui, não se usa o termo apenas para fazer referência ao modelo norte-americano de verificação de constitucionalidade, em contraposição ao sistema europeu. Em verdade, a referência terminológica abrange toda a atividade revisora da constitu-

O poder constituinte é fonte da elaboração constitucional, guardando com a constituição uma relação de causa/efeito. Sieyès (2001) afirma que a constituição presume a existência de um poder constituinte, o qual representaria a nação,⁵ em última análise, a própria soberania popular. Por isso, as normas constitucionais seriam fundamentais, já que derivadas de um poder anterior não vinculado a nenhum outro poder, senão apenas à sua própria vontade (SIEYÈS, 2001).

Com isso, aparece a noção de que o poder constituinte possui certa sumidade por si próprio. Em verdade, como entende Mendes (2021, p. 102), é “um poder que se funda sob si mesmo, onímodo e incontrollável, justamente por ser anterior a toda normação e que abarca todos os demais poderes”.

Por certo, o poder constituinte está intimamente conectado a uma concepção de soberania, ou seja, perpassa pela forma de se exercer este poder. Daí porque Chueiri e Godoy (2010, p. 166) afirmam que “soberania e poder constituinte, e poder constituinte e poder constituído, estabelecem uma dinâmica a qual possibilita a instauração e a manutenção de uma constituição”. Aparece, com isso, uma prolongação da soberania fictícia à própria constituição, porque o poder que a constituiu guarda arrimo numa vontade dele

cionalidade normativa, então exercida judicialmente por cortes e tribunais constitucionais, a fim de garantir conformidade das normas às disposições do texto constitucional, sob a lógica de defesa da supremacia da constituição, como é apresentado por Mendes (2021).

⁵ Por certo, na contemporaneidade, faz-se uma diferenciação entre os conceitos de “nação” e “povo”. Ao discorrer sobre a abordagem de Sieyès sobre “nação”, Mendes (2021, p. 102) assimila-a à definição atual de “povo”, ao consignar: “[...] Entendia que o povo é soberano para ordenar o seu próprio destino e o da sua sociedade, expressando-se por meio da Constituição”. Por isso, com efeito, parece que a acepção semântica escolhida pelo autor francês com o uso da expressão “nação” é aquela atualmente entendida como significado de “povo”. No entanto, ainda valem as colocações de Silva (2021, p. 47-48) para o qual a definição do povo como titular do poder constituinte também produz impasses conceituais, o que o faz adotar uma noção não jurídica de povo, desatrelada da ideia de nacionalidade, no que estaria incluído “quem se reconhece integrante de uma comunidade”.

mesmo que, pode-se dizer, confundir-se-ia com a da nação, utilizando a própria terminologia conceitual de Sièyes (2001).

Por isso, torna-se importante o apontamento de Chiuri e Godoy, os quais propõem uma relação de dependência entre poder constituinte e soberania:

É preciso recuperar esta ideia e esta práxis de que o povo, soberano, ao se autolegislar, cria e funda a Constituição, através de toda radicalidade que está em tal ato constituinte, impondo a si mesmo as regras e os limites que regularão os seus poderes constituídos [...]. Poder constituinte e Constituição devem ser pensados como um processo, como acontecimentos, isto é, lutas e reivindicações, [as quais] [...] não só tencionam o arco, mas o impulsionam a flecha no sentido da constituição (CHIUERI; GODOY, 2010, p. 163-165).

Em verdade, o poder constituinte guarda a identidade de submeter, num texto constitucional, todos os demais poderes de governo, porque os sujeita à vontade da nação, tida como absoluta para a fundação da comunidade política (SIEYÉS, 2001).

Daí porque, ao comentar as contribuições de Sieyès, Mendes (2021, p. 102) destaca que o poder constituinte fora delineado a partir de uma noção teológica, “ressaltando sua desvinculação a normas anteriores e realçando a sua onipotência, capaz de criar do nada e dispor de tudo ao seu talante”. O produto constituinte torna-se normado à vontade expressa que o constitui, ao qual se vinculam aqueles que estão submetidos à ordem constitucional instaurada (MENDES, 2021).

Diante disso, poder-se-ia cogitar a possibilidade de que o poder constituinte elaborasse textos constitucionais com disposições normativas quaisquer que sejam, porque, se as escolhas são

feitas ao tempo da elaboração constitucional, em tese, não estariam sujeitas a limitações ou condicionantes.

No entanto, como adverte Silva (2021, p. 47, grifo do autor), “não parece possível supor que o poder de criar uma constituição é absoluto e ilimitado no sentido de poder criar *qualquer* constituição”. Mendes (2021, p. 102), por sua vez, também pondera que “haverá limitações políticas inerentes ao exercício do poder constituinte”. Com isso, pode-se falar numa relativa ilimitação do poder constituinte, que passa a condicionar, substancialmente, o produto constitucional que dele será inaugurado.

Nesse sentido, para Elster (1995, p. 365), a elaboração de uma constituição envolve a realização de escolhas coletivas sob algumas restrições, de modo que o exame do *constitution-making* demanda a análise das pretensões pessoais dos criadores do novo documento político, bem como dos arranjos nos quais tais preferências se agregam coletivamente. De tal maneira, afirma-se que os diversos interesses individuais ao tempo do desenho constitucional devem ser agregados em escolhas amplamente realizadas, já que, para serem levados a efeito, dependem da adoção de mais de um constituinte. Disso porque forçoso reconhecer que interesses individuais devem, minimamente, alcançar pretensões identitárias de outros constituintes. Diante disso, Elster (1995) afirma que a elaboração constitucional envolve três elementos: restrições, motivações individuais e sistemas de agregação.

Adiciona-se a isso o modelo teórico apresentado por Knight (2001), segundo o qual as expectativas dos constituintes sobre o futuro da constituição podem modificar suas preferências sobre aspectos procedimentais e estruturais do documento a ser elaborado, especificamente, sobre o detalhamento do texto, as características de alteração pelo emendamento e a interferência do *judicial*

review. Dessa sorte, uma nova constituição fica subordinada às ambições e previsões políticas ao tempo de sua elaboração.

A propósito, observa-se essa característica no movimento de elaboração constitucional na segunda metade do século XX. Como destacam Gaspardo e Andrade (2018), os textos constitucionais do período pós-Segunda Guerra Mundial, então reativos às experiências nazifascistas, assimilaram experimentações e agendas que contrapunham ao modelo estatal totalitarista, como forma de estabelecer previsões normativas, a fim de assegurar estabilidade para o incerto futuro que se iniciava.

A partir dessas premissas, é de se reconhecer que a adoção de uma corte constitucional por uma constituição perpassa o processo anteriormente descrito, envolto na incerteza futura das ambições políticas ao tempo de sua confecção. Nesse ponto específico, é que se avança nas linhas seguintes.

3 DELEGAÇÃO DE PODERES POLÍTICOS ÀS CORTES CONSTITUCIONAIS: UMA ESCOLHA POLÍTICA NA ELABORAÇÃO CONSTITUCIONAL

A previsão do *judicial review*, num texto constitucional, ocorre a partir de interesses individuais, então agregados coletivamente sob restrições, dependendo das expectativas dos constituintes. Com isso, vale o registro, neste momento, de que cortes constitucionais não são produto do acaso, senão prospectivamente projetadas num típico e ordinário processo de elaboração constitucional, dependente da interação dos atores envolvidos.

Destaca-se que o *judicial review* – consolidado em cortes constitucionais com capacidade de revisão política – mostra-se uma realidade institucional mundo afora. A par da rígida distinção⁶ entre

⁶ Ao pretender extrapolar a classificação de controle de constitucionalidade em prévio/difuso,

os modelos norte-americano e europeu,⁷ Ferejohn (2002) constata que, majoritariamente, no pós-guerra, houve a preponderância do desenho kelseniano, que se destaca pela existência de uma instituição com o poder de controle normativo e de regulação das relações entre os governos nacionais e regionais, cujo exercício das atividades envolve as funções legislativas e jurisdicionais.

A constituição assume o caráter de norma jurídica superior no contexto de limitação de exercício do poder, por decorrência lógica, infere-se a necessidade de sua proteção pelo controle de constitucionalidade⁸ (GASPARDO; ANDRADE, 2018). Daí porque se explica a prevalência do modelo kelseniano no pós-guerra, sobretudo, nas experiências constitucionais que se inauguram após 1945.

Como colocam Gaspardo e Andrade (2018, p. 153-154), uma vez centrado num tribunal constitucional, capaz de anular um dispositivo em desacordo com a constituição, o controle de constitucionalidade passa a refletir a “desconfiança gerada sobre os filtros democráticos tradicionais”, ora marcantes no período anterior.

Com isso, pode-se afirmar que o *judicial review*, produto de um processo constituinte, tem como resultado uma expressiva e significativa delegação de poderes políticos às cortes constitucionais. Para Silva (2009, p. 202), a instituição de um modelo específico de controle de constitucionalidade possui muito mais um caráter

Silva (2009) indica para a multiplicidade de diferenças entre os modelos norte-americano e kelseniano, acrescentando as distinções de ambos com o sistema francês.

⁷ Para além das diferenças estruturais dos sistemas de controle de constitucionalidade estabelecidos por Kelsen e Marshall, Silva (2009, p. 200) faz a seguinte ressalva: “[...] O que importa na obra de ambos [Kelsen e Marshall] não é a curiosidade histórica, mas a forma como eles fundamentaram a necessidade de um controle judicial de constitucionalidade. E isso pelo fato de que, até hoje, muitos juristas continuam a fundamentar o controle de constitucionalidade com argumentos semelhantes aos usados por Marshall e Kelsen. Nesse âmbito, costuma-se falar da ‘lógica de Marshall’ e da ‘lógica de Kelsen’ [...]”

⁸ Relevante a contribuição de Mendes (2021, p. 1.185) para o qual “a ausência de sanção retira o conteúdo obrigatório da Constituição, convertendo o conceito de inconstitucionalidade em simples manifestação de censura ou crítica”. Daí a necessidade do sancionamento de uma inconstitucionalidade, com a anulação da norma em desacordo com o texto constitucional, para a preservação da constituição.

prático (político), ao invés de uma estruturação lógica, pelo que prevalece “um debate sobre desenho institucional, e não a partir de um pretensão raciocínio jurídico-formal”.

De toda sorte, juízes tornam-se atores relevantes e com autoridade política, quer seja pela relevante posição institucional conferida aos tribunais, como pelas atribuições outorgadas aos magistrados, os quais passam a exercer as funções de regular as produções legislativa e administrativa e as ações judiciais (FEREJOHN, 2002). Com isso, as decisões desses tribunais, em verdade, tornam-se típicas escolhas políticas com autoridade reconhecida e confiada pela constituição.

Arantes (2013) sumariza que a delegação de poderes e autoridade políticos a cortes constitucionais pode ser explicada de duas maneiras distintas. A primeira, sob uma lógica normativa, confere atribuições políticas aos tribunais, sob o pressuposto da proteção de direitos contra a tirania estatal, como forma de descentralizar e domesticar o poder. A segunda explicação, enfocando o caráter estratégico, justifica a transferência de poder a um órgão não majoritário em razão do comportamento dos constituintes e das forças e interesses envolvidos ao tempo da elaboração da constituição.

No mesmo intento, Ginsburg e Veersteeg (2013), sintetizando a literatura sobre a matéria, apresentam quatro possíveis teorias para explicar a adoção da revisão constitucional.

De início, conforme as *Ideational Theories*, o *judicial review* seria adotado a partir de uma associação entre o constitucionalismo e a proteção de direitos, pelo que as cortes constitucionais representariam uma forma de proteção das garantias conquistadas após a Segunda Guerra Mundial (GINSBURG; VEERSTEEG, 2013). De outro lado, de acordo com as *Coordination and Commitment Theories*, a revisão constitucional, dotada de neutralidade, serviria para coordenar os problemas de governabilidade e as disputas que

envolvem a separação de poderes, além de garantir segurança para o crescimento econômico (GINSBURG; VEERSTEEG, 2013). O terceiro nicho de teorias, *Electoral Market Theories*, insere a adoção da revisão judicial como parte integrante da lógica da política doméstica, pelo que os tribunais seriam criados em virtude das demandas típicas da classe política (GINSBURG; VEERSTEEG, 2013). Por último, de acordo com as *Diffusion Theories*, a adoção do *judicial review* ocorreria por experiências externas, na medida em que a adesão massiva por países encadearia a difusão das cortes constitucionais entre os estados (GINSBURG; VEERSTEEG, 2013).

De toda sorte, ao testar a aplicabilidade das referidas teorias, por meio de um levantamento empírico, Ginsburg e Veersteeg (2013, p. 3) encontraram que a adoção do *judicial review* é mais bem explicada pelas *Electoral Market Theories*,⁹ de modo que a delegação de poderes a cortes constitucionais e autoridade aos respectivos juízes ocorre em virtude dos interesses das elites políticas ao tempo da elaboração constitucional. Isto é, a revisão constitucional atende às pretensões político-partidárias futuras dos próprios constituintes.

Ao questionar o porquê da adoção da revisão constitucional, Ginsburg (2003) entende que o *judicial review* serve como um seguro (*insurance*) para os constituintes ante a incerteza política predominante na elaboração da constituição. Por isso, a adoção de cortes constitucionais serve para garantir um mínimo de previsibilidade, a fim de viabilizar o exercício de preferências e interesses políticos no momento posterior à confecção constitucional.

Com isso, o *judicial review* aparece como um instrumento de seguro para o futuro, destinado à manutenção dos interesses político-partidários envolvidos na definição constitucional, o que é

⁹ Ginsburg e Veersteeg (2013) indicam, expressamente, a ausência de subsídio empírico para explicar a adoção do *judicial review* por fatores relativos a ideologia, demandas do federalismo ou pressões externas.

denominado por *insurance model of judicial review*,¹⁰ sistematizado por Ginsburg:

[...] Assume that constitutional drafters are themselves politicians, who are interested in governing after the adoption of a new constitution. It follows that they will seek to design institutions that maximize their ability to govern under the new constitutional order. The key factor from the drafters perspective is the uncertainty of the future political configuration at the time of constitutional draftin (GINSBURG, 2003, p. 24).

Dessa forma, a partir do *insurance model of judicial review*, seguindo as considerações de Ginsburg (2003), os constituintes buscam estabelecer um desenho institucional que beneficie a si mesmos, suas instituições e interesses, em detrimento das preferências dos cidadãos, dado o cenário de indefinição do futuro.

Acrescentam-se, ainda, as contribuições de Stephenson (2003), para o qual a independência judicial – ora expressa por meio de cortes constitucionais com efetivos poderes de revisão – está diretamente associada a um sistema político que seja competitivo. Por isso, o *judicial review* mostra-se dependente da previsão dos partidos políticos de que continuarão no jogo democrático, já que, para tanto, demandarão um seguro diante das típicas incertezas futuras.

Ginsburg e Versteeg (2013) defendem que a transferência de poder e autoridade às cortes constitucionais associa-se à fragmentação do cenário político, marcadamente, pela ausência de forças partidárias fortes ou definitivas. A possibilidade de contraponto

¹⁰ Importa registrar que o *insurance model of judicial review* é passível de críticas e objeções, como identificado pelo próprio Ginsburg (2003). Tendo em vista os limites deste artigo, não se ocupará deles, muito embora se anote o prolongamento do debate em torno das explicações sobre a delegação de poderes e autoridade às cortes constitucionais.

partidário e de competitividade política reforça a adoção de um Judiciário independente (STEPHENSON, 2003) e do próprio *judicial review*, justamente por atenderem às expectativas e demandas dos políticos por previsibilidade.

Por isso, nota-se uma relação inversamente proporcional entre interesses partidários fortemente definidos ao tempo do desenho constitucional e a adoção de cortes constitucionais. Isto é, se o processo constituinte é dominado por partidos políticos, com preponderante ou exclusiva força política, aumenta-se a previsibilidade do exercício futuro do jogo democrático, pelo que se torna dispensável depositar a confiança futura a um seguro, qual seja o *judicial review*. Nesse mesmo sentido, especificamente tratando da América Latina, Ríos-Figueroa e Pozas-Loyo (2010), ao analisarem empiricamente a origem da independência judicial nas experiências constitucionais do continente, apontam uma íntima relação entre a composição política dos corpos constituintes e a configuração estrutural do Judiciário. Note-se que, nessa perspectiva, as noções de modelos institucionais com judiciários fortes e a delegação de poder e autoridade a juízes observam o mesmo pressuposto, qual seja de que cortes constitucionais refletem as pretensões e configurações político-partidárias, diante de um cenário de incerteza, ao tempo de elaboração da constituição. Assim, confirma-se que os processos constituintes multilaterais – aqueles cuja composição tenha heterogeneidade política – tendem a estabelecer estruturas institucionais típicas do constitucionalismo, quais sejam as cortes constitucionais, muito embora ainda se desafie a noção de real independência de tais instituições judiciais (RÍOS-FIGUEROA; POZAS-LOYO, 2010).

A ampla transferência de poder e autoridade às cortes constitucionais, como pontua Arantes (2013, p. 198), parte do pressuposto da “interação estratégica entre elites interessadas em se proteger da incerteza futura que a própria política democrática acarreta”. Dessa

forma, o *judicial review* torna-se uma aposta, articulada de forma fidejussória pelos políticos, com o objetivo de resguardarem-se das incertezas futuras do processo no qual os próprios constituintes estão envolvidos.

A explicação oferecida pelo *insurance model of judicial review* dialoga com as contribuições de Elster (1995), que, ao analisar as motivações dos constituintes na elaboração constitucional, indica que os interesses comuns – de grupos políticos e representações partidárias – são os fatores mais importantes do processo de confecção de uma constituição, os quais são refletidos nas previsões procedimentais e materiais do novo texto. Por isso, sustenta-se que a criação de cortes constitucionais deriva de pretensões comuns dos constituintes, naturalmente, com significativo peso na definição estrutural.

De mais a mais, a delegação de poder político a cortes constitucionais passa a depender, retomando Knight (2001), da perspectiva futura dos constituintes, a partir dos riscos a serem assumidos. Isso porque, sob a referida lógica de adoção do *judicial review*, estabelece-se uma avaliação dos custos da outorga de autoridade a um órgão político não majoritário, em que a delegação de autoridade a juízes passa a ser menos arriscada do que a incerteza futura do jogo democrático.

Em arremate, é de se constatar que o *judicial review* surge como produto das preferências políticas, ao tempo da elaboração constitucional, como um seguro ante a incerteza futura, então típica do processo democrático.¹¹

¹¹ Muito embora não seja objeto específico deste artigo a análise da delegação de poderes políticos à corte constitucional brasileira, vale mencionar as digressões de Silva (2009), para o qual o controle de constitucionalidade surge no Brasil com a Proclamação da República, tendo sido fortalecido a partir da Constituição Federal de 1988, por meio de alterações que deram mais poderes ao Supremo Tribunal Federal, o que possibilitou maior concentração do controle de constitucionalidade no tribunal. Nesse mesmo sentido, Gasparido e Andrade (2018, p. 156) apontam que, no Brasil, “o fortalecimento do controle de constitucionalidade nasce vinculado

Vale destacar, também, as limitações das *Electoral Market Theories*. O próprio Ginsburg (2003) aponta três objeções a esse modelo de explicação da adoção do *judicial review*, quais sejam a) a existência de outras configurações institucionais – a dificuldade de emendamento da constituição, o bicameralismo e a representação proporcional –, que poderiam substituir as funções institucionais da revisão constitucional; b) de que o uso do termo *insurance* indicaria estritamente para uma aversão ao risco político, o qual seria inevitável; e, c) por último, a existência de uma sinalização, pelos partidos dominantes, ao estipularem um desenho de tribunal constitucional, de que se comprometeriam seriamente a aderir à constituição elaborada (*commitment theory*).

Para além disso, aponta-se a inevitável influência das experiências externas a um país na criação de uma constituição, as quais parecem impulsionar a criação de cortes constitucionais mundo afora, como defendido pelas *Diffusion Theories*. A propósito, Silva (2021, p. 47) faz esse destaque, ao considerar que, “do ponto de vista do direito internacional e das relações internacionais, as limitações do poder constituinte são claras quando se pensa na continuidade do Estado”. Por isso, pode-se cogitar, inclusive, de uma condicionante externa ao poder constituinte para a adoção do *judicial review*.¹²

De toda forma, do que se ocupou em discutir, verifica-se que o *judicial review* é fruto de um projeto não ocasional, previsto ao tempo da elaboração da constituição. A transferência de poder e autoridade a cortes constitucionais visa a garantir, previsivelmente, o exercício político futuro das pretensões dos constituintes. De tal

a um projeto constitucional ambicioso, sobretudo quanto à proposta de revitalização da cidadania, ressignificando (*sic*) os cânones democráticos e inserindo a atuação judicial no centro das disputas sociais por direitos”.

¹² Remete-se para a nota de rodapé 9, na qual se consigna, do ponto de vista metodológico-empírico, a dificuldade em mensurar as pressões externas para adoção do *judicial review*.

forma, torna-se interessante o exame da natureza política desses tribunais e sua articulação institucional como um mecanismo de exercício político, com o que se segue.

4 CORTES CONSTITUCIONAIS: TRIBUNAIS DE E PARA A POLÍTICA DA CONSTITUIÇÃO

Se poder e autoridade políticos são delegados a cortes constitucionais, visando a assegurar as pretensões futuras da elite política, via de consequência, o *judicial review* deve servir aos interesses estratégicos para os quais fora estabelecido. A existência de tribunais mundo afora e a repetição dos modelos de revisão constitucional pelo Judiciário, certamente, indicam para o sucesso desse produto constituinte.

Nesse contexto, é importante fixar a íntima relação existente entre as disposições e a própria natureza dos textos constitucionais com as potencialidades conferidas ao *judicial review*. Muito embora já se tenha tratado de tal questão acessoriamente, retomando o entendimento de Knight (2001), tem-se que a elaboração constitucional envolve mecanismos de barganha e compromisso, de modo que a constituição passa a ser o produto comum das preferências dos vários constituintes.

Por isso, Sweet (2000, p. 38) afirma que os textos constitucionais pós-guerra são fruto de um conjunto de barganhas, ora encerradas num *constitutional contracting*, produzido por meio de intensas e conflituosas negociações entre os partidos. Assim, uma constituição representa as preferências dos próprios políticos e as posições ideológicas sobre o modo como o sistema político-institucional deve ser construído (SWEET, 2000).

Partindo do *insurance model of judicial review*, é de se afirmar que a previsão de uma corte constitucional numa constituição representa a conciliação entre as diversas preferências políticas,

pertencente a um processo mais amplo de negociação e assunção de compromissos recíprocos sobre tantas quantas matérias a serem constitucionalmente previstas. Nessa lógica, o tribunal constitucional está associado às demais configurações do texto, já que produto de uma sistêmica troca de pretensões e objetivos.

Dessa forma, a par dos já mencionados fatores de competitividade política como determinantes do *judicial review*, então apresentados por Stephenson (2003), circunstâncias endógenas da própria constituição também influenciam as capacidades de atuação das cortes constitucionais. Esses tribunais, além de não criados ao acaso, fazem parte de um modelo institucional sistêmico, estruturado por um idêntico parâmetro de funcionamento com as demais instituições.

Um fator relevante desse desenho institucional é apresentado por Lijphart (2003), o qual estabelece uma relação direta entre a rigidez constitucional, representada pela dificuldade de emendamento e modificação do texto, com uma revisão constitucional potencialmente forte. De igual maneira, segue Lipjhart (2003), a previsão de revisão judicial forte associa-se com outros dois fatores institucionais, notadamente, a independência dos bancos centrais e o bicameralismo, todos circunscritos e derivados do modelo federalista.

A partir da linha de raciocínio que aqui se empreendeu, decorre a conclusão de que o projeto estrutural da constituição se conforma ao desenho do *judicial review* também constitucionalmente previsto. Assumindo que as cortes constitucionais são projetadas para servir às expectativas dos constituintes sobre o futuro, pode-se afirmar que outras estruturas institucionais, correlativamente associadas aos tribunais, são, igualmente, projetadas sob idênticos parâmetro e finalidade.

Essa construção reforça o entendimento de Sweet (2000), para o qual o *constitutional contracting* produz, por si mesmo, uma

demanda para o estabelecimento de instituições com as atribuições das cortes constitucionais. Estruturas democráticas fundadas numa constituição exigem a adoção de tribunais para o desenvolvimento da própria política.¹³ A previsão do *judicial review* numa constituição funciona como uma resposta institucional à incompletude da contratualização política, ao tempo da elaboração constitucional, de modo que os tribunais servem para resolução futura de problemas de *uncertainty* e *enforcement* (SWEET, 2000).

Nessa perspectiva, encaminha-se para a conclusão de que a atuação dos juízes constitucionais, viabilizada por uma formação institucional projetada para tanto, funcionaliza os referidos tribunais ao exercício da política da constituição. Isto é, porque inseridas numa engenharia política, as cortes constitucionais são vocacionadas ao ofício político, especificamente, atuando em função das mesmas estruturas que compõem seu substrato.

Ao analisar a tomada de decisões pela corte constitucional norte-americana, Dahl (2009) tem o mesmo entendimento, pelo que os tribunais fazem parte de uma elite política, em que os juízes, no exercício jurisdicional, tendem a favorecer mais os interesses político-partidários estruturais, ao invés de adotarem uma posição sempre contramajoritária. Com isso, o comportamento institucional desses tribunais volta-se à realização dos objetivos de alianças políticas previamente estabelecidas, cujos fins, igualmente políticos, foram anteriormente acordados entre as instituições.

Por tais razões, afirma-se que a gênese das cortes constitucionais – e, por extensão, do próprio *judicial review* –, deriva de uma aliança feita pelo Judiciário com a classe política, como arremata:

¹³ Sobre a relação entre a democracia e o constitucionalismo, Chueiri e Godoy (2010, p. 166) destacam: “[...] pois a democracia também exerce o papel de imprescindível de não acomodar o constitucionalismo em suas conquistas. Ao contrário, ela o tensiona o tempo todo, provocando-o e renovando-o através da aplicação e reaplicação da Constituição, sua interpretação e reinterpretção, seja pelo povo ou pelo Poder Judiciário”.

A Suprema Corte, porém, não é simplesmente um agente da aliança. Ela é parte essencial da liderança política e possui algumas alianças próprias de poder das quais a mais importante é a legitimidade singular atribuída às suas interpretações da Constituição. A Suprema Corte põe em risco essa legitimidade caso se oponha claramente às principais políticas da aliança dominante (DAHL, 2009).

Todo esse panorama reforça a ideia que se tem desenvolvido, encerrando um aspecto relevante do próprio *judicial review*: a aproximação ou inserção das cortes constitucionais no *locus* típico e próprio da política. Nessa sistemática, decisões judiciais tornam-se escolhas políticas, então direcionadas para a manutenção da estrutura político-institucional sob a qual são constitucionalmente fundadas.

Por isso, novamente recorrendo a Sweet (2000), afirma-se que a autoridade política dos juízes constitucionais é conferida pela própria constituição – a qual, ao dispor sobre as regras jurisdicionais, determinando como os magistrados devem exercer seus ofícios –, delega poder político ao exercício do *judicial review*. Ora, decorre desta afirmação que a delegação de poderes às cortes constitucionais encerra sua legitimidade no próprio texto constitucional, produto de um mesmo contrato político sob o qual se fundam esses tribunais.

Sob essa sistemática, como afirma Sweet (2000), observa-se uma interação entre legisladores e juízes constitucionais, sob um mesmo paradigma de execução da política da constituição.¹⁴ Os modos de revisão constitucional e a forma como o Legislativo realiza

¹⁴ Sobre a interação institucional entre as cortes constitucionais e o Legislativo, consigna Mendes (2021, p. 1.220): “Em outros termos, a aferição dos chamados fatos legislativos constitui parte essencial do chamado controle de constitucionalidade, de modo que a verificação desses fatos se relaciona íntima e indissociavelmente com a própria competência do Tribunal”.

as alterações normativas determinam a natureza e o escopo do *judicial review*, pelo que o estágio de desenvolvimento das regras, relevantes para a tomada de decisão dos juízes e legisladores, apresenta-se como produto da própria política constitucional (SWEET, 2000).

Por isso, cabem as afirmações de Dahl (2009), segundo o qual a principal atribuição das cortes constitucionais é conferir legitimidade às políticas básicas da coalizão que logrou êxito. Pode-se afirmar, portanto, que o *judicial review* estará funcionando bem quando viabilizar o exercício político da aliança firmada com a própria classe política.

Vale apontar que a lógica de inserção institucional do *judicial review* também pode ser lida a partir do marco identitário da teoria de Gargarella (2014, p. 16-18): as estruturas fundantes do modelo institucional latino-americano, a “sala de máquinas” da constituição, possui características historicamente dominantes, marcadas por uma tradicional verticalização política e concentração de autoridade. Por isso, as cortes constitucionais estarão condicionadas a uma mesma performance e atuação, já que envolvidas num *design* sistêmico de modelagem institucional.

Ao analisar a relação entre o Poder Legislativo e a revisão constitucional, Sweet (2000) identifica que o aumento da produção de reformas pelo sistema político leva os juízes constitucionais a interferirem no *constitutional rule-making*, verificando-se um incremento da judicialização. Por essa razão, a revisão constitucional torna-se um mecanismo estratégico de exercício político pelas instâncias majoritárias, na medida em que pode ser articulada para a realização de determinado interesse político-partidário.

A associação de interesses políticos entre as instituições demonstra, exatamente, a função de uma corte constitucional independente, então funcionalizada como um seguro futuro

às pretensões políticas (STEPHENSON, 2003). Dessa forma, aos partidos políticos, na representação de seus interesses, são facultadas as possibilidades legítimas de manipulação da revisão judicial a fim de realizar suas pretensões (STEPHENSON, 2003).

O *judicial review* é instrumentalizado no jogo político-democrático para a execução de disputas constitucionais. Com isso, a revisão constitucional funciona como foro de realização dos interesses políticos, servindo de espaço para a (re)discussão de matérias anteriormente aforadas nos espaços deliberativos majoritários. Cortes constitucionais são espaços de exercício político, tipicamente projetados para tanto e institucionalmente condicionados à realização política da constituição.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto, no exame dos motivos pelos quais políticos delegam poder e autoridade a juízes constitucionais, sobressaiu a necessidade de examinar os processos de confecção de uma constituição. Encontrou-se que a incerteza futura dos constituintes, ao tempo da elaboração constitucional, é um elemento preponderante para o desenho de instituições com capacidade de revisão judicial.

Observou-se que o poder constituinte é o mecanismo de elaboração de uma nova constituição, por meio do qual se realizam as escolhas políticas definidoras do texto constitucional. Por conectar-se à ideia de soberania, expressa a vontade da nação. Apesar de parecer absoluto e ilimitado, o exercício do poder constituinte é permeado por condicionantes.

Por isso, existem quatro teorias comumente utilizadas para descrever a outorga de poderes políticos a tribunais constitucionais no *constitution-making process*. No entanto, verificou-se que as *Electoral Market Theories* são aquelas que melhor explicam o

fenômeno, apesar das críticas existentes, como também se ocupou. Faz-se, portanto, a ressalva do cabimento de objeções e questionamentos a esse ponto específico, consignando, também, a importante influência das *Diffusion Theories*.

De toda forma, por essa óptica de leitura, conforme o *insurance model of judicial review*, a delegação de poder e autoridade de atores políticos a cortes constitucionais ocorre como um mecanismo de seguro para o futuro, diante da incerteza política após a elaboração da constituição.

Observou-se, também, que o *judicial review* serve para garantir previsibilidade porque é um mecanismo institucional que viabiliza o exercício das preferências e dos interesses partidários dos constituintes, os quais são partes de uma elite política, na qual a própria corte constitucional está inserida.

Com isso, percebeu-se que cortes constitucionais são instituições derivadas de um processo sistêmico-institucional, por meio de um *constitutional contracting*, ora consubstanciado numa constituição. Nesse arranjo, o estabelecimento do *judicial review* mostrou-se necessário para a execução da própria política, a fim de resolver problemas de *uncertainty* e *enforcement*.

Por pertencerem a uma aliança, os referidos tribunais articulam-se para fazer valer as preferências e objetivos político-partidários da mesma classe que representam, porque se demarcou o nítido *locus* da revisão constitucional na política.

Com isso, entendeu-se que cortes constitucionais são espaços de exercício político, tipicamente projetados para tanto e institucionalmente condicionados à realização política da constituição.

REFERÊNCIAS

ARANTES, R. B. Cortes constitucionais. In: AVRITZER, L.; BIGNOTTO, N.; FILGUEIRAS, F.; GUIMARÃES, J.; STARLING, H. (Org.). *Dimensões políticas da Justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 195-206.

CHUEIRI, V. K.; GODOY, M. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 6, p. 159-174, 2010.

DAHL, R. Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 252, p. 25-43, 2009.

ELSTER, J. Forces and mechanisms in constitution-making. *Duke Law Review*, v. 45, p. 364-396, 1995.

FEREJOHN, J. Constitutional review in the global context. *Legislation and Public Policy*, v. 6, n. 49, p. 49-60, 2002.

GARGARELLA, R. Latin american constitutionalism: social rights and the “Engine Room” of the Constitution. *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, v. 4, iss. 1, article 3, p. 10-18, 2014.

GASPARDO, M.; ANDRADE, C. R. Abertura constitucional e pluralismo democrático: a tensão na divisão dos poderes sob a ótica das instituições participativas. *Sequência Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, n. 78, p. 149-174, abr. 2018.

GINSBURG, T. Why Judicial Review? In: GINSBURG, T. *Judicial review in new democracies*. Constitutional courts in Asian cases. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 21-64.

GINSBURG, T.; VERSTEEG, M. Why do countries adopt constitutional review? *30 Journal of Law, Economics and Organization*, v. 578, p. 1-50, 2013.

KNIGHT, J. Institutionalizing constitutional interpretation. In: FERREJOHN, J.; RAKOVE, J.; RILEY, J. *Constitutional culture and democratic rule*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 361-391.

LIJPHART, A. Constituições: processos de emendas e revisão judicial. In: LIJPHART, A. *Modelos de democracia*. Desempenho e padrões de governo em 36 países. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 245-260.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

RÍOS-FIGUEROA, J.; POZAS-LOYO, A. Enacting constitutionalism: the origins of independent judicial institutions in Latin America. *Comparative Politics*, New York, v. 42, n. 3, p. 293-311, 2010.

SIEYÈS, E. J. *A constituinte burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?* Tradução de Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001.

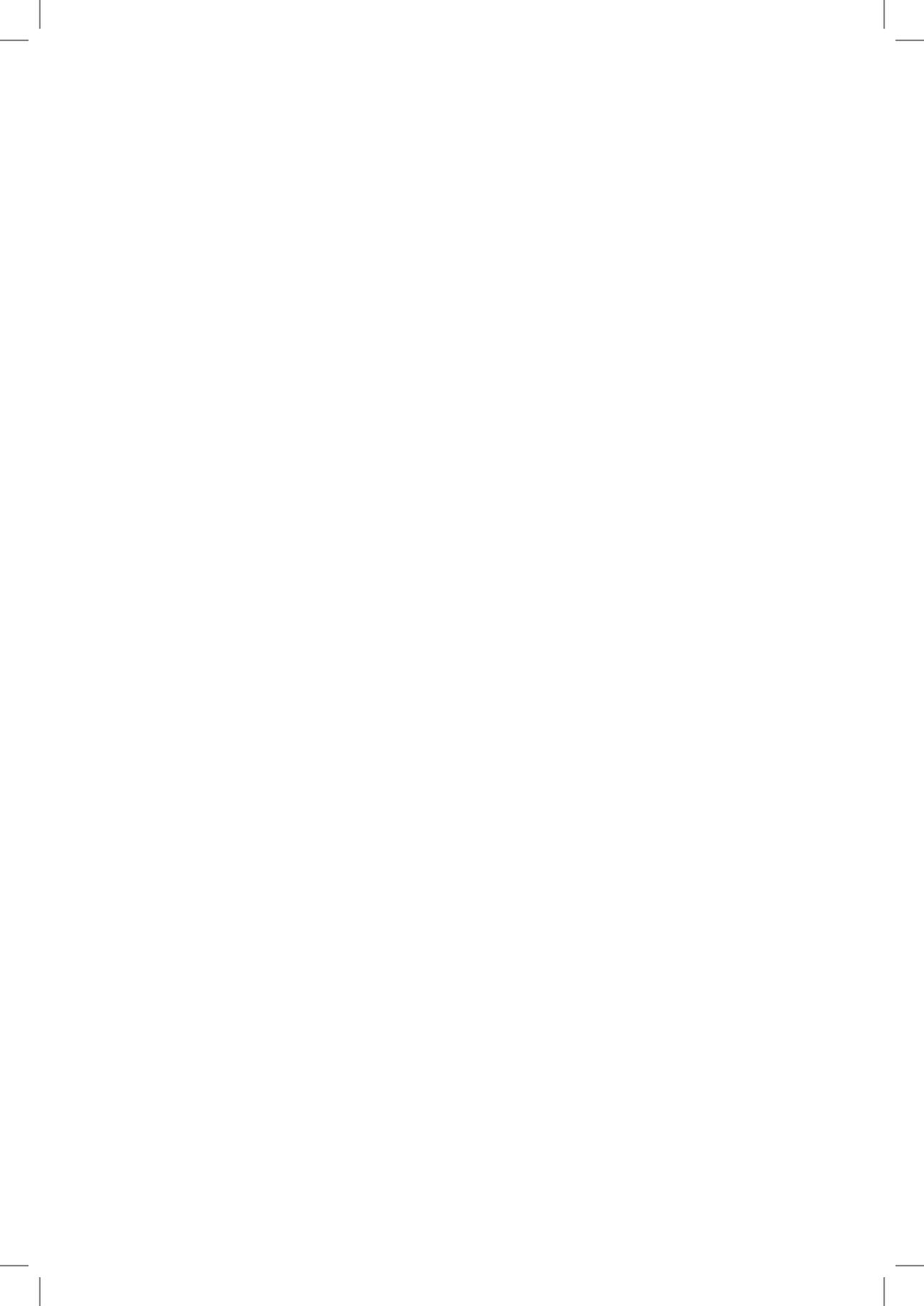
SILVA, V. A. *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

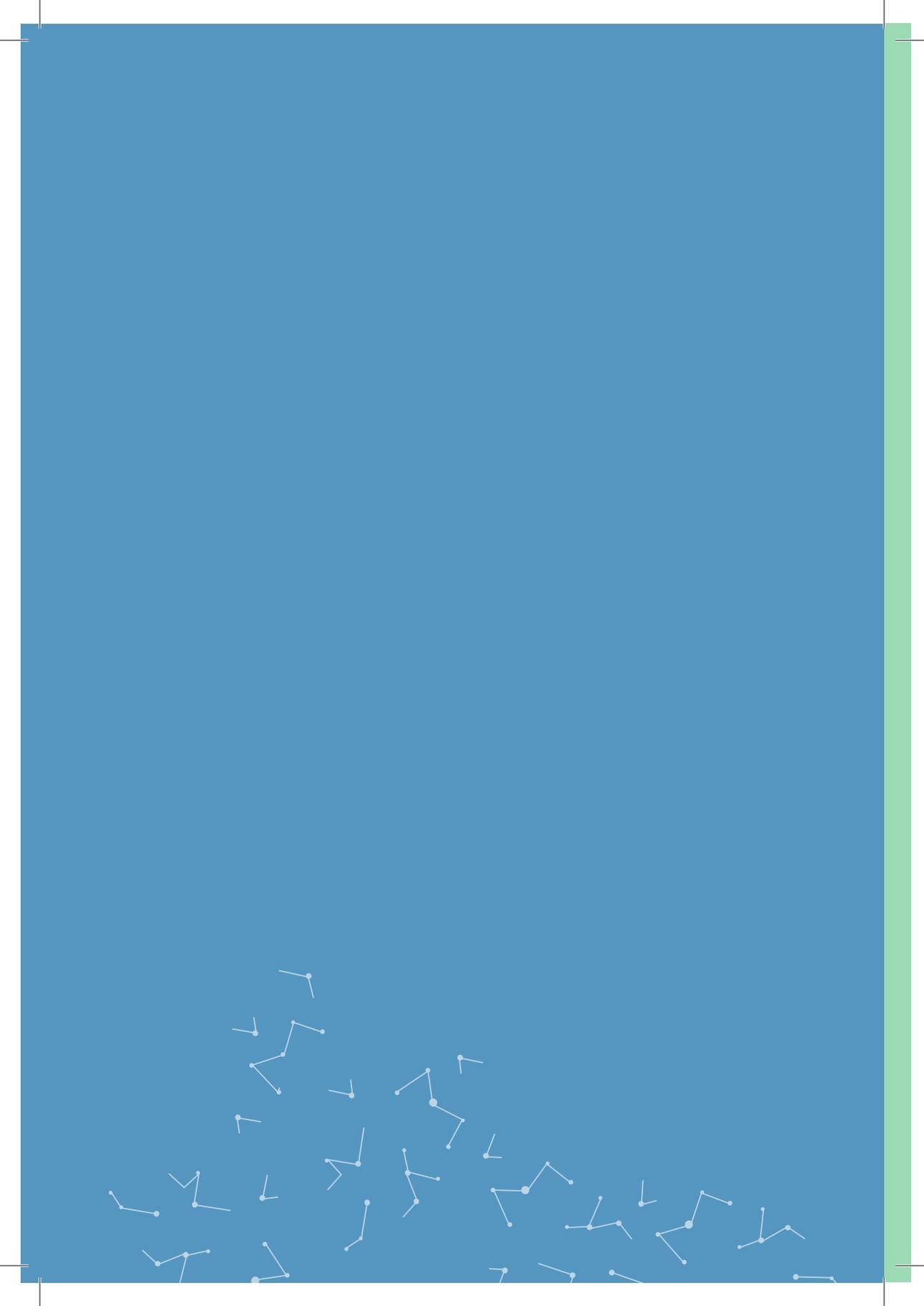
SILVA, V. A. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, v. 250, p. 197-227, 2009.

STEPHENSON, M. "When the Devil Turns ...": the political foundations of independent judicial review. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 32, n. 1, p. 59-89, 2003.

SWEET, A. S. *Governing with judges*. Constitutional politics in Europe. Oxford: Oxford University Press, 2000.



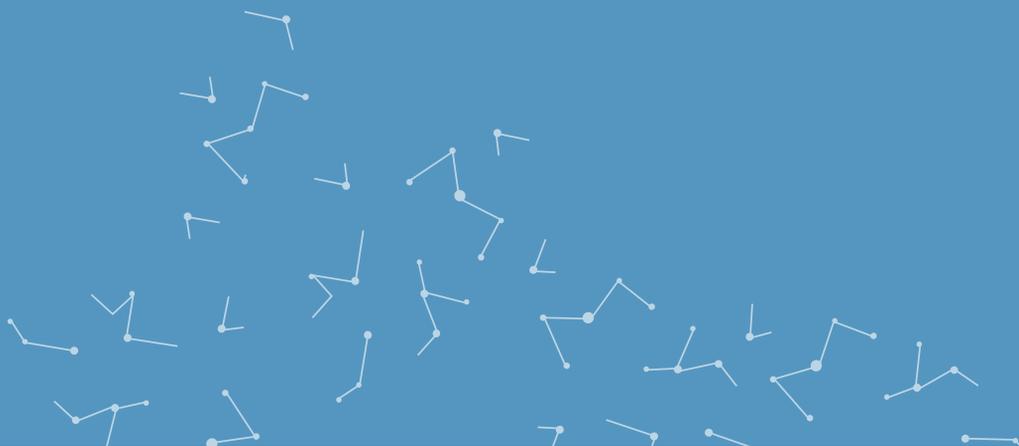


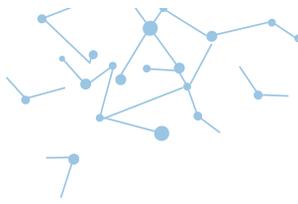


**A UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL
NO DIREITO PENAL E SEUS REFLEXOS NAS
GARANTIAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

***THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN
CRIMINAL LAW AND ITS REFLECTIONS ON
GUARANTEES AND FUNDAMENTAL RIGHTS***







A UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO DIREITO PENAL E SEUS REFLEXOS NAS GARANTIAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN CRIMINAL LAW AND ITS REFLECTIONS ON GUARANTEES AND FUNDAMENTAL RIGHTS

Xenofontes Curvelo Piló¹

Deilton Ribeiro Brasil²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar a aplicação da Inteligência Artificial (IA) no Direito Penal e no processo penal, discutindo as potenciais influências positivas e negativas da utilização de novas tecnologias pelo Poder Judiciário na seara penal. Dada a quantidade de ferramentas atualmente gestadas, tanto pelos

¹ Mestre e doutorando do PPGD - Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG. Advogado.

² Pós-Doutor em Direito pela UNIME, Itália. Doutor em Direito pela UGF-RJ. Professor da Graduação e do PPGD - Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna (UIT) e das Faculdades Santo Agostinho (FASASETE-AFYA).

governos quanto pela iniciativa privada, optou-se por uma análise do tipo panorâmica, demonstrando inicialmente uma espécie de cenário como também a dinâmica do processo penal. O problema central tratado neste trabalho é a expansão da intervenção estatal no processo penal, no qual se lida com liberdades individuais, o que se reflete na restrição de garantias processuais, atingindo diretamente a dignidade da pessoa humana, mesmo que se argumente pela necessidade de uma paridade entre acusação e defesa. Utiliza-se, para o desenvolvimento do estudo, o método hipotético dedutivo, em uma análise sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, por meio do procedimento metodológico da pesquisa bibliográfica e estudo de casos concretos sobre a utilização de máquinas com inteligência artificial no processo penal, articulando literatura situada entre a tecnologia e o direito. Conclui-se não pela necessidade de expandir, mas de limitar, em praticamente todos os aspectos, a utilização de máquinas com inteligência artificial e a disseminação de seus potenciais usos no Direito Penal.

Palavras-chave: Inteligência artificial. Dignidade humana. Direito Penal. Processo penal.

ABSTRACT

This article aims to analyze the application of artificial intelligence and criminal law and in criminal proceedings, the potential positive and negative influences of the use of new technologies in the judiciary in the criminal area. Given the amount of tools currently being developed, both by governments and by the private sector, a panoramic analysis was chosen, initially demonstrating a kind of scenario as well as the dynamics of the criminal process. The central problem with which we are concerned is the expansion of state intervention in criminal proceedings where individual freedoms are dealt with, which is

reflected in the restriction of procedural guarantees, directly affecting the dignity of the human person, even if the need for a parity between prosecution and defense. In the article, the hypothetical deductive method was used for the development of the study, in a systematic analysis of the Brazilian legal system, through the methodological procedure of bibliographical research and study of specific cases, on the use of machines with artificial intelligence in the criminal procedure, articulating literature situated between technology and law, We conclude not by the need to expand, but to limit, in practically all aspects, the use of machines with artificial intelligence and the dissemination of potentials. use in criminal law.

Keywords: Artificial intelligence. Human dignity. Criminal law. Criminal procedure.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade coetânea experimenta um poderoso desenvolvimento da tecnologia. A revolução digital representa uma grande mudança em nossas vidas. Contudo, tal revolução não pode ser vista apenas como um avanço empolgante da ciência, com velocidade e difusão nunca experimentadas, pois seus desenvolvimentos têm reflexos nos fundamentos da existência coletiva.

Nesse contexto de revolução digital, encontramos o aumento exponencial da capacidade computacional, com o advento do *big data* e da IA, a qual já influencia, para o bem ou para o mal, imenso contingente da humanidade. Nesses termos, faz-se imprescindível sua regulação, de modo a posicionar os seres humanos como protagonistas centrais da inovação tecnológica.

No campo do Direito, a aplicação das inovações tecnológicas é um processo que tende a se potencializar em razão da natureza

das atividades exercidas pelos Tribunais e da carga de trabalho a que se veem submetidos os servidores. O Poder Judiciário torna-se um ambiente abundante para a implementação de soluções inovadoras, as quais já se encontram em andamento, como a utilização da IA pelos Tribunais. Seu uso vem se espalhando por todo o país, com a promessa de maior acesso à Justiça e eficiência em diferentes tipos de tarefas.

Para que as mudanças ocorram e venham a alcançar resultados compatíveis com os princípios que regem o Estado Democrático de Direito, é necessário que sejam estabelecidos os objetivos que se desejam alcançar com as inteligências artificiais, destacando também o que se almeja evitar com seu uso. Na seara do Direito Penal, concebido como um conjunto de normas jurídicas destinadas a proteger a paz social, por meio de medidas de segurança e imposição de penas, surge um conflito entre os meios de prova e os Direitos Fundamentais no que tange ao uso dos recursos tecnológicos. Assim, se, por um lado, tem-se que os novos meios de comunicação ampliaram o alcance do direito fundamental à privacidade, por outro, a existência de uma série de tecnologias aplicadas ao trabalho de persecução criminal – investigação policial – pode auxiliar na elucidação de crimes de maneira mais ágil e prática. O acesso a fontes excessivas de material probatório sobre as ações do indivíduo, como *e-mails*, mensagens eletrônicas por aplicativos de telefone celular, arquivos digitais mantidos em nuvem ou em *hardware*, colide com o próprio direito do indivíduo a ter uma vida inviolável em sua privacidade e intimidade. Por essa razão, ao ser obtida transgredindo-se direitos fundamentais, a prova é considerada ilícita, devendo ser retirada do processo penal, mesmo que incontestavelmente apure fato relevante para o deslindamento do crime, de acordo com o art. 157 do Código de Processo Penal.

Fenolon (2019) pondera que, “com o desenvolvimento dos meios tecnológicos, percebemos que ofensas criminais não

são apenas cometidas por humanos na contemporaneidade”. O progresso tecnológico instalou-se sem um confronto direto com os especialistas em Direito Penal. Constata-se uma relação difícil entre o mundo científico e a seara do Direito Penal, havendo o lado positivo, já que, com a influência dos avanços tecnológicos, o Direito Penal significativamente passou a ser beneficiado, reduzindo o cometimento de injustiças. Destaca-se que, configurada a existência de provas ilícitas no processo, consubstancia-se a imediata lesão às normas e aos princípios de direito material e formal, especialmente quando relacionados à proteção das liberdades públicas. O processo torna-se, pois, incompatível com o ordenamento jurídico. Para o processo penal, importa esclarecer que não há no seu uso a solução singular para o estabelecimento de procedimentos judiciais que levem à aferição da culpa de modo automático e equânime.

A transformação para uma sociedade digital veio determinar mudanças substanciais no modo como a investigação é feita, a prova é produzida e as decisões são tomadas pelo homem ao longo de todo o processo penal. Todavia, é importante mencionar que a mudança para uma sociedade digital aconteceu sem se tomarem em conta os riscos ao âmbito penal, em face das exigências e características específicas da área. Soluções tecnológicas e a IA entraram e começaram a ser expandidas no sistema de justiça penal, sem que sequer tenham sido pensadas e desenhadas para tais usos.

Frisa-se que a lentidão da justiça brasileira é inegável e requer uma profunda análise que envolva tais problemas. Dessa forma, já é notável o quanto a IA é útil para o ambiente jurídico, não se tratando de especulação fantasiosa, cabendo reconhecer sua peculiaridade arquetípica, que, definitivamente, não se resume à automação.

O problema central com o qual esta pesquisa se preocupa é a expansão da intervenção estatal no processo penal, no qual se lida com liberdades individuais, o que se reflete na restrição de garantias processuais, atingindo diretamente a dignidade da pessoa humana,

mesmo que se argumente pela necessidade de uma paridade entre acusação e defesa. Utiliza-se, para o desenvolvimento deste estudo, o método hipotético descritivo, em uma análise sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, por meio do procedimento metodológico da pesquisa bibliográfica e estudo de casos concretos sobre a utilização de máquinas com IA no processo penal, articulando literatura situada entre a tecnologia e o Direito.

O artigo está organizado em duas partes. A primeira, intitulada “A inteligência artificial e sua aplicabilidade no Direito”, traz uma discussão sobre direitos fundamentais e IA, a Resolução nº 332/2020 do CNJ e o marco tecnológico no Judiciário brasileiro. Já a segunda parte – “O Direito Penal e a inteligência artificial” – aborda o problema dos recursos tecnológicos utilizados no combate à criminalidade e as (des)vantagens da utilização da IA no Direito (Processual) Penal.

2 A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO

A IA encontra-se difundida desde a década de 70, porém, recentemente, é que ocorrem as maiores discussões sobre os inventos produzidos a partir de sua aplicação. Convencionou-se que a IA é distinta de automação e da operação simbólica incapaz de aprendizagem, pois automação envolve máquinas operadas sem qualquer autonomia. No atinente à IA, significa que o sistema artificial aprende em sequência similar, não igual à humana. Atualmente, com o uso de redes neurais profundas (DNNs, do inglês *Deep Neural Networks*), tem-se um problema no que se refere à explicação da decisão. As DNNs são redes neurais que utilizam o aprendizado de máquina. Sistemas que utilizam essas redes são capazes de ajustar a decisão final com base em histórico de dados que são importados de uma base já existente ou até mesmo reimportados a

partir de decisões do próprio sistema. Baseado nessa ampla gama de funcionalidades derivadas do uso da IA, Peixoto (2020, p. 23) afirma que são várias as capacidades de sistemas de IA que podem ser úteis para o campo do Direito. Dentre elas, cita as seguintes: reconhecer objetos/pessoas, converter linguagem/imagem em texto, extrair sentido da linguagem e transmitir significado por meio de sentenças, ordenar informações de uma forma prática, combinar informações para alcançar conclusões e programar uma sequência de ações para serem cumpridas. Assim, sistemas de reconhecimento, classificadores, tradutores de perguntas e respostas, de diagnósticos, de recomendação e planejadores podem ser úteis para solucionar problemas jurídicos das mais diversas ordens. Cabe ao sistema de inteligência entender como as coisas funcionam e alimentar um sistema preditivo para fazer escolhas eficazes e seguras. Então, ao menos sob uma lógica incipiente, é possível se associar IA a decisões complexas imprevistas com possibilidade de interferências fortes nos desígnios de pessoas (PEIXOTO, 2020, p. 23).

No Brasil, essa nova tecnologia começa a despontar na seara jurídica. Nesse sentido, o “Assistente Digital do Magistrado”, o “Assistente Digital do Promotor” e o “Assistente Digital das Procuradorias”³ são exemplos domésticos de programas que se utilizam da IA. Tais programas constroem peças processuais, que podem ser enviadas pelo computador ao Poder Judiciário, fazem contestações e realizam buscas na jurisprudência para auxiliar a tomada de decisão sem que o “ser humano” tenha participado, ou mesmo contribuído nesse processo. Além desses, o SAJ *Analytics*⁴ permite que o programa se utilize do *big data* para combinar dados e prever padrões de entrada de novos processos, classificando-os em determinadas categorias.

³ Cf. em <http://www.sajprocuradorias.com.br/>.

⁴ Cf. em <https://www.softplan.com.br/categoria-solucoes/gestao-publica/>.

2.1 Direitos Fundamentais e a IA

Ingo Sarlet (2015, p. 11) preleciona que a expressão “direitos fundamentais”, além de ser menos difundida, restringindo-se mais ao meio jurídico, acabou por guardar relação íntima com o direito constitucional positivo e a gradual incorporação de catálogos de direitos e garantias ao longo da evolução constitucional desde o final do século XVIII. Todavia, mesmo assim, tal expressão foi de fato incorporada à gramática constitucional de modo mais abrangente apenas na sequência da Segunda Grande Guerra.

A Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, vem tratar, em seu texto, dos Direitos e Garantias Fundamentais, promovendo uma verdadeira reestruturação do Estado brasileiro e de seus direitos fundamentais. Os Direitos e Garantias Fundamentais se encontram inscritos no Título II, que foi dividido em cinco capítulos: a) Direitos Individuais e Coletivos; b) Direitos Sociais; c) Direitos de Nacionalidade; d) Direitos Políticos; e) Direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos (MAZZUOLI, 2019, p. 442).

No que tange à IA, existe uma dificuldade muito grande em conceituá-la, já que ela se encontra em constante desenvolvimento. Assim, cabe mencionar que, quando se discorre sobre a IA, refere-se a uma máquina que pode aprender, raciocinar e agir por si própria, quando estiver diante de novas situações com padrões semelhantes. Luger (2004) defende que a IA não se trata de uma ferramenta ou um sistema, mas configura-se em um campo de estudos, podendo “ser definida como ramo da ciência da computação, que se ocupa da automação do comportamento inteligente”.

Para Hartmann (2020, p. 17), a IA está associada à reprodução artificial da capacidade de organizar informações para uma solução aceitável de um problema. Por estar associada ao processamento de dados e à necessidade habitual de arquiteturas que demandam uma

alta capacidade de armazenagem e processamento computacional, a IA – mesmo não sendo em seus fundamentos uma ciência nova – ganhou impulso incrível nos últimos anos.

Diante desse contexto, impulsionada pelos avanços tecnológicos, surgem os aspectos negativos da relação da IA com o Direito. A IA também pode amplificar a discriminação, seja em razão dos objetivos para os quais foi construída, seja porque reproduz a partir dos dados de entrada. A atenção ao julgamento imparcial e ao devido processo legal deriva da constatação de que soluções informatizadas podem ser empregadas para auxiliar as tomadas de decisões judiciais. Um exemplo é o Compas, acrônimo de *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*. Trata-se de um *software* que analisa dados de um questionário e os sopesa com outras variáveis, gerando um relatório indicativo da possibilidade, representada por notas de 1 a 10, de o imputado reincidir, classificando-o como de baixo, médio ou alto risco.

Assim, defende-se que não deve ser aceito um julgamento pela IA, em razão de diversos detalhes no decorrer do processo. Justo é atribuir à regulação da IA a tarefa de categórica proteção do genuinamente humano, incentivando a empatia, a cooperação digital e a capacidade solidária efetiva, cabendo à regulação estatal promover a prioridade saudável de conexões intersubjetivas entre as pessoas.

Nesse sentido, Freitas (2021, p. 47) advoga sobre o norte ético para a IA, afirmando que, em relação aos imperativos éticos, enraizados nos Direitos Fundamentais, deve-se situá-los para além do cumprimento formal da legislação existente e, sem cometer o erro de petrificar a hierarquização prévia, arrola como imperativos: i) respeito à autonomia humana; ii) prevenção de danos; iii) equidade; e iv) explicabilidade.

No tocante à autonomia humana, reconhece implicar a supervisão e o controle de parte dos seres humanos sobre os

processos do trabalho dos sistemas de IA. Já no atinente à prevenção, acolhe o imperativo de que as pessoas vulneráveis devem receber maior atenção e ser incluídas no desenvolvimento e na implantação da IA. Quanto à prevenção dos danos, defende que ela implica também ter em consideração o ambiente natural e todos os seres vivos. Em relação à equidade, assevera que os profissionais no domínio da IA devem respeitar o princípio da proporcionalidade entre os meios e os fins, analisando cuidadosamente a forma de equilibrar os interesses e objetivos em causa. Por fim, sobre a explicabilidade, o autor afirma que os processos têm de ser transparentes, as capacidades e a finalidade dos sistemas de IA abertamente comunicadas e as decisões explicáveis aos que são por elas afetados de forma direta e indireta (FREITAS, 2020, p. 86-87).

O direito de não ter sua privacidade violada é uma garantia constitucional. Para Véliz (2021, p. 108), as pessoas sabem que estão sendo vigiadas e que tudo o que fazem pode trazer consequências ruins para elas, por isso tendem a se autocensurar. Quando você não pesquisa sobre um conceito por medo de como os outros poderiam usar essa informação sobre você, sua autonomia e liberdade estão sendo limitadas.

Já Nascimento (2017, p. 277) afirma que delimitar o sentido do direito fundamental à privacidade não é problema puramente dogmático, mas se relaciona à concretização de valores da humanidade em cada sociedade e cultura. Atualmente, a preocupação das pessoas não está apenas relacionada à vida pessoal e a grupos de amigos; vai além: atinge temas que vinculam transversalmente diferentes Estados em momentos instantâneos. Como exemplo, a autora cita a ação de grupos terroristas, as diferentes epidemias que se alastram e a proteção de dados, os quais adquirem novos contornos na sociedade global.

A autora destaca ainda que a informação pode ser guardada ou disponibilizada, individualmente, por grupos de pessoas ou

bancos de dados; logo, ela se refere não apenas ao direito de manter seu caráter confidencial de fatos pessoais, mas abarca igualmente o direito de o indivíduo saber que informações sobre si próprio são armazenadas e utilizadas por outras pessoas, bem como o direito de manter essas informações atualizadas e verdadeiras. Aqui se percebe claramente uma mudança de perspectiva, adequando-se a tutela da pessoa às novas tecnologias de informação. Dessa forma, é possível afirmar que o direito fundamental à privacidade ganha novos contornos, que podem bifurcar-se em outras denominações na era da sociedade da informação (NASCIMENTO, 2017, p. 277-278).

Em relação ao desenvolvimento dessas tecnologias, Lévy (2003, p. 139) afirma existirem duas correntes: a primeira, dos mundialistas, que defendem o progresso técnico, a abertura dos mercados, a democracia e os direitos do homem; a segunda, dos antimundialistas, critica o capitalismo, é favorável à manutenção de um papel importante do Estado na economia e no controle das desigualdades. O combate entre as duas correntes talvez só seja aparência local, parcial e momentânea daquilo que, se fizermos um esforço para perceber a evolução da situação a uma escala mais vasta, poderia representar uma certa forma de equilíbrio dinâmico.

Em relação à justiça, o autor afirma que os juízes representarão o principal corpo de funcionários do estado universal. A dimensão sagrada deste será nomeadamente personificada e representada pelo seu corpo de juízes. Por conseguinte, visto que o poder destes será importantíssimo, eles e elas serão cuidadosamente selecionados, não só pelos seus conhecimentos técnicos, mas também pelas suas qualidades pessoais e pelo seu caráter moral. Consequentemente, a sua formação deverá não só incluir a aquisição de competências jurídicas, bem como de habilidades políticas, psicológicas e espirituais. Tais magistrados deverão ter sido formados e dotados de ferramentas para o trabalho com a inteligência coletiva, sendo que

cada uma de suas decisões pesa na evolução da jurisprudência. Assim, ela deve ser amplamente discutida na comunidade virtual dos juízes interessados (LÉVY, 2003, p.183-184).

Dentro de um contexto internacional, a *Carta Europeia de Ética sobre o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais e seu Ambiente* vem consagrar com propriedade o respeito aos Direitos Fundamentais; a não discriminação, tanto entre indivíduos como entre grupos; a qualidade e a segurança, a fim de manter o funcionamento adequado do sistema jurisdicional, os princípios de transparência, imparcialidade e equidade e o controle do usuário, de acordo com o qual os usuários devem ter todas as informações sobre a utilização da IA.

Por sua vez, a Resolução nº 332 do CNJ, de 21 de agosto de 2020, oportunamente, versa sobre a produção e o uso da IA no Poder Judiciário. O ponto de partida da Resolução nº 332/2020 foi a *Carta Europeia de Ética*, que alerta para a necessidade de se regular a relação entre o Poder Judiciário e a IA. A ideia era automatizar o sistema Judiciário brasileiro. Assim, pode-se encontrar, no art. 7º da resolução, o seguinte excerto:

As decisões judiciais apoiadas em ferramentas de Inteligência Artificial devem preservar a igualdade, a não discriminação, a pluralidade e a solidariedade, auxiliando no julgamento justo, com criação de condições que visem a eliminar ou minimizar a opressão, a marginalização do ser humano e os erros de julgamento decorrentes de preconceitos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

É importante esclarecer que a Resolução nº 332/2020 dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e uso da IA pelo Poder Judiciário, mas há ainda muitas perguntas sem respostas quanto à sua utilização. Porém, não se pode negar o importante passo tecnológico que o Poder Judiciário deu em relação

ao uso da tecnologia.

2.2A Resolução nº332/2020 do CNJ: marco tecnológico para o Judiciário brasileiro

O estado pandêmico que envolveu a população mundial impôs a necessidade de readequação das instituições públicas e privadas, quanto ao exercício de suas respectivas atividades. Tais instituições viram-se impelidas a adotar medidas para dar continuidade à prestação de serviços, adaptando-se à realidade de distanciamento social necessário ao controle da disseminação da doença.

Nunes (2022, p. 121) afirma que a virada tecnológica no Direito encontrou o terreno fértil para expandir e fortalecer o movimento de mudanças da forma como os tribunais exercem a função jurisdicional. Se essa transformação já era uma tendência mundial, a pandemia causada pelo novo coronavírus a acelerou, forçando os tribunais a adotarem medidas para a manutenção da atividade jurisdicional, mesmo com as limitações da presença física impostas pelas quarentenas decretadas em diversos países. É exemplo dessas iniciativas a utilização de recursos tecnológicos para a realização de audiências e do *software* Cisco Webex pelos tribunais brasileiros.

O autor defende que se deve perseguir o uso ético e virtuoso da tecnologia, direcionada para a concretização de direitos fundamentais e não apenas compreendida como lógica (neoliberal) de redução de acervo. Nesse caminho, valendo-se do alinhamento entre as técnicas de *design* de sistema de gestão de disputas (DSD) e dos sistemas de *Online Dispute Resolution* (ODR), Nunes (2022, p. 27) pondera que o sistema brasileiro de justiça civil pode encontrar um caminho capaz de amplificar o acesso à justiça, dentro de uma ótica de gestão adequada de disputas.

O Poder Judiciário brasileiro passou a adotar a IA, dando início à automatização de todo o sistema judiciário do país. No Brasil, não havia normas específicas quanto à governança e aos parâmetros éticos para o desenvolvimento e o uso da IA.

A ideia era automatizar o sistema judiciário, criando uma rotina de trabalho para o processo judiciário, com base na IA, visando à transparência, ou seja, a utilização do princípio da transparência pelo Poder Judiciário brasileiro. Há ainda uma preocupação com a padronização decisória, ao defender que os modelos de IA devem colaborar para que os órgãos judiciários respeitem a igualdade de tratamento aos casos absolutamente iguais, conforme preconiza o art. 5º da Resolução nº 332/2020. A Resolução chama a atenção para a divulgação responsável dos dados coletados, pois devem ser adotadas as cautelas necessárias, quanto aos dados pessoais sensíveis e ao segredo de justiça, como se verifica em seu art. 6º (NUNES, 2022, p. 177-178).

A missão do Poder Judiciário, com a Resolução nº 332/2020, era a de que as ferramentas utilizadas devessem estar extremamente compatíveis com os direitos fundamentais. A IA tem que preservar todos os direitos fundamentais, porém não sendo impossível a violação de um direito fundamental pela IA. Na Resolução, são encontrados cinco princípios, os quais foram espelhados na *Carta Europeia de Ética*. O primeiro princípio a ser utilizado é o respeito aos direitos fundamentais. Já o segundo é o princípio da não discriminação e trata de conteúdo que não seria difícil de apontar alguma ferramenta de IA dentro do Poder Judiciário que culminasse em ato discriminatório. Assim, tal princípio busca evitar a discriminação entre pessoas ou grupos. O terceiro princípio é o da segurança, que defende a necessidade de que o sistema seja seguro. Em razão disso, deve haver certos cuidados, uma vez que, no Poder Judiciário, há processos sigilosos. Todas as ferramentas devem primar pela segurança, garantindo que dados

não sejam acessíveis a qualquer pessoa. O quarto princípio é o da transparência, que deve estar ligado a outros conteúdos do Poder Judiciário, como a imparcialidade. Destaca-se que a imparcialidade deve ser assegurada, no mínimo, em uma igualdade de armas. O quinto e último princípio é o controle do usuário, seja ele interno ou externo.

Nunes (2022, p. 179-180) aduz que o ponto de destaque da Resolução nº 332/2020 e que visa a atender à exigência constitucional de democratização do Poder Judiciário é a determinação contida no art. 20, no sentido de haver participação representativa da sociedade nas equipes responsáveis em todas as etapas do processo, na busca pela diversidade em seu mais amplo espectro, incluindo gênero, raça, etnia, cor, orientação sexual, pessoas com deficiência, geração e demais características individuais. Além da representatividade da sociedade, o § 4º do art. 20 da Resolução ressalta o caráter transdisciplinar das equipes, determinando que estas sejam formadas por profissionais de Tecnologia da Informação e de outras áreas, cujo conhecimento científico possa contribuir para a pesquisa, o desenvolvimento ou a implantação do sistema inteligente.

Pari passu, Jardim (2021), em palestra realizada (plataforma Sympla - Observatório Cyber Leviathan), afirma que a ideia de justiça não deve estar desvirtuada por uma parafernália tecnológica. A IA não irá criar juízes robôs, a Resolução cria sistemas de controle que buscam tornar os métodos de processamento acessíveis e compreensíveis para todos, com a finalidade de estabelecer uma equidade dentro do sistema judiciário. A IA está sendo utilizada em demandas de massas, execuções fiscais, conciliação, juizados especiais e direitos consumeristas. Destacando ainda a geografia da Resolução nº 332/2020 do CNJ, diversos princípios foram trabalhados e atendidos, inicialmente o respeito aos direitos fundamentais, posteriormente a não discriminação. Nesta envolveram-se a

preservação da igualdade, a pluralidade e a solidariedade, auxiliando em um julgamento justo.

Outro destaque do palestrante foi o realce do lado da governança, da qualidade e da segurança e do controle do usuário. Trata-se, portanto, de uma resolução do CNJ para a gestão do sistema de justiça, sendo importante ressaltar que não há volta quanto ao uso da IA pelo Poder Judiciário (JARDIM, 2021).

Nesse contexto de implementação da IA no Judiciário, Moraes (2022, p. 297) afirma pensar hoje alguns temas no campo do Direito – intimidade, informação, transparência, democracia, liberdade, igualdade, etc. Além da temática em torno da qual se desenvolve este artigo – ODRs –, é preciso levar em consideração a transição paradigmática para que não fiquemos presos a percepções que se assemelham aos rostos vazios da exposição pornográfica dos corpos, característica dessa transparência positivada.

Reportando à Constituição Federal de 1988, o texto constitucional não impõe uma celeridade fulminante, geradora de um processo instantâneo, ou algo do gênero, pois entende que se deve levar em consideração o caráter dialético do processo, mas que garanta a eficácia da demanda pleiteada.

O art. 4º do Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, vem trazer a valorização da celeridade processual e razoável duração do processo, ao preceituar que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”, sendo muitas as medidas adotadas com o fim de promover a aceleração do trâmite processual, lógica que pode ser utilizada por analogia (art. 3º do Código de Processo Penal) ao processo de natureza penal, com objetivo de proporcionar a garantia do devido processo legal.

Em síntese, a Resolução nº 332/2020 do CNJ alinha-se ao texto constitucional e ao Código de Processo Civil e, por analogia, ao Código de Processo Penal, e ainda aplica a IA ao sistema do Poder Judiciário.

3 O DIREITO PENAL E A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

O direito penal é dinâmico e constantemente tenta se adaptar à sociedade e não poderia ser diferente em relação aos desenvolvimentos tecnológicos. A tecnologia está intrincada nas próprias relações sociais, e o desenvolvimento tecnológico se propaga além da mera automatização e otimização de tarefas humanas. A tendência atual é de aumento do uso da tecnologia nas mais diversas áreas, em especial, do que se convencionou chamar de IA. No Direito, as novas ferramentas podem criar sistemas de justiça mais balanceados, com decisões mais justas, mas é preciso que se analisem os resultados dessas inovações técnicas sob o ponto de vista científico, com todas as cautelas e os testes que a ciência recomenda. Esse exame pode indicar melhores aplicações para as novidades tecnológicas.

Ademais, é importante esclarecer que, no processo penal, não há, no uso das tecnologias, uma solução simples para o estabelecimento de procedimentos judiciais que levem à conclusão da culpa de modo automático, justo e imparcial. No Brasil, vimos que o CNJ editou normas, para que o Poder Judiciário se adaptasse às tecnologias, principalmente a tecnologia da IA. Porém, esses sistemas não são compatíveis com a ordem constitucional brasileira, na qual encontramos princípios como a presunção de inocência, a individualização da pena na execução penal. Desse modo, a desumanização penal seria conflitante com a ressocialização do reeducando, que passaria a ser mais um número no sistema que analisa a situação de detentos. Conclui-se, portanto, que deve haver

uma análise individualizada por detento, para que seja aferida sua periculosidade e uma análise das circunstâncias da sua prisão. *Pari passu*, a quantidade de ferramentas atualmente disponíveis, tanto pelos governos quanto pela iniciativa privada, é muito grande, e elas têm auxiliado na dinâmica do processo de investigação. Assim, deve-se preocupar com a expansão da intervenção estatal e privada nas liberdades individuais, o que se reflete na restrição de garantias processuais, atingindo diretamente a dignidade da pessoa humana, mesmo que se argumente sobre a necessidade de uma paridade entre acusação e defesa.

3.1 Recursos tecnológicos utilizados no combate à criminalidade

Uma sociedade dirigida por máquinas, que nos vigiam frequentemente, já não é mais só produto de uma mente fértil, mas uma perspectiva do futuro da humanidade. Somos cercados por tecnologias de segurança, centro de operações, vigilâncias em redes sociais, acesso a dados pessoais, drones, enfim, por diversas tecnologias que, muitas vezes, violam as garantias e os direitos fundamentais.

As vigilâncias vão desde as penitenciárias, hospitais, escolas, bancos, repartições públicas de um modo geral, incluindo as ruas, praças, avenidas e residências particulares. Em praticamente todos os locais em que as pessoas têm alguma condição financeira, as ferramentas de vigilância e de controle estão presentes. Câmeras, por exemplo, que permitem ao adquirente acompanhar, de onde estiver, o que se passa no local de seu interesse, espalham-se por ambientes públicos e particulares.

Véliz (2021, p. 50) afirma que é comum a percepção de que, de muitas maneiras, o indivíduo está sendo tratado como um suspeito de um crime: o nível de intrusão, o georastreamento, que pode ser

assemelhado ao uso de tornozeleira eletrônica, e a agressividade disso tudo, de certa forma, são piores do que ser suspeito de um crime. Pelo menos, quando a polícia prende uma pessoa, é assegurado a ela o direito de permanecer em silêncio, sendo esse cidadão advertido de que qualquer coisa que venha a dizer pode ser usada contra ele próprio. Como súdito da tecnologia, o indivíduo não tem o direito de permanecer em silêncio – rastreadores coletam seus dados independentemente de ele permitir que o façam – e não é lembrado de que seus dados podem e serão usados contra ele. Na sociedade de vigilância, os dados pessoais são usados contra o sujeito o tempo todo.

Ainda de acordo com a autora, a vulnerabilidade dos dados se espalha para as instituições que os armazenam e analisam. Qualquer armazenamento de dados pode desencadear um desastre que pode diminuir os lucros de uma empresa, prejudicar imagem e potencialmente resultar em processos judiciais dispendiosos ou até mesmo em acusações criminais. Às vezes, um desastre de privacidade não terminará com uma multa, mas pode prejudicar gravemente uma instituição ou até mesmo uma pessoa (VÉLIZ, 2021, p. 134).

A justificativa absurda na defesa da vigilância constante é a prevenção. Os discursos partem do pressuposto de que, quanto mais vigiado o sujeito estiver, menos propenso aos desvios ele estará. Prega-se a sensação de que há sempre alguém a nos observar. Um ambiente de desconfiança, entreposto sobretudo pelo medo, instala-se, tornando-se propício para o empoderamento de um grupo de pessoas que há de nos proteger, de nos guiar, de nos dizer o que é melhor, mesmo nas atividades mais particulares. Sobre esse assunto, Cardoso (2018, p. 104) pondera que o Estado não apenas se compõe hibridamente com empresas, mas passa a se construir também a partir do modelo da empresa e a ter seus programas de ação desenhados e estabilizados por empresas em dispositivos

sociotécnicos (*softwares* e *hardwares*) pensados a partir do modelo de eficiência empresarial. E, dessa forma, por meio de infraestrutura tecnológica, do modelo de ação e avaliação e do governo dos operadores estatais em suas atividades práticas diárias, mediante programas de ação, consolida-se a governamentalidade neoliberal e uma normatividade empresarial vai sendo imposta, de diversas maneiras, como “caminho” (quase) obrigatório.

Quanto mais alguém sabe sobre os indivíduos, maior a capacidade de prever seus movimentos, bem como de influenciá-los. Véliz (2021, p. 112) observa que a privacidade se assemelha a questões ecológicas e outros problemas de ação coletiva. Não importa quanto você tente minimizar sua própria pegada de carbono, se outros não fizerem a parte que lhes cabe, você também sofrerá as consequências do aquecimento global. A natureza coletiva da privacidade traz profundas implicações para a maneira como pensamos sobre os chamados dados pessoais. Está na moda defender a opinião de que dados pessoais devem ser tratados como propriedade, que devemos permitir que as pessoas vendam ou comercializem seus próprios dados. As empresas que permitem que o indivíduo seja seu próprio corretor de dados estão se multiplicando rapidamente.

As máquinas, embora não pensem como nós, pela poderosa capacidade de captura, armazenamento e articulação de informações, definitivamente assumem um proveitoso papel nessa estrutura de vigilância e de controle que se sedimenta historicamente. A pergunta que não pode ser calada é se essas máquinas seriam capazes de decidir de maneira justa o estabelecimento de uma pena ou a determinação de uma prisão cautelar. São essas algumas das questões inquietantes em relação ao uso das tecnologias no âmbito da investigação criminal e, conseqüentemente, do processo penal.

3.2 As (des)vantagens da utilização da inteligência artificial no direito (processual) penal

Em tempos de IA, de formações de bancos de dados que concentram informações em alta escala e de discussões envolvendo o desenvolvimento de algoritmos, ocorre uma importante transformação também no campo jurídico. *Pari passu*, aspectos éticos do uso da IA, com o fito de preservação de direitos fundamentais dos titulares de dados, também têm sido, hoje, abordados. Em face de sua complexidade, deve-se tratar a IA com cautela em relação à experimentação e à revitalização de categoriais usuais como ato jurídico, com a pretensão de viabilizar, seguramente, elaborações normativas de questões afluadas. Destaca-se que, atualmente, nenhuma área do Direito escapa da influência da IA, inclusive, no Direito Penal, tem-se aplicado a IA.

3.2.1 A utilização da inteligência artificial no processo penal possibilita um julgamento (in)justo?

A IA possui diversas aplicações, e novas possibilidades são pesquisadas e desenvolvidas rapidamente, de maneira que se trata de um campo tecnológico em constante mudança, suscitando a crença de que os trabalhos repetitivos, burocráticos e monótonos, cedo ou tarde, desaparecerão do mercado.

A estatística aplicada ao Direito é a jurimetria utilizada em conjunto com *softwares* jurídicos para tentar prever resultados e oferecer probabilidades de resolução dos litígios em determinado sentido. Essa talvez seja uma das grandes apostas da tecnologia para o descontingenciamento processual, uma vez que permitirá não só a antecipação de possíveis resultados, como também terá o condão de auxiliar os juízes na tomada de decisões. Segundo Viana (2019), a discussão que ocorre, por outro lado, é se a utilização da jurimetria

como uma ferramenta de controle do Poder Judiciário não poderia acabar por engessar o sistema de precedentes judiciais, dificultando a demonstração da distinção entre o caso concreto e o precedente – *distinguishing* – ou da superação do precedente – *overruling*. De acordo com o mesmo autor, não é difícil imaginar, da mesma forma, uma possível tendência ao tabelamento das indenizações, ficando relegadas a segundo plano as circunstâncias individuais do caso concreto e das partes envolvidas.

A grande preocupação do CNJ, quando da elaboração da Resolução nº 332/2020, inclui o Direito Penal. Uma vez que, nele, lida-se com a liberdade de pessoas, um julgamento injusto acarretaria grandes consequências até mesmo irreparáveis ao ser humano. Assim, no art. 23 da Resolução, lê-se:

Art. 23. A utilização de modelos de Inteligência Artificial em matéria penal não deve ser estimulada, sobretudo com relação à sugestão de modelos de decisões preditivas.

§ 1º Não se aplica o disposto no *caput* quando se tratar de utilização de soluções computacionais destinadas à automação e ao oferecimento de subsídios destinados ao cálculo de penas, prescrição, verificação de reincidência, mapeamentos, classificações e triagem dos autos para fins de gerenciamento de acervo.

§ 2º Os modelos de Inteligência Artificial destinados à verificação de reincidência penal não devem indicar conclusão mais prejudicial ao réu do que aquela a que o magistrado chegaria sem sua utilização. (BRASIL, 2020).

Um dos pontos mais evidentes da discriminação está intimamente ligado com o Direito Penal. Olhando as prisões brasileiras, é notória a forma discriminatória demonstrada pelo corte racial e da pobreza que ocupa os presídios do país. É bom lembrar também que a maioria dos condenados está presa por falta de oportunidade e não por opção. Assim, as avaliações subjetivas

são importantes na área penal, havendo o risco de se reforçarem diversas discriminações contra o uso da IA na seara penal.

Alexandre Rosa (2020, p. 66) afirma que não se pode falar em um direito justo ou em um critério de interpretação universalmente válido, pois sempre haverá casos em que a aplicação do direito pelo magistrado dependerá de juízos de conveniência e oportunidade. A questão do decisionismo pode ser formulada como o reconhecimento de uma margem de discricionariedade na aplicação do direito pelo magistrado, de modo que a teoria não possa dizer *a priori* qual interpretação é melhor.

Dessa forma, para o autor, no processo penal, certas situações recorrentes (os crimes de sempre, como furto, roubo, tráfico, receptação, etc.) levam a uma habituação de padrões que criam convicções antecipadas e fazem com que os demais detalhes sejam ignorados, pois tidos como supérfluos. A busca da coerência se traduz, muitas vezes, na utilização de brocardos, adágios, súmulas ou outros mantras e lugares comuns, que exemplificam alguns dos mecanismos de conforto cognitivo à disposição dos julgadores. Além disso, experiências passadas podem “contaminar” situações presentes, tais como a credibilidade de um depoimento de uma testemunha já conhecida de outros casos. Em conjunto, tais fatores sinalizam a inexatidão da crença do ser humano como uma ficção ultrarracional. Estar ciente das limitações dos processos cognitivos humanos é, portanto, essencial à análise dos vieses em algoritmos. Uma IA será tão boa quanto for o material por meio do qual ela é treinada, de forma que dados tendenciosos farão com que ela chegue a resultados igualmente ruins (ROSA, 2020, p. 83).

Nesse sentido, observa-se a relevância das discussões empreendidas pelo autor, na medida em que, se forem fornecidos dados viciados a uma IA, ela fará o julgamento com os vícios. Como a defesa poderá contestar os vícios da IA? É importante lembrar, mais uma vez, que se está lidando com a liberdade de pessoas.

No Direito Penal, cada caso é um caso, cada ato ilícito possui sua particularidade. Será que a máquina saberá todas as particularidades do caso, ressaltando que tal particularidade, além de vir a reduzir a pena do denunciado, pode até mesmo inocentá-lo, ou colocá-lo em uma situação culposa, ou, no máximo, justificar o cometimento do ato ilícito? Um exemplo seria uma pessoa em estado de penúria, com fome, que comete o ato ilícito de roubar um salgado e um refrigerante, é presa, fica 120 dias em um presídio brasileiro e, após audiência de instrução e julgamento, o causídico demonstra que o jovem de 18 anos estava com fome e acautelado com marginais de alta periculosidade. O juízo antecipou a sentença e o condenou abaixo da pena mínima legal, uma vez que o fato ocorrido foi com violência, fato verídico. Como uma máquina teria a sensibilidade de verificar a questão da fome do réu? Como uma máquina teria condições de dar uma nova chance a quem roubou por falta de alimento? A sensibilidade do advogado, do Juiz e do Promotor, que não apelou da decisão, foi fundamental na análise do caso. Já que não se poderia absolver o réu, que ele tivesse então uma pena mais branda, evitando que fosse diplomado na universidade do crime. As avaliações subjetivas são importantes na seara penal, o que gera diversas críticas ao uso da IA na área.

Perez Luño (2020), ao explicar o conceito de julgamento, diferencia três aspectos imprescindíveis da dimensão de julgar: os perceptivos, os racionais e os decisórios. Essa distinção permite entender as dificuldades que um juiz robô teria para replicar essas três dimensões. Conclui o autor que a falta de qualquer dessas dimensões determinará o caráter incompleto ou defeituoso do julgamento.

Martin (2022), a seu turno, defende que a resposta jurídica de um ser humano é diferente daquela dada por um robô. Responder juridicamente requer faculdades especificamente humanas, relacionadas ao bom senso e à prudência. Em vez disso, uma

máquina oferece uma resposta automática, o que é insuficiente. Um juiz robô pode criar alguns inconvenientes: falta de transparência (caixa preta dos algoritmos), problemas de segurança cibernética e *hacking*: a discutível ética do algoritmo, os vieses com que ele pode trabalhar; e a possível violação dos direitos humanos. Agora, de um juiz humano pode-se exigir uma decisão justa e não uma decisão exata. O jurisdicionado demanda, portanto, por uma sentença justa ou uma sentença correta, consciente de que as leis são aperfeiçoáveis.

Em relação às sentenças automatizadas, encontra-se um problema ante a imprecisão das normas. Destaca-se que a leitura do texto legal não deixa claro o que vem a ser a decisão automatizada, quais as decisões que afetam os interesses dos titulares, e nem qual o grau de transparência e explicação que será exigível em todo o contexto processual. Peixoto (2020, p. 30) afirma que a IA demanda reflexões éticas contemporâneas justamente por provocar situações limites que vão além da velocidade de processamento, capacidade de armazenamento, busca de informações, padronizações típicas de sistemas de automação, mas especialmente por dois fatores: a execução de atividades cognitivas fruto de sistemas de aprendizagem de máquina ou, no mínimo, a delimitação do conteúdo sobre o qual a cognição humana irá atuar para promover suas decisões e a interconexão do raciocínio jurídico com o raciocínio exato.

Não se pode deixar de mencionar como a IA impacta o Direito Processual Penal e como será possível usufruir dessa tecnologia em busca de melhoria do desempenho processual. São inúmeras as possibilidades de uso da IA no processo penal, desde o consolidado auxílio em pesquisa jurisprudencial, passando pela produção e valoração probatórias, elaboração de petições e juízos de admissibilidade de recursos extraordinários. A realidade é que, mesmo que uma máquina seja considerada “inteligente”, é fundamental compreender qual o alcance dessa inteligência até para saber em quais setores e com qual grau de eficiência ela poderia ser

empregada em pesquisas preditivas de decisões dos Tribunais em temas de processo penal.

3.2.2 A inteligência artificial vem para reforçar a eficiente e deplorável urgência processual penal (?)

Segundo Rodotá (2008, p. 35), a partir da caracterização da organização social vigente, cada vez mais baseada no poder de informação – sendo este um novo e verdadeiro “recurso de base” – surge o problema da legitimação desse poder. O processo de legitimação se dá por meio do somatório da inexistência da possibilidade de o Estado e indústria recuarem no aprimoramento de novas técnicas, mais amplas e sofisticadas, e da promessa de alcançar a garantia efetiva de direitos individuais tradicionais. Porém, ainda segundo o autor, o fornecimento de dados e informações não se justifica tão somente para alcançar em contrapartida alguns benefícios sociais. Essas informações tornarão possível o exercício de qualquer tipo de controle do cidadão, além de permitirem novas práticas de poder ou o fortalecimento de poderes já existentes.

Para o Direito Processual Penal, essa é uma matéria muito cara, principalmente por ser o processo instrumento de garantias em face dos abusos do controle penal. Todavia, nos últimos anos, as garantias processuais têm sido flexibilizadas, e se pode perceber uma crescente quantidade de mudanças referentes à redução de possibilidade de controle do cidadão dos dados que podem ser obtidos e processados pelas autoridades da investigação criminal (RODOTÁ, 2008, p. 37).

Percebe-se a existência de um discurso que defende que as novas tecnologias, incluindo a IA, vêm atuando no Direito Processual Penal, acelerando as investigações e, conseqüentemente, o próprio processo penal, sem que se discuta, contudo, o desrespeito a garantias mínimas inerentes ao Direito Processual Penal. A ideia principal de

uma redução de custos e maximização de resultados em matéria processual envolve a redução do tempo na resolução do caso penal, podendo levar à supressão dos direitos fundamentais e garantias processuais. Destaca-se que flexibilizar garantias fundamentais faz parte da grande onda que afoga o Direito Processual Penal no mar agitado do imaginário punitivo. A urgência conduz a uma inversão do eixo lógico do processo, antecipando-se os feitos graves e dolorosos, gerando assim um sério atentado contra a liberdade individual.

Como consequência, temos que o processo penal não mais se mostrará como garantia e limitação de poder, mas como mero instrumento a promover a exclusão daqueles desafortunados, que vivem à margem da sociedade e que não servem ao mercado – instrumento de punição aos descartáveis. Na esfera penal, constata-se a busca por dois diferentes resultados. O primeiro, no campo da repressão de condutas típicas, com a resolução mais célere possível do caso penal. O segundo, no campo da previsão de condutas, sob a qual se pode desprezar a influência direta da nova racionalidade mundial no âmbito legislativo. *Pari passu*, será também preciso saber se o denunciado penalmente está dizendo aquilo que realmente sabe e/ou acredita que seja a perseguida verdade. E, para isso, as máquinas, com o selo da cientificidade, apresentam-se como muito úteis. Não nos parece que seja este, portanto, o caminho a ser trilhado, sobretudo nos casos reais, nos quais a paridade de armas, a defesa técnica, ficou em grande desvantagem com todo o aparato estatal, principalmente com a adoção de novas tecnologias. Assim, o colhimento de alguma prova poder estar “comprometido” em desfavor do réu, e a IA aceitaria a referida prova normalmente no processo penal e, conseqüentemente, os resultados seriam uma afronta aos direitos e às garantias fundamentais.

4 CONCLUSÕES

Diante do exposto, apresentam-se agora algumas premissas para assegurar que a IA seja utilizada não como simples auxílio, mas para a tomada de decisões automatizadas pelo Poder Judiciário, destacando que tal providência não implique violação às garantias fundamentais do processo e a completa perda de sua humanização.

Inicialmente, é importante considerar os riscos de relacionamento entre o engenheiro do conhecimento e o perito em processo penal. Isso se dá não apenas pelo difícil entendimento de alguns temas de processo para uma linguagem algorítmica, mas também pela ampla gama de visões de processo penal que hoje ainda coexiste e pela possibilidade de que as construções algorítmicas partam de situações implícitas no Direito Penal. No mínimo, é preciso que se deixem claras as opções teóricas de processo penal, para não confundir os intérpretes acerca dos resultados que sejam produzidos nas pesquisas. Os vieses de análises, portanto, devem ser identificados e tornados claros e transparentes, de modo a dirimir dúvidas.

Do mesmo modo, além de a informação de que foi utilizada a IA ser direito do jurisdicionado, mais do que apenas do advogado, também é seu direito fiscalizar se o caso se ajusta ao emprego de tal ferramenta, mecanismo esse cuja utilização deve se restringir aos casos repetitivos, retirando-se da vala comum os processos com diferentes abordagens (hipóteses em que o *distinguishing* humano precisará ser realizado, sob pena de omissão) ou aqueles que envolvem questões inovadoras, até então não apreciadas pelo Judiciário, destacando situações até mesmo de cibercrimes.

Destaca-se que a acusação tem acesso à tecnologia e a utiliza no processo como meio de prova, e a defesa, a seu turno, passa a colocar em dúvida o rigor e a credibilidade da prova produzida, já que não possui elementos suficientes para contrariar

as provas apresentadas pela acusação. A defesa técnica, então, não tem acesso à paridade de armas, lembrando que, tanto no processo penal como no processo civil, há diversos tipos de provas, como a prova testemunhal, documental e o testemunho da vítima (caso sobreviva ao ato ilícito). Diante dos fatos, questiona-se: como é possível haver decisões confiáveis em uma seara penal totalmente dinâmica?

Por fim, é importante ressaltar que a presente pesquisa, longe de pretender indicar respostas conclusivas, traz reflexões críticas sobre a temática proposta, abordando possíveis influências negativas do uso da IA no Direito (Processual) Penal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 332, de 21 de agosto de 2020*. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/wp-content/uploads/2020/08/Resoluc%CC%A7a%CC%83o-332-CNJ.pdf>. Acesso em: 7 jan. 2022.

CARDOSO, B. Estado, tecnologias de segurança e normatividade neoliberal. In: CARDOSO, B. *et al.* (Org.). *Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem*. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 91-105.

FENELON, F. Responsabilização penal e sistema de inteligência artificial: um tema controverso. 2019. *Canal Ciências Criminais*. Disponível em: <http://canalcienciascriminais.com.br/responsabilizacao-penal-e-sistemas-de-inteligencia-artificial/>. Acesso em: 2 set. 2021.

FREITAS J.; FREITAS, T. B. *Direito e inteligência artificial: em defesa do Humano*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

JARDIM, T. M. *Resolução nº 332/CNJ: uso de inteligência artificial no Poder Judiciário*. 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=QVPx-p2Bpao>. Acesso em: 8 dez. 2021.

LÉVY, P. *Ciberdemocracia*. Lisboa-Portugal: Stória, 2003.

LUGER, G. F. *Inteligência artificial*. 4. ed. Porto Alegre: Bookman, 2004.

MARTÍN, N. B. A atuação judicial automatizada em exame: juiz robô *versus* juiz humano. In: WERNECK, D. N. I.; LUCON, P. H. S. (Org.). *Direito Processual e tecnologia: os impactos da virada tecnológica no âmbito mundial*. Salvador: JusPodivm, 2022. p. 535-564.

MAZZUOLI, V. O. *Curso de direito internacional público*. 12. ed. São Paulo: Forense, 2019.

MORAIS, J. L. B. Eficientismo, novas tecnologias e o (fim do) consenso. Isto pode parecer (ser) um manifesto. In: NUNES, D.; LUCON, P. H. S.; WERNECK, I. (Org.). *Direito Processual e tecnologia: os impactos da virada tecnológica no âmbito mundial*. Salvador: JusPodivm, 2022. p. 285-306.

NASCIMENTO, V. R. Direitos fundamentais da personalidade na era da sociedade da informação: transversalidade da tutela à privacidade. *Revista RIL*, Brasília, ano 54, n. 213, p. 265-288, jan./mar. 2017.

NUNES, D. M. H. *Manual da justiça digital*. Salvador: JusPodivm, 2022.

PEIXOTO, F. H. *Direito e inteligência artificial*. Brasília: DRIA, 2020. (Coleção Inteligência Artificial e Jurisdição, v. 2). Disponível em: www.dria.unb.br. Acesso em: 18 nov. 2021.

PEIXOTO, F. H. *Direito e inteligência artificial: referenciais básicos: com comentários à resolução CNJ 332/2020*. Brasília: Ed. do Autor, 2020. (livro eletrônico).

PEIXOTO, F. H. *Inteligência artificial e Direito: convergência ética e estratégica*. Curitiba: Alteridade, 2020. v. 5.

PÉREZ LUÑO, A. E. Que significa juzgar? *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 32, p. 28-37, 2009. Disponível em: <http://data.cervantesvirtual.com/manifestion/285106>. Acesso em: 20 out. 2021.

RODOTÁ, S. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROSA, A. M.; BOEING, D. H. A. *Ensinando um robô a julgar*. Rio de Janeiro: Emais, 2020.

SARLET, I. W. As dimensões da dignidade da pessoa humana. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, [s. l.], n. 9, p. 361-388, jan./jun. 2007.

VÉLIZ, C. *Privacidade é poder: porque e como você deveria retomar o controle de seus dados*. Tradução de Samuel Oliveira. São Paulo: Contracorrente, 2021.

VIANA, A. A. S. Juiz-robô e a decisão algorítmica: a inteligência na aplicação dos precedentes. *In: FONSECA, I. et al. Inteligência artificial e processo*. Belo Horizonte: D'Placido, 2019. p. 37-71.



